

Le cautionnement réel

1 Généralités

Cautionnement réel et cautionnement personnel sont deux concepts distincts. Dans les deux cas, les contrats sont l'accessoire d'une obligation principale¹ puisqu'un tiers s'oblige à payer la dette d'un débiteur principal en cas de défaut de ce dernier. La caution personnelle engage cependant l'intégralité des biens de son patrimoine tandis que la caution réelle n'engage qu'un ou plusieurs bien(s) déterminé(s)².

L'expression « caution réelle » désigne une personne qui constitue une sûreté réelle, soit un gage (article 2077 du Code civil — nouvel article 5 du titre XVII du livre III du Code civil) soit une hypothèque (article 1020 du Code civil), sur un ou des élément(s) de son patrimoine en vue de garantir la dette du débiteur principal³.

Le cautionnement réel présente donc une nature hybride : s'il s'agit d'une sûreté réelle, elle est constituée par un tiers qui garantit la dette d'autrui⁴. Elle se rapproche ainsi du cautionnement. À défaut de régime légal propre⁵, sa qualification en un cautionnement ou en une sûreté réelle conditionnera les règles qui lui sont applicables.

2 Régime juridique applicable

Doit-on appliquer au cautionnement réel les règles relatives aux sûretés réelles ou les règles relatives au cautionnement, prévues aux articles 2011 et suivants du Code civil ?

En France, après différents revirements⁶, la jurisprudence semble désormais fixée. Un arrêt de la Cour de cassation française du 2 décembre 2005⁷ exclut en effet toute idée d'engagement personnel, affirmant que la « sûreté réelle consentie pour garantir la dette d'autrui » n'est pas un cautionnement⁸. Évitant d'employer les termes de « cautionnement réel »⁹, elle considère que la « sûreté réelle consentie pour garantir la dette d'autrui » est, purement et simplement, une sûreté réelle¹⁰. Cette décision a été confirmée par un arrêt du 25 novembre 2015¹¹.

Dans la droite ligne de ces arrêts, la jurisprudence française majoritaire n'applique pas les règles du cautionnement personnel au cautionnement réel¹².

En droit belge, même si la doctrine semble admettre que la caution réelle n'est tenue que *propter rem*¹³ et ne contracte aucune obligation personnelle¹⁴, différentes thèses coexistent. Ainsi, selon J. Richelle, il n'y a « aucune raison de qualifier cette sûreté de cautionnement réel ni, a fortiori, de lui appliquer les règles du cautionnement »^{15 16}. H. De Page considère, lui aussi, que la caution réelle n'est pas une caution^{17 18}. Une autre tendance affirme toutefois qu'il y a lieu d'appliquer les règles du cautionnement au cautionnement réel pour autant qu'elles ne soient pas incompatibles avec le caractère réel de cette sûreté¹⁹.

Cette divergence d'opinions se retrouve également en jurisprudence²⁰. La jurisprudence traditionnelle considère que les règles du cautionnement n'ont pas vocation à s'appliquer au cautionnement réel²¹. Ainsi, notamment, dans un arrêt du 31 mai 1999, la cour d'appel d'Anvers, décide que « [d]e eigenaar die zijn goed heeft bezwaard met een hypotheek ten voordele van de schuld van een ander stelt een zakelijke zekerheid. De regels van de borgtocht zijn aldus niet van toepassing »^{22 23}. Au contraire, un second courant jurisprudentiel insiste sur le caractère mixte du cautionnement réel²⁴.

Le 22 décembre 2006, la Cour de cassation a mis fin aux controverses en précisant 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 »²⁵, jurisprudence entérinée par un arrêt subséquent du 29 mai 2015²⁶.

3 Application de quelques règles particulières

La position adoptée par la Cour de cassation pose la question de l'identification des règles applicables au cautionnement personnel qui le sont également au cautionnement réel.

Certains auteurs ont établi une liste des règles du cautionnement personnel qui, selon eux, devraient être transposées au cautionnement réel, notamment :

(1) L. SIMONT, « Examen de jurisprudence concernant les contrats spéciaux (1969-1975) », *R.C.J.B.*, 1976, p. 459.

(2) E. DIRIX et R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, Malines, Kluwer, 2006, p. 298 ; B. GOMBERT, « De rechtspositie van de zakelijke borg », note sous Anvers, 31 mai 1999, *A.J.T.*, 1999-2000, p. 758 ; F. GRUA, « Le cautionnement réel », *J.C.P.*, 1984, n° 3167, n° 2 ; C. POTTIER, J. ZDRAVKOVA, A. HOUET et J. RICHELLE, *Borgtocht*, Gand, Larcier, 2015, pp. 31 et 33 ; P. SIMLER et P. DELEBECQUE, « Droit des sûretés », *J.C.P.*, 1995, n° 3889, p. 477 ; F. VAN DER HERTEN, « Is een zakelijke zekerheid ook een persoonlijke zekerheid in de Wet op het consumentenkrediet ? », note sous Anvers, 20 janvier 2005, *R.G.D.C.*, 2006, p. 164 ; M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht*, Anvers, Story-Scientia, 1999, p. 34.

(3) C. ALTER, « Les dispositions du Code civil en matière de caution personnelle (arti. 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. 360 ; E. DIRIX et R. DE CORTE, *op. cit.*, p. 298 ; F. GRUA, *op. cit.*, n° 2 ; J. RICHELLE, « Ceci n'est pas un cautionnement - Réflexions sur le "cautionnement réel" », in *Liber amicorum Jean-Pierre De Bandt*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 544 ; P. SIMLER, *Cautionnement - Garanties autonomes - Garanties indemnitaires*, 4^e éd., Paris, Litec, 2008, p. 22 ; F. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, 2004, p. 357 ; R. VAN RANSBEECK, *De zakelijke borgtocht naar Belgisch recht*, Anvers, Maklu, 2005, p. 17.

(4) C. ALTER, *op. cit.*, p. 360 ; M. VAN QUICKENBORNE, *op. cit.*, p. 34.

(5) F. GRUA, *op. cit.*, n° 3.

(6) Voy. J.-J. ANSAULT, *Le cautionnement réel*, Paris, Defrénois, 2009.

(7) Cass. fr., 2 décembre 2005, *J.C.P.*, 2005, II, 10183 ; Pour une analyse critique de cet arrêt, voy. P. SIMLER, « *Eppur, si muove!* (Galilée) Et pourtant, une sûreté réelle constituée en garantie de la dette d'un tiers est un cautionnement... réel », *J.C.P.*, 2006,

I, 172, pp. 1792 et s.

(8) J.-J. ANSAULT, *op. cit.*, p. 102 ; J.-D. PELLIER, « L'affinement du régime de la sûreté réelle pour autrui », *J.C.P.*, 2016, p. 397 ; P. SIMLER, *Cautionnement - Garanties autonomes - Garanties indemnitaires*, *op. cit.*, p. 29.

(9) J.-J. ANSAULT, *op. cit.*, p. 102 ; P. SIMLER, *Cautionnement - Garanties autonomes - Garanties indemnitaires*, *op. cit.*, p. 29.

(10) J.-D. PELLIER, *op. cit.*, p. 397.

(11) Cass. fr., 1^{re} ch. civ., 25 novembre 2015, n° 14-21.332 cité par J.-D. PELLIER, *op. cit.*, p. 397.

(12) J.-D. PELLIER, *op. cit.*, p. 398.

(13) C. ALTER, *op. cit.*, p. 360 ; E. DIRIX et R. DE CORTE, *op. cit.*, p. 298.

(14) C. ALTER, *op. cit.*, p. 360.

(15) J. RICHELLE, « Ceci n'est pas un cautionnement - Réflexions sur le "cautionnement réel" », *op. cit.*, p. 547.

(16) C. POTTIER, J. ZDRAVKOVA, A. HOUET et J. RICHELLE, *op. cit.*, p. 35.

(17) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VII, 2^e éd.,

Bruxelles, Bruylant, 1957, p. 656, n° 721.

(18) R. VAN RANSBEECK, *op. cit.*, p. 29.

(19) F. T'KINT, *op. cit.*, p. 358 ; M. VAN QUICKENBORNE, *op. cit.*, p. 35.

(20) R. VAN RANSBEECK, *op. cit.*, p. 28.

(21) J. RICHELLE, « Ceci n'est pas un cautionnement - Réflexions sur le "cautionnement réel" », *op. cit.*, p. 553.

(22) Anvers, 31 mai 1999, *A.J.T.*, 1999-2000, p. 757, note B. GOMBERT.

(23) « Le propriétaire qui a grevé son bien d'une hypothèque en faveur de la dette d'un tiers constitue une sûreté réelle. Les règles du cautionnement ne sont dès lors pas d'application » (traduction libre).

(24) B. GOMBERT, *op. cit.*, p. 759.

(25) Cass., 22 décembre 2006, *Pas.*, 2006, p. 2858.

(26) Cass., 29 mai 2015, *Larcier cass.*, 2016, p. 44.



- les articles 2012, alinéa 2, et 2036, alinéa 2, du Code civil concernant les exceptions que la caution peut opposer au créancier ;
- les articles 2028 à 2032 du Code civil traitant des rapports entre la caution et le créancier ;
- l'article 2033 du Code civil concernant les rapports entre les cofidésseurs ;
- l'article 2037 du Code civil relatif au bénéfice de subrogation²⁷.

En outre, l'application des règles relatives aux bénéfices de discussion et de division ainsi que des principes qui sont en vigueur en matière de décharge (article 80, alinéa 3, de la loi sur les faillites) et d'excusabilité (article 82 de la loi sur les faillites) reste, à certains égards, discutée.

Par ailleurs, selon C. Biquet-Mathieu et S. Notarnicola, certaines des règles relatives au cautionnement à titre gratuit peuvent régler le cautionnement réel²⁸. De même, la cour d'appel d'Anvers²⁹ décide que l'ancien article 34 de la loi sur le crédit à la consommation (nouvel article VII.109 du Code de droit économique) s'applique au cautionnement réel.

A. L'action personnelle et l'action subrogatoire (articles 2028 et 2029 du Code civil)

L'article 2028 traite du recours personnel de la caution contre le débiteur principal tandis que l'article 2029 organise le recours subrogatoire de la caution.

Alors que l'action personnelle concède à la caution le droit de réclamer au débiteur principal le remboursement de ce qu'elle a payé au créancier (principal et intérêts), des intérêts de retard à dater du paiement et des frais ainsi que le dédommagement du préjudice supplémentaire qu'elle aurait éventuellement subi du fait du paiement³⁰, l'action subrogatoire lui permet, quant à elle, de se subroger dans les droits du créancier³¹. Par le biais de cette action, la caution subrogée pourra se prévaloir des sûretés réelles attachées à la dette dont bénéficiait le créancier³².

Si, sur ce dernier point, l'action subrogatoire semble plus avantageuse que l'action personnelle, celle-ci présente toutefois des avantages par rapport à celle-là³³. En effet, d'une part, l'action subrogatoire limite la caution à ce que pouvait réclamer le créancier (elle ne pourrait donc pas réclamer le paiement des frais ou de dommages et intérêts), d'autre part, l'article 1252 du Code civil³⁴ privilégie le créancier principal par rapport à la caution lorsque cette dernière n'a payé la dette que partiellement et qu'un concours existe donc entre créancier et caution³⁵.

Selon F. T'Kint, E. Dirix, R. De Corte, M. Van Quickenborne, R. Van Ransbeeck et P. Simler, la caution réelle peut se prévaloir des articles 2028 et 2029 du Code civil³⁶. Au contraire, C. Alter le conteste et estime qu'il y a lieu de s'en référer au droit commun. Selon cet auteur, la caution réelle dispose, d'une part, d'une action personnelle contre le débiteur principal dans le cas où l'engagement de la caution découle d'un mandat ou d'une gestion d'affaires, d'autre part, d'une action subrogatoire sur pied de l'article 1251, 3^o, du Code civil³⁷. Selon nous, la question du fondement du recours de la caution réelle

contre le débiteur principal ne présente qu'un intérêt limité. En effet, les articles 2028 et 2029 du Code civil et le droit commun aboutissent au même résultat : la caution réelle dispose bel et bien d'une action en remboursement contre la personne dont elle garantit l'engagement.

Quelles que soient les controverses doctrinales à cet égard, par son arrêt du 22 décembre 2006, la Cour de cassation considère que les articles 2028 et 2029 du Code civil sont applicables au cautionnement réel puisque conciliables avec sa nature réelle³⁸.

B. Le bénéfice de discussion (article 2021 du Code civil)

Le bénéfice de discussion offre à la caution la possibilité d'obliger le créancier à discuter préalablement les biens du débiteur principal³⁹.

Selon une doctrine belge constante, la caution réelle ne peut pas se prévaloir de ce bénéfice⁴⁰. Toutefois, toujours selon la même doctrine, rien n'empêcherait la caution réelle de stipuler « qu'elle ne pourra être poursuivie sur son bien affecté en hypothèque [ou en gage] qu'en cas d'insuffisance des sûretés constituées par le débiteur principal »⁴¹.

Nombre d'auteurs⁴² refusent l'application du bénéfice de discussion en se basant sur un arrêt de la cour d'appel de Liège du 26 octobre 1937⁴³. Or, cet arrêt se borne à énoncer « qu'il est de doctrine constante que le donneur de sûreté réelle ne peut se prévaloir du bénéfice de discussion qu'édicte les articles 2022 et suivants du Code civil au profit de la caution » et à s'en référer aux ouvrages de G. Baudry-Lacantinerie et P. De Loynes, de M. Planiol et d'Aubry et Rau.

À la lecture de ceux-ci, nous apprenons que, lorsqu'un créancier se trouve confronté à un tiers détenteur, ce dernier peut lui opposer le bénéfice de discussion en vertu de l'ancien article 2170 du Code civil français (article 2465 nouveau)⁴⁴. Toutefois, en vertu de l'article 2171 du même Code (article 2466 nouveau), « l'exception de discussion ne peut être opposée au créancier privilégié ou ayant hypothèque spéciale sur l'immeuble ». Or, étant donné que « l'hypothèque donnée par la caution réelle ne peut être qu'une hypothèque spéciale »⁴⁵, la caution réelle est dans l'impossibilité d'opposer le bénéfice de discussion au créancier⁴⁶. Nous supposons qu'il en est de même en cas de gage donné par une caution réelle.

En outre, en raison de la jurisprudence de la Cour de cassation française⁴⁷ qui considère que le cautionnement réel n'est pas un cautionnement et que, dès lors, les règles du cautionnement personnel n'y sont pas applicables, il ne peut être fait application, par la caution réelle, des anciens articles 2021 et suivants du Code civil français (nouveaux articles 2298 et s.)⁴⁸.

En droit français, il est dès lors acquis que la caution réelle ne peut se prévaloir du bénéfice de discussion⁴⁹.

La situation n'est cependant pas identique en droit belge dès lors que les articles 2170 et 2171 du Code civil ont été abrogés à la suite de l'entrée en vigueur de la loi hypothécaire du 16 décembre 1851 sans être remplacés par des dispositions analogues. Par conséquent, selon nous, il n'est pas permis d'y transposer le raisonnement de la doctrine française.

(27) R. VAN RANSBEECK, *op. cit.*, pp. 74-76.

(28) C. BIQUET-MATHIEU et S. NOTARNICOLA, « La protection des sûretés personnelles dites faibles - Le point après la loi du 3 juin 2007 sur le cautionnement à titre gratuit », in C. BIQUET-MATHIEU (dir.), *Sûretés et procédures collectives*, Limal, Anthesis, 2008, pp. 45-46.

(29) Anvers, 20 janvier 2005, R.G.D.C., 2006, p. 160, note F. VAN DER HERTEN.

(30) Article 2028 du Code civil ; J.-J. ANSAULT, *op. cit.*, p. 412 ; F. T'KINT, *op. cit.*, p. 387.

(31) J.-J. ANSAULT, *op. cit.*, p. 416 ; F. T'KINT, *op. cit.*, p. 388.

(32) F. T'KINT, *op. cit.*, p. 388.

(33) *Ibidem* ; J.-J. ANSAULT, *op. cit.*, p. 417.

(34) L'article 1252 du Code civil dispose que « [l]a subrogation établie

par les articles précédents a lieu tant contre les cautions que contre les débiteurs : elle ne peut nuire au créancier lorsqu'il n'a été payé qu'en partie ; en ce cas, il peut exercer ses droits, pour ce qui lui reste dû, par préférence à celui dont il n'a reçu qu'un paiement partiel ».

(35) F. T'KINT, *op. cit.*, p. 388.

(36) *Ibidem*, p. 358 ; P. SIMLER, « Le cautionnement réel est réellement — aussi — un cautionnement », *J.C.P.*, 2001, I, 367, p. 2245 ; M. VAN QUICKENBORNE, *op. cit.*, p. 244 ; R. VAN RANSBEECK, *op. cit.*, pp. 337, 354-355 et 385.

(37) C. ALTER, *op. cit.*, p. 363.

(38) Cass., 22 décembre 2006, *op. cit.*

(39) C. ALTER, *op. cit.*, p. 362 ; J.-D. PELLIER, *op. cit.*, p. 398 ; F. T'KINT, *op. cit.*, p. 385.

(40) C. ALTER, *op. cit.*, p. 362 ; G. DE

LEVAL, A. GENIN, R. PONCELET et M. RENARD-DECLAIRFAYT, *Rép. not.*, t. X, *Les sûretés*, liv. 1, Bruxelles, Larcier, 1987, p. 508, n° 1256 ; E. DIRIX et R. DE CORTE, *op. cit.*, p. 299 ; J.-D. PELLIER, *op. cit.*, p. 398 ; M. VAN QUICKENBORNE, *op. cit.*, p. 191 ; R. VAN RANSBEECK, *op. cit.*, p. 81.

(41) C. ALTER, *op. cit.*, p. 362 ;

M. VAN QUICKENBORNE, *op. cit.*, p. 192.

(42) C. ALTER, *op. cit.*, p. 362 ; G. DE LEVAL, A. GENIN, R. PONCELET et M. RENARD-DECLAIRFAYT, *op. cit.*, p. 508, n° 1256 ; M. VAN QUICKENBORNE, *op. cit.*, p. 191.

(43) Liège, 26 octobre 1937, *Pas.*, 1939, II, p. 9.

(44) AUBRY ET RAU, *Cours de droit civil français*, t. III, Paris, Marchal et Godde, 1900-1902, p. 719 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et P. DE LOYNES e.a., *Traité théorique et pra-*

tique de droit civil, t. III, Paris, Sirey, 1905-1909, pp. 377-378, nos 2140-2141 ; M. PLANIOL, *Traité pratique de droit civil français*, t. XIII, Paris, Librairie de droit et de jurisprudence, 1953, p. 483, n° 1130.

(45) M. PLANIOL, *op. cit.*, p. 487, n° 1133.

(46) *Ibidem* ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et P. DE LOYNES e.a., *op. cit.*, pp. 383-384, n° 2147.

(47) Cass. fr., 2 décembre 2005, *op. cit.* ; Cass. fr., 1^{re} ch. civ., 25 novembre 2015, *op. cit.*

(48) P. SIMLER, *Cautionnement - Garanties autonomes - Garanties indemnitaires*, *op. cit.*, pp. 536-537.

(49) P. SIMLER, « Le cautionnement réel est réellement — aussi — un cautionnement », *op. cit.*, p. 2244 ; F. GRUA, *op. cit.*, n° 43.



Comme nous l'avons précisé *supra*, selon la jurisprudence de la Cour de cassation belge, il n'y a lieu d'appliquer au cautionnement réel que les règles du cautionnement personnel qui ne sont pas contraires à la nature réelle de la sûreté⁵⁰. Sur la base de cette règle, pour quelle raison interdirait-on à la caution réelle de se prévaloir du bénéfice de discussion ?

Selon J.-D. Pellier, la différence entre le caractère accessoire et le caractère subsidiaire d'un engagement permettrait d'expliquer l'inapplication du bénéfice de discussion au cautionnement réel : le bénéfice de discussion illustrerait le caractère subsidiaire du cautionnement alors même que le cautionnement réel ne présenterait qu'un caractère accessoire et non subsidiaire⁵¹. Pour rappel, le caractère accessoire vise le fait que l'exécution d'un contrat (accessoire) exige l'existence d'une obligation principale⁵² tandis que la subsidiarité touche à la hiérarchie existant entre deux obligations : une obligation subsidiaire est « celle dont le paiement ne devient exigible que dans le cas où le créancier ne peut obtenir du débiteur principal [...] l'exécution de sa dette »⁵³. Toutefois, C. Alter, qui s'oppose lui aussi au fait que la caution réelle puisse se prévaloir du bénéfice de discussion, précise que « [l']engagement de la caution réelle est [...] essentiellement subsidiaire »⁵⁴, affirmation à laquelle nous nous joignons.

La question de savoir si le bénéfice de discussion est, ou non, contraire à la nature réelle du cautionnement réel reste dès lors ouverte et il serait utile que la Cour de cassation ait l'occasion de la trancher dans un avenir proche.

C. Le bénéfice de division (article 2026 du Code civil)

Lorsque plusieurs cautions garantissent la même dette⁵⁵, chacune est, en principe, obligée pour le tout⁵⁶. Le bénéfice de discussion permet cependant à chacune de ces cautions de solliciter du créancier qu'il divise son action⁵⁷.

En tant qu'il est contraire à la nature indivisible des sûretés réelles, la caution réelle ne peut se prévaloir de ce bénéfice⁵⁸.

D. Le bénéfice de subrogation (article 2037 du Code civil)

Le bénéfice de subrogation (ou bénéfice de cession d'actions) permet à la caution de refuser de s'exécuter lorsqu'elle ne peut exercer pleinement la subrogation par la faute du créancier⁵⁹.

La caution réelle peut se prévaloir de ce bénéfice⁶⁰. Il constitue en effet une règle générale applicable aux sûretés consenties par des tiers qui paient la dette d'autrui et doit dès lors pouvoir être étendu à la caution réelle⁶¹.

E. Le recours entre cofidésseurs (article 2033 du Code civil)

Lorsque l'une des cautions a payé la dette garantie, elle dispose du droit de se retourner contre les autres cautions⁶².

Ce droit est également reconnu à la caution réelle⁶³ qui peut se retourner contre les autres cautions, qu'elles soient réelles ou personnelles⁶⁴. Le principe est celui de la répartition de la dette par parts égales⁶⁵. Néanmoins, lorsque la valeur du bien gagé ou hypothéqué est inférieure au montant de la dette, cette dernière est répartie proportionnellement⁶⁶. Ainsi, si la dette s'élève à 200.000 EUR et la valeur du bien à 100.000 EUR, la caution réelle risque moitié moins que la caution personnelle qui, en l'occurrence, n'a pas plafonné son engagement. De ce fait, la caution personnelle sera redevable des deux tiers de la dette tandis que la caution réelle n'en sera redevable que d'un tiers⁶⁷.

F. La décharge et l'excusabilité

La transposition à la caution réelle de la possibilité de décharge reconvenue à la personne qui s'est portée caution personnelle à titre gratuit ne suscite pas de grosse difficulté. En effet, l'article 80, alinéa 3, de la loi sur les faillites énonce que : « Sauf lorsqu'elle a frauduleusement organisé son insolvabilité, le tribunal décharge en tout ou en partie la personne physique qui, à titre gratuit, s'est constituée *sûreté personnelle* du failli lorsqu'il constate que son obligation est disproportionnée à ses revenus et à son patrimoine »⁶⁸. Cette disposition visant les sûretés personnelles n'est pas applicable au cautionnement réel.

À la question de savoir si cette différence de traitement n'est pas discriminatoire, la Cour d'arbitrage a répondu par la négative en considérant qu'« [e]n permettant que puissent être libérées de leurs obligations les personnes qui se sont engagées sur l'ensemble de leur patrimoine, le législateur entend protéger une catégorie de personnes qu'il considère de prime abord comme plus vulnérables que celles qui ne s'engagent qu'à concurrence d'un immeuble déterminé. [...] [E]n raison de cette différence, l'absence d'une telle protection ne peut être considérée comme incompatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution »⁶⁹.

L'article 82, alinéa 2, de la loi sur les faillites relatif à l'excusabilité du conjoint du failli peut-il être appliqué dans le cas où ce conjoint s'est engagé en tant que caution réelle au profit du failli ?

Alors que, dans un arrêt du 19 octobre 2011, la cour d'appel de Gand considère que l'excusabilité du failli s'étend à l'engagement personnel de l'époux mais pas à l'engagement réel qu'il a pris à concurrence de la valeur du bien qu'il a grevé d'hypothèque ou de gage⁷⁰, la Cour de cassation en décide autrement le 18 octobre 2013⁷¹. Les faits ayant donné lieu à cet arrêt sont les suivants : une épouse consent une hypothèque sur un immeuble qui lui est propre pour garantir le prêt hypothécaire souscrit solidairement par les conjoints, lequel constitue dès lors une dette commune. La faillite de l'époux est prononcée par la suite, ce dernier est déclaré excusable et son épouse sollicite de pouvoir profiter de cette excusabilité. La Cour de cassation décide que « l'application [de l'article 82, alinéa 2, de la loi sur les faillites] s'étend à l'hypothèque consentie sur un des ses biens propres par le conjoint du failli en garantie des engagements de ce dernier »^{72 73}.

(50) Cass., 22 décembre 2006, *op. cit.* et Cass., 29 mai 2015, *op. cit.*

(51) J.-D. PELLIER, *op. cit.*, p. 398.

(52) R. DEMOGUE, « De la nature et des effets du droit éventuel », *Rev. trim. dr. civ.*, 1906, p. 276 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, vol. I, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 149, n° 69.

(53) G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., Paris, P.U.F., 2014, p. 993.

(54) C. ALTER, *op. cit.*, p. 362.

(55) F. T'KINT, *op. cit.*, p. 385 ;

M. VAN QUICKENBORNE, *op. cit.*, p. 204 ; R. VAN RANSBEECK, *op. cit.*, p. 436.

(56) F. T'KINT, *op. cit.*, p. 385.

(57) *Ibidem* ; R. VAN RANSBEECK, *op. cit.*, p. 436 ; J.-D. PELLIER, *op. cit.*, p. 399.

(58) C. ALTER, *op. cit.*, p. 362 ; F. GRUA, *op. cit.*, n° 43 ; J.-D. PELLIER, *op. cit.*, p. 399 ; M. VAN QUICKENBORNE, *op. cit.*, p. 205 ; P. SIMLER,

« Le cautionnement réel est réellement — aussi — un cautionnement », *op. cit.*, p. 2244 ; R. VAN RANSBEECK, *op. cit.*, pp. 81 et 441.

(59) C. ALTER, *op. cit.*, p. 363 ; G. DE LEVAL, A. GENIN, R. PONCELET et M. RENARD-DECLAIRFAYT, *op. cit.*, p. 508, n°s 1566 et 2805 ; L. SIMONT, *op. cit.*, p. 475 ; F. T'KINT, *op. cit.*, p. 389 ; R. VAN RANSBEECK, *op. cit.*, pp. 82 et 355.

(60) G. DE LEVAL, A. GENIN, R. PONCELET et M. RENARD-DECLAIRFAYT, *op. cit.*, p. 508, n°s 1566 et 2805 ; P. SIMLER, « Le cautionnement réel est réellement — aussi — un cautionnement », *op. cit.*, p. 2246 ; R. VAN RANSBEECK, *op. cit.*, p. 35.

(61) R. VAN RANSBEECK, *op. cit.*, pp. 361-362.

(62) G. DE LEVAL, A. GENIN, R. PONCELET et M. RENARD-DECLAIRFAYT, *op. cit.*, p. 508, n° 1566 ; P. SIMLER, *Cautionnement - Garanties*

autonomes - Garanties indemnitaires, *op. cit.*, p. 639 ; F. T'KINT, *op. cit.*, p. 394.

(63) J.-J. ANSAULT, *op. cit.*, p. 429 ; G. DE LEVAL, A. GENIN, R. PONCELET et M. RENARD-DECLAIRFAYT, *op. cit.*, p. 508, n° 2805 ; F. GRUA, *op. cit.*, n° 35 ; P. SIMLER, « Le cautionnement réel est réellement — aussi — un cautionnement », *op. cit.*, p. 2245 ; P. SIMLER, *Cautionnement - Garanties autonomes - Garanties indemnitaires*, *op. cit.*, p. 640 ; R. VAN RANSBEECK, *op. cit.*, p. 83 ;

(64) G. DE LEVAL, A. GENIN, R. PONCELET et M. RENARD-DECLAIRFAYT, *op. cit.*, p. 508, n° 2805 ; F. GRUA, *op. cit.*, n° 35 ; P. SIMLER, « Le cautionnement réel est réellement — aussi — un cautionnement », *op. cit.*, p. 2245.

(65) G. DE LEVAL, A. GENIN, R. PONCELET et M. RENARD-DECLAIRFAYT, *op. cit.*, p. 508, n° 2805 ; F. T'KINT, *op. cit.*, p. 395.

(66) G. DE LEVAL, A. GENIN, R. PONCELET et M. RENARD-DECLAIRFAYT, *op. cit.*, p. 508, n° 2805 ; F. GRUA, *op. cit.*, n° 35.

(67) G. DE LEVAL, A. GENIN, R. PONCELET et M. RENARD-DECLAIRFAYT, *op. cit.*, p. 508, n° 2805.

(68) Souligné par nous.

(69) C.A., 25 janvier 2006, n° 12/2006, points B.6 et B.7, *Arr. C.A.*, 2006, p. 189.

(70) Gand, 19 octobre 2011, *NJW*, 2012, p. 645.

(71) Cass., 18 octobre 2013, *Pas.*, 2013, p. 1976.

(72) *Ibid.*

(73) Pour une analyse de l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 21 mars 2013 (n° 40/2013, A.C.C., 2013, p. 655) précédant l'arrêt de la Cour de cassation du 18 octobre 2013, voy. J. LARUELLE, « La libération du partenaire du failli déclaré excusable : nouvelles déceptions pour les créanciers », *R.T.D.F.*, 2013, p. 953.



4 Conclusion

La caution réelle est une figure juridique relativement fréquente mais dont le régime juridique est incertain.

Après de longues hésitations, la jurisprudence semble bien établie tant en France qu'en Belgique, sur le plan du principe. La Cour de cassation française n'emploie pas les termes de « cautionnement réel » et leur préfère l'expression de « sûreté réelle consentie pour garantir la dette d'autrui ». Elle considère ainsi que cette sûreté est purement et simplement une sûreté réelle et lui dénie, par voie de conséquence, le caractère de cautionnement.

En Belgique, la Cour de cassation a, quant à elle, décidé qu'il convenait d'appliquer à la caution réelle les règles du cautionnement à la condition qu'elles ne soient pas incompatibles avec la nature réelle de la sûreté consentie.

Nonobstant les précisions de principe apportées par la Cour de cassation, des questions restent ouvertes, notamment, selon nous, en ce qui concerne la possibilité pour la caution réelle de se prévaloir du bénéfice de discussion.

Albane TOUSSAINT

Assistante au Centre de droit privé de l'U.C.L.
Avocate au barreau de Mons

Jurisprudence

I. RÉCIDIVE

- Crime correctionnalisé
- État de récidive légale constaté dans la décision de condamnation
- Conséquence
- Calcul du seuil d'admissibilité de la libération conditionnelle (art. 56, al. 2, C. pén. ; art. 25, § 2, b, de la loi du 17 mai 2006)

II. COUR CONSTITUTIONNELLE

- Question préjudicielle
- Obligation de poser la question
- Cour constitutionnelle s'étant déjà prononcée sur une question ayant un objet identique

Cass. (2^e ch.), 19 octobre 2016

Siég. : B. Dejemeppe (prés. ff. et rapp.), Fr. Roggen, E. de Formanoir, T. Konsek et Fr. Lugentz.

Min. publ. : D. Vandermeersch (av. gén.).

Plaid. : MM^{es} G. Uerlings et X. Montiel Corte.

(S.I.).

En application de l'arrêt 185/2014 rendu le 18 décembre 2014 par la Cour constitutionnelle, l'état de récidive légale constaté dans le chef d'une personne condamnée à une peine de dix-sept ans d'emprisonnement du chef de vol avec violences ou menaces avec la circonstance aggravante que les violences ou les menaces ont entraîné le mort sans intention de la donner, ne peut pas être pris en considération pour déterminer la durée de la détention à subir avant d'être accessible à la libération conditionnelle, comme le prévoit actuellement l'article 25, § 2, b), de la loi du 17 mai 2006 relative au statut juridique externe des personnes condamnées.

En application de l'article 26, § 2, alinéa 2, 2^o, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, une juridiction n'est pas tenue de poser une question préjudicielle lorsque la Cour constitutionnelle a déjà statué sur une question ou un recours ayant un objet identique.

Conclusions de l'avocat général D. Vandermeersch

[...]

Le second moyen.

Le moyen soutient qu'en condamnant le demandeur, en état de récidive légale, à une peine de dix-sept ans d'emprisonnement, l'arrêt attaqué crée une discrimination injustifiée entre le prévenu en état de récidive légale renvoyé et jugé devant le tribunal correctionnel à la suite de l'admission de circonstances atténuantes et l'accusé condamné pour le même crime par la cour d'assises.

Le demandeur allègue qu'en vertu de l'article 25, § 2, b), de la loi du 17 mai 2006 relative au statut juridique externe des personnes condamnées à une peine privative de liberté, l'état de récidive légale constaté par la juridiction correctionnelle implique qu'il ne pourra prétendre à une libération conditionnelle qu'après avoir subi les deux tiers de sa peine, soit après onze ans et quatre mois. En revanche, s'il avait été condamné par la cour d'assises au maximum de la peine applicable sans admission de circonstances atténuantes, soit une réclusion de trente ans, il aurait pu solliciter une libération conditionnelle après avoir subi un tiers de la peine, soit après avoir subi dix ans de privation de liberté.

Dans ce cadre, le demandeur invite la Cour à poser à la Cour constitutionnelle la question préjudicielle suivante : « l'application combinée des articles 2 de la loi du 4 octobre 1867

sur les circonstances atténuantes, 56, alinéa 2, et 80, alinéa 2, du Code pénal et 25, § 2, b), de la loi du 17 mai 2006 relative au statut juridique externe des personnes condamnées à une peine privative de liberté et aux droits reconnus à la victime dans le cadre des modalités d'exécution de la peine viole-t-elle les articles 10 et 11 de la Constitution, en ce sens que poursuivi pour un crime punissable de trente ans de réclusion, nonobstant l'admission de circonstances atténuantes, le condamné puisse subir une peine effective de privation de liberté supérieure à celle qu'il aurait pu subir, sans admission de circonstances atténuantes, en écopant de la peine maximale applicable, en comparaisant devant son juge naturel, la cour d'assises compétente en matière de crimes ? »

L'application des règles de la récidive aux crimes correctionnalisés suscite des difficultés en raison du fait qu'à la différence de la récidive de délit sur délit, notre Code pénal ne connaît pas de récidive de crime sur délit, engendrant, sur ce plan, une discrimination entre la personne jugée devant la cour d'assises pour un crime non correctionnalisé et la même personne jugée par le tribunal correctionnel du chef du même crime mais cette fois-ci correctionnalisé à la suite de l'admission de circonstances atténuantes. Il y a lieu de rappeler ici que la récidive de crime correctionnalisé sur délit ou crime correctionnalisé est assimilée à une récidive de délit sur délit et se trouve régie par l'article 56, alinéas 2 et 3, du Code pénal.

Avant l'entrée en vigueur de la loi du 5 février 2016 (loi dite Pot-pourri II), l'article 56, alinéa 2, du Code pénal prévoyait qu'en cas de récidive de délit (ou crime correctionnalisé) sur délit (ou crime correctionnalisé), la peine prononcée pouvait atteindre le double du maximum de la peine prévue pour l'infraction. L'application de cette disposition posait problème : dès lors qu'un crime correctionnalisé dont la peine originale était de 15 à 20 ans ou de 20 à 30 ans de réclusion, pouvait, à la suite de la loi du 21 décembre 2009, emporter une peine allant jusqu'à respectivement 15 et 20 ans d'emprisonnement, l'application de l'article 56, alinéa 2, dans toutes ses conséquences, aurait pu conduire le tribu-

