



HAL
open science

Sûreté réelle pour autrui et régime matrimonial légal

Alexandre Ducrocq

► **To cite this version:**

Alexandre Ducrocq. Sûreté réelle pour autrui et régime matrimonial légal. Droit. 2014. dumas-01178177

HAL Id: dumas-01178177

<https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-01178177>

Submitted on 17 Jul 2015

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Sûreté réelle pour autrui et régime matrimonial légal



**UNIVERSITÉ
DE REIMS
CHAMPAGNE-ARDENNE**

Master 2 Droit des affaires

Promotion 2013/2014

Mémoire

Sûreté réelle pour autrui et régime matrimonial
légal

Rédigé par Alexandre DUCROCQ

Sous la direction de Monsieur Emmanuel BROCARD

Sûreté réelle pour autrui et régime de matrimonial légal

INTRODUCTION :	4
PARTIE I – L’INFLUENCE DES REGIMES MATRIMONIAUX SUR LA NATURE DE LA SURETE REELLE POUR AUTRUI	10
CHAPITRE I : CONTROVERSE DOCTRINALE ET EVOLUTION JURISPRUDENTIELLE	10
<i>Section 1 : Controverse doctrinale</i>	10
<i>Paragraphe 1 : Conception stricte de la sûreté réelle pour autrui</i>	11
A- Les combinaisons alliant sûreté réelle et sûreté personnelle	11
B- L’analyse moniste.....	13
Paragraphe 2 : Conception mixte de la sûreté réelle pour autrui	15
A- La conception hybride.....	15
B- La conception personaliste	17
<i>Section 2 : Evolution jurisprudentielle</i>	18
Paragraphe 1 : Application de la doctrine classique (jusqu’en 2002)	18
A- Affirmation de la nature réelle de la sûreté réelle pour autrui.....	19
B- Conception stricte et article 1415.....	20
Paragraphe 2 : Revirement et tentative de protection (entre 2002 à 2005)	22
A- Le revirement jurisprudentiel des arrêts du 15 mai 2002.....	22
B- Dissociation entre les chambres de la Cour de cassation	24
CHAPITRE II : REVIREMENT DE LA COUR DE CASSATION ET INTERVENTION DU LEGISLATEUR	25
<i>Section 1 : Revirement jurisprudentiel par l’arrêt du 2 décembre 2005</i>	25
Paragraphe 1 : Du cautionnement réel à la sûreté réelle pour autrui	25
A- L’exclusion de tout engagement personnel.....	25
B- L’exclusion du cautionnement	26
Paragraphe 2 : La chambre mixte et la protection de la communauté	28
A- La non application de l’article 1415	28
B- Une « protection à géométrie variable » de la communauté	29
<i>Section 2 : Intervention du législateur</i>	30
Paragraphe 1 : Le nouvel alinéa de l’article 1422	30
A- La création d’un nouveau cas de cogestion	31
B- Une intervention laissant quelques interrogations.....	33
Paragraphe 2 : L’application dans le temps de l’ordonnance de 2006	35
A- Affirmation de la non rétroactivité du nouvel alinéa de l’article 1422	35
B- Régime applicable aux sûretés réelles pour autrui constituée avant le 25 mars 2006	36

Sûreté réelle pour autrui et régime matrimonial légal

PARTIE II – L’INFLUENCE DU NOUVEAU REGIME DE LA SURETE REELLE POUR AUTRUI SUR LE REGIME MATRIMONIAL LEGAL	37
CHAPITRE I : CONSEQUENCES SUR LES POUVOIRS DES EPOUX.....	37
<i>Section 1 : Un régime protecteur de la communauté.....</i>	<i>37</i>
<i>Paragraphe 1 : Protection de la communauté.....</i>	<i>37</i>
A-Un nouveau cas de cogestion	38
B- La question de la forme du consentement	40
<i>Paragraphe 2 : Un régime opportun et complémentaire.....</i>	<i>41</i>
A- Une intervention nécessaire aux vues de l’évolution de l’économie des ménages.....	41
B- La cogestion, un choix pratique justifié.....	42
<i>Section 2 : Les dangers du régime pour la communauté.....</i>	<i>43</i>
<i>Paragraphe 1 : Le danger des présomptions du régime primaire.....</i>	<i>43</i>
A- Sûreté réelle pour autrui et présomption de l’article 222	44
B- Sûreté réelle pour autrui et présomptions des articles 221 et 223	45
<i>Paragraphe 2 : la réduction de la gestion concurrente</i>	<i>46</i>
CHAPITRE II : SURETE REELLE POUR AUTRUI, SURETE PERSONNELLE ET COMMUNAUTE	47
<i>Section 1 : L’addition d’une sûreté personnelle et d’une sûreté réelle pour autrui</i>	<i>47</i>
Paragraphe 1 : Validité d’une telle sûreté	47
Paragraphe 2 : Addition et régime matrimonial	48
<i>Section 2 : La superposition d’une sûreté personnelle et d’une sûreté réelle pour autrui</i>	<i>49</i>
Paragraphe 1 : Superposition et article 1422	49
Paragraphe 2 : Superposition et article 1415	51
<i>Section 3 : L’engagement personnel d’un époux limité à un bien commun</i>	<i>51</i>
CONCLUSION :	54
BIBLIOGRAPHIE :	55

Introduction :

1. L'histoire du droit des régimes matrimoniaux est avant tout l'histoire du droit de la Femme et de sa libération. Pendant des siècles la Femme a subi un statut juridique opprimant dans lequel elle ne pouvait gérer librement son patrimoine. Même après la révolution et la rédaction du Code civil, le droit a continué d'aliéner la Femme puisqu'en 1804 le code civil considérait toujours le « deuxième sexe »¹ comme incapable, elle ne pouvait par conséquent s'engager seule dans un acte de la vie civile, il lui fallait l'autorisation de son mari ou du juge. Comme le revendiquait Victor Hugo : « *une moitié de l'espèce humaine est hors de l'égalité, il faut l'y faire rentrer : donner pour contrepoids au droit de l'homme le droit de la femme* »². Mais en plus de déclarer la Femme incapable, le Code civil lui retirait tous pouvoirs grâce à la technique des régimes matrimoniaux qui peuvent être définis comme « *l'ensemble des règles d'ordre patrimonial qui régissent...les biens des époux et toutes les questions pécuniaires du ménage...* »³. Le Code napoléonien initial prévoyait plusieurs régimes matrimoniaux possibles. Il y avait tout d'abord le régime de communauté dans lequel le mari détenait l'essentiel des pouvoirs, il gérait ses biens, ceux de la communauté et ceux de son épouse, cependant il ne s'agissait que d'un pouvoir de gestion, non de disposition des biens de son épouse. Mais, la femme étant incapable, elle devait avoir l'accord de son mari ou du juge pour pouvoir disposer d'un bien. Existait ensuite le régime de séparation de biens dans lequel chacun des époux exerçait seul les pouvoirs sur ses propres biens, cependant ici encore l'incapacité de la femme l'obligeait à requérir l'autorisation de son mari ou du juge. Enfin existait le régime total dans lequel la femme pouvait elle-même administrer les biens parafrenaux, avec toujours la limite de son incapacité.

2. Puis petit à petit, avec l'évolution des mœurs, les pouvoirs juridiques de la Femme ont évolué, lui accordant plus de liberté. Suivant une vision moderne et actuelle, le Code civil tente de régir au mieux les relations patrimoniales maritales en gardant toujours en ligne de mire l'égalité des deux époux. C'est certainement l'une des raisons pour laquelle le régime de communauté légal a changé par la loi numéro 65-570 du loi du 13 juillet 1965 en passant du régime de communauté de biens et acquêts au régime de communauté de biens réduite aux

¹ Selon l'expression de Simone de BEAUVOIR.

² V. HUGO, Actes et Paroles.

³ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 10ème éd, janvier 2014.

Sûreté réelle pour autrui et régime matrimonial légal

acquêts. Ainsi en l'absence de contrat de mariage les époux seront soumis à ce régime de communauté de biens réduite aux acquêts qui prévoit trois masses de biens ; d'une part les biens propres de chaque époux qui sont, de manière simplifiée, les biens acquis avant le mariage et les biens acquis par succession ou donation, et la communauté, qui est composée des biens acquis par chaque époux durant le mariage.

3. Subtile mélange entre la protection de la communauté et la liberté de chacun, ce régime légal donne aux époux un pouvoir différent en fonction de la gravité de l'acte. En effet, d'une part chaque époux garde une certaine liberté puisqu'ils peuvent disposer (presque⁴) à leur gré de leurs biens propres, l'article 1403 du Code civil rappelant que « *chaque époux conserve la pleine propriété de ses propres* », et aussi gérer la communauté puisque l'article 1421 alinéa 1^{er} de notre Code civil prévoit que « *chaque époux a le pouvoir d'administrer seul les biens communs et d'en disposer...* ». Mais d'autre part, certains actes requièrent la cogestion, c'est-à-dire l'accord des deux époux pour pouvoir être passés, il s'agit d'une part des actes à titre gratuit (article 1422 du Code civil), et de certains actes à titre onéreux repris aux articles 1424 et 1425 (concerne notamment les actes graves sur les biens les plus importants de la communauté, fiducie et certains baux). A défaut de l'accord des deux époux, ces actes encourent la nullité.

4. La prise de sûreté, notamment pour le compte d'autrui, étant un acte dangereux, le législateur a voulu protéger la communauté en prévoyant une cogestion des deux époux pour toute sûreté réelle, qui est l'affectation d'un bien en garantie du paiement d'une dette, le créancier possédant un droit de préférence et un droit de suite sur le bien. Ainsi, l'article 1424 du code civil prévoit que « *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 est soumise à publicité. Ils ne peuvent, sans leur conjoint, percevoir les capitaux provenant de telles opérations* ». De même, le législateur a protégé la communauté contre les sûretés personnelles, qui consistent en l'affectation d'un patrimoine en garantie du remboursement d'une dette. Mais le code civil a prévu une règle particulière puisque l'article 1415 dispose que « *chacun des époux ne peut engager que ses biens propres et ses revenus, par un*

⁴ L'article 215 alinéa 3 prévoit l'accord des deux époux pour pouvoir disposer de l'immeuble servant d'habitation et des meubles meublant le garnissant, même si ceux-ci appartiennent en propre à un époux.

Sûreté réelle pour autrui et régime matrimonial légal

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 ».

Ainsi contrairement à la cogestion des sûretés réelles qui prévoient la nullité de l'acte en cas de défaut d'accord des deux époux, ce défaut n'entraîne pas la nullité du cautionnement⁵, mais limite l'action du créancier aux biens propres et aux revenus de l'époux signataire.

5. Ce point essentiel permet de comprendre quel a été l'enjeu de la qualification de la sûreté réelle pour autrui et dans quelle mesure les régimes matrimoniaux ont influencé cette qualification juridique. En effet, la sûreté réelle pour autrui est-elle une sûreté réelle ou une sûreté personnelle ? Le défaut d'accord des deux époux entraîne-t-il la nullité de l'acte ou alors limite-t-il l'action aux biens propres de l'époux qui s'est engagé ? C'est principalement cette interrogation qui a soulevé la question de la nature juridique de cette sûreté si spécifique. La réponse a été d'autant plus discutée que le Code civil ne disait mot de cette sûreté.

6. Mais à vrai dire, qu'est-ce que la sûreté réelle pour autrui ? Jusqu'en 2005 et la volonté de clarté des juges de la Cour de cassation, la sûreté réelle pour autrui était appelée cautionnement réel. Cette dénomination rend compte de la complexité du montage spécial qu'est cette garantie. En effet, de prime abord, qu'est-ce que la sûreté réelle pour autrui, le cautionnement réel ? La question ne semble pas poser de problème, il s'agit de constituer un nantissement, « *un gage ou une hypothèque pour garantir la dette d'un autre* »⁶. Le mécanisme est assez simple et nécessite l'intervention de trois parties ; d'une part un débiteur et un créancier auxquels vient s'ajouter une troisième personne qui va venir garantir le paiement de la dette par la constitution d'un droit de suite et d'un droit de préférence sur un de ses biens. Le montage paraît donc évident, mais qu'en est-il de sa qualification juridique ? En effet, s'il est évident que le cautionnement réel est un contrat accessoire car son existence ne dépend que de celle du contrat principal et s'il est évident qu'il s'agit d'une sûreté car il vient en garantie du paiement d'une dette, pouvons-nous facilement le classer dans une catégorie de sûreté ?

7. La composition même du nom « cautionnement réel » rend compte de cette difficulté, comme le remarque M. Philippe Simler : « *Le cautionnement réel a la vertu*

⁵ Cet article originellement prévu pour le cautionnement a été étendu à la garantie autonome. V. Cass. 1re civ., 20 juin 2006, JCP éd. G 2006, II, 10141, note S. PIEDELIEVRE ; JCP éd. G 2006, I, 195, obs. P. SIMLER.

⁶ F. GRUA, le cautionnement réel, JCP éd. G 1984, I, n°3167.

singulière de cumuler, en effet, les avantages des deux variétés de sûretés que sa dénomination évoque »⁷. Le droit français connaît deux grandes catégories de sûretés : les sûretés personnelles avec comme acteur principal le cautionnement, et les sûretés réelles. Nous voyons bien, juste par son nom, que le cautionnement réel emprunte ses caractéristiques aux deux catégories de sûretés. Mais la difficulté va plus loin que son nom. En effet, le cautionnement, qui est une sûreté personnelle, se caractérise par l'adjonction d'un patrimoine au remboursement d'une dette, alors que la sûreté réelle se caractérise par l'affectation d'un bien du débiteur à la garantie de sa dette. La sûreté réelle pour autrui emprunte donc des caractéristiques aux deux branches puisqu'il s'agit bien de garantir la dette d'un autre, non par son patrimoine, mais par l'affectation d'un bien. Il s'agit par conséquent d'une sûreté à double-face, ou si nous osons la comparaison, d'une sorte d'hermaphrodite qui est « *d'une certaine manière, au cautionnement ce que les transsexuels sont aux personnes* »⁸. Outre un problème de classement, la vraie difficulté réside dans la détermination du régime applicable car « *la caution réelle ne peut pas être tout à fait caution, ni en tant que garante de la dette d'autrui, tout à fait constituante d'hypothèque* »⁹. La seule certitude, pouvant presque être qualifiée de lapalissade, est que la sûreté réelle pour autrui est l'adjonction d'un droit de suite et de préférence sur un bien à la garantie de la dette d'un tiers.

8. Le cautionnement réel donnant un droit de suite et un droit de préférence sur un bien, c'est donc une sûreté efficace puisqu'en cas de non paiement, le créancier pourra se retourner contre le garant et appréhender le bien. Etant donné son efficacité, cette sûreté est apparue très tôt, on la retrouve ainsi dans l'antiquité chez les Hébreux et les Egyptiens¹⁰, mais surtout dans le droit romain dans lequel il semblerait que la sûreté réelle pour autrui soit considérée comme un fidéjusseur parmi d'autres¹¹, possédant le pouvoir de se retourner contre ses cofidéjusseurs pour réclamer la part de leur dette qu'il a payée. De même, la caution réelle ne semble pas avoir de régime spécifique et possède les possibilités des fidéjusseurs. Nous pouvons donc en tirer la conclusion que le droit romain semble classer la sûreté réelle pour autrui dans la catégorie des sûretés personnelles¹². Dans l'ancien droit, le cautionnement réel

⁷ P. SIMLER, *Le cautionnement réel est réellement –aussi– un cautionnement*, JCP éd G. 2001, I, 367.

⁸ B. BEIGNIER, *Bicentenaire d'Austerlitz ; le Trafalgar du cautionnement réel*, Dr. Fam, 2006, étude n°13.

⁹ F. GRUA, op. cit., note (6).

¹⁰ V. J-J. ANSAULT, *Le cautionnement réel*, Th. Paris 3, 2006, Defrénois, 2009, préface P.CROCQ, p.2.

¹¹ Digeste, Livre XXVII, Titre I, L. 38.

¹² Sur le cautionnement réel dans l'antiquité, voir J-J. ANSAULT, *Le cautionnement réel*, op. cit., note (10), p2-3.

existe mais est très peu utilisé, d'après J-J. Ansault à cause du caractère occulte de l'hypothèque qui en faisait une garantie précaire, et à cause de la grande protection donnée au cautionnement personnel notarié, lequel conférait une hypothèque générale sur tous les biens du garant.

9. Considérée comme une garantie sans problème pendant longtemps¹³, la sûreté réelle pour autrui ne cesse d'activer la plume des auteurs de doctrine depuis les années 90. Auparavant, la jurisprudence constante, et la doctrine quasiment unanime considéraient le cautionnement réel comme une sûreté réelle, comme l'affirme un arrêt de la cour de cassation en date du 25 novembre 1812 : « *il est de l'essence (du cautionnement) que celui qui le contracte s'oblige personnellement envers le créancier (...) si au lieu de s'obliger personnellement il ne fait que promettre de livrer ou engager à titre de garantie des propriétés mobilières ou immobilières, il peut résulter de ces stipulations un acte de nantissement, une antichrèse, une affectation hypothécaire, mais non un cautionnement tel que le définit le Code Napoléon* »¹⁴. Cette solution paraissait logique dans la mesure où le code civil de 1804, sans définir ni même citer le nom de cautionnement réel, classait explicitement ce dernier avec les sûretés réelles. En effet, l'ancien article 2077 du Code civil, relatif au gage, dans sa version originale énonçait que « *Le gage peut être donné par un tiers pour le débiteur* ». Ou encore, le Code Civil de 1804 prévoyait la possibilité d'une antichrèse pour autrui au travers de son article 2090 (« *les dispositions des articles 2077 et 2083 s'appliquent à l'antichrèse comme au gage* ») renvoyant à l'article 2077.

10. De même l'article 1020 laisse entrevoir la possibilité d'une sûreté réelle pour autrui : « *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...* ». Ainsi comme le remarque J-J Ansault, même si le cautionnement réel n'est pas expressément cité, « *le principe de la validité de ce contrat a toujours persisté et ne saurait être mis en doute en droit français* »¹⁵. Cependant, même si la jurisprudence ancienne semblait considérer le cautionnement réel comme une sûreté réelle, elle a tout de même appliqué certaines règles du régime des sûretés

¹³ Jusque F. GRUA, op. cit., en 1984, la seule étude d'ensemble du cautionnement réel était une monographie de J. Soulié intitulée *Essai sur la nature juridique et les effets du cautionnement réel sous la forme hypothécaire*, thèse, Toulouse, 1913.

¹⁴ Tiré de *Le temps des sûretés réelles pour autrui*, C. CORGAS-BERNARD, Revue Lamy Droit Civil, N°42, octobre 2007, 2698, p 29.

¹⁵ J-J. ANSAULT, *Le cautionnement réel*, op. cit., note (10), p.5.

personnelles en admettant notamment de longue date le bénéfice de subrogation à la caution réelle¹⁶.

11. Il faut donc bien avouer que pendant longtemps la sûreté réelle pour autrui était appliquée sans que sa nature, personnelle ou réelle, ne soit strictement affirmée et le régime en découlant appliqué. La question de sa qualification sera soulevée par le droit des régimes matrimoniaux, comme nous l'avons vu précédemment, avec la question de la nullité ou de réduction du gage du créancier aux biens propres de la caution si les deux époux n'ont pas consenti à cet acte. Ainsi nous pouvons nous demander comment le régime matrimonial légal et la sûreté réelle pour autrui se sont mutuellement influencés ? Quelle a été l'influence du régime de communauté de biens réduite aux acquêts sur la sûreté réelle pour autrui ? Et inversement, quelle est l'influence de la sûreté réelle pour autrui sur le régime de communauté légale ?

12. De même, quelles sont les conséquences du régime de la sûreté réelle pour autrui sur la gestion de la communauté de bien ? Après avoir déterminé quelles ont été les influences des régimes matrimoniaux sur la nature de la sûreté réelle pour autrui (Partie I), nous étudierons les conséquences du nouveau régime de cette sûreté sur le régime légal de communauté (Partie II).

¹⁶ Cass. req., 27 avr. 1942, s. 1942, 1, p.114 - Cass. 1^{re} civ., 23 nov. 1954, Bull. civ. I, n° 331.

Partie I – L’influence des régimes matrimoniaux sur la nature de la sûreté réelle pour autrui

12. L'article 1422 du Code civil prévoit l'accord des deux époux pour toute sûreté réelle sous peine de nullité de l'acte, alors que l'article 1415 du même code prévoit de faire peser la charge du cautionnement uniquement sur le patrimoine de l'époux signataire, en cas d'absence de consentement exprès de l'autre époux. C'est assurément cette différence de protection de la communauté qui a influencé la nature de la sûreté réelle pour autrui puisqu'en cas de sûreté réelle pour autrui prise sans l'accord des deux époux, la banque voudra à tout prix éviter la nullité en tentant de qualifier cette sûreté de cautionnement devant le juge, alors que les époux voulant se désengager et préserver leur patrimoine, tenteront de la qualifier en contrat réel. C'est au cœur de ce problème que la Cour de cassation et la doctrine ont longtemps hésité (Chapitre I) jusqu'à ce que le législateur n'intervienne (Chapitre II).

Chapitre I : Controverse doctrinale et évolution jurisprudentielle

13. C'est avec l'apparition du nouvel article 1415 imposant le poids du cautionnement au seul époux signataire de l'acte dans la loi numéro 85-1372 du 23 décembre 1985 que l'enjeu de la qualification de la nature de la sûreté réelle pour autrui a révélé son importance. Le débat, autant doctrinal (Section 1), que jurisprudentiel (Section 2), s'est par conséquent intensifié à partir des années 1990.

Section 1 : Controverse doctrinale

14. Si « *en dépit de sa simplicité, le cautionnement réel continue de susciter ambiguïtés, erreurs et confusion* »¹⁷, c'est certainement à cause du silence du Code civil.

¹⁷ Ph. SIMLER, *Cautionnement réel souscrit par un époux sans l'accord de l'autre. Application de l'article 1415 ?* JCP éd. G 1995, I, n°3889, n°9.

Ainsi pendant longtemps la doctrine a été divisée entre d'une part les auteurs ne voyant dans le cautionnement réel qu'une sûreté réelle (Paragraphe 1) et les auteurs y voyant une sûreté à la fois réelle et personnelle (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Conception stricte de la sûreté réelle pour autrui

15. Derrière la notion de cautionnement réel se cache en réalité plusieurs « *combinaisons alliant le concept de cautionnement et la technique des sûretés réelles* »¹⁸ (A). Certains auteurs s'attachaient principalement à l'objet du contrat, à savoir le bien mis en garantie pour y voir une sûreté réelle (B).

A- Les combinaisons alliant sûreté réelle et sûreté personnelle

16. « *La signification même de l'expression cautionnement réel est longtemps restée incertaine et floue* »¹⁹ c'est pourquoi la liberté contractuelle a permis de regrouper plusieurs sortes de contrats distincts sous l'appellation cautionnement réel. Selon l'avocat général Jerry Sainte-Rose, nous pouvons distinguer quatre « *combinaisons alliant le concept de cautionnement et la technique des sûretés réelles* »²⁰.

17. Nous avons d'une part, une simple addition des deux. Il s'agit alors d'un cautionnement auquel vient s'ajouter pour garantir la même dette, une sûreté réelle, indépendante du cautionnement. Dans ce cas, il y a alors la constitution de deux sûretés indépendantes l'une de l'autre, c'est-à-dire que la remise en cause de l'une n'entraîne pas la nullité de l'autre. Le but étant d'ajouter au cautionnement, un droit de suite et de préférence sur un bien, « *le créancier ayant estimé que deux sûretés valaient mieux qu'une* »²¹. Ce montage est implicitement admis par le Code civil, notamment en son article 2465 (anciennement 2170) disposant que « *...le tiers détenteur qui n'est pas personnellement obligé à la dette...* ».

¹⁸ J. SAINTE-ROSE, *Une chambre mixte se prononce sur la nature du cautionnement réel*, D 2006, n°10, p729.

¹⁹ P. SIMLER, *Le cautionnement réel est réellement -aussi- un cautionnement*, op. cit., note (7).

²⁰ J. SAINTE-ROSE, *Une chambre mixte se prononce sur la nature du cautionnement réel*, op. cit., note (18).

²¹ J. MESTRE, E. PUTMAN et M.BILLAU, *Droit spécial des sûretés réelles*, LGDJ, 1996, n°548, p8.

18. D'autre part, il peut y avoir superposition des deux sûretés. Il s'agit alors pour la caution de contre garantir son engagement par une sûreté réelle. Il y a donc engagement personnel, et la caution appuie son engagement par l'affectation d'un de ses biens.

19. Existe ensuite l'hybridation, qui selon M. Jerry Sainte-Rose, « *elle seule mérite l'appellation 'cautionnement réel'* »²²²³. L'hybridation consiste pour un tiers à garantir la dette par une sûreté réelle. A priori, le procédé consisterait donc à garantir la dette d'un tiers par l'adjonction d'un droit de suite et de préférence sur un bien. C'est sur cette qualification que la doctrine et la jurisprudence n'ont cessé de spéculer pendant plus d'une vingtaine d'années. En effet, certains voient dans le cautionnement réel (nous parlons ici de l'hybridation), une simple sûreté réelle alors que d'autre y voient un engagement personnel dans la limite du montant du bien garant et d'autres encore y voient un engagement personnel garanti par l'inscription d'un bien.

20. Enfin, création prétorienne²⁴ inspirée d'une partie de la doctrine, le cautionnement réel peut être un engagement personnel de caution limité aux biens affectés à la garantie.

21. Ces différentes combinaisons des sûretés personnelles et réelles ne sont pas sans créer confusions et quiproquos rendant la qualification juridique d'autant plus difficile que l'analyse du contrat est souvent impossible puisqu'« *il est rare que le contrat de garantie soit rédigé avec suffisamment de soin et de précision pour que le type de cautionnement réel dont il s'agit apparaisse sans ambiguïté* »²⁵. C'est pourquoi, en l'absence d'élément objectif du contrat, la doctrine est partagée sur la question du régime applicable, nous pouvons distinguer deux courants principaux de pensée, à commencer par l'analyse moniste du cautionnement réel.

²² J. SAINTE-ROSE, *Une chambre mixte se prononce sur la nature du cautionnement réel*, op. cit., note (18).

²³ Lorsque nous parlerons de cautionnement réel pour autrui ou de cautionnement réel sans autre précision, c'est à l'hybridation qu'il sera fait référence.

²⁴ V. infra. Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2002.

²⁵ J. DEVEZE, *l'article 1415 du code civil et le cautionnement réel*, Bulletin Joly Sociétés, 1^{er} aout 2002, n°8, p.871.

B- L'analyse moniste

22. Du fait de l'absence non équivoque de régime applicable, une partie de la doctrine analysait le cautionnement réel comme une sûreté réelle, lui appliquant ainsi le régime de ces sûretés. Comme nous l'avons vu, cette analyse est la plus ancienne en droit français ; à l'instar de la doctrine telle que MM. Planiol et Ripert pour qui « *l'hypothèque peut être constituée...par un tiers qui, sans s'obliger personnellement envers le créancier, lui fournit seulement une sûreté hypothécaire* »²⁶, MM. Aubry et 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* »²⁷ ou encore M. Pothier²⁸, M. Laurent²⁹ et M. Guillouard³⁰, la jurisprudence considérait le cautionnement réel comme une sûreté réelle³¹.

23. Cette conception de longue date a été reprise par une partie de la doctrine contemporaine pour qui le cautionnement réel consiste en la constitution d'un droit de suite et de préférence sur un bien pour garantir la dette d'un tiers. Ainsi le créancier qui se prévaudrait du cautionnement réel pourrait saisir le bien afin de rembourser sa créance mais son action serait limitée à ce bien.

24. Pour appuyer leur position, ces auteurs s'appuient sur l'article 2292 (anciennement 2015) du Code civil stipulant que « *le cautionnement ne se présume point ; il doit être exprès...* » et sur la volonté présumée des parties. Les auteurs ont ainsi déclaré que « *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* »³², que « *Vouloir découvrir derrière cette sûreté réelle un engagement personnel de payer la dette, fut-ce dans la limite de la valeur du bien engagé,*

²⁶ M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 12 par E. Becqué, LGDJ, 1953, n°415.

²⁷ C. AUBRY et C. RAU, *Droit civil français*, t.3, par P. ESMAIN, Librairies techniques 1968, 6^e éd. N°237.

²⁸ R-J. POTHIER, *Traité du nantissement*, n°16 : le cautionnement réel est « *un contrat de nantissement avec tous les effets qui lui sont propres, comme si la chose avait été fournie par le débiteur* ».

²⁹ M. LAURENT, t. XXVIII, Librairie Marescq-Ainé, 1887, n°151 : « *si je donne un gage ou une hypothèque pour la dette d'un tiers, je ne m'oblige pas personnellement* ».

³⁰ L. GUILLOUARD, *Traité des privilèges et hypothèques*, n°246 : « *celui qui prend l'engagement d'hypothéquer un bien ne prend pas l'engagement personnel d'acquitter la dette* »

³¹ Cour de cassation en date du 25 novembre 1812 : « *il est de l'essence (du cautionnement) que celui qui le contracte s'oblige personnellement envers le créancier (...) si au lieu de s'obliger personnellement il ne fait que promettre de livrer ou engager à titre de garantie des propriétés mobilières ou immobilières, il peut résulter de ces stipulations un acte de nantissement, une antichrèse, une affectation hypothécaire, mais non un cautionnement tel que le définit le Code Napoléon* ».

³² J. SAINTE-ROSE, *Une chambre mixte se prononce sur la nature du cautionnement réel*, op. cit., note (18).

est purement divinatoire »³³, que « *celui qui prend l'engagement d'hypothéquer un bien ne prend pas l'engagement personnel d'acquitter la dette, ce qui introduit entre lui et la caution une différence capitale* »³⁴ ou encore qu'« *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* »³⁵.

25. De plus, pour ces auteurs, notamment Laurent Aynès³⁶, le cautionnement réel ne peut en aucun cas être un engagement personnel car il manque l'élément caractéristique du cautionnement ; satisfaire à l'obligation principale si le débiteur n'y satisfait pas lui-même.

26. Pour cette partie de la doctrine, « *La constitution d'une sûreté réelle crée un jus ad rem, un droit réel accessoire sur le bien du constituant, qui se traduit, pour celui-ci, par une charge* »³⁷, cette conception doctrinale s'appuie sur la théorie de l'obligation propter rem³⁸. Ainsi selon cette analyse, la caution personnelle serait engagée en qualité de propriétaire du bien et non personnellement, ce qui permet d'écarter tout rapport avec les sûretés personnelles et notamment avec le cautionnement puisque la caution est tenue personnellement alors que la caution réelle serait tenue de par sa qualité de propriétaire de la chose. Ce qui justifierait que le cautionnement réel soit une sûreté réelle et non personnelle. Pour M. Bonnet le cautionnement réel est une sûreté réelle, il faut donc appliquer le régime des sûretés réelles. Ainsi le créancier aurait deux recours possibles, d'une part un droit de gage général sur les biens de son débiteur, d'autre part, un droit de préférence sur le bien du tiers garant. Il rejette toute idée de sûreté personnelle car par application de la théorie propter rem, la caution réelle serait tenue uniquement en tant que propriétaire de la chose, ainsi, « *si elle cède son bien à un tiers...c'est ce dernier qui sera tenu et non plus la caution réelle initiale* »³⁹.

27. Cependant cette conception doctrinale parvient assez vite à ses limites car on ne peut nier que si le cautionnement réel est une sûreté réelle, ce n'est pas une sûreté réelle

³³ P.SIMLER et P. DELEBECQUE, JCP éd. G 2002, I, 162

³⁴ GUILLARD, Traité des privilèges et hypothèques, n°246

³⁵ G. CHAMPENOIS., Defrénois 2000, art. 37196

³⁶ L. AYNES, note sous Cass. Ch. Mixte, 2 décembre 2005, D 2006, n°10, p 733.

³⁷ L. AYNES, note sous Cass. ch. Mixte, 2 décembre 2005, op. cit., note (36).

³⁸ Le terme de charge et non d'obligation serait plus adapté comme l'explique L. AYNES, note sous Cass. ch. Mixte., 2 décembre 2005, op. cit., note (36).

³⁹ V. BONNET, *Le cautionnement réel est-il réellement un cautionnement ?* note sous Cass. 1^{ère} Civ., 4 mai 1999, D. 2000, I, p 302.

traditionnelle en ce sens qu'elle est consentie pour autrui. En effet, le garant ne doit pas être tenu au paiement définitif de la dette, « *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* »⁴⁰. Or l'essence de la caution est de ne pas être tenue définitivement du poids de la dette. C'est pourquoi une partie de la doctrine refuse cette analyse.

Paragraphe 2 : Conception mixte de la sûreté réelle pour autrui

28. Evidemment la qualification de la sûreté réelle pour autrui en sûreté réelle n'est pas un simple cas d'école, elle a une conséquence pratique directe : l'application du régime des sûretés réelles. Or ce régime fait fi de la dualité de la sûreté réelle pour autrui. C'est la raison pour laquelle une partie de la doctrine a rejeté la conception moniste, préférant y voir une conception mixte du cautionnement réel. Cependant ce courant est lui-même divisé entre les auteurs considérant que la nature de cette sûreté est bien réelle mais qu'il convient de lui appliquer en partie le régime des sûretés personnelles (A), et les auteurs considérant que la nature de cette sûreté est à la fois réelle et personnelle (B).

A- La conception hybride

29. Le cautionnement réel étant une sûreté que l'on peut qualifier d'hybride, il se classe difficilement dans la distinction traditionnelle entre sûreté personnelle et sûreté réelle. Ainsi certains auteurs ont condamné la conception moniste du cautionnement réel, celui-ci ne tenant pas compte de toutes les subtilités de cette sûreté.

30. En effet, n'appliquer que le régime des sûretés réelles revient à priver la caution réelle des avantages de la caution traditionnelle avec par exemple le bénéfice de subrogation ou encore le recours contre le débiteur. Comme le remarque M. Simler : « *le simple fait qu'un tiers ait ainsi mis à contribution son patrimoine pour la garantie d'une dette qui n'est pas sienne ne pouvait pas, pour autant, être dépourvu de conséquences* »⁴¹, c'est pourquoi M.

⁴⁰ P. SIMLER, Le cautionnement réel est réellement -aussi- un cautionnement, op.cit, note (7).

⁴¹ P. SIMLER, *Le cautionnement réel est réellement aussi un cautionnement*, op. cit., note (7).

Simler préconisait d'appliquer certaines mesures des sûretés personnelles : « *S'il est juste que la sûreté ainsi constituée est exclusivement réelle le fait qu'elle le soit par un autre que le débiteur ne saurait être dépourvu de conséquences... La solution d'équilibre consiste dans l'application distributive des effets de la sûreté réelle constituée et du cautionnement.... Le maintien de certaines solutions empruntées au cautionnement apparaît opportun, sinon parfois inévitable* »⁴².

31. C'est dans l'optique d'une sûreté hybride que M. Simler⁴³ a établi une liste des effets du cautionnement non applicables au cautionnement réel comprenant le formalisme de l'article 1326 du code civil, les bénéfices de discussion et de division, la déchéance du terme. Il dresse une liste des effets du cautionnement devant être appliqués au garant réel de la dette d'un tiers telles que les solutions découlant du caractère accessoire tels que l'opposabilité des exceptions, l'autorisation spéciale du conseil d'administration, les recours après paiement ou encore le recours entre cofidéjusseurs. De même, il établit ensuite une liste des solutions qui peuvent prêter à discussion dont l'application de l'article 1415 du code civil mais aussi l'obligation d'information de l'article 48 de la loi du 1er mars 1984 et le bénéfice de cession d'actions ou de subrogation.

32. Cette conception est partagée par M. Dupichot⁴⁴ pour qui « *c'est en effet se fourvoyer que de refuser toute prise en compte de la dimension de sûreté personnelle du cautionnement réel. D'une part en effet, il n'est pas anodin d'affecter l'un de ses biens à la garantie de la dette d'autrui, et ce quand bien même l'engagement de la caution réelle serait nécessairement défini. D'autre part, la solution retenue conduit à rendre inapplicables à cette « sûreté » (on n'ose plus parler de cautionnement réel !) des règles qui devraient pourtant manifestement lui être appliquées : en particulier, il est absurde de priver la caution réelle du bénéfice de subrogation d'ordre public de l'article 2037 du Code civil, ou encore, de la construction des recours avant et après paiement.* »

33. Cependant, pour M. Aynès, la conception hybride n'a pas lieu d'être, il s'agit en fait de la conception stricte puisque ces règles (recours après et avant paiement...) « *ne sont pas propres au cautionnement. Elles appartiennent à la catégorie, plus générale, des*

⁴² P. SIMLER, *Le cautionnement réel est réellement aussi un cautionnement*, op. cit., note (7).

⁴³ P. SIMLER, *Le cautionnement réel est réellement aussi un cautionnement*, op. cit., note (7).

⁴⁴ P. DUPICHOT, *chronique du droit des sûretés*, Droit et patrimoine, fev 2006.

garanties de la dette d'autrui... »⁴⁵, dont peut bénéficier la sûreté réelle pour autrui appréhendée en tant que sûreté réelle.

B- La conception personnaliste

34. Certains auteurs refusent la qualification de sûreté réelle, refusant ainsi l'obligation propter rem avancée par les auteurs dits monistes. Ce courant doctrinal se base sur l'analyse de M. François Grua qui s'appuie sur la théorie dualiste de l'obligation pour distinguer le cautionnement traditionnel du cautionnement réel, et en déduit que *« les deux conventions ne divergent finalement que sur les modalités de paiement. Il ne faut plus soutenir que le cautionnement réel n'est pas un véritable cautionnement. C'en est une variété, une modalité possible »*.

35. De même, pour MM. Michel Cabrillac et Christian Mouly : *« la caution réelle ajoute au droit de créance qu'elle confère comme caution une priorité sur certains biens »*. Ainsi, *« l'engagement de la caution réelle est limité à la valeur du bien donné en sûreté quand aucune limite n'est précisée »*. Il n'y a donc pas d'obligation propter rem puisque la caution réelle n'est pas née *« de la chose, mais est seulement limitée par la chose »*. Il s'ensuit que selon eux, la sûreté réelle pour autrui est un engagement personnel limité à la valeur du bien : *« la caution réelle est tenue comme une caution dans la limite du bien grevé »⁴⁶*. Par conséquent, en cas de perte de la chose, la caution réelle est tenue dans la limite du montant qu'avait la chose alors que pour les amateurs de la doctrine moniste, comme le cautionnement réel est une obligation propter rem, la disparition de la chose entraîne la disparition de la sûreté.

36. De même pour MM. Mestre, Putman et Billiau, la caution réelle est tenue *« pour la valeur de la chose et non pas par la chose »⁴⁷*, il n'y a donc pas obligation propter rem. Privilégiant ainsi une sûreté limitée par la chose et non une sûreté née par la chose car *« si l'on estime que le cautionnement réel n'est pas autre chose qu'une sûreté réelle, il risque d'en résulter un régime moins protecteur pour le garant »*, par exemple, celui-ci ne pouvant

⁴⁵ L. AYNES, note sous Cass. ch. Mixte, 2 décembre 2005, op. cit., note (36).

⁴⁶ M. CABRILLAC et C. MOULY, *Droit des sûretés*, Litec, 5^e ed. 1999, n° 340 et 342.

⁴⁷ J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLAU, *Droit spécial des sûretés réelles*, op.cit, note (21).

se prévaloir du bénéfice de subrogation. « *Inversement, refuser d'admettre que le cautionnement réel est « aussi » une sûreté personnelle risque parfois d'entraîner un régime moins avantageux pour le créancier lui-même* », ils citent alors en exemple les cas où le droit de suite est inefficace et la subrogation réelle non admise⁴⁸.

37. Par conséquent, selon ces auteurs, en cas de perte de la chose, la caution réelle est tenue dans la limite du montant qu'avait la chose alors que pour les amateurs de la doctrine moniste, comme le cautionnement réel est une obligation propter rem, la disparition de la chose entraîne la disparition de la sûreté. Cette vision a aussi été retenue par M. Pierre Crocq qui expliquait que « *le cautionnement réel doit être analysé comme un engagement personnel de caution limité aux biens affectés à la garantie de l'engagement* »⁴⁹.

Section 2 : Evolution jurisprudentielle

38. A l'instar de la doctrine, la jurisprudence a beaucoup hésité sur la nature juridique de cette sûreté si particulière, et sur le régime applicable, cependant nous pouvons distinguer deux étapes, tout d'abord l'affirmation de la nature réelle de la sûreté réelle pour autrui (Paragraphe 1), puis la tentative de qualification en sûreté personnelle limitée à la valeur du bien par la première chambre civile de la Cour de cassation (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Application de la doctrine classique (jusqu'en 2002)

39. Dans un premier temps la jurisprudence est restée fidèle à la conception moniste traditionnelle en admettant cependant des exceptions (A), ce qui a abouti à une mauvaise application de l'article 1415 du Code civil (B).

⁴⁸ J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLAU, *Droit spécial des sûretés réelles*, op.cit, note (21), N°554.

⁴⁹ P. CROCQ, *Le cautionnement réel ou les affres de la polysémie*, RTD civ. 1999, p 156.

A- Affirmation de la nature réelle de la sûreté réelle pour autrui

40. Pendant longtemps la jurisprudence a été hésitante quant à la qualification de la sûreté réelle pour autrui ; comme nous l'avons abordé, pendant longtemps la cour de cassation a estimé qu'il s'agissait d'une sûreté réelle tout en lui appliquant certains principes des sûretés personnelles. Cette jurisprudence chaotique de la cour de cassation laissait place à une grande insécurité juridique puisqu'elle appliquait au cas par cas le régime de la sûreté réelle ou de la sûreté personnelle. Ainsi d'une part la cour de cassation considérait le cautionnement réel comme une sûreté personnelle en refusant par exemple à la caution réelle le bénéfice de discussion et de division du cautionnement classique⁵⁰, ou encore en refusant la mention manuscrite de l'article 1326 du code civil à la caution réelle⁵¹. Ou encore en refusant au créancier la saisie d'autres biens que l'immeuble hypothéqué par la caution⁵². Mais d'autre part la cour de cassation appliquait parfois le régime des sûretés personnelles au cautionnement réel en donnant la possibilité par exemple pour la caution réelle d'invoquer le bénéfice de subrogation⁵³ encore en permettant au conjoint de la caution réelle d'invoquer l'article 1415 du code civil⁵⁴.

41. Cependant malgré quelques exceptions, c'est bien la conception stricte qui sera retenue par la cour de cassation, en témoigne son attendu très explicite de l'arrêt du 9 mai 1999⁵⁵ : « *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* », confirmé par un arrêt du 1^{er} février 2000⁵⁶ : « *le cautionnement réel...est une sûreté réelle et non pas un cautionnement personnel* ».

⁵⁰ Cass. 1^{ère} civ., 21 juin 1978, n°76-14.524 ; Bull. civ. I, N°236 P. 187 - Cass. 1^{ère} civ., 6 mars 1979, n°77-11.840 ; Bull.civ. I, n°78.

⁵¹ Cass. 1^{ère} civ., 13 mai 1998, n°96-16.087 ; Bull. civ 1998, I, N° 172 p. 115.

⁵² Cass. 1^{ère} civ., 28 avril 1998, n°96-16440 ; Bull. 1998, IV, N° 136, p. 108.

⁵³ Cass. req., 27 avril. 1942 - Cass 1^{ère} civ., 23 novembre 1954 et Cass.com., 17 mars 1992, n° 90-13819 ; Bull 1992, IV, N° 115, p. 84.

⁵⁴ Cass. 1^{ère} civ., 11 avril 1995, n°93-13.629 ; Bull. civ. I, n°165.

⁵⁵ Cass. civ 1^{ère}., 4 mai 1999, n°97-15.378 ; Juris-Data n°001918 ; JCP G 1999, IV, 2131.

⁵⁶ Cass. civ 1^{ère}., 1^{er} février 2000, n°98-11.390 ; Bull. civ. I, n°33 ; D. 2000, p 143, obs. J.FADDOUL.

B- Conception stricte et article 1415

42. Ces hésitations jurisprudentielles ne sont pas sans créer une certaine insécurité juridique pour la communauté. En effet suivant la conception stricte admise par la jurisprudence, l'époux commun en bien n'aurait pu se prévaloir de l'article 1415 du code civil pour protéger la communauté car celui-ci 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* », il est réservé aux sûretés personnelles.

43. Cependant, un arrêt de la 1^{ère} chambre civile de la cour de cassation en date du 11 avril 1995 a admis l'application de l'article 1415 au cautionnement réel⁵⁷. En l'espèce, le mari avait garanti un prêt de la société dont il était le gérant avec un nantissement de titres appartenant à la communauté. Suite à la mise en liquidation judiciaire de cette société, l'épouse avait demandé la nullité de l'acte de sûreté sur le fondement de l'article 1415 du Code civil. Après avoir été débouté par la Cour d'appel⁵⁸, la demande de l'épouse s'est vue accordée par la Cour de cassation qui a cassé la décision, et a rappelé que l'article 1415 du code civil est applicable à la caution réelle.

44. Par cet arrêt, la cour de cassation a voulu protéger la communauté en appliquant l'article 1415. Si cet article ne distingue pas le cautionnement ordinaire du cautionnement réel, « *son application littérale au cautionnement réel est impossible* »⁵⁹. En effet, cet article prévoit de limiter l'action du créancier sur les biens propres de la caution, or la caution réelle n'a engagé qu'un bien commun, le créancier ne peut donc pas mettre en œuvre son droit de suite et de préférence car il porte sur un bien commun, et il ne peut pas non plus tenter une action contre la caution pour le montant de la valeur du bien car le cautionnement réel était considéré comme une sûreté réelle, il n'y a aucun engagement personnel. Par conséquent, l'application de l'article 1415 au cautionnement réel revient à imposer un régime de cogestion sous peine pour le créancier de ne pas pouvoir mettre en œuvre son action. Comme l'avait fait

⁵⁷ Cass. 1^{re} civ., 11 avr. 1995, n°93-13.629 ; Bull. civ. I, n°165 ; JCP 1995, I, n°3869, n°9, obs. P. SIMLER ; D. 1995, Somm. P 327, obs. M. GRIMALDI ; Defrénois 1995, p. 9, obs. G. CHAMPENOIS ; Recueil Dalloz Sirey 1996, 23^{ème} cahier, obs. S. PIEDELIEVRE.

⁵⁸ CA Douai, 12 déc. 1991 [8^e ch.civ.].

⁵⁹ M. GRIMALD, op. cit, note (57)

remarquer M. Grimaldi, « *l'article 1415 n'énonce plus seulement une règle de répartition du passif, mais aussi une règle de gestion des biens communs* »⁶⁰.

45. Par cet arrêt, la cour de cassation a appliqué la nullité à l'article 1415 justement en raison de la spécificité de cette sûreté. Cette solution est compréhensible comme nous l'avons vu parce que le créancier ne peut pas agir contre le bien car c'est un bien commun, ni contre la caution car il n'y a pas d'engagement personnel, mais elle revient à dénaturer la portée de l'article 1415 qui devient une condition de validité de l'acte au lieu d'être cause de la restriction du gage du créancier⁶¹.

46. La Cour de cassation a poussé à l'extrême son raisonnement dans un arrêt en date du 26 mai 1999⁶² dans lequel elle a admis l'application de l'article 1415 pour un cautionnement réel portant sur une hypothèque immobilière⁶³ alors même que ce bien est compris dans la liste de l'article 1424 imposant une cogestion aux époux, on comprend alors mal pourquoi la cour de cassation a imposé une cogestion au prix de la dénaturation de l'article 1415 alors que l'article 1424 qui impose une cogestion était applicable⁶⁴.

47. L'arrêt du 11 avril 1995 a été confirmé par un arrêt du 25 janvier 2000⁶⁵ rappelant que « *les dispositions de l'article 1415 du Code civil sont applicables au cautionnement réel* », ajoutant que la cour d'appel avait « *décidé à bon droit que l'acte de nantissement était nul* ». Comme le font légitimement remarquer MM. Simler et Delebecque « *ce dernier propos peut paraître excessif. Si l'acte contesté est certes privé d'efficacité, le bien nanti ne pouvant être saisi, il n'est atteint d'aucun vice justifiant le prononcé d'une nullité* »⁶⁶. En effet, la sanction de l'article 1415 n'est pas la nullité de l'acte mais son inopposabilité. Même

⁶⁰ M. GRIMALDI, D. 1995, op. cit., (note 57).

⁶¹ Comme le remarque J-J ANSAULT, le cautionnement réel, op. cit., note (10) : « *la situation était franchement incohérente puisque l'on sait que la sanction était empruntée à un autre texte, l'article 1424 du Code civil...* ».

⁶² Cass, 1^{re} civ, 26 mai 1999, n° 97-13.268 ; Juris-Data n°002232 ; RTD civ 2000 p 370 obs P. CROCQ ; JCP G 1999, I, 156, n° 5, Chronique Simler et Delebecque.

⁶³ En l'espèce l'épouse caution réelle avait été débouté de sa demande en nullité fondée sur l'article 1415, la cour retenant que seul son mari, qui n'avait donc pas donné son consentement, pouvait se prévaloir de cet article.

⁶⁴ La solution peut néanmoins s'expliquer par le fait que la Cour de cassation ne répond qu'aux moyens avancés par les parties, or celles-ci n'ont invoqués que l'article 1415. Mais cette explication ne justifie pas totalement la dénaturation de l'article 1415.

⁶⁵ Cass. 1^{re} civ., 25 janvier 2000, n°98-13.469 ; Juris-Data n°000333.

⁶⁶ P. SIMER et P. DELEBECQUE, chronique, JCP G 2000, I, 257, n°5.

si en l'espèce la sûreté est inopposable aux deux époux et ne pourra donc pas être mise en œuvre, la sûreté n'en est pas moins entachée de nullité.

Paragraphe 2 : Revirement et tentative de protection (entre 2002 à 2005)

A- Le revirement jurisprudentiel des arrêts du 15 mai 2002

48. Lors d'une assemblée plénière en date du 15 mai 2002⁶⁷, la cour de cassation a opéré un revirement de jurisprudence en rendant 3 arrêts retenant la conception mixte du cautionnement réel. Ces arrêts complémentaires et sans équivoques, nous informent que « *Le nantissement constitué par un tiers pour le débiteur est un cautionnement réel soumis à l'article 1415 du Code civil (1^{er} et 3^e arrêts). Faute d'accord exprès du conjoint, ce nantissement est inopposable en ce qu'il porte sur les biens communs (1^{er} et 3^e arrêts). En revanche la caution reste 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 (3^e arrêt). L'époux caution réelle ou personnelle peut se prévaloir du défaut de consentement de son conjoint (2^e et 3^e arrêts). Le consentement exprès exigé par l'article 1415 du Code civil ne résulte pas du seul fait que les deux conjoints se soient simultanément portés cautions réelles des mêmes dettes au profit des mêmes créanciers par deux actes différents (1^{er} arrêt) »⁶⁸.*

49. Ainsi, pour la première fois la cour de cassation reconnaît la nature mixte du cautionnement réel, c'est-à-dire qu'elle considère que le cautionnement réel est un engagement à la fois réel et personnel. La nature mixte change l'application de l'article 1415, ainsi, contrairement à l'arrêt de 1995 dans lequel la nature réelle de la sûreté la rendait inapplicable à un bien commun sans le consentement des deux époux, dans ces arrêts, la cour de cassation choisit d'appliquer aussi une inopposabilité de la sûreté aux biens communs, mais étant donné l'engagement personnel nouvellement reconnu, la caution reste néanmoins tenue de la dette dans la limite du bien grevé.

50. La Cour de cassation nous renseigne sur un autre point, celui du consentement du conjoint. En effet, dans le premier arrêt, deux époux avaient chacun dans un acte différent,

⁶⁷ Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2002 ; juris-data n°2002-014340, Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2002 ; juris-data n°2002-014341, Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2002 ; juris-data n°2002-014339.

⁶⁸ J. DEVEZE, op. cit, note (25).

nanti un compte de titre pour garantir la même dette d'un tiers. Or la cour de cassation a refusé d'y voir un consentement exprès comme le prévoit l'article 1415. On ne peut alors que recommander la plus grande prudence aux rédacteurs d'actes en faisant signer les deux époux dans chaque acte, ne laissant ainsi plus de place à l'incertitude⁶⁹. Ce revirement de jurisprudence a été très critiqué par certains auteurs (notamment les auteurs « monistes ») car il était contraire à l'article 2292 du Code civil disposant que « *le cautionnement ne se présume point, il doit être exprès* ». Cependant au regard des régimes matrimoniaux, ces arrêts rendent à l'article 1415 son régime initial. En effet, l'article 1415 redevient une règle de passif et abandonnant par la même occasion le régime de cogestion que la cour de cassation lui avait attribué puisque l'action du créancier n'est plus dépourvue d'objet mais elle est reportée sur les biens propres de l'époux caution réelle dans la double limite du bien nanti et de la dette, ce qui permet de sauvegarder la communauté⁷⁰, la sanction n'est donc plus la nullité (même si nous avons vu qu'il ne s'agit pas vraiment d'une nullité mais plutôt d'une action sans objet puisque inopposable à la communauté et à l'époux caution) mais l'inopposabilité à la communauté.

51. Il peut paraître étrange que la cour de cassation admette que le conjoint caution puisse se prévaloir de l'article 1415 alors qu'elle avait exclu cette possibilité dans l'arrêt précité du 26 mai 1999. Il ne s'agit cependant pas d'un revirement de jurisprudence, mais d'une application entière des différentes conceptions tour à tour adoptées. En effet lorsque l'article 1415 était utilisé comme une règle de cogestion des biens communs, celui-ci répondait par conséquent à l'ensemble du régime de cogestion et donc à l'article 1427 énonçant que seul l'époux qui n'a pas donné son consentement peut introduire une action en nullité. En revanche, l'article 1415 énonçant désormais une règle de passif, il ne répond plus à l'article 1427, par conséquent l'inopposabilité du cautionnement réel à la communauté peut être invoquée par les deux époux.

⁶⁹ Sur l'exigence d'un consentement exprès, cf infra.

⁷⁰ En ce sens V. F. VAUVILLIE, *L'article 1415 du code civil s'applique toujours au cautionnement réel, mais plus comme avant*, Revue juridique Personnes et Famille, 2002.

B- Dissociation entre les chambres de la Cour de cassation

52. Si pendant un temps la chambre commerciale a suivi le raisonnement des chambres civiles en rappelant dans un arrêt du 13 novembre 2002 qu' « *il résulte des dispositions de l'article 1415 du Code civil qu'un cautionnement contracté sur des biens communs par un seul des époux, sans le consentement exprès de l'autre, est inopposable à la demande de l'un ou l'autre des époux, mais qu'il n'en demeure pas moins valable, la caution restant tenue envers le créancier sur ses biens propres et ses revenus, dans la double limite de la somme garantie et de la valeur du bien engagé* »⁷¹, cette juridiction a très vite changé de direction en retenant une conception stricte du cautionnement réel, elle a ainsi eu l'occasion de rappeler dans un arrêt du 24 novembre 2003 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* »⁷² et de confirmer cette position dans un arrêt du 14 janvier 2014⁷³ en précisant que le cautionnement dit « *simplement hypothécaire* » consiste uniquement dans l'hypothèque conférée sans que le créancier ne puisse exercer aucune poursuite ni recours contre le garant ou tout autre bien lui appartenant.

53. Cette dissociation entre les chambres de la Cour de cassation laissant place à une trop grande insécurité juridique, un arrêt de la chambre mixte était nécessairement pour accorder les décisions de la haute juridiction.

⁷¹ Cass.com., 13 nov. 2002, n°95-18.994 ; juris-data n°2002-016332 ; JCP G 2002, IV, 1027.

⁷² Cass. com., 24 sept. 2003, n°00-20.504 ; JCP éd. G 2004, I, 141, n° 5, obs. Ph. Simler.

⁷³ Cass. com., 14 janv. 2004, n°01-13.626.

Chapitre II : Revirement de la cour de Cassation et intervention du législateur

54. Face à tant d'hésitations jurisprudentielles et d'insécurité juridique tant pour les garants et leurs époux que pour les banques et les rédacteurs d'actes, une harmonisation durable et légalement fondée était urgente. C'est la raison pour laquelle la première chambre civile et la chambre commerciale de la Cour de cassation ont statué définitivement pour la conception stricte de la sûreté réelle pour autrui (section 1), et que le législateur est venu entériner cette position (Section 2).

Section 1 : Revirement jurisprudentiel par l'arrêt du 2 décembre 2005

55. Etant donné les divergences entre la première chambre civile et la chambre commerciale, il était impératif qu'une chambre mixte se prononce sur la nature du cautionnement réel. L'arrêt si attendu a eu lieu le 2 décembre 2005⁷⁴, la chambre mixte a par cet arrêt statué en faveur de la conception réelle du cautionnement réel (paragraphe 1) laissant ainsi un « *angle mort* »⁷⁵ dans la protection du patrimoine des époux (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Du cautionnement réel à la sûreté réelle pour autrui

56. Dans l'attendu de cet arrêt, la chambre mixte insiste sur la nature strictement réelle de la sûreté réelle pour autrui, en affirmant de manière quasi-redondante que cette sûreté n'implique aucun engagement personnel (A) et qu'elle n'est pas un cautionnement (B).

A- L'exclusion de tout engagement personnel

57. Un époux marié sous le régime de la communauté a donné en nantissement à une banque des titres dépendant du patrimoine commun pour garantir l'emprunt dont son gendre

⁷⁴ Cass. Ch. Mixte, 2 dec 2005, 03-18.210.

⁷⁵ Selon l'expression de B. BEIGNIER, *Bicentenaire d'Austerlitz : le Trafalgar du cautionnement réel*, Dr. Famille 2006, étude 13.

est le gérant. A la suite d'une procédure collective contre cette société, l'épouse du garant a tenté d'obtenir la mainlevée du nantissement en invoquant l'article 1415 du code civil et son absence de consentement exprès. Après avoir été débouté par la Cour d'appel de Limoges⁷⁶, la cour de cassation rejette le pourvoi et opère par la même occasion un revirement de la jurisprudence de la chambre civile, la chambre mixte affirmant qu' « *une sûreté réelle consentie pour garantir la dette d'un tiers n'impliquant aucun engagement personnel à satisfaire 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* »⁷⁷.

58. Cet arrêt est d'une importance capitale car il revient sur les arrêts du 15 mai 2002 en renonçant à la conception mixte du cautionnement réel au profit de la conception stricte. Il s'ensuit que désormais le conjoint qui affecte un bien commun en garantie de la dette d'un tiers n'est plus tenu à la fois de manière réelle et personnelle, mais uniquement d'une obligation réelle, c'est-à-dire propter rem. En effet, par ce revirement, la Cour de cassation renonce à tout engagement du garant dans la double limite de la somme garantie et des biens engagés. Désormais la sûreté réelle pour autrui est uniquement engagée en qualité de propriétaire du bien, le juge ne peut en aucun cas y voir un engagement personnel si le contrat ne le prévoit pas.

59. La portée de cet arrêt a immédiatement été entérinée par la reprise par trois chambres différentes de son attendu⁷⁸, laissant ainsi présager la continuité de sa conception de la sûreté réelle pour autrui.

B- L'exclusion du cautionnement

60. La chambre mixte de la cour de cassation entend tirer clairement les conclusions de l'absence d'engagement personnel en affirmant que la sûreté réelle pour autrui n'est alors pas un cautionnement. Elle ajoute d'ailleurs que celui-ci ne se présume pas. Par cet acte, la

⁷⁶ Dans une décision du 25 juin 2003

⁷⁷ Cass. Ch. Mixte, 2 dec ; 2005, 03-18.210.

⁷⁸ Cass. civ. 1^{re}, 7 février 2006, n°02-16.010 ; Cass. civ. 3^e, 15 février 2006, 04-19.847 ; Cass. com., 21 février 2006, N°04-14.051

Cour de cassation relie avec la lettre de l'article 2292 (anciennement 2015) selon lequel « *le cautionnement ne se présume point ; il doit être exprès...* ». Désormais toute sûreté réelle consentie pour garantir la dette d'un tiers ne prévoyant d'engagement personnel ne pourra pas être requalifiée par le juge de cautionnement.

61. C'est la raison pour laquelle une grande majorité de la doctrine⁷⁹ a relevé que « *la chambre mixte, du reste, a préféré ne pas employer le terme de 'cautionnement réel' »* et qu'« *en définitive, le cautionnement réel n'aurait du cautionnement que le nom. Autant renoncer à cette expression qui peut porter à confusion. Contrairement au cautionnement il ne s'agit pas de s'engager à payer à la place du débiteur mais fournir un droit de préférence sur un bien. Dénuée de tout engagement personnel, la sûreté réelle ainsi consentie n'est pas un cautionnement. Seul un engagement personnel exprès pourrait la doubler d'un véritable cautionnement* »⁸⁰. C'est pourquoi la jurisprudence et la majorité des auteurs ont abandonné l'expression cautionnement réel au profit d'une expression moins équivoque ; celle de sûreté réelle pour autrui.

62. Mais le juriste soucieux des détails ne doit tout de même pas extrapoler cette solution à d'autres garanties très proches mais néanmoins distinctes. En effet, si une sûreté réelle consentie pour garantir la dette d'un tiers n'est pas un cautionnement car elle n'implique aucun engagement personnel, l'acte peut néanmoins prévoir une garantie composée d'un cautionnement contre-garantie par une sûreté réelle ou encore à la fois un engagement personnel et un engagement réel. L'application unique du régime des sûretés réelles ne vaut qu'en l'absence de précision du contrat, rien n'interdit aux parties de se placer sous le régime des sûretés personnelles en prévoyant clairement un engagement personnel du garant parallèlement à son nantissement ou son hypothèque⁸¹. Cependant si aucune clause prévoyant un engagement personnel n'est prévue, il paraît logique d'appliquer les règles des régimes matrimoniaux propres aux sûretés réelles et d'écarter celles propres aux sûretés personnelles.

⁷⁹ A titre d'exemple nous pouvons citer M. MIGNOT : « *Bannir le mot cautionnement est une œuvre salutaire* », Cautionnement réel : un opportun retour à l'ordre, RLDC, N°24, février 2006, P.23 ; « *On saura gré à la Cour de cassation de ne pas avoir repris en l'espèce le terme de cautionnement réel* » Cristina Corgas-Bernard, Le temps des sûretés réelles pour autrui, revue lamy droit civil, octobre 2007, n°42.

⁸⁰ V. AVENA-ROBARDET, *Le cautionnement réel n'implique aucun engagement personnel*, Recueil Dalloz, 2002, n°1, P.61.

⁸¹ Exemple dans lequel la cour valide de tels montages : Cass. 1^{re} civ., 7 fév. 2006, n°02-16.010, Bull. civ. I, n°53.

Paragraphe 2 : La chambre mixte et la protection de la communauté

63. Après avoir affirmé l'absence d'engagement personnel et donc de cautionnement, il est normal de rejeter l'application de l'article 1415 (A), ce qui n'est pas sans conséquences sur la protection de la communauté (B).

A- La non application de l'article 1415

64. S'il est vrai que 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* », ne fait pas la distinction entre le cautionnement traditionnel et le cautionnement réel, nous avons vu que son application stricto sensu à ce dernier était contraire à la volonté du législateur.

65. En effet, appliquer de manière brute l'article 1415 à la sûreté réelle pour autrui revient à priver le bénéficiaire de cette garantie en cas d'absence d'accord exprès de l'époux, or l'article 1415 n'est pas une règle de cogestion mais une règle de gestion du passif. L'application brute de l'article 1415 au cautionnement réel irait donc à l'encontre de la loi du 23 décembre 1985 plaçant cet article 1415 dans un paragraphe intitulé « *Du passif de la communauté* », lui même contenu dans une section intitulée « *De ce qui compose la communauté activement et passivement* » alors que les cas de cogestion sont inclus dans une section intitulée « *De l'administration de la communauté et des biens propres.* ». On voit par conséquent très bien que la volonté du législateur n'a pas été d'obliger les deux époux à signer l'acte, mais de protéger l'époux non signataire et la communauté.

66. Cette décision est pour le moins logique car le cautionnement est plus dangereux que le cautionnement réel en ce qu'il porte sur la totalité du patrimoine : « *(le législateur) a voulu éviter que, par (le cautionnement), un conjoint ne puisse engager seul la totalité des*

biens communs. Or, par définition, un cautionnement réel ne peut avoir un tel effet »⁸². S'il rejette l'application de l'article 1415, cet arrêt de la cour de cassation n'en applique aucun autre, ainsi à défaut d'autre texte prévoyant la cogestion, la sûreté réelle pour autrui obéit à la règle de la gestion concurrente, c'est-à-dire que chacun des époux peut passer cet acte sans avoir à recueillir l'accord de son conjoint. Mais en appliquant ce mode de gestion de la communauté à cette sûreté, la cour de cassation crée une disparité en fonction du bien mis en garantie.

B- Une « protection à géométrie variable »⁸³ de la communauté

67. Si ce revirement de jurisprudence est un retour à l'orthodoxie en droit des sûretés, il n'en reste pas moins la cause d'une inégalité en droit des régimes matrimoniaux. Puisqu'en refusant l'application de l'article 1415 à l'époux d'un garant réel pour autrui, la cour de cassation a refusé toute protection à la communauté, ce qui n'est pas forcément justifié économiquement.

68. Suite à cet arrêt, une « protection à géométrie variable »⁸⁴ a été mise en place pour la communauté et l'époux du garant en fonction du bien mis en garantie. Nous retrouvons d'une part l'article 1415, dont on sait désormais qu'il ne s'applique pas à la sûreté réelle pour autrui, qui protège l'époux de la caution. En effet, si un époux décide de garantir la dette d'un tiers par l'ensemble de son patrimoine (ce que l'on appelle communément se porter caution), l'époux n'ayant pas donné son consentement pourra protéger ses biens propres et la communauté par la règle de passif de l'article 1415.

69. Si un époux ne garantit la dette d'un tiers que par une sûreté réelle sur un bien énoncé à l'article 1424 (concerne les immeubles, fonds de commerce, exploitations dépendant de la communauté, droits sociaux non négociables et les meubles corporels dont l'aliénation est soumise à publicité) ou à l'article 215 alinéa 3 (concerne le logement familial et les

⁸² J. SAINTE-ROSE, Une chambre mixte se prononce sur la nature du cautionnement réel, op. cit., note (10) ; en ce sens voir aussi G. CHAMPENOIS, Defrénois 1995, art. 36214.

⁸³ M. FARGE, *La controverse du 'cautionnement réel' apaisée par un petit ajout à l'article 1422 du Code civil réalisé à l'occasion de la réforme du droit des sûretés*, Droit de la famille n°5, Mai 2006, alerte 31.

⁸⁴ M. FARGE, *La controverse du 'cautionnement réel' apaisée par un petit ajout à l'article 1422 du Code civil réalisé à l'occasion de la réforme du droit des sûretés*, op. cit., note (83).

meubles meublant dont il est garni) alors son époux pourra demander la nullité de l'acte sur le fondement de l'article 1427 et 215 alinéa 3 du code civil.

70. « *Au vu de ces deux textes, on devine rapidement qu'un certain nombre de garanties échappe aux mailles des filets, soit de la réduction du gage des créanciers, soit de la cogestion* »⁸⁵, ce sera le cas d'un époux garantissant la dette d'un tiers par une sûreté réelle sur un bien non énoncé par ces articles, la communauté ne bénéficiera alors d'aucune protection et se verra engager même en l'absence du consentement des deux époux. Cet « *angle mort* »⁸⁶ peut être discuté car si dans une certaine mesure il paraît logique de donner une totale liberté aux époux de passer un acte qui ne met pas en péril toute la communauté⁸⁷, il ne faut pas oublier que la sûreté réelle pour autrui expose la communauté sans contrepartie⁸⁸ d'autant plus que depuis ces dernières décennies, les valeurs mobilières ont pris une place de plus en plus importante dans la communauté des époux.

71. Ce péril important de la communauté par l'acte d'un seul époux ne pouvait durer et l'intervention du législateur était inévitable.

Section 2 : Intervention du législateur

72. Le législateur est intervenu au travers de l'ordonnance du 23 mars 2006 portant réforme du droit des sûretés⁸⁹ en soumettant les futures (Paragraphe 2) sûretés réelles pour autrui à un alinéa 2 à l'article 1422 du code civil (Paragraphe 1).

Paragraphe 1 : Le nouvel alinéa de l'article 1422

73. Afin de protéger la communauté de la garantie de la dette d'un tiers par un seul époux, le législateur est intervenu en créant un nouveau cas de cogestion (A), sans plus

⁸⁵ V. BREMOND, *L'affectation d'un bien commun en garantie de la dette d'un tiers*, JCP éd. N 2006 p. 1411.

⁸⁶ Selon l'expression de B. BEGNIER, *Bicentenaire d'Austerlitz : le Trafalgar du cautionnement réel*, op. cit., note (75).

⁸⁷ En ce sens voir L. AYNES, note sous mixte, 2 dec2005, D. 2006, n°10, p 733.

⁸⁸ En ce sens voir M. GRIMALDI, op. cit., note (57).

⁸⁹ Ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006, JO 24 mars, p. 447, entrée en vigueur le 25 mars 2006.

s'attarder sur le cas des sûretés réelles pour autrui, laissant par conséquent un certain nombre d'interrogations (B).

A- La création d'un nouveau cas de cogestion

74. Afin d'éviter qu'une partie des biens communs ne reste sans protection et que l'un des époux ne mette en péril la communauté en les donnant en garantie de la dette d'un tiers sans le consentement de son conjoint, le législateur a créé un alinéa 2 à l'article 1422 disposant que les époux « *ne peuvent non plus, l'un sans l'autre, affecter l'un de ces biens (communs) à la garantie de la dette d'un tiers* ». Le législateur a par cette intervention pallié à l'inégalité qui existait et a soumis tous les biens communs, quelque soit leur nature, à un régime de cogestion pour toute affectation à la garantie de la dette d'un tiers.

75. Ainsi désormais les époux devront tous deux donner leur accord pour toute sûreté réelle pour autrui sous peine de la nullité de l'acte. En effet, à présent placée sous l'article 1422, la sûreté réelle pour autrui est soumise à un régime de cogestion, il s'ensuit que « *Si l'un des époux a outrepassé ses pouvoirs sur les biens communs, l'autre, à moins qu'il n'ait ratifié l'acte, 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, sans pouvoir jamais être intentée plus de deux ans après la dissolution de la communauté* »⁹⁰.

76. Cette intervention du législateur mérite d'être saluée puisqu'elle protège la communauté, cependant il convient de s'interroger sur l'opportunité du choix de l'article. En effet, l'article 1422 concernait les actes à titre gratuit : « *Les époux ne peuvent, l'un sans l'autre, disposer entre vifs, à titre gratuit, des biens de la communauté* », or la sûreté réelle pour autrui n'est pas nécessairement réalisée à titre gratuit mais comme le remarque M. Laurent Poulet : « *le législateur peut viser plusieurs actes différents dans un même alinéa sans pour autant les assimiler. Tel est par exemple le cas de l'article 1415. Cependant, le fait que la disposition nouvelle soit insérée dans un article relatif aux actes à titre gratuit n'est pas le fruit du hasard... par la technique qu'elle a employée, l'ordonnance suggère*

⁹⁰ Article 1427 du Code civil.

l'existence de similitudes entre l'acte à titre gratuit et la sûreté réelle pour autrui»⁹¹. En effet, même si ce n'est pas une obligation, bien souvent la sûreté réelle pour autrui sera effectuée à titre gratuit car l'un des époux y a intérêt (dans la majorité des cas il s'agit de cautionner l'entreprise dont l'un des époux est le gérant), il y a donc risque d'appauvrissement de la communauté sans contrepartie (du moins directe).

77. Cette nouvelle disposition aurait aussi pu être intégrée dans l'article 1424 du code civil qui impose la cogestion pour certains actes à titres onéreux, cependant l'article 1424 énonce une liste exhaustive, et il paraît juste de penser que le législateur a voulu encadrer tous les biens susceptibles de faire l'objet d'une sûreté réelle pour autrui (ce nouvel alinéa ne distinguant, il vaut pour tous les biens : meubles, immeubles, corporels ou incorporels) et ainsi éviter une inégalité de protection de la communauté.

78. La nouvelle disposition aurait également pu être insérée dans l'article 1415, mais la JP et le législateur affirmant une conception stricte de la sûreté réelle pour autrui, il aurait été peu judicieux de codifier cette règle dans un article concernant les sûretés personnelles. De plus cet article est compris dans un paragraphe intitulé « *Du passif de la communauté* », lui-même contenu dans une section intitulée « *De ce qui compose la communauté activement et passivement* » alors que l'article 1422 est placé avec les autres cas de cogestion dans une section intitulée « *De l'administration de la communauté et des biens propres.* », ce nouveau cas de cogestion s'insère donc à sa place avec les autres cas de cogestion.

79. Cette intervention du législateur est salutaire car elle vient couper court à l'insécurité juridique qui pesait sur la communauté en imposant la même solution pour tous les types de biens, cependant le législateur n'a pas légiféré sur la sûreté réelle pour autrui, laissant derrière lui nombre d'interrogations.

⁹¹ L. POULET, *La sûreté réelle constituée pour autrui dans le régime de communauté*, Defrénois, 15 octobre 2006, n°19, p. 1441.

B- Une intervention laissant quelques interrogations

80. Il est cependant à noter que le code civil n'admet toujours pas explicitement la sûreté réelle pour autrui. Seul l'article 1422 évoque un bien à la garantie de la dette d'un tiers. Ainsi, aucune définition n'est donnée, et encore moins un régime. Le juriste doit déduire le caractère réel de cette sûreté de la jurisprudence et de l'alinéa 2 de l'article 1422. En effet, en évoquant la sûreté réelle pour autrui dans cet article régissant la disposition des biens à titre gratuit et non à l'article 1415 régissant le cautionnement, le législateur affirme le caractère réel de cette sûreté. La sûreté réelle pour autrui et son régime apparaissent aussi implicitement dans l'article 2334 du code civil : *« le gage peut être consenti par le débiteur ou par un tiers ; dans ce cas, le créancier n'a d'action que sur le bien affecté en garantie »*. On peut aussi évoquer l'article 1020 du Code civil qui fait référence à l'hypothèque pour la dette d'un tiers.

81. Cependant le législateur reste ambigu sur la nature de la sûreté réelle pour autrui, comme le relève M. Pierre Crocq : *« le décret (n°2006-936 du 27 juillet 2006, JO 29 juillet 2006, relatif à la réforme de la saisie immobilière) ne considère pas la caution réelle comme un tiers détenteur mais comme un débiteur puisque son régime juridique, énoncé à l'article 15 du décret, relève d'une sous-section relative à la 'délivrance du commandement de payer valant saisie au tiers détenteur'. Il s'agit, certes, d'un débiteur peu particulier, puisque le délai de huit jours pour payer, laissé au débiteur principal par l'article 15, 3°, du décret, est remplacé, dans son cas, par un délai d'un mois, comme pour le tiers détenteur, mais il demeure que la caution hypothécaire est bien envisagée par le décret comme étant un débiteur, ce qui a pour conséquence que parmi les mentions obligatoires du commandement de payer qui lui est adressé ne figure pas l'indication de la faculté de délaisser alors que l'on pouvait s'attendre à ce qu'elle soit mentionnée »⁹².*

82. Mme Cristina Corgas-Bernard⁹³ évoque la possibilité que *« cette lacune aurait pu s'expliquer par l'étroitesse du cadre défini par la loi d'habilitation du 26 juillet 2005, excluant le cautionnement (L.n°2005-845, 26 juill. 2005, JO 27 juill. 2005) »* tout en relevant que *« la sûreté réelle pour autrui relevant des sûretés réelles, le gouvernement aurait pu s'estimer compétent pour légiférer »*, avant de regretter qu' *« une telle intervention légale*

⁹² P. CROCQ, D. 2006, p.2856.

⁹³ C. CORGAS-BERNARD, le temps des sûretés réelles pour autrui, op. cit, note (14).

aurait permis non seulement de corroborer explicitement la jurisprudence, mais surtout aurait pu être l'occasion de penser son régime juridique ».

83. L'absence de position claire et non équivoque de la part du législateur n'est pas sans créer d'interrogations, notamment tenant au régime applicable. En effet, étant donné la spécificité de la sûreté réelle pour autrui, doit-on uniquement appliquer le régime des sûretés réelles ou doit-on adapter certaines règles du régime des sûretés réelles ? La question reste d'actualité, le législateur n'ayant répondu qu'à la cause du problème sans en traiter le fond⁹⁴. Ce rôle revient par conséquent à la jurisprudence qui semble appliquer strictement le régime des sûretés réelles, elle a par exemple écarté l'information de la caution de l'article L 313-22 du CMF⁹⁵, le devoir de mise en garde de la caution⁹⁶, ou encore le principe de proportionnalité de l'article L 313-10 du Code de la consommation^{97 98}, ce qui n'est pas sans créer certaines critiques⁹⁹.

84. L'avant-projet dirigé par M. Michel Grimaldi remis au garde des Sceaux le 31 mars 2005 suggérait la création d'un nouvel article 2295 disposant que « *le cautionnement réel est une sûreté réelle constituée pour garantir la dette d'autrui. Le créancier n'a d'action que sur le bien qui en forme l'objet* ». Les choses auraient sûrement été plus claires si le législateur avait pris la peine de définir la notion de sûreté réelle pour autrui et le régime qui lui est applicable, à défaut ce rôle revient à la jurisprudence.

⁹⁴ Ainsi le débat doctrinal est loin d'être terminé, ainsi M. SIMLER continu de défendre qu'il ne faut pas exclure toute idée de cautionnement : cf *Eppur, si muove ! Et pourtant, une sûreté réelle constituée en garantie de la dette d'un tiers est un cautionnement...* réel. Ph. SIMLER, JCP éd. G, 2006, I, 172. Voir M. MIGNOT, *Le devenir de la sûreté réelle pour autrui dans la jurisprudence récente*, JCP éd. N 2012, 1340 : « avec quelques années de recul on peut penser que la Cour de cassation devrait assouplir sa position en reconnaissant que certaines règles qui s'appliquent au cautionnement personnel peuvent également régir la sûreté réelle pour autrui ».

⁹⁵ Cass. civ 1^{re}., 7 février 2006, n°01-16.010 – Cass. com., 13 sept 2011, n° 10-17.659, RLDC nov 2011 n°87, obs J.J. ANSAULT.

⁹⁶ Cass. com24 mars 2009, n°08-13.034, N. BORGA, *exclusion du devoir de mise en garde en présence d'une sûreté réelle pour autrui*, D 2009 p 1661.

⁹⁷ Cass. 1^{re} civ., 1^{er} juillet 2009, n°07-18.824 – V. P. CROCQ, *La sûreté réelle pour autrui est nécessairement proportionnée aux facultés de celui qui la consent*, RTD civ. 2008. P. 700.

⁹⁸ Pour plus de renseignements, V. Marc MIGNOT, *Le devenir de la sûreté réelle pour autrui dans la jurisprudence récente*, JCP N 2012, 1340.

⁹⁹ V. notamment JJ ANSAULT, *combinaison hasardeuse d'une sûreté réelle et d'un cautionnement personnel*, RLDC, novembre 2011, n°87.

Paragraphe 2 : L'application dans le temps de l'ordonnance de 2006

85. L'arrivée de cette nouvelle disposition n'est pas sans créer de problème quant à son application dans le temps (A), ainsi va se créer deux régimes, celui des sûretés réelles pour autrui conclues avant l'ordonnance de 2006, et celui de celles conclues après (B).

A- Affirmation de la non rétroactivité du nouvel alinéa de l'article 1422

86. Suite à cette nouvelle protection de la communauté, la question de l'application dans le temps de la loi s'est posée. En effet, faut-il appliquer cet article aux nouvelles sûretés réelles pour autrui ou l'appliquer également aux contrats en cours ? Le code civil a toujours été très clair sur ce point, en affirmant dans son article 2 que « *la loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif* ». Cette vision remonte à la création du code civil, ainsi Portalis déclarait devant le Corps législatif de 1803 que « *l'office de la loi est de régler l'avenir ; le passé n'est plus en son pouvoir. Partout où la rétroactivité serait admise, non seulement la sûreté n'existerait plus, mais son ombre même.* »¹⁰⁰. Cependant le caractère non rétroactif de la loi nouvelle est parfois écarté (par exemple lors d'une loi pénale plus douce, ou en cas de loi de validation), notamment lorsqu'il s'agit d'une loi interprétative, c'est-à-dire lors d'un « *acte d'éclaircissement qui interprète un acte antérieur obscur* »¹⁰¹.

87. S'est donc posée la question du caractère interprétatif ou non de l'alinéa 2 de l'article 1422. Dans un arrêt du 20 février 2007¹⁰² la cour de cassation est venue préciser que « *l'article 1422, alinéa 2, du code civil, issu de l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006, n'a pas un caractère interprétatif et n'est pas immédiatement applicable aux contrats en cours* »¹⁰³. Cette décision est logique dans la mesure où ce nouvel alinéa ne vient pas interpréter la loi ancienne, mais ajouter une nouvelle règle, comme le remarque Mme Cristina Corgas-bernard : « *le caractère rétroactif de l'article 1422, alinéa 2, aurait d'ailleurs très*

¹⁰⁰ Portalis devant le Corps législatif en 1803, présentant l'article 2 du Code civil.

¹⁰¹ Dictionnaire Capitain, op. cit, note (3).

¹⁰² Cass. 1^{re} civ., 20 févr 2007, n°O6-10.217, P+B ; Juris-data 2007-037460 ; Bulletin 2007 I N° 65 p. 58 ; Ph. SIMLER, note sous l'arrêt rapporté, JCP éd. G 2007, I, 142, n° 20 ; Revue Juridique Personnes et Famille - 2007 - n° 5 - Communauté : l'article 1422, alinéa 2 du Code civil n'est pas applicable aux contrats conclus avant le 25 mars 2006 ; F. VAUVILLE, communauté : l'article 1422, alinéa 2 du code civil n'est pas applicable aux contrats conclus avant le 25 mars 2006, Revue Juridique Personnes et Famille, 5 mai 2007, p. 18.

¹⁰³ V. notamment P. BERLIOZ, note sous Cass. 1^{re} civ., 20 févr 2007, petites affiches, 31 mai 2007, n°109.

certainement été censuré pour ingérence de l'Etat dans les litiges en cours, non fondée sur un impérieux motif d'intérêt général »¹⁰⁴.

B- Régime applicable aux sûretés réelles pour autrui constituée avant le 25 mars 2006

88. Mais en refusant l'application du nouvel alinéa de l'article 1422 aux sûretés réelles pour autrui constituée avant le 25 mars 2006, la Cour de cassation crée une nouvelle fois un risque pour la communauté. En effet, quelle règle sera alors applicable aux sûretés réelles pour autrui consenties avant le 25 mars 2006 (date d'entrée en vigueur de l'ordonnance du 23 mars 2006) ? La cour de cassation a préféré tenir ses positions et éviter un nouveau débat doctrinal laissant de coté la protection de la communauté puisque dans l'arrêt précité du 20 février 2007, celle-ci a refusé l'application de l'article 1422 mais conformément à sa conception stricte de la sûreté réelle pour autrui, a aussi refusé l'application de l'article 1415 du Code civil. Par conséquent la communauté se retrouve dénuée de toute protection, comme elle l'était avant l'intervention du législateur suite à l'arrêt de 2005.

89. Ainsi à défaut de protection par l'application de l'article 1415 ou de l'article 1422, les sûretés réelles pour autrui constituées avant le 25 mars 2006 répondent à l'article 1421 selon lequel « *chacun des époux a le pouvoir d'administrer seul les biens communs et d'en disposer* ». Par conséquent, l'époux n'ayant pas consenti la sûreté ne possède aucun recours, la communauté se trouve donc engagée.

¹⁰⁴ C. CORGAS-BERNARD, *Le temps des sûretés réelles pour autrui*, op. cit, note (14).

Partie II – L’influence du nouveau régime de la sûreté réelle pour autrui sur le régime matrimonial légal

90. Le nouveau régime applicable aux sûretés réelles pour autrui portant sur un bien commun a certes des conséquences sur les pouvoirs des époux (chapitre I), mais aussi sur les autres sûretés combinant sûreté réelle et sûreté personnelle (chapitre II).

Chapitre I : Conséquences sur les pouvoirs des époux

91. Ce nouveau cas de cogestion est a priori protecteur de la communauté (Section 1), mais il laisse tout de même entrevoir certains dangers pour celle-ci (Section 2).

Section 1 : Un régime protecteur de la communauté

92. L’intention du législateur était claire, il s’agissait de protéger la communauté par un nouveau cas de cogestion (Paragraphe 1) qui viendrait compléter le régime légal de communauté (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Protection de la communauté

93. Suite à la prise de conscience du législateur de la mise en péril de la communauté par un seul époux, celui-ci a imposé l’accord des deux époux, sans pour autant préciser la forme de leur consentement (B).

A-Un nouveau cas de cogestion

94. La double volonté du législateur est de protéger la communauté tout en conservant l'efficacité de la sûreté. En effet, il ne faut pas rendre la sûreté réelle pour autrui trop facilement inefficace sinon cette sûreté va être délaissée par les créanciers, mais il faut tout de même protéger la communauté et éviter qu'elle ne s'appauvrisse trop à cause d'un des époux.

95. C'est pour répondre à cet objectif que le code civil prévoit en son alinéa 1415 qu'un conjoint qui se porte caution seul « *ne peut engager que ses biens propres* ». Cette solution est intéressante car elle protège le conjoint non signataire de l'acte en réduisant les biens propres de cet époux et les biens communs de l'assiette du gage général du créancier, tout en préservant l'efficacité de la sûreté car le créancier pourra agir contre les biens propres de la caution. On parle ainsi de la question du passif des époux.

96. Mais comme nous l'avons vu, cette solution est difficilement applicable à la sûreté réelle pour autrui. En effet, cette garantie étant une sûreté réelle, l'application stricte de l'article 1415 conduit à réduire à zéro l'assiette du gage du créancier. Une solution a alors été de retenir l'engagement du garant pour la valeur du bien mis en garantie, mais cette solution a été critiquée car elle rompait avec l'article 2292 selon lequel le cautionnement ne se présume pas. Le législateur est donc intervenu pour ajouter un nouveau cas de cogestion puisque l'alinéa 2 de l'article 1422 du code civil nous apprend que les époux « *ne peuvent non plus, l'un sans l'autre, affecter l'un de ces biens à la garantie de la dette d'un tiers* ».

97. Désormais chacun des époux doit nécessairement donner son accord pour pouvoir passer une sûreté réelle pour autrui sur un bien commun, sous peine de nullité de l'acte. En effet, si les deux époux ne donnent pas leur consentement, il manque l'un des bases essentielles du contrat : la capacité (article 1108 du Code civil), l'acte sera alors nul. C'est ce que rappelle l'article 1427 : « *Si l'un des époux a outrepassé ses pouvoirs sur les biens communs, l'autre, à moins qu'il n'ait ratifié l'acte, 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, sans pouvoir jamais être intentée plus de deux ans après la dissolution de la communauté* ».

98. Ainsi le conjoint n'ayant pas consenti la sûreté réelle pour autrui a un délai de deux ans « à partir du jour où il a eu connaissance de l'acte, sans pouvoir jamais être intentée plus de deux ans après la dissolution de la communauté » pour agir et faire annuler l'acte, peu importe la bonne ou mauvaise foi du tiers¹⁰⁵.

99. Se pose néanmoins la question du titulaire de l'action en nullité, en effet, selon l'analyse traditionnelle de la cogestion fondée sur la théorie de la nullité de Japiot¹⁰⁶, seul l'époux n'ayant pas donné son consentement a le pouvoir d'agir en nullité de l'acte. La jurisprudence est constante sur ce point et a eu l'occasion de rappeler que le conjoint ayant passé l'acte seul ne peut pas demander la nullité sur le fondement de l'article 1427¹⁰⁷, ni l'acquéreur d'un bien commun¹⁰⁸. Cependant concernant le cautionnement réel, désormais appelé sûreté réelle pour autrui, la jurisprudence avait admis que l'époux signataire de l'acte puisse se prévaloir du défaut de consentement de son conjoint¹⁰⁹, mais cet arrêt ayant été rendu alors que la jurisprudence lorsque cette sûreté n'était pas encore considérée comme une purement réelle, ni même soumis au régime de cogestion et donc à l'article 1427, il paraît raisonnable de penser que désormais l'action en nullité pour défaut de consentement des deux époux à l'acte de mise en garantie d'un bien commun pour la dette d'autrui n'est ouverte qu'à l'époux n'ayant pas donné son consentement.

100. Cette solution est d'autant plus logique qu'en 2002 la solution du défaut d'accord des deux époux était la restriction du gage du créancier aux biens propres de l'époux garant dans la limite du bien donné en garanti, mais désormais c'est la nullité de l'acte. Il paraît alors trop facile d'admettre que l'époux garant puisse totalement échapper au créancier en invoquant le défaut de consentement de son conjoint. Cette règle deviendrait protectrice du garant et perdrait sa vocation de protection de la communauté.

101. Mais reste à savoir comment les époux doivent donner leurs accords. Quel sera le niveau d'exigence du consentement ? Est-ce qu'il suffira d'un accord tacite ? Est-ce que la

¹⁰⁵ Cass. civ. 1^{re}, 6 févr. 1979, Bull. civ. I, n°43.

¹⁰⁶ Selon la théorie de la nullité de Japiot : R. JAPIOT, Des nullités en matière d'actes juridiques, Essai d'une théorie nouvelle : thèse, Dijon, 1909.

¹⁰⁷ Cass. 1^{re} civ., 20 janvier 1998, Juris-data n°000330 ; JCP 1999, I. 154, n°10, obs. SIMLER – Cass. civ. 3^e, 14 nov. 2007, 06-13.818 : « il résulte de l'article 1427, alinéa 1^{er}, que l'action en nullité d'un acte passé par un époux relativement à un bien commun n'est ouverte qu'au conjoint de cet époux... ».

¹⁰⁸ Cass. civ. 3^e, 8 janv. 1992, Bull. civ. III, n°8.

¹⁰⁹ Arrêts du 15 mai 2002, op. cit, note (67).

signature d'un second acte suffira ? Ou faudra-t-il la signature des deux conjoints dans le même acte ?

B- La question de la forme du consentement

102. L'article 1422 alinéa 2 dispose que « *les époux ne peuvent non plus, l'un sans l'autre, affecter l'un de ces biens à la garantie de la dette d'un tiers* », par conséquent, toute sûreté réelle pour autrui ayant pour objet un bien commun doit obligatoirement faire intervenir les deux époux, mais quel degré d'intervention requière une telle opération ? En effet, faut-il seulement l'accord tacite de l'autre époux, faut-il son consentement exprès, ou faut-il que celui-ci participe à l'acte ?

103. De même, peut-on accepter que le conjoint accepte la prise de sûreté dans un acte différent de celui du garant, voire dans un acte a posteriori, ou alors faut-il que les deux époux participent au même acte ? Ou encore, peut-on considérer que la prise de garantie par les deux époux sur le même bien mais dans deux actes séparés soit valable ?

104. Comme le remarque Madame Cristina Corgas-Barnard, « *la jurisprudence se contente ordinairement d'un consentement certain pour les actes de cogestion. Ce consentement peut être donné par anticipation ou même a posteriori par le biais d'une ratification, pourvu qu'il soit spécial. Nul n'a besoin qu'il soit exprimé par écrit pourvu qu'il soit non équivoque* »¹¹⁰.

105. Mais se pose le problème de la prise de garantie par les deux époux sur le même bien mais dans deux actes séparés, la question ne se posant plus sous l'article 1415 (qui requière un consentement exprès¹¹¹) mais sous l'article 1422 (qui requière un consentement tacite), c'est donc logiquement que Madame Revel affirme que « *si la jurisprudence ne paraît*

¹¹⁰ C. CORGAS-BERNARD, *le temps des sûretés réelles pour autrui*, op. cit, note (14).

¹¹¹ Nous nous rappelons que lors d'un arrêt du 15 mai 2002 la Cour de cassation avait refusé que consentement résulte du seul fait que les deux conjoints se soient simultanément portés cautions réelles des mêmes dettes au profit des mêmes créanciers par deux actes différents.

pas avoir eu à se prononcer sur cette hypothèse de double consentement donné par actes séparés, il est raisonnable de se prononcer en faveur de la validité de l'acte »¹¹².

106. Cependant face à une si grande incertitude, nous ne pouvons que conseiller aux rédacteurs d'actes d'être le plus prudent possible en prévoyant la signature des deux époux à l'acte de constitution d'une sûreté réelle pour autrui portant sur un bien commun.

Paragraphe 2 : Un régime opportun et complémentaire

107. La volonté du législateur a toujours été de protéger la communauté contre la perte de certains biens ayant une forte valeur économique. En choisissant d'introduire un nouveau cas de cogestion dans le code civil (B), le législateur a adapté la protection de la communauté à l'évolution de l'économie (A).

A- Une intervention nécessaire aux vues de l'évolution de l'économie des ménages

108. Cette intervention jurisprudentielle et législative s'explique par l'importance croissante dans nos sociétés des biens immatériels. Il y a encore une trentaine d'années, le patrimoine des époux était essentiellement composé de biens corporels, qui étaient protégés par le code civil. Ainsi le code civil prévoyait un mode de cogestion pour certains biens, ils ne pouvaient par conséquent être donnés en garanti à la dette d'autrui par un seul époux :

109. D'une part l'article 215 alinéa 3 du code civil dispose que « *Les époux ne peuvent l'un sans l'autre disposer des droits par lesquels est assuré le logement de la famille, ni des meubles meublants dont il est garni. Celui des deux qui n'a pas donné son consentement à l'acte peut en demander l'annulation : l'action en nullité lui est ouverte dans l'année à partir du jour où il a eu connaissance de l'acte, sans pouvoir jamais être intentée plus d'un an après que le régime matrimonial s'est dissous* ». Ce qui permet de protéger le logement familial de l'action unilatérale d'un époux.

¹¹² J. REVEL, *La garantie de la dette d'autrui et le droit des régimes matrimoniaux*, Recueil Dalloz 2006 P.1309.

110. D'autre part, l'article 1424 impose une cogestion pour certains biens : « *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 est soumise à publicité. Ils ne peuvent, sans leur conjoint, percevoir les capitaux provenant de telles opérations. De même, ils ne peuvent, l'un sans l'autre, transférer un bien de la communauté dans un patrimoine fiduciaire* ». Ce qui permet de protéger certains biens considérés comme important par le législateur.

111. De plus, l'article 1415, comme nous l'avons vu, permet de protéger la communauté contre le cautionnement ou l'emprunt d'un seul époux.

112. Mais ces dispositifs ne prennent pas en compte l'évolution économique des biens. En effet, comme nous l'avons vu, la loi ne protégeait pas la communauté contre la prise de sûreté pour autrui par un seul époux sur certains biens meubles, notamment les valeurs mobilières ou les assurances-vie. C'est dans une cette prise de conscience du danger pour la communauté que le législateur est intervenu pour obliger le consentement des deux époux pour toute prise de sûreté réelle pour autrui sur un bien commun. Cette intervention vient par conséquent compléter les précédentes protections de la communauté.

B- La cogestion, un choix pratique justifié

113. Cependant il paraît illogique que le défaut de consentement des deux époux soit plus sévèrement puni pour la sûreté réelle pour autrui que pour le cautionnement alors que le risque pour le constituant est limité à un bien. Mais comme le remarque adroitement Gilles Pillet¹¹³ « *c'est la nature réelle de cette sûreté... qui interdit tout autre mode de prévention du risque qu'elle représente* ». En effet, créer une nouvelle règle de passif aurait été pour le législateur l'affirmation du caractère mixte de cette sûreté, comme l'avait fait la Cour de cassation en 2002.

¹¹³ G. PILLET, *La garantie réelle de la dette d'autrui et le régime de communauté : entre passé et avenir*, Revue Lamy Droit Civil, N° 26, Avril 2006.

114. De même, il peut paraître démesuré qu'un époux puisse disposer seul d'un bien commun alors qu'il ne peut pas seul garantir la dette d'autrui avec ce bien¹¹⁴, mais en réalité « *il n'y a point là de contradiction. S'il est vrai que l'affectation d'un bien en garantie est moins grave que son aliénation, c'est à la condition que ce soit en garantie de sa propre dette ; si c'est en garantie de la dette d'autrui, l'acte crée un risque d'appauvrissement sans contrepartie, qui, finalement, le rend aussi grave qu'un acte d'aliénation à titre gratuit* »¹¹⁵.

115. Cependant peut-on vraiment rapprocher la sûreté réelle pour autrui des actes à titre gratuit ? Comme le remarque Laurent Poulet¹¹⁶, « *dès lors que le constituant dispose de recours en remboursement contre le débiteur principal et qu'il n'y a pas renoncé, son engagement n'est pas une libéralité...* »¹¹⁷. De plus, rien n'interdit au garant de se faire rémunérer. Mais étant donné le risque encouru par la communauté, nous ne pouvons que nous réjouir de l'intervention du législateur.

Section 2 : Les dangers du régime pour la communauté

116. Cependant, cette intervention légitime du législateur n'est pas sans dangers pour la communauté puisqu'outre la réduction de l'autonomie des époux (Paragraphe 2), cette nouvelle cogestion peut être remise en cause par les présomptions du régime primaire (Paragraphe 1).

Paragraphe 1 : Le danger des présomptions du régime primaire

117. Le Code civil prévoit un ensemble de dispositions applicables à tous les régimes matrimoniaux, dans lequel est prévu un certain nombre de présomptions de pouvoir afin de protéger les tiers contractant avec l'un des époux, notamment lors de la gestion des biens

¹¹⁴ V. L. AYNES, note sous Cass. 1^{re} civ., D. 2002, jur., P. 3337.

¹¹⁵ M. GRIMALDI, op. cit, note (57).

¹¹⁶ L. POULET, *La sûreté réelle constituée pour autrui dans le régime de communauté*, op. cit, note (91), Paragraphe 56.

¹¹⁷ En ce sens, voir V. BREMOND, *L'affectation d'un bien commun en garantie de la dette d'un tiers*, JCP éd. N, 2006, n°1255, P. 1411. Contra, J. REVEL, *La garantie de la dette d'autrui et le droit du régime matrimonial*, op. cit, note (112), qui estime que « *l'identification est justifiée* ».

meubles communs (A), des biens professionnels et des revenus, ou encore dans les relations avec les banques (B).

A- Sûreté réelle pour autrui et présomption de l'article 222

118. Se pose désormais la question du champ d'application du nouvel alinéa de l'article 1422 eu égard aux présomptions d'ordre public du régime primaire. En effet, le Code civil a prévu des règles applicables à tous les régimes matrimoniaux, désignés sous le nom de régime primaire. Parmi ces règles, existe des présomptions de gestion concurrente de certains biens, notamment l'article 222 alinéa 1^{er} du Code civil disposant que « *Si l'un des époux se présente seul pour faire un acte d'administration, de jouissance ou de disposition sur un bien meuble qu'il détient individuellement, il est réputé, à l'égard des tiers de bonne foi, avoir le pouvoir de faire seul cet acte* ».

119. En découle une véritable contradiction entre l'article 222 et l'article 1422 alinéa 2 puisque si un époux garantit la dette d'autrui par un bien meuble commun (non compris par les articles 215 alinéa 3 et 1424), l'article 1422 impose le consentement de son conjoint, mais à défaut de ce consentement, le conjoint pourra agir en nullité de l'acte. Cependant le tiers de bonne foi ne pourrait-il pas se prévaloir de l'article 222 et ainsi évincer l'action en nullité de l'époux non garant ?

120. A défaut de réponse exprès du Code civil, il appartient d'analyser la jurisprudence et la doctrine. Mais la question de l'articulation entre l'article 222 et l'article 1422 reste floue puisque d'une part la jurisprudence n'a jamais eu à se prononcer et d'autre par la doctrine est partagée sur le point de savoir si l'article 222 ne s'applique qu'aux actes à titre gratuit ou à tous les actes¹¹⁸. Ainsi subsiste une interrogation quant à l'articulation entre l'article 1422 alinéa 2 et le régime primaire, la logique voudrait que ce dernier ne s'applique pas car « *la protection des meubles communs en cas de constitution d'une garantie de la dette d'autrui resterait lettre morte, toutes les fois où le meuble litigieux est détenu individuellement par l'époux qui se porte garant* »¹¹⁹, mais face à tant d'incertitudes, nous ne

¹¹⁸ V. notamment V. BREMOND, *L'affectation d'un bien commun en garantie de la dette d'un tiers*, op. cit, note (85).

¹¹⁹ V. BREMOND, *L'affectation d'un bien commun en garantie de la dette d'un tiers*, op.cit, note (86).

pouvons, une fois de plus, qu'attirer l'attention des rédacteurs d'actes sur l'importance de la signature des deux époux.

B- Sûreté réelle pour autrui et présomptions des articles 221 et 223

121. L'article 223 disposant que « *Chaque époux peut librement exercer une profession, percevoir ses gains et salaires et en disposer après s'être acquitté des charges du mariage* », la question se pose quant à la prise de sûreté réelle pour autrui par un époux en nantissant un compte sur lequel il a déposé ses salaires.

122. Traditionnellement, le régime primaire prévaut sur le régime matrimonial adopté, mais la réalité est plus complexe. Concernant l'articulation entre l'article 223 et l'article 1422, la jurisprudence a d'abord fait prévaloir l'article 223 sur le premier alinéa de l'article 1422¹²⁰, avant d'admettre que l'article du régime primaire prévaut sur les salaires *stricto sensu* alors que l'article du régime légal prévaut sur les salaires économisés¹²¹. Il semblerait par conséquent qu'il faille requérir le consentement des deux époux pour utiliser les salaires d'un seul pour garantir la dette d'autrui.

123. De même, l'article 221 du Code civil prévoit une présomption de pouvoir de l'époux auprès du dépositaire, ce qui permettrait au banquier de s'exonérer de toute responsabilité pour avoir par exemple transféré des titres communs d'un compte joint à un compte ouvert au nom d'un seul époux pour ensuite garantir la dette d'un tiers. On peut par exemple remarquer avec G. Champenois¹²² que dans l'arrêt du 11 avril 1995 (l'arrêt de 1995 avait pour point de départ le transfert d'un compte à un autre des titres communs par un seul époux pour ensuite les affecter en garantie de sa société), « *la cour d'appel avait subsidiairement affirmé que ce texte permettait de considérer que la banque n'avait pas commis de faute de nature à engager sa responsabilité, en opérant le transfert des titres, et que la critique du pourvoi ne portait pas sur ce point* ». Cependant cet auteur reste méfiant en affirmant que rien ne permet de déclarer que la responsabilité du banquier n'aura lieu que si celui-ci s'est rendu complice d'une fraude.

¹²⁰ Cass. 1^{re} civ., 22 octobre 1980, n°79-14.138.

¹²¹ Cass. 1^{re} civ., 29 février 1984, n°82-15.712.

¹²² G. CHAMPENOIS, note sous Cass. civ 1^{re}., 11 avril 1995, Defrénois, 15 décembre 1995, n°23, P. 1484.

Paragraphe 2 : la réduction de la gestion concurrente

124. Si ce nouveau régime est protecteur du patrimoine de la communauté, il est aussi réducteur de la liberté de chaque époux. En effet, le nouvel alinéa de l'article 1422 crée une nouvelle exception à l'article 1421 disposant que « *chacun des époux a le pouvoir d'administrer seul les biens communs et d'en disposer* ».

125. En effet, ce formalise nouveau peut être gênant lorsqu'un époux est entrepreneur individuel ; ce dernier doit obligatoirement avoir le consentement de son époux, ce qui peut être un frein pour un monde des affaires nécessitant de plus en plus de rapidité.

126. De plus, cette obligation peut paraître disproportionnée par rapport à d'autres actes qu'un époux peut passer seul. Ainsi Mme Revel relève que : « *désormais, l'époux souscripteur d'un contrat d'assurance-vie peut en disposer seul, par exemple déléguer le droit au rachat (Civ. 1^{re}, 28 février 2006, Bull. civ. I, n° 102) substituer un bénéficiaire à un autre (Civ. 1^{re}, 12 déc. 2006, n° 04-17.430) l'engager seul pour garantir sa propre dette (art. 1413), mais il ne peut pas, seul, l'engager pour garantir la dette d'autrui* »¹²³.

127. Il peut également paraître disproportionné qu'un époux ne puisse pas garantir la dette d'autrui sans le consentement de son conjoint alors qu'il peut vendre seul le même bien. Mais en réalité, selon M. Grimaldi, « *il n'y a point de contradiction. S'il est vrai que l'affectation d'un bien en garantie est moins grave que son aliénation, c'est à la condition que ce soit en garantie de sa propre dette ; si c'est en garantie de la dette d'autrui, l'acte crée un risque d'appauvrissement sans contrepartie, qui, finalement, le rend aussi grave qu'un acte d'aliénation à titre gratuit* »¹²⁴.

¹²³ J. REVEL, D. 2006. Pan. 2128.

¹²⁴ M. GRIMALDI, D. 1995. II. P 327.

Chapitre II : Sûreté réelle pour autrui, sûreté personnelle et communauté

128. Si le législateur est intervenu pour protéger la communauté contre la prise de sûreté réelle par un époux pour garantir la dette d'autrui, rien n'empêche les parties de prévoir une garantie mêlant sûreté réelle pour autrui et sûreté personnelle. Cet engagement reposera sur la liberté contractuelle de l'article 1134 du Code civil. Ainsi, les parties pourront soit additionner les deux sûretés (Section 1), soit les superposer (Section 2), ou encore limiter le cautionnement d'un époux à un ou plusieurs biens communs (Section 3).

Section 1 : L'addition d'une sûreté personnelle et d'une sûreté réelle pour autrui

129. L'addition d'une sûreté personnelle et d'une sûreté réelle pour autrui a été validée par la jurisprudence (paragraphe 1), cependant il faut néanmoins respecter les règles afférentes au régime matrimonial (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Validité d'une telle sûreté

130. Comme nous l'avons précédemment vu, l'addition (également appelée juxtaposition) consiste à garantir la même dette par un cautionnement et par une sûreté réelle, ces deux garanties étant indépendantes l'une de l'autre, la nullité de l'une n'entraîne pas la nullité de l'autre.

131. A priori rien n'empêche la rédaction d'un tel acte conformément à la liberté de contracter de l'article 1134 du Code civil. C'est ce qu'a confirmé la Chambre commerciale de la Cour de cassation dans un arrêt du 21 mars 2006¹²⁵ en décidant que l'adjonction d'une

¹²⁵ Cass. com., 21 mars 2006, 05-12.864 ; D. 2006, 913, Note V. AVENA-ROBARDET ; S. PRINGENT, *Un cautionnement conjoint à une hypothèque consentie pour garantir la dette d'autrui demeure un cautionnement*, petites affiches, 31 mai 2006, n°108 ; RTD Com. 2007 p. 227, note A. MARTIN-SERF, *Une sûreté réelle consentie pour garantir la dette d'un tiers n'est pas un cautionnement mais peut se doubler d'un cautionnement – Pour d'autres exemples V. A-N. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, Les sûretés personnelles, traité de Droit civil, J.*

sûreté réelle à un cautionnement ne remet pas en cause ce cautionnement, celui-ci continue d'exister.

132. Ces sûretés étant indépendantes l'une de l'autre, la jurisprudence a admis que le créancier puisse les mettre en œuvre ensemble ou séparément¹²⁶.

Paragraphe 2 : Addition et régime matrimonial

133. Cependant se pose la question du pouvoir des époux d'engager la communauté par une telle double sûreté. Rappelons que pour pouvoir se porter caution, l'article 1415 du Code civil impose le consentement exprès des deux époux, alors que pour affecter un bien commun en garantie de la dette d'autrui, les articles 1422 et 1424 n'imposent qu'un consentement tacite. Par conséquent il est recommandé au rédacteur d'acte de faire participer les deux époux à l'acte, à défaut le cautionnement sera entaché de nullité alors que la sûreté réelle sera valide si le créancier prouve que le conjoint avait connaissance de la passation de l'acte et qu'il n'y opposait pas de refus.

134. Ces deux sûretés étant indépendantes, la nullité pour défaut de consentement du conjoint de l'une d'elles n'entraînera pas la nullité de l'autre.

135. De plus, ces deux sûretés étant indépendantes, le délai d'action et leurs titulaires seront différents. En effet, l'action en inopposabilité du cautionnement à la sûreté sera ouverte aux deux époux et ceux-ci auront pour limite le délai de prescription de droit commun (5 ans à partir de la signature de l'acte pour l'époux garant et 5 ans à partir du jour où l'époux non garant a découvert l'engagement de sûreté). Alors que l'action en nullité de la sûreté réelle pour autrui ne sera ouverte qu'au conjoint non consentant et dans la limite de « *deux années à partir du jour où il a eu connaissance de l'acte, sans pouvoir jamais être intentée plus de deux ans après la dissolution de la communauté* »¹²⁷.

GHESTIN, LGDJ, 2010, n°28, p 191 – V. P. SIMLER, Cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnitaires, Traité, Litec, 2008, 4^{ème} éd. N°20, p. 24.

¹²⁶ Cass. 1^{re} civ., 18 mars 1997, Jursi-data n° 001266 ; JCP 1998, I, 103, n° 1, obs. P. SIMLER - Cass. 1^{re} civ., 9 nov. 2004, 01-03.772 ; D. 2004, AJ p. 3135.

¹²⁷ Article 1427 du Code civil.

Section 2 : La superposition d'une sûreté personnelle et d'une sûreté réelle pour autrui

136. L'époux caution pourra aussi contre-garantir son cautionnement par une sûreté réelle, se pose alors la remise en cause d'une telle sûreté pour absence de consentement de son conjoint à l'affectation d'un bien commun (Paragraphe 1) mais aussi la question du devenir de la sûreté pour une même absence concernant le cautionnement (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Superposition et article 1422

137. Comme nous l'avons vu précédemment, la superposition consiste « *dans la souscription par la caution d'une sûreté réelle garantissant son propre engagement personnel* »¹²⁸. C'est donc bien le cautionnement qui est garanti par une sûreté réelle et non plus la dette du tiers¹²⁹. Cette forme de garantie repose sur la liberté contractuelle de l'article 1134 et a été approuvée par la jurisprudence¹³⁰.

138. Cependant comme le remarque M. Simler¹³¹: « *la sûreté réelle est cette fois l'accessoire de celle personnelle et sera donc tributaire de la validité et de l'exigibilité de cette dernière* », par conséquent, la remise en cause de la sûreté réelle n'entraînera pas la remise en cause du cautionnement, en revanche, la nullité du cautionnement entraînera la caducité de la sûreté réelle pour autrui¹³².

139. De plus, le créancier ne pourra pas mettre en œuvre l'une ou l'autre des deux sûretés selon sa volonté, il devra tout d'abord mettre en œuvre l'engagement personnel du

¹²⁸ P. SIMLER, *Le cautionnement hypothécaire est-il un cautionnement ?* JCP éd. N, 6 janvier 2006, n°1009, P.35.

¹²⁹ V. notamment P. SIMLER, *Cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnitaires*, Traité, Litec, 2008, 4^{ème} éd. N°20, p. 26.

¹³⁰ Cass. com., 29 novembre 1988, Bull. civ. 1998, IV, n°331 a propos d'une sûreté réelle portant sur un bien d'une société pour garantir l'engagement de caution d'un dirigeant – Cass. 1^{re} civ., 15 novembre 2005, 03-15.473.

¹³¹ P. SIMLER, *Le cautionnement hypothécaire est-il un cautionnement ?* op. cit, note (126).

¹³² Ex : CA Rennes, 31 mai 2001, Juris-data n°170001, jugeant que l'extinction du cautionnement pour défaut de déclaration de la créance emporte extinction de l'hypothèque constituée en contre-garantie.

garant, et c'est seulement si ce dernier fait défaut à sa qualité de caution qu'il pourra alors saisir le bien affecté en garantie.

140. Se pose ici aussi la question du pouvoir des époux. Si la question du cautionnement est traditionnelle, celui-ci requière l'accord exprès des deux époux, la question de la sûreté réelle pour autrui est plus délicate. En effet, comme le remarque un auteur¹³³ *«prise à la lettre, cette disposition (l'article 1422 alinéa 2) est manifestement incompétente »* puisqu'à y regarder de près, l'article 1422 alinéa 2 prévoit la cogestion des époux pour tout bien commun affecté en *«garantie de la dette d'un tiers »*, or dans cette situation l'époux affecte le bien commun en garantie de son propre engagement personnel ; dans cette situation l'époux est à la fois débiteur et garant. Ainsi selon la stricte lettre du code civil, il n'y a pas application de l'article 1422 alinéa 2 lorsqu'un époux garantit son engagement de caution par un bien commun, celui-ci peut donc faire cet acte seul sans encourir la nullité.

141. Cependant un doute est permis puisque dans un arrêt en date du 28 février 2006¹³⁴, la première chambre civile de la Cour de cassation¹³⁵ a refusé, à propos d'une sûreté réelle affectant un bien commun à l'engagement de caution d'un époux, d'appliquer l'article 1415, en rappelant comme dans l'arrêt du 2 décembre 2005 qu' *« une sûreté réelle consentie pour garantir la dette d'un tiers n'implique aucun engagement personnel à satisfaire l'obligation d'autrui et n'est pas dès lors un cautionnement »*. Par cette occasion la cour de cassation a peut-être voulu affirmer qu'une telle sûreté est une sûreté réelle pour autrui traditionnelle, et par extension, il faudrait donc désormais la soumettre à l'article 1422. Ce serait toutefois faire une application trop extensive de l'article 1422 puisque comme le remarque M. Brémond, les juges n'avaient pas besoin de préciser qu'il s'agissait de garantir la dette d'autrui pour écarter l'application de l'article 1415 (puisque depuis la jurisprudence du 2 décembre 2005 celui-ci ne s'applique pas aux sûretés réelles pour autrui).

142. Dans une telle situation le garant et le débiteur étant tous deux la même personne, il n'en reste pas moins que ces deux sûretés restent l'accessoire de la créance qui est bien celle

¹³³ V. BREMOND, *L'affectation d'un bien commun en garantie de la dette d'un tiers*, JCP N, 2006, n° 1255, p 1411

¹³⁴ Donc antérieur à la création de l'alinéa 2 de l'article 1422.

¹³⁵ Cass. 1^{re} civ., 28 février 2006, N° 02-10.602 ; juris-data n°2006-032394.

d'un tiers, il serait donc opportun dans un souci de protection de la communauté qu'une intervention législative ou judiciaire vienne admettre l'application de l'article 1422 alinéa 2.

Paragraphe 2 : Superposition et article 1415

143. Enfin, se pose la question du devenir de la sûreté réelle en cas d'absence de consentement exprès du conjoint au cautionnement. En effet, nous savons que dans une telle situation, le droit de gage du créancier est limité aux biens propres et aux revenus de la caution. Cependant le bien affecté en garantie de ce cautionnement est un bien commun, le créancier peut-il le saisir ? A priori la première solution serait de prononcer la nullité de la sûreté réelle, en effet, celle-ci portant sur un bien commun, et la communauté échappant au droit de gage du créancier, celui-ci ne pourrait saisir le bien. Mais dans les faits, rien n'empêche aux époux de garantir l'engagement personnel d'un époux par une sûreté réelle portant sur un bien commun. Par conséquent le créancier pourrait saisir le bien. Cette deuxième solution laisse tout de même transparaître un élément gênant : puisque les époux pouvaient méconnaître lors de la signature de la sûreté réelle que le cautionnement de l'un d'eux était limité par l'article 1415, or ceux-ci auraient pu refuser d'affectés un bien commun s'ils avaient eu connaissance de la limitation de l'engagement de caution aux biens propres et aux revenus. Dans cette incertitude, et à défaut de décision jurisprudentielle, il appartient une fois de plus aux rédacteurs d'actes d'être le plus prudent possible et de requérir la signature des deux époux à l'acte.

Section 3 : L'engagement personnel d'un époux limité à un bien commun

144. Toujours selon la volonté contractuelle de l'article 1134, les cocontractants pourraient convenir d'un engagement de caution limité à un ou plusieurs biens, ainsi ils dérogeraient à l'article 2284, selon lequel « *Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir* »,

qui n'est pas d'ordre public en réduisant le droit de gage du créancier¹³⁶. Cependant, cette sûreté étant un cautionnement, le créancier ne possède ni droit de suite, ni droit de préférence¹³⁷, mais parallèlement à cette restriction du droit de gage, la caution s'engage à ne pas vendre le bien sans l'accord du créancier, c'est ce que l'on appelle une sûreté négative.

145. Ainsi l'un des époux peut parfaitement s'engager en tant que caution limitée à certains biens, mais reste à savoir s'il doit requérir ou non l'accord de son conjoint, et à défaut, quelles en seraient les conséquences.

146. Si l'époux s'engage en tant que caution limitée à certains biens propres, le défaut de consentement du conjoint n'aura pas de conséquences. En effet, les biens étant propres, il n'a pas à requérir un tel accord, de plus la sanction de l'article 1415, à savoir la restriction du droit de gage du créancier aux biens propres et aux revenus n'aura aucune influence puisque le droit de gage est déjà réduit aux biens propres.

147. Cependant, si les biens limitant l'engagement sont des biens communs, la solution n'est pas la même. D'une part, si le consentement exprès du conjoint n'a pas été donné pour le cautionnement, l'article 1415 veut que le droit de gage du créancier soit réduit aux biens propres et revenus de la caution, or comme le contrat prévoit la limitation de l'engagement aux biens communs, il s'avère que le créancier voit son cautionnement privé de droit de gage. La solution serait peut-être d'appliquer le droit commun des articles 2284 et 1415, et ainsi donner comme droit de gage les biens propres de l'époux caution. Cette solution a été retenue par la 1^{ère} chambre civile, dans un arrêt du 15 février 1972 qui a admis la notion de sûreté négative et précisé que si la caution vendait un ou plusieurs des biens compris dans l'assiette du droit de gage du créancier, la limitation consentie devenait alors sans cause et devait cesser d'exister, s'ensuit l'application de l'article 2284 du code civil prévoyant « *un engagement (de la caution) sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir* ». Cependant il semble que cette solution ne vaille que si la caution est de mauvaise foi¹³⁸, il

¹³⁶ V. S. PRIGENT, *Un cautionnement conjoint à une hypothèque consentie pour garantie la dette d'autrui demeure un cautionnement*, note sous Cass. com., 21 mars 2006, petites affiches, 31 mai 2006, n°108.

¹³⁷ V. A-N. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, *Les sûretés personnelles*, Traité de Droit civil, Jacques Ghestin, LGDJ, 2010, n°279, p 191.

¹³⁸ V. S. PRIGENT, *Un cautionnement conjoint à une hypothèque consentie pour garantie la dette d'autrui demeure un cautionnement*, op. cit, note (136).

semble donc que l'absence de consentement exprès du conjoint entraîne l'inefficacité du cautionnement.

148. En revanche si le défaut de consentement du conjoint porte sur la limitation aux biens communs¹³⁹, il semble que l'article 1422 alinéa 2 soit applicable puisque celui-ci prévoit l'affectation d'un bien commun « *en garantie de la dette d'un tiers* », ce qui est le cas en espèce. Dans cette optique, l'article 1422 entrainerait la nullité du cautionnement.

¹³⁹ Ce qui est peu probable étant donné qu'a priori la limitation du cautionnement aux biens communs devrait apparaître dans l'acte de cautionnement.

Conclusion :

149. Face à la menace constante, telle une épée de Damoclès, pesant sur le patrimoine de la communauté suite à la prise à l'affectation par un seul époux d'un bien commun pour garantir la dette d'autrui, le législateur a décidé d'éviter ce genre de situation en imposant l'accord des deux époux sous peine de nullité.

150. Outre la spéculation théorique concernant la nature bafouée ou retrouvée de cette sûreté, l'intervention législative se doit d'être saluée pour la protection qu'elle apporte au patrimoine conjugal.

151. Cependant il reste quelques vides juridiques sources d'insécurité. Nous ne pouvons donc qu'encourager le législateur à parfaire sa réforme en ajoutant quelques précisions.

Bibliographie :

I- CODES :

- Code civil, LexisNexis, 2013.
- Code de commerce, Dalloz, 2012.

II- TRAITES ET OUVRAGES GENERAUX :

- **CABRILLAC (M.), MOULY (C.), CABRILLAC (S.), PETEL (P.)**, *Droit des sûretés*, Litec, 9^{ème} éd., 2010.
- **BOURASSIN (M.), BREMOND (V.), JOBARD-BACHELLIER (M-N.)**, *Droit des sûretés*, Sirey, 4^{ème} éd., 2014.
- **MESTRE (J.), PUTMAN (E.) et BILLAU (M.)**, *Droit spécial des sûretés réelles*, Traité de droit civil, sous la direction de **GHESTIN (J.)**, LGDJ, 1996.
- **MALAURIE (Ph.) et AYNES (L.)**, *Les régimes matrimoniaux*, Defrénois, 3^{ème} ed., 2010.
- **DAURIAC (I.)**, *Les régimes matrimoniaux et le pacs*, LGDJ, 3^{ème} ed, 2012.
- **BARTHEZ (A-N.), HOUTCIEFF (D.)**, *Les sûretés personnelles*, Traité de Droit civil, Sous la direction de **GUESTIN (J.)**, LGDJ, 2010.
- **MIGNOT (M.)**, *Droit des sûretés*, Montchrestien, 2010.
- **SIMLER (P.)**, *Cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnitaires*, Traités, 4^{ème} éd., Litec, 2008.
- **REVEL (J.)**, *Les régimes matrimoniaux*, Dalloz, 6^{ème} éd., 2012.
- *Lamy Droit des régimes matrimoniaux, successions et libéralités*, dirigé par **MESTRE (J.)**, Lamy, 2013.

IV-DICTIONNAIRE :

- **CORNU (G.)**, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 10^{ème} éd., janvier 2014.

V-THESE ET MEMOIRE :

- **ANSAUT (J-J.)**, *Le cautionnement réel*, Th. Paris 3, 2006, Defrénois, 2009, préface **CROCQ (P.)**.
- **SEGAUD (A.)**, *Le cautionnement réel*, Mémoire DEA Reims, 2003, sous la direction de **BROCARD (E.)**.

VI- ARTICLES DE DOCTRINE :

- **AVENA-ROBARDET (V.)**, *Le cautionnement réel n'implique aucun engagement personnel*, D 2002, n°1, P.61.
- **BEIGNIER (B.)**, *Bicentenaire d'Austerlitz ; le Trafalgar du cautionnement réel*, Dr. Fam, 2006, étude n°13.
- **BREMOND (V.)**, *L'affectation d'un bien commun en garantie de la dette d'un tiers*, JCP éd. N 2006, n°1255, p. 1411.
- **CABRILLAC (R.)**, *Actualité 2006 du droit des régimes matrimoniaux*, Revue Lamy Droit Civil, 2007.
- **CHEMIN-BOMBEN (D.)**, *Ordonnance « sûretés » : fiche de lecture du nouveau livre IV du Code civil*, Revue Lamy Droit des Affaires, mai 2006, n°253, p.29.
- **CORGAS-BERNARD (C.)**, *Le temps des sûretés réelles pour autrui*, Revue Lamy Droit Civil, octobre 2007, n°2698, p. 29.
- **CROCQ (P.)**, *Le cautionnement réel ou les affres de la polysémie*, RTD civ. 1999, p. 156.
- **DEVEZE (J.)**, *l'article 1415 du code civil et le cautionnement réel*, Bulletin Joly Sociétés, 1^{er} aout 2002, n°8, p. 871.
- **DUPICHOT (P.)**, *chronique du droit des sûretés*, Droit et patrimoine, février 2006.
- **DURANT (S.)**, *La prise de garantie immobilière sur un bien commun par un seul époux*, JCP éd. N, 2007, n°1334, p.16.
- **FARGE (M.)**, *La controverse du 'cautionnement réel' apaisée par un petit ajout à l'article 1422 du Code civil réalisé à l'occasion de la réforme du droit des sûretés*, Droit de la famille n°5, Mai 2006, alerte 31.
- **GRUA (F.)**, *Le cautionnement réel*, JCP éd. G 1984, I, n°3167.

Sûreté réelle pour autrui et régime matrimonial légal

- **LESBATS (Ch.)**, *Le cautionnement sous un nouveau jour*, Droit et patrimoine, juillet-août 2001.
- **MARTIN-SERF (A.)**, *Une sûreté réelle consentie pour garantir la dette d'un tiers n'est pas un cautionnement mais peut se doubler d'un cautionnement*, Petites affiches, 31 mai 2006, n°108.
- **MIGNOT (M.)**, *Cautionnement réel : un opportun retour à l'ordre*, Revue Lamy Droit Civil, N°24, février 2006, p.23.
- **MIGNOT (M.)**, *Nature du cautionnement réel : quand la volonté de la Cour de cassation l'emporte sur celle des parties*, Revue Lamy Droit Civil, 2006, n°23.
- **MIGNOT (M.)**, *Le devenir de la sûreté réelle pour autrui dans la jurisprudence récente*, JCP éd. N 2012, n°1340, p. 49.
- **PILLET (G.)**, *La garantie réelle de la dette d'autrui et le régime de communauté : entre passé et avenir*, Revue Lamy Droit Civil, avril 2006, n°2012, p.45.
- **POULET (L.)**, *La sûreté réelle constituée pour autrui dans le régime de communauté*, Defrénois, 15 octobre 2006, n°19, p. 1441.
- **REVEL (J.)**, *La garantie de la dette d'autrui et le droit du régime matrimonial*, D 2006, p. 1309.
- **SAVOURE (B.)**, *Le cautionnement dans tous ses états : dernières actualités*, Droit et patrimoine, 2003 n°117.
- **SIMLER (P.)**, *Le cautionnement réel est réellement –aussi– un cautionnement*, JCP éd G. 2001, I, 367.
- **SIMLER (P.)**, *Eppur, si muove ! Et pourtant, une sûreté réelle constituée en garantie de la dette d'un tiers est un cautionnement... réel*, JCP éd G, 2006, I, 172.
- **VAUVILLIE (F.)**, *L'article 1415 du code civil s'applique toujours au cautionnement réel, mais plus comme avant*, Revue juridique Personnes et Famille, 2002

VII- PRINCIPALES NOTES DE JURISPRUDENCE :

- **ANSAULT (J-J.)**, note sous Cass. 1^{re} civ., 13 septembre 2011, *Combinaison hasardeuse d'une sûreté réelle et d'un cautionnement personnel*, RLDC, novembre 2011, n°4417, p.37.

- **ANSAULT (J-J)**, note sous Cass., com, 24 mars 2009, *Quand le devoir de mise en garde rencontre le cautionnement réel*, Revue Lamy Droit Civil, septembre 2009, n°3534, p. 29.
- **ARLIE (D.)**, note sous cass. 1^{re} civ., 15 mai 2002, *A propose de la double nature conférée au cautionnement réel*, Petites affiches, 27 mars 2003, n°62, p.17.
- **AVENA-ROBARDET (V.)**, note sous Cass. ch. Mixte, 2 décembre 2005, *Le cautionnement réel n'implique aucun engagement personnel*, D. 2006, n°1, p.61.
- **AYNES (L.)**, note sous Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2002, D. 2002, p. 3337.
- **AYNES (L.)**, note sous Cass. Ch. Mixte, 2 décembre 2005, D. 2006, n°10, p 733.
- **BARBEROT (C.)**, note sous Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2002, *Conséquences de l'application de l'article 1415 du Code civil au cautionnement réel*, D. 2002, n°22, p.1780.
- **BEIGNIER (B.)**, note sous Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2002, *Le nantissement constitué par un tiers pour le débiteur est un cautionnement réel soumis à l'article 1415 du Code civil*, Droit de la famille, n°7, juillet 2002.
- **BERLIOZ (P.)**, note sous Cass. 1^{re} civ., 20 février 2007, petites affiches, 31 mai 2007, n°109.
- **BONNET (V.)**, note sous Cass. 1^{ère} Civ., 4 mai 1999, *Le cautionnement réel est il réellement un cautionnement ?* D. 2000, I, p 302.
- **BORGA (N.)**, note sous Cass. com., 24 mars 2009, *Exclusion du devoir de mise en garde en présence d'une sûreté réelle pour autrui*, D. 2009, p. 1661.
- **CHAMPENOIS (G.)**, Defrénois 2000, art. 37196.
- **CHAMPENOIS (G.)**, note sous Cass. 1^{re} civ., 11 avril 1995, Defrénois, 15 décembre 1995, n°23, p. 1484.
- **CHAMPENOIS (G.)**, Defrénois 1995, art. 36214
- **CROCQ (P.)**, note sous Cass. ch. Mixte, 2 décembre 2005, D. 2006, p.2856.
- **CROCQ (P.)**, RTD civ 2000 p 370.
- **CROCQ (P.)**, note sous Cass. 1^{re} civ., 7 mai 2008, *La sûreté réelle pour autrui est nécessairement proportionnée aux facultés de celui qui la consent*, RTD civ. 2008. P. 700
- **FADDOUL (J .)**, note sous Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} février 2000, D. 2000, p.143.
- **GRIMALDI (M.)**, note sous Cass. 1^{re} civ., 28 février 1995, D. 1995, Somm. P 327.

- **GRIMALDI (M.)**, note sous Cass. com., 13 novembre 2002, *Revue des contrats*, 1^{er} décembre 2001, n°1, p. 170.
- **LEGEAIS (D.)**, note sous Cass. com., 24 mars 2009, *Cautionnement, absence de droit de mise en garde en présence d'une sûreté réelle consentie pour autrui*, RTD com. 2009, p. 425.
- **PIEDELIEVRE (S.)**, note sous Cass. 1^{re} civ., 20 juin 2006, JCP G 2006, II, 1014.
- **PIEDELIEVRE (S.)**, note sous Cass. 1^{re} civ., 11 avril 1995, D. 1996, p. 204.
- **PRIGENT (S.)**, note sous Cass. com., 21 mars 2006, *Un cautionnement conjoint à une hypothèque consentie pour garantir la dette d'autrui demeure un cautionnement*, Petites affiches, 31 mai 2006, p. 17.
- **REVEL (J.)**, note sous Cass. civ. 3^e, 14 novembre 2007, D 2008 p 2247.
- **SAINTE-ROSE (J.)**, avis sous Cass. Ch. Mixte, 2 décembre 2005, *Une chambre mixte se prononce sur la nature du cautionnement réel*, D 2006, n°10, p 729.
- **SIMLER (P.)**, note sous Cass. 1^{re} civ., 20 juin 2006, JCP G 2006, I, 195.
- **SIMLER (P.)**, *Cautionnement réel souscrit par un époux sans l'accord de l'autre. Application de l'article 1415 ?* JCP éd. G 1995, I, n°3889, n°9.
- **SIMLER (P.)**, note sous Cass. 1^{re} civ., 11 avril 1995, JCP 1995, I, n°3869, n°9.
- **SIMLER (P.)**, note sous Cass. civ. 1^{re}, 20 janvier 1998, JCP 1999, I, 154.
- **SIMLER (P.)**, note sous Cass. 1^{re} civ., 20 février 2007, JCP éd. G 2007, I, 142, n° 20.
- **SIMLER (P.)**, note sous Cass. ch. Mixte, 2 décembre 2005, *Le cautionnement hypothécaire est il un cautionnement ?* JCP éd. N 2006, n° 1009, p. 35.
- **SIMLER (P.) et DELEBECQUE (P.)**, JCP éd. G 2002, I, 162.
- **SIMLER (P.) et DELEBECQUE (P.)**, JCP éd. G 1999, I, 156, n° 5.
- **SIMLER (P.) et DELEBECQUE (P.)**, JCP éd. G 2000, I, 257, n°5.
- **VAUVILLE (F.)**, note sous Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2002, *Revue Juridique Personnes et Famille*, 2002, n°9.
- **VAUVILLE (F.)**, note sous Cass. ch. Mixte, 2 décembre 2005, *L'article 1415 ne s'applique plus au cautionnement réel, désormais soumis à cogestion*, *Revue juridique personnes et familles*, 5 mai 2006, p. 14.
- **VAUVILLE (F.)**, note sous Cass. 1^{re} civ., 20 février 2007, *Communauté : l'article 1422, alinéa 2 du Code civil n'est pas applicable aux contrats conclus avant le 25 mars 2006*, *Revue juridique personnes et famille*, 5 mai 2007, p18.

Sûreté réelle pour autrui et régime matrimonial légal

- Note sous Cass. 1^{re} civ., 20 février 2007, *l'article 1422, alinéa 2 du Code civil n'est pas applicable aux contrats conclus avant le 25 mars 2006*, Revue Juridique Personnes et Famille - 2007 - n° 5.
- Note sous Cass. 1^{re} civ., 9 novembre 2004, *Cautionnement réel, confirmation et plus des arrêts de 2002*, Revue Lamy Droit Civil 2004, N°11.