

Une Chambre mixte se prononce sur la nature du cautionnement réel

Jerry Sainte-Rose, Avocat général

Marié sous un régime de communauté, M. B... 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 société, la banque a déclaré sa créance et mis en oeuvre sa garantie à l'égard de M. B... Invoquant les dispositions de l'article 1415 du code civil, Mme B... 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, 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 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. B... ne peut donc être assimilé à un cautionnement même réel entrant dans le champ d'application de l'article 1415 du code civil [...]* ».

Mme B... 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 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 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 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. not. 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 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 l'on suivait cette voie, on verrait inmanquablement se développer une cinquième hypothèse, dont la jurisprudence offre déjà des illustrations : celle d'actes expressément qualifiés cautionnements réels (ou hypothécaires), mais stipulant expressément l'exclusion de tout engagement personnel (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, comprenne 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 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 tout à fait légitime et absolument justifié que le concept de cautionnement fût employé pour désigner cette situation, moyennant le qualificatif de « *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, quoiqu'en des termes moins tranchés, les arrêts du 15 mai 2002 (7), la troisième proposition est évidemment fautive.

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 ex., 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 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 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 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. Il 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 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 enclins à donner une réponse négative alors que, de prime abord, l'extension de l'article 1415 au cautionnement réel paraissait séduisante dans un 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 (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 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 30 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 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 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 la 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 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 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 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 dû 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 d'engagement personnel appliqué au cautionnement réel, militent 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 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, elle a pris une position inverse le 24 septembre 2003 (20) 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 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, Aynès 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 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* ».

Mots clés :

GAGE-NANTISSEMENT * Nantissement * Valeur mobilière * Titre * Bien commun * Cautionnement réel

CAUTIONNEMENT * Engagement * Etendue * Cautionnement réel * Epoux * Consentement COMMUNAUTE ENTRE EPOUX * Bien commun * Valeur mobilière * Nantissement * Epoux * Consentement

(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. civ. I, n° 236) et du 6 mars 1979 (Bull. civ. I, 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 avr. 1998 (JCP 1999, I, 116, obs. P. Simler), 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. Un arrêt du 13 mars 1998 (Bull. civ. I, n° 172 ; D. 1998, IR p. 208 ; RTD civ. 1999, p. 152, obs. P. Crocq ; RD bancaire 1998, p. 149, obs. M. Contamine-Raynaud) a déclaré inapplicable au cautionnement réel l'art. 1326 c. civ. relatif à la mention manuscrite, ce qui a été interprété comme signifiant l'exclusion de tout engagement personnel. Il a été jugé le 4 mai 1999 (Bull. civ. I, n° 144 ; D. 2000, Jur. p. 302, note V. Bonnet ; RTD civ. 1999, p. 880, obs. P. Crocq) 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 févr. 2000 (Bull. civ. I, n° 33 ; D. 2000, AJ p. 143, obs. J. Faddoul ; D. 2001, Somm. p. 694, obs. L. Aynès ; RTD civ. 2000, p. 366, obs. P. Crocq ; RTD com. 2000, p. 426, obs. M. Cabrillac, et p. 652, obs. C. Champaud et D. Danet) 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 févr. 2000 (Bull. civ. I, n° 69 ; D. 2000, AJ p. 164, obs. J. Faddoul, Jur. p. 829, note V. Bonnet, Somm. p. 394, obs. S. Piedelièvre ; D. 2001, Somm. p. 694, obs. L. Aynès ; RTD civ. 2000, p. 366, obs. P. Crocq) a 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 janv. 1995 (n° 92-22.045, inédit) qu'un cautionnement réel n'implique aucun engagement personnel. Aux termes d'une décision du 20 juin 1995 (JCP 1995, I, 3889, obs. P. Simler), la caution réelle n'est pas personnellement tenue de payer la dette d'autrui faute de l'avoir expressément stipulé. Certes un autre arrêt du 27 oct. 1998 (Bull. civ. IV, n° 260 ; D. 1999, Somm. p. 187, obs. A. Honorat ; RTD civ. 1999, p. 152, obs. P. Crocq ; RTD com. 1999, p. 499, obs. A. Martin-Serf ; RDI 1999, p. 295, obs. P. Théry ; JCP 1999, I, 116, obs. P. Simler) 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. Toutefois, un arrêt du 12 mai 1998 (Bull. civ. IV, n° 151) est venu réaffirmer que la caution réelle ne contracte aucun engagement personnel.

(2) A l'instar de la doctrine classique (V. G. Baudry-Lacantinerie et A. Wahl, *Droit civil*, vol. XXIV, n° 909 ; C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français*, t. VI, 7e éd., n° 240 ; M. Planiol et G. Ripert, *Droit civil*, t. 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 sûretés*, 4e éd., Dalloz, 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*, t. III, Economica, 1998, p. 30-31 ; M. Dagot, *Les sûretés*, PUF, 1981, p. 67 ; Y. Picod, *Sûretés, Publicité foncière*, 7e éd., Montchrestien, n° 22-1 ; V. Bonnet, Le cautionnement réel est-il réellement un cautionnement ?, D. 2000, Jur. p. 302) pour qui la caution réelle est tenue *propter rem*. De vives critiques ont été émises à l'encontre de la jurisprudence du 15 mai 2002 par L. Aynès, *Sûretés, Publicité foncière*, 10e éd., Cujas, 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 ; *ibid.* 2002, p. 546). D'autres auteurs, sans soutenir totalement cette position, l'approuvent dans son principe : J. Mestre, E. Putman et M. Billiau, *Droit spécial des sûretés réelles*, LGDJ, 1996, n° 594 ; M. Cabrillac et C. Mouly, *Droit des sûretés*, Litec, 1999, n° 342.

(3) Cass. com., 14 janv. 2004, n° 01-13.626, inédit.

(4) P. Simler et P. Delebecque, JCP 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 préc., RJDA 2001.

(7) Abondamment commentés, les arrêts du 15 mai 2002 (Bull. civ. I, n° 127, 128, 129 ; D. 2002, Jur. p. 1780, note C. Barberot, et Somm. p. 3397, obs. L. Aynès ; RTD civ. 2002, p. 546, obs. P. Crocq ; JCP 2002, I, 167, obs. P. Simler, et II, 10109, concl. C. Petit, note G. Piedelièvre ; Defrénois 2002, p. 1322, obs. G. Champenois, et p. 1208, obs. B. Vareille ; Dr. fam. 2002, n° 90, obs. B. Beignier ; Banque et droit 2002, n° 86, p. 46, obs. F. Jacob ; Defrénois 2003, p. 413, obs. P. Théry) ont fait une application uniforme de l'art. 1415 c. civ. 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-ci 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 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'art. 2011 c. civ. - 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 obs. et notes préc. 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 art. 2071 et 2077 c. civ.], on extrapole la qualification de cautionnement, l'existence d'une obligation 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. préc.).

(8) Cass. 2e civ., 6 juin 1996, n° 94-20.293, inédit.

(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. 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 déc. 1985 qui a introduit l'actuel art. 1415 c. civ. (V. l'exposé des motifs p. 5 et p. 6 et les rapports AN, p. 27, Sénat, p. 9 et p. 29), ne laisse subsister aucun doute sur la volonté du législateur de protéger la communauté considérée comme une universalité. - V. égal., A. Colomer, *Régimes matrimoniaux*, 12e éd., Litec, n° 840 ; J. Flour et G. Champenois, *Les régimes matrimoniaux*, Armand Colin, 1995, n° 456 s. ; G. Cornu, *Les régimes matrimoniaux*, 9e éd., PUF, p. 319 s.

(11) V., L'exposé des motifs de la loi du 23 décembre 1985, p. 5 ; JOAN, Débats, 7 mai 1985, p. 587 ; JO Sénat, 19 juin 1985, p. 1339-1340.

(12) V., 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*, 2e éd., Dalloz, n° 475 ; A. Colomer, *op. cit.*, n° 466 ; J. Flour et G. Champenois, *op. cit.*, p. 302 ; G. Paisant, J-Cl. Civil, art. 1421 à 1432, Fasc. 10, n° 29 ; P. Malaurie et L. Aynès, *Les régimes matrimoniaux*, 4e éd., Cujas, n° 413.

(14) V., B. Vareille, RTD civ. 1997, p. 726 .

(15) Il est à noter que par un arrêt du 11 avr. 1995 (Bull. civ. I, n° 165 ; D. 1995, Somm. p. 327, obs. M. Grimaldi ; D. 1996, Somm. p. 204, obs. S. Piedelièvre ; B. Vareille, obs. préc.) la Cour de cassation avait déjà fait application de l'art. 1145 c. civ. 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 commentateurs (M. Grimaldi et S. Piedelièvre, préc.). 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) Cass. 1re civ., 29 juin 2004, n° 01-13.651, inédit.

(18) Bull. civ. I, n° 253 ; D. 2004, AJ p. 3135 .

(19) Bull. civ. I, n° 115 ; D. 2005, IR p. 1048 .

(20) JCP 2004, I, 141, n° 5 ; RJDA 2/2004.

