

## Sans titre

### TITRE

### COMMUNAUTÉ ENTRE ÉPOUX

Passif - Dette contractée par l'un des époux - Consentement exprès du conjoint - Nécessité - Cas - Exclusion - Nantissement de biens communs en garantie de la dette d'autrui.

Une sûreté réelle consentie pour garantir la dette d'un tiers n'impliquant aucun engagement personnel à satisfaire à l'obligation d'autrui et n'étant pas dès lors un cautionnement, lequel ne se présume pas, la cour d'appel a exactement retenu que l'article 1415 du Code civil n'était pas applicable à un nantissement de valeurs mobilières donné en garantie de la dette d'un tiers.

### ARRÊT

Par arrêt du 25 mai 2005, la première chambre civile a renvoyé le pourvoi devant une Chambre mixte ; Le premier président a, par ordonnance du 16 novembre 2005, indiqué que cette Chambre mixte

Sans titre  
sera composée des première et  
troisième chambres civiles et de la  
chambre commerciale, économique et  
financière ;

La demanderesse invoque, devant la  
Chambre mixte, le moyen de  
cassation annexé au présent arrêt ;

Ce moyen unique a été formulé dans  
un mémoire déposé au greffe de la  
Cour de cassation par Me Spinosi,  
avocat de Mme X... ;

Un mémoire en défense a été déposé  
au greffe de la Cour de cassation  
par la SCP Defrenois et Levis,  
avocat de la BNP Paribas ;

Le rapport écrit de M. Foulquié,  
conseiller, et l'avis écrit de M.  
Sainte-Rose, avocat général, ont  
été mis à la disposition des  
parties ;

(...)

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt attaqué

Sans titre  
(Limoges, 25 juin 2003), que M.  
X..., marié sous le régime de la  
communauté universelle, a souscrit,  
sans le consentement de son épouse,  
un nantissement de titres  
dématérialisés, entrés dans la  
communauté, en garantie d'une dette  
contractée pour un tiers auprès de  
la Banque nationale de Paris, aux  
droits de laquelle se trouve la  
société anonyme Banque nationale de  
Paris Paribas (la banque) ; que Mme  
X..., son épouse, a assigné la  
banque en mainlevée du nantissement  
;

Attendu que Mme X... fait grief à  
l'arrêt de la débouter de sa  
demande, alors, selon le moyen, que  
le nantissement constitué par un  
tiers pour le débiteur est un  
cautionnement réel soumis à  
l'article 1415 du Code civil ;  
qu'en l'espèce, en décidant que le  
nantissement donné par M. X... en  
garantie du remboursement du prêt  
accordé à la société par la banque  
ne pouvait être assimilé à un  
cautionnement réel entrant dans le  
champ d'application de l'article

Sans titre

1415 du Code civil, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Mais attendu qu'une sûreté réelle consentie pour garantir la dette d'un tiers n'impliquant aucun engagement personnel à satisfaire à l'obligation d'autrui et n'étant pas dès lors un cautionnement, lequel ne se présume pas, la cour d'appel a exactement retenu que l'article 1415 du Code civil n'était pas applicable au nantissement donné par M. X... ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi.

CH. MIXTE. - 2 décembre 2005 REJET

N° 03-18.210. - C.A. Limoges, 25  
juin 2003

M. Canivet, P. Pt. - M. Foulquié,  
Rap. assisté de Mme Sainsily,  
greffier en chef - M. Sainte-Rose,

Sans titre  
Av. Gén. - Me Spinosi, SCP  
Defrenois et Levis, Av.

\* Haut de page

Rapport de M. Foulquié

Conseiller rapporteur

La constitution pour autrui d'une sûreté, par exemple un nantissement de valeurs boursières, est-elle seulement une sûreté ou bien constitue-t-elle, sous l'appellation de cautionnement réel, un cautionnement auquel s'applique notamment l'article 1415 du Code civil selon lequel, lorsqu'un époux a consenti, sans le consentement exprès de l'autre époux, une telle sûreté, chacun d'eux peut invoquer l'inopposabilité à son égard de l'acte qui n'engage pas les biens communs ?

Par ailleurs, celui qui a souscrit une telle sûreté pour garantir la dette d'autrui n'est-il tenu que sur la valeur du bien affecté ou

## Sans titre

bien est-il engagé personnellement jusqu'au montant garanti, dans la limite de la valeur du bien grevé ?

Si la première question correspond sensiblement à celle posée par le pourvoi, la seconde lui est seulement sous-jacente.

Mais, trois arrêts de la première chambre civile du 15 mai 2002 (Bull., n° 127, 128 et 129) (1) , non seulement ont répondu (positivement) à la première question de l'application de l'article 1415 du Code civil à ce qu'on appelle le cautionnement réel, confirmant une jurisprudence inaugurée par la même chambre le 11 avril 1995 (Bull., n° 165), mais encore ont statué, également par l'affirmative - il est vrai parce que les moyens les y invitaient - sur la seconde question, tout aussi importante, du caractère personnel de l'engagement du constituant, mise en lumière par la doctrine et par la pratique, mais jusqu'alors restée sans réponse considérée comme suffisamment claire de notre

## Sans titre

Cour.

La première chambre civile semble avoir explicité sa jurisprudence sur l'ensemble de la question par un arrêt de cassation, non publié, du 18 septembre 2002 (pourvoi n° 00-16.189), énonçant que si le cautionnement contracté sur des biens communs par un seul des époux sans le consentement exprès de l'autre est inopposable quant à ces biens, il n'en demeure pas moins valable, la caution restant tenue envers le créancier sur ses propres et ses revenus, dans la double limite de la somme garantie et de la valeur du bien engagé, appréciée au jour de la demande d'exécution de la garantie.

Ce dispositif jurisprudentiel semble être remis en cause depuis que la chambre commerciale, qui n'était pas saisie par rapport aux règles des régimes matrimoniaux, a, par un arrêt du 24 septembre 2003 (n° 00-20.504) (2), énoncé à l'inverse, que le nantissement d'un fonds de commerce consenti en

Sans titre  
garantie de la dette d'un tiers est  
une sûreté réelle qui n'a pas eu  
pour effet de faire peser sur le  
propriétaire du fonds une  
obligation personnelle au paiement  
de cette dette.

Si notre Chambre mixte se prononce  
en faveur du rejet du pourvoi, nul  
doute qu'elle trouvera dans cette  
dernière réponse certains des  
éléments de celle qui pourrait être  
la sienne.

Dans l'hypothèse inverse d'une  
cassation, selon la portée  
pédagogique que nous jugerons utile  
de donner à notre décision, il nous  
appartiendra, soit de répondre sur  
la seule nature de cautionnement du  
cautionnement réel, soit de  
préciser en outre quelle est son  
étendue, et quel est le régime de  
sa mise en oeuvre. Ce n'est que  
pour aider à ce choix que votre  
rapporteur s'efforcera d'examiner  
les aspects et les effets  
essentiels de ce que serait la  
nature personnelle du cautionnement  
réel.

## Sans titre

### Rappel des faits et de la procédure

Le 26 septembre 1997, M. Y... a souscrit seul un nantissement de titres dématérialisés, bien de communauté, au profit de la BNP, aux droits de laquelle se trouve la BNP Paribas (la banque), qui avait consenti un prêt, le 25 septembre 1997, à la société dont le gendre de M. Y... était le gérant.

Mme X... épouse Y..., mariée sous le régime de la communauté réduite aux acquêts et ayant adopté avec son conjoint le régime de la communauté universelle le 5 décembre 1984, a assigné la banque en main-levée du nantissement, consenti selon elle en violation de l'article 1415 du Code civil.

Par jugement du 15 mai 2002, le tribunal de grande instance de Limoges a débouté Mme Y... de sa demande.

Par arrêt du 25 juin 2003, la cour d'appel de Limoges a confirmé le

## Sans titre

jugement. Cet arrêt a été signifié à partie le 7 juillet 2003.

Le 8 septembre 2003<(3), Mme Y... s'est pourvue en cassation.

Le 9 février 2004, Mme Y... a déposé son mémoire ampliatif.

Le 10 mai 2004, la banque a déposé un mémoire en défense, réclamant l'application de l'article 700 du nouveau Code de procédure civile en sa faveur.

Par arrêt du 25 mai 2005, la Cour de cassation, première chambre civile, a ordonné le renvoi du pourvoi devant une Chambre mixte.

### - Analyse succincte des moyens

En un moyen unique, pris en une seule branche, Mme Y... fait grief à l'arrêt de la débouter de sa demande de main-levée du nantissement souscrit par son mari seul sur des valeurs mobilières appartenant à la communauté, alors que le nantissement constitué par

## Sans titre

un tiers pour le débiteur étant un cautionnement réel soumis à l'article 1415 du Code civil, la cour d'appel, en décidant que le nantissement donné par M. Y... ne pouvait être assimilé à un cautionnement réel entrant dans le champ d'application de l'article 1415 du Code civil, aurait violé cet article.

La motivation de la cour d'appel expressément critiquée par le pourvoi peut se résumer de la manière suivante : si, aux termes de l'article 1415 du Code civil, chacun des époux ne peut engager que ses biens propres par un cautionnement contracté sans le consentement de son conjoint, ces dispositions ne s'appliquent pas au nantissement qui est une sûreté réelle pouvant être consentie pour garantir la dette d'autrui. "La notion de cautionnement réel auquel la Cour de cassation conserve la qualité de sûreté réelle n'a été retenue que pour désigner un engagement personnel renforcé par une sûreté réelle. Le simple

## Sans titre

nantissement donné par M. Y... ne peut donc être assimilé à un cautionnement, même réel entrant dans le champ d'application de l'article 1415 du Code civil". La remise en gage des titres sans l'accord de l'épouse était valable en application de l'article 1421 du Code civil.

Les divers choix qui se présentent à notre Cour ne peuvent s'abstraire de ce qu'a été l'évolution du cautionnement réel, marqué à l'origine par un consensualisme, fort mais peu structurant, et, peu à peu soumis à des règles de plus en plus contraignantes dont paraît se dégager l'aspiration à un droit nouveau.

1 - Le cautionnement réel, entre le consensualisme et la naissance d'un droit nouveau

a) Une institution née du consensualisme dans le silence de la loi

Le cautionnement réel est né et

Sans titre  
s'est nourri dans la liberté des conventions, dont le rôle en la matière est souvent souligné par les commentateurs (4), à tel point que l'un d'eux a pu écrire : "il est un peu le contraire de l'Arlésienne : on le voit souvent, mais on n' en parle guère" (5).

Selon sa définition la plus "minimaliste" et donc la plus consensuelle, empruntée à l'un de ses spécialistes, le doyen Simler, il est une sûreté réelle constituée par un tiers (6).

Mais alors que ce même spécialiste observe par ailleurs (7) que son appellation même constitue une "antinomie" en raison de la nature de sûreté personnelle habituellement reconnue au cautionnement, le cautionnement réel apparaît effectivement s'être développé depuis longtemps, fort d'un succès voulu par les exigences du crédit, entre deux corps de règles distinctes, celles du cautionnement et celles des sûretés réelles, sans pour autant répondre

Sans titre  
à des règles propres.

Schématiquement, deux situations sont susceptibles de se présenter dans la pratique des conventions entre créancier, débiteur principal et garant :

1 - la situation qui semble être celle décrite par l'arrêt attaqué : un tiers affecte à la garantie de la dette un bien, meuble ou immeuble. Les règles des sûretés réelles prévaudraient alors et l'affectation du bien ne donnerait vocation qu'à sa saisie par le créancier, à l'exclusion de toute obligation personnelle du constituant : certains n'hésitent pas à parler de "saisie de la sûreté" (8). La doctrine classique, en général favorable à cette solution, l'explique par le fait que le constituant serait tenu propter rem, notion élaborée notamment pour expliquer la situation de l'acquéreur d'un immeuble hypothéqué, en raison du droit de suite du créancier bénéficiaire(9), mais critiquée

Sans titre  
dans son application au  
cautionnement réel car, d'une part,  
si l'on se place à l'origine de la  
détention du bien, contrairement à  
ce qui se passe dans la situation  
où l'acquéreur se trouve passif par  
rapport à l'hypothèque grevant son  
bien, le constituant a, lui,  
activement grevé le bien, et  
d'autre part, lorsqu'il s'agit de  
réaliser la sûreté, la notion ne  
rendrait pas suffisamment compte de  
la limitation du droit réel ainsi  
créé, autant au bien qu'à sa  
valeur, en fonction des solutions  
propres à chacune des catégories de  
sûretés (10)

Dans une certaine pratique  
notariale, lorsqu'il n'était  
stipulé que l'affectation d'une  
sûreté réelle (en général sur un  
immeuble dans ce cas) par un tiers,  
l'acte mentionnait "un  
cautionnement simplement ou  
purement hypothécaire" (11).

2 - La situation dans laquelle un  
cautionnement personnel stricto  
sensu est doublé d'une sûreté

Sans titre  
réelle consentie par la même  
personne : "On est alors en  
présence non d'une sûreté unique,  
de nature mixte, mais de l'addition  
d'un cautionnement personnel  
ordinaire et d'un cautionnement  
réel. Le garant est tenu à la fois  
personnellement et réellement,  
chacune de sûretés fournies  
produisant ses effets propres"  
(12).

Dans cette situation, que la  
pratique notariale, à l'instar de  
certains auteurs, qualifie  
habituellement de "cautionnement  
hypothécaire" et parfois de  
"cautionnement réel et  
hypothécaire" (13), le créancier  
pourrait, contrairement à ce qui se  
passe dans la situation précédente,  
prétendre avoir pour gage  
l'ensemble du patrimoine de la  
caution, outre le bien (ou la  
valeur du bien) donné en garantie.  
Mais on doit à M. Ph. Simler  
l'éclairage donné, dans ce cadre de  
l'addition d'un cautionnement  
personnel et d'un cautionnement  
réel, à une sous-distinction,

Sans titre  
identifiée dans la pratique :

- d'une part, le cas où les deux sûretés garantissent la même dette : dans ce cas, vraisemblablement le plus fréquent, elles peuvent "se juxtaposer et même s'additionner" (14).

- d'autre part, la situation, plus rare, où une caution personnelle contre-garantit en faveur du créancier son propre engagement de caution : selon M. Ph. Simler, les deux sûretés seraient "superposées" de sorte que la sûreté réelle serait tributaire de la validité et de l'étendue de la sûreté personnelle. Pour autant, serait-il possible de soutenir que la réelle serait alors accessoire de la personnelle ? C'est ce que pense M. J. François (15) (5) pour qui, dans ce cas, la sûreté réelle n'est pas un cautionnement réel puisqu'elle n'est pas donnée pour autrui.

\*

Quelles ont été les réponses du

Sans titre  
juge face à la diversité de  
situations de cautionnement réel  
qui, du moins tant que les cautions  
ne bénéficiaient pas de leur niveau  
actuel de protection par le  
législateur, voyait le plus souvent  
les créanciers, soucieux d'élargir  
leur gage, invoquer le bénéfice du  
cautionnement personnel, et les  
garants se considérer comme tenus à  
la réalisation de leur seule sûreté  
réelle ?

Elles se sont longtemps réduites,  
en dehors de tout contrôle de notre  
Cour, à la recherche de l'intention  
des parties, dont était,  
distributivement, déduite  
l'application, tour à tour, et  
parfois cumulativement, des règles  
du cautionnement et de celles des  
sûretés(16).

Cela peut expliquer que le  
cautionnement réel n'ait que  
tardivement inspiré des travaux  
spécifiques en doctrine (17).

Quoique connu, déjà, du droit  
romain, sous l'appellation

Sans titre  
d'intercession(18) ainsi que de  
l'ancien droit (19), le  
cautionnement réel n'est pas  
réglementé, en tant que tel, par le  
Code civil où l'on ne trouve que  
deux dispositions susceptibles de  
s'y rapporter :

- L'article 2077, sous le titre DU  
NANTISSEMENT, en vertu duquel le  
gage peut être donné par un tiers  
pour le débiteur.

- L'article 1020 disposant, en  
substance, que, si, avant le  
testament ou

depuis, la chose léguée a été  
hypothéquée pour une dette de la  
succession, ou même pour la dette  
d'un tiers, celui qui doit  
acquitter le legs n'est point tenu,  
en principe de le dégager.

Paradoxalement, aucune de ces deux  
dispositions ne contient le terme  
"cautionnement", dont on sait qu'il  
fait par ailleurs l'objet du titre  
quatorzième du Code civil,  
comprenant 32 articles. L'une et

## Sans titre

l'autre des dispositions précitées traitent de la matière des sûretés réelles. Le terme "cautionnement", pour ce qui nous concerne, apparaîtra dans un nouvel article du Code civil, dans sa rédaction issue de la loi n° 85-1372 du 23 décembre 1985, relative notamment à "l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux", lequel sera amené à jouer un rôle déterminant dans l'évolution du droit positif en matière de cautionnement réel : il s'agit de l'article 1415, disposant que 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.

Ce nouveau dispositif qui s'inscrivait dans une refonte des textes de nature à assurer l'égalité des époux dotés désormais des mêmes pouvoirs pour engager la communauté a eu deux effets dans le

## Sans titre

domaine des sûretés réelles consenties pour autrui, lorsqu'elles s'appliquent à des droits sociaux négociables (20) :

- d'une part, il a suscité des interrogations sur la cohérence entre l'article 1424 (21) qui, par exception, ne soumet pas leur aliénation et la constitution de droits réels sur eux à une décision conjointe, et l'article 1415 instaurant une protection inédite en matière de cautionnement et susceptible, elle, de s'appliquer à cette situation par ailleurs licite ;

- d'autre part, précisément, alors que rien, notamment dans les travaux parlementaires (22) , ne semblait permettre d'opérer un lien - ou même un soupçon de lien - entre le cautionnement dont il s'agit ici et la constitution de droits réels par un des époux, les acteurs du droit ont eu à se positionner, clairement désormais, par rapport à la nature de cautionnement du cautionnement

Sans titre  
réel, et à en tirer toutes les  
conséquences.

Cette question est au centre des préoccupations de la doctrine et de certaines chambres de notre Cour depuis, maintenant, une dizaine d'années. L'un de ses spécialistes souvent cités, au moment même où on aurait pu penser que l'essentiel était jugé, a pu, néanmoins, conclure une récente contribution en conjecturant : "La saga est loin d'être terminée" ! (23)

b) Vers un droit nouveau du cautionnement réel

Le premier arrêt significatif de notre Cour à la suite de la promulgation du nouvel article 1415 du Code civil est celui, de cassation, de la première chambre civile, en date du 11 avril 1995 (Bull., n° 165), énonçant, au visa, exclusif, de ce dernier texte, que cette règle est applicable à la caution réelle.

Abondamment commenté à l'époque,

## Sans titre

surtout par les spécialistes des régimes matrimoniaux, il est encore une référence souvent invoquée, avec les nuances qui s'imposent, parfois de manière inattendue, s'agissant de son éventuelle utilité pour déterminer la portée et l'étendue du cautionnement réel.

L'arrêt s'est clairement prononcé, dans son "chapeau" sur la nature de cautionnement du cautionnement réel. Il sera, sur ce point, suivi d'autres qui seront analysés infra. On peut se demander même si son influence n'a pas été telle qu'au fil des ans s'est créée en doctrine une sorte de consensus selon lequel cette nature de cautionnement ne ferait guère plus de doute (24) : elle tiendrait au caractère "hybride" (25) de l'institution, en quelque sorte, à celui qui s'induit de sa définition "minimaliste" de sûreté réelle constituée par un tiers.

Mais, certains enseignements de cet arrêt n'avaient-ils pas échappé aux observateurs quant à la portée et à

## Sans titre

l'étendue du cautionnement réel  
pour le constituant de la sûreté

Déjà, certains commentateurs  
avaient vu une ambiguïté (26) dans  
le conclusif de l'arrêt énonçant,  
après que l'exposé des faits  
n'avait mentionné qu'un  
nantissement de titres transférés  
depuis un compte commun : Attendu  
qu'en se déterminant par de tels  
motifs alors que les titres donnés  
en nantissement par M. X... étaient  
des biens communs et que celui-ci  
les avait remis à la banque pour  
garantir la dette née d'un  
engagement de caution donné sans le  
consentement exprès de son épouse,  
la cour d'appel a violé le texte  
susvisé.

D'aucuns auraient peut-être pu lire  
le "alors que..." comme  
introduisant un nouvel élément de  
fait, savoir l'existence par  
ailleurs d'un cautionnement  
personnel donné par ce mari et  
"juxtaposé" ou "superposé", voire  
d'une sûreté contre-garantissant un  
cautionnement (ce qui est parfois

Sans titre

le cas, on l'a vu supra), là où certains ne croyaient voir que l'affirmation réitérée par rapport au "chapeau" de l'arrêt, selon laquelle les titres remis étaient en eux-mêmes la garantie de la dette du tiers, et constituaient un engagement de caution.

Mais, la question n'a t'elle pas en quelque sorte rebondi lorsque, dans le commentaire (27) qu'elle a donné des arrêts rendus à son rapport en 2002, Mme le Conseiller référendaire Barberot a émis l'avis que la Cour de cassation a appliqué en 1995 l'article 1415 à un "cautionnement strictement réel", assimilé à un cautionnement personnel de sorte qu'il n'y aurait nullement incohérence entre, d'une part cet arrêt et un certains nombre d'autres dont il sera question infra, et d'autre part les trois arrêts du 15 mai 2002.

Ce commentaire, surtout d'ailleurs en ce qu'il s'applique à d'autres arrêts n'a pas toujours convaincu (28) , mais il a du moins le mérite

Sans titre  
de nous contraindre à un regard  
encore plus vigilant sur le sens de  
cette jurisprudence et de la  
doctrine qui l'a initiée ou qu'elle  
a initiée.

En effet, d'autres décisions vont  
suivre l'arrêt du 11 avril 1995,  
jusqu'à ceux du 15 mai 2002 et  
celui du 24 septembre 2003, émanant  
de la première chambre civile et de  
la chambre commerciale.

Ces décisions se prononceront sur  
d'autres aspects du cautionnement  
réel, d'une manière distributive,  
donnant lieu à de louables efforts  
d'ordonnancement par certains  
commentateurs, soit, peut-on  
hasarder, dans une logique  
"horizontale", selon qu'elles  
s'appliquent aux rapports, d'une  
part entre caution réelle et  
créancier, et d'autre part entre  
caution réelle et débiteur (29),  
soit dans une logique "verticale",  
selon qu'elles concernent la  
formation de la garantie ou son  
déclenchement (30) .

## Sans titre

Mais, si objectifs soient-ils, ces efforts de classification de la doctrine laissent entrevoir la conception que se fait chacun de la nature du cautionnement réel : qu'ils se rattachent à une certaine tradition classique ou à une approche plus moderniste du droit des sûretés(31) , et sans que ce critère soit déterminant, les auteurs qui, pour la plupart reconnaissent à l'institution son caractère hybride, se partagent, schématiquement, avec bien sûr des nuances souvent dues à leur spécialité, entre deux tendances :

- d'une part, la tendance de ceux qui, tout en reconnaissant, pour certains, la nature de cautionnement du cautionnement réel, lui dénie un caractère mixte entraînant l'existence d'une obligation personnelle du constituant superposée à la sûreté réelle, quelle qu'en soit l'étendue : l'argument essentiel de ces auteurs est qu'en vertu de l'article 2015 du Code civil, le cautionnement ne se présume point.

## Sans titre

Pourraient se ranger dans cette catégorie, pour ne citer que des auteurs de traités ou d'ouvrages didactiques : Aubry & Rau (32) ; MM. Planiol & Ripert (33) ; Mazeaud, Chabas & Picod (34) ; Dagot (35) ; Simler & Delebecque (36) .

- d'autre part, la tendance des "personnalistes" pour qui le caractère mixte du cautionnement réel implique, de la part du constituant, un engagement personnel limité à la valeur du bien garanti : leur argument essentiel est que, dès lors qu'il y a constitution d'une sûreté réelle pour autrui, il y a cautionnement sans qu'il y ait de raison d'éliminer les caractéristiques de cette sûreté qui est personnelle. Pourraient se ranger dans cette catégorie, selon la même approche : MM. Cabrillac & Mouly (37) ; Malaurie, Aynès & Crocq (38) ; Mestre, Putman & Billiau (39) .

Mais pour autant, si un droit nouveau semble émerger, il ne peut

Sans titre  
s'abstraire des données juridiques  
acquises, déjà évoquées, qui l'ont  
aidé à naître et qui doivent  
s'adapter ou être adaptées pour le  
faire accéder au rang du droit  
positif.

2 - Le cautionnement réel et son  
environnement, ou les contraintes  
du droit des sûretés et des régimes  
matrimoniaux

a) Le cautionnement réel  
entresûretés personnelles et  
sûretés réelles

Sûreté personnelle, le  
cautionnement est, selon le doyen  
Simler (40) , "le contrat par  
lequel une personne s'engage à  
l'égard d'un créancier à exécuter  
l'obligation de son débiteur au cas  
où celui-ci n'y satisferait pas  
lui-même".

Il crée donc une obligation  
personnelle accessoire à  
l'obligation principale qui procure  
au créancier, en vertu de l'article  
2092 du Code civil, un gage général

Sans titre  
sur tous les biens immobiliers,  
présents et à venir de la caution.  
La gravité de cet engagement  
détermine des droits et des  
obligations édictés par le  
législateur et précisés par notre  
Cour :

La première et essentielle  
obligation est en effet celle de  
s'acquitter de la dette si le  
débiteur "n'y satisfait pas  
lui-même" (article 2011 du Code  
civil). La caution qui ne  
s'exécutera pas sans pouvoir se  
prévaloir d'exceptions valables,  
répondra de son engagement sur  
l'intégralité de ses biens.

Mais, en raison, tant de son  
caractère d'obligation accessoire  
par rapport à l'obligation du  
débiteur principal que de sa nature  
même, présentant un sérieux risque  
d'appauvrissement de la caution,  
l'institution du cautionnement fait  
bénéficier cette dernière d'un  
certain nombre de droits, qu'ils  
soient issus de son régime  
d'origine ou de textes et de

## Sans titre

jurisprudences plus récents :

- droit de se prévaloir de la méconnaissance, sauf en matière commerciale ou dans un acte authentique, des dispositions de l'article 1326 du Code civil prévoyant un titre comportant la signature de celui qui s'engage ainsi que la mention écrite par lui-même de la somme (...) ;

- obligation d'information de l'article 48 de la loi n° 84-148 du 1° mars 1984 (devenu L. 313-22 du Code monétaire et financier) à la charge des établissements de crédit ;

- impossibilité, à défaut de clause contraire, de se voir opposer la déchéance du terme en cas de liquidation judiciaire du débiteur principal : Com, 8 mars 1994 (Bull., n° 96) ;

- reconnaissance, sauf renonciation, du bénéfice de discussion et de division des articles 2021 et 2026 du Code

Sans titre  
civil, opposables au créancier ;

- exercice, après paiement, contre le débiteur principal, du recours subrogatoire de l'article 2029 du Code civil et recours de l'article 2033 du même Code contre les cofidéjusseurs ; exercice, avant paiement, du recours de l'article 2032 contre le débiteur principal ;

- faculté de se prévaloir des exceptions, qu'elles soient qualifiées ou non d'inhérentes à la dette (article 2036 du Code civil) ;

- faculté d'être déchargée en cas de fait du créancier rendant impossible la subrogation de la caution dans les droits de ce dernier (article 2037 du Code civil) ;

- après décès de la caution, limitation de l'obligation de ses héritiers au passif né au jour de l'ouverture de la succession, la garantie cessant pour les dettes nouvelles nées postérieurement au

Sans titre  
décès : Com, 29 juin 1982 (Bull.,  
n° 258) ;

- droit pour la caution de se  
prévaloir du caractère  
disproportionné de son engagement  
par rapport à ses revenus : arrêt  
"X..." de la chambre commerciale du  
17 juin 1997 (Bull., n° 188),  
tempéré, à l'égard des dirigeants  
de sociétés par l'arrêt "X..." du 8  
octobre 2002 (Bull., n° 136) et  
d'autres.

Le législateur a encore accru les  
droits de la caution à travers des  
textes qui s'inspirent largement du  
projet de directive européenne en  
matière de cautionnement (41) :

- article 101 de la loi n° 98-657  
du 29 juillet 1998 instaurant à  
l'égard du créancier de la caution  
personne physique une obligation  
d'information : cette disposition a  
été insérée à l'article 2016 du  
Code civil dont elle constitue le  
2° alinéa ;

- article 102 de la même loi,

Sans titre  
édicte une obligation  
d'information de la caution par le  
créancier professionnel dès le  
premier incident de paiement du  
débit principal (disposition  
insérée au Code de la consommation  
: article L. 341-1) ;

- articles 11 II et 12 de la loi n°  
2003-721 du 1<sup>er</sup> août 2003 insérant  
aux articles L. 341-2 et L. 341-3  
du Code de la consommation des  
mentions manuscrites spéciales lors  
d'un cautionnement contracté envers  
un créancier professionnel, et  
interdisant, à l'article L. 341-4  
du Code de la consommation, à un  
créancier professionnel de se  
prévaloir d'un contrat de  
cautionnement conclu par une  
personne physique dont l'engagement  
était, lors de sa conclusion,  
manifestement disproportionné à ses  
biens et revenus, à moins que le  
patrimoine de cette caution, au  
moment où celle-ci est appelée, ne  
lui permette de faire face à son  
obligation.

Les sûretés réelles diffèrent des

## Sans titre

précédentes en ce que, alors qu'en matière de sûretés personnelles, la dette est garantie par le patrimoine tout entier - du moins l'actif - de la caution, en matière réelle, un seul bien garantit l'engagement (42) .

Mais elles sont, aussi, souvent opposées aux sûretés personnelles (43) en raison surtout d'un certain nombre d'inconvénients (44) qu'elles présentent par rapport à ces dernières : formalisme tel que la nécessité d'un écrit et d'une signification pour le gage civil (45) , nécessité le plus souvent d'une publicité en vue de l'information des tiers, par exemple pour la constitution d'hypothèque, spécialité du bien grevé, procédure de réalisation parfois lourde avec expertise ; tout cela, sans compter qu'en grevant sa chose, le débiteur risque d'avoir épuisé son crédit, et ne peut la donner en gage à un autre créancier, sauf en matière hypothécaire, et en rang souvent inutile.

## Sans titre

Une autre raison d'opposer les sûretés réelles aux sûretés personnelles tient à ce que les premières n'ont pas fait l'objet, en doctrine, d'une analyse systématique (46) et donnent lieu, souvent, à des définitions plus fonctionnelles que synthétiques, reposant sur des éléments de droit positif trop parcellaires pour qu'il soit permis de dégager une ligne générale utilisable dans la démarche qui est la nôtre : rechercher la nature d'une institution - le cautionnement réel - à travers des critères objectifs et indiscutables.

Parmi les auteurs qui cependant proposent une définition, on peut citer MM. Mestre, Putman et Billiau. Par rapport à un certain mouvement de la doctrine contemporaine, elle peut être qualifiée de "téléologique" et se réfère à certains travaux dans ce domaine du professeur R. Perrot : la sûreté réelle est donc "la technique spécifique de sûreté

Sans titre  
visant cumulativement, d'une part,  
la rupture d'égalité, qui est  
réalisée par le droit de  
préférence, et d'autre part  
l'affectation de biens au paiement  
de la dette, qui est réalisée  
corrélativement par le droit de  
prélèvement prioritaire sur la  
valeur du bien" (47) .

La mention littérale des droits ou  
sûretés réels n'est guère présente  
dans le Code civil qu'à propos de  
l'hypothèque : l'article 2114  
dispose en substance : l'hypothèque  
est un droit réel sur les immeubles  
affectés à l'acquittement d'une  
obligation ; elle les suit [les  
immeubles] dans quelques mains  
qu'ils passent. On peut rapprocher  
cette disposition de celle de  
l'article 2071 du même Code selon  
laquelle le nantissement est un  
contrat par lequel un débiteur  
remet une chose à son créancier  
pour sûreté de sa dette :  
l'hypothèque et le nantissement  
sont, il est vrai, les deux sûretés  
le plus souvent rencontrées dans un  
cautionnement réel.

## Sans titre

En présence de données textuelles aussi minces, une partie de la doctrine n'a pas hésité à douter de l'existence, en tant que tels, de droits réels ou de contrats réels permettant par exemple à leurs titulaires de réclamer directement la chose (48) , certains même utilisant les termes "d'incongruité juridique exceptionnelle" (49) .

Pour d'autres, "l'obligation réelle serait au droit réel ce que l'obligation personnelle est au droit de créance", cette obligation se transmettant avec la propriété du bien (50) . Là serait l'explication de nombre de solutions du droit positif. Car, il paraîtrait difficile de soutenir que le créancier titulaire d'une sûreté réelle est désarmé.

## Sans titre

Quels sont, concrètement, ses droits ( et ceux du constituant) ?

- Le droit de saisir la chose ou la sûreté (51) , considéré par une certaine école comme l'élément essentiel, sinon le seul de la sûreté réelle, la meilleure preuve en étant pour les auteurs que les biens insaisissables, tels ceux du domaine public, ne peuvent être grevés d'hypothèques (52) .

- Le droit de préférence, reconnu notamment par l'article 2073 du Code civil, toujours sous-jacent en matière de sûreté réelle (53) qui permet au créancier de réaliser le gage par privilège et préférence aux autres créanciers. Il est l'exception à la règle égalitaire fondamentale de l'article 2093 du Code civil : les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers ; et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence.

## Sans titre

- le droit de suite qui concerne non seulement les sûretés ne donnant pas lieu à dépossession matérielle du constituant mais encore celles dans lesquelles il y a dépossession puisque celui qui a constitué le gage peut vendre la chose quoiqu'il ne soit pas en possession (54) : mais, il est surtout un attribut du créancier bénéficiaire d'une inscription d'hypothèque puisque celle-ci, aux termes de l'article 2114, dernier alinéa du Code civil, suit [les immeubles affectés] en quelques mains qu'ils passent.

Lorsque le créancier, en vertu de l'article 2169, fait vendre sur lui l'immeuble, le tiers détenteur est tenu de payer ou de délaisser, mais l'article 2172 ne donne la faculté de délaisser l'immeuble grevé qu'aux tiers détenteurs qui ne sont pas personnellement obligés à la dette.

Certains auteurs estiment que la caution réelle devrait avoir le droit de délaisser. Cependant, ils

## Sans titre

ne relie pas nécessairement ce droit à l'absence d'obligation personnelle, mais au fait que "les poursuites contre une caution réelle sont limitées à un bien particulier" (55) . Ainsi, un des intérêts de la conception mixte, du moins pour le cautionnement réel hypothécaire, s'effacerait...

- Le droit de rétention qui, en matière de nantissement avec dépossession, permet au créancier, en vertu de l'article 2082 du Code civil, de retenir la chose gagée aussi longtemps qu'il n'a pas été payé intégralement de sa créance.

Cette prérogative, en cas de liquidation judiciaire du débiteur, autorise le créancier, en vertu de l'article L. 622-21 du Code de commerce, à demander l'attribution judiciaire du gage.

Ce droit de rétention, avec toutes les prérogatives qui lui sont rattachées, est reconnu par l'article L. 431-4 du Code des instruments monétaires et

Sans titre financiers au créancier bénéficiaire d'un gage sur instruments financiers : or, il est intéressant d'observer que dans l'espèce actuelle, l'arrêt attaqué relève - donc souverainement - que M. Y... a souscrit un "nantissement de titres dématérialisés", cette nouvelle désignation des valeurs mobilières provenant de la loi n° 81-1160 du 30 décembre 1981 et du décret n° 83-359 du 2 mai 1983 modifié par le décret n° 92-473 du 21 mai 1992. Il est permis de penser qu'il constitue, plus précisément, un gage sur instruments financiers, puisqu'est produit un imprimé portant cet intitulé et contenant, à la date retenue par l'arrêt, un tel nantissement.

Une question ne peut manquer d'être posée : quelle est la situation des parties en cas de perte de valeur (56) du gage par rapport au montant pour lequel il a été souscrit ?

- si le créancier tient la chose de son débiteur, il conserve son droit

Sans titre  
de créance ou de gage général sur  
l'ensemble des droits dont il est  
titulaire, distincts de la chose  
initialement affectée : c'est en  
cela que la sûreté réelle, comme la  
sûreté personnelle, est  
"l'accessoire d'une créance dont  
elle garantit le remboursement"  
(57) .

Il paraît même plutôt absurde de  
concevoir que la constitution d'une  
sûreté réelle puisse signifier que  
le créancier renonce à son droit de  
gage général.

- si le créancier tient la chose  
d'un tiers, il ne dispose d'aucun  
recours contre lui, d'où l'intérêt,  
dans une certaine mesure (58) ,  
pour le premier, de voir dans une  
telle opération une obligation  
personnelle du constituant ,  
juxtaposée aux droits qu'il a  
constitués sur la chose, le tout  
étant de fixer la mesure de cette  
obligation personnelle : doit-elle  
être, comme l'a énoncé l'arrêt de  
la première chambre civile, "X...",  
du 15 mai 2002 (pourvoi n°

## Sans titre

00-15.298 - Bull., n° 127), la double limite du montant de la somme garantie et de la valeur des biens engagés, celle-ci étant appréciée au jour de la demande d'exécution de la garantie ?

Quelques commentateurs se sont interrogés sur le sens et la portée de cette formule : il apparaît peu probable, en raison de son libellé même, qu'elle signifie que la caution réelle doit demeurer tenue dans la limite de la valeur qu'aurait eue le bien s'il était resté, non grevé, dans son patrimoine (59) . Est-elle de la part de nos collègues de la première chambre civile la manifestation de leur intention de "faire peser sur le créancier les risques de dépréciation du bien grevé par le cautionnement réel en libérant progressivement la caution réelle de son engagement personnel au fur et à mesure de cette détérioration." ? Auteur de ces interrogations légitimes, le professeur Crocq espère recevoir les réponses dans les futurs

Sans titre  
épisodes de la saga qu'il promet à  
la matière... (60)

En tout cas, M. V. Brémond (61) estime qu'il appartiendra à la jurisprudence de préciser les modalités de cette évaluation lorsque le bien est sorti, pour cause de destruction ou de cession, du patrimoine de la caution. Par ailleurs, cet auteur rappelle qu'en principe, s'agissant d'une dette de valeur, elle devrait être appréciée au moment où la caution s'exécute, qui, en raison de la nature du cautionnement réel, ne devrait pas être éloigné de celui de la vente en justice ou de l'attribution du bien gagé.

M. J. Devèze (62) n'hésite pas à livrer sa propre interprétation : sur la première limite énoncée par l'arrêt "X..." du 15 mai 2002 (pourvoi n° 00-15.298 - Bull., n° 127) , il estime que "la caution réelle peut évidemment restreindre le montant de sa garantie à une certaine somme. Pas plus que la caution personnelle, elle ne

## Sans titre

saurait être tenue au-delà". Sur la seconde limite, cet auteur se livre utilement, pour l'enrichissement du débat, à des considérations pratiques qui semblent lui faire parfois défaut : "Lorsque le bien donné en garantie a été vendu par autorité de justice, il paraîtrait équitable que ce soit le prix procuré par cette vente qui donne la limite de l'obligation de la caution réelle. Si la valeur de ce bien augmente considérablement entre la demande d'exécution et le jour de sa réalisation, pourquoi le créancier ne pourrait-il pas en profiter ? Inversement, si le bien perd une partie de sa valeur entre ces deux dates, ne serait-il pas contraire à la prévision des parties de faire supporter à la caution la différence ? La brutalité de certaines variations de cours donne à la question un tour très concret. Il serait, à tout le moins souhaitable que la caution réelle soit clairement informée du risque qu'elle court".

L'auteur propose pour sa part une

## Sans titre

solution : "Il serait sans doute plus simple que, ab initio, une seule limite soit fixée au montant de l'engagement de la caution réelle. Il pourrait s'agir de la valeur du bien, estimée d'un commun accord, indépendante de sa valeur effective au jour de la demande d'exécution. Si la réalisation de l'assiette de la sûreté procure un montant supérieur, le surplus revient à la caution ; en revanche, celle-ci reste tenue de la différence si le prix atteint est inférieur."

Cette problématique concrète ne peut être étrangère aux préoccupations du juge, dès lors qu'en droit positif, la réalisation de la sûreté réelle se traduit en principe par l'attribution au créancier de sa valeur, ce dernier ne pouvant guère se faire attribuer la chose que s'il n'est pas payé, notamment en cas de procédure collective (63) , et ce en raison de la prohibition de principe des pactes commissaires et de "voie parée".

## Sans titre

Cette référence à la valeur du bien objet de la sûreté réelle a permis à certains auteurs de s'écarter de la thèse classique (64) selon laquelle le constituant, en matière de cautionnement réel, serait tenu propter rem, comme le tiers détenteur : c'est ainsi que M. Grua faisait valoir, dans son étude de référence (65) , que la caution est tenue, non pas à raison du bien, mais dans la limite de sa valeur, opinion partagée par MM. Cabrillac & Mouly, pour qui "la dette de la caution réelle n'est pas née de la chose, mais est seulement limitée par la chose" et encore "on retrouve dans le cautionnement réel l'idée d'une limite de l'obligation à la valeur du bien" (66) .

### b) Le cautionnement réel à l'épreuve des régimes matrimoniaux

Le régime communautaire se caractérise d'une part, dans les rapports avec les tiers, par le fait qu'en vertu des dispositions combinées des article 1413, 1414 et

Sans titre  
1415 du Code civil, "d'ordinaire chaque époux engage par ses dettes, non seulement ses biens propres mais aussi la communauté" (67) ; et d'autre part, dans les rapports entre époux, par le principe selon lequel chacun a le pouvoir d'administrer seul les biens communs et d'en disposer (article 1421 du Code civil).

Ce système de gestion "concurrente" connaît des exceptions et cède la place à un système de "cogestion" pour les actes réputés les plus graves et qui sont énumérés par les articles 1422 (actes de disposition entre vifs, à titre gratuit, des biens de la communauté), 1423 (baux ruraux et commerciaux sur les biens communs) et 1424, ce dernier ainsi libellé, en substance : 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 et les meubles corporels dont l'aliénation

Sans titre  
est soumise à publicité (...).

Moins évident pour les commentateurs est le rôle joué dans ce dispositif par l'article 1415 ("Chacun des époux ne peut engager que ses biens propres et ses revenus, par un cautionnement ...") dont il convient, d'emblée, d'observer qu'il figure dans la section première (DE CE QUI COMPOSE LA COMMUNAUTÉ, ACTIVEMENT ET PASSIVEMENT) de la première partie (DE LA COMMUNAUTÉ LÉGALE) du chapitre du Code civil consacré au régime en communauté, alors que les articles 1421 à 1427 qui nous intéressent spécialement sont insérés à la section II (DE L'ADMINISTRATION DE LA COMMUNAUTE ET DES BIENS PROPRES).

D'emblée, se posent deux questions :

En l'absence de disposition spécifique, la première question qui vient immédiatement à l'esprit, par rapport à notre sujet, est bien celle de la sanction pouvant

Sans titre  
résulter de l'accomplissement par  
un époux, seul, d'un acte  
constitutif de sûreté réelle, qu'il  
soit ou non soumis à cogestion (68)  
, lorsqu'il est par ailleurs  
qualifié de cautionnement, ce qui  
nous met en présence d'un  
cautionnement réel.

La seconde question est la suivante  
: un tel acte mettant en présence  
plusieurs partenaires susceptibles,  
dans le cours de son exécution,  
d'en tirer grief - le constituant,  
l'autre époux (tiers à l'acte), le  
créancier - qui aura qualité pour  
le faire sanctionner ?

Ces questions avaient déjà  
préoccupé les commentateurs de  
"l'arrêt fondateur" du 11 avril  
1995, qui n'avait pas eu à les  
trancher : en effet, notre Cour,  
quoiqu'ayant cassé un arrêt qui  
avait refusé d'annuler un  
nantissement, n'avait été saisie  
que de l'applicabilité de l'article  
1415, et non de la sanction pouvant  
en résulter ou surtout de la  
qualité de tel ou tel pour la

Sans titre  
demander. Mais le débat a été relancé à la suite de deux arrêts, non publiés, rendus par la première chambre civile les 26 mai 1999 (n° 97-13.268) et 25 janvier 2000 (n° 98-13.469), parce que les moyens invoquaient, dans les deux pourvois, soit la qualité de la personne pouvant se prévaloir de la protection de l'article 1415, soit la nature de la sanction.

Mais peut-être convient-il, avant d'examiner ces deux arrêts, de rappeler que deux sortes de sanctions sont édictées ou suggérées par les textes en matière de régimes matrimoniaux : la nullité et l'inopposabilité de l'acte. Leurs effets et la qualité de ceux qui peuvent les mettre en oeuvre ne sont pas identiques, et les cas dans lesquels l'une ou l'autre est applicable ne sont pas toujours clairement déterminés.

- La nullité, "sanction traditionnelle du contrat mal formé, se traduit par l'anéantissement rétroactif de

## Sans titre

l'acte en cause" (69) . Elle "le frappe d'inefficacité à l'égard des parties" (70) . L'action en nullité est en général soumise à une prescription abrégée.

Dans les cas qui nous occupent, le régime de la nullité est organisé par l'article 1427 du Code civil, selon lequel, si l'un des époux a outrepassé ses pouvoirs sur les biens communs, l'autre (...) peut en demander l'annulation. L'action en nullité est ouverte au conjoint pendant deux années à partir du jour où il a eu connaissance de l'acte (...). On voit qu'il s'agit d'une nullité relative puisque seul l'autre époux peut la soulever, alors qu'en principe, tout intéressé peut agir pour poursuivre une nullité absolue.

- L'inopposabilité, qui " a pour effet de refuser toute conséquence à l'acte à l'égard de certains tiers [ici, il s'agira de l'autre époux] tout en laissant celui-ci subsister entre les parties". En principe, l'action est soumise à la

## Sans titre

prescription trentenaire (même si le point de départ de l'action est contemporain de l'acte contesté, on saisit tout l'intérêt de la règle en considérant la durée moyenne d'un régime matrimonial !), et elle peut en principe être intentée par les tiers y ayant intérêt, donc, ici, pas par le co-contractant de l'époux attaqué qui est une partie à l'acte, avec cette précision non négligeable que, semble-t-il, l'action ne profite qu'à celui qui l'intente (71) .

Du reste, peut-on se demander, avec M. Champenois (72) , si l'article 222 du Code civil, figurant dans le régime matrimonial "primaire" qui, normalement doit prévaloir sur les règles de fonctionnement de chacun des régimes particuliers adoptés par les époux, ne suffit pas à protéger les tiers, du moins s'agissant du nantissement de meubles. Il édicte en effet que si l'un des époux se présente seul pour faire un acte d'administration, de jouissance ou de disposition sur un bien meuble

## Sans titre

qu'il détient individuellement, il est réputé, à l'égard des tiers de bonne foi, avoir le pouvoir de faire seul cet acte. Une telle situation est d'autant plus plausible que l'article 221 dispose que chacun des époux peut se faire ouvrir, sans le consentement de l'autre, tout compte de dépôt et tout compte de titres en son nom personnel. Désormais, après des hésitations en doctrine, il est admis que l'article 222 s'applique aux meubles incorporels que sont les titres dématérialisés (73) . La notion de bonne foi du banquier, du moins lorsqu'il est tenu d'exécuter les ordres du titulaire du compte sans avoir à exiger de justifications, telle que l'a interprétée, après les juges du fond, la chambre commerciale, par une série d'arrêts des 10 et 24 octobre 2000 (74) peut sembler priver de tout intérêt et de toute portée le recours éventuel, par celui-ci, comme co-contractant d'un époux, à l'article 1415.

L'exemple le plus souvent cité de

## Sans titre

La sanction de l'inopposabilité est celui qui résulte de la fraude paulienne, aux termes de l'article 1167 du Code civil.

Dans les cas qui nous occupent, la seule référence textuelle à l'inopposabilité (a contrario) est celle de l'article 1421 du Code civil, selon lequel, en substance, les actes accomplis sans fraude par un conjoint sont opposables à l'autre.

La fraude est un critère traditionnel d'inopposabilité d'un acte, alors qu'un simple dépassement de pouvoirs objectif entrerait plutôt dans les prévisions de l'action en nullité (75) .

Une question qui peut se poser à cet égard est celle de l'articulation existant entre l'article 1421 et les articles 1415 et 1424.

Si, en ce qui concerne l'articulation entre l'article 1421

Sans titre

et l'article 1424, le problème peut paraître résolu par le dernier alinéa du premier de ces textes qui réserve les articles 1422 à 1425, ce dont il suivrait, d'une part, que la sanction de l'inopposabilité n'est prévue que pour les cas autres que ceux de l'article 1424 et des articles voisins, et d'autre part que, pour ceux-ci, il y a lieu de faire exclusivement application de la nullité, la question demeure pour l'article 1415 ...

Mais, pour que la question se pose, un préalable est nécessaire : la qualification de cautionnement de l'acte critiqué.

Il importe ensuite de distinguer deux situations procédurales : d'une part, celle dans laquelle c'est l'époux évincé qui entend agir ; d'autre part, celle dans laquelle c'est - repentir ou opportunism ? - l'époux ayant passé l'acte, voire l'un et l'autre.

1 - si l'acte se caractérise, sur des biens de communauté, par une

Sans titre  
constitution d'hypothèque sur un  
immeuble ou par un nantissement de  
parts de sociétés de personnes,  
consenti par un époux, seul, pour  
sûreté de la dette d'un tiers, il  
est prohibé par l'article 1424.  
Mais, la sanction risque d'être  
différente selon qu'elle est mise  
en oeuvre par l'époux évincé, ou  
par celui qui a outrepassé ses  
pouvoirs.

\* si l'acte reste qualifié de  
sûreté réelle consentie pour la  
dette d'autrui, l'époux évincé  
pourra faire constater la nullité  
en application de l'article 1427 du  
Code civil. Ce dernier texte ne  
donne pas le même pouvoir à l'époux  
qui a passé l'acte.

\*\* si l'acte est qualifié de  
cautionnement (réel), deux  
sanctions sont envisageables :

- celle de l'article 1427 puisqu'en  
toute hypothèse, il y a eu  
constitution de droits réels par un  
époux seul sur des biens de  
communauté alors que la cogestion

Sans titre  
était exigée pour un tel acte ;

- celle qui serait spécifique à l'article 1415 puisqu'il y a eu cautionnement sans le consentement exprès de l'autre époux. Même si l'on peut envisager une sorte de cumul réel de sanctions (76) , la question se posera surtout, pour l'époux évincé, du choix de la sanction qui lui est ouverte.

L'arrêt, de rejet, du 26 mai 1999 a considéré qu'une cour d'appel qui avait exactement retenu que, seul, [l'autre époux] pouvait se prévaloir du défaut de consentement exprès à l'engagement de caution pris par [le conjoint], avait légalement justifié sa décision de refuser l'annulation de l'acte d'affectation hypothécaire, demandée par ce dernier.

- Au plan de la qualité pour agir, cette décision se situe dans l'orthodoxie de l'article 1427 qui n'ouvre l'action en nullité qu'à l'époux évincé (voir supra).

## Sans titre

- Au fond, le libellé même de cet arrêt, reprenant intégralement les formules de l'arrêt attaqué, ne facilite pas son interprétation dans la mesure où il paraît s'appliquer à un cautionnement (personnel) suivi de la constitution d'une hypothèque par la caution : en effet, alors que le moyen l'invitait à répondre que l'époux auteur de l'acte pouvait se prévaloir de sa nullité, notre Cour approuve la décision de refus d'annulation des juges du fond dans des conditions permettant difficilement de savoir si elle a considéré implicitement que la sanction de la nullité relative s'appliquait au cautionnement réel (caution + hypothèque) ou à la seule constitution d'hypothèque.

Les commentateurs ont relevé cette sorte d'ambiguïté et noté, dans l'ensemble, que si l'interprétation qui devait prévaloir était celle d'un cautionnement réel, souscrit en méconnaissance de l'article 1415, la Cour de cassation, en sanctionnant cette dernière par la

Sans titre  
nullité réservée à la seule  
méconnaissance de l'article 1424,  
et non par la constatation de  
l'inefficacité objective de l'acte,  
avait implicitement créé un nouveau  
cas de cogestion(77) .

Tel pourrait être aussi le cas, au  
vu de l'arrêt de 2000, d'autant  
qu'il a été rendu dans un cas de  
figure dépourvu d'ambiguïté :

2 - si le cautionnement réel se  
manifeste par une constitution de  
droits réels pour autrui sur des  
biens de communauté pour lesquels  
un époux, seul, peut agir : cette  
hypothèse est celle, somme toute  
assez fréquente dans la pratique où  
un époux seul consent un  
nantissement de droits sociaux  
négociables. Cette notion de droits  
sociaux négociables appartient au  
droit des sociétés. Sont donc  
négociables en principe toutes les  
valeurs mobilières (ou titres  
dématérialisés selon la nouvelle  
appellation), actions et droits de  
créance (obligations) sur une  
personne morale, sauf exceptions,

## Sans titre

celles-ci concernant les parts des sociétés commerciales en nom collectif, en commandite simple et sociétés à responsabilité limitée (articles L. 19, L. 24 et L. 43 du Code de commerce) et les parts des sociétés civiles (article 1841 du Code civil).

Dans l'espèce aujourd'hui rapportée, où l'objet du litige porte sur l'application de l'article 1415 au cautionnement réel, les titres nantis par M. Y... sont donc réputés négociables (s'il s'était agi de titres non négociables, il y a lieu de penser que l'épouse agissant seule, aurait eu recours à l'article 1424).

\* si l'acte n'est qu'une sûreté réelle pour autrui, sans être qualifié de cautionnement, sa parfaite licéité ne fait aucun doute, et nous sommes dans le cas de figure de rejet du présent pourvoi ;

\*\* si l'acte est qualifié de cautionnement auquel est applicable

## Sans titre

l'article 1415, la jurisprudence de la Cour de cassation nous montre que deux solutions ont pu être envisagées tour à tour :

- la sanction - déjà évoquée pour l'hypothèque - de la nullité, ouverte par l'article 1427 du Code civil au conjoint, dans le cas où un époux a outrepassé ses pouvoirs : elle correspond à la conception de ceux qui considèrent que l'article 1415 édicte un nouveau cas de cogestion car l'acte qui garantit la dette d'autrui "crée un risque d'appauvrissement sans contrepartie qui, finalement, le rend aussi grave qu'un acte d'aliénation à titre gratuit". C'est en tout cas la solution que la première chambre civile avait retenue, dans son arrêt de rejet du 25 janvier 2000, ayant eu à examiner notamment le moyen pris de la violation de l'article 1421 du Code civil (78) : (...) que la cour d'appel a décidé, à bon droit, que l'acte de nantissement était nul (...).

## Sans titre

Cette solution avait suscité des critiques de la part de ceux qui ne placent pas l'article 1415 au rang de l'article 1424 et se demandent s'il n'y a pas un illogisme apparent dans le fait de sanctionner un acte par ailleurs autorisé.

- la sanction de l'inopposabilité avec les caractéristiques et les effets examinés supra.

Il n'est pas inintéressant d'observer que cette sanction est celle qui, pareillement en l'absence de texte spécifique, a été retenue par la chambre commerciale pour sanctionner le cautionnement irrégulier donné par un dirigeant de société anonyme : l'acte sera inopposable à la société (79) .

- la sanction naturelle, qualifiée par M. G. Champenois de "l'inefficacité objective" et qui pourrait constituer une " troisième voie". Indépendamment de toute considération de fraude, ne

## Sans titre

pourrait-on seulement priver l'acte, par ailleurs valable par application de l'article 1424, de ses effets sur les biens communs et les propres de l'époux non contractant ?

Cette hypothèse de travail ne doit-elle pas aussi quelque peu à la conception de ceux qui distinguent bien l'article 1415, lequel édicte une règle de détermination du passif commun (80), des articles 1422 à 1424, par lesquels le législateur a entendu instaurer des cas de cogestion par exception à la règle de gestion concurrente qui est le principe (article 1421) ? Ainsi, il a pu être soutenu que "l'article 1415 ne constitue pas une règle de gestion mais une règle de passif. C'est une exception à l'article 1413 qui prévoit l'engagement de principe de la communauté pour toute dette de chaque époux(...). C'est [aussi] un texte de compromis (81) .

Ne pourrait-on tout simplement "presque dire", avec le doyen

## Sans titre

Similer, que la sanction consiste dans la possibilité offerte à chaque époux de se prévaloir de la réduction légale du gage du créancier opérée par l'article 1415 (82) ? Ne peut-on ajouter que cette règle de "l'inefficacité objective" prévaut, implicitement, dans les espèces où les vicissitudes procédurales n'ont pas conduit les parties à invoquer spécialement la nullité ou l'inopposabilité (ainsi que cela est le cas, comme souligné supra, de l'arrêt du 11 avril 1995) ?

Quel que soit le choix de la sanction opérée, il conviendra de déterminer à quel partenaire du cautionnement réel, sa mise en oeuvre est ouverte.

Or, les trois arrêts du 15 mai 2002 ont ouvert l'action à l'époux caution, ce qui n'entre pas dans la logique de la théorie de l'inopposabilité (voir supra), et si l'on en croit certains auteurs, pose problème (83) .

## Sans titre

Deux de ces trois arrêts se sont résolument prononcés pour la formule de l'inopposabilité :

- dans l'arrêt de rejet, n° 127, pourvoi n° 00-15.298 "X...", où il était fait grief à la cour d'appel d'avoir débouté le constituant - et non son conjoint - de sa demande de nullité d'un nantissement consenti sans le consentement de son épouse, la première chambre civile, après avoir retenu que cet acte était un cautionnement réel soumis à l'article 1415 du Code civil, énonce que la caution peut invoquer l'inopposabilité de l'acte quant [aux biens communs].

- dans l'arrêt de rejet, n° 129, pourvoi n° 00-13.527 "X...", où il était fait grief à la cour d'appel d'avoir appliqué l'article 1415 à des nantissements pour autrui, consentis par chacun des époux sans le consentement de son conjoint, et dont tous deux invoquaient la nullité, la première chambre civile a énoncé que ces nantissements étaient soumis à l'article 1415 du

## Sans titre

Code civil, ce dont il résultait qu'ils leur étaient inopposables en tant qu'ils portaient sur des biens communs.

- l'arrêt de la première chambre civile du 18 septembre 2002 (n° 00-16.189) - voir supra - a confirmé la solution des deux arrêts précédents : cet arrêt rejette un premier moyen pris de la violation de l'article 1415, dans une affaire où les juges du fond avaient ordonné la restitution à des époux d'actions nanties par un seul, sans le consentement de l'autre. Il énonce que le nantissement constitué par un tiers pour le débiteur est un cautionnement réel soumis à l'article 1415 du Code civil ; que, dans le cas d'un tel engagement consenti par un époux sur des biens communs, sans le consentement exprès de l'autre, le cautionnement est inopposable, à la demande de l'un ou l'autre des époux.

Cette formulation est sensiblement la même que celle d'un arrêt de

Sans titre  
rejet de la chambre commerciale du  
13 novembre 2002 (Bull., n° 161).

En revanche, le troisième arrêt du  
15 mai 2002, (arrêt de rejet n°  
128, pourvoi n° 99-21.464, "X..."),  
moins souvent cité parce qu'il fait  
application de l'article 1415 à un  
cautionnement personnel, pourrait  
avoir plutôt adopté la sanction de  
"l'inefficacité objective", ouverte  
à la caution elle-même : du reste,  
alors qu'on peut se demander à  
quoi, procéduralement, peut  
correspondre cette sanction, on en  
trouve une illustration dans cet  
arrêt où la banque créancière avait  
fait inscrire une hypothèque sur  
des biens communs, sûreté dont la  
main-levée avait été obtenue, aux  
termes de la décision des juges du  
fond approuvée, par l'époux  
caution. Mais, le résultat n'est  
pas sensiblement différent, au  
niveau de l'ouverture de l'action,  
de celui des autres arrêts de 2002.

En matière de cautionnement  
personnel et d'emprunt, la première  
chambre civile juge, dans le même

## Sans titre

sens, que seuls les époux peuvent se prévaloir de l'article 1415 : telle est la formule de deux arrêts, notamment, des 14 janvier 2003 (Bull., n° 3), où l'acquéreur - donc un tiers - d'un immeuble grevé d'une hypothèque prise en exécution d'un cautionnement donné sans le consentement exprès du conjoint, avait fait tierce opposition au refus de main-levée de l'inscription pratiquée sur son bien, et 25 novembre 2003 (n° 01-10.655), où une caution évincée de la collocation par le créancier prêteur avait invoqué l'absence de consentement des conjoints aux emprunts cautionnés.

Est-ce en raison de cette pluralité de solutions dans le temps ou d'un pragmatisme sous-jacent, inhérent à une matière - il faut le rappeler - imprégnée de consensualisme ? Certains auteurs estiment qu'il n'y aurait guère de différence, dans la pratique, entre les deux sanctions : "Qu'on l'annule ou qu'on le déclare inopposable au constituant, il en résultera

## Sans titre

toujours que le cautionnement réel constitué par un époux seul sera définitivement privé de toute efficacité en tant qu'il porte sur des biens communs, et valable si, d'aventure, il porte en outre sur des propres du constituant.

Dans cette mesure, l'inopposabilité prétendue ne correspond ni plus ni moins qu'à une nullité qui n'avoue pas son nom" (84) .

En tout cas, il ne semble pas pouvoir être dénié que la consistance des biens propres et des salaires du constituant conditionnera, au bout du compte, l'efficacité du cautionnement réel pour le créancier bénéficiaire...

A cet égard, une autre question peut être posée, dès lors que l'arrêt attaqué constate que les époux Y... sont mariés sous le régime de la communauté universelle. Celle-ci, dont l'article 1526 du Code civil précise d'une part qu'elle ne contient pas, sauf stipulation contraire, les biens propres par

Sans titre

leur nature (85) , et qu'elle supporte définitivement toutes les dettes des époux, présentes et futures, est-elle soumise à l'application de l'article 1415 ? La première chambre civile s'est prononcée par l'affirmative, par un arrêt du 3 mai 2000 (Bull., n° 125) énonçant même, au passage, que les dispositions de l'article 1415 du Code civil sont impératives, (86) un autre intérêt de cet arrêt étant qu'il s'applique à un engagement d'aval (dont on sait qu'il présente, en matière de droit cambiaire, de fortes similitudes avec le cautionnement). La chambre commerciale s'était prononcée dans le même sens, pour ce type de sûreté, le 4 février 1997, Bull., n° 39 (87) .

Cette solution, que la première chambre civile, le 25 janvier 2000, avait déjà retenue pour un régime de communauté réduite aux acquêts, a suscité des appréciations mitigées, notamment au vu de l'article 1497 du Code civil disposant, in fine, que les règles

Sans titre  
de la communauté légale restent applicables en tous les points qui n'ont pas fait l'objet de la convention des parties. (88) Il semblerait que certaines cours d'appel aient tiré argument de cette disposition pour, antérieurement à notre arrêt, refuser d'appliquer l'article 1415 à la communauté universelle, caractérisée, de par la convention même des parties, par l'universalité du passif (dernier alinéa de l'article 1526). N'est-ce pas plutôt l'absence de propres qui aurait pu influencer ?

Et, peut-on partager, toujours à propos de l'arrêt sur la communauté universelle du 3 mai 2000, l'interrogation du doyen Simler "sur l'hypothétique existence de biens propres par nature ou de biens donnés avec clause d'exclusion de la communauté" (89) , de sorte que l'opération de cautionnement resterait lettre morte ?

C'est dire qu'il n'apparaît pas à

Sans titre

votre rapporteur qu'il y ait lieu sur ce point de relever un moyen d'office ou de proposer une substitution de moyen.

Déjà considéré par certains comme une sorte de monstre juridique, un "mariage de la carpe et du lapin" (90) , le cautionnement réel ne peut guère accéder à la maturité que chacun semble appeler de ses vœux, sans se positionner clairement par rapport aux données incontournables que votre rapporteur a cru devoir rappeler.

Après les sûretés et les régimes matrimoniaux, il eût peut-être fallu, pour être complet, situer l'institution qui nous préoccupe par rapport à deux autres de ses "périphériques" non négligeables, celui du droit des procédures collectives et celui du droit des sociétés, ne serait-ce que parce qu'un certain nombre d'arrêts en matière de cautionnement réel ont été rendus par notre chambre commerciale dans des affaires qui étaient à la lisière de ces

Sans titre  
disciplines.

Etre complet est parfois le contraire d'être utile : voilà pourquoi, en raison de l'implication en définitive modeste de ces deux branches du droit par rapport à l'enjeu auquel nous sommes confrontés qui est de déterminer la nature du cautionnement réel, nous nous bornerons à rappeler que :

- en droit des sociétés, le Code de commerce, en ses articles L. 223-21 pour les sociétés à responsabilité limitée et L. 225-43 pour les sociétés anonymes (anciens articles 51 et 106 de la loi du 24 juillet 1966) interdit, à peine de nullité du contrat, aux personnes physiques gérantes ou administrateurs d'une telle société de faire cautionner ou avaliser par cette dernière leurs engagements envers les tiers. Par ailleurs, en vertu des articles 89 et 113 du décret n° 67-236 du 23 mars 1967, selon que la société anonyme comporte un conseil d'administration ou un conseil de

## Sans titre

surveillance, le directeur général ou le directoire, selon le cas, ne peut donner la caution, l'aval ou la garantie de la société que dans la limite d'un montant fixé par le conseil d'administration ou le conseil de surveillance, le dépassement ne pouvant être opposé aux tiers qui n'en ont pas eu connaissance : aucun précédent de notre Cour n'a pu être trouvé dans ces matières à propos du cautionnement réel... (91) Il est cependant aisé de comprendre que si la cautionnement réel est reconnu comme un véritable cautionnement, il entrera dans le champ d'application de ces dispositions. S'il n'est qu'une sûreté réelle, cela pourra se discuter, notamment au vu du terme de "garantie".

En ce qui concerne les sociétés civiles, et plus particulièrement les SCI, dans la pratique des affaires - et des montages juridiques - il est fréquent qu'une SCI propriétaire d'un immeuble soit amenée à affecter hypothécairement ce dernier en garantie de l'emprunt

Sans titre  
d'une société commerciale  
exploitant son activité dans  
l'immeuble, et dont l'associé  
gérant majoritaire est le même que  
celui de la SCI. En l'absence de  
texte comparable à celui du droit  
des sociétés, (qui ne serait pas  
nécessairement transposable car  
l'interdiction ne s'applique pas  
aux gérants, associés ou  
administrateurs personnes morales),  
et dans le silence des statuts, le  
critère qui semblerait prévaloir  
(92) est celui de l'intérêt social.

- en droit des procédures  
collectives, lorsque la liquidation  
judiciaire a été prononcée à  
l'égard du constituant du gage, le  
créancier gagiste peut demander  
l'attribution judiciaire du bien  
grevé avant sa réalisation par le  
liquidateur, et cela, même s'il n'a  
pas encore déclaré sa créance  
(article L. 622-21 du Code de  
commerce), cette déclaration de  
créance s'imposant bien, en toute  
hypothèse, dès le redressement  
judiciaire de la caution, au  
créancier bénéficiaire d'un

## Sans titre

cautionnement réel puisqu'il dispose d'un droit de créance, limité aux biens affectés à la garantie (arrêt de la chambre commerciale du 17 octobre 1998, Bull., n° 260, sur lequel nous reviendrons).

La pluralité parfois contradictoire des domaines d'intervention du cautionnement réel explique tout à la fois la diversité des questions posées à notre Cour et les interrogations suscitées par ses réponses. Quel bilan peut-on en dresser ?

3 - Le cautionnement réel devant la Cour de cassation : des réponses fermes mais non définitives

a) réponses aux questions ;  
questions aux réponses :

Les auteurs se sont efforcés, nous l'avons déjà vu, de procéder à une lecture raisonnée des arrêts qui ne cessent de jalonner leurs chroniques depuis l'arrêt dit "fondateur" du 11 avril 1995. Quel

## Sans titre

que soit l'intérêt de cette démarche, il apparaît plus conforme à celle spécifique de notre Cour, de rappeler chronologiquement les décisions significatives, qui sont aussi les plus commentées.

- L'arrêt de cassation de la première chambre civile du 11 avril 1995 (Bull., n° 165), après avoir énoncé, au visa de l'article 1415 du Code civil, que cette règle est applicable à la caution réelle, a-t-il été au-delà, autrement dit énoncé la règle de l'obligation personnelle du constituant à la dette, lorsqu'il a retenu, au conclusif, qu'en se déterminant par de tels motifs alors que les titres donnés en nantissement par M. X... étaient des biens communs et que celui-ci les avait remis à la banque pour garantir la dette née d'un engagement de caution donné sans le consentement exprès de son épouse, la cour d'appel a violé le texte susvisé ?

La question peut en effet se poser, quoique la "dette née d'un

Sans titre  
engagement de caution" puisqu'il ne résulte pas des faits de l'espèce qu'il y ait eu, par ailleurs, un cautionnement personnel juxtaposé du constituant, puisse aussi désigner la dette garantie par la sûreté souscrite par celui qui, au sens de l'article 1415 est une caution... En tout cas, il semble que les commentateurs de l'époque ne se soient pas posé la question dans le sens de l'engagement personnel du constituant d'une seule sûreté réelle, approuvant dans l'ensemble cet arrêt pour avoir appliqué l'article 1415 au cautionnement réel, y compris dans les rangs des adversaires notoires de son autre lecture : ainsi, le doyen Simler estime-t-il que "toutes choses pesées, l'extension de la règle à cette hypothèse est sans doute préférable" (93) .

N'est-ce pas à partir d'une telle observation en forme de constat que certains ont pu considérer que la nature de cautionnement du cautionnement réel par rapport à l'article 1415 était devenue à son

Sans titre  
tour une sorte de donnée acquise ?  
Voir supra (94) .

Antérieurement à l'arrêt de 1995, notre Cour avait eu l'occasion, soit de faire application des règles du cautionnement au cautionnement réel, soit le contraire.

Dans le sens de l'application des règles du cautionnement, on peut citer un arrêt de la chambre commerciale du 10 novembre 1981 (Bull., n° 388) dont il résulte, selon les commentaires (95) , qu' "une caution personnelle ne pouvait prétendre que le créancier fût tenu d'agir d'abord contre la ou les cautions réelles".

Il s'ensuivrait donc que les cautions réelles sont, au sens de l'article 2033 du Code civil régissant les recours entre cofidéjusseurs, des cautions à l'égal des cautions personnelles (96) .

A l'inverse, à l'encontre de

## Sans titre

l'application des règles du cautionnement personnel au cautionnement réel, deux arrêts caractéristiques sont à mentionner, car ils ont statué sur des questions qui ne se sont pas reposées aussi nettement depuis :

- L'arrêt de rejet de la première chambre civile du 21 juin 1978 (Bull., n° 236), déniait le caractère personnel de l'obligation du constituant, avait, comme notre chambre civile, le 3 mars 1856 (DP 1856, 1, p. 321), refusé d'accorder le bénéfice de discussion à ce dernier dans les termes suivants :  
Mais attendu que c'est à bon droit que le tribunal de grande instance, constatant que les époux X... n'étaient pas eux-mêmes personnellement obligés à la dette mais avaient affecté hypothécairement certains de leurs immeubles à la garantie de la dette d'autrui, leur a fait application des articles 2170 et 2171 du Code civil, et non de l'article 2021 du même Code.

## Sans titre

L'article 2170 qui traite de l'effet des privilèges et hypothèques contre les tiers détenteurs, dispose : "néanmoins, le tiers détenteur qui n'est pas personnellement obligé à la dette, peut s'opposer à la vente de l'héritage hypothéqué qui lui a été transmis, s'il est demeuré d'autres immeubles hypothéqués à la même dette dans la possession du principal ou des principaux obligés, et en requérir la discussion préalable selon la forme réglée au titre Du cautionnement ; pendant cette discussion, il est sursis à la vente de l'héritage hypothéqué".

L'article 2171 dispose que "l'exception de discussion ne peut être opposée au créancier privilégié ou ayant hypothèque spéciale sur l'immeuble".

L'arrêt de rejet de la première chambre civile du 6 mars 1979 (Bull., n° 78) avait privé le constituant tout à la fois du bénéfice de discussion et de

## Sans titre

division, dans des termes particulièrement nets : Mais attendu que la cour d'appel a justement relevé que le bénéfice de discussion et le bénéfice de division ne sont pas accordés à la caution réelle en l'absence de stipulation contraire.

Dans ses conclusions publiées (97) , l'avocat général Gulphe, favorable à la solution qui allait être retenue, l'avait expliquée, en se prévalant d'un commentaire de Planiol relatif à une caution solidaire sous un arrêt du XIX<sup>e</sup> siècle (98) , d'une part, en ce qui concerne le bénéfice de discussion par le caractère conventionnel de l'hypothèque empêchant, en vertu de l'article 2171 le jeu de l'article 2170, ("toutes les hypothèques conventionnelles sont des hypothèques spéciales"), et d'autre part en ce qui concerne le bénéfice de division, en raison de l'engagement propter rem du constituant "bien délimité par le montant de l'inscription prise, délibérément souscrit par une

Sans titre  
personne qui a voulu affecter son  
immeuble à la constitution d'une  
sûreté".

Ces deux décisions sont considérées  
aujourd'hui comme logiques,  
notamment par les adeptes de la  
conception "hybride" du  
cautionnement réel : M. Ph. Simler  
y voit la conséquence du "caractère  
par nature indivisible de la sûreté  
réelle" (99) . Mme. V.  
Tachini-Laforest les considère  
comme l'illustration de ce que "les  
règles du cautionnement contrarient  
celles des sûretés réelles" et donc  
ne sont pas toutes transposables au  
cautionnement réel (100) .

Peut-être aussi, voudra-t-on  
retenir, dans la perspective du  
choix que nous aurons à faire, la  
netteté de l'arrêt du 21 juin 1978  
dont le conclusif énonce qu'en  
l'absence de constatation d'un  
engagement personnel des  
constituants par les juges du fond,  
un tel engagement ne peut résulter  
de l'affectation hypothécaire  
qu'ils ont consentie pour la dette

## Sans titre

d'autrui.

- Par un arrêt de cassation du 20 juin 1995 (n° 93-18.423), la chambre commerciale a énoncé que n'avait pas donné de base légale à sa décision, au regard de l'article 2071 du Code civil, une cour d'appel ayant retenu, pour condamner M. X... par ailleurs caution d'un prêt consenti à une société, à payer une certaine somme à la banque prêteuse, qu'il avait affecté ses titres à la garantie de ce qu'il pourrait devoir à la banque, sans relever qu'il s'était engagé à payer la dette de la société.

Cet arrêt, selon M. Ph. Simler, serait une première, mais "timide" étape dans la clarification qu'il appelle de ses vœux, relative au caractère de sûreté réelle, exclusif de tout engagement personnel, du cautionnement réel (101) .

Quoique l'arrêt ne vise pas l'article 2015 du Code civil, M. P.

## Sans titre

Crocq voit pour sa part dans cette décision l'utilisation du principe selon lequel le cautionnement ne se présume pas (102) .

Si cette interprétation devait prévaloir, il est rétrospectivement intéressant de remarquer qu'elle porte sur une décision, de deux mois postérieure à l'arrêt du 11 avril 1995 où d'aucuns veulent faire dire exactement le contraire à la première chambre civile.

- Par un arrêt de cassation du 2 décembre 1997 (Bull., n° 343), la première chambre civile a censuré les juges du fond pour avoir retenu que le cautionnement hypothécaire est interdit à l'administrateur légal, même s'il a été donné avec l'autorisation du juge des tutelles, notre Cour énonçant, au visa des articles 389-6 et 457 du Code civil, que l'administrateur légal peut, avec l'autorisation du juge des tutelles, faire des actes de disposition et, notamment, grever de droits réels les immeubles du mineur lorsque ces

Sans titre  
actes sont conformes l'intérêt de  
celui-ci.

Il résulte des faits exposés par  
l'arrêt que Mme. X..., avait obtenu  
du juge des tutelles l'autorisation  
de consentir pour le compte de sa  
fille mineure un cautionnement  
hypothécaire simple sur un immeuble  
indivis entre elles en garantie  
d'un prêt destiné à financer  
l'achat d'un fonds de commerce par  
la mère.

Cet arrêt méritait d'être  
mentionné, mais sans qu'il soit,  
selon votre rapporteur, nécessaire  
de faire état des nombreux  
commentaires qui l'ont suivi : en  
effet, la solution en définitive  
adoptée par notre Cour l'a été,  
comme on peut le constater, par  
rapport aux critères du droit de la  
minorité.

- Par un arrêt de cassation du 12  
mai 1998 (Bull., n° 151), la  
chambre commerciale a considéré  
qu'aucune poursuite n'était plus  
possible à l'encontre d'une

## Sans titre

personne qui s'était portée caution hypothécaire, faute de prorogation de l'inscription au-delà du terme convenu, la Cour de cassation énonçant, après avoir visé les articles 1134 et 2015 du Code civil, que plus aucun bien ne garantissait l'engagement de la caution, de telle sorte qu'aucune poursuite contre celle-ci n'était possible.

A propos de cet arrêt, MM. Ph. Delebecque et Ph. Simler ont observé que "la caution hypothécaire est à cet égard dans la même situation qu'un tiers détenteur d'immeuble hypothéqué qui n'est pas personnellement obligé à la dette (article 2170 du Code civil), mais qui est tenu réellement en ce que le bien grevé - et lui seul - répond de la dette. Dès lors, si l'hypothèque est périmée, la caution réelle est purement et simplement déchargée" (103) . Sur ce point, ne rejoint-on pas, tout simplement, la notion d'obligation propter rem ?

## Sans titre

- Par un arrêt de rejet du 13 mai 1998 (Bull., n° 172), la première chambre civile, dans une affaire où l'époux d'une dirigeante de société avait consenti au banquier, "à titre de caution réelle", le nantissement d'un portefeuille de valeurs mobilières, et où, recherché par le créancier, il avait invoqué, en vain, devant la cour d'appel, "l'absence de régularité de son engagement, lequel ne répondait pas aux exigences de l'article 1326 du Code civil", a énoncé que, s'agissant d'un cautionnement réel, en l'occurrence d'un nantissement de valeurs mobilières non assorti d'un engagement personnel, les dispositions de l'article 1326 du Code civil ne sont pas applicables.

Cet arrêt est très souvent cité :  
MM. Delebecque et Simler (104)  
l'approuvent comme une conséquence de l'absence d'obligation personnelle à la garantie, rappelant que les mentions de l'article 1326 ne sont requises qu'en cas d'engagement à payer une

Sans titre  
somme d'argent.

Déjà, M. S. Piédelièvre notait que la solution traduisait une "vision du cautionnement réel trop étroite [qui] gomme l'aspect mixte de cette garantie" (105) . Ne se trouve pas en effet au coeur d'un dispositif purement pragmatique qui applique, distributivement (106) , au cautionnement réel les données acquises de diverses branches du droit, ce qui pourrait être paradoxalement le signe de l'essor d'un droit autonome ?

- Par un arrêt de rejet du 27 octobre 1998 (Bull., n° 260), la chambre commerciale a statué dans une affaire où un tiers s'était engagé en qualité de caution solidaire hypothécaire d'une société. Ce tiers s'étant trouvé lui-même en redressement judiciaire, la banque avait, en vain, contesté devant les juges du fond, l'état de collocation concernant la répartition du prix de vente des biens affectés à sa garantie, sur lequel, faute d'avoir

Sans titre  
déclaré sa créance au passif du  
redressement judiciaire du  
constituant, elle ne figurait pas.

La Cour de cassation rejette le  
pourvoi en énonçant que le  
créancier, bénéficiaire d'un  
cautionnement réel ou personnel,  
dispose à l'égard de la caution  
d'un droit de créance, en cas de  
défaillance du débiteur principal,  
ce droit étant limité aux biens  
affectés à la garantie de  
l'engagement, s'agissant d'un  
cautionnement réel ; que dès lors,  
la cour d'appel, qui a décidé que  
l'obligation de déclarer la créance  
au passif de la caution soumise à  
une procédure collective s'imposait  
à la banque, a légalement justifié  
sa décision.

"Clarté et pertinence", tel a été  
le commentaire de cet arrêt par M.  
C. Cabrillac qui se dit réduit au  
silence par ses qualités... (107) .

M. Crocq voyait dans cet arrêt le  
signe de l'adoption par la chambre  
commerciale de la conception mixte

Sans titre  
du cautionnement réel (108) ,  
opinion partagée par MM. N.  
Rontchevsky et F. Jacob (109) .

Analysant l'arrêt, M. Piédelièvre (110) mettait en évidence une sorte de rupture avec ceux relatifs au cautionnement réel d'un mineur et à l'application de l'article 1326, rendus eux par la première chambre civile, sans quoi l'attitude logique de notre Cour aurait été de dispenser le créancier bénéficiaire de la sûreté pour autrui de déclarer sa créance puisque il ne serait pas véritablement créancier du garant. Mais cet auteur approuve la solution qui généralise au créancier bénéficiaire d'une sûreté la solution imposée par l'article L. 621-43 du Code de commerce (ancien article 50 de la loi du 25 janvier 1985), et ce en raison de l'existence d'un droit de créance incontestable.

On peut se demander en tout cas si cet arrêt, par sa formulation même, peut être regardé comme déterminant par rapport à la nature de

## Sans titre

l'obligation de la caution réelle : certes, si l'on veut donner aux notions leur vrai sens, une sûreté réelle, en pure théorie, ainsi que nous l'avons vu supra ne donne pas naissance à un droit de créance en faveur de son bénéficiaire mais à une série de droits réels : droit de suite, droit de préférence, droit de rétention, etc...ce qui signifierait que s'il y a droit de créance, il a obligation personnelle. Mais l'emploi de la conjonction ou entre cautionnement réel ou personnel, surtout dans une espèce où était constatée l'existence d'une caution solidaire hypothécaire ne peut-il signifier en effet que la chambre commerciale s'est gardée de statuer au-delà de ce qui concernait le droit des procédures collectives ?

- Par un arrêt de cassation du 4 mai 1999 (Bull., n° 144), la première chambre civile a statué sur les éléments de fait et de procédure suivants : deux époux (donc, loin des soucis de l'article 1415 !) s'étaient, ensemble, portés

Sans titre  
cautions solidaires et  
hypothécaires pour garantir, à  
concurrence seulement d'une  
certaine somme, un prêt consenti à  
une société. Après la liquidation  
judiciaire de cette dernière, le  
banquier prêteur a déclaré sa  
créance et engagé une procédure de  
saisie immobilière contre les  
cautions détentrices de l'immeuble  
hypothéqué, sommées de payer le  
montant total de la créance,  
excédant la dette garantie, ou de  
délaisser. La cour d'appel avait  
annulé la procédure de saisie  
immobilière au motif que n'étaient  
opposables aux cautions, ni la  
"résiliation anticipée du prêt"  
intervenue après l'ouverture du  
redressement judiciaire de la  
société, ni la déchéance du terme  
résultant du prononcé postérieur de  
la liquidation judiciaire.

La Cour de cassation, casse, au  
visa des articles 2015 et 2124  
(111) du Code civil, énonçant en  
"chapeau" que le cautionnement réel  
fourni par celui qui consent la  
constitution d'une hypothèque

## Sans titre

conventionnelle pour garantir le remboursement de la dette d'un tiers, est une sûreté réelle ; qu'il s'ensuit que le créancier est fondé, en cas de déchéance du terme encourue par le débiteur principal, à se prévaloir de l'exigibilité de sa créance pour mettre en oeuvre cette sûreté.

Les commentateurs avaient considéré cet arrêt comme important "car il a de nombreuses conséquences sur le régime juridique applicable au cautionnement réel" (112) : en effet, si le cautionnement réel comporte un engagement personnel de la caution à la dette, il n'y a pas de raison de lui faire une application différente de la règle rappelée supra et dégagée par l'arrêt de la chambre commerciale du 8 mars 1994 (Bull., n° 96), selon laquelle la déchéance du terme n'est pas applicable à la caution. Qu'est-ce qui justifie pour autant, à l'inverse, la solution retenue par la première chambre civile du seul fait que l'acte concerné était une sûreté

## Sans titre

réelle ?

- la raison serait que, contrairement à ce qui se passe pour un cautionnement personnel, l'affectation d'un bien en garantie serait, sauf clause particulière non établie en l'espèce, étrangère au concept d'échéance et, dès qu'il y a exigibilité de l'obligation principale (en l'espèce, la créance du banquier sur la société), la sûreté peut être mise en oeuvre (113) .

- cette explication est discutée car l'existence du gage et de sa disponibilité dès sa constitution ne serait pas fondamentalement différente de celle du patrimoine de la caution personnelle qui le gère, notamment dans la perspective de son obligation (114) .

Il est en tout cas intéressant de constater que, quelques mois après que la chambre commerciale avait reconnu l'existence d'un droit de créance à la caution réelle, décision souvent interprétée comme

## Sans titre

un pas vers son ralliement à la conception mixte, la première chambre civile, à l'inverse qualifiait le cautionnement réel de sûreté réelle... Mais sans doute, n'était-il pas dit qu'il n'était qu'une sûreté réelle...

- Par un arrêt de rejet du 26 mai 1999 (n° 97-13.268), la première chambre civile a énoncé que seul le mari pouvait se prévaloir du défaut de consentement exprès à l'engagement de caution pris par son épouse pour la garantie duquel cette dernière avait consenti une hypothèque sur des biens immobiliers dépendant de la communauté.

Cette décision, que nous avons analysée supra quant à sa portée éventuelle par rapport au régime de l'article 1415 du Code civil, est du moins de celles dont il peut se déduire que le cautionnement réel est un cautionnement, sans que rien n'autorise toutefois à considérer que notre Cour s'est prononcée sur le caractère personnel de

## Sans titre

l'engagement du constituant.

- Par un arrêt de rejet du 25 janvier 2000 (n° 98-13.469), la première chambre civile a énoncé qu'une cour d'appel saisie par une épouse dont le mari avait affecté, sans son consentement exprès, des deniers communs à la garantie des engagements souscrits par une société auprès d'une banque, avait décidé, à bon droit, que l'acte de nantissement était nul.

Il semblerait que les mêmes observations puissent être faites au vu de cet arrêt, pareillement analysé supra pour les mêmes raisons.

- Par un arrêt de cassation du 1<sup>o</sup> février 2000 (Bull., n° 33), la première chambre civile, dans une affaire où une ouverture de crédit en compte courant avait été garantie par une hypothèque qualifiée de caution réelle sur un immeuble appartenant en partie à l'épouse et au fils de l'emprunteur, et où l'arrêt attaqué

## Sans titre

avait dit qu'à compter de l'entrée en vigueur de la loi du 1<sup>o</sup> mars 1984, le banquier prêteur ne pouvait se soustraire à l'égard des cautions réelles à l'application de l'article 48 de cette loi, a énoncé qu'en se déterminant ainsi, alors qu'il s'agissait d'une sûreté réelle, la cour d'appel avait violé l'article 2114 du Code civil (115), ensemble l'article 48 de la loi du 1<sup>o</sup> mars 1984, notre Cour précisant en "chapeau", que le cautionnement réel, fourni par celui qui consent la constitution d'une hypothèque pour garantir le remboursement de la dette d'un tiers, est une sûreté réelle et non pas un cautionnement personnel, de sorte que les dispositions de l'article 48 de la loi du 1<sup>o</sup> mars 1984 ne lui sont pas applicables.

Les commentaires auxquels a donné lieu cet arrêt permettent, selon certains, de distinguer les rapports entre la caution et le créancier pour lesquels le caractère réel prévaudrait, des rapports entre la caution et le

Sans titre  
débiteur principal ou les  
cofidéjusseurs (116) dans lesquels  
le caractère personnel serait pris  
en compte. On peut se demander si  
une telle classification, quel  
qu'en soit l'intérêt, rend compte  
de l'intégralité des cas de figure,  
tout comme celle consistant à  
distinguer la formation de la  
garantie lors de laquelle  
s'appliqueraient les règles des  
sûretés réelles, du déclenchement  
de la garantie qui serait le  
domaine du cautionnement, la  
question de "l'article 48" (article  
L. 313-22 du Code monétaire et  
financier) relevant de la première  
catégorie (117) .

Du moins la formulation de l'arrêt  
est-elle assez claire pour que les  
auteurs se soient à nouveau  
partagés entre ceux qui l'ont  
approuvé, tel M. Aynès (118) et  
ceux qui ont émis des réserves,  
souvent dans le même sens, malgré  
leurs conceptions opposées du  
cautionnement réel : ainsi M. Crocq  
n'hésite pas à poser la question de  
la cohérence de la jurisprudence

## Sans titre

qui d'un côté applique l'article 1415 du Code civil à ce qu'elle considère par conséquent comme un cautionnement, et de l'autre côté, refuse de protéger la caution (119) . M. Simler estime quant à lui que "l'évolution de la situation financière du débiteur n'est pas indifférente à la caution réelle. Elle peut avoir, autant que la caution personnelle, un rôle d'incitation à la prudence et à la rigueur vis-à-vis du débiteur principal qui est souvent un proche en affaires ou en affection (...)" (120) .

En tout cas, cet arrêt, par rapport au précédent significatif de la 1<sup>o</sup> chambre civile du 4 mai 1999, énonce non seulement que le cautionnement réel est une sûreté réelle, mais encore qu'il n'est pas un cautionnement personnel.

- Par un arrêt de cassation du 29 février 2000 (Bull., n° 69), la première chambre civile a statué dans une affaire où une personne avait déclaré "se constituer

Sans titre  
caution solidaire et hypothécaire  
de l'emprunteur envers le prêteur",  
précisant qu'elle affectait  
hypothécairement en garantie  
l'immeuble lui appartenant, et où  
une cour d'appel, sur les  
poursuites de la banque prêteuse,  
avait fixé la créance de cette  
dernière sur les ayants cause de la  
caution au montant total des sommes  
dues par l'emprunteur, excédant la  
valeur du bien hypothéqué qui lui  
avait par ailleurs été adjudgé par  
voie de saisie immobilière, l'arrêt  
attaqué ayant retenu qu' "il  
résulte de la lecture de l'acte  
notarié que la solidarité s'ajoute  
à l'hypothèque consentie".

Notre Cour statue au visa des  
articles 2015 et 2124 du Code  
civil, en énonçant :

- d'une part, au "chapeau", que,  
selon le premier de ces textes, le  
cautionnement, engagement personnel  
ne se présume pas ; qu'il résulte  
du second que le cautionnement  
réel, fourni par celui qui consent  
la constitution d'une hypothèque

Sans titre  
conventionnelle pour garantir le  
remboursement de la dette d'un  
tiers, est une sûreté réelle ; que  
l'étendue d'un tel engagement réel  
est limitée à la valeur du bien  
hypothéqué ;

- d'autre part, au conclusif, qu'en  
se bornant à déduire de l'emploi du  
terme "solidaire", dans  
l'expression "déclare se constituer  
caution solidaire et hypothécaire",  
un engagement personnel du garant  
sur la totalité de son patrimoine,  
engagement venant s'ajouter à  
l'engagement réel résultant de la  
constitution d'une hypothèque sur  
un immeuble déterminé, la cour  
d'appel a violé les textes susvisés.

Cet arrêt a été riche  
d'enseignements pour la doctrine.

- d'une part, il s'est prononcé sur  
la nature d'engagement réel du  
cautionnement réel : M. V. Bonnet y  
voit la traduction d'un "lien  
d'obligation réelle" entre le  
propriétaire du bien affecté et le  
bénéficiaire de l'engagement (121)

## Sans titre

.

La question serait alors de savoir si, comme semble l'estimer la première chambre civile, cet engagement réel est exclusif du lien de solidarité, pourtant habituellement convenu entre les parties et qui aurait pour objet et pour effet de rendre le stipulant redevable de l'intégralité de la dette. Un obstacle à cette solidarité, qui, en vertu de l'article 1200 du Code civil (122) concerne des débiteurs de même rang, résiderait, selon le même commentateur, dans les arrêts de 1978 et 1979 mentionnés supra, en ce qu'ils excluent que le constituant de la sûreté réelle, du moins lorsqu'elle porte sur une hypothèque, dispose du bénéfice de discussion et de division. Mais cette solution qui semble toujours être celle du droit positif pourrait se discuter lorsqu'il s'agit d'autres sûretés, par exemple sur des meubles.

- d'autre part, le dernier membre

Sans titre  
de phrase du conclusif a suscité  
des interrogations (123) :  
signifie-t-il que le droit du  
créancier est limité à l'immeuble  
hypothéqué lui-même, de sorte que  
le créancier ne peut rechercher les  
autres biens du constituant ?  
Signifie-t-il que l'engagement de  
caution est limité à la valeur du  
bien, mais que le créancier peut  
poursuivre le constituant sur  
d'autres biens lui appartenant,  
mais dans la limite de la valeur de  
l'immeuble grevé ?

Pour sa part, M. Bonnet considère  
que la première hypothèse est la  
seule exacte. Si l'on suit les  
analyses de cet auteur, on se  
trouverait, de la part de notre  
Cour, dans un important retour en  
arrière puisqu'il résulterait de  
son arrêt que le cautionnement réel  
n'est pas un cautionnement. Il  
serait même préférable de renoncer  
à son appellation traditionnelle au  
profit de celle de "sûreté réelle  
pour autrui".

MM. Delebecque et Simler(124)

## Sans titre

estiment, quant à eux, que cet arrêt n'innove pas, la Cour de cassation n'ayant pas voulu dire que "le cautionnement réel est seulement une sûreté réelle", excluant par là l'aspect de cautionnement.

Peut-on préciser que, certes, la cause ou l'objet de la demande en paiement du créancier, dans l'espèce, était la prétendue solidarité et non le cautionnement stricto sensu, mais pour autant, que l'arrêt est rendu, notamment au visa de l'article 2015 du Code civil selon lequel le cautionnement ne se présume point, ce dont il est déduit qu'un engagement personnel ne peut s'ajouter à l'engagement réel ?

Cette forte déduction ne fait-elle pas peser un handicap sur les tenants de la conception seulement hybride, et ce au nom d'une logique inversée : s'il y a cautionnement, il y a engagement personnel à la dette ? Donc, si l'on estime qu'il n'y a pas engagement personnel, il

Sans titre  
ne doit pas y avoir cautionnement.

Cette succession d'arrêts sujets à interprétations parfois contradictoires permet sans nul doute de comprendre qu'à l'orée du troisième millénaire, et du bicentenaire du Code civil, notre Cour ait pu considérer qu'il était attendu d'elle une réponse claire sur la nature de cautionnement du cautionnement réel et la nature, personnelle ou non, de l'obligation du constituant.

Nous arrivons donc en 2002 : une fois de plus, l'article 1415 sera l'occasion d'une réponse particulièrement commentée.

Les trois arrêts de la première chambre civile du 15 mai 2002 forment un tout cohérent ... et même organisé, à en croire certains commentaires(125) . L'un d'eux, l'arrêt "X..." (Bull., n° 128, pourvoi n° 99-21.464) est surtout cité pour avoir adopté, en matière de cautionnement personnel, la même solution que l'arrêt "X..." (Bull.,

## Sans titre

n° 127, pourvoi n° 00-15.298) et, implicitement l'arrêt "X..." (Bull., n° 129, pourvoi n° 00-13.527), savoir, ainsi qu'examiné supra, le droit ouvert à l'époux caution de se prévaloir de l'inopposabilité quant aux biens communs, du cautionnement réel ou personnel donné sans le consentement exprès du conjoint.

Mais, s'agissant du cautionnement réel, l'attention doit se porter essentiellement sur les arrêts "X..." (Bull., n° 127) et "X..." (Bull., n° 129) .

- dans l'arrêt de rejet "X..." (Bull., n° 127) , où un dirigeant de société qui avait affecté des parts de SICAV à la garantie solidaire du remboursement de toutes sommes que la société pourrait devoir à la banque s'était opposé à la réalisation du nantissement, portant sur des biens communs, son épouse n'ayant pas consenti à l'acte, notre Cour énonce que le nantissement constitué par un tiers pour le

## Sans titre

débiteur est un cautionnement réel soumis à l'article 1415 du Code civil ; que, dans le cas d'un tel engagement consenti par un époux sur des biens communs, sans le consentement exprès de l'autre, la caution, qui peut invoquer l'inopposabilité de l'acte quant à ces biens, reste seulement tenue, en cette qualité, du paiement de la dette sur ses biens propres et ses revenus dans la double limite du montant de la somme garantie et de la valeur des biens engagés, celle-ci étant appréciée au jour de la demande d'exécution de la garantie.

- dans l'arrêt de rejet "X..." (Bull., n° 129) , où un dirigeant de sociétés et son épouse ayant, séparément, donné en nantissement des valeurs mobilières à la banque créancière de ces sociétés, avaient invoqué la nullité des nantissement portant sur des biens communs, la Cour de cassation énonce que le nantissement constitué par un tiers pour le débiteur est un cautionnement réel ; que c'est donc

## Sans titre

à bon droit que la cour d'appel, qui a constaté que les époux X... avaient donné en nantissement auprès de la banque des titres en garantie des dettes des deux sociétés, a décidé que ces nantissements étaient soumis à l'article 1415 du Code civil, ce dont il résultait qu'ils leur étaient inopposables en tant qu'ils portaient sur des biens communs.

Le point commun de ces deux arrêts est d'avoir retenu, dans les deux espèces où les actes concernés étaient des nantissements de valeurs mobilières, donc de droits sociaux négociables en principe entrant dans les pouvoirs d'un seul des époux, aux termes de l'article 1424 du Code civil, qu'ils constituaient un cautionnement réel soumis à l'article 1415 et donc inopposable quant aux biens communs, cette inopposabilité pouvant être invoquée par l'époux constituant lui-même.

Avec toutes les précautions qui doivent accompagner ce genre

## Sans titre

d'observation, s'agissant notamment ici de nantissements et là de constitutions d'hypothèques, on ne peut s'empêcher de remarquer la différence entre d'une part les deux arrêts du 15 mai 2002, et d'autre part les arrêts de la première chambre civile du 1<sup>er</sup> février 2000 et du 29 février 2000, qui ont été interprétés par une partie de la doctrine comme la manifestation d'un "net rejet de l'analyse personnaliste du cautionnement réel" (126) , et qui énoncent, respectivement que le cautionnement réel, fourni par celui qui consent la constitution d'une hypothèque pour garantir le remboursement de la dette d'un tiers, est une sûreté réelle et non pas un cautionnement personnel, et que le cautionnement réel, fourni par celui qui consent la constitution d'une hypothèque conventionnelle pour garantir le remboursement de la dette d'un tiers , est une sûreté réelle.

L'apport particulier de l'arrêt "X..." (Bull., n° 127) est d'avoir

## Sans titre

retenu que la caution reste  
seulement tenue, en cette qualité,  
du paiement de la dette sur ses  
biens propres et ses revenus dans  
la double limite du montant de la  
somme garantie et de la valeur des  
biens engagés, celle-ci étant  
appréciée au jour de la demande  
d'exécution de la garantie.

Ainsi que nous l'indiquions au  
début de ce rapport, la première  
chambre civile semble avoir  
explicité, et comme synthétisé, sa  
jurisprudence dans l'arrêt non  
publié du 18 septembre 2002 (n°  
00-16.189) où, à la suite du  
nantissement d'actions par un  
époux, principal associé d'une  
société titulaire d'une concession  
automobile, au profit du  
constructeur concédant, le  
constituant et son épouse avaient  
invoqué la nullité du nantissement  
portant sur des biens communs,  
notre Cour, cassant, au visa de  
l'article 1415, l'arrêt de la cour  
d'appel pour avoir débouté le  
bénéficiaire du nantissement de sa  
demande de condamnation du

Sans titre  
constituant sur ses biens propres  
et ses revenus au paiement de la  
contre-valeur des actions nanties,  
énonce que si le cautionnement  
contracté sur des biens communs par  
un seul des époux sans le  
consentement exprès de l'autre est  
inopposable quant à ces biens, il  
n'en demeure pas moins valable, la  
caution restant tenue envers le  
créancier sur ses propres et ses  
revenus, dans la double limite du  
montant de la somme garantie et de  
la valeur du bien engagé, appréciée  
au jour de la demande d'exécution  
de la garantie.

Le nouvel apport tient à la  
justification de la solution au  
niveau de l'article 1415 : le  
nantissement - qualifié de  
cautionnement - est valable (ce qui  
signifie qu'il est réputé porter  
sur des valeurs négociables), mais  
il est inopposable quant aux biens  
communs. Autant dire que rien ne  
permet plus de soutenir que la Cour  
de cassation aurait fait sienne la  
thèse selon laquelle l'article 1415  
instituerait un nouveau cas de

## Sans titre

cogestion.

Ainsi mis en place, ce dispositif de notre Cour, dans lequel a été surtout vue la consécration de la thèse mixte du cautionnement réel obligeant personnellement le constituant à la dette, il est vrai dans certaines limites, a suscité de nombreux commentaires que l'on peut tenter de résumer comme suit :

1 - Commentaires désapprobateurs ou réservés :

- MM. Delebecque et Simler (127) affichent une sorte de déception par rapport au fait que l'on pouvait croire fixée l'analyse du cautionnement réel comme étant "une sûreté réelle - et seulement une sûreté réelle - fournie par un tiers, cette dernière particularité conduisant à appliquer certains effets du cautionnement (dont l'application de l'article 1415 du Code civil) . Selon ces auteurs, l'analyse opérée par notre Cour "paraît contraire à la volonté la plus probable des parties et, en

Sans titre  
toute hypothèse, à la directive de l'article 2015 du Code civil, selon laquelle le cautionnement ne se présume point".

En revanche, ces auteurs approuvent les solutions en ce qu'elles ont retenu l'inopposabilité de l'acte, et non plus sa nullité.

- Pour M. L. Aynès (128) , s'il "peut arriver que tel cautionnement réel ait été conçu comme un engagement personnel limité à la valeur du bien affecté, en faire la règle de principe est contestable. Dans la plupart des cas, la volonté de la caution réelle est de n'abandonner au créancier que le bien affecté".

- M. J. François (129) n'approuve pas le "changement de cap". Selon lui, "la conception personnaliste du cautionnement réel se révèle, à l'examen, impraticable". Dans le cas de figure d'un pur nantissement, il y aurait comme une dérive faisant que "tout se passe comme si la sûreté réelle n'était

Sans titre  
plus qu'une garantie d'exécution  
[de la créance personnelle  
chirographaire] dont serait assorti  
l'engagement du constituant.  
Entrant dans les détails, cet  
auteur s'interroge sur ce qu'il  
appelle "l'obiter dictum" de  
l'arrêt "X..." du 15 mai 2002  
(Bull., n° 127) , savoir la partie  
relative à l'étendue de  
l'obligation du constituant. Le  
choix de la Cour de cassation  
s'expliquerait, selon M. François,  
par le fait que, "si le bien grevé  
venait à être perdu, le créancier  
pourrait encore agir contre la  
caution à hauteur de la valeur  
qu'il aurait eue dans son  
patrimoine".

- M. F. Sauvage(130) , s'il laisse  
entrevoir la possibilité, pour les  
constituants de stipuler leur  
absence d'engagement personnel à la  
dette au nom de la liberté des  
conventions, met en lumière divers  
inconvenients de la solution  
retenue, selon lui contraire à  
l'article 2015 du Code civil : les  
constituants, par exemple, "même si

## Sans titre

L'émergence d'un engagement personnel permet aussi de faire bénéficier la caution réelle de certaines règles protectrices accordées à la caution personnelle", se trouveraient, en matière hypothécaire, privés de la faculté de délaissement car obligés à la dette.

Pareillement, pour des raisons pratiques, cet auteur émet des réticences sur la solution retenue de l'inopposabilité du cautionnement réel quant aux biens communs.

- Pour M. R. Libchaber "dès lors que le Code civil a réglementé le nantissement et l'hypothèque pour autrui comme des sûretés réelles, il n'y a pas lieu de refuser de les suivre." Cet auteur qui reproche à notre Cour "d'affirmer de façon péremptoire que le temps de la réflexion est achevé", songera peut être, en apprenant notre saisine, qu'il ne faut jurer de rien ...

- M. D. Arcie (132) n'approuve pas

## Sans titre

Les solutions adoptées, estimant notamment la solution inacceptable au regard de l'article 2015 du Code civil, puisque désormais le créancier serait autorisé à choisir d'invoquer son droit personnel plutôt que son droit réel à l'encontre du constituant. Selon cet auteur, il y aurait là, et ailleurs dans ce dispositif, de quoi alimenter une "tourmente contentieuse".

## 2 - Commentaires approbateurs :

- M. P. Crocq (133) approuve la consécration par la première chambre civile de la conception mixte du cautionnement réel qui serait "la plus conforme à la volonté des parties".

Cet auteur appelle de ses vœux des modifications jurisprudentielles : exigence désormais de la mention manuscrite de l'article 1326 (contrairement à l'arrêt 1<sup>re</sup> Civ., 13 mai 1998, Bull., n° 172) ; obligation d'information annuelle de la caution (contrairement à

## Sans titre

l'arrêt 1<sup>re</sup> Civ., 1<sup>o</sup> février 2000, Bull., n° 33) ; non opposition à la caution réelle de la déchéance du terme (contrairement à l'arrêt 1<sup>re</sup> Civ., 4 mai 1999, Bull., n° 144).

M. Crocq voit dans la solution de l'inopposabilité de la sûreté retenue par l'arrêt "X..." du 15 mai 2002 (Bull., n° 127) la sanction de "l'inefficacité objective de l'acte", selon l'expression de M. Champenois (voir supra).

- Le doyen Vareille (134) voit dans les trois arrêts qui "méritent une entière approbation" une interprétation orthodoxe de l'article 1415.

- Dans son commentaire, M. V. Brémond (135) perçoit le véritable enjeu du débat "dans le choix d'une formule supplétive, à défaut de plus amples précisions dans l'acte constitutif". Selon cet auteur, la solution a, en opportunité juridique, le mérite de "justifier plus aisément le rattachement à l'article 1415".

## Sans titre

Sans être résolument critique, M. Brémond s'attache à démontrer les risques d'incohérence de la "structure" dont il n'y aurait pas de raison de ne pas l'appliquer à la constitution d'hypothèque pour autrui, ce qui aurait pour effet de soumettre celle-ci à un régime différent de celui de la même constitution hypothécaire pour soi-même : la première tomberait sous le coup de l'article 1415 et la seconde sous le coup de l'article 1424.

Cet auteur s'interroge aussi sur l'évaluation de la valeur du bien grevé, d'une part lorsque le bien est sorti pour cause de destruction ou de cession du patrimoine de la caution, d'autre part par rapport à la date retenue par l'arrêt "X..." (Bull., n° 127), la date ne devant pas nécessairement être celle de la demande d'exécution de la garantie mais plutôt celle même de l'exécution.

- Par un arrêt de rejet du 13

## Sans titre

novembre 2002 (Bull., n° 161), la chambre commerciale, dans une affaire où un dirigeant de société s'était porté caution envers une banque, puis avait consenti au profit de cette dernière un nantissement de titres dont la nature de bien commun avait conduit le constituant à invoquer l'article 1415, a statué dans des termes rigoureusement identiques à ceux de l'arrêt de la première chambre civile du 18 septembre 2002 qui précisait les dispositions des arrêts du 15 mai 2002, et notamment de l'arrêt "X..." (Bull., n° 127). Le seul ajout notable est que l'inopposabilité du cautionnement (telle est la qualification de l'acte retenue) peut être demandée par l'un ou l'autre des époux, ce que la première chambre civile n'avait qu'implicitement retenu.

C'est alors qu'interviendra l'arrêt de la chambre commerciale du 24 septembre 2003, non publié (n° 00-20.504) : un gérant de société avait donné en nantissement à un franchiseur son propre fonds de

Sans titre  
commerce en garantie des sommes  
dues au franchiseur par la société  
franchisée. Rejetant le pourvoi  
formé contre l'arrêt qui avait dit  
que le franchiseur n'était pas  
créancier de ce gérant de société,  
la Cour de cassation énonce que le  
nantissement d'un fonds de commerce  
consenti en garantie de la dette  
d'un tiers est une sûreté réelle  
qui n'a pas pour effet de faire  
peser sur le propriétaire du fonds  
une obligation personnelle au  
paiement de cette dette.

Présenté comme un revirement de  
notre Cour (136) , cet arrêt est  
salué par MM. Delebecque et Simler  
(137) comme énonçant "la seule  
solution orthodoxe".

Il est temps de dresser le bilan de  
l'ensemble de ces réponses et des  
questions qu'elles ont suscitées.

Du moins attestent-elles, dans leur  
diversité de la naissance d'un  
droit nouveau, auquel les  
impératifs de la sécurité juridique  
nous imposent à présent de donner

Sans titre  
pleinement son statut de droit  
positif.

b) le cautionnement réel à l'heure  
du bilan :

Pour résumer, de 1995 à 2000, la  
Cour de cassation, en n'admettant  
qu'une fois, incidemment,  
l'existence d'un droit de créance,  
a dit qu'une sûreté réelle  
consentie pour autrui ne  
constituait un cautionnement qu' au  
regard de l'article 1415.

En 2002, elle a retenu en outre un  
engagement personnel du constituant  
à la dette, dans certaines limites.

En 2003, elle ne retient plus  
d'engagement personnel.

Qu'elles s'inscrivent dans une  
logique de continuité ou qu'elles  
procèdent au contraire d'une  
volonté de rupture par rapport aux  
précédents, les dernières décisions  
ont en tout cas, en précipitant des  
évolutions jusque dans la doctrine,  
recomposé le paysage du

## Sans titre

cautionnement réel qui se définit maintenant par rapport à rien moins que trois thèses, chacune trouvant dans tel ou tel de nos arrêts matière à asseoir ce qu'elle pense être sa vérité.

Du moins ont-elles le mérite, en retour, de nous aider, encore et toujours à une réflexion qui ne peut négliger les implications de nos décisions dans la pratique du droit.

- La thèse de la pure sûreté réelle pour autrui (ainsi devrait-elle désormais se nommer selon certains auteurs), revient à nier l'existence d'une différence entre une constitution de sûreté pour garantir sa propre dette et une sûreté pour garantir la dette d'autrui.

Cette thèse qui était celle d'Aubry & Rau, pour qui "celui qui, sans se rendre personnellement caution, a constitué une hypothèque pour sûreté de la dette d'un tiers, n'est pas une véritable caution"

## Sans titre

(138) n'est plus guère soutenue sur le plan doctrinal (139) .

Il faut cependant observer que les arrêts de notre Cour qui, dans la période récente, ont paru faire leur cette thèse, d'autant plus que les espèces sur lesquelles ils se prononçaient ne donnaient pas matière à appliquer l'article 1415, ont reçu, au cas par cas, l'approbation de certains auteurs. On peut à cet égard se reporter aux commentaires de M. L. Aynès (140) sous l'arrêt de la première chambre civile du 1<sup>o</sup> février 2000 (Bull., n<sup>o</sup> 33) examiné supra, qui pour écarter l'application de l'obligation d'information du créancier ("article 48") a retenu que la constitution de sûreté pour autrui était une sûreté réelle, et non pas un cautionnement personnel ; et de M. V. Bonnet (141) sous l'arrêt de la première chambre civile du 29 février 2000 (Bull., n<sup>o</sup> 69) ayant énoncé que le cautionnement réel est une sûreté réelle.

## Sans titre

Quels sont les avantages et les inconvénients de cette thèse pour les divers acteurs juridiques concernés, ceux-ci étant envisagés bien sûr à droit constant ?

1 - avantages et inconvénients pour le créancier :

- au moment de la constitution du gage, le créancier, qui, dans la plupart des cas, est un professionnel du crédit, n'aura pas à s'assurer du respect d'un certain formalisme dont il semble que les plus récentes dispositions législatives en matière de cautionnement ont entouré le cautionnement (142) : cela constitue un avantage objectif.

- pendant la durée de la sûreté, il ne sera pas tenu de procéder à l'information du constituant dans les termes prévus pour le cautionnement par les articles L. 313-22 du Code monétaire et financier (ancien "article 48") et L. 341-1 du Code de la consommation (1<sup>re</sup> Civ., 1<sup>o</sup> février 2000, Bull.,

Sans titre

n° 33) : cela constitue un avantage objectif.

- au moment de la réalisation de la sûreté, il ne pourra se voir opposer le bénéfice de discussion (en vertu des dispositions combinées des articles 2170, 2171 et 2172 du Code civil qui l'interdisent spécialement en matière d'hypothèque conventionnelle) ni le bénéfice de division contraire à la notion d'affectation hypothécaire comme à celle d'indivisibilité du gage (article 2083 du Code civil). Il ne pourra davantage se voir opposer les exceptions inhérentes à la dette (article 2036 du Code civil). En cas de procédure collective affectant le constituant, normalement, il n'aura pas à déclarer sa créance : c'est en tout cas ce qui peut résulter de l'interprétation a contrario de l'arrêt de la chambre commerciale, mentionné supra du 27 octobre 1998 (Bull., n° 260), quoique cette lecture de l'arrêt ne soit pas univoque... (143) : ces éléments

Sans titre  
constituent un avantage objectif.  
Il pourra cependant se voir opposer  
l'article 2037 (144) .

- en matière de régimes  
matrimoniaux, si le constituant est  
marié et si son conjoint n'a pas  
expressément consenti à l'acte  
portant sur des biens communs, la  
situation du créancier, si elle  
reste inchangée lorsqu'il y a  
constitution d'hypothèque, sera  
plus favorable (et c'est la  
situation du pourvoi) lorsqu'il y a  
constitution de gage portant sur  
des droits sociaux négociables : en  
effet l'article 1415 ne sera pas  
applicable puisque la sûreté réelle  
pour autrui ne s'analyse pas en un  
cautionnement, et la présomption de  
pouvoir de l'article 222, si tant  
est que le créancier soit de bonne  
foi, est susceptible de le protéger  
: il n'y a que des avantages pour  
le créancier.

- sur les chances de recouvrement  
de la créance, le créancier est en  
revanche désavantagé dès lors qu'il  
doit supporter, par exemple en cas

Sans titre  
de "krach" boursier ou de marasme  
immobilier, la perte de valeur du  
bien affecté, même si, comme le  
rappelle M P. Crocq, en cas de  
disparition fortuite du bien grevé,  
entraînant la libération du  
constituant, il peut être subrogé  
aux droits de celui-ci dans une  
éventuelle indemnité de  
substitution (145) .

2 - avantages et inconvénients pour  
le constituant du gage :

- une fois que sa sûreté aura été  
constituée, il ne sera pas tenu  
informé par le créancier de  
l'évolution de la créance garantie  
: cela constitue pour lui un  
inconvénient.

- au moment de la réalisation de la  
sûreté, les avantages objectifs  
recensés pour le créancier sont  
ipso facto des inconvénients pour  
le garant. Au surplus, en cas de  
déchéance du terme encourue par le  
débiteur principal, il pourra faire  
l'objet de poursuites immédiates  
par le créancier qui peut se

Sans titre  
prévaloir de l'exigibilité  
immédiate de la créance (1<sup>re</sup> Civ.,  
4 mai 1999, Bull., n° 144). La  
valeur du bien grevé pourra  
répondre des dettes nées  
postérieurement au décès du  
constituant, contrairement à ce qui  
se passe en matière de  
cautionnement (146) . Il pourra  
cependant bénéficier de l'article  
2037, et, après paiement, du  
recours subrogatoire de l'article  
2029, contre le débiteur.

- en matière de régimes  
matrimoniaux, si le constituant est  
marié, et s'il a consenti pour  
autrui un nantissement de droits  
sociaux négociables (valeurs  
mobilières), cet acte ne pourra se  
voir appliquer l'article 1415 du  
Code civil : cela constitue un  
avantage pour un époux de mauvaise  
foi, mais un inconvénient dans le  
cas contraire, car ni lui ni son  
conjoint plus avisé, une fois  
informé, ne pourront invoquer  
l'article 1415 pour mettre à l'abri  
un bien commun. En revanche, si  
l'acte est une constitution

## Sans titre

d'hypothèque, l'autre époux pourra en poursuivre la nullité sur le fondement de l'article 1424. Ici, les avantages et les inconvénients se conjuguent.

- lors du recouvrement, le constituant bénéficie de la plus-value comme de la moins-value de la valeur du gage par rapport à la dette puisque, dans le premier cas, le créancier ne pourra que se payer du montant de la dette, et dans le second cas, il ne pourra prétendre au-delà de la valeur du gage. Si la sûreté est une hypothèque, le constituant du gage a la faculté de délaisser s'il ne souhaite pas payer (articles 2169 et 2172 du Code civil) : cette faculté est également un avantage en cas de perte de valeur du bien grevé.

3 - avantages et inconvénients pour l'époux du constituant :

- il suffit de se reporter à ce qui vient d'être indiqué pour le constituant.

## Sans titre

- La thèse du cautionnement réel hybride, défendue notamment par le doyen Simler : le cautionnement réel est "réellement une sûreté réelle", mais il est aussi un cautionnement en ce que "le patrimoine d'un tiers assume la dette d'un débiteur principal". "Tout son intérêt et sa spécificité résident dans cette hybridité" (147) . Pour cet auteur, le cautionnement réel a la vertu singulière de cumuler les avantages des deux variétés de sûreté que sa dénomination évoque.

Précisant bien les aspects et les effets de cette conception, Mme V. Tachini-Laforest (148) rappelle bien que la caution réelle n'est tenue qu'à hauteur de la valeur du bien fourni en garantie, sauf stipulation contraire. Il est possible que les parties conviennent d'un gage plus étendu. Ce n'est alors plus un cautionnement réel, mais un cautionnement hypothécaire.

## Sans titre

Force est cependant de constater qu'objectivement, la lecture de nos arrêts, déjà avant 1995 et jusqu'en 2002, ne trouve guère matière à étayer cette thèse puisqu'ils ont, pour la plupart, écarté l'application des règles du cautionnement à ce qu'ils ne considéraient que comme une sûreté réelle : ainsi des arrêts de la 1<sup>o</sup> chambre civile du 6 mars 1979 (Bull., n°78) qui refuse d'accorder le bénéfice de discussion et de division à la caution réelle, du 13 mai 1998 (Bull., n° 172) pour la non-application de l'article 1326 du Code civil, du 4 mai 1999 (Bull., n° 144) qui retient l'opposabilité de la déchéance du terme au constituant de la sûreté, du 1<sup>o</sup> février 2000 qui écarte l'application de "l'article 48" au bénéfice de la caution réelle.

Voilà pourquoi sans doute, le doyen Simler s'efforce de rassembler les éléments du cautionnement susceptibles, selon lui, de s'appliquer au cautionnement réel : opposabilité des exceptions

Sans titre  
(article 2036 du Code civil),  
ouverture des recours après  
paiement contre le débiteur  
principal (articles 2028 et 2029 du  
Code civil), recours entre  
cofidéjusseurs, recours avant  
paiement contre le débiteur  
principal, notamment dans le cas où  
la caution est elle-même poursuivie  
(article 2032), bénéfice de  
subrogation de l'article 2037 du  
Code civil, obligation  
d'information de la caution  
(l'auteur critiquant au passage la  
solution négative adoptée par notre  
Cour sur "l'article 48").

Mais l'élément essentiel du  
dispositif est l'application de  
l'article 1415 que M. Simler,  
Storck, Mme. Tisserand-Martin et M.  
Wiederkehr avaient d'abord  
acceptée, au vu de l'arrêt du 11  
avril 1995, "toutes choses pesées"  
(149) et que M. V. Brémond (150)  
considère comme logique en  
procédant à une lecture  
intéressante de cet article :  
"Chacun des époux ne peut engager  
(personnellement ou réellement) que

Sans titre  
ses biens propres et ses revenus,  
par un cautionnement (personnel ou  
réel...)" .

Si l'on souhaite examiner les  
avantages et les inconvénients de  
cette thèse pour les uns et les  
autres, on ne peut le faire,  
pareillement, qu'à droit constant  
puisque rien n'indique que notre  
Cour, qui applique déjà l'article  
1415 au cautionnement réel, modifie  
ses jurisprudences sur les autres  
applications du cautionnement  
suggérées par la doctrine.

1 - avantages et inconvénients pour  
le créancier :

- au moment de la constitution du  
gage, il reste dispensé du  
formalisme de l'article 1326 du  
Code civil et de celui issu des  
textes récents. Cela reste un  
avantage.

- pendant la durée de la sûreté, il  
continuerait à être dispensé de  
toute obligation d'information.

## Sans titre

- au moment de la réalisation de la sûreté, il ne pourra se voir opposer d'exceptions par la caution, ce qui constitue un avantage pour lui.

- en matière de régimes matrimoniaux, en revanche, même si la validité de son acte semble protégée par le jeu de l'article 222 du Code civil, l'acte ne pourra engager un bien commun ni les propres du conjoint non constituant de sorte que la sûreté risque d'être réduite à une valeur symbolique... Le créancier n'aura guère d'autre possibilité que de solliciter le consentement exprès de l'autre époux.

- sur les chances de recouvrement de la créance, rien ne change par rapport à la thèse de la sûreté réelle.

2 - avantages et inconvénients pour le constituant :

- il ne sera protégé par aucun formalisme particulier au moment de

## Sans titre

l'acte.

- du moment où la sûreté aura été constituée, il ne sera pas tenu informé.

- au moment de la réalisation de la sûreté, rien ne changera par rapport à ce que serait son sort si l'acte est une pure sûreté réelle consentie pour autrui.

- en matière de régimes matrimoniaux, il pourra se voir opposer par son conjoint le bénéfice de l'article 1415 et voir dans ce cas la sûreté privée de toute efficacité. A droit constant, il pourra lui-même, en cas de repentir notamment, poursuivre, sur le même fondement, l'inopposabilité de l'acte en ce qu'il engagerait les biens communs.

- lors du recouvrement, la situation reste la même que celle décrite précédemment.

3 - avantages et inconvénients pour l'époux du constituant :

## Sans titre

- il suffit de se reporter à ce qui est indiqué pour le constituant.

- La thèse du cautionnement réel mixte, défendue désormais, après les arrêts du 15 mai 2002, notamment par MM. Cabrillac & Mouly, Crocq, Vareille, Mestre, Putman & Billiau, et Piédelièvre : ces auteurs estiment en général que l'engagement personnel à la dette, limité à la valeur du bien grevé, correspond, en l'absence de stipulation contraire, à l'intention des parties. MM. Cabrillac & Mouly (151) marquant bien la différence : un contrat prévoyant un engagement personnel sur tous les biens de la caution conforté par un droit de préférence sur un bien [n'est pas] à proprement parler un cautionnement réel.

Quels sont les avantages et les inconvénients du cautionnement réel mixte, par rapport, tant aux applications du droit positif qu'à celles préconisées par la doctrine

## Sans titre

?

Nous devons à plusieurs auteurs d'avoir passé en revue cet aspect important de la question(152) .

1 - avantages et inconvénients pour le créancier :

- au moment de la constitution du cautionnement réel, l'exigence des mentions manuscrites ou électroniques prévues par la loi ne pourra que s'appliquer, puisqu'il y a engagement à payer une somme d'argent, ce qui devrait conduire notre Cour à revoir sa jurisprudence de la première chambre civile du 13 mai 1998 (Bull., n° 172) : cela constitue une contrainte pour le créancier.

- pendant la durée de la sûreté, le créancier devra satisfaire aux obligations légales d'information de la caution, refusées, du moins en ce qui concerne "l'article 48" par l'arrêt de la première chambre civile du 1<sup>er</sup> février 2000 (Bull., n° 33). Cela constitue pareillement

Sans titre  
une contrainte.

- au moment de la réalisation de la sûreté, le créancier, qui devra déclarer sa créance à la procédure collective concernant le constituant (comme l'a jugé la chambre commerciale le 27 octobre 1998 (Bull., n° 260 ), ne pourrait opposer à la caution la déchéance du terme comme la première chambre civile, par arrêt du 4 mai 1999 (Bull., n° 144) a décidé qu'il pouvait le faire si elle était une sûreté réelle pour autrui. Il paraît difficile de refuser à la caution réelle d'opposer au créancier les exceptions inhérentes à la dette (article 2036) ou la privation du droit de subrogation (article 2037). S'agissant du bénéfice de discussion ou de division, même si le bien donné en gage est important mais unique, et le patrimoine personnel saisissable de la caution beaucoup moins important, il paraîtra pareillement difficile de lui refuser ces droits ouverts aux cautions personnelles, de même que celui de se prévaloir

Sans titre  
de la disproportion manifeste entre  
son engagement et ses facultés  
contributives ou ses biens et  
revenus.

- en matière de régimes  
matrimoniaux, la situation du  
créancier sera la même que celle  
qui serait la sienne dans  
l'hypothèse de l'adoption de la  
conception seulement hybride.

- sur les chances de recouvrement  
de la créance, elles sont  
nécessairement supérieures en  
raison de l'existence d'un  
engagement personnel de la caution  
réelle : si le gage réel, quel  
qu'il soit, vient à perdre de sa  
valeur, le créancier pourra  
poursuivre personnellement le  
constituant, avec le risque de se  
heurter à son insolvabilité.

2 - avantages et inconvénients pour  
le constituant du gage :

- au moment de la constitution du  
cautionnement, il bénéficiera de  
tous les avantages attachés par le

## Sans titre

législateur à cette sûreté personnelle et sera donc en principe mieux informé de la nature de son engagement.

- pendant la durée de la sûreté, il sera informé du montant de la dette et des incidents de paiement du débiteur principal : cet avantage peut lui permettre de mieux gérer son budget en fonction de risques désormais prévisibles.

- au moment de la réalisation de la sûreté, il pourra opposer plusieurs catégories d'exceptions au créancier : outre celles inhérentes à la dette, il y aura le bénéfice de discussion et de division. Le constituant disposera de tous les recours sur le débiteur principal et sur les cofidéjusseurs. Il ne pourra se voir opposer la déchéance du terme encourue par le débiteur principal.

- en matière de régimes matrimoniaux, la situation sera la même que celle qui serait la sienne dans l'hypothèse de l'adoption de

Sans titre  
la conception seulement hybride.

- lors du recouvrement, le constituant, en cas de perte de valeur du gage, devra engager ses autres biens selon un processus qui reste à déterminer : alors que les avis des auteurs spécialisés, notamment MM. Cabrillac & Mouly, M. Crocq, MM. Mestre, Putman & Billiau, M. Brémond, M. Devèze (voir supra) divergent, la formule de la première chambre civile, dans la réponse de l'arrêt "X..." du 15 mai 2002 (Bull., n° 127) tente de donner la marche à suivre : la caution reste tenue dans la double limite du montant de la somme garantie et de la valeur des biens engagés, celle-ci étant appréciée au jour de la demande d'exécution de la garantie.

Prenons un exemple : M. X. nantit le 2 janvier 1997 un portefeuille en bourse dont la valeur est de 100 000 pour garantir une dette de sa société de 200 000. Selon mise en demeure du 2 janvier 2005, le banquier prêteur demande

## Sans titre

l'exécution de la garantie, sa dette étant de 200 000 et le portefeuille ne valant plus que 50 000. Au jour où, en vertu de l'article 3 du décret n° 97-509 du 21 mai 1997, soit le 9° jour, le 10 janvier 2005, le banquier entre en possession des instruments financiers et des sommes inscrites en compte gagé, la valeur du portefeuille n'est plus que de 40 000. M. X. reste devoir, non pas le montant de la dette (200 000) qui excède la valeur des biens engagés mais la différence entre la valeur des biens engagés au jour de la demande d'exécution de la garantie (50 000) et la valeur de réalisation (40 000), soit 10 000. Si son cautionnement n'était qu'une sûreté, il ne serait pas tenu de payer ces 10 000 sur le reste de son patrimoine. S'il est engagé personnellement, selon la conception mixte, il y sera tenu, mais pas au-delà.

D'une certaine façon, la solution peut surprendre alors qu'il semble être admis qu'en matière de gage et

Sans titre  
d'hypothèque, la valeur de  
réalisation est celle de la vente  
et que les aléas de la procédure  
peuvent bénéficier au créancier  
comme au constituant.

Mais, sans doute, est-on loin de la  
crainte fameuse de M. Champenois  
selon laquelle celui qui "aurait  
nanté des valeurs mobilières aurait  
par là-même exposé sa maison de  
campagne" (153) !

3 - avantages et inconvénients pour  
l'époux du constituant :

- il suffit de se reporter à ce qui  
vient d'être indiqué pour le  
constituant.

Ce qui précède permettra peut-être  
de mesurer tout à la fois le long  
chemin déjà parcouru par ce droit  
né d'une insuffisance de mots dans  
le Code civil et de l'abondance de  
la liberté contractuelle, et les  
difficultés qui restent à résoudre  
en raison de la nature, sous  
certains aspects irréductible, du  
cautionnement réel.

## Sans titre

L' institution qui, dans l'ombre, vivait de peu de règles, comme protégée par son ambiguïté, semble souffrir encore d'avoir été, soudain, projetée dans la lumière des réformes voulues par notre époque en matière de régimes matrimoniaux et de droit du cautionnement. Cela explique sans doute qu'en dépit de son parcours remarqué dans l'univers du droit, elle donne le sentiment de chanceler chaque fois qu'elle fait un "pas de trop" pour reprendre le mot du doyen Simler (154) .

C'est aujourd'hui à notre Chambre mixte qu'il revient de lui donner le supplément de droit qui lui fait encore défaut, et que chacun des nombreux acteurs concernés par le cautionnement réel attend d'elle. D'une manière ou d'une autre, les "pas" d'une institution ... qui ne demande qu'à marcher, s'en trouveront raffermis (155) .

PLAN DU RAPPORT

## Sans titre

INTRODUCTION : La constitution pour autrui d'une sûreté est-elle seulement une sûreté ou bien constitue-t'elle un cautionnement (réel) ?

Rappel des faits et de la procédure

Analyse succincte des moyens

1 - Le cautionnement réel, entre le consensualisme et la naissance d'un droit nouveau

a) Une institution née du consensualisme dans le silence de la loi

b) Vers un droit nouveau du cautionnement réel

2 - Le cautionnement réel et son environnement, ou les contraintes du droit des sûretés et des régimes matrimoniaux

a) Le cautionnement réel entre sûretés réelles et sûretés personnelles

## Sans titre

b) Le cautionnement réel à l'épreuve des régimes matrimoniaux

3 - Le cautionnement réel devant la Cour de cassation : des réponses fermes mais non définitives

a) Réponses aux questions ; questions aux réponses ...

b) Le cautionnement réel à l'heure du bilan

## CONCLUSION

---

1. Selon Mme C. Barberot, conseiller référendaire et rapporteur des arrêts de 2002 (Rec. Dalloz, J, page 1780), la nature personnelle de l'engagement de la caution réelle était déjà affirmée dans l'arrêt du 11 avril 1995.

2. Spécialiste de la matière, M. Ph. Simler estime qu'à travers cet arrêt, la chambre commerciale "prend l'exact contre-pied" de celui [ou de ceux] du 15 mai 2002 : JCP, édit. G, 9 juin 2004, I, 141.

## Sans titre

3. Le dernier jour du délai légal étant un dimanche (article 642 du nouveau Code de procédure civile).

4. Voir par ex. M. Ph. Théry qui s'interroge sur la pertinence d'une définition et d'un contrôle prétoriens (Defrénois, 2003, 1413, observations n° 3 et 4).

5. MM. Mestre, Putman & Billiau, Traité de droit civil sous la direction de J. Ghestin, Droit spécial des sûretés réelles (LGDJ), n° 546, page 7.

6. Jurisclasseur civil, articles 2011 à 2043, fasc. 10, n° 22.

7. JCP, édit. G, n° 49, 5 décembre 2001, I, 367, n° 4. V. aussi, une observation similaire de M. J. François (Defrénois 2002, 1208), n° 2.

8. Observation dégagée par M. H. Aberkane dans "Essai d'une théorie générale de l'obligation propter rem (thèse Alger, 1955).

## Sans titre

9. Article 2166 du Code civil : Les créanciers ayant privilège ou hypothèque inscrits sur un immeuble le suivent en quelques mains qu'il passe, pour être colloqués et payés suivant l'ordre de leurs créances ou inscriptions.

10. V. surtout MM. G. Marty, P. Raynaud et PH. Jestaz, Les sûretés, la publicité foncière, Sirey, n° 626 ; J. Flour, Cours de droit civil 3° année (Les cours de droit, 1965 - 66) ; MM. M. Cabrillac & C. Mouly, Droit des sûretés, 6° édit. Litec, n° 340, page 320. L'arrêt "X..." du 15 mai 2002 (Bull., n° 127, pourvoi n° 00-15.298) et celui du 18 septembre 2002 (voir supra), qui mentionnent la valeur du bien engagé mettent rétrospectivement en évidence la pertinence de l'observation, sur ce point précis.

11. V. à ce sujet, la contribution axée sur la pratique notariale, de M. B. Savouré à la revue Droit et patrimoine 2003 ("Le cautionnement réel dans tous ses états").

## Sans titre

12. M. Ph. Simler, op. cité,  
Jurisclasseur civil, fasc. 10, n°  
24.

13. MM. Malaurie & Aynès, Manuel de  
droit des sûretés n° 150. Cette  
formule avait été en discussion  
lors du congrès des notaires de  
1987 : Les garanties de  
financement, Defrénois, 1988, act.  
not. page 109.

14. M. Ph. Simler, op. cité, n° 25

15. Defrénois 2002, 1208, n° 12.

16. V. par ex. 1<sup>re</sup> Civ., 18  
novembre 1981, DS 1982, IR, 161 ;  
21 juin 1978 (Bull., n° 236),  
décision affirmant le caractère  
seulement réel du cautionnement  
dans un cas où le détenteur de  
l'immeuble hypothéqué invoquait le  
bénéfice de discussion de la  
caution personnelle ; 6 mars 1979  
(Bull., n° 78).

17. "Un usage généralisé et  
quotidien mais le néant des textes"

## Sans titre

selon M. F. Grua, auteur souvent cité d'une des rares études exhaustives sur la question (Le cautionnement réel, JCP édit. G. 1984. I. 3167) qui ne recense pas d'autre étude d'ensemble depuis celle de J. Soulié en ... 1913 (Essai sur la nature juridique et les effets du cautionnement réel sous la forme hypothécaire, thèse Toulouse).

18. selon le Manuel de droit romain de P-F. Gérard, Dalloz édit., 1929, page 783, cité par M. P. Crocq, RTDC 1999, page 882. L'intercessio ou interventio consistant par une personne à engager ses biens pour la dette d'autrui a été réglementée sous l'Empereur Claude, en 46, par le Sénatus-consulte Velléien pour l'interdire aux personnes de sexe féminin. Pareillement, l'esclave qui pouvait par ailleurs engager le maître dans la limite de son pécule, ne le pouvait dans le cadre de l'intercessio. Cette interdiction faite à des personnes considérées à l'époque comme à protéger ou à surveiller démontre

Sans titre  
peut-être de la part de l'autorité  
régulatrice une sorte de méfiance,  
déjà, envers le cautionnement réel.

19. Pothier y consacre des  
développements (Traité du contrat  
de nantissement, article  
préliminaire, pages 945 et 950).

20. Leur nature sera précisée supra  
: il s'agit de ce qu'on appelle en  
général les produits boursiers,  
mais qui, techniquement, sont en  
vertu de l'article L. 211-1 du Code  
monétaire et financier, des  
instruments financiers comprenant,  
pour l'essentiel, les actions, les  
droits de créance sur une personne  
morale, les parts ou actions  
d'organismes de placements  
collectifs, les instruments  
financiers à terme.

21. V. sur ce point les  
commentaires du doyen Vareille  
(RTDC 1997, page 726) et de M. G.  
Champenois (Defrénois, 1995, n°  
1484).

22. V. à ce sujet, notamment  
Page 154

## Sans titre

Jurisqueleur civil, articles 1421 à 1432, fasc. 10, La communauté légale, par le doyen Paisant, n° 29 et suiv.

23. M. P. Crocq, RTDC 2002, pages 546 et suiv.

24. M. Ph. Simler : Jurisqueleur civil, articles 2011 à 2043, fasc. 10, n° 26 ne cite comme opposés à l'interprétation du cautionnement qu'Aubry & Rau et M. Dagot (qui, dans son Traité des sûretés, PUF, page 67, estime que le cautionnement réel "n'est pas un véritable cautionnement").

25. M. Ph. Simler, Le cautionnement réel est réellement -aussi- un cautionnement, étude au JCP, éd. G, n° 49, 5 décembre 2001, I, 367 (v. sur ce point, n° 4 et 13).

26. M. Ph. Simler, JCP 1995, I, 3869, n° 9 . V. aussi M. B. Vareille qui évoque "une regrettable maladresse de plume" RTDC 1997, pages 726 et suiv. ; M. G. Champenois (Defrénois, 1995, n°

## Sans titre

1484).

27. Rec. D 2002, J. page 1780.

28. V. notamment M. Libchaber, RTDC 2002, page 604.

29. M. Ph. Simler, Jurisclasseur civil, articles 2011 à 2043, fasc. 10, op. cité n° 26.

30. Mme V. Tacchini-Laforest, Les Petites Affiches, 10 avril 2000, n° 71, pages 4 et suiv.

31. L'existence de ces deux écoles élargie à la matière des sûretés en général est identifiée par MM. Ph. Simler et Ph. Delebecque dans leur précis de droit civil, Les sûretés, la publicité foncière (Dalloz, 4° édition, n° 37, page 26).

32. Droit civil français, tome 6, 7° édition, par Ponsard & Dejean de la Batie, § 429, n° 240, page 360, n° 41.

33. Droit civil, 11, n° 1537, page 988.

## Sans titre

34. Leçons de droit civil, tome III, volume I Sûretés, publicité foncière, n° 22 - 1, page 40.

35. Les sûretés (PUF), page 67.

36. Précis de droit civil (Dalloz) , Les sûretés, la publicité foncière, n° 34, page 21.

37. Manuel de droit des sûretés, 6° édition Litec, n° 342, page 321.

38. Droit civil 2004, Defrénois, n° 150, page 44.

39. Droit civil sous la direction de J. Ghestin, Droit spécial des sûretés réelles (LGDJ), n° 54, page 8.

40. Jurisclasseur civil, articles 2011 à 2043, fasc. 10, op. cité, n° 1.

41. V. sur ce point l'étude de M. S. Piédelièvre, Defrénois 2003, 37 827, n° 21, page 1371.

## Sans titre

42. V. notamment Planiol & Ripert, tome XII, n° 1184, cité par M. F. Grua, op. cité, JCP, éd. G, 1984, I, 3167.

43. M. Dagot, "Sûretés réelles contre sûretés personnelles", JCP, N 1986, I, page 93.

44. Inconvénients recensés par MM. Mouly & Cabrillac (Droit des sûretés, 6° édition Litec), op. cité, n° 7, page 8.

45. M. P. Bouteiller, Jurisclasseur Banque Crédit Bourse, fasc. 765, n° 11 et 21.

46. MM. Ph. Simler & Ph. Delebecque, Droit civil, Les Sûretés, la publicité foncière, précis Dalloz, 4° édition, op. cité, n° 36, page 24

47. Droit commun des sûretés réelles, livre 1°, page 10.

48. MM. Marty, Raynaud & Jestaz, Les sûretés, la publicité foncière, Sirey, n° 78 ; F. Terré & Ph.

## Sans titre

Simler : Les biens, Dalloz, 5<sup>e</sup> édition, 1998, n° 719 ; M. Billiau, Réflexion sur le gage, JCP, édit. E, 1996, I, n° 3897. Cette thèse, sous ses diverses formes, ne s'adosse-t-elle pas à l'étude profonde, abondamment commentée lors de sa publication, de M. Ginossar "Droit réel, propriété et créance" (Paris, Librairie générale de droit, 1960) selon laquelle, ni plus ni moins, "le droit réel n'existe pas", à en croire du moins le commentaire qu'en avait fait, en son temps M.J. Dabin ?

49. Selon M. V. Bonnet (rec. D 2000, J, pages 302 et suiv. : "L'obligation réelle n'est pas seulement une incongruité qui n'apparaît qu'exceptionnellement et dont la cause est le bien sur lequel elle porte(...)").

50. V. sur ce point l'étude de M. J. François, commentant les arrêts du 15 mai 2002 (Defrénois 2002, 1208, n° 15). Cette étude se réfère à M. Ginossar pour donner un contenu concret au droit réel à

Sans titre  
travers l'obligation réelle.

51. Formule qui... dit bien ce qu'elle veut dire, employée par M. H. Aberkane dans "Essai d'une théorie générale de l'obligation propter rem (thèse Alger, 1955).

52. Beudant, Cours de droit civil français, XIII, n° 25, page 31.

53. Beudant, ibid. n° 24, page 30 : "L'affectation confère au créancier, en principe, un droit de suite, et, toujours, un droit de préférence".

54. V. sur ce point l'étude très technique de M. G. Blanluet au recueil Dalloz 1999, chroniques, page 109.

55. Baudry-Lacantinerie, tome III, n° 2188. V. aussi sur ce point, M. F. Grua, Le cautionnement réel, JCP, éd. G, 1984, I, 3167, op. cité.

56. Il ne sera pas question ici de la perte du gage proprement dite,

## Sans titre

notamment du fait du créancier, qui est réglée par l'article 2080 du Code civil par référence aux règles de la responsabilité civile. Si la perte est le fait du constituant, le créancier pourra lui être subrogé dans une éventuelle indemnité de substitution : M. Crocq, RTDC 2002, page 546 et suiv.

57. M. P. Bouteiller, Jurisclasseur Banque Crédit Bourse, fasc. 765, n° 1.

58. sous réserve que le créancier respecte, en tant que de besoin, toutes ses obligations légales à l'égard de la caution personnelle !

59. Pourtant, selon MM. Cabrillac & Mouly (op. cité, n° 342) et Mestre, Putman & Billiau (op. cité, n° 554), si la caution réelle est tenue personnellement, elle doit être, en cas de perte du bien, tenue à la valeur qu'il aurait eue s'il était demeuré dans son patrimoine.

60. Op. cité, RTDC 2002, pages 546  
Page 161

## Sans titre

et suiv.

61. JCP, N & I, n° 47, 22 novembre 2002, 1640.

62. Bulletin Joly Sociétés, août-septembre 2002.

63. L'article 2078 du Code civil prévoit, en droit commun du gage, une estimation faite par experts.

64. V. par ex. Planiol & Ripert, Droit civil, 11, n° 1537, page 988, op. cité.

65. Le cautionnement réel, JCP, éd. G, 1984, n° 3167, op. cité, n° 24.

66. Droit des sûretés, op. cité, n° 340, page 320.

67. M. M. Grimaldi, rec. Dalloz 1995, somm. comm. page 327.

68. Les sûretés les plus fréquemment rencontrées en matière de cautionnement réel, si l'on en juge à travers les espèces, étant l'hypothèque et le nantissement,

## Sans titre

lesquels n'obéissent pas au même régime au regard de l'article 1424 du Code civil, il peut être utile de ne pas les examiner l'une sans l'autre.

69. V. à cet égard Bastian, Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité, recueil Sirey, 1929., rappelé dans une étude de Mme M. Falaise, La sanction de l'acte irrégulier (distinction entre nullité et inopposabilité), Les Petites affiches, 27 août 1997, n° 103, page 5.

70. M. D. Albicheraoui, Nullité ou inopposabilité des actes frauduleux dans la gestion de la communauté, JCP, N, I, Doctrine, page 318, n° 23 - 24.

71. Mme M. Falaise, ibid. n° 28.

72. Defrénois, 1995, n° 36 214 - 170.

73. M. F. Vauvillé, Droit et patrimoine 2000, "Les nouvelles familles".

## Sans titre

74. V. les commentaires de E. C. Les Petites affiches, 19 décembre 2000, n° 252, page 7.

75. Mme. M. Falaise, Les Petites affiches, 27 août 1997, n° 103, page 5, notamment n° 11.

76. V. sur ce point M. Ph. Simler, Defrénois, n° 20/02, art. 37 611, page 1328. Cet auteur pense que, dans ce cas, il ne serait pas inconcevable de cumuler les deux sanctions.

77. V. M. B. Vareille (RTDC 2000, page 391) et M. G. Champenois, Defrénois 2000, n° 37 - 145).

78. M. M. Grimaldi, rec. Dalloz 1995, somm. comm. page 327.

79. M. V. Brémond, recueil Dalloz 2000, J, page 703.

80. Telle est l'opinion de Mme Barberot, conseiller référendaire dans son commentaire (D. 2002, J, page 1780 et suiv. Op. cité) pour

## Sans titre

qui l'engagement n'est pas nul.

81. Mme C. Petit, avocat général à la Cour de cassation, dont les conclusions dans les affaires ayant donné lieu aux arrêts du 15 mai 2002 ont été publiées : JCP 2002, édit. G, n° 28, II, 10 109.

82. Defrénois 1995, n° 36214 - 170.

83. V. sur ce point, l'examen critique de M. V. Brémond, JCP N & I, n° 47, 22 novembre 2002, 1640.

84. M. J. François, Defrénois, 2002, n° 37 604.

85. Il s'agit, selon l'article 1404 du Code civil, des vêtements et du linge personnels, des actions en réparation d'un dommage corporel ou moral, des créances et pensions incessibles, des instruments nécessaires à la profession, de tous les biens qui ont un caractère personnel et des droits attachés à la personne.

86. ce qui a pu être interprété

## Sans titre

comme une interdiction faite aux époux de déroger aux dispositions de l'article 1415 par contrat de mariage : v. sur ce point Mme S. Tougne, Droit de la famille, éd. du Jurisclasseur, juillet-août 2000, page 19.

87. V. aussi pour une garantie à première demande Paris, 3 novembre 1994, D 1995, L, page 532, note Lecène-Marénaud, et Somm. page 326, obs. M. Grimaldi.

88. Defrénois, n° 20/02, art. 37 611, page 1328.

89. V. étude de MM. Ph. Simler, M. Storck, Mme A. Tisserand-Martin et M. G. Wiederkehr au JCP, éd. G, I, 245 du 12 juillet 2000.

90. Mme M. Bandrac & M. P. Crocq, RTDC 2000, page 367.

91. V. sur ce point, M. P. Crocq, RTDC, 2000, pages 366 et suiv. qui cite un arrêt de la cour d'appel de Montpellier du 7 janvier 1980 (Rev. Sociétés, note C. Mouly) ; et M.

## Sans titre

Ph. Simler, JCP, éd. G n° 49, 5 décembre 2001, I, 367 n° 20 qui cite un arrêt de la cour d'appel de Lyon du 28 février 1997 (RTD com. 1998, p. 177, obs. B. Petit & Y. Reinhard) et un arrêt de la cour d'appel de Nancy du 17 septembre 1997 (JD n° 048487) ayant décidé que les autorisations étaient requises en matière de cautionnement réel.

92. V. sur l'ensemble de la question, envisagée sous un angle pratique, l'étude de M. B. Savouré (Droit & patrimoine, 2003, dossier "le cautionnement dans tous ses états", page 3).

93. V. aussi les commentaires approbateurs, notamment de MM. M. Grimaldi (rec. D 1995, somm. comm., p. 327), B. Vareille (RTDC 1997, p. 726), S. Piédelièvre (rec. Dalloz 1996, somm. comm. p. 204).

94. M. Ph. Simler, Jurisclasseur civil, art. 2011 à 2043, fasc. 10, op. cité, n° 26.

Sans titre

95. M. Ph. Simler, JCP, édit. G, 5 décembre 2001, I, 367.

96. On peut se reporter sur ce point à l'analyse de M. Grua, "Le cautionnement réel", op. cité, n° 35.

97. JCP 1979, J, n° 19 140.

98. Req. 30 janvier 1890, DP 1891, 1, 5).

99. Defrénois 1980, art. 32 267, n° 21.

100. JCP, édit. G, n° 49, 5 décembre 2001, I 367. Pour l'hypothèque, en tout cas, l'indivisibilité résulte du texte de l'article 2114 du Code civil. Pour le gage, elle résulte de l'article 2083 du Code civil.

101. JCP, G, 5 décembre 2001, op. cité.

102. RTDC 2000, page 366 et suiv.

103. Defrénois 1998, n° 36 815-61.

## Sans titre

104. JCP, éd. G n° 8, 24 février 1999, I 116.

105. La Semaine juridique notariale et immobilière n° 47, 20 novembre 1998, op. 1667.

106. MM. N. Rontchevsky & F. Jacob, Banque & droit, n° 65, page 40.

107. JCP, éd. G, n° 2, 13 janvier 1999, page 69

108. RTDC 2002, page 546 et suiv.

109. Ibid. op. cité

110. Defrénois, article 36944.

111. en vertu duquel les hypothèques conventionnelles ne peuvent être consenties que par ceux qui ont la capacité d'aliéner les immeubles qu'ils y soumettent : ce visa n'était peut-être destiné qu'à bien marquer que nous étions en présence d'une hypothèque conventionnelle ...

## Sans titre

112. M. P. Crocq, RTDC 1999, page 880.

113. MM. Ph. Simler & Ph. Delebecque, JCP, éd. G 1999, I, 156, n° 5.

114. Mme. V. Tachini-Laforest, Les Petites affiches, 10 avril 2000, n° 71, page 4, op. cité.

115. qui dispose : L'hypothèque est un droit réel sur les immeubles affectés à l'acquittement d'une obligation. Elle est, de sa nature, indivisible, et subsiste en entier sur tous les immeubles affectés, sur chacun et sur chaque portion de ces immeubles. Elle les suit dans quelques mains qu'ils passent.

116. V. sur ce point MM. Mestre, Putman, Billiau, Traité de droit civil, droit spécial des sûretés réelles, LGDJ, éd. 1996, n° 556, op. cité ; M. J. Faddoul, rec. Dalloz 2000, Actualité jurisprudentielle, p. 143.

117. V. pour cette seconde

Sans titre  
classification l'étude de Mme. V.  
Tachini-Laforest, op. cité.

118. Rec. Dalloz 2001, somm. comm.,  
page 694.

119. RTDC 2000, pages 366 et suiv.

120. JCP, éd. G n° 49, 5 décembre  
2001, I, 367, op. cité.

121. Rec. Dalloz 2000, J, page 829.

122. qui dispose : Il y a  
solidarité de la part des  
débiteurs, lorsqu'ils sont obligés  
à une même chose, de manière que  
chacun puisse être contraint pour  
la totalité, et que le paiement  
fait par un seul libère les autres  
envers le créancier.

123. V. M. V. Bonnet, ibid. op.  
cité.

124. JCP, édit. G, n° 38, 20  
septembre 2000, I, 257.

125. V. à ce sujet le commentaire  
"d'humeur" de M. R. Libchaber, RTDC

Sans titre

2002, page 604.

126. V. sur ce point M. J. François, Defrénois 2002, 1208, n° 4.

127. JCP, édit. G n° 37, 11 septembre 2002, I, 162.

128. Rec. Dalloz 2002, somm. comm. page 3337

129. Defrénois 2002, 1208, op. cité, n° 7.

130. Revue de droit bancaire et financier, éd. du Juris-classeur, n° 3, juillet/août 2003, page 255.

131. RTDC 2002, page 604, op. cité.

132. " A propos de la double nature conférée au cautionnement réel", Les Petites affiches, 27 mars 2003, n° 62, page 17.

133. RTDC 2002, page 546.

134. RTDC 2003, page 338.

Sans titre

135. JCP, N & I n° 47, 1640.
136. Droit et famille, 2002, n° 90.
137. JCP, éd. G n° 24, 9 juin 2004, I, 141.
138. Droit civil français par Dejean de La Batie, t. IV, § 429, n° 240, page 360, note 41.
139. M. Ph. Simler, Juris-classeur civil, articles 2011 à 2043, fasc. 10, n° 26, op. cité.
140. Rec. Dalloz 2001, somm. comm. page 694.
141. Rec. Dalloz 2000, J, page 829.
142. aux termes notamment des lois n° 98-657 du 29 juillet 1998 et n° 2003-721 du 1° août 2003 insérant des dispositions aux articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation: voir supra.
143. V. à cet égard les observations rappelées supra de M. S. Piédelièvre .

## Sans titre

144. Cette disposition permettant à la caution d'opposer au créancier la privation du bénéfice de subrogation est reconnue même à la caution réelle : 1<sup>re</sup> Civ., 23 novembre 1954, Bull., n° 331.

145. RTDC 2002, page 546.

146. Cette opinion est celle de MM. Mestre, Putman & Billiau, Droit commun des sûretés réelles, op. cité, page 340, n° 376. On ne voit guère en effet comment pourrait s'appliquer à une sûreté réelle le raisonnement tenu pour une caution personnelle dont les héritiers ne sont pas obligés aux dettes nées postérieurement à son décès : Com. 29 juin 1982, Bull., n° 258 et 13 janvier 1987, Bull., n° 9.

147. JCP, édit. G, n° 49, 6 décembre 1995, I, 3889 et 5 décembre 2001, I, 367.

148. Les Petites affiches, 10 avril 2000, n° 71, page 5, op. cité.

Sans titre

149. JCP, édit. G n° 37, 13  
septembre 1995, I, 3869.

150. Rec. Dalloz 2000, J, page 703.

151. Droit des sûretés, Litec, 6°  
édit.

152. V. notamment M. P. Crocq,  
RTDC, juillet/septembre 2002.

153. Defrénois, n° 20, 2002, page  
1326

154. JCP, édit. G, n° 49, 5  
décembre 2001, I, 367.

155. Il n'est cependant pas à  
exclure que le législateur ait  
(enfin ?) à connaître du  
cautionnement réel puisque nous  
devons aux parties au présent  
pourvoi de nous avoir communiqué le  
rapport au garde des Sceaux, en  
date du 28 mars 2005, d'un groupe  
de travail sur la réforme du droit  
des sûretés, présidé par M. le  
professeur Grimaldi et comptant,  
parmi ses membres, MM. Aynès, Crocq  
et Simler. Sur le sujet qui nous

Sans titre  
occupe, il est indiqué : "Quant au cautionnement réel, il est proposé de mettre un terme aux incertitudes jurisprudentielles et de restaurer la sécurité juridique en exprimant clairement sa nature de sûreté réelle constituée pour garantir la dette d'autrui, et en précisant même que, par suite, le créancier n'a d'action que sur le bien qui en forme l'objet (article 2295)...".

\* Haut de page

Avis de M. Sainte-Rose

Avocat général

- I - Marié sous un régime de communauté, M. Y... a, en 1997, donné en nantissement à une banque des titres dépendant du patrimoine commun pour garantir un prêt accordé à une société dont son gendre était le gérant.

A la suite de l'ouverture d'une procédure collective contre cette

Sans titre  
société, la banque a déclaré sa  
créance et mis en oeuvre sa  
garantie à l'égard de M. Y....

Invoquant les dispositions de  
l'article 1415 du Code civil, Mme  
Y... a assigné la banque en  
mainlevée du nantissement souscrit  
par son époux sans son consentement  
exprès.

Un jugement du tribunal de grande  
instance de Limoges, en date du 15  
mai 2003, l'a déboutée de sa  
demande.

Par arrêt du 25 juin 2003, la cour  
d'appel de Limoges a confirmé le  
jugement.

Elle a considéré notamment :

- "que les dispositions de  
l'article 1415 visant le  
cautionnement sont inapplicables au  
nantissement ;

- que la notion de cautionnement  
réel auquel la Cour de cassation  
conserve la qualité de sûreté

Sans titre  
réelle n'a été retenue que pour désigner un engagement personnel de caution renforcée par une sûreté réelle ;

- que le simple nantissement donné par M. Y... ne peut donc être assimilé à un cautionnement même réel entrant dans le champ d'application de l'article 1415 du Code civil...".

Mme Y... s'est régulièrement pourvue en cassation et a produit un moyen unique.

Elle fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir ainsi statué alors que :

- le nantissement constitué par un tiers pour le débiteur est un cautionnement réel soumis à l'article 1415 du Code civil ;

- en décidant que le nantissement donné par son époux en remboursement du prêt ne pouvait être assimilé à un cautionnement réel entrant dans le champ d'application de l'article 1415 du

Sans titre

Code civil, la cour d'appel a violé ce texte.

Certaines des propositions formulées par l'arrêt attaqué sont certainement vouées à la censure. Reste à savoir lesquelles.

La question majeure est évidemment celle de la nature du cautionnement réel (I).

Mais il en est une seconde, résolue par la première chambre civile depuis des années et qui ne paraît pas avoir donné lieu à beaucoup d'hésitations : fallait-il déclarer l'article 1415 applicable au cautionnement réel ? Peut-être la Cour de Limoges a-t-elle eu une intuition juste ! (II).

I - Le cautionnement réel existe-t-il ?

Il peut évidemment paraître incongru de poser cette question, alors qu'elle concerne un cas de figure clairement prévu par le Code civil, même si l'expression n'y

## Sans titre

figure pas, et qu'une pratique surabondante est avérée au cours des dernières décennies. N'est-il pas étonnant qu'on ait dû attendre le 15 mai 2002 pour découvrir qu'il est autre chose que ce que l'on croyait jusque là ?

La pratique connaît trois combinaisons alliant le concept de cautionnement et la technique des sûretés réelles :

- une simple addition des deux : un tiers garant s'oblige, d'une part, à payer la dette du débiteur et constitue, d'autre part, une sûreté réelle sur l'un de ses biens en garantie de la même dette ;

- une superposition : le tiers s'oblige pareillement à payer la dette et contre garantit son propre engagement de caution par une sûreté réelle ;

- une hybridation : le tiers consent seulement une sûreté réelle. C'est l'hypothèse que vise l'article 2077 du Code civil pour

Sans titre  
le gage et, incidemment, l'article  
1020, pour l'hypothèque.

Cette dernière hypothèse - et elle  
seule - mérite l'appellation  
"cautionnement réel". Jusqu'aux  
arrêts du 15 mai 2002, il n'y avait  
pas de doute sérieux à ce sujet :  
le cautionnement réel n'est autre  
chose qu'une sûreté réelle  
constituée par un tiers. Toute la  
jurisprudence de la Cour de  
cassation était en ce sens (1). Les  
dissonances n'existaient que dans  
quelques études doctrinales (2).

Voilà qu'il est envisagé  
aujourd'hui d'ajouter un quatrième  
cas de figure aux trois ci-dessus  
définis, comme si cela ne suffisait  
pas et alors que les rédacteurs  
d'actes mélangent malheureusement  
souvent les choses (v. notamment  
les actes qui parlent de  
"cautionnement hypothécaire et  
solidaire", en l'absence de toute  
trace d'engagement personnel). Il  
conviendrait de distinguer le  
cautionnement réel de la sûreté  
réelle pour autrui. Le

## Sans titre

cautionnement réel serait "un engagement personnel de caution limité aux biens affectés à la garantie...". Or, cette hypothèse n'existe pas, tout simplement. Jamais, un engagement n'a été formulé en ces termes. C'est la première chambre civile, et elle seule, qui a voulu, le 15 mai 2002, découvrir - mais il vaudrait mieux dire : inventer - un engagement personnel dissimulé derrière la sûreté réelle. Ce n'est pas du tout la même chose.

Si l'on suivait cette idée, la constitution d'une sûreté réelle par un tiers aurait une nature et des effets différents selon qu'on aurait ou non employé le mot "cautionnement" ou "cautionnement réel". Alors qu'il s'agit de toute évidence de la même chose. Faut-il revenir aux contrats "litteris" du droit romain ?

D'ailleurs, toujours si on suivait cette voie, on verrait inmanquablement se développer une cinquième hypothèse, dont la

Sans titre  
jurisprudence offre déjà des  
illustrations : celle d'actes  
expressément qualifiés  
cautionnements réels (ou  
hypothécaires), mais stipulant  
expressément l'exclusion de tout  
engagement personnel (cf. Cass.  
com., 14 janvier 2004) (3).

Trois variétés, c'est déjà  
beaucoup, et cela se traduit par  
des confusions et des actes rédigés  
avec une insuffisante précision. Si  
l'on rajoute au cautionnement réel  
comportant implicitement (?) un  
engagement personnel sous-jacent,  
le cautionnement réel avec  
exclusion d'un tel engagement,  
comprenez qui pourra.

Revenons à la raison et... au  
cautionnement réel. Celui qui a  
constitué une sûreté réelle pour  
autrui n'a de toute évidence voulu  
affecter à la garantie de la dette  
en question que le bien grevé.  
Vouloir découvrir derrière cette  
sûreté réelle un engagement  
personnel de payer la dette, fût-ce  
dans la limite de la valeur du bien

## Sans titre

engagé, est purement divinatoire(4). C'est, au surplus, directement contraire à la très opportune règle de l'article 2015 du Code civil, selon laquelle "le cautionnement ne se présume point ; il doit être exprès..". Déduire de la constitution d'une sûreté réelle un engagement personnel à concurrence de la valeur du bien, c'est très exactement déduire d'un fait connu - la sûreté réelle - un fait inconnu et supposé - l'engagement personnel (5).

L'emploi du terme "cautionnement" y change-t-il quelque chose ?

Evidemment non. On ne saurait contester que le tiers constituant est à certains égards dans une situation semblable à celle d'une caution. Il garantit sur un de ses biens - "réellement" - la dette du débiteur, avec affectation privilégiée de ce bien, alors que la caution garantit aussi cette dette, mais "personnellement", en conférant au créancier le droit de gage général sur son patrimoine, mais sans privilège. Il était donc

Sans titre  
tout à fait légitime et absolument justifié que le concept de cautionnement fût employé pour désigner cette situation, moyennant le qualificatif "cautionnement réel". Certaines règles du droit du cautionnement doivent indéniablement s'appliquer, dans toute la mesure où elles sont compatibles avec la nature réelle de la garantie, en particulier les recours ouverts à la caution, après paiement et même avant (ce dont personne n'a jamais douté) (6).

Il est évidemment facile de jouer avec les mots : la constitution d'une sûreté réelle par un tiers est un cautionnement réel ; un cautionnement réel est aussi un cautionnement; donc un cautionnement réel comporte aussi l'engagement de payer la dette.

Dans cet apparent syllogisme, sur lequel reposent, quoique en des termes moins tranchés, les arrêts du 15 mai 2002 (7), la troisième proposition est évidemment fausse.

## Sans titre

La distinction "obligation personnelle" / "obligation réelle" existe bel et bien. Non sans ambiguïté, il est vrai, puisqu'il existe une autre notion d'obligation réelle, qui désigne des obligations personnelles, mais qui sont dans un lien tel avec un bien que la transmission du bien emporte de plein droit transmission de ces obligations (par exemple les obligations accessoires à une servitude, qui pèsent sur tout propriétaire du fonds servant). Ce n'est évidemment pas de cela qu'il s'agit ici.

C'est pourquoi il vaut mieux dire - car toute ambiguïté et tout risque de confusion disparaît - qu'une personne peut être tenue personnellement d'une dette ou seulement réellement, ou les deux à la fois.

Ainsi, le tiers détenteur de l'immeuble hypothéqué est en principe tenu seulement "réellement" de la dette garantie et il peut purger l'hypothèque

Sans titre  
inscrite sur son bien.

Mais il se peut aussi, suivant les circonstances, qu'il soit également tenu personnellement à payer tout ou partie de la dette. Et plusieurs textes évoquent clairement cette éventualité. Ainsi, l'article 2170 du Code civil ("Néanmoins, le tiers détenteur qui n'est pas personnellement obligé à la dette, peut s'opposer..."), l'article 2172 ("Quant au délaissement par hypothèque, il peut être fait par tous les tiers détenteurs qui ne sont pas personnellement obligés à la dette..."). Il est par ailleurs admis depuis toujours que seul le tiers détenteur non personnellement tenu de la dette peut mettre en oeuvre la procédure de la purge des sûretés inscrites.

La même distinction apparaît non moins explicitement en matière successorale, à propos du sort du passif. Envisageant le cas du partage comprenant un immeuble hypothéqué, l'article 873 dispose :  
"Les héritiers sont tenus des

Sans titre  
dettes et charges de la succession,  
personnellement pour leur part et  
portion virile, et hypothécairement  
pour le tout ; sauf leur  
recours...". Le terme  
"hypothécairement" signifie ici  
"réellement". Si la sûreté était un  
nantissement et non une hypothèque,  
faute de terme spécifique, on ne  
pourrait dire autrement que  
"réellement".

Il est donc certain qu'une personne  
peut être tenue soit  
personnellement, soit réellement,  
soit encore, et dans des  
proportions variables, à la fois  
personnellement et réellement.

Il faut encore dire que celui qui  
n'est tenu que "réellement" assume  
tout de même une obligation. Mais  
"obligation" n'est pas synonyme de  
"obligation personnelle", quoique  
la seconde hypothèse constitue la  
norme. Ainsi, les notaires  
s'étaient-ils inquiétés de savoir  
si, dans le cas de l'affectation  
hypothécaire par un tiers, dans  
laquelle il n'y a nulle trace

Sans titre  
d'engagement personnel (ou si un tel engagement est, de clause expresse, écarté), l'acte pouvait néanmoins être revêtu de la formule exécutoire. On a pu penser que seule une obligation personnelle pouvait bénéficier de ce privilège. II n'en est rien : la solution se trouve dans un arrêt de la deuxième chambre de la Cour de cassation du 6 juin 1996, peu remarqué, qui a clairement répondu par l'affirmative à la question (8).

C'est dans cette situation que se trouve la caution réelle : elle est tenue "réellement" de la dette, mais non personnellement. En l'absence d'engagement personnel exprès, la constitution d'une sûreté réelle par un tiers, qu'elle ait été appelée cautionnement réel ou non, ne peut avoir d'autre signification (9).

Bien sûr, si l'on tient pour acquis que l'article 1415 s'applique au cautionnement réel ainsi défini - V. sur ce point, infra, II - le résultat est fâcheux, puisque la

## Sans titre

sûreté est purement et simplement privée d'efficacité, alors que tel n'avait pas été l'objectif du législateur lorsqu'il a inscrit cette règle dans le Code civil.

Mais à ce stade se pose une question grave, qui dépasse largement la seule hypothèse présente : est-il justifiable de manipuler les concepts juridiques à seule fin d'éviter un effet indésirable d'une qualification ? Autrement dit, et plus brutalement, en droit, la fin justifie-t-elle les moyens ? A titre personnel, nous ne pouvons répondre que par la négative car la manipulation opportuniste des concepts expose tout système juridique à un grand danger d'arbitraire.

II - L'article 1415 du Code civil doit-il être appliqué ?

Nous sommes plutôt enclin à donner une réponse négative alors que de prime abord l'extension de l'article 1415 au cautionnement réel paraissait séduisante, dans un

Sans titre  
contexte de protection accrue de la  
caution. C'est ce choix  
jurisprudentiel qui est venu  
conforter le concept incertain de  
cautionnement mixte.

Il faut cependant se garder d'une  
confusion assez fréquente entre,  
d'une part, la communauté prise en  
tant que masse de biens, variété  
d'indivision à laquelle s'applique  
sans conteste l'article 1415 issu  
de la loi du 23 décembre 1985 sur  
l'égalité des époux dans les  
régimes matrimoniaux (10), d'autre  
part, les différents biens  
composant cette masse et dont le  
mode de gestion qui n'est pas  
uniforme est organisé par les  
articles 1421 et suivants.

On peut affirmer sans marge  
d'erreur qu'en instituant l'article  
1415 qui figure significativement  
dans une section du Code civil  
intitulée "Du passif de la  
communauté" et dont l'objet est de  
protéger le patrimoine commun  
contre les initiatives réputées  
dangereuses de l'un des époux

## Sans titre

(emprunts, cautionnements), le législateur n'a eu en vue que le cautionnement personnel. Il a voulu éviter que, par un tel acte, un conjoint ne puisse engager seul la totalité des biens communs. Or, par définition, un cautionnement réel ne peut avoir un tel effet.

En outre, force est de constater que la sanction prévue par l'article 1415 et qui consiste à réduire la garantie des créanciers aux propres et aux revenus de l'époux débiteur est inadaptée au cautionnement réel car le gage disparaît alors complètement.

Par suite, la difficulté est de déterminer la sanction du défaut de consentement du conjoint. Les questions sont nombreuses.

L'inefficacité de l'acte est-elle une donnée acquise une fois pour toutes ? Faut-il une action en justice pour constater cette inefficacité et quels sont les titulaires de cette action ? Y a-t-il un délai pour agir et quel délai ? Une ratification de l'acte

Sans titre  
par le conjoint est-elle possible ?

Il n'est pas facile d'apporter une réponse sûre à ces questions. On peut être tenté de transposer la jurisprudence du 15 mai 2002 : accorder une action en inopposabilité à l'époux qui n'a pas consenti au cautionnement réel (sans doute pendant une durée de trente ans). Mais la notion d'inopposabilité suppose un acte produisant effet entre les parties, ce qui ne sera pas le cas si l'article 1415 est appliqué.

On observera, par ailleurs, que dans la présente espèce comme dans les affaires ayant donné lieu à la jurisprudence précitée, le cautionnement litigieux porte sur des valeurs mobilières faisant partie de l'actif commun et dont il convient de préciser le mode de gestion.

Témoignage de l'égalité des sexes voulue par la réforme de 1985, l'article 1421 du Code civil confère à "chacun des époux le

## Sans titre

pouvoir d'administrer seul les biens communs et d'en disposer". Une importante restriction est, certes, apportée à ce principe dit de gestion concurrente par l'article 1424 qui établit la cogestion pour un certain nombre de ces biens : les époux ne peuvent l'un sans l'autre aliéner ou grever de droits réels les immeubles, fonds de commerce, droits sociaux non négociables, meubles corporels dont la cession est soumise à publicité, une action en nullité étant ouverte par l'article 1427 à celui dont les droits ont été méconnus.

L'énumération de l'article 1424 ayant forcément un caractère limitatif, subsiste un assez vaste secteur, spécialement en matière de meubles corporels ou incorporels où chacun peut agir seul. Il en est ainsi en particulier pour les deniers, valeurs mobilières et créances communes.

S'agissant des valeurs mobilières négociables qui nous intéressent

## Sans titre

ici, l'exigence d'un accord des époux pour tout acte de disposition avait été préconisée par certains en raison de l'importance que de tels biens peuvent aujourd'hui revêtir dans la fortune des ménages. Toutefois, en 1985 (11), comme déjà en 1965 (12), le législateur a estimé inopportun de soumettre les valeurs mobilières au régime de la cogestion car l'exigence d'un double consentement ne serait pas seulement une gêne pour les époux mais du point de vue de l'intérêt général, une entrave à la libre circulation des titres et à la réalisation des placements (13).

En autorisant chacun des conjoints à disposer seul de certains biens et en particulier des valeurs négociables, la représentation nationale a entendu leur laisser une certaine liberté et accepté par là même que certains risques soient encourus par la communauté. La règle posée par l'article 1421 et que l'interprète n'a pas à corriger s'appuie sur la présomption de

## Sans titre

pouvoirs dont l'article 222 fait bénéficier les époux dans tous les régimes. Il existe du reste des actes aussi dangereux qu'un cautionnement réel et qu'un époux peut faire sans l'assentiment de l'autre, tel le prêt de deniers communs à un débiteur insolvable. Enfin, celui qui consent un cautionnement réel peut y trouver un intérêt, par exemple pour éviter la liquidation de la société qu'il dirige.

Si chaque époux a le pouvoir de disposer seul des valeurs mobilières de la communauté, pourquoi ne pourrait-il les nantir seul ?

La solution de bon sens est dictée par le vieil adage : "qui peut le plus, peut le moins".

Au total, pour soustraire à la gestion concurrente dont elles relèvent normalement les valeurs mobilières négociables appartenant à la communauté, on a créé de toutes pièces et contra legem un

## Sans titre

nouveau cas de cogestion (14) auquel, de façon paradoxale, s'appliqueraient non pas les dispositions pourtant impératives des articles 1424 et 1427 mais celles de l'article 1415 qui ne concerne nullement l'administration des biens communs mais les engagements souscrits, à titre personnel, par l'un des conjoints.

Pour les besoins de l'application dudit article 1415 (15), la jurisprudence de la première chambre - que les juridictions du fond ont peine à suivre - en arrive non seulement à remettre en cause la cohérence du régime communautaire mais encore à donner une nouvelle définition du cautionnement réel qui brouille les frontières entre les deux types de cautionnement et ne concerne, en réalité, qu'une catégorie limitée de biens communs, les meubles corporels dont l'aliénation n'est pas soumise à publicité et les meubles incorporels, les autres biens de la communauté susceptibles de constituer l'assiette d'une

## Sans titre

sûreté réelle entrant en effet dans les prévisions de l'article 1424 et ne pouvant être affectés à la garantie d'une dette qu'avec l'accord des deux époux.

En somme, la ratio legis aurait pu ou du justifier, par un raisonnement juridique imparable ne comportant nullement d'artifice, que le cautionnement réel fût écarté du champ d'application de l'article 1415 (comme d'autres règles du droit du cautionnement tels que les bénéfices de discussion et de division en raison de la nature réelle de la sûreté). Ce qui aurait été justifiable ab initio peut certainement encore l'être aujourd'hui. Cela implique évidemment l'abandon de la jurisprudence du 15 mai 2002 (16).

Ne faut-il pas se résoudre aujourd'hui à cette démarche ? Les incertitudes résultant de la jurisprudence la plus récente de la première chambre comme de celle de la chambre commerciale qui a clairement abandonné la notion

Sans titre  
d'engagement personnel appliqué au  
cautionnement réel militant en  
faveur d'un revirement.

Pour preuve de ces incertitudes, on  
citera un arrêt du 29 juin 2004 de  
la première chambre (17) selon  
lequel il appartenait aux juges du  
fond de "rechercher si une  
stipulation spéciale du contrat  
prévoyait que les cautions  
s'étaient engagées au-delà de la  
valeur du bien hypothéqué".

N'est-ce pas implicitement faire  
référence à l'article 2015 du Code  
civil qui pose en principe que le  
cautionnement ne se présume pas et  
doit être exprès ? Dès lors, dans  
le silence des parties, la caution  
réelle ne saurait être engagée  
personnellement.

Un autre arrêt du 9 novembre 2004  
(18) a approuvé une cour d'appel  
d'avoir considéré la caution comme  
tenue au-delà de la valeur du bien  
hypothéqué du fait de l'adjonction  
de l'engagement qu'elle avait pris  
de répondre de l'intégralité de la  
dette du débiteur principal. Il

## Sans titre

s'ensuit que le cautionnement réel ne comporte pas nécessairement un engagement personnel. Ne serait-on pas alors en présence d'un revirement qui ne dirait pas son nom ?

La première chambre s'efforce, au demeurant, d'assouplir les conditions d'application de l'article 1415 du Code civil puisque le 8 mars 2005, elle a censuré les juges du fond non pour avoir violé ce texte mais pour n'avoir pas recherché s'il était applicable à un nantissement de bons de caisse constituant des biens communs (19).

Quant à la chambre commerciale, après s'être ralliée à la jurisprudence du 15 mai 2002 (20), elle a pris une position inverse le 24 septembre 2003 (21) en énonçant que "le nantissement d'un fonds de commerce consenti en garantie de la dette d'un tiers est une sûreté réelle qui n'a pas pour effet de faire peser sur le propriétaire du fonds une obligation personnelle au

Sans titre  
paiement de la dette".

C'est pourquoi il paraît souhaitable de décider tout à la fois que l'article 1415 n'a pas vocation à s'appliquer au vu de sa finalité, au cautionnement réel et de restituer par la même au cautionnement réel sa véritable nature de sûreté réelle constituée par un tiers. Ce qui conduirait à un rejet du pourvoi avec une substitution de motifs concernant la notion de cautionnement réel.

Ajoutons qu'un groupe de travail présidé par le professeur Grimaldi et qui comptait notamment parmi ses membres MM. Simler, Aynes et Crocq, ayant reçu pour mission de concevoir le texte d'un projet de réforme du droit des sûretés, a remis au Garde des Sceaux, le 31 mars 2005, un rapport qui souligne la nécessité de "mettre fin aux incertitudes jurisprudentielles" et de "restaurer la sécurité juridique". Aussi est-il proposé de définir le cautionnement réel "en exprimant clairement sa nature de

Sans titre  
sûreté réelle constituée pour  
garantir la dette d'autrui et en  
précisant même que, par suite, le  
créancier n'a d'action que sur le  
bien qui en forme l'objet".

---

1. Un certain nombre de décisions récentes ou relativement récentes de la première chambre civile ont affirmé en termes non équivoques que le cautionnement réel est une pure sûreté réelle.

Ainsi, deux arrêts du 21 juin 1978 (Bull., n° 236) et du 6 mars 1979 (Bull., n° 78) ont admis que la caution réelle n'étant pas personnellement tenue de la dette d'autrui ne peut invoquer le bénéfice de discussion ou de division. Le 28 avril 1998, a été censuré un arrêt d'appel validant la saisie conservatoire des comptes bancaires d'une caution hypothécaire alors que cette garantie ne pouvait autoriser que la saisie de l'immeuble qui lui était affecté (JCP, G, 1999, I, 116 obs. P. Simler). Un arrêt du 13 mars 1998 (Bull., n° 172) a déclaré

## Sans titre

inapplicable au cautionnement réel l'article 1326 du Code civil relatif à la mention manuscrite, ce qui a été interprété comme signifiant l'exclusion de tout engagement personnel (Revue de droit bancaire 1998, p. 149, obs. M. Contamine-Raynaud ; RTD Civ. 1999, p. 152, obs. P. Crocq) Il a été jugé le 4 mai 1999 (Bull., n° 144) que "le cautionnement réel fourni par celui qui consent la constitution d'une hypothèque pour garantir le remboursement de la dette d'un tiers est une sûreté réelle". Cette motivation a été reprise par un arrêt du 1er février 2000 (Bull., n° 33) pour décider que l'obligation légale d'information mise à la charge du créancier n'était pas due à la caution, ce qui au demeurant peut paraître contestable car certaines règles du cautionnement sont susceptibles de coexister avec celles propres aux sûretés réelles (v. P. Simler, Le cautionnement réel est -aussi- un cautionnement, RJDA 2001, p. 235). Un arrêt du 26 février 2000 (Bull., n° 69) a

Sans titre  
encore souligné l'absence  
d'engagement personnel de la  
caution réelle.  
Moins abondante, la jurisprudence  
de la chambre commerciale,  
antérieure à 2002, était à  
l'unisson. Il résulte d'un arrêt du  
17 janvier 1995 qu'un cautionnement  
réel n'implique aucun engagement  
personnel (pourvoi n° 92-22.045).  
Aux termes d'une décision du 20  
juin 1995, la caution réelle n'est  
pas personnellement tenue de payer  
la dette d'autrui faute de l'avoir  
expressément stipulé (JCP, G, 1995,  
I, n° 3889, obs. Simler). Certes un  
autre arrêt du 27 octobre 1998  
faisant état "d'un droit de créance  
... limité aux biens affectés à la  
garantie de l'engagement,  
s'agissant d'un cautionnement  
réel", a donné lieu, en raison de  
son ambiguïté, à des  
interprétations divergentes (JCP,  
G, 1999, I, 116, obs. P. Simler ;  
RTD Civ. 1999, p. 153, obs. P.  
Crocq ; RTD Com. 1999, p. 499, obs.  
A. Martin-Serf). Toutefois, un  
arrêt du 12 mai 1998 (Bull., n° 51)  
est venu réaffirmer que la caution

Sans titre  
réelle ne contracte aucun  
engagement personnel.

2. A l'instar de la doctrine classique (cf. Baudry-Lacantinerie et Wahl, Droit civil, vol. XXIV, n° 909 ; Aubry et Rau, Cours de droit civil français, tome VI, 7ème édition, n° 240 ; Planiol et Ripert, Droit civil, tome XI, n° 1537), la majorité des auteurs contemporains analyse le cautionnement réel comme une sûreté réelle, le tiers garantissant la dette d'autrui ne contractant pas d'engagement personnel et n'engageant que la chose qu'il a offerte au créancier. Parmi les auteurs favorables à cette thèse et qui se prononcent d'ailleurs avec des nuances en privilégiant la volonté du constituant, on citera : P. Simler et P. Delebecque qui estiment que "la catégorie des sûretés mixtes n'existe pas ... la différence de nature fondamentale entre les sûretés personnelles et les sûretés réelles semblent exclure toute possibilité de combinaison" (Droit civil, les

## Sans titre

sûretés Dalloz, 4ème édition, n° 34) ; C. Larroumet qui justifie pareillement la limitation du droit de gage du créancier d'une sûreté réelle par la différence fondamentale existant entre l'obligation réelle et l'obligation personnelle : c'est le pouvoir exclusif que possède son propriétaire sur la chose qui explique que son engagement soit limité au bien affecté à la sûreté de sa dette ou à celle d'autrui ; le droit de créance est, au contraire un droit contre une personne obligeant celle-ci à exécuter sa prestation dont elle doit répondre sur l'ensemble de son patrimoine (Droit civil, tome III, Economica, 1998, p. 30 et 31 ; M. Dagot (Les sûretés, PUF, 1981, p. 67), Y. Picod (Sûretés, publicité foncière, Montchrestien, 7ème édition, n° 22-1), V. Bonnet (Le cautionnement réel est-il réellement un cautionnement ? D. 2002, p. 302) pour qui la caution réelle est tenue propter rem. De vives critiques ont été émises à l'encontre de la jurisprudence du

## Sans titre

15 mai 2002 par L. Aynès (Sûretés, publicité foncière, Cujas 10ème édition, n° 150), M. Libchaber (RTD civ. 2002, p. 604), J. François (L'obligation de la caution réelle, Defrénois 2002, p. 1208, Les sûretés personnelles, Economica 2004, p. 77), P. Théry (Defrénois 2003, p. 413).

En revanche, pour les tenants de la conception "personnaliste" ou mixte du cautionnement réel, celui-ci comporte outre une composante réelle, une composante personnelle, la prise d'un engagement personnel de garantie qui correspondrait à la volonté des parties dans la majorité des cas. Si le gage disparaît, la caution réelle restera tenue à hauteur de la valeur qu'il aurait eu dans son patrimoine. C'est l'opinion défendue par M. P. Crocq et qui part d'un présupposé, à savoir que la caution réelle entend s'engager personnellement (RTD Civ. 1999, p. 156, RTD Civ. 2000, p. 546). D'autres auteurs, sans soutenir totalement cette position, l'approuvent dans son principe :

## Sans titre

Mestre, Putman et Billiau (Droit spécial des sûretés réelles, LGDJ 1996, n° 594) ; Cabrillac et Mouly (Droit des sûretés, Litec 1999, n° 342).

3. Pourvoi n° 01-13.626

4. P. Simler et P. Delebecque, JCP G, 2002, I, 162.

5. Il est peu probable que, dans le silence du contrat, la volonté des parties soit d'adopter le système relativement complexe du cautionnement mixte dont les modalités d'application demeurent incertaines (G. Champenois, Defrénois 2000, p. 1323). Dans les faits, il apparaît que celui qui a consenti un cautionnement réel n'envisage pas d'être poursuivi sur un autre bien de son patrimoine et que le créancier cherche toujours à exercer son droit de poursuite sur le bien affecté préférentiellement à la sûreté de la dette.

6. V. P. Simler, note précitée à la RJDA 2001.

## Sans titre

7. Abondamment commentés (D. 2002, p. 1780, note Barberot, Somm. 3397, obs. Aynès ; JCP 2002, G, I, 167, obs. P. Simler, II, 10109, concl. C. Petit et note G. Piédelièvre ; Defrénois 2002, p. 1322, obs. G. Champenois, p. 1208, obs. B. Vareille ; Droit et famille 2002, n° 90, obs. Beignier ; Banque et Droit 2002, n° 86, p. 46, obs. F. Jacob ; Defrénois 2003, p. 413, obs. P. Théry), les arrêts du 15 mai 2002 (Bull., n° 127, 128, 129) ont fait une application uniforme de l'article 1415 du Code civil au cautionnement personnel et au cautionnement réel. A cette occasion, la première chambre s'est prononcée en faveur de la conception mixte du cautionnement en estimant que celui comporte un engagement personnel. Elle en a déduit que "dans le cas d'un cautionnement consenti par un époux sur des biens communs sans le consentement exprès de l'autre, la caution qui peut invoquer l'inopposabilité de l'acte quant à ces biens, reste seulement tenue en

## Sans titre

cette qualité, au paiement de la dette sur ses biens propres et ses revenus dans la double limite du montant de la somme garantie et de la valeur des biens engagés".

Ainsi, le cautionnement réel - qu'il soit pur et simple ou qu'il se superpose à un engagement de caution tel que défini par l'article 2011 du Code civil - n'engage-t-il le constituant qu'à hauteur de la valeur du bien qui "plafonne sa dette", à l'inverse de la caution personnelle, engagée pour l'intégralité de la dette cautionnée.

Cette conception du cautionnement réel a été sévèrement critiquée par des spécialistes du droit des sûretés (v. les observations et notes précitées de MM. Aynès, Simler, François). A ce sujet, J. François a écrit : "En définitive, à partir des textes qui se bornent à prévoir qu'une sûreté réelle peut être constituée pour autrui (les articles 2071 et 2077 du Code civil), on extrapole la qualification de cautionnement, l'existence d'une obligation

Sans titre  
personnelle, pour finir par ériger  
la sûreté réelle en accessoire de  
cette dernière, au passage  
métamorphosée en une dette de  
valeur" (op. cit).

De son côté, P. Théry relève "qu'en  
affirmant que le créancier peut  
poursuivre le recouvrement sur les  
revenus et les propres du mari", la  
Cour de cassation montre que le  
droit de poursuite du créancier  
n'est pas limité aux biens grevés  
(en l'espèce des biens communs) et  
ajoute que "le seul lien que  
conserve ce cautionnement avec les  
biens nantis initialement tient au  
fait que leur valeur détermine  
l'étendue du cautionnement" (obs.  
précitées).

8. Pourvoi n° 94-20.293.

9. L. Aynès observe qu'avec la  
position prise par la Cour de  
cassation, le bien affecté devient  
seulement un instrument de  
l'engagement personnel de la  
caution, l'évaluation du bien au  
moment des poursuites pouvant se  
révéler compliquée et incertaine.

## Sans titre

Donner au créancier la possibilité de poursuivre la caution réelle sur l'ensemble de ses biens à concurrence de la valeur du bien engagé, est généralement contraire à l'économie de cette sûreté (op. cit., n° 150).

10. L'examen des travaux préparatoires de la loi n° 85-1372 du 23 décembre 1985 qui a introduit l'actuel article 1415 dans le Code civil (v. l'exposé des motifs p. 5 et 6 et les rapports AN, p. 27, Sénat, p. 9 et 29), ne laisse subsister aucun doute sur la volonté du législateur de protéger la communauté considérée comme une universalité. v. également A. Colomer, Régimes matrimoniaux, Litec, 12ème édition, n° 840 ; J. Flour et G. Champenois, Les régimes matrimoniaux, A. Colin 1995, n° 456 et s. ; G. Cornu, Les régimes matrimoniaux, PUF, 9ème édition, p. 319 et s.

11. Cf. : L'exposé des motifs de la loi du 23 décembre 1985, p. 5 ; JOAN, Débats, 7 mai 1985, p. 587 ;

Sans titre

JO Sénat, 19 juin 1985, p.  
1339-1340.

12. Cf. : JOAN, Débats, 26 juin  
1965, p. 2626.

13. En ce sens : G. Cornu, op.  
cit., p. 353 ; F. Terré et P.  
Simler, Les régimes matrimoniaux,  
D., 2ème édition, n° 475 ; A.  
Colomer, op. cit., n° 466 ; J.  
Flour et G. Champenois, op. cit.,  
p. 302 ; G. Paisant, Juriscl.  
civil, articles 1421 à 1432, Fasc.  
10, n° 29 ; P. Malaurie et L.  
Aynès, Les régimes matrimoniaux,  
Cujas, 4ème édition, n° 413.

14. Cf. : B. Vareille, RTD Civ.,  
1997, p. 727.

15. Il est à noter que par un arrêt  
du 11 avril 1995 (Bull., n° 65) la  
Cour de cassation avait déjà fait  
application de l'article 1145 du  
Code civil dans une espèce où, il  
est vrai, la nature du  
cautionnement n'avait pas été  
nettement précisée. Cet arrêt a été  
généralement bien accueilli par les

## Sans titre

commentateurs (M. Grimaldi, D. 1995, p; 1484 ; S. Piedelièvre, D. 1996, somm. p. 204). Mais envisageant l'hypothèse d'un cautionnement réel, certains d'entre eux ont exprimé de vives réserves (G. Champenois, Defrénois, 1995, p. 1484).

16. Le maintien de cette jurisprudence pourrait avoir comme conséquence d'inciter les créanciers à demander systématiquement l'engagement solidaire des deux époux. Dans ce cas, chaque époux sera tenu de la totalité de la dette et l'ensemble du patrimoine commun sera engagé. C'est l'effet "boomerang" annoncé par certains auteurs (F. Terré et P. Simler, op. cit, n° 423).

17. Pourvoi n° 01-13.651

18. Bull., n° 253.

19. Bull., n° 115.

20. Bull., n° 161.

Sans titre  
21. Pourvoi n° 00-20.504, JCP 1994,  
I , 141, obs P. Simler.