

NOTE

**La protection du tiers affectant hypothécaire
et le bénéfice de subrogation**

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION ET PLAN DE LA NOTE	n ^{os} 1 à 2
I. — LA NATURE JURIDIQUE DU CONTRAT CONCLU AVEC LE TIERS AFFECTANT HYPOTHÉCAIRE	n ^{os} 3 à 4
II. — LE CHAMP D'APPLICATION DU BÉNÉFICE DE SUBROGATION	n ^{os} 5 à 6
III. — LES RESSOURCES DU DROIT COMMUN DES OBLIGATIONS	n ^{os} 7 à 15
A. — Une piste féconde : la bonne foi	n ^{os} 8 à 13
B. — Une piste vouée à l'échec : l'article 1382 de l'ancien Code civil	n ^{os} 14 à 15
CONCLUSION	n ^o 16

1. Introduction. Avec son arrêt du 10 décembre 2020 (1), la section française de la première chambre de la Cour de cassation prend position dans une controverse classique : la personne qui hypothèque un immeuble en garantie de la dette d'autrui peut-elle être qualifiée de caution réelle avec pour conséquence qu'elle se verra appliquer les articles de l'ancien Code civil relatifs au contrat de cautionnement ?

En l'espèce, la question portait sur l'application du bénéfice de subrogation, appelé aussi bénéfice de cession d'actions.

Les faits qui ont donné lieu à cet arrêt peuvent être résumés comme suit.

Une banque avait accordé un crédit à une société qu'elle avait fait garantir par plusieurs sûretés : deux cautionnements personnels et l'affectation par un tiers d'un immeuble en garantie hypothécaire. Les cautionnements étaient consentis par le gérant de la société et par son épouse, fondatrice et actionnaire de la société (2). Une autre sûreté était accordée par une seconde société sous la forme d'une hypothèque. La banque décida de libérer l'épouse de son engagement au motif que celle-ci pouvait être considérée comme caution à titre gratuit. Se fondant sur le bénéfice de subrogation, le tiers affectant hypothécaire demanda à être déchargé de cette hypothèque. Il soutint que la banque n'aurait pas dû libérer la caution personnelle de ses engagements dès lors que, étant fondatrice et actionnaire du débiteur principal ainsi qu'épouse

(1) Arrêt commenté par C. STANDAERT, « Application des dispositions de l'ancien Code civil en matière de cautionnement personnel au cautionnement réel : la Cour de cassation a-t-elle procédé à un revirement de jurisprudence ? », *Forum financier/Droit bancaire et financier*, 2021, pp. 211 et s. ; C. BEDORET, « Insolvabilité. Jurisprudence récente de la Cour de cassation », *Bulletin Juridique et Social*, 2021, n^o 665, p. 5. L'arrêt est publié sur Juportal.be, C.19.0336.F, avec les conclusions de l'avocat général Ph. de Koster.

(2) Le gérant de la société s'était également porté caution. Il n'a toutefois, contrairement à son épouse, pas été libéré de son engagement par la banque.

de son gérant, elle avait un intérêt économique évident à ce que cette société prospérât, de sorte qu'elle ne pouvait être considérée comme caution à titre gratuit.

En conséquence, la banque aurait, selon le tiers affectant hypothécaire, violé l'article 2037 de l'ancien Code civil, aux termes duquel «La caution est déchargée, lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et privilèges du créancier ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution»(3).

La cour d'appel de Mons accueillit cette exception péremptoire.

Sur conclusions conformes du ministère public(4), la Cour de cassation censura toutefois la décision *a quo* au terme de la motivation suivante :

«Aux termes de l'article 2011 de l'ancien Code civil, celui qui se rend caution d'une obligation, se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation si le débiteur n'y satisfait pas lui-même. Celui qui fournit une sûreté réelle au créancier pour garantir la dette d'autrui n'est pas, contrairement à la caution, tenu personnellement de cette dette en cas de défaillance du débiteur et n'engage pas l'ensemble de son patrimoine; son engagement est limité à l'affectation du bien grevé de la sûreté. Il s'ensuit que les règles relatives au cautionnement ne s'appliquent pas à l'engagement du tiers affectant réel. Celui-ci ne peut dès lors prétendre au bénéfice de l'article 2037 de l'ancien Code civil qui prévoit la décharge de la caution lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et privilèges du créancier ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution».

2. Plan de la note. L'arrêt commenté est doublement intéressant. Tout d'abord, il prend position sur le terrain des qualifications juridiques : la Cour rejette la qualification de caution réelle pour lui préférer celles de « tiers affectant réel » et de « sûreté réelle (...) pour garantir la dette d'autrui » (I). Ensuite, la Cour précise le champ d'application de l'article 2037 de l'ancien Code civil, en évinçant le tiers affectant réel (II). On montrera toutefois que celui-ci pourrait se fonder sur le droit commun des obligations pour tenir en échec la prétention du créancier (III).

I. — LA NATURE JURIDIQUE DU CONTRAT CONCLU AVEC LE TIERS AFFECTANT HYPOTHÉCAIRE

3. Un cautionnement réel. Tant en Belgique qu'en France, une partie de la doctrine emploie l'expression de « cautionnement réel » pour qualifier la situation du tiers qui affecte un de ses biens en garantie de paiement de la

(3) À propos de ce texte, voy. S. BETANT-ROBET, « La décharge de la caution par application de l'article 2037 », *Rev. trim. dr. civ.*, 1974, pp. 309 et s. ; A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, v° « Cautionnement », *R.P.D.B. (complément)*, t. 5, Bruxelles, Bruylant, 1977, pp. 184 et s. ; F. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 389 et s. ; M.A. LEFEBVRE-MASSCHELEIN, *Het verval van een recht in het materieel privaatrecht. La déchéance*, Anvers, Cambridge, Intersentia, 2010, pp. 282 et s. ; *De Page. Traité de droit civil belge*, t. V, *Les sûretés et privilèges*, vol. 1, *Les garanties tangentielles* (dir. M. GRÉGOIRE, avec la coord. d'A. DURIAU), Bruxelles, Bruylant, Larcier, 2020, pp. 266 et s. En jurisprudence, voy. not. Cass., 4 juin 1971, *Pas.*, 1971, I, p. 941 ; Cass., 17 mars 2008, *Pas.*, 2008, p. 746.

(4) Disponibles sur Juportal.be, C.19.0336.F.

dette d'autrui(5). L'adjectif «réel» permet de distinguer le tiers affectant de la caution «personnelle», qui, en tant que sûreté personnelle, engage l'intégralité de son patrimoine en garantie de paiement de la dette d'autrui.

La section néerlandaise de la première chambre de la Cour de cassation, elle-même, a utilisé cette expression à, au moins, trois reprises.

Dans son arrêt du 6 mars 2009, elle considère que l'article 99, alinéa 1^{er}, de la loi hypothécaire ne s'applique pas uniquement au tiers détenteur de l'immeuble, mais aussi «à celui qui a admis sur son bien immeuble une hypothèque pour la dette d'autrui. Un créancier hypothécaire ne peut dès lors que saisir l'immeuble après avoir sommé la caution réelle conformément à l'article 99 de la loi hypothécaire»(6).

Dans son arrêt du 22 décembre 2006(7), la même section décide que : «Les règles en matière de cautionnement ne s'appliquent à la caution réelle que dans la mesure où elles sont conciliables avec sa nature. Les articles 2028 et 2029 du Code civil qui disposent que la caution qui a payé la dette a son recours contre le débiteur principal afin d'obtenir le remboursement de celui-ci et qu'à cet égard il est subrogé à tous les droits qu'avait le créancier contre le débiteur, s'appliquent de manière conforme à la caution réelle dès lors que l'éviction par les créanciers du droit de sûreté réelle à concurrence de sa valeur, doit être considérée comme un paiement de la dette principale».

Un troisième arrêt, en date du 29 mai 2015(8), confirme cette jurisprudence en l'appliquant à une autre disposition légale : «Le tiers qui fournit une sûreté réelle au créancier pour garantir la dette d'une autre personne n'est pas, contrairement à la caution, tenu de cette dette sur l'ensemble de son patrimoine, mais ne doit intervenir qu'à concurrence de la sûreté réelle. Les règles du cautionnement ne s'appliquent à la caution réelle que dans la mesure où elles sont compatibles avec la nature de celle-ci. L'article 1287, alinéa 1^{er}, du Code civil, aux termes duquel la remise ou décharge conventionnelle accordée au débiteur principal libère les cautions, s'applique aussi à la caution réelle».

De ces deux dernières décisions se déduisent quatre enseignements :

- le tiers affectant hypothécaire est qualifié de caution réelle ;
- celui-ci n'est tenu de la dette du débiteur que sur le bien hypothéqué, et non sur tout son patrimoine ;
- les dispositions de l'ancien Code civil relatives au cautionnement personnel s'appliquent au contrat conclu entre le créancier et ce tiers, mais uniquement dans la mesure où elles sont conciliables avec la nature du cautionnement réel ;
- tel est, à tout le moins, le cas des articles 2028, 2029 et 1287, alinéa 1^{er}, de l'ancien Code civil.

(5) En ce sens aussi, voy. not. R. VAN RANSBEECK, *De zakelijke borgtocht naar Belgisch recht*, Anvers, Apeldoorn, 2005, 580 p. ; J.-J. ANSAULT, *Le cautionnement réel*, préface P. Crocq, Paris, Defrénois, 2009, 692 p. ; E. DIRIX et R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, Malines, Kluwer, 2006, pp. 298 et s.

(6) Cass., 6 mars 2009, *Pas.*, 2009, p. 674.

(7) Cass., 22 décembre 2006, *Pas.*, 2006, p. 2858, *R. W.*, 2007-2008, p. 275, note R. VAN RANSBEECK.

(8) Cass., 29 mai 2015, *Pas.*, 2015, p. 1405, *R.G.D.C.*, 2016, p. 473, note P. JOISTEN (pp. 422 et s.), *R. W.*, 2016-2017, p. 307 (sommaire).

4. L'arrêt commenté. Dans l'arrêt annoté, la section française de la première chambre de la Cour de cassation se prononce sur la nature de l'engagement du tiers affectant réel en prenant le contre-pied des arrêts de 2006 et de 2015 : « Celui qui fournit une sûreté réelle au créancier pour garantir la dette d'autrui n'est pas, contrairement à la caution, tenu personnellement de cette dette en cas de défaillance du débiteur et n'engage pas l'ensemble de son patrimoine ; son engagement est limité à l'affectation du bien grevé de la sûreté ».

En décidant de la sorte, la Haute juridiction se rallie à la position que la Cour de cassation de France a adoptée dans un arrêt remarqué du 2 décembre 2005(9) et, plus récemment, dans un arrêt du 12 avril 2018(10). Elle s'était déjà prononcée en ce sens dans ses arrêts du 25 novembre 1812(11) et du 10 août 1814(12).

Une telle analyse, à laquelle nous souscrivons, est loin d'être isolée en doctrine belge.

Défendue par C. Alter, auquel les conclusions de l'avocat général Ph. de Koster se réfèrent, cette thèse était déjà soutenue, au XIX^e siècle, par F. Laurent(13) et, au XX^e siècle, par H. De Page. Pour celui-ci, « La distinction entre la caution personnelle et la caution réelle est, en réalité, une distinction imaginaire (...). Celui qui fournit un gage ou une hypothèque en garantie d'une dette d'un tiers ne s'oblige pas personnellement. Il n'est tenu que *propter rem*. Ce n'est pas une caution. Il en résulte qu'aucune des règles du cautionnement n'est applicable à la "caution réelle" »(14)(15).

II. — LE CHAMP D'APPLICATION DU BÉNÉFICE DE SUBROGATION

5. Une vieille controverse. Sur une série de points, le consensus règne tant en doctrine qu'en jurisprudence. Le bénéfice de cession d'actions s'applique, sans aucun doute possible, à tous les cautionnements, qu'ils soient simples ou solidaires(16), conventionnels, légaux ou judiciaires(17). Il est

(9) Cass. fr., ch. mixte, 2 décembre 2005 (pourvoi n° 03-18.210) : « 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 ».

(10) *Dalloz*, 2018, p. 1540, note A. GOUÉZEL « Pas de bénéfice de subrogation pour la caution réelle ».

(11) Cass. fr. civ., 25 novembre 1812, *Pas.*, 1812-1814, I, p. 34.

(12) Cass. fr. civ., 10 août 1814, *Pas.*, 1812-1814, I, p. 655.

(13) F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. 28, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant-Christophe, Paris, Librairie A. Marescq, aîné, 1878, p. 160, n° 151.

(14) H. DE PAGE (avec la collab. de R. DEKKERS), *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. 6, Bruxelles, Bruylant, 1942, p. 826, n° 846 et t. 7, 1957, 2^e éd., pp. 657-658, n°s 721 et s. Voy. aussi R. DEKKERS, *Précis de droit civil belge*, t. 2, Bruxelles, Bruylant, 1955, p. 786, n° 1338.

(15) Voy. aussi I. MOREAU-MARGRÈVE, « Évolution du droit et de la pratique en matière de sûretés », 24^e séminaire de la C.D.V.A., « Les créanciers et la faillite », novembre 1982, p. 22 : « Le vocable "caution réelle" est impropre en raison de l'ambiguïté qu'il crée entre cette sûreté réelle et la sûreté personnelle du cautionnement ».

(16) Voy. la longue démonstration de F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. 28, 3^e éd., *op. cit.*, pp. 299 et s., qui ferraille avec Troplong.

(17) A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, *v*° « Cautionnement », *op. cit.*, n° 266 ; De Page, *Traité de droit civil belge*, t. V, *Les sûretés et privilèges*, vol. 1, *Les garanties tangentiellles*, *op. cit.*, p. 277.

également acquis que le tiers acquéreur de l'immeuble hypothéqué ne peut se prévaloir de l'article 2037 (18), sa position ne présentant aucune analogie avec celle d'une caution. Le tiers qui a consenti une garantie à première demande ne peut pas davantage se prévaloir de ce texte, mais pour un autre motif : cette sûreté personnelle se caractérise par l'abstraction de l'engagement du garant et l'inopposabilité des exceptions qui en résulte (19). Enfin, pas plus que les autres dispositions relatives au cautionnement, l'article 2037 ne peut être appliqué à l'aval, le donneur d'aval étant un débiteur indépendant dont les droits et obligations sont fixés par le droit cambiaire (20).

En revanche, la question de savoir si cette disposition bénéficie au tiers affectant hypothécaire divise, depuis longtemps, la doctrine.

Bon nombre d'auteurs, tant en Belgique qu'en France, se montrent favorables à l'application de l'article 2037 à ce tiers. Au XIX^e siècle déjà, cette thèse pouvait se recommander de l'autorité de Delvincourt (21) et d'Aubry et Rau (22). Des auteurs plus récents, dont la figure de proue est R. Van Ransbeeck (23), abondent en ce sens : on songe notamment à M. Van Quickenborne (24) ou à F. T'Kint (25) (26). Pour ce premier courant doctrinal, l'article 2037 figure au nombre des dispositions relatives au contrat de cautionnement qui sont compatibles avec la nature de la caution réelle.

L'opinion inverse rallie, elle aussi, de nombreux auteurs. Dans son *Commentaire des petits contrats*, P. Pont écrivait ainsi : « Le caractère exceptionnel de l'art. 2037 et l'idée de déchéance qui s'y attache ne permettent

(18) *Traité élémentaire de droit civil de Marcel Planiol*, revu et complété par G. RIPERT, avec le concours de J. BOULANGER, 3^e éd., t. 2, Paris, LGDJ, 1949, n° 1979, p. 637 ; S. BETANT-ROBET, « La décharge de la caution par application de l'article 2037 », *op. cit.*, p. 317 ; M. VAN QUICKENBORNE, « Borgtocht », in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Malines, Kluwer, 1999, B.W. art. 2037, p. 180. En jurisprudence, voy. Cass. fr. civ., 2 décembre 1846, *D.P.*, 1847, I, p. 86, note L.-M. DEVILL.

(19) Nancy, 22 septembre 1997, *RTD com.*, 1998, p. 655.

(20) Cass., 3 avril 1981, *Pas.*, 1981, I, p. 851.

(21) DELVINCOURT, *Cours de Code civil*, nouvelle éd., t. 7, Bruxelles, P.J. De Mat, 1825, p. 371, qui se fonde sur un des considérants de Cass. fr., 23 janvier 1815, *S.*, 1815, I, p. 258.

(22) AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, 5^e éd., t. 6, revu et mis au courant de la législation et de la jurisprudence par E. BARTIN, Paris, Marchal et Billard, 1920, p. 248 et la note 20. Dans cette note, sont cités deux arrêts de la Cour de cassation de France, du 25 novembre 1812 et du 10 août 1814 (*Sir.*, 1815, I, 242). On peut y lire ce qui suit : « Le premier de ces arrêts, rendu par défaut, avait formellement consacré l'opinion contraire à celle que nous avons émise. Mais la cour régulatrice, ayant été saisie une seconde fois de la question, par suite de l'opposition formée à son premier arrêt, n'a pas maintenu la thèse qu'elle avait d'abord établie, et s'est décidée par d'autres motifs » (pp. 248-249).

(23) R. VAN RANSBEECK, *De zakelijke borgtocht naar Belgisch recht*, *op. cit.*, pp. 355 et s.

(24) M. VAN QUICKENBORNE, « De plichten van de schuldeiser jegens de borg », *T.P.R.*, 2000, p. 1522.

(25) F. T'Kint, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, 4^e éd., *op. cit.*, p. 358.

(26) Voy. aussi L. JOSSEAND, *Cours de droit civil positif français*, t. 2, 2^e éd., Paris, Sirey, 1933, p. 912, n° 1697 ; *Traité élémentaire de droit civil de Marcel Planiol*, 3^e éd., t. 2, *op. cit.*, n° 1979, p. 637 ; S. BETANT-ROBET, « La décharge de la caution par application de l'article 2037 », *op. cit.*, p. 317 ; E. DIRIX et R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, *op. cit.*, p. 299 ; A. TOUSSAINT, « Le cautionnement réel », *J.T.*, 2017, p. 137 ; *De Page. Traité de droit civil belge*, t. V, *Les sûretés et privilèges*, vol. 1, *Les garanties tangentiels*, *op. cit.*, p. 277.

pas non plus d'accorder le droit de s'en prévaloir à celui qui, sans s'obliger personnellement, aurait constitué sur ses biens une hypothèque pour sûreté de la dette d'un tiers. Ce n'est pas là une caution dans le sens de la définition donnée par l'art. 2011 (...). À la vérité, comme la caution, le tiers qui constitue hypothèque sur ses biens ne s'oblige pas principalement et n'entend s'engager qu'en contemplation des sûretés fournies par le débiteur. Et sur ce fondement quelques auteurs ont cru pouvoir étendre jusqu'à lui le bénéfice de l'art. 2037. Mais la raison de décider en sens contraire résulte de ce que l'affectation hypothécaire ne constitue pas un cautionnement, et que dès lors elle ne saurait conférer à celui qui l'a consentie un privilège exclusivement réservé par la disposition exceptionnelle de la loi à celui qui s'est obligé par un cautionnement» (27).

Cette thèse a prospéré par la suite (28). Ainsi, après avoir dénoncé l'ambiguïté des termes « caution réelle », la Professeure I. Moreau-Margrève a-t-elle pu écrire : « un confusionnisme en a découlé qui a conduit une certaine jurisprudence à reconnaître à la caution réelle, particulièrement hypothécaire et même à tout tiers détenteur d'un bien hypothéqué, le bénéfice de subrogation de l'article 2037 du Code civil ; la démarche nous paraît radicalement fautive et incohérente : l'article 2037 régit la caution personnelle et ne se retrouve pas dans les textes qui concernent hypothèques ou gages ; son extension par analogie de situation à la caution réelle comme à tout tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué devrait assez logiquement conduire à reconnaître ce bénéfice aux codébiteurs solidaires » (29) (30).

6. La jurisprudence de la Cour de cassation française. C'est à cette seconde opinion que notre Cour de cassation adhère dans l'arrêt annoté.

C'est la première fois que la Haute juridiction est saisie de la question, au contraire de la Cour de cassation française. La jurisprudence de celle-ci a fluctué au fil du temps.

Dans ses tout premiers arrêts (31), la Cour avait refusé le bénéfice de subrogation au tiers affectant hypothécaire avant de revenir, dans plusieurs arrêts, sur sa jurisprudence. L'arrêt le plus explicite a été rendu le 27 avril 1942 : « la subrogation dans les droits du créancier qui a lieu de plein droit en vertu de

(27) P. PONT, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence*, t. 9, *Commentaire-traité des petits contrats*, t. 2, *Cautionnement-transaction-Contrainte par corps-Nantissement*, Paris, Delamotte, 1867, pp. 182-183.

(28) F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. 28, 3^e éd., *op. cit.*, p. 160, n° 151 ; H. DE PAGE (avec la collab. de R. DEKKERS), *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. 6, *op. cit.*, p. 826, n° 846 et t. 7, *op. cit.*, pp. 657-658, n° 723 ; v° « Cautionnement », *R.P.D.B.*, t. 1, Bruxelles, Bruylant, Paris, LGDJ, 1949, p. 848, n° 406 ; J. RICHELLE, « Ceci n'est pas un cautionnement. Réflexions sur le "cautionnement réel" », in *Liber Amicorum Jean-Pierre de Bandt*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 543 et s. ; C. BIQUET-MATHIEU avec la collaboration de S. NOTARNICOLA, *La protection des sûretés personnelles dites faibles — Le point après la loi du 3 juin 2007 sur le cautionnement à titre gratuit*, C.U.P., vol. 100, Liège, Anthémis, 2008, pp. 34 et s.

(29) I. MOREAU-MARGRÈVE, « Évolution du droit et de la pratique en matière de sûretés », *op. cit.*, p. 22.

(30) Pour le même motif, le tiers affectant ne peut se prévaloir du bénéfice de discussion (Liège, 26 octobre 1937, *Pas.*, 1937, II, p. 9).

(31) Voy. en particulier Cass. fr. civ., 25 novembre 1812, *Pas.*, 1812-1814, I, p. 34.

l'art. 1251, § 2 (*sic*), au profit de celui qui est tenu pour d'autres au paiement de la dette, bénéficie à la caution réelle comme à la caution personnelle ; qu'il en découle (...) que la caution réelle doit être déchargée lorsque, par le fait du créancier, la subrogation ne peut plus s'opérer»(32).

Il fallut attendre un arrêt du 12 avril 2018 — arrêt auquel se réfère l'avocat général Ph. de Koster, dans ses conclusions précédant la décision annotée — pour que la Cour renouât avec sa jurisprudence initiale(33).

III. — LES RESSOURCES DU DROIT COMMUN DES OBLIGATIONS

7. Deux pistes. Cette interprétation de l'article 2037 a le mérite de la clarté : elle fait nettement le départ entre le cautionnement — sûreté personnelle — et l'hypothèque consentie par un tiers — sûreté réelle. On peut néanmoins lui reprocher de faire peu de cas de l'équité : pourquoi le tiers affectant hypothécaire mériterait-il moins d'égards de la part du législateur que la caution personnelle ?

De lege ferenda, il conviendrait, à notre avis, de lui reconnaître le bénéfice de subrogation ; nous y reviendrons (*infra*, n° 16).

Dans l'attente d'une telle consécration législative(34), les cours et tribunaux peuvent toutefois se tourner vers le droit commun des obligations.

De manière générale, celui-ci offre des ressources suffisantes au tiers affectant hypothécaire dans bon nombre d'hypothèses.

Certaines dispositions légales sont certes spécifiques au contrat de cautionnement et ne trouvent pas de correspondant dans le droit commun des obligations : tel est assurément le cas des articles relatifs aux bénéfices de discussion et de division. En revanche, d'autres textes ne sont, en réalité, que des applications particulières de ce droit commun et ne nécessitent donc pas un recours au concept de « caution réelle ». Ainsi, dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 22 décembre 2006, le tiers affectant hypothécaire qui a payé la dette principale aurait-il pu fonder son recours subrogatoire sur l'article 1251, 3°, de l'ancien Code civil, et son action personnelle, soit sur la gestion d'affaires, soit sur un contrat innommé le liant au créancier(35). Et, dans l'affaire qui fut à l'origine de l'arrêt du 29 mai 2015, le caractère accessoire de l'hypothèque suffisait à justifier la libération du tiers affectant consécutive à la remise de dette consentie au débiteur(36).

(32) Cass. fr. req., 27 avril 1942, *S.*, 1942, I, p. 114, notes 1 à 4. Voy. aussi Cass. fr. com., 17 mars 1992, *Bull. civ.*, 1992, IV, n° 115.

(33) Cass. fr. civ., 12 avril 2018, *Dalloz*, 2018, n° 18, note A. GOUÉZEL.

(34) H. De Page estimait ainsi qu'une extension du champ d'application *ratione personae* pouvait se défendre *de lege ferenda* (H. DE PAGE (avec la collab. de R. DEKKERS), *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. 7, *op. cit.*, p. 658, n° 723).

(35) A. TOUSSAINT, « Le cautionnement réel », *op. cit.*, p. 136 ; C. STANDAERT, « Application des dispositions de l'ancien Code civil en matière de cautionnement personnel au cautionnement réel : la Cour de cassation a-t-elle procédé à un revirement de jurisprudence ? », *op. cit.*, p. 216.

(36) C. STANDAERT, « Application des dispositions de l'ancien Code civil en matière de cautionnement personnel au cautionnement réel : la Cour de cassation a-t-elle procédé à un revirement de jurisprudence ? », *op. cit.*, p. 216.

Un constat analogue peut être formulé à propos de l'article 2037. L'observation n'a, du reste, pas échappé à C. Alter(37), dont les propos sont reproduits par l'avocat général Ph. de Koster, dans ses conclusions précédant l'arrêt annoté. Deux pistes sont avancées : celle de l'article 1134, alinéa 3, de l'ancien Code civil et celle de l'article 1382 du même Code.

La première piste, particulièrement féconde, nous paraît pouvoir être retenue (voy. *infra*, n^{os} 8 à 13); la seconde doit, en revanche, être écartée (voy. *infra*, n^{os} 14 et 15).

A. — Une piste féconde : la bonne foi

8. La fonction complétive de la bonne foi. On sait toute l'importance que revêt, depuis ces dernières décennies, le principe de l'exécution de bonne foi des conventions. Il se voit élevé au rang de principe fondamental des contrats, aux côtés des principes de liberté contractuelle, du consensualisme, de la convention-loi et de la relativité des effets internes du contrat. La bonne foi se voit notamment assigner une fonction complétive, qui impose à chaque partie contractante des devoirs additionnels leur imposant de se comporter en personnes raisonnables et diligentes(38).

Dans divers arrêts, la Cour de cassation a mis en évidence toute l'importance que revêt la bonne foi dans l'exécution des contrats. Son arrêt le plus important à cet égard est sans conteste celui du 5 juin 2014 : « L'article 1134, alinéa 3, du Code civil précise que les contrats doivent être exécutés de bonne foi. Cette disposition contient une norme de comportement, sur la base de laquelle le juge peut compléter le contrat par des devoirs additionnels qui dérivent de l'exigence de bonne foi »(39).

Diverses décisions de la Cour font application de ce principe.

On pense, tout d'abord, à son arrêt du 17 mai 2001 : si la règle contenue dans l'article 1134, alinéa 3, « n'impose pas au créancier de restreindre son dommage dans toute la mesure du possible, elle lui commande de prendre, avec loyauté, les mesures raisonnables qui permettent de modérer ou de limiter son préjudice »(40). Son arrêt du 7 juin 2012 est tout aussi intéressant : « Un contrat à durée indéterminée peut toujours être résilié unilatéralement moyennant le respect d'un délai raisonnable et une telle résiliation

(37) C. ALTER, « Les dispositions du Code civil en matière de caution personnelle (art. 2011 à 2043) ne s'appliquent pas au cautionnement réel, qui s'analyse en une sûreté réelle », note sous Anvers, 31 mai 1999, *R.G.D.C.*, 2002, p. 363.

(38) Voy., p. ex., J.-L. FAGNART, « L'exécution de bonne foi des conventions : un principe en expansion », note sous Cass., 19 septembre 1983, *R.C.J.B.*, 1986, p. 293; J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 838; F. VERMANDER, « De aanvullende werking van het beginsel van de uitvoering te goeder trouw van contracten in de 21ste eeuw : inburgering in de rechtspraak, weerspiegeling in de wetgeving en sanctionering », note sous Mons, 10 juin 2002 et Mons, 2 juin 2003, *R.G.D.C.*, 2004, pp. 572 et s.; P. VAN OMMESLAGHE, *Les obligations*, vol. I, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 194; Th. VAN SWEEVELT et B. WEYTS (eds), *Handboek. Verbintenissenrecht*, Anvers, Intersentia, 2019, pp. 300 et s.; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, n^o 394.

(39) Cass., 4 juin 2014, *R.G.D.C.*, *R.W.*, 2014-2015, p. 1543, note.

(40) Cass., 17 mai 2001, *J.T.*, 2002, p. 467. Voy. aussi Bruxelles, 20 décembre 2011, *R.G.A.R.*, 2012, n^o 14877, *R.D.C.*, 2012, somm. O. VANDEN BERGHE, p. 314.

est irrévocable»(41). Relevons aussi son arrêt du 25 juin 2020 : « L'obligation à charge d'un gérant de société d'exécuter de bonne foi son mandat implique à charge de ce dernier une obligation de loyauté vis-à-vis de la société qui comprend, notamment, sauf clause contraire, une interdiction d'exercer des activités concurrentes à celles de la société durant le cours de son mandat de gérant »(42).

On relèvera aussi que certains articles de l'ancien Code civil sont vus comme des applications particulières du principe de l'exécution de bonne foi des conventions. Il en va, par exemple, ainsi de l'article 1178, aux termes duquel « La condition est réputée accomplie lorsque c'est le débiteur, obligé sous cette condition, qui en a empêché l'accomplissement »(43)(44).

9. Une incombance. On ne voit évidemment pas pourquoi le contrat d'hypothèque conclu avec un tiers affectant serait soustrait à cet impératif, omniprésent, de la bonne foi.

Le pas est d'autant plus facile à franchir que l'article 2037 repose sur un « devoir de solidarité » envers la caution(45). Selon la doctrine moderne, ce texte n'est rien d'autre qu'une « application particulière du principe de l'exécution de bonne foi »(46). Comme l'écrit F. T'Kint, « On applique en l'espèce ce principe dans sa fonction dite complétive, qui permet au juge de déterminer le contenu et l'étendue des engagements contractuels en se référant aux règles de conduite imposées par la bonne foi dans la mise en œuvre, *in concreto*, du contrat. Et on explique ainsi que, sans dénaturer le cautionnement qui demeure bien un contrat unilatéral, il est permis d'exiger du créancier un comportement qui prenne en compte, indirectement, les intérêts de la caution. Tout contrat implique de soi, pour son exécution, une obligation de correction et de loyauté dans le chef des parties »(47).

À proprement parler, cette norme de comportement dictée par la bonne foi ne constitue pas une obligation juridique(48). On ne conçoit, en effet, pas que la caution puisse intenter une action en exécution en nature visant à obtenir

(41) Cass., 7 juin 2012, *Pas.*, 2012, p. 1317.

(42) Cass., 25 juin 2020, *R.G.D.C.*, 2021, p. 79, concl. min. pub., note M. SERVAIS.

(43) P.A. FORIERS et M.-A. GARNY, « Aspects des ventes conditionnelles », in *La vente. Développements récents et questions spéciales*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 210; M. VAN QUICKENBORNE, « Voorwaarde » (mise à jour par J. DEL CORRAL), in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, *op. cit.*, p. 111.

(44) Et dans le livre 5 du Code civil, voy. art. 5.144, al. 1^{er}.

(45) I. MOREAU-MARGRÈVE, « Faut-il réviser les dispositions du Code civil en matière de sûretés ? », in *Liber memorialis François Laurent*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1989, p. 596.

(46) S. BETANT-ROBET, « La décharge de la caution par application de l'article 2037 », *op. cit.*, p. 313; M. VAN QUICKENBORNE, « De plichten van de schuldeiser jegens de borg », *op. cit.*, pp. 1520 et s.; F. T'Kint, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, 4^e éd., *op. cit.*, p. 392; R. VAN RANSBEECK, *De zakelijke borgtocht naar Belgisch recht*, *op. cit.*, pp. 359 et s.; C. STANDAERT, « Application des dispositions de l'ancien Code civil en matière de cautionnement personnel au cautionnement réel : la Cour de cassation a-t-elle procédé à un revirement de jurisprudence ? », *op. cit.*, p. 216 (qui voit dans la décharge du tiers affectant un cas de réparation en nature de son dommage).

(47) F. T'Kint, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, 4^e éd., *op. cit.*, p. 392.

(48) On écrit toutefois souvent le contraire. Voy. p. ex. *De Page. Traité de droit civil belge*, t. V, *Les sûretés et privilèges*, vol. 1, *Les garanties tangentielles*, *op. cit.*, p. 267, où l'on peut lire, à propos du bénéfice de subrogation : « Il se traduit par l'obligation, pour le créancier, de

la condamnation du créancier à ne pas compromettre, par sa faute, le recours subrogatoire (49).

Sans doute est-ce la raison pour laquelle M. Van Quickenborne y voit plutôt un devoir secondaire («*een nevenverplichting*») du créancier envers la caution (50) (51). Avec F. Luxembourg et B. Freleteau, on qualifiera plutôt cette norme de comportement d'incombance de diligence au profit de la caution (52). La violation de cette incombance sera sanctionnée par une déchéance, avec toutefois cette particularité que la décharge de la caution est subordonnée à la preuve d'un préjudice subi par la caution. Comme le relève l'auteure, «À première vue, une telle conception ne semble pas conforme à la notion de déchéance qui vise à sanctionner un comportement sans tenir compte de l'existence ou non d'un préjudice causé par celui-ci. La décharge de la caution devrait en effet se justifier par le manquement du créancier, et non par le préjudice qu'elle subit. La nécessité de rapporter la preuve d'un préjudice s'explique cependant par le fait que l'incombance mise à la charge du créancier ne consiste pas à conserver l'ensemble des sûretés, d'une manière générale. Il doit seulement conserver ses sûretés dans la limite de la dette garantie par la caution. Au-delà, il a toute liberté pour agir comme bon lui semble, même s'il en résulte une diminution de son patrimoine» (53).

10. Personnes bénéficiaires de l'incombance. Puisque la bonne foi constitue le fondement de cette incombance à charge du créancier bénéficiaire d'un cautionnement, aucune raison péremptoire ne doit s'opposer à ce que le tiers affectant hypothécaire puisse, lui aussi, être protégé de la sorte. La méconnaissance de la bonne foi par le créancier emportera décharge — totale ou partielle, selon les cas — de la dette du tiers affectant, à la mesure du dommage qu'il subit.

veiller à la conservation des droits et sûretés attachés à la dette principale, sous la sanction de l'extinction du cautionnement».

(49) Les travaux préparatoires de l'article 5.1 du Code civil insistent sur la nécessité de distinguer l'obligation d'autres concepts, tels que la norme générale de prudence ou l'incombance (proposition de loi portant le livre 5 «Les obligations» du Code civil, du 24 février 2021, n° 55-1806/1, pp. 15-16). Sur l'incombance, voy. not. M. FONTAINE, «Obliegenheit, incombance?», in *Liber Amicorum Hubert Claassens*, Anvers-Louvain-la-Neuve, Maklu-Academia Bruylant, 1998, p. 154; M. FONTAINE, «Le droit des contrats à l'écoute du droit comparé», in *Liber Amicorum Michel Coipel*, Waterloo, Kluwer, 2004, pp. 305-307; P. VAN OMMESLAGHE, *Les obligations*, vol. I, *op. cit.*, pp. 39-40 (qui parle aussi, à leur propos, de «normes de comportement»); R. JAFFERALI, «La charge de la preuve de la fourniture d'informations. Tentative de conciliation des arrêts de la Cour de cassation des 25 juin 2015 et 11 janvier 2019», *J.T.*, 2019/35, pp. 720 et s.; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, 3^e éd., *op. cit.*, n° 7.

(50) M. VAN QUICKENBORNE, «Borgtocht», *op. cit.*, B.W. art. 2037, p. 193; M. VAN QUICKENBORNE, «De plichten van de schuldeiser jegens de borg», *op. cit.*, pp. 1520 et s.

(51) Contrairement à ce qu'une partie de la doctrine d'autrefois enseignait (L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. 2, 2^e éd., *op. cit.*, p. 810, n° 1490), le cautionnement reste donc un contrat unilatéral.

(52) F. LUXEMBOURG, *La déchéance des droits. Contribution à l'étude des sanctions civiles*, préface A. Ghozi, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2007, pp. 346 et s., spéc. p. 353; B. FRELETEAU, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, Paris, LGDJ, 2017, pp. 132 et s. ainsi que pp. 435 et s.

(53) F. LUXEMBOURG, *La déchéance des droits. Contribution à l'étude des sanctions civiles*, *op. cit.*, p. 353.

Si l'on souscrit à ce raisonnement, celui-ci doit pouvoir bénéficier à d'autres tiers.

Il en va, à coup sûr, ainsi du tiers constituant de gage, qui, lui aussi, confère une sûreté réelle pour la dette d'autrui (art. 5, livre III, titre XVII, ancien C. civ.).

On pense également au codébiteur solidaire, lorsqu'il n'est pas personnellement concerné par l'affaire au sens de l'article 1216 de l'ancien Code civil (art. 5.164, § 1^{er}, al. 3, C. civ.) (54). Lorsque la solidarité passive est utilisée à des fins de sûreté, ce codébiteur fait, en effet, office de caution à l'égard du créancier. L'incombance de loyauté revêtant un caractère contractuel, il faut toutefois supposer qu'une convention existe bien entre le créancier et les différents codébiteurs solidaires. En d'autres termes, le codébiteur tenu solidairement ne pourra exciper de cette incombance, lorsque la solidarité-sûreté a été instituée par le législateur (55).

11. (Suite). *Quid du codébiteur solidaire?* Convient-il de franchir un pas supplémentaire et de reconnaître le bénéfice de cette incombance au codébiteur solidaire, lorsque la solidarité passive constitue, non pas une sûreté, mais une modalité de l'obligation ?

Si le créancier consent une remise de dette ou de solidarité à l'un des débiteurs, la question est réglée expressément par le législateur dans un sens favorable aux codébiteurs (art. 1285 et 1210 ancien C. civ. ; art. 5.162, § 2, C. civ.). Mais qu'en est-il en dehors de ces hypothèses particulières ?

La doctrine a déjà examiné la question à propos de l'article 2037.

D'anciens auteurs permettaient au codébiteur solidaire de se prévaloir du bénéfice de cession d'actions (56). Leur raisonnement se fondait sur une analogie : les codébiteurs solidaires se voyaient comparés à des cautions les uns à l'égard des autres, pour la somme qui leur était réclamée par le créancier au-delà de leur part personnelle. Comme l'écrivait excellemment L. Larombière, « dans l'opinion de ces auteurs, il est déchargé pour tout ce qui excède sa part virile dans la dette, ou plutôt il ne peut être désormais poursuivi, que déduction faite de la part de celui contre lequel le créancier a laissé perdre ses droits, si l'on suppose plus de deux codébiteurs solidaires » (57).

Depuis le XIX^e siècle, la majorité de la doctrine rejette toutefois cette possibilité au motif — exact — que les codébiteurs solidaires ne sont pas des

(54) M. VAN QUICKENBORNE, « De plichten van de schuldeiser jegens de borg », *op. cit.*, p. 1523 ; C. BIQUET-MATHIEU avec la collaboration de S. NOTARNICOLA, *La protection des sûretés personnelles dites faibles — Le point après la loi du 3 juin 2007 sur le cautionnement à titre gratuit*, *op. cit.*, p. 32.

(55) Voy. ainsi l'article 440bis du Code des impôts sur les revenus ou l'article 30bis, § 3, de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs.

(56) DELVINCOURT, *Cours de Code civil*, nouvelle éd., t. 5, Bruxelles, P.J. De Mat, 1825, p. 178 (qui cite en ce sens Cass. fr., 13 janvier 1816, *S.*, 1816, I, p. 327) ; DURANTON, *Cours de droit civil, suivant le Code français*, 4^e éd., t. 10, Bruxelles, Ad. Wahlen et compagnie, 1841, p. 142, note 2.

(57) L. LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations ou commentaire des titres III et IV Livre III du Code civil*, nouvelle éd., t. 2, Bruxelles, Bruylant-Christophe et compagnie, 1862, p. 56, n° 4 (opinion qu'il critique).

cautions (58). La jurisprudence, principalement française, abonde en ce sens. Elle trouve son expression la plus nette dans un arrêt de la Cour de cassation française du 24 juin 1914 : « l'art. 2037, consacrant une véritable déchéance, ne saurait être étendu au-delà des limites qu'il détermine ; (...) sa disposition vise spécialement la caution telle que la définit l'art. 2011 ; (...) elle ne peut, dès lors, être invoquée par le débiteur solidaire » (59).

Avec sa verve habituelle, F. Laurent adhère à cette jurisprudence qui a « un fondement inébranlable, c'est le texte et l'esprit de la loi » (60). Il concède toutefois qu'il y a des cas dans lesquels « le créancier qui détruit les garanties qu'il avait contre l'un des débiteurs est responsable de son fait, en ce sens qu'il ne peut exiger des autres codébiteurs le paiement de la dette que déduction faite de la part pour laquelle le débiteur était tenu » (61).

Tout d'abord, il se pourrait que le créancier ait pris l'engagement envers les codébiteurs de ne pas laisser dépérir les droits et sûretés attachés à sa créance (62). S'agissant d'une dérogation au principe selon lequel l'article 2037 ne bénéficie pas aux codébiteurs solidaires, cette volonté commune des parties ne peut être admise à la légère. Elle doit être certaine et même, selon l'auteur, résulter d'une stipulation expresse (63).

Par ailleurs, F. Laurent mentionne l'hypothèse dans laquelle le créancier aurait commis un dol. « Le dol fait toujours exception ; celui qui s'en rend coupable répond du dommage qu'il cause par sa déloyauté. Le code consacre cette maxime traditionnelle en disposant que les conventions doivent être exécutées de bonne foi (art. 1134) ; et si le débiteur répond de sa faute, à plus forte raison est-il responsable de son dol. Il est vrai que le créancier n'est pas obligé, en principe, de conserver les sûretés attachées à sa créance ; aussi son obligation ne naît-elle pas de l'inexécution de ses engagements, elle naît directement du dol » (64). Un vieux répertoire pratique français ajoute que le débiteur doit être protégé, lorsque le créancier a « par son dol ou par sa faute, rendu la subrogation impossible » (65).

On peut toutefois regretter qu'aucun fondement juridique ne soit avancé à l'appui de cette intéressante réserve. Qu'elle soit intentionnelle ou qu'elle résulte d'une négligence, la faute suppose, en effet, le manquement à un devoir préexistant. Le principe de l'exécution de bonne foi des contrats pourrait, à

(58) *Ibid.*, pp. 56-57, n° 4 ; P. PONT, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence*, t. 9, *Commentaire-traité des petits contrats*, t. 2, *Cautionnement-transaction-Contrainte par corps-Nantissement*, *op. cit.*, p. 182 ; A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, v° « Cautionnement », *op. cit.*, n° 266 ; De Page, *Traité de droit civil belge*, t. V, *Les sûretés et privilèges*, vol. 1, *Les garanties tangentiellles*, *op. cit.*, p. 277.

(59) Cass. fr. req., 24 juin 1914, *D.*, 1916, I, p. 39, notes 1 et 2.

(60) F. LAURENT, *Principes de droit civil*, t. 17, 4^e éd., Bruxelles, Bruylant-Christophe, Paris, Librairie A. Marecq, 1887, p. 343, n° 342. Voy. aussi G. BELTJENS, *Encyclopédie du droit civil belge*, t. III, 3^e éd., Bruxelles, Brylant-Christophe, Paris, LGDJ, 1905, p. 629, n° 26.

(61) F. LAURENT, *Principes de droit civil*, t. 17, 4^e éd., *op. cit.*, p. 345, n° 343.

(62) *Répertoire pratique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, t. 2, Paris, Dalloz, Bureau de la jurisprudence générale Dalloz, 1911, v° « Cautionnement », p. 279, n° 232, citant Paris, 8 janvier 1908, *D.P.*, 1908, p. 510 (vérification faite, cet arrêt, publié à la page 147, ne traite toutefois pas de cette question).

(63) F. LAURENT, *Principes de droit civil*, t. 17, 4^e éd., *op. cit.*, p. 346, n° 343.

(64) *Ibid.*, pp. 345-346, n° 343.

(65) *Ibid.*

notre avis, fournir cette base légale, du moins lorsque la solidarité est d'origine conventionnelle (66).

12. *Quid* depuis l'entrée en vigueur du livre 5 du Code civil? Le raisonnement qui vient d'être tenu reste d'actualité sous l'empire du livre 5 « Les obligations » du Code civil (67).

La fonction complétive de la bonne foi se voit, en effet, consacrée en termes exprès par l'article 5.73 (Exécution de bonne foi et prohibition de l'abus de droit). Après avoir rappelé que « [l]e contrat doit être exécuté de bonne foi », le législateur précise que « chacune des parties doit, dans l'exécution du contrat, se comporter comme le ferait une personne prudente et raisonnable placée dans les mêmes circonstances » (al. 2, 1°).

La question de savoir si un codébiteur solidaire pourrait invoquer ce même moyen de défense n'a pas été évoquée lors des travaux préparatoires relatifs aux exceptions qui peuvent être soulevées à l'encontre du créancier. À notre sens, une réponse affirmative s'impose : la sanction d'un manquement à la bonne foi relève de l'article 5.162, § 1^{er}, alinéa 2, relatif aux exceptions communes aux codébiteurs solidaires.

13. *Quid* du caractère supplétif de l'article 2037? Alors que le Code civil français répute non écrite toute clause contraire au bénéfice de subrogation (art. 2314), il est généralement admis, en doctrine et jurisprudence belges, que l'article 2037 de l'ancien Code civil est un texte supplétif de volonté (68). Les clauses contraires, qui écartent ou amoindrissent la protection de la caution, sont, dès lors, en principe, licites.

Ces clauses se voient qualifiées de clauses exonératoires de responsabilité (69). Leur validité n'est toutefois pas illimitée. Ces clauses subissent les restrictions qu'y apportent le Code civil (art. 5.89, § 1^{er}, pour ce qui est des contrats soumis au droit commun (70)) ainsi que le Code de droit économique (lorsque le cautionnement répond à la définition de contrat de consommation ou de contrat conclu entre des entreprises) (71).

Il ne faut pas exclure que le caractère supplétif de l'article 2037 soit, à l'avenir, remis en question, à la lecture de l'article 5.73 du Code civil, dont le dernier alinéa dispose que « Toute dérogation au présent article est réputée

(66) En ce sens, voy. M. VAN QUICKENBORNE, « De plichten van de schuldeiser jegens de borg », *op. cit.*, pp. 1522 et s.

(67) À propos du nouveau droit des obligations, voy. not. M. FONTAINE, « Les dispositions générales et le droit des obligations du nouveau Code civil belge (Livres 1^{er} et 5) », *R.G.D.C.*, 2023, pp. 1 et s.

(68) A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, v° « Cautionnement », *op. cit.*, n° 285bis.

(69) M. VAN QUICKENBORNE, « De plichten van de schuldeiser jegens de borg », *op. cit.*, pp. 1537 et s. ; *De Page. Traité de droit civil belge*, t. V, *Les sûretés et privilèges*, vol. 1, *Les garanties tangentielles*, *op. cit.*, p. 278, note 973.

(70) On relève, en particulier, que l'exonération de responsabilité pour faute lourde doit résulter de manière certaine de la clause.

(71) Ainsi la clause de renonciation au bénéfice de subrogation est-elle nulle (ou présumée nulle, si elle figure dans un contrat conclu entre des entreprises), si elle permet au créancier, qui bénéficie du cautionnement, de s'exonérer de sa faute intentionnelle ou de sa faute lourde (art. VI.83, 13°, et art. VI.91/5, 6°, CDE). La clause de renonciation encourt la même sanction, si le juge y voit une restriction inappropriée aux droits légaux de la caution (art. VI.83, 30°, et art. VI.91/5, 4°, CDE).

non écrite». Les parties ne pourront donc pas exclure, au préjudice du tiers affectant hypothécaire, l'incombance de bonne foi. Compte tenu de cet élément nouveau, ne devrait-on pas en décider de même de l'article 2037, qui plonge ses racines dans le principe d'exécution de bonne foi des conventions ?

B. — *Une piste vouée à l'échec : l'article 1382 de l'ancien Code civil*

14. La responsabilité extracontractuelle. Si l'incombance de bonne foi offre des perspectives intéressantes, la piste fondée sur l'article 1382 de l'ancien Code civil nous paraît, en revanche, déboucher sur une impasse (72). Elle avait déjà été proposée par le procureur général F. Dumon, alors avocat général, dans ses conclusions précédant l'arrêt de la Cour de cassation du 24 février 1967 : pour l'éminent magistrat, l'article 2037 ne serait qu'une application particulière de la responsabilité civile extracontractuelle (73).

Saisie d'un moyen pris de la violation des articles 1147, 1149, 1151, 2032, spécialement 4°, 2037 de l'ancien Code civil, 97 de la Constitution et pour autant que de besoin des articles 1382 et 1383 de l'ancien Code civil, la Cour y déclarait que « le défaut pour le créancier d'avoir averti la caution de la prorogation de terme accordée au débiteur principal peut certes, dans certains cas, constituer une faute ayant privé la caution de la possibilité de prendre en temps utile les mesures conservatoires efficaces, cas dans lesquels cette faute entraîne, pour autant qu'un dommage en soit résulté, l'obligation, pour le créancier, de réparer ce dommage, et ce éventuellement sous la forme de la libération de la caution ». Dans les notes sous cet arrêt, signées F.D., on peut lire que « dans certains cas le créancier peut avoir commis une faute de nature à léser la caution, en n'avertissant pas celle-ci de la prorogation accordée au débiteur principal. Sa responsabilité aquilienne peut donc être engagée » et que « L'exécution en nature ou directe constituant le mode normal d'exécution forcée des obligations, et notamment de celle de réparer le dommage causé de manière illicite (Cass., 27 avril 1962, *Bull. et Pas.*, 1962, I, 938 et 30 avril 1965, *ibid.*, 1965, I, 528 (...)), la libération de la caution constitue en règle la modalité la plus adéquate de la réparation du dommage causé par la faute commise à son égard par le créancier ».

15. Les conditions du concours des responsabilités. Un tel raisonnement fondé sur l'article 1382 était certes envisageable à l'époque où la doctrine et la jurisprudence n'avaient pas encore pleinement tiré parti des potentialités du principe de l'exécution de bonne foi des conventions. La bonne foi se voyait confinée dans une fonction purement interprétative : elle n'engendrait pas de normes de comportement additionnelles imposant à chaque partie de se comporter de manière loyale et raisonnable. La faute du créancier qui avait laissé dépérir le recours subrogatoire du tiers affectant hypothécaire ne pouvait, dès lors, être appréhendée qu'au regard du devoir général de diligence et de prudence sous-jacent à l'article 1382 de l'ancien Code civil.

(72) C. ALTER, « Les dispositions du Code civil en matière de caution personnelle (art. 2011 à 2043) ne s'appliquent pas au cautionnement réel, qui s'analyse en une sûreté réelle », *op. cit.*, p. 363.

(73) Cass., 24 février 1967, *Pas.*, 1967, I, p. 792, notes F.D.

Le développement actuel que la bonne foi connaît dans sa fonction complétive interdit désormais de retenir la responsabilité aquilienne comme fondement de la décharge du tiers affectant. Le devoir de diligence et de loyauté auquel le créancier est tenu à son égard est, en effet, marqué du sceau contractuel (74), de sorte que la violation de ce devoir constitue une faute contractuelle.

Retenir l'article 1382 se heurte ainsi aux conditions restrictives auxquelles la jurisprudence de la Cour de cassation admet le concours des responsabilités entre parties contractantes (75). Selon une formule désormais constante, une partie contractante ne peut être déclarée responsable sur le plan extra-contractuel que « si la faute mise à sa charge constitue un manquement non seulement à l'obligation contractuelle mais aussi au devoir général de diligence qui lui incombe et si cette faute a causé un dommage autre que celui qui est dû à la mauvaise exécution » (76).

CONCLUSION

16. De lege lata et de lege ferenda. Les sections néerlandaise et française de la première chambre de la Cour de cassation divergent sur la qualification juridique à donner au contrat unissant le créancier au tiers affectant hypothécaire. Alors que la première y voit un cautionnement réel, la seconde refuse, à notre avis à juste titre, cette qualification pour lui préférer celle de sûreté réelle pour autrui (voy. *supra*, n^{os} 3 à 6). Un arrêt rendu en audience plénière serait, sans doute, le bienvenu pour trancher la question (77).

En fonction de la qualification retenue, le tiers affectant hypothécaire pourra ou non se prévaloir de l'article 2037 de l'ancien Code civil (voy. *supra*, n^{os} 5 et 6). Cet enjeu ne doit toutefois pas être surestimé *de lege lata*, dans la mesure où le principe d'exécution de bonne foi des conventions offre à ce tiers affectant une protection équivalente (voy. *supra*, n^{os} 7 et s.).

De lege ferenda, la Commission en charge de la réforme belge du droit des sûretés (78) pourrait proposer de s'aligner sur le nouveau droit français, qui reconnaît expressément le bénéfice de subrogation à ce tiers affectant. Aux termes de l'article 2325 du Code civil français, « La sûreté réelle conventionnelle peut être constituée par le débiteur ou par un tiers. Lorsqu'elle est constituée par un tiers, le créancier n'a d'action que sur le bien affecté en garantie. Les dispositions des articles 2299, 2302 à 2305-1, 2308 à 2312 et 2314 sont

(74) P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, 3^e éd., *op. cit.*, n^{os} 388 et 625.

(75) Voy. déjà M.A. LEFEBVRE-MASSCHELEIN, *Het verval van een recht in het materieel privaatrecht. La déchéance*, *op. cit.*, pp. 284 et s.; De Page, *Traité de droit civil belge*, t. V, *Les sûretés et privilèges*, vol. 1, *Les garanties tangentielles*, *op. cit.*, p. 269.

(76) Cass., 24 mars 2016, *D.A.O.R.*, 2016, p. 130 (somm.), *R.W.*, 2017-2018, p. 1661 (somm.), *R.G.D.C.*, 2019, p. 512, *R.D.C.*, 2017, p. 200, note R. STEENNOT; Cass., 17 mars 2017, *R.W.*, 2018-2019, p. 382 (somm.), *R.D.C.*, 2017, p. 952, note P. GILLAERTS, *R.G.D.C.*, 2020, p. 438; Cass., 12 mars 2020, *R.G.D.C.*, 2020, p. 438.

(77) C. STANDAERT, « Application des dispositions de l'ancien Code civil en matière de cautionnement personnel au cautionnement réel : la Cour de cassation a-t-elle procédé à un revirement de jurisprudence ? », *op. cit.*, p. 217.

(78) Arrêté ministériel du 30 septembre 2017 portant création des Commissions de réforme du droit civil, *M.B.*, 9 octobre 2017, p. 91600.

alors applicables». Ces dispositions, qui énoncent des règles protectrices de la caution, se voient ainsi appliquées également au tiers constituant d'une sûreté réelle pour autrui : c'est le cas du bénéfice de subrogation, prévu par l'article 2314 (79).

À cette occasion, la Commission pourrait aussi répondre à la question de savoir si un codébiteur solidaire, qu'il soit ou non intéressé économiquement à la dette, peut se prévaloir de ce bénéfice (voy. *supra*, n^{os} 10 et 11).

Pourrait aussi se poser la question de savoir si, eu égard à l'article 5.73 du Code civil — qui répute, désormais, non écrite toute clause contraire à l'exécution de bonne foi des conventions —, le texte instituant le bénéfice de subrogation ne devrait pas, à l'instar de l'article 2314 du Code civil français, revêtir un caractère impératif (voy. *supra*, n^o 13).

PATRICK WÉRY

PROFESSEUR ORDINAIRE
À L'UCLouvain

(79) À propos de la controverse relative à la qualification du bénéfice de subrogation, voy. T. GÉRARD, « De la nature juridique du bénéfice de subrogation », *Revue droit bancaire et financier*, 2023, pp. 42 et s.