

**Wester-Ouisse. Droit des sûretés 2007-08.  
Vers la disparition du cautionnement réel.**

A la fin des années 1990, on a pu constater quelques divergences entre la chambre commerciale et la 1<sup>re</sup> chambre civile.

La **chambre commerciale** utilise la qualification de « cautionnement hypothécaire », et applique à ces cautionnements réels les dispositions du droit du cautionnement : les garants bénéficient, par exemple, du droit à l'information des cautions de concours financiers à une entreprise<sup>1</sup>. La chambre commerciale va plus loin : en cas d'ouverture d'une procédure collective contre la caution, le créancier doit déclarer sa créance<sup>2</sup> ; cela signifie que le cautionnement réel fait naître, non seulement un droit préférentiel sur un bien (ce qui ne nécessite aucune déclaration dans une procédure collective), mais également une créance : au droit réel s'ajoute un droit personnel, le cautionnement est mixte (quoique ce terme n'apparaisse pas dans les arrêts).

La **première chambre civile** est plus sévère à l'égard des garants. Elle utilise une terminologie proche de celle de la chambre commerciale : les expressions « cautionnement réel » ou « cautionnement hypothécaire » apparaissent.

Mais ce « cautionnement » est traité comme une simple sûreté réelle, le droit du cautionnement n'est pas applicable : les garants ne bénéficient pas du droit à l'information des cautions de concours financiers à une entreprise<sup>3</sup>, le représentant d'un mineur peut lui faire conclure un cautionnement hypothécaire (alors qu'il ne peut faire conclure un cautionnement personnel)<sup>4</sup>, les exigences de mentions manuscrites imposées aux cautions personnelles sont inapplicables<sup>5</sup>.

Une étrangeté pourtant : **la première chambre civile écarte tous les textes applicables au cautionnement, sauf un, l'art. 1415 du Code civil**, qui exige que les consentements des deux époux soient recueillis pour engager les biens communs par un ... cautionnement.

Ainsi, dans un même arrêt sur un « cautionnement hypothécaire », elle écarte la règle sur les mentions manuscrites mais impose le recueil du consentement des deux<sup>6</sup>.

La justification ? La cour considère apparemment que l'époux de la caution (réelle) n'est pas lui-même caution : « *Vu les articles 1326 et 1415 du Code civil ; Attendu que le consentement donné par un époux au cautionnement contracté par son conjoint n'est pas soumis aux exigences du premier de ces textes* ». Il ne bénéficie pas des protections du droit du cautionnement, mais uniquement des protections du conjoint de la caution (mais est-ce une caution ... ?).

Les conséquences de cette qualification sont radicales car, selon l'art. 1427 : « *Si l'époux outrepassé ses pouvoirs sur un bien commun, l'autre peut demander la nullité* ». La caution ne doit plus rien du tout. Puisque, c'est une nullité relative, seul le protégé peut l'invoquer, l'époux ayant conclu le cautionnement n'avait aucun droit d'action fondé sur l'absence du consentement de l'autre.

---

<sup>1</sup> art. L. 313-22 Code monétaire et financier, appliqué à un « cautionnement hypothécaire » par Com. 27 octobre 1998, Bull n° 255.

<sup>2</sup> Com. 27 octobre 1998, Bull n° 260 ; Defr. 1999, n° 5, p. 280, note S. Piédelièvre

<sup>3</sup> 1<sup>re</sup> civ., 1<sup>er</sup> février 2000, Bull n° 33

<sup>4</sup> 1<sup>re</sup> civ., 2 décembre 1997, Bull n° 343

<sup>5</sup> 1<sup>re</sup> civ., 13 mai 1998, Bull n° 172

<sup>6</sup> 1<sup>re</sup> civ., 13 novembre 1996, Bull n° 392. Voir également 3 mai 2000, Bull n° 125.

La première chambre civile a opéré un important **revirement de jurisprudence, le 15 mai 2002**<sup>7</sup>. Comme auparavant, « *le nantissement constitué par un tiers pour le débiteur est un cautionnement réel* », la terminologie reste identique. Il est « *soumis à l'article 1415 du Code civil* ». Pourtant, le régime applicable est modifié à deux points de vue :

- Si un époux consent « *un engagement* » sur un bien commun sans le consentement exprès de l'autre, l'époux caution peut agir : il peut invoquer l'inopposabilité de l'acte quant à ce bien commun. Les deux époux ont possibilité d'agir. Le cautionnement n'est plus annulé.
- Puisque le cautionnement réel n'est plus annulé, la caution reste « *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* »

A son tour, la première chambre civile accorde au « cautionnement réel » une nature mixte. Si le bien se « dérobe » pour une raison quelconque, la personne propriétaire reste caution sur le reste de son propre patrimoine. Il est vrai que, si la dénomination de cautionnement a un sens, on peut penser que l'art. 2284 du Code civil (le droit de gage général) implique que le cautionnement hypothécaire est d'abord un cautionnement personnel. Le créancier dispose d'un droit de gage général sur le patrimoine de la caution, et d'un droit privilégié sur le bien hypothéqué.

**Problème** : la deuxième chambre civile n'a pas tenu compte de ces changements, elle en est restée à la conception purement réelle<sup>8</sup>. Quant à la chambre commerciale, elle hésite, tantôt affirmant 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* »<sup>9</sup>, tantôt appliquant l'art. 1415 comme la première chambre civile<sup>10</sup>.

**Une chambre mixte a statué le 2 décembre 2005** simplifiant tout cela.

---

<sup>7</sup> Bull n° 127 ; RTDciv 2002, p. 546, obs Crocq ; JCP N, 2002, p. 1737, note S. Piedelièvre.

<sup>8</sup> 2<sup>e</sup> civ, 17 octobre 2002, Bull n° 232, RTD civ. 2003, 325, obs. P. Crocq. Un dirigeant de société avait accordé un cautionnement hypothécaire sur l'un de ses immeubles pour garantir la dette de sa société. La société est liquidée. La banque a sollicité trop tard le mandataire liquidateur, elle perd son droit de demander à l'ex-dirigeant l'exécution de sa garantie, celui-ci n'est donc pas tenu personnellement, le cautionnement n'est que réel.

<sup>9</sup> Com, 24 sept 2003, pourvoi n° 00-20504, JCP 04, I, 141, obs xx.

<sup>10</sup> Com, 13 novembre 2002, Bull n° 161.