



AVIS

CCE 2018-3181

Les conditions contractuelles des contrats de
crédit hypothécaire

CCE
Conseil Central de l'Economie
Centrale Raad voor het Bedrijfsleven
CRB





Avis

Les conditions contractuelles des contrats de crédit hypothécaire

**Bruxelles
24.09.2018**

Table des matières

1^{ère} partie : Avis sur les conditions contractuelles des contrats de crédit hypothécaire	3
1. Considérations préliminaires	4
1.1 Les dispositions légales spécifiques en matière de crédit hypothécaire et leurs implications sur le régime juridique des clauses abusives	4
1.2 Jurisprudence de la Cour européenne de Justice en rapport avec les clauses abusives dans les contrats de crédit hypothécaire	6
1.2.1 La nature du contrat nécessite une attention accrue sous l'angle de la protection des droits contractuels du consommateur	6
1.2.2 La notion de consommateur en cas de constitution de sûreté	7
1.2.3 L'exigence de transparence	7
1.2.4 L'appréciation du déséquilibre manifeste :	9
1.3 Contrats de crédit hypothécaire et rôle du notaire	11
2.... Examen des conditions contractuelles rencontrées dans les contrats de crédit hypothécaire	12
2.1 Objet du contrat : crédit hypothécaire sous la forme d'un contrat de crédit spécifique inséré dans un contrat-cadre.....	12
2.1.1 Concept	12
2.1.2 Exemples	13
2.1.3 Analyse par la Ccs clauses abusives	16
2.2 Autres conséquences liées au contrat-cadre dans lequel le crédit hypothécaire est inséré – lecture conjointe des conditions particulières et des conditions du contrat-cadre.....	20
2.3 Fourniture d'information sur les conditions contractuelles et clauses de prise de connaissance et d'acceptation.....	23
2.3.1 Prise de position juridique	23
2.3.2 Exemples et commentaires	25
2.4 Diverses clauses portant reconnaissance.....	28
2.4.1 Reconnaissances contractuelles de faits	28
2.4.2 Autorisation d'expertise et de réexpertise périodique du bien immeuble donné en hypothèque (ou faisant l'objet du mandat hypothécaire) – reconnaissance que tous les frais sont à charge du consommateur.....	30
2.4.3 Reconnaissance contractuelle de renonciation à certaines dispositions de droit supplétif	33
2.5 Mandat de domiciliation dans les conditions générales	36
2.6 Constitution de sûretés	38
2.6.1 Sûretés pour toutes dettes	38
2.6.2 Hypothèque pour toutes dettes	47
2.6.3 Clauses relatives au mandat hypothécaire ou à la promesse d'hypothèque.....	56
2.6.4 Cession/nantissement de créances.....	80
2.6.5 Solidarité et indivisibilité	92
2.6.6 Compensation et unicité de compte	94
2.7 Cession de créance ou de contrat par le prêteur	97
2.8 Expropriation et saisie-exécution	103
2.9 Clauses pénales	104
2.10 Clauses attributives de juridiction.....	108
2^{ème} partie : Recommandations des clauses du crédit hypothécaire	110

1^{ère} partie : Avis sur les conditions contractuelles des contrats de crédit hypothécaire

Saisine

Par lettre du 11 avril 2016, le Ministre de l'Economie et des Consommateurs, M. Kris Peeters, a saisi la Ccs clauses abusives¹ d'une demande d'avis sur les clauses (et combinaisons de clauses) rencontrées dans les contrats de crédit hypothécaire.

Le Ministre explique à ce sujet que cette demande entre dans le cadre de la (nouvelle) compétence du SPF Economie, reprise à l'article VII.160, § 5, aliéna 1er, du Code de droit économique, qui est de vérifier si les contrats types répondent non seulement à toutes les dispositions de la législation en matière de crédit hypothécaire (reprises au livre VII du Code de droit économique), mais également aux dispositions du livre VI du Code de droit économique (en particulier les dispositions légales en matière de clauses abusives).

Dans son avis, la Ccs clauses abusives s'est limitée à un examen des clauses (combinaisons de clauses) et conditions qui ne sont pas régies par un régime spécifique pour les contrats de crédit hypothécaire. Les nouvelles dispositions légales en matière de crédit hypothécaire sont issues de la loi du 22 avril 2016 portant modification et insertion de dispositions en matière de crédit à la consommation et de crédit hypothécaire dans plusieurs livres du Code de droit économique². Cette loi transpose la Directive 2014/17/UE du Parlement européen et du Conseil du 4 février 2014 sur les contrats de crédit aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage résidentiel³.

Avant de contrôler le contenu des clauses rencontrées, il faut dès lors, dans un premier chapitre, examiner ces dispositions légales spécifiques et leur rapport avec les dispositions générales en matière de clauses abusives telles qu'elles apparaissent dans le livre VI du Code de droit économique.

¹ En vertu de l'arrêté royal du 13 décembre portant création de la Commission consultative spéciale " Clauses abusives " au sein du Conseil central de l'économie (M.B. 28 décembre 2017) la Ccs clauses abusives s'appelle dorénavant la "commission consultative spéciale Clauses abusives », décrite ci-après comme « ccs clauses abusives.

² M.B. 4 mai 2016.

³ [...et modifiant les directives 2008/48/CE et 2013/36/UE et le règlement (UE) n° 1093/2010, JOUE, 28 février 2014, n° L 60/34 et suivants.

1. Considérations préliminaires

1.1 Les dispositions légales spécifiques en matière de crédit hypothécaire et leurs implications sur le régime juridique des clauses abusives

Les dispositions légales spécifiques en matière de crédit hypothécaire influencent de deux manières l'appréciation des clauses contractuelles sur la base des règles légales en matière de clauses abusives.

En premier lieu, dans le cadre de l'appréciation du caractère abusif des clauses (et combinaisons de clauses) et conditions, il convient en général de tenir compte de la nature des produits sur lesquels porte le contrat. Le cadre légal spécifique en matière de crédit hypothécaire joue un rôle important lors de cette appréciation, dès lors que l'on y retrouve également des obligations spécifiques en matière d'information.

On peut, par exemple, à ce point de vue, renvoyer aux conditions de forme requises pour la conclusion du contrat, le contrat devant être conclu par la signature manuscrite ou électronique de toutes les parties contractantes, avec l'obligation de fournir toutes les conditions contractuelles et mentions sur un support durable⁴. En outre, il y a des obligations d'information détaillées en rapport avec le contrat de crédit⁵. Enfin, on peut également renvoyer aux règles de conduite pour l'octroi du crédit via les intermédiaires de crédit et le paiement de leurs commissions et indemnités⁶.

En second lieu, la législation en matière de crédit hypothécaire prévoit des règles spécifiques en rapport avec certaines conditions contractuelles.

A ce sujet, on peut notamment renvoyer au régime juridique des clauses pénales⁷ (et l'interdiction d'imposer des indemnités ou pénalités non prévues par le livre VII⁸), aux dispositions concernant le remboursement anticipé et la résiliation du contrat⁹, et au régime des clauses relatives à l'indemnisation du prêteur pour le montant mis à disposition¹⁰.

Depuis la loi du 22 avril 2016, un régime juridique de clauses résolutoires expresses est également prévu¹¹.

On peut également souligner l'avertissement obligatoire en cas de non-paiement¹², la tentative obligatoire de conciliation avant toute exécution ou saisie en vertu d'un jugement ou d'un autre acte authentique¹³ et les dispositions visant à protéger le tiers consommateur qui consent un cautionnement ou toute autre forme de sûreté¹⁴.

⁴ Art. VII.137, § 1er, CDE.

⁵ Art. VII.137, §§ 2 à 5 CDE.

⁶ Voir art. VII.147/29 et VII.147/30 CDE.

⁷ Article VII.147/22 CDE pour les crédits hypothécaires avec une destination mobilière et article VII.147/23 CDE pour les crédits hypothécaires avec une destination immobilière.

⁸ Art. VII.147/22, § 6 CDE et art. VII.147/23, § 4 CDE.

⁹ Art. VII.147/11 à VII.147/13 CDE.

¹⁰ Art. VII.140 CDE.

¹¹ Art. VII.147/20 CDE.

¹² Art. VII.147/21 CDE: cela se fait sous peine de ne pas pouvoir appliquer la majoration contractuelle des taux d'intérêt pour retard de paiement. En outre, le prêteur qui ne fait pas parvenir d'avertissement au consommateur doit accorder un délai de paiement de 6 mois sans frais ni intérêts complémentaires, voir art. VII.147/21, alinéa 2.

¹³ Art. VII.147/24 CDE.

¹⁴ Art. VII.147/26 et VII.147/27 CDE.

Lors de l'appréciation des contrats de crédit, il importe de garder à l'esprit, tant en ce qui concerne l'application de la législation spécifique en matière de crédit hypothécaire qu'en ce qui concerne l'appréciation du caractère abusif des clauses, la définition de l'"ouverture de crédit" figurant à l'article I.9.49° du Code de droit économique.

Dans cette disposition, l'"ouverture de crédit" est définie comme "tout contrat de crédit, quelle que soit sa qualification ou sa forme, aux termes duquel un pouvoir d'achat, une somme d'argent ou tout autre moyen de paiement est mis à la disposition du consommateur, qui peut l'utiliser en faisant un ou plusieurs prélèvements de crédit notamment à l'aide d'un instrument de paiement ou d'une autre manière, et qui s'engage à rembourser selon les conditions convenues".

Au deuxième alinéa, il est ensuite précisé : "S'il n'est pas possible d'effectuer un nouveau prélèvement que moyennant l'accord préalable du prêteur ou le respect de conditions autres que celles convenues initialement, alors ce prélèvement est considéré comme un nouveau contrat de crédit"¹⁵.

Cette définition détermine pour partie le champ d'application matériel des règles en matière de crédit hypothécaire, et a son importance dans le cadre de la formule "contrat-cadre-ouverture de crédit" que la plupart des prêteurs choisissent généralement¹⁶. Cela signifie que les règles spécifiques en matière de crédit hypothécaire s'appliquent à chaque contrat de crédit et que les dispositions contractuelles qui les chapeautent telles qu'elles découlent du contrat-cadre ne peuvent pas y porter atteinte.

Dans un souci de clarté, il a été décidé d'avoir recours, dans cet avis, à la notion de « crédit », qui vise toute convention de crédit, plutôt qu'à la notion d'« ouverture de crédit », qui est définie à l'article I.9.49° CDE¹⁷. Par ailleurs, cet avis traitera du « contrat- cadre en matière de crédit » (voir plus loin chapitre 2, rubrique I).

Le régime juridique d'un certain nombre de clauses prévu dans le livre VII, ne fait pas obstacle à l'appréciation autonome du caractère éventuellement abusif de clauses ou conditions¹⁸. Les règles spécifiques en matière de crédit hypothécaire et la législation plus générale en matière de clauses abusives doivent être appliquées cumulativement si elles n'entrent pas en contradiction. Cela vaut par exemple pour l'exigence de transparence des clauses écrites¹⁹ et l'exigence de réciprocité et d'équivalence des clauses pénales²⁰.

¹⁵ Cet alinéa a été ajouté à l'occasion de l'insertion du livre VII du Code de droit économique. Alors qu'au départ, cette précision ne figurait que dans l'exposé des motifs, elle a été reprise expressément dans la définition sur avis du Conseil d'Etat. Voir Doc Parl., Chambre, Doc. 53 3429/001 et 3430/001, p. 17.

¹⁶ Voir ci-dessous, Chapitre III, I.

¹⁷ La notion d'« ouverture de crédit », qui est généralement utilisée dans les contrats examinés, a en effet une portée différente selon que cette notion est utilisée par référence à la loi hypothécaire ou par référence à la législation sur le crédit hypothécaire (article I.9.49° CDE). Lorsqu'il s'agit, comme expliqué ci-dessus, d'un contrat de crédit particulier visé dans la législation en matière de crédit à la consommation ou de crédit hypothécaire, la notion d'« ouverture de crédit » a une signification plus étroite que celle qui lui est donnée dans la loi hypothécaire. Dans la section IV du chapitre III, intitulée « Des hypothèques pour toutes sommes », le terme « ouverture de crédit » est utilisé aussi pour désigner le contrat-cadre dans lequel sont logés l'ensemble des contrats de crédit entre un emprunteur et un prêteur qui sont garantis par l'hypothèque. Voyez à ce sujet les travaux préparatoires de la loi du 22 avril 2016 portant modification et insertion de dispositions en matière de crédit à la consommation et de crédit hypothécaire dans plusieurs livres du Code de droit économique, Doc. Parl., Chambre, 2015-2016, doc 54, n°1685/001, p.6-8.

¹⁸ CJUE, 21 janvier 2015, Unicaja Banco, SA contre José Hidalgo Rueda et autres et Caixabank SA contre Manuel María Rueda Ledesma et autres affaires jointes C-482/13, C-484/13, C-485/13 et C-487/13, ECLI:EU:C:2015:21.

¹⁹ Art. VI.37, § 1er CDE.

²⁰ Art. VI.83, 17° CDE.

Enfin, on peut encore observer que les nouvelles dispositions en matière de crédit hypothécaire de la loi du 22 avril 2016, qui transposent la directive 2014/17/UE sur les contrats de crédit aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage résidentiel, ne s'appliquent plus uniquement aux crédits ayant pour objet *l'acquisition ou la conservation de droits réels immobiliers*²¹ ainsi que les coûts et impôts y relatifs (destination immobilière), garantis ou non²² par une sûreté hypothécaire²³, mais également aux crédits garantis par une sûreté hypothécaire contractés *à d'autres fins* que l'acquisition ou la conservation de droits réels immobiliers²⁴ (destination mobilière), afin de financer par exemple une voiture particulière haut de gamme .

Les crédits à destination mobilière, garantis par une hypothèque relevaient auparavant des dispositions relatives au crédit à la consommation. La loi du 22 avril 2016 tient compte de la distinction entre crédits à destination mobilière et crédits à destination immobilière et de la protection spécifique dont bénéficiait le consommateur dans le premier cas dans le cadre de la loi relative au crédit à la consommation. Compte tenu de la nature différente des crédits à destination mobilière et à destination immobilière, des règles parfois différentes s'appliquent à ces deux formes de crédit hypothécaire.

1.2 Jurisprudence de la Cour européenne de Justice en rapport avec les clauses abusives dans les contrats de crédit hypothécaire

Les clauses abusives dans les contrats de crédit hypothécaire sont fréquemment traitées dans la jurisprudence de la Cour européenne de Justice. Il est dès lors nécessaire de présenter brièvement les principaux enseignements qui découlent de la jurisprudence de la Cour européenne de Justice.

1.2.1 La nature du contrat nécessite une attention accrue sous l'angle de la protection des droits contractuels du consommateur

Tout d'abord, la Cour souligne qu'une protection effective du consommateur contre l'utilisation de clauses abusives dans les contrats de crédit hypothécaire est nécessaire vu l'impact énorme que ces clauses particulières ont sur le consommateur, surtout celles qui concernent la constitution de sûreté et la saisie immobilière éventuelle du bien hypothéqué. Il en va d'autant plus ainsi qu'il s'agit dans certains cas du logement du consommateur lésé et de sa famille, dont un mécanisme d'indemnisation a posteriori ne permettrait pas d'empêcher la perte définitive et irréversible. Vu la nature de ces contrats, il faut donc veiller à garantir de manière effective les droits contractuels des consommateurs avec un équilibre réel entre les droits et obligations contractuels respectifs²⁵.

²¹ Les contrats de crédit pour l'acquisition ou la conservation d'un bâtiment de navigation intérieure tel que visé à l'article 2, alinéa 1er, de la loi du 26 mars 2012 concernant l'immatriculation des bâtiments de navigation intérieure autres que les bateaux d'intérieur visés à l'article 271, du Livre II du Code de commerce sont également considérés comme des crédits hypothécaires avec une destination immobilière: voir art. I.9.53/1°, alinéa 2, b) CDE.

²² Si le crédit a pour but la rénovation d'un bien immobilier, les dispositions en matière de crédit hypothécaire s'appliquent uniquement si le contrat de crédit est garanti par une sûreté hypothécaire. Voir art. I.9.53/1°, alinéa 2, a) CDE. Si le crédit pour la rénovation d'un bien immobilier n'est pas garanti par une hypothèque, les dispositions en matière de crédit à la consommation s'appliquent.

²³ Voir l'article actuel I.9.53° CDE.

²⁴ Voir article I.9.53/ 2° CDE et article 3 Directive 2014/17/UE sur les contrats de crédit aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage résidentiel.

²⁵ CJUE, 14 mars 2013, n° C-415/11, Aziz, ECLI:EU:C:2013:164, nos 60-61. La Cour fait ainsi référence à l'article 34.3. de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui traite de façon générale du droit à une aide sociale et à une

1.2.2 La notion de consommateur en cas de constitution de sûreté

Une deuxième remarque concerne le champ d'application personnel de la directive sur les clauses abusives et en particulier les clauses relatives à la constitution de sûreté et la qualité de consommateur. Si une personne se porte garante des obligations d'une autre, pour la qualification de consommateur, seule importe la qualité que revêt la personne qui se porte garante ou octroie la sûreté ; la qualification du contrat pour lequel la sûreté est octroyée ne joue aucun rôle. Ainsi, il ressort d'une ordonnance de la Cour de Justice du 19 novembre 2015²⁶ que des parents qui ont constitué une sûreté hypothécaire et se sont portés cautions pour le remboursement d'un crédit accordé par un prêteur à leur fils dans le cadre d'une société commerciale dont il est le seul gérant et actionnaire ont agi en tant que consommateurs²⁷.

La Cour répète ici que la protection qui découle de la directive clauses abusives est particulièrement importante dans le cas d'un contrat de constitution de sûreté ou de cautionnement conclu entre un établissement bancaire et un tiers consommateur. Un tel contrat repose en effet sur un engagement personnel du garant ou de la caution à payer la dette contractée par un tiers. Cet engagement entraîne pour celui qui y consent des obligations lourdes qui ont pour effet de grever son propre patrimoine d'un risque financier souvent difficile à mesurer²⁸. Ce n'est que si le garant ou la caution personne physique a un lien fonctionnel significatif avec la société créditée (qui a contracté un crédit à des fins professionnelles), par exemple comme gérant de cette société, que ce garant ou cette caution ne doit pas être considéré comme un consommateur²⁹.

1.2.3 L'exigence de transparence

En ce qui concerne la vérification matérielle du caractère abusif de conditions contractuelles, il faut tout d'abord souligner l'importance primordiale que la Cour européenne attache à l'exigence de transparence de l'article 5 de la directive clauses abusives, tel que transposé dans l'article VI.37, § 1er du Code de droit économique (ci-après CDE). Cette obligation de transparence concerne non seulement la formulation claire des obligations réciproques, mais signifie également que la manière dont le consommateur en est informé doit être telle qu'il peut facilement et clairement (structure et présentation des conditions) évaluer de manière adéquate ce à quoi il s'engage précisément.

Mais l'obligation de transparence va encore plus loin. Il s'agit en effet non seulement d'une formulation claire et compréhensible ("transparence formelle"), mais également de "transparence matérielle", liée au caractère suffisant des informations fournies au consommateur en ce qui concerne l'étendue tant juridique qu'économique de son engagement contractuel³⁰.

La Cour de Justice attache une grande importance à cette exigence de transparence et la considère, en outre, comme un élément essentiel lors de l'appréciation du caractère abusif d'une clause ou d'une combinaison de clauses. La Cour indique à ce sujet qu'il est déterminant de savoir si un consommateur

aide au logement destinées en vue de garantir (selon les conditions établies par le droit de l'Union et les législations nationales) une existence digne à tous ceux qui ne disposent pas de ressources suffisantes.

²⁶ CJUE, 19 novembre 2015, C-74/15, Tarcau c. Banca Comerciala Intesa Sanpaolo România, ECLI:EU:C:2015:772.

²⁷ CJUE, 19 novembre 2015, C-74/15, Tarcau c. Banca Comerciala Intesa Sanpaolo România, ECLI:EU:C:2015:772., nos 20-30, et dispositif.

²⁸ Ibid. note précédente, n° 25.

²⁹ Voir CJUE, 14 septembre 2016, C-534/15, Pavel Dumitraș et Mioara Dumitraș contre BRD Groupe Société Générale – Sucursala Județeană Satu Mare, ECLI:EU:C:2016:700.

³⁰ Voir à ce sujet CJUE, 21 décembre 2016 (Grande Chambre), Francisco Gutiérrez Naranjo contre Cajasur Banco SAU, Ana María Palacios Martínez contre Banco Bilbao Vizcaya argentaria SA (BBVA), Banco Popular Español SA contre Emilio Irlés López et Teresa Torres Andreu (ci-après également appelé arrêt Francisco Gutiérrez Naranjo), dans les affaires jointes C-154/15, C-307/15 et C-308/15, ECLI:EU:C:2016:980, nos 48-51.

normalement informé peut comprendre la portée d'une clause et s'il est en mesure d'évaluer, sur base de critères clairs et compréhensibles, les conséquences économiques qui en découlent pour lui. En ce qui concerne, par exemple, la possibilité que se réserverait un professionnel de facturer certains frais supplémentaires dus au cours du contrat, il est d'une importance primordiale qu'un consommateur dispose de la possibilité de prévoir les modifications éventuelles relatives à ces frais sur la base de critères clairs et compréhensibles. Le consommateur doit par exemple être clairement informé d'un taux minimal en deçà duquel le taux d'intérêt variable ne peut diminuer pour les contrats de crédit hypothécaire³¹.

Lorsque les effets d'une clause sont réglés par des dispositions législatives impératives, il est essentiel que le professionnel (ou l'entreprise) informe le consommateur de ces dispositions³². Ainsi, la formulation d'une clause ne peut pas avoir pour résultat de donner l'impression au consommateur qu'il ne dispose d'aucun droit légal³³ ou d'aucune possibilité de recours. En ce qui concerne ce dernier point, on peut, par exemple, penser à la clause suivante :

“Aucune contestation ne pourra arrêter ou suspendre les poursuites éventuellement exercées en vertu de la grosse des présentes qui sera délivrée à la banque par le notaire soussigné auquel les parties en font la réquisition expresse, l'existence et le montant de la créance de la banque étant établis entre autres et à suffisance par l'extrait de compte courant.”³⁴

Une telle clause donne l'impression que le débiteur ne peut intenter aucune action en justice. Elle donne l'impression que le consommateur ne peut pas s'opposer à une saisie³⁵, notamment pour contester l'existence du titre exécutoire et son caractère actuel ou contester l'extrait de compte à l'aide d'autres éléments, ni attaquer le caractère abusif de l'une ou l'autre clause.

Une telle clause est non seulement contraire à l'exigence de transparence en sorte qu'elle peut déjà en elle-même être considérée comme abusive (article VI.37, § 1er, juncto art. VI.82, alinéa 2, CDE et art. I.8.22° CDE) ; elle est également contraire à l'article VI.83, 22° CDE, dans le mesure où elle indique au consommateur qu'il n'a aucun moyen de recours contre l'entreprise en cas de contestation.

La Cour a récemment confirmé que l'exigence de transparence peut être si importante que le caractère abusif per se peut déjà découler d'une formulation ne satisfaisant pas à l'exigence d'une rédaction claire et compréhensible énoncée à l'article 5 de la directive 93/13. Cette exigence doit, compte tenu de la situation d'infériorité dans laquelle se trouve le consommateur à l'égard du professionnel s'agissant, notamment, du niveau d'information, faire l'objet d'une interprétation extensive³⁶. Le juge national doit toujours apprécier à la lumière des circonstances concrètes (art.VI.82 CDE) si un tel manque de

³¹ Ibid., faits qui ont donné lieu à la CJUE, 21 décembre 2016, dans les affaires jointes C-154/15, C-307/15 et C-308/15, ECLI:EU:C:2016:980.

³² Voir CJUE, 28 juillet 2016, Verein für Konsumenteninformation/ Amazon EU Sàrl, affaire C-191/15, en particulier n° 69, faisant déjà référence à un arrêt du 26 avril 2012, Intel, C-472/10, EU:C:2012:242, point 29.

³³ CJUE, 28 juillet 2016, Verein für Konsumenteninformation/ Amazon EU Sàrl, affaire C-191/15, n° 69, où la clause concernée donnait l'impression que le consommateur, malgré ce qui est prévu à l'article 6, paragraphe 2, du règlement Rome I, pouvait déduire que seul le droit du pays où l'entreprise concernée était active s'appliquait et qu'il ne pouvait pas se prévaloir des dispositions contraignantes relatives aux contrats de consommation telles qu'elles s'appliquent dans son pays de résidence. Voir également CCA 32, Avis relatif aux clauses visant, dans des contrats d'achat d'un terrain à bâtir, la construction par une entreprise déterminée (15 février 2012), p. 15.

³⁴ C. BIQUET, “Clauses abusives et pratiques réglementées”, p. 33, n° 45.

³⁵ On peut en outre souligner que « Toute exécution ou saisie à laquelle il est procédé en vertu d'un jugement ou d'un autre acte authentique est précédée, dans le cadre du présent chapitre, à peine de nullité, d'une tentative de conciliation devant le juge des saisies, qui doit être actée à la feuille d'audience »(Art. VII.147/24, aliéna 1er, CDE).

³⁶ Ibid. CJUE 28 juillet 2016, affaire C-191/15, n° 68, renvoyant à un arrêt du 23 avril 2015, Van Hove, C-96/14, EU:C:2015:262, point 40 et à la jurisprudence citée.

transparence de la clause ou de la combinaison de clauses crée un déséquilibre manifeste entre les droits et les obligations des parties au détriment du consommateur conformément à la norme générale de l'art. I.8.22° CDE³⁷.

1.2.4 L'appréciation du déséquilibre manifeste :

1. Vérification contextuelle (circonstances de la conclusion du contrat, autres clauses, nature du contrat)

La Cour de Justice met sans cesse l'accent sur le fait que l'évaluation du caractère abusif à l'aide de la norme générale est toujours une évaluation in concreto, compte tenu des critères repris à l'article VI.82, alinéa 1er CDE:

(1) à la lumière des circonstances concrètes entourant la conclusion du contrat,

Le consommateur qui conclut un crédit pour l'acquisition de son habitation a-t-il par exemple pu prendre connaissance préalablement à la conclusion du contrat et en temps utile des conditions auxquelles ce crédit a été octroyé, non seulement du tarif auquel le crédit a été octroyé et de l'assurance solde restant dû et l'assurance incendie qui y sont éventuellement liées, mais également des autres conditions ? Ou bien le consommateur a-t-il été uniquement informé par le notaire des conditions applicables, par exemple en ce qui concerne la portée concrète des sûretés ?

(2) au vu de l'ensemble du cadre contractuel,

Comme il est expressément stipulé à l'article VI.82, alinéa 1er, CDE, l'appréciation du caractère abusif d'une clause doit toujours se faire en relation avec les autres clauses du contrat ou d'un autre contrat dont il dépend.

Comme déjà indiqué dans un avis précédent³⁸, il faut, par exemple, lors de l'évaluation de clauses pénales, toujours vérifier quel est l'effet cumulatif de toutes les clauses pénales.

Les clauses doivent être examinées dans leur ensemble, à savoir dans leur rapport avec d'autres clauses du contrat et éventuellement aussi dans leur rapport avec d'autres contrats dont le contrat concerné dépend. S'agissant des contrats de crédit hypothécaire ici analysés, une telle appréciation d'ensemble est également importante pour les clauses relatives à la constitution des sûretés., soient.

Comme nous l'avons exposé ci-dessus³⁹, il faut, dans cette optique, vérifier si les dispositions reprises dans le contrat-cadre ne méconnaissent pas les dispositions légales spécifiques au crédit hypothécaire; en outre, pour l'évaluation de leur caractère abusif, les dispositions contractuelles spécifiques en rapport

³⁷ CJUE, 26 janvier 2017, Banco Primus SA c. Jesús Gutiérrez García, affaire C-421/14, ECLI:EU:C:2017:60, nos 59-67, et troisième moyen, deuxième tiret.

³⁸ CCA 39 du 14 juillet 2016 Avis sur les clauses pénales et le recouvrement amiable, p. 12, avec renvoi à l'arrêt Radlinger: CJUE, 23 avril 2016, affaire C-377/14, Arrêt de la Cour (Troisième chambre) du 21 avril 2016, Ernst Georg Radlinger et Helena Radlingerová contre FINWAY a.s., ECLI:EU:C:2016:283, quatrième dispositif. Dans l'arrêt Banif également, la Cour (interrogée explicitement à ce sujet) souligne que le juge national, lors de l'appréciation du caractère abusif, doit tenir compte de toutes les autres clauses du contrat. Voir nos 40-41 et dispositif 2 de cet arrêt: CJUE, n C-472/11, 21 février 2013, Banif Plus Bank Zrt/Csaba et Viktória Csipai, in FF/Bank- en Financieel recht, 2014/I-II, 01, p. 30 e.v. met noot R. STEENNOT, "De verplichting in hoofde van de nationale rechter om schadebedingen in kredietovereenkomst ambtshalve te toetsen mag de rechten van de verdediging van de kredietgever niet miskennen"(33-36), 34, nr. 4.

³⁹ A propos de la notion de "l'ouverture de crédit", art. I.9.49° CDE, voir ci-dessus Chapitre 1er, Section I, p. 5.

avec le crédit hypothécaire et les conditions telles qu'elles figurent dans le contrat-cadre doivent être lues conjointement.

(3) compte tenu de la nature des biens ou services.

Un contrat de crédit hypothécaire concerne par définition un contrat avec de lourdes conséquences financières pour le consommateur et un contrat de longue durée déterminée. Comme indiqué ci-dessus, la Cour européenne a en outre souligné l'énorme impact que certaines clauses peuvent avoir sur le consommateur, certainement s'il s'agit d'un crédit ou d'une sûreté sur un bien immeuble que le consommateur (et éventuellement sa famille) utilise comme habitation.

Cela justifie que l'on veuille d'autant plus à l'équilibre contractuel entre les droits et obligations réciproques stipulés dans le contrat⁴⁰.

2. Le rôle du droit supplétif

Dans l'arrêt Mohamed Aziz⁴¹, qui portait sur un contrat de crédit hypothécaire, la Cour européenne a d'abord indiqué qu'un critère important pour vérifier s'il est question d'un "déséquilibre significatif" est le droit supplétif, à savoir les règles applicables en droit national en l'absence d'un accord des parties en ce sens. Il convient de vérifier dans quelle mesure les conditions contractuelles placent le consommateur dans une situation juridique moins favorable par rapport à celle prévue par les règles supplétives de droit commun⁴².

Il peut déjà être question d'un déséquilibre significatif lorsque les conditions contractuelles ont pour conséquence de porter une atteinte suffisamment grave à la situation juridique du consommateur que ce soit sous la forme d'une restriction au contenu des droits dont le consommateur aurait disposé en vertu des dispositions de droit supplétif, ou d'une entrave à l'exercice de ceux-ci, ou encore de la mise à sa charge d'une obligation supplémentaire, non prévue par le droit supplétif⁴³.

3. La "bonne foi"

De même, dans l'arrêt Mohamed Aziz, la Cour a précisé que l'exigence de "bonne foi", telle qu'elle est reprise dans la directive clauses abusives et plus précisément dans la norme générale de l'article 3.1. de la directive, doit être comprise en ce sens qu'il convient de vérifier si l'entreprise, en négociant de façon loyale et équitable avec le consommateur, pouvait raisonnablement s'attendre à ce que le consommateur ait accepté une telle clause si elle avait fait l'objet d'une négociation individuelle⁴⁴. En d'autres termes, lors de la rédaction des clauses, l'entreprise doit prendre en compte les attentes légitimes du consommateur.

⁴⁰ CJUE, 14 mars 2013, affaire C-415/11, Aziz, ECLI:EU:C:2013:164, nos 60-61.

⁴¹ CJUE, 14 mars 2013, affaire C-415/11, Aziz, ECLI:EU:C:2013:164, nr. 68.

⁴² Voir plus récemment aussi CJUE, 26 janvier 2017, Banco Primus SA c. Jesús Gutiérrez García, affaire C-421/14, ECLI:EU:C:2017:60, nos 58-67, et troisième dispositif.

⁴³ CJUE, 16 janvier 2014, affaire C-226/12, Constructora Principado, n° 23, premier dispositif.

⁴⁴ CJUE, 14 mars 2013, affaire C-415/11, Aziz, ECLI:EU:C:2013:164, n° 69.

Bien que l'exigence de "bonne foi" ne soit pas reprise expressément dans la norme générale belge (art. I.8.22° CDE), cette exigence joue quand même un rôle⁴⁵.

1.3 Contrats de crédit hypothécaire et rôle du notaire

La Ccs clauses abusives souhaite avant tout faire remarquer qu'il appartient en premier lieu au prêteur de fournir au consommateur, avant la conclusion du contrat, des informations sur les conditions dans lesquelles le contrat est conclu "d'une manière claire et compréhensible". Pour un consommateur, il est en effet d'une importance fondamentale qu'il prenne connaissance, avant la conclusion du contrat, de toutes les conditions contractuelles et des conséquences de la conclusion du contrat. Sur la base des informations ainsi obtenues, il décidera s'il souhaite être lié par les conditions rédigées préalablement par le vendeur⁴⁶.

Ce qui compte dans l'obligation de fournir des informations claires sur les conditions générales et l'appréciation du caractère abusif ou non des clauses est la conclusion du contrat, en d'autres termes, le moment du consentement entre le prêteur et le consommateur.

Le notaire n'intervient que lorsque cela est utile ou qu'il existe une obligation de dresser un acte authentique. Lors de la vente d'un bien immobilier, il est utile de passer un acte authentique afin de rendre cette vente opposable aux tiers. Pour constituer une hypothèque en garantie du contrat de crédit, la passation d'un acte authentique est une condition de validité du contrat d'hypothèque. Le contrat de crédit lui-même, en tant que contrat solennel, est déjà conclu conformément à l'article VII.134 CDE ; il est alors le plus souvent intégré dans l'acte authentique qui constate l'hypothèque.

Le notaire intervient lors de la passation de l'acte authentique et non lors de la conclusion du contrat de crédit, c'est-à-dire au moment du consentement sur le crédit. L'intervention ultérieure du notaire ne peut donc pas être invoquée pour justifier l'acceptation en connaissance de cause' des clauses du contrat qui sont défavorables consommateur.

L'article 9, § 1er, alinéa 2 de la loi du 25 ventôse an XI contenant organisation du notariat⁴⁷ oblige le notaire, lorsqu'il constate l'existence d'intérêts contradictoires ou d'engagements disproportionnés, à attirer l'attention des parties et à les aviser qu'il est loisible à chacune d'elles de désigner un autre notaire ou de se faire assister par un conseil.

L'obligation de conseil et d'assistance du notaire lors de la passation de l'acte authentique peut jouer un rôle dans la protection du consommateur contre l'utilisation de clauses abusives⁴⁸, mais cela ne porte nullement préjudice à l'obligation de fourniture d'informations précontractuelles sur les conditions générales et à l'obligation de transparence des clauses écrites dans le chef du prêteur ni à l'appréciation du contenu des clauses conformément aux dispositions en matière de clauses abusives.

⁴⁵ Voir à ce sujet CCA 28, Avis sur le régime des clauses abusives dans la proposition de directive relative aux droits des consommateurs (9 juin 2010), p. 18-19, n° 4.

⁴⁶ Voir CCA 38, Avis sur les conditions générales des sites de réseaux sociaux faisant référence notamment à CJUE, 21 mars 2013, affaire C-92/11, RWE Vertrieb c. Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen, ECLI:EU:C:2013:180, points 43 et 44 et deuxième dispositif, premier tiret.

⁴⁷ Telle que cette disposition a été modifiée par la loi du 18 juillet 2008, M.B. 14 août 2008.

⁴⁸ Voir dans le même sens CJUE, 1er octobre 2015, affaire C-32/14, ERSTE Kreditgeber Hungary Zrt. c. Attila Sugár, os 57 et 58, ECLI:EU:C:2015:637.

Si le notaire omet d'informer le consommateur sur la présence de clauses abusives dans l'acte authentique qu'il a passé, cela peut cependant constituer une faute dans son chef qui peut entraîner la responsabilité du notaire concerné⁴⁹.

2. Examen des conditions contractuelles rencontrées dans les contrats de crédit hypothécaire

2.1 *Objet du contrat : crédit hypothécaire sous la forme d'un contrat de crédit spécifique inséré dans un contrat-cadre*

2.1.1 Concept

Le consommateur qui veut conclure un prêt hypothécaire pour financer l'achat de son habitation conclut en pratique un contrat-cadre avec le prêteur concerné, dans lequel est inséré un crédit spécifique qui concerne le prêt pour le financement de l'habitation.

Dans ce contrat-cadre, les sûretés sont convenues pour garantir l'exécution des obligations de paiement du consommateur. Ces sûretés sont par exemple une hypothèque ou un mandat hypothécaire sur l'habitation financée ou d'autres biens immeubles du consommateur, une garantie par un tiers, le nantissement de certains biens.

Le fait de choisir un contrat-cadre, avec un contrat de crédit spécifique pour conclure un prêt, résulte principalement du montant élevé des frais (surtout fiscaux) liés essentiellement à la constitution d'une hypothèque. Une hypothèque conventionnelle est très coûteuse en Belgique, surtout en comparaison avec d'autres pays et des frais importants sont également liés à la radiation de l'inscription hypothécaire. Le consommateur qui voudrait plus tard, par exemple, contracter nouveau crédit pour l'aménagement de son habitation ou d'autres emprunts via ce prêteur peut alors se prévaloir de ce contrat-cadre pour lequel les sûretés nécessaires ont déjà été convenues sans devoir exposer de frais supplémentaires en lien avec la constitution d'une nouvelle sûreté. Cette combinaison du contrat-cadre avec un crédit spécifique doit être lue en lien avec les dispositions relatives à "l'hypothèque pour toutes sommes" et à la "garantie pour toutes sommes", qui sont traitées ultérieurement. Conformément à ces conditions contractuelles, les sûretés établies dans le contrat-cadre s'appliquent en garantie de tout ce que le débiteur doit et devra au prêteur, tant dans le cadre de sa relation privée ou professionnelle avec le prêteur, non seulement en ce qui concerne les crédits mais également en ce qui concerne les éventuelles dettes en matière de transactions financières, obligations de cautionnement et de garantie, à hauteur du montant maximum fixé dans le contrat-cadre ou du montant pour lequel la sûreté a été constituée.

En d'autres termes, dans le contrat-cadre, le crédit et les éventuels tiers consentent non seulement des sûretés dans le cadre des crédits conclus dans ce cadre, mais consentent également, pour une durée indéterminée, des sûretés pour n'importe quelle dette qui découlerait de la relation privée ou professionnelle du crédit avec le prêteur concerné. Le montant des sûretés est limité au montant maximum mentionné dans le contrat cadre ou au montant indiqué dans la constitution de sûreté.

⁴⁹ R. STEENNOT, in STEENNOT, R., STRAETMANS, G., TERRY, E., KEIRSBILCK, B., WYSEUR, B., "Consumentenbescherming (2008-2014) - Marktpraktijken (2011-2014) Overzicht van rechtspraak", in T.P.R. 2015/3-4, (1311-1923), p. 1538, nr. 176.

La Ccs clauses abusives souligne à ce sujet que la nécessité de recourir à un tel cadre contractuel est avant tout une conséquence de la législation fiscale et qu'il faut en premier lieu trouver une solution⁵⁰. La combinaison contrat-cadre/crédit hypothécaire spécifique évite des frais inutiles au consommateur et présente pour le prêteur l'avantage que le consommateur qui veut financer des travaux d'aménagement ou contracter d'autres crédits importants pour lesquels des sûretés doivent généralement être constituées devra nécessairement passer, s'il veut éviter les frais de constitution d'une nouvelle sûreté, par le prêteur qui a financé l'acquisition de son habitation. Les sûretés stipulées comme garanties du remboursement par le consommateur sont en effet attachées au contrat-cadre conclu avec un prêteur déterminé.

En revanche, un tel contrat-cadre doit, à tout moment et sans aucune justification, pouvoir être résilié par chacune des deux parties. En outre, le consommateur n'a aucune obligation de contracter d'autres crédits. Cela ne constitue cependant pas une raison pour étendre, sans explication spécifique, via une clause standard, le contrat de crédit, rendre le consentement fictif et étendre, via une clause standard, les garanties spécifiquement octroyées à toutes les autres dettes dont le crédité pourrait être tenu vis-à-vis du prêteur.

2.1.2 Exemples

- Exemple 1

Art. 1er *“La banque octroie au(x) crédité(s), pour une durée indéterminée, une ouverture de crédit-cadre, ci-après désignée par ouverture de crédit.*

L'ouverture peut être octroyée sur un ou plusieurs comptes et sous les formes les plus diverses de :

- a) crédit de caisse, facilité de caisse, avance en compte courant ;*
- b) avance à terme fixe, avance en devises ;*
- c) crédit d'investissement, crédit hypothécaire et autres formes de crédit à terme ;*
- d) crédit d'escompte ;*
- e) crédit d'acceptation ;*
- f) crédit documentaire ;*
- g) crédit de cautionnement (sous forme de cautionnement, aval, ducroire, ...) émission de lettre de crédit ;*
- h) crédit régis par la loi sur le crédit à la consommation.*

La banque pourra autoriser, sans y être toutefois tenue, des reprises d'encours sous l'une des formes susvisées à concurrence des montants déjà remboursés.

Les parties conviendront par écrit, au moment de leur octroi, des conditions générales et particulières propres aux formes de crédit octroyées ou utilisations. L'octroi de nouvelles formes de crédit, même

⁵⁰ Comme par exemple des illustrations comme “le privilège du prêteur de deniers”: art. 2374, 2° Code civil français.

après suspension, n'opère ni novation ni déchéance des garanties données qui sont censées garantir l'ouverture de crédit-cadre.

Le crédit sera effectivement mis à disposition du/des crédité(s) et il(s) pourra(ont) l'utiliser selon les modalités convenues dès qu'il(s) sera(ont) en mesure d'établir que toutes les conditions imposées à l'octroi ont été respectées et que les garanties convenues, tant entre les parties que vis-à-vis de tiers, ont été valablement constituées et occupent le rang exigé.

Le fait pour la banque d'autoriser le(s) crédité(s) à disposer du crédit avant que toutes les conditions aient été remplies, ne peut être considéré que comme une simple tolérance qui ne fait naître aucun droit dans le chef du/des crédité(s) et n'emporte pas novation ni renonciation à aucun droit de la part de la banque, à moins d'une convention expresse contraire."

Chapitre 2, art. 1. Objet

...

Cette forme de crédit ou d'utilisation est régie par l'ouverture de crédit-cadre, par les présentes conditions générales, les conditions particulières, le(s) tableau(x) d'amortissement figurant au chapitre 3 de la présente annexe, par l'offre, ainsi que par tout avenant écrit ultérieur signé par le(s) crédité(s) et la banque. Pour l'interprétation des contrats, si certaines dispositions sont inconciliables entre elles, les conditions particulières priment les conditions générales qui, à leur tour, priment les stipulations de l'ouverture de crédit-cadre."

Art. 9. Résiliation anticipée - suspension

Sauf disposition légale contraire et sous réserve des modalités propres à une forme de crédit, la banque et le(s) crédité(s) ont le droit de mettre fin en tout ou en partie à l'ouverture de crédit ou de suspendre l'utilisation du crédit ou de telle forme de crédit, moyennant un préavis d'au moins trente jours calendrier, signifié par lettre recommandée et prenant cours à la date d'envoi.

- Exemple 2

« Article Ier – Octroi et montant du crédit

La banque ouvre aux crédités s'engageant solidairement, un crédit de 150.000 euros, consenti et accepté aux conditions du présent acte.

Article III – Caractéristiques de l'ouverture de crédit

L'ouverture de crédit présente les caractéristiques suivantes :

- *elle est utilisable par tous modes à convenir entre parties ;*
- *elle a un caractère revolving, c'est-à-dire que la liquidation totale ou partielle d'une opération imputée sur l'ouverture de crédit n'entraîne pas la diminution du montant de celle-ci ; la tranche devenue disponible peut être réutilisée de la manière convenue entre les parties ;*
- *sa durée n'est pas limitée ;*
- *elle est résiliable par chaque partie moyennant un préavis de huit jours adressé par lettre recommandée. La résiliation est sans influence sur les opérations en cours ; en revanche,*

l'exigibilité avant terme d'une ou plusieurs de ces opérations met fin de plein droit à l'ouverture de crédit ;

- *les intérêts débiteurs sont, sous réserve de modifications résultant de conventions particulières intervenues ou à intervenir, prélevés mensuellement et calculés au taux de 2 % par mois.*

Article IV – Hypothèque

A la garantie de toutes sommes qui pourraient être dues à la banque du chef des opérations imputées sur l'ouverture de crédit dont question ci-dessus, Monsieur X. et Madame Y. déclarent conférer au profit de la banque, qui accepte, hypothèque spéciale à concurrence de 150.000 euros formant le principal de la présente ouverture de crédit ...

Article V – Imputation d'engagements ...

Tous engagements, exigibles ou non, même éventuels, des crédités agissant ensemble ou pas, seuls ou avec d'autres, solidairement ou non, envers la banque, résultant d'opérations antérieures, concomitantes ou postérieures à la date des présentes, sont et seront imputables sur l'ouverture de crédit accordée et sans que la banque soit tenue de prévenir les crédités, l'imputation résultant de la seule décision de la banque, prise au moment jugé utile par cette dernière. Pareille imputation ne modifiera pas les conditions applicables à l'engagement imputé.

Article X.- Cessions

Pour le cas de non-exécution des obligations imputées sur la présente ouverture de crédit, les crédités déclarent céder à la banque, qui accepte, les loyers des immeubles dont ils sont ou deviendraient propriétaires ainsi que la quotité cessible de leurs rémunérations ...

Article XII – Utilisation

Première utilisation : crédit hypothécaire

Acte de crédit de crédit hypothécaire soumis à la loi du 4 août 1992 modifiée par la loi du 13 mars 1998

§ 1er – Modalités de la première utilisation

En première utilisation de l'ouverture de crédit qui précède, la banque accorde aux emprunteurs, qui acceptent, un crédit de 150.000 euros.

Le crédit est imputé sur l'ouverture de crédit hypothécaire consentie par la banque à l'article I du présent acte.

§ 3 – Durée, intérêts, remboursement

Le crédit devra être remboursé dans un délai de 240 mois à partir du 30 du mois suivant l'arrêt définitif des prélèvements dont question à l'article 2.

Le taux d'intérêt appliqué s'élève à 0,239 % par mois, correspondant à un taux annuel réel de 2,9 %.. ..».

2.1.3 Analyse par la Ccs clauses abusives

- Pas de consentement éclairé en rapport avec l'objet du contrat – exigence de transparence

Il ressort des exemples ci-dessus que le consommateur conclut en réalité un contrat à durée indéterminée, dans lequel est inséré le contrat de crédit destiné à financer le bien (im)meuble à acquérir.

La Ccs clauses abusives rappelle qu'il incombe à l'entreprise, in casu l'institution financière, d'informer le consommateur de manière claire et compréhensible sur les principales caractéristiques du bien ou du service qu'elle propose. En effet, ce n'est que dans ce cas qu'il est question d'un consentement valable⁵¹. Ce n'est que ce cas que le consommateur peut évaluer les conséquences économiques qui en découlent pour lui sur la base de critères clairs et compréhensibles⁵².

La Ccs clauses abusives reconnaît que l'appréciation du caractère abusif des clauses ne porte pas sur la définition de l'objet principal du contrat, pour autant que ces clauses soient rédigées de manière claire et compréhensible (art. VI.83, alinéa 3, CDE).

La Cour européenne de Justice a déjà jugé que cette disposition édictant une exception au mécanisme de contrôle de fond des clauses abusives doit être interprétée de manière stricte⁵³. La Cour précise que la notion "d'objet principal du contrat" renferme les clauses qui fixent les prestations essentielles de ce contrat et qui, comme telles, caractérisent celui-ci. Les clauses qui revêtent un caractère accessoire par rapport à celles qui définissent l'essence même de la relation contractuelle ne sauraient relever de la notion "d'objet principal de contrat"⁵⁴.

Lors de l'appréciation du caractère abusif, il convient de tenir compte de la nature, de l'économie générale et de l'ensemble des conditions du contrat ainsi que de son contexte juridique et factuel. Il convient également de tenir compte des pratiques commerciales liées directement au contrat : comment le futur contrat hypothécaire est-t-il proposé par l'institution de crédit ?

Ensuite, comme il ressort de l'article VI.82 alinéa 3, et de l'article 4.2. de la directive, pour l'appréciation du caractère abusif, il est d'une importance primordiale que les clauses relatives à l'objet soient formulées de manière claire et compréhensible, ce qui implique que le consommateur puisse prévoir les conséquences économiques qui en découlent pour lui, sur la base de critères clairs et compréhensibles.

Alors que le consommateur moyen s'attend à conclure un prêt spécifique pour l'acquisition d'un bien immeuble ou pour le financement d'un autre produit (l'objet ou le noyau essentiel des prestations), une telle formule standard composée d'un contrat-cadre auquel est couplé un crédit spécifique qui constitue l'objet de la volonté exprimée de conclure un prêt, peut avoir pour conséquence que le consommateur est lié de manière beaucoup plus grande que ce à quoi il pouvait s'attendre.

Une telle combinaison d'un contrat-cadre à durée indéterminée pour un montant déterminé, qui dissocie le consentement du consommateur de son souhait de contracter un prêt pour financer un achat déterminé, avec un crédit spécifique ne correspond donc pas en règle générale à la commune intention

⁵¹ Voir par analogie les exigences posées par la directive relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données en rapport avec le consentement valable, tels qu'ils sont discutés dans l'étude préparatoire: "From social media service to advertising network: A critical analysis of Facebook's Revised Policies", o.c., p. 12-16.

⁵² O.a. C-96/14, 23 avril 2015, deuxième tiret dispositif.

⁵³ Van Hove, n° 31 avec renvois.

⁵⁴ Van Hove, n° 33 avec renvoi à Kasler.

réelle concernant l'objet du contrat⁵⁵ (article 1156 du Code civil) si le consommateur n'en a pas été expressément informé par le prêteur.

Compte tenu de tous ces éléments, la Ccs clauses abusives conclut qu'une telle combinaison de clauses standard, auxquelles le consommateur ne peut pas raisonnablement s'attendre⁵⁶, est contraire à l'exigence de transparence (art. VI.37, § 1er, CDE).

Par conséquent, le prêteur doit indiquer explicitement au consommateur qu'il conclut en fait un contrat-cadre à durée indéterminée dans lequel plusieurs contrats de crédit peuvent être convenus et préciser les avantages et les inconvénients d'un tel contrat-cadre. Il s'agit en effet de conditions rédigées préalablement par le prêteur auxquelles le consommateur est obligé de souscrire sans pouvoir exercer une influence sur leur contenu. À cet égard, il est d'une importance capitale pour le consommateur de prendre connaissance, avant et au moment de la conclusion du contrat, de toutes les conditions contractuelles et des conséquences qui découleront de la conclusion du contrat. C'est notamment sur la base de ces informations que ce dernier décide s'il souhaite être lié par les conditions préalablement rédigées par le professionnel⁵⁷.

Si une telle combinaison d'un contrat-cadre et d'un crédit spécifique peut être dictée par le souci de ne pas engendrer de frais inutiles dans le chef du consommateur pour la constitution des sûretés, elle ne doit pas porter atteinte aux exigences de base de transparence et de consentement. Une telle combinaison a en effet pour conséquence de lier le consommateur pour une durée indéterminée à l'institution financière, avec les sûretés attachées à ce contrat-cadre, alors qu'en réalité il veut uniquement un financement pour un produit déterminé.

En règle générale, un tel contrat-cadre ne crée pas de déséquilibre manifeste au détriment du consommateur dans ses droits et obligations, en dehors du fait que le consommateur, pour l'octroi d'un nouveau crédit – compte tenu du cadre et des sûretés déjà constituées –, est obligé de s'adresser à son prêteur initial (effet de "fidélisation" produit par le contrat-cadre). En ce qui concerne les sûretés qu'il a consenties, sûretés qui sont reprises dans le contrat-cadre, le consommateur reste en effet tenu, en vertu de l'article 7 de la loi hypothécaire, de remplir personnellement ses engagements sur tous ses biens mobiliers ou immobiliers, présents et à venir. Les sûretés constituées permettent uniquement au créancier d'être payé par préférence aux créanciers ordinaires, comme aussi de suivre le bien éventuellement hypothéqué, dans quelques mains qu'ils passent. On ne peut donc pas conclure que ce manque de transparence crée par lui-même un déséquilibre manifeste entre les droits et les obligations des parties au détriment du consommateur : il est en effet toujours tenu sur son patrimoine à l'exécution de ses obligations de sorte qu'un tel règlement contractuel n'ajoute rien. D'un autre côté, le fait que les sûretés soient liées au cadre a pour conséquence l'indisponibilité des biens donnés en garantie et le consommateur, qui veut conclure un autre crédit, est en principe tenu par le contrat cadre.

En ce qui concerne ce dernier élément, à savoir l'engagement contractuel pour une durée indéterminée découlant du contrat-cadre, il est vrai que le contrat-cadre peut être résilié d'une manière souple. Ceci ressort par exemple de l'article 9 de l'exemple n°1 où un délai de résiliation d'un mois s'applique pour

⁵⁵ Voir aussi CCA 32, Avis relatif aux clauses visant, dans des contrats d'achat d'un terrain à bâtir, la construction par une entreprise déterminée (15 février 2012), p.

⁵⁶ Comparer avec l'article 2.1.20 Unidroit "Principles of International Commercial Contracts":

"1. No term contained in standard terms which is of such a character that the other party could not reasonably have expected it, is effective unless it has been expressly accepted by that party.

2. In determining whether a term is of such a character regard is to be had to its contents, language and presentation."

⁵⁷ Arrêt Radlinger: CJUE, 23 avril 2016, affaire C-377/14, Arrêt de la Cour (Troisième chambre) du 21 avril 2016, Ernst Georg Radlinger et Helena Radlingerová contre FINWAY a.s., ECLI:EU:C:2016:283, n° 64, renvoyant à la CJUE, 16 janvier 2014, Constructora Principado, C-226/12, UE:C:2014:10, point 25 et jurisprudence citée.

mettre fin au contrat-cadre. Le terme “résolution anticipée” est trompeur à ce point de vue, puisqu’il s’agit ici du droit de mettre fin au contrat à durée indéterminée, indépendamment de tout défaut d’exécution d’une obligation.

- **Abusif si constitution de sûreté par un tiers**

Comme déjà exposé, le contrat-cadre vise à attacher au cadre toutes les sûretés constituées, indépendamment du crédit spécifique qui a été conclu.

Si l’exigence de transparence est satisfaite, le débiteur n’est pas manifestement désavantagé puisqu’il a le contrôle sur ses dettes et qu’il doit en tout cas répondre de ses dettes éventuelles sur la totalité de son patrimoine ; par contre la situation est complètement différente dans le cas de constitution de sûreté par un tiers.

Le tiers qui se porte personnellement garant ou qui accepte de constituer une sûreté réelle pour les dettes d’autrui octroie de cette manière un droit de saisie au créancier, droit de saisie dont le créancier n’aurait jamais bénéficié sans la constitution de la sûreté. Par conséquent, la personne qui accepte de garantir personnellement la dette d’autrui ouvre, à concurrence du montant de la sûreté, tous ses biens et revenus à la saisie du créancier ; en raison du contrat-cadre, cela vaut non seulement pour le crédit consenti mais également pour tout crédit imputé dans le contrat-cadre. Cela vaut également pour la personne qui a accepté d’octroyer une hypothèque sur son immeuble pour un montant déterminé en garantie du crédit d’un autre crédit : la sûreté n’est plus limitée à un contrat de crédit spécifique mais est étendue à tout contrat de crédit imputé dans le contrat-cadre.

A ce sujet, on peut observer que l’on est en présence de la constitution d’une tierce-garantie non seulement s’il s’agit d’un tiers qui n’est pas partie au contrat-cadre, mais également s’il s’agit des dettes qui sont contractées ensemble par plusieurs débiteurs lorsque le prêteur se réserve, en vertu d’une clause, le droit d’imputer unilatéralement dans le cadre les autres dettes qu’un des débiteurs contracterait séparément.

Par exemple, dans l’article V de l’exemple 2, la banque stipule que *“Tous engagements, exigibles ou non, même éventuels, des crédits agissant ensemble ou pas, seuls ou avec d’autres, solidairement ou non, envers la banque, résultant d’opérations antérieures, concomitantes ou postérieures à la date des présentes, sont et seront imputables sur l’ouverture de crédit accordée et sans que la banque soit tenue de prévenir les crédits, l’imputation résultant de la seule décision de la banque, prise au moment jugé utile par cette dernière. Pareille imputation ne modifiera pas les conditions applicables à l’engagement imputé.”*

Une telle clause vise, en d’autres termes, à permettre au prêteur de se réserver le droit d’imputer dans la convention cadre une dette contractée séparément par un seul des crédits et de bénéficier de cette manière des sûretés attachées au cadre, consenties ensemble par les deux crédits. Comme il ressort de l’article I de l’exemple 2, les débiteurs s’engagent en outre solidairement à exécuter les engagements insérés dans le cadre.

Cela a pour conséquence que plusieurs crédits (par exemple, un couple), en contractant par exemple un crédit-logement, se portent mutuellement garants personnels, certes à hauteur du montant indiqué dans le cadre, de toutes les autres dettes que leur codébiteur, séparément ou ensemble avec d’autres débiteurs, contracterait à l’égard du prêteur.

De l'avis de la Ccs clauses abusives, une telle constitution de sûreté par un tiers dans un contrat-cadre général crée un déséquilibre manifeste entre les droits et les obligations des parties, au détriment du tiers consommateur et est par conséquent contraire à la norme générale (I.8.22°CDE). Comme cela sera détaillé plus loin, une telle constitution de sûreté générale est en outre contraire à l'article VII.147/26 CDE. Cette disposition prévoit que des tiers consommateurs ne peuvent accorder de sûreté qu'à concurrence du montant garanti pour le contrat de crédit dont ils ont reçu préalablement et gratuitement un exemplaire ; une constitution de sûreté générale par un tiers consommateur, par exemple en vertu d'un contrat-cadre en matière de crédit, est interdite.⁵⁸

En ce qui concerne de façon générale la constitution de sûreté par des tiers, les représentants des entreprises proposent que, chaque fois qu'une constitution de sûreté par un tiers est étendue à d'autres contrats de crédit imputés dans le crédit-cadre pour lequel la sûreté est octroyée, la banque informe le tiers concerné du nouvel emprunt et que celui-ci doit marquer son accord sur le fait que la sûreté couvre également ce nouvel emprunt ou qu'il ait la possibilité, dans un délai préalablement déterminé, de s'opposer à ce que sa sûreté couvre aussi le nouvel emprunt.⁵⁹ Cette deuxième solution évite qu'il soit question d'une nouvelle constitution d'hypothèque, ce qui, en matière de droit hypothécaire et fiscal, serait défavorable pour le consommateur.

Une telle option « par défaut », indépendamment de la question de la liberté de choix du tiers garant, concerne essentiellement le droit hypothécaire ; il n'appartient pas à la Ccs clauses abusives de prendre position sur l'exigence du respect de la forme d'acte authentique requise par l'article 76 de la loi hypothécaire.

Recommandation n° 1

La Ccs clauses abusives recommande d'abord d'informer clairement le consommateur sur le fait qu'en règle générale, il conclut un contrat-cadre en matière de crédit dans lequel est imputé le crédit hypothécaire qu'il souhaite conclure.

Si un crédit hypothécaire est imputé dans un contrat-cadre, il découle en tout cas de l'obligation de transparence que le consommateur, qui s'attend normalement à conclure un contrat de crédit spécifique à durée déterminée à certaines conditions, soit expressément informé du fait qu'il conclut un contrat-cadre à durée indéterminée auquel sont attachées les sûretés constituées et dans lequel est imputé le contrat de crédit hypothécaire. Le prêteur doit expliquer les avantages et les inconvénients d'une telle formule « contrat-cadre – ouverture de crédit ». En effet, il est d'une importance primordiale pour le consommateur qu'il prenne connaissance, avant et lors de la conclusion d'un contrat, de toutes les conditions contractuelles et des conséquences liées à cette formule. C'est en effet sur la base de cette information qu'il va décider s'il souhaite être lié par les conditions préalablement fixées par le prêteur. Le recours aux termes "ouverture de crédit" ne peut pas être source de confusion.

La constitution de sûreté par un tiers attachée au contrat-cadre a pour conséquence que ce tiers constitue non seulement une sûreté pour le contrat de crédit hypothécaire, mais également, sous réserve de l'exigence de prévisibilité, pour tout autre crédit qui serait imputé dans le contrat-cadre.

⁵⁸ Cfr infra e.a. dans VI. Constitution de sûretés, Section 1ère. Garantie toutes dettes, § 3, 2, dernier tiret, Section 2. Hypothèque toutes dettes, II.B.

⁵⁹ Voir dans le même sens J. VANNEROM et E. CASIER, « Enkele topics van het vernieuwde hypothecair kredietrecht », in *Financieel forum/Bank- en Financieel recht*, Larcier, 2017/I, (11-41),39.

Il est également question de constitution de sûreté par un tiers si les débiteurs qui ont conclu ensemble un crédit hypothécaire sont également, en vertu du contrat-cadre, responsables des dettes individuelles de leur codébiteur.

Les clauses dans le contrat-cadre qui étendent la constitution de sûreté par un tiers aux crédits pour lesquels il ne s'est pas engagé expressément sont, indépendamment du fait qu'une telle constitution de sûreté par un tiers peut déjà être contraire aux règles spécifiques de la sûreté concernée, en principe abusives en vertu de la norme générale (art. I.8.22° CDE). Elles sont en outre également contraires à l'article VII.147/26 CDE, en l'absence de délivrance au tiers garant, préalablement à son consentement, d'un exemplaire des contrats de crédit garantis par la sûreté qu'il consent.

En lien avec la constitution de sûreté par un tiers, les représentants des entreprises proposent de prévoir contractuellement que le consentement préalable du tiers garant est requis lors de chaque reprise d'encours. La Ccs clauses abusives est d'avis que cette façon de procéder, envisagée sur le fondement des dispositions du Livre VI CDE, ne crée pas de déséquilibre entre les droits et obligations des parties au préjudice du consommateur dans la mesure où le consommateur doit consentir à la nouvelle constitution de sûreté en connaissance de cause et avec une liberté totale de choix.

La Ccs clauses abusives observe qu'une telle proposition devrait également être examinée sous l'angle des conditions de validité qui prévalent dans le droit hypothécaire, en particulier l'exigence du respect de la forme authentique telle que prévue à l'article 76 de la loi hypothécaire et sous l'angle des conditions de validité sur le fondement des dispositions du Livre VII, en particulier l'article VII.147/26 CDE. Il n'appartient cependant pas à la Ccs clauses abusives de prendre position à ce sujet.

2.2 Autres conséquences liées au contrat-cadre dans lequel le crédit hypothécaire est inséré – lecture conjointe des conditions particulières et des conditions du contrat-cadre

Dans la rubrique I, nous avons déjà abordé la combinaison du contrat-cadre à durée indéterminée, dans lequel sont reprises les sûretés stipulées, avec le contrat spécifique de crédit hypothécaire. Dans cette rubrique, on examinera, en outre, si certaines clauses spécifiques reprises dans le contrat-cadre sont ou non abusives.

(1) Pouvoir discrétionnaire d'octroyer ou non de nouveaux crédits

- **Exemple**

Lors de l'ouverture d'un crédit ou lorsqu'une convention ultérieure est conclue, les parties stipuleront sous quelle forme le crédit pourra être utilisé. La Banque a le droit de refuser certaines formes de crédit et n'est jamais tenue de justifier son refus.

- **Commentaire**

Comme le secteur l'indique, la décision d'un prêteur d'accorder ou non un crédit doit se faire après une analyse approfondie de la solvabilité du consommateur. Il faut aussi admettre que la liberté contractuelle implique que le prêteur a la liberté de contracter ou non et donc d'accorder ou non un crédit déterminé.

Le prêteur est cependant tenu de fournir tous les éclaircissements nécessaires au sujet des possibilités de crédit en vertu de la convention cadre. Si nécessaire, un refus de crédit doit dès lors être motivé.

(2) Durée du contrat de crédit et résiliation

Exemples

- Exemple 1

“Le fait qu’une forme de crédit soit accordée pour une durée déterminée ne fait pas obstacle à ce que l’ouverture de crédit soit à durée indéterminée. Lorsqu’à l’expiration du terme fixé pour une utilisation ou une forme de crédit rien n’a été convenu quant à son renouvellement, l’ouverture de crédit sera suspendue de plein droit à concurrence du montant correspondant à cette utilisation jusqu’à ce qu’une reprise d’encours ou une autre forme d’utilisation ait été convenue.

De même, lorsque l’ouverture de crédit a été mise à disposition sous une forme dont le montant sera réduit par tranches, elle sera suspendue de plein droit, à concurrence de chaque montant remboursé, que le remboursement soit anticipé ou non, jusqu’à ce qu’une reprise d’encours ou une autre forme d’utilisation ait été convenue.

Chacune des parties pourra mettre fin par lettre recommandée et sans préavis à l’ouverture de crédit à concurrence des montants concernés par cette suspension.

Sauf le droit de dénoncer le contrat conformément à l’article 9, l’ouverture de crédit n’est pas résiliée de plein droit en cas de décès du/des crédit(e)s dont les droits et obligations sont repris par les ayants droit.”

- Exemple 2

- fin:

IV., deuxième alinéa : Sans préjudice des clauses de dénonciation immédiate prévues par le Règlement Général, ni les cas de force majeures, le prêteur pourra, à tout moment, et sans justification, mettre fin à l’ouverture de crédit moyennant un préavis raisonnable d’au moins huit jours, notifié au crédit(e), par lettre recommandée.

- Exemple 3

4.1. Article XX: Clôture – dénonciation de l’ouverture de crédit

Les parties peuvent, moyennant un préavis de huit jours, adressé par lettre recommandée à la poste, mettre fin à la présente ouverture de crédit. Ce préavis n’affecte pas les avances consenties précédemment. L’exigibilité avant terme d’une ou plusieurs avances met fin de plein droit à l’ouverture de crédit. Après cette résiliation de l’ouverture de crédit, l’hypothèque continue à garantir les avances consenties précédemment jusqu’à complet remboursement de chacune d’elles.

Sous peine de dénonciation tant de la présente ouverture de crédit que des avances déjà consenties, les biens immobiliers donnés en garantie ne peuvent, pendant toute la durée de la présente ouverture de crédit et ce jusqu’au remboursement total et définitif des avances déjà consenties ainsi que du règlement de toutes dettes, être aliénés, grevés de charges, ni donnés en location pour une durée excédant neuf années ou pour un prix inférieur au loyer normal, de même, les crédit(e)s ne peuvent, sans une permission expresse et préalable du créancier, recevoir, céder ou engager par anticipation plus de trois mois de loyer.

Commentaire

Du fait de la combinaison contrat-cadre-crédit spécifique, il existe d'une part, un contrat à durée déterminée (le crédit spécifique), et d'autre part, un contrat à durée indéterminée (le contrat-cadre), où sont reprises les garanties et sûretés et souvent également le montant du crédit-cadre, susceptible d'être utilisé ou le cas échéant réutilisé⁶⁰.

Cela a pour conséquence que, même lorsque le prêt hypothécaire est remboursé, le consommateur reste lié vis-à-vis de du prêteur et que les garanties et sûretés stipulées restent maintenues, avec le cas échéant la possibilité, pour le montant susceptible d'être à nouveau prélevé en vertu du contrat-cadre, de demander un autre crédit au prêteur.

En ce qui concerne les garanties et sûretés stipulées dans le contrat-cadre, cela a également pour conséquence que le propriétaire des "biens immeubles donnés en garantie" n'a aucun pouvoir de disposition sur ces biens immeubles, pendant toute la durée du contrat-cadre et jusqu'au remboursement complet et définitif des avances déjà accordées ainsi que du règlement de toutes les dettes (voir exemple 3, alinéa 2).

1. Durée

Dans la mesure où le consommateur s'engage en connaissance de cause à conclure un contrat à durée indéterminée, un délai raisonnable de résiliation doit être prévu dans le chef des deux parties, afin de permettre à la partie qui subit la résiliation de s'adapter à la situation qui est née en raison de cette résiliation unilatérale.

La Ccs clauses abusives fait ensuite remarquer que ce délai raisonnable de résiliation à titre de compensation de l'engagement pour une durée indéterminée doit être mentionné clairement.

En tout cas, une telle possibilité de résiliation doit exister pour les deux parties⁶¹.

Comme le secteur le fait remarquer à juste titre, une telle résiliation peut uniquement avoir des conséquences pour l'avenir et n'a pas pour conséquence que les montants qui ont déjà été empruntés pour une durée déterminée deviennent immédiatement exigibles.

Pour le consommateur, un bref délai de résiliation du contrat-cadre est positif, étant donné qu'il sera tout aussi rapidement libéré des engagements qu'il a conclus dans le cadre du crédit (sûretés accordées, indisponibilité des biens constitués en gage ou garanties), étant toutefois entendu que les crédits spécifiques en cours continuent à être garantis.

La Ccs clauses abusives marque son accord avec la proposition du secteur de prolonger le délai de résiliation à un mois.

2. Limitation pour une durée indéterminée du pouvoir de disposition des biens donnés en garantie

Alors que le consommateur se lie pour une durée indéterminée au moyen d'un contrat-cadre avec les garanties et sûretés qui y sont prévues, il est parfois stipulé qu'il est interdit au consommateur, pendant toute la durée du contrat-cadre, notamment d'aliéner, de grever des charges, ou de donner en location pour une durée excédant neuf années ou pour un prix inférieur au loyer normal les biens immobiliers donnés en garantie. Il ne ressort pas clairement de la rédaction de cette clause si cette interdiction vaut

⁶⁰ Voir ci-dessus, I. Objet du contrat.

⁶¹ Donc pas uniquement pour l'institution de crédit telle que définie dans l'exemple 2.

uniquement “jusqu’au remboursement total et définitif des avances déjà consenties ainsi que du règlement de toutes dettes” (voir exemple 3).

Si et dans la mesure où une telle limitation du pouvoir de disposition du propriétaire s’applique intégralement, sans prendre en considération les crédits octroyés et notamment la circonstance que le crédit hypothécaire a été remboursé, une telle clause crée un déséquilibre manifeste entre les droits et les obligations des parties au détriment du consommateur (art. I.8.22° CDE).

Recommandation n° 2

Si le consommateur conclut en connaissance de cause un contrat-cadre à durée indéterminée dans lequel son crédit hypothécaire est imputé, un tel contrat crée des obligations tant dans le chef du consommateur que du prêteur. Le prêteur est tenu à une obligation de clarté sur les conditions auxquelles d’autres crédits sont susceptibles d’être obtenus en vertu du contrat-cadre et il ne peut pas affirmer de manière générale qu’il n’est tenu à aucune justification en cas de refus d’un crédit déterminé.

Si le consommateur conclut en connaissance de cause un contrat-cadre à durée indéterminée, l’équilibre des droits et obligations contractuels nécessite en contrepartie qu’un délai de résiliation raisonnable soit fixé pour les deux parties, lequel doit être clairement mentionné.

La Ccs clauses abusives marque son accord pour que le délai raisonnable de résiliation puisse être fixé à un mois.

En ce qui concerne les sûretés reprises dans le contrat-cadre à durée indéterminée, qui en règle générale ont été négociées en vue de l’octroi du crédit hypothécaire, les clauses qui emportent une importante limitation du pouvoir de disposition des biens donnés en garantie ne peuvent pas s’appliquer pour une durée indéterminée, sans qu’il n’y ait un lien avec un crédit spécifique convenu.

2.3 Fourniture d’information sur les conditions contractuelles et clauses de prise de connaissance et d’acceptation

2.3.1 Prise de position juridique

Comme nous l’avons fait remarquer ci-dessus⁶², il appartient au prêteur de fournir au consommateur, avant qu’il ne soit lié par le contrat, d’une manière claire et compréhensible, des informations sur les principales caractéristiques du produit et sur les conditions de vente. Seul le moment de la conclusion du contrat importe ici, à savoir le moment de l’échange des consentements entre prêteur et emprunteur, qui a généralement lieu lors de l’acceptation, par la signature, de l’offre de crédit émanant du prêteur.

Avant que le consommateur ne soit lié par le contrat, il doit par conséquent non seulement recevoir les informations nécessaires requises par la loi sur le contrat de crédit, mais il doit également être informé des conditions contractuelles fixées par le prêteur.

⁶² Voir Chapitre 1er, Section 3.

Au moment où l'offre de crédit du prêteur est soumise à l'acceptation du consommateur, celui-ci doit également pouvoir prendre connaissance de toutes les conditions contractuelles, de sorte qu'il puisse décider, sur la base des conditions rédigées préalablement par le prêteur, s'il souhaite se lier par le contrat⁶³.

L'exigence de fourniture de l'information sur les conditions générales avant que le consommateur ne soit lié par le contrat, lesquelles doivent être reproduites et communiquées de manière claire et compréhensible, ne peut pas être compensée par l'obligation d'information et de conseil du notaire lors de la passation ultérieure de l'acte authentique, le notaire devant notamment attirer l'attention des parties sur la présence d'engagements disproportionnés.⁶⁴

Comme cela a déjà été énoncé à plusieurs reprises dans de précédents avis⁶⁵, le fait de savoir si l'attention du consommateur a été attirée sur l'existence et le contenu des conditions contractuelles est une question de fait.

Les clauses qui règlent la prise de connaissance et l'acceptation des conditions déclarées applicables à la relation contractuelle par le prêteur et qui entravent la prise de connaissance et l'acceptation effectives par le consommateur soit en raison de leur formulation, soit en raison des possibilités limitées du consommateur d'être en mesure de fournir des éléments de preuve contraires peuvent être considérées comme abusives en vertu des articles VI.83, 21° et ou VI.83, 26° CDE parce qu'il est de facto difficile pour le consommateur d'invoquer que son attention n'a pas été attirée sur les conditions et qu'il n'a pas pu en prendre connaissance (renversement de la charge de la preuve ou limitation de manière non autorisée des moyens de preuve que le consommateur peut utiliser, article VI.83, 21° CDE), ou qu'il est peu probable que le consommateur ait accepté en connaissance de cause l'application de ces conditions (clauses d'acceptation, article VI.83, 26° CDE)⁶⁶.

En ce qui concerne les contrats de crédit avec les consommateurs, on peut également renvoyer à la disposition spécifique de l'article VII.2, § 4, alinéa 2 CDE. Cette disposition est libellée comme suit:

“Sans préjudice des dispositions de l'article VII.54, les clauses et conditions ou les combinaisons de clauses et conditions qui ont pour objet de mettre à charge de l'utilisateur de services de paiement ou du consommateur, la preuve du respect de tout ou partie des obligations, visées dans le présent livre, qui incombent au prestataire de services de paiement, au prêteur ou à l'intermédiaire de crédit, sont interdites et nulles de plein droit. Il incombe au prêteur de fournir la preuve qu'il a satisfait aux obligations concernant l'évaluation de la solvabilité, visée aux articles VII.69, VII.75 et VII.77, du consommateur et, le cas échéant, de la personne qui constitue une sûreté personnelle.”

En ce qui concerne la charge de la preuve de l'exécution des obligations d'information (a), et les clauses qui règlent la réception et la prise de connaissance des informations à fournir (b), on peut encore renvoyer à un arrêt de la Cour européenne de Justice du 18 décembre 2014, l'arrêt n° C-449/13 Consumer Finance. Cet arrêt concernait en particulier, il est vrai, le formulaire “informations européennes normalisées en matière de crédit aux consommateurs”.

⁶³ Voir notamment l'arrêt RWE-Vertrieb, CJUE 21 mars 2013, n° C-92/11, n° 44 et 1er dispositif, premier tiret, ECLI:EU:C:2013:180.

⁶⁴ Voir article 9, § 1er, alinéa 2, de la loi du 25 ventôse an XI (16 mars 1803) contenant organisation du notariat, telle que modifiée par l'article 9 de la loi du 18 juillet 2008, M.B. 14 août 2008. Voir à ce sujet également CJUE 1er octobre 2015, ERSTE Kreditgeber Hungary Zrt. c. Attila Sugár, n° C-32/14, ECLI:EU:C:2015:637, 01/10/2015.

⁶⁵ Voir notamment CCA 23, Avis sur les conditions générales dans les contrats entre vidéothèques et consommateurs (19 décembre 2007), p. 5-7.

⁶⁶ Voir dans le même sens CJUE 18 décembre 2014, affaire C-449/13, CA Consumer Finance SA c. Ingrid Bakkaus, Charline Bonato, Florian Bonato, en particulier les points 28-31 et premier dispositif, deuxième tiret, ECLI:EU:C:2014:2464.

(a) En ce qui concerne la charge de la preuve de l'exécution des obligations découlant de la directive crédit à la consommation concernant la fourniture d'informations adéquates par le prêteur et la manière dont cela doit être prouvé, la Cour a dit pour droit que l'effectivité de l'exercice des droits conférés au consommateur par la directive 2008/48 exige que ce soit au prêteur qu'il incombe de justifier la bonne exécution de ses obligations précontractuelles⁶⁷.

(b) En ce qui concerne les clauses standard où il est stipulé que "le consommateur reconnaît avoir reçu les informations exigées et en avoir pris connaissance", la Cour a jugé qu'une telle clause ne peut pas permettre au prêteur de contourner ses obligations. Une telle clause type peut constituer un indice qu'il incombe au prêteur de corroborer à l'aide d'un ou plusieurs éléments de preuve pertinents. Par ailleurs, le consommateur doit être en mesure de faire valoir qu'il n'a pas été destinataire de cette fiche ou que celle-ci ne permettait pas au prêteur de satisfaire aux obligations d'informations précontractuelles lui incombant⁶⁸.

2.3.2 Exemples et commentaires

Exemples

- Exemple 1

"Sauf dispositions contraires écrites et/ou sous réserve des conditions particulières de l'offre de crédit, les ouvertures de crédit accordées par la Banque, en ce compris toutes les opérations qui comprennent une obligation envers elle, sont régies par les Conditions générales de la Banque et les clauses visées ci-après, lesquelles priment sur les Conditions générales de la Banque en cas de divergence."

- Exemple 2

"Le crédit déclare avoir reçu du prêteur une offre écrite contenant toutes les conditions du contrat et la durée de validité de l'offre ainsi qu'une copie de l'acte constitutif du présent acte et du Règlement Général."

- Exemple 3

Art. 1. Les clauses et conditions de ce Règlement Général sont bien connues du crédit qui déclare y adhérer. Le Règlement Général a été signé "ne varietur" par les parties et le notaire, qui l'a lu et l'a annexé au présent acte pour qu'il en fasse partie intégrante.

- Exemple 4

« Le notaire a informé les parties des obligations de conseil impartial imposées au notaire par les lois organiques du notariat. Ces dispositions exigent du notaire, lorsqu'il constate l'existence d'intérêts contradictoires ou non proportionnés, d'attirer l'attention des parties sur le droit au libre choix d'un conseil, tant en ce qui concerne le choix du notaire que d'autres conseillers juridiques. Le notaire est tenu d'informer les parties de leurs droits et obligations en toute impartialité. »

⁶⁷ CJUE, 18 décembre 2014, affaire C-449/13, CA Consumer Finance contre Ingrid Bakkaus, Charline Bonato (née Savary), Florian Bonato, ECLI:EU:C:2014:2213, n° 28 et premier dispositif, premier tiret.

⁶⁸ CJUE, 18 décembre 2014, C-449/13, ibid. note précédente, n° 30, et premier dispositif, deuxième tiret.

Commentaire

Dans le premier exemple, il est uniquement stipulé que l'ouverture de crédit est régie par les conditions générales de la Banque et les conditions particulières de l'offre de crédit. Comme expliqué ci-dessus, le prêteur doit cependant attirer l'attention du consommateur sur ces Conditions générales et lui donner effectivement la possibilité de prendre connaissance de ces conditions s'il veut qu'elles fassent partie de ce que les parties ont convenu.

En ce qui concerne le deuxième exemple, il n'y a pas de problème si cela correspond à la situation de fait et si l'emprunteur reçoit effectivement une copie des documents cités. Une telle clause ne peut cependant pas être le seul élément sur lequel le prêteur se fonde pour démontrer qu'il a bien communiqué les informations à fournir ni ne peut pas avoir pour conséquence de priver le consommateur de la possibilité de démontrer qu'il n'a pas reçu l'information.

L'exemple 3 est tiré d'un projet d'acte authentique. Comme déjà expliqué, avant d'être lié par le contrat, le consommateur doit pouvoir prendre connaissance des conditions contractuelles et les accepter. Une telle 'déclaration' de prise de connaissance et d'acceptation ne peut donc jamais porter préjudice à l'obligation d'information précontractuelle du prêteur et à la possibilité, pour le consommateur, d'invoquer qu'il n'a pas reçu en temps utile les informations exigées ; cette clause ne peut pas non plus avoir pour conséquence de constater son consentement de manière irréfutable ou difficilement réfragable.

Dans les exemples 3 et 4, une clause standard constate que le notaire a satisfait à son obligation de conseil, ce qui implique entre autres que le notaire attire l'attention des parties, notamment sur la présence de clauses disproportionnées.

Dans l'exemple 3, il est en outre indiqué que le contrat est signé "ne varietur" par les parties et le notaire, en d'autres termes sans qu'il ne puisse être modifié. Comme il est précisé au chapitre 1⁶⁹, le rôle du notaire consiste notamment à passer en revue le projet d'acte authentique avec les parties et à expliquer les clauses de cet acte. Dans cette optique, le notaire doit également informer les parties sur l'existence de clauses déséquilibrées⁷⁰. S'il estime que c'est le cas, il doit le mentionner sur la minute de l'acte au moyen d'une clause qui peut être libellée comme suit: "sans que le présent avertissement puisse être interprété comme entraînant renonciation par le consommateur à ses droits, le notaire soussigné a donné un commentaire particulier de telle clause des conditions générales au regard de telle disposition légale dont il donne à l'instant lecture".

Une clause qui constate dans l'acte authentique que le notaire a exécuté son devoir de conseil sert uniquement à préciser que le notaire a bien expliqué l'acte authentique et les clauses qui y figurent. Le notaire peut uniquement constater ce que les parties ont déjà convenu dans l'acte sous seing-privé et ne peut plus revenir sur ce que les parties ont déjà convenu, même s'il s'agit en réalité d'un contrat d'adhésion. Les termes "ne varietur" indiquent uniquement que le notaire constate que l'écrit, avec son annexe, tel qu'il va être signé, reflète bien la volonté des deux parties, et qu'il est en tant que tel soumis à la signature des parties.

La Ccs clauses abusives estime que le consommateur moyen ne peut probablement pas comprendre la portée de l'expression "ne varietur" et recommande de la remplacer par une formulation plus compréhensible, en signalant que l'écrit, tel qu'expliqué, reflète la volonté précise des parties.

⁶⁹ Voir ci-dessus, chapitre 1, Section 3.

⁷⁰ Voir article 9, § 1er, alinéa 2 de la loi du 25 Ventôse an XI contenant organisation du notariat.

Enfin, la Ccs clauses abusives souhaite préciser que le fait que le notaire néglige d'informer le consommateur sur la présence de clauses abusives dans l'acte authentique qu'il reçoit peut constituer une faute dans son chef, susceptible d'entraîner sa responsabilité.

Recommandation n° 3

Avant que le consommateur ne soit lié par le contrat, il appartient au prêteur de lui fournir non seulement les informations nécessaires exigées par la loi sur le contrat de crédit, mais également de l'informer sur les conditions contractuelles applicables. Sur la base des informations fournies, le consommateur doit en effet pouvoir évaluer de manière suffisante l'étendue tant juridique qu'économique de ses obligations contractuelles.

La charge de la preuve concernant l'exécution de cette obligation d'information précontractuelle et la fourniture des documents contractuels nécessaires incombe au prêteur et ne peut pas être renversée. Les clauses standard par lesquelles le consommateur reconnaît avoir reçu les informations exigées et en avoir pris connaissance peuvent uniquement constituer un indice qui doit être corroboré par le prêteur à l'aide d'une ou de plusieurs éléments de preuve pertinents.

Le prêteur doit pouvoir être en mesure de prouver, avec des moyens raisonnables, qu'il a satisfait à son obligation d'information. Le prêteur peut l'organiser au mieux de ses possibilités.

Cela peut se faire par la signature pour réception de certains documents, dans le contrat de crédit ou, si nécessaire, dans un document séparé. Il faut également tenir compte de l'utilisation toujours croissante d'applications en ligne, par lesquelles les consommateurs expriment leur souhait de recevoir les informations via internet ou email, s'il apparaît de manière non équivoque que tel est bien le souhait du consommateur.

Une autre méthode acceptable est de faire compléter par le consommateur un formulaire de type "case à cocher", où il coche lui-même les cases correspondant aux documents qu'il a reçus et indique qu'il a reçu les explications nécessaires sur les éléments essentiels tels que l'ESIS, le contrat de crédit, l'assurance solde restant dû, l'assurance incendie.

Il est toujours possible que le consommateur déclare qu'il a reçu les documents ou qu'il a pu prendre connaissance des conditions générales, si cela correspond raisonnablement à la réalité de choses⁷¹, ce qui implique que le consommateur (1) ait eu son attention attirée sur les conditions contractuelles applicables et (2) qu'avant d'être lié par le contrat de crédit, il ait effectivement pu prendre connaissance de toutes les conditions déclarées applicables par le prêteur et (3) qu'il les ait acceptées en connaissance de cause.

Une telle déclaration de prise de connaissance et d'acceptation doit alors être mentionnée clairement et en bonne place à proximité de l'expression de la volonté du consommateur (sa signature), afin que l'on puisse raisonnablement admettre que cette déclaration contractuelle correspond à la réalité.

Une clause qui constate dans l'acte authentique que le notaire a accompli son devoir de conseil vise uniquement à préciser que le notaire a expliqué l'acte authentique et les clauses qu'il contient. Les termes "ne varietur" indiquent uniquement que le notaire constate que l'écrit, et son annexe, tel qu'il sera signé, reflète bien la volonté des deux parties et qu'il est, en tant que tel, soumis à la signature des parties.

⁷¹ Voir à ce sujet déjà CCA 23, Avis sur les conditions générales dans les contrats entre vidéothèques et consommateurs (19 décembre 2007), p. 5.

La Ccs clauses abusives estime cependant que le consommateur moyen ne peut probablement pas comprendre la portée de l'expression "ne varietur" et recommande par conséquent de la remplacer par une formulation plus compréhensible, de sorte que le consommateur puisse comprendre plus précisément la portée d'une telle expression.

2.4 Diverses clauses portant reconnaissance

2.4.1 Reconnaissances contractuelles de faits

Contexte juridique

Dans les contrats examinés par la Ccs clauses abusives, il est parfois stipulé que le consommateur reconnaît certains faits. Comme expliqué au point II, de telles reconnaissances contractuelles ne sont pas abusives en elles-mêmes et peuvent constituer un indice qui doit être étayé par des faits, en d'autres mots, qui doit correspondre raisonnablement à ce qui se passe en pratique. De telles reconnaissances contractuelles ne peuvent cependant pas avoir pour effet de renverser la charge de la preuve s'il s'agit d'obligations (d'information) qui incombent au prêteur, ni de limiter de manière non autorisée la possibilité pour le consommateur de fournir la preuve contraire.

Exemples

- Exemple 1

"Le crédit déclare ne pas avoir d'autres dettes que celles mentionnées et/ou résultant du présent crédit et comme mentionné sur le formulaire de demande.

- Exemple 2

"L'emprunteur déclare n'avoir payé aucune indemnisation de négociation à qui que ce soit et reconnaît savoir qu'aucune indemnisation de négociation ne peut lui être imputée, quelle que soit sa dénomination ou son bénéficiaire."

- Exemple 3

"Les crédits déclarent avoir reçu une copie de l'acte constitutif."

Commentaire et recommandations

- Exemple 1

Face à l'obligation légale d'investigation et d'information du prêteur tenu de vérifier si l'emprunteur est suffisamment solvable⁷², il y a également l'obligation de l'emprunteur de fournir des informations adéquates sur sa situation financière, par exemple, sur des crédits éventuels qui ne seraient pas repris dans la Centrale des Crédits aux Particuliers.

⁷² Art. VII.77 CDE

Une telle clause est donc utile si le prêteur veut attirer l'attention du consommateur sur son obligation de communiquer tous les crédits qu'il a contractés et dont il peut ne pas avoir connaissance. Une telle déclaration contractuelle doit cependant être sans préjudice de l'obligation du prêteur de vérifier, sur la base des informations dont il peut disposer, si l'emprunteur est suffisamment solvable.

La Commission recommande par conséquent de cadrer plus précisément cette disposition et d'exprimer clairement le but de cette clause dans la disposition elle-même.

- **Exemple 2**

La même remarque peut être formulée : cette disposition peut être utile si l'objectif est d'attirer l'attention du consommateur sur l'interdiction légale faite à l'intermédiaire de crédit de demander une indemnité pour son intervention⁷³, mais cette clause ne peut pas avoir pour but de fournir une preuve difficilement réfutable que le consommateur n'a effectivement payé aucune somme à l'intermédiaire de crédit.

Le secteur a proposé une autre formulation de cette clause, libellée comme suit :

“Le prêteur attire l'attention du consommateur sur l'interdiction légale applicable à l'intermédiaire de crédit de recevoir du consommateur, qui a sollicité son intervention, directement ou indirectement, une rémunération, sous quelque forme que ce soit.”

La Ccs clauses abusives trouve qu'une telle formulation est acceptable.

- **Exemple 3**

Il peut à nouveau être remarqué que, d'une part, le prêteur ne peut pas se baser exclusivement sur une telle clause pour prouver qu'une copie de l'acte constitutif a été transmise et, d'autre part, que le consommateur, sur la base d'éléments de fait, doit pouvoir invoquer le fait qu'il n'a pas reçu une telle copie, s'il estime que cela ne correspond pas à la réalité.

Recommandation n°4

Les clauses par lesquelles le consommateur reconnaît certains faits ne peuvent pas avoir pour effet de renverser la charge de la preuve concernant l'exécution de certaines obligations dans le chef du prêteur.

Ainsi, le consommateur est effectivement tenu de fournir au prêteur des informations adéquates sur sa situation financière, mais une clause qui fait reconnaître au consommateur qu'il n'a pas contracté d'autres crédits ne peut pas libérer le prêteur de son obligation d'examiner sa solvabilité si cela se justifie. Le contrat considéré dans son ensemble ne peut pas être de source de confusion à ce sujet.

Ainsi, une clause doit informer le consommateur sur l'interdiction légale qui est faite aux intermédiaires de crédit de recevoir une rémunération pour leur intervention, plutôt que de faire reconnaître au consommateur qu'il n'a payé aucune indemnité à l'intermédiaire de crédit.

Enfin, les clauses par lesquelles le consommateur reconnaît avoir reçu certains documents exigés ne peuvent pas constituer le seul élément sur lequel le prêteur se fonde pour prouver que ces documents ont été transmis.

⁷³ Maintenant repris dans l'article VII.147/30, § 1er, du Code de droit économique.

2.4.2 Autorisation d'expertise et de réexpertise périodique du bien immeuble donné en hypothèque (ou faisant l'objet du mandat hypothécaire) – reconnaissance que tous les frais sont à charge du consommateur

Contexte

L'article VII.141 CDE concerne les frais que le prêteur peut mettre à charge du consommateur. L'article VII.141, § 1er, énonce qu'en dehors des frais légaux inhérents à l'hypothèque et de ce qui pourrait être dû en vertu d'autres dispositions légales ou réglementaires, ne peuvent être mis à charge du consommateur que des frais d'expertise des biens offerts en garantie.

L'article VII.141, § 1er, alinéa 2, énonce ensuite que l'expertise ne peut être réalisée qu'avec l'accord du consommateur et doit être exécutée par un expert interne ou externe agréé par le prêteur.

L'article VII.141, § 1er, alinéa 3, énonce que les frais d'expertise ne sont dus que si l'expertise a eu lieu. Toutefois, cela n'empêche pas que le prêteur demande une avance pour les frais d'expertise.

L'article VII.141, § 1er, alinéa 4, énonce que si les frais d'expertise sont mis à la charge du consommateur, ils doivent lui être communiqués au préalable. Le consommateur doit recevoir sans délai une copie du rapport d'expertise.

L'article VII.141, § 2, énonce ensuite que pour le crédit hypothécaire avec une destination immobilière, outre les frais cités au § 1er, des frais de dossier peuvent également être demandés ; ils ne sont dus qu'après que le consommateur a accepté l'offre de crédit. Le Roi peut déterminer la méthode de fixation de ces frais.⁷⁴

Clauses rencontrées

- Exemple 1

“Expertise des biens donnés en garantie à titre de sûreté hypothécaire

L'Emprunteur accepte qu'un expert externe agréé par le Prêteur procède à une estimation des biens donnés en garantie à titre de sûreté hypothécaire.

Le cas échéant, l'Emprunteur recevra de la part du Prêteur ou directement de l'expert une copie du rapport d'expertise.

Le Prêteur décline toute responsabilité en cas de faute grave ou intentionnelle de l'expert externe.”

- Exemple 2

“Frais récurrents du crédit

Si une hypothèque ou un mandat hypothécaire a été constitué(e) dans le cadre du présent Contrat de crédit, le Prêteur se réserve le droit de faire estimer par un expert externe agréé, au moins tous les 3 ans et de sa propre initiative, la valeur des biens immobiliers donnés en garantie aux frais de l'Emprunteur. Le Prêteur en informera l'Emprunteur par simple notification au moins 14 jours avant la réalisation de

⁷⁴ Arrêté royal du 24 février 2017 portant exécution des articles VII.141, § 2, alinéa 2, et VII.145, alinéas 6 et 7, du Code de droit économique en vue de la fixation des frais de dossiers maximaux pour un contrat de crédit hypothécaire avec une destination immobilière, M.B. 6 mars 2017.

l'expertise. Par la signature du présent Contrat de crédit, l'Emprunteur s'engage à collaborer pleinement au bon déroulement de toute expertise de ce type."

- Exemple 3

« Par la signature du présent Contrat de crédit, l'Emprunteur reconnaît en outre que l'ensemble des charges et frais possibles de nature fiscale ou autre qui découleraient du présent Contrat de crédit ou des documents sous-jacents y afférents sont exclusivement à la charge de l'Emprunteur, peu importe que ces charges et frais trouvent leur origine dans la réglementation, la législation ou les dispositions du système juridique belge ou de tout autre système juridique. Ces frais et charges ne peuvent en aucun cas être imputés ou réclamés au Prêteur. L'Emprunteur sauvegarde également le Prêteur contre toute imputation de frais, imposition d'amende, demande d'indemnisation, etc. dont l'Emprunteur pourrait faire l'objet dans ce cadre. Si le Prêteur devait toutefois se voir contraint de régler ces frais par anticipation, il se réserverait le droit d'imputer le montant de cette avance sur le crédit octroyé ».

Commentaire et recommandations

- Exemple 1

Dès lors que la loi énonce que le consommateur doit donner son consentement pour l'expertise et que les frais de celle-ci doivent être communiqués à l'avance, il n'est pas suffisant que ce consentement libre et spécifique soit prévu contractuellement par le prêteur au moyen d'une clause standard. Une telle clause qui prévoit contractuellement à l'avance le consentement à donner par le consommateur rend ce consentement fictif et est contraire à la norme générale en matière de clauses abusives (art. 1.8.22° CDE).

L'alinéa 3 exclut toute responsabilité pour faute lourde ou dol de l'expert externe. Comme l'expert est désigné par la banque, la banque ne peut pas exclure sa responsabilité pour dol ou faute lourde de cet expert. Une telle exclusion de responsabilité est contraire à l'article VI.83, 13° CDE.

- Exemple 2

Dans le deuxième exemple, la banque se réserve le droit d'expertiser le bien immobilier en ce compris pendant la durée du contrat.

La Ccs clauses abusives souligne que la valeur estimée du bien immeuble (si d'application) doit être mentionnée dans le formulaire ESIS⁷⁵. Les frais de l'expertise doivent également être repris dans le taux annuel effectif global.

L'expertise des biens donnés en garantie a en principe pour seul but d'évaluer objectivement la valeur des biens donnés en garantie lors de la conclusion du contrat de crédit en vue de pouvoir évaluer correctement les risques du crédit⁷⁶; elle ne concerne pas l'évaluation de l'évolution de la valeur des biens donnés en garantie pendant le cours du crédit.

La Ccs clauses abusives reconnaît cependant que le consommateur ne peut jamais diminuer la valeur du bien donné en garantie. Cela ne signifie cependant pas que le consommateur doive par définition

⁷⁵ Voir annexe 3, sous rubrique 3. Principales caractéristiques du prêt, loi du 22 avril 2016 portant modification et insertion de dispositions en matière de crédit à la consommation et de crédit hypothécaire dans plusieurs livres du Code de droit économique, M.B. 4 mai 2016, p. 30112 et suivantes.

⁷⁶ Comparer avec l'article 19 de la directive 2014/17/UE du Parlement européen et du Conseil du 4 février 2014 sur les contrats de crédit aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage résidentiel [...], JOUE L60/34 et suivants 28 février 2014.

supporter les frais d'un contrôle régulier des biens immeubles donnés en garantie exercé par le prêteur selon sa propre politique d'analyse de risque.

Indépendamment de cette discussion, cette clause est abusive parce qu'elle octroie au prêteur le droit unilatéral de procéder ou non à une expertise (contraire à l'article VI.83, 6° CDE). Elle est également contraire à l'article VII.141, § 1er, alinéa 4, parce que le consommateur n'est pas informé des frais d'expertise lors de la conclusion du contrat.

La Ccs clauses abusives fait enfin remarquer que les frais d'expertise facturés par le prêteur doivent être repris dans le taux annuel effectif global.

- **Exemple 3**

Dans le troisième exemple, la clause vise à mettre exclusivement à la charge du consommateur toutes les charges possibles, fiscales ou autres, et les frais de quelque nature que ce soit, découlant du contrat de crédit ou de documents y relatifs sous-jacents.

Comme il est ressorti du commentaire de l'article VII.141 CDE, cette disposition légale a précisément pour but de limiter les frais à charge du consommateur en énumérant limitativement les frais admis (les frais liés à l'hypothèque ou à la constitution de garantie, les frais d'expertise et les frais de dossier pour le crédit hypothécaire avec une destination immobilière).

Cette clause est dès lors contraire à l'article VII.141 CDE et est par conséquent également une clause abusive au sens de la norme générale (art. I.8.22° CDE).

Recommandation n° 5

L'article VII.141, § 1er, alinéa 2, CDE énonce que l'expertise des biens donnés en garantie ne peut être réalisée qu'avec l'accord du consommateur. Afin de garantir un consentement libre et spécifique, une autorisation expresse est nécessaire à cet effet et une clause standard où le consommateur déclare avoir donné son consentement ne suffit pas.

Il s'agit d'un expert qui est désigné ou au moins agréé par le prêteur. Le prêteur ne peut par conséquent pas se libérer de sa responsabilité en raison du dol ou de la faute lourde de l'expert agréé (art. VI.83, 13° et VI.83, 30° CDE).

Cette expertise a normalement pour but de faire une évaluation objective des biens donnés en garantie au moment de la conclusion du contrat de crédit hypothécaire. En outre, les frais d'expertise doivent être communiqués dans la fiche d'information standardisée européenne concernant le crédit hypothécaire et ils doivent être repris dans le taux annuel effectif global. Les clauses par lesquelles le prêteur se réserve le droit de faire exécuter une expertise, lorsqu'il le juge utile, pendant le cours du crédit et qui prévoient que les frais sont à charge du consommateur sont abusives (notamment, en raison de leur caractère discrétionnaire, elles sont contraires à l'article VI.83, 6° CDE), outre le fait qu'elles peuvent être considérées comme contraires aux dispositions spécifiques du livre VII.

Enfin, l'article VII.141 CDE fixe de manière limitative les frais qui peuvent être mis à charge du consommateur. Les clauses qui mettent exclusivement à charge du consommateur tous les frais qui découlent du contrat de crédit ou des documents qui y sont liés méconnaissent cette disposition légale et sont par conséquent abusives (article I.8.22° CDE).

2.4.3 Reconnaissance contractuelle de renonciation à certaines dispositions de droit supplétif

Comme cela a déjà été signalé ci-dessus, lorsque l'on examine si certaines conditions contractuelles créent ou non un déséquilibre manifeste entre les droits et les obligations des parties contractantes au détriment du consommateur, il faut notamment vérifier dans quelle mesure ces conditions contractuelles placent le consommateur dans une situation juridique moins favorable que celle qui découlerait des règles supplétives normales⁷⁷. Comme expliqué ci-dessus, lors de cette appréciation, il est essentiel de savoir si le consommateur a pu préalablement prendre connaissance de telles conditions, de sorte qu'il puisse en évaluer les conséquences économiques⁷⁸.

En fonction de la disposition légale de droit supplétif à laquelle le consommateur déclare renoncer via une clause standard, il faut donc vérifier si cette renonciation constitue ou non une atteinte suffisamment grave à la situation juridique du consommateur⁷⁹.

§ 1. *Imputation des paiements : renonciation par le consommateur au droit de déclarer quelle dette il va acquitter*

- *Exemple*

Les crédités déclarent renoncer expressément au bénéfice des articles 1253 et suivants du Code civil et conférer au créateur et/ou à ses successeurs en droit à titre universel et/ou ses futurs successeurs particuliers à quelque titre que ce soit, le droit d'imputer les paiements effectués par eux sur toutes sommes qui leur sont dues, en vertu du présent acte, en capital, en intérêts, frais et accessoires.

En outre, par dérogation à ce qui est prévu à l'article 1908 du Code civil, l'imputation par le créateur des paiements partiels sur le capital ne fera pas présumer la libération quant aux intérêts.

- *Appréciation*

L'article 1253 du Code civil énonce que le débiteur de plusieurs dettes a le droit de déclarer, lorsqu'il paye, quelle dette il entend acquitter. Comme il ressort de l'exemple, il est très souvent expressément stipulé dans les conditions contractuelles des banques que les emprunteurs déclarent renoncer à cette disposition légale.

Le prêteur s'octroie par conséquent le droit de déclarer lui-même lors du paiement par le consommateur sur quelle dette ce paiement est imputé. Normalement et logiquement, du point de vue de la banque, cette imputation par la banque se fera d'abord sur la dette la moins garantie et seulement ensuite, par exemple, sur le crédit garanti par une hypothèque.

Pour l'appréciation in abstracto du caractère abusif d'une clause contractuelle, appréciation in abstracto à laquelle la Commission se livre, Ccs clauses abusives il convient de vérifier si le consommateur en général est manifestement lésé dans ses droits contractuels. Comme il est indiqué dans le chapitre 1er et dans l'introduction de cette section, une dérogation au droit supplétif peut être considérée comme abusive si elle constitue une *atteinte suffisamment grave aux droits du consommateur*.

⁷⁷ Voir ci-dessus, Chapitre 1er, Section 2, point d.

⁷⁸ CJUE, C-226/12, Constructora Principado, n° 25.

⁷⁹ CJUE, C-226/12, Constructora Principado, n° 27.

En pratique, cette disposition contractuelle vise à faciliter le règlement des dettes et l'on peut partir du principe que l'imputation ne se fera pas au détriment manifeste du consommateur. En revanche, les intérêts du consommateur pourraient être méconnus si un prêteur, qui se prévaut par exemple d'une clause *d'unicité* de compte, imputait en premier lieu un paiement sur un crédit plus avantageux pour le consommateur (par exemple, d'abord sur le crédit hypothécaire et ensuite seulement sur le crédit à la consommation)⁸⁰.

On ne peut donc pas, par définition, partir du principe qu'une telle renonciation à l'article 1253 du Code civil méconnaît manifestement les intérêts du consommateur.

Par ailleurs, la Ccs clauses abusives estime qu'il n'y a cependant pas de justification objective dans le chef du prêteur pour déroger de manière générale au principe selon lequel il appartient au débiteur de déterminer sur quelle dette le paiement est imputé. Si le prêteur veut déroger à ce principe, un procédé plus équilibré serait de faire figurer des critères objectifs d'imputation dans le contrat de crédit : par exemple d'abord sur les dettes les plus anciennes ou les crédits pour lesquels les taux d'intérêt sont les plus élevés.

Recommandation n° 6

Il peut être dérogé aux dispositions de droit supplétif pour autant qu'il n'en résulte pas d'atteinte manifeste aux droits du consommateur. Le seul fait de déroger aux dispositions de droit supplétif ne crée pas automatiquement un déséquilibre inacceptable au préjudice du consommateur. Sinon, cela aboutirait de facto à conférer un caractère impératif aux dispositions de droit supplétif.

Plutôt que d'énoncer dans le contrat que le consommateur déclare expressément renoncer à son droit de déterminer quelle dette il entend acquitter (art. 1253 Code civil), la Ccs clauses abusives recommande de mentionner dans le contrat de crédit des critères objectifs d'imputation.

§ 2. Renonciation à la révocation de la donation

- Exemple

La partie déclare, après avoir reçu lecture de ce qui précède, renoncer à l'action prévue aux articles 953 à 958 inclus du Code civil en révocation de la donation entre vifs faite aux emprunteurs du bien hypothéqué. Ils renoncent en outre à exiger l'inscription que la loi leur autorise à prendre suite à la donation susmentionnée.

Faute d'y satisfaire, le capital emprunté deviendra immédiatement exigible conformément à l'article 11."

- Appréciation

Si le bien immeuble qui fait l'objet de la garantie hypothécaire a été donné à l'emprunteur ou au constituant de la garantie (par ses parents par exemple), il existe le risque que le donateur (les parents par exemple) révoque cette donation pour cause d'inexécution des charges ou pour cause d'ingratitude (articles 953 à 958 du Code civil). La révocation pour cause d'inexécution des charges de la donation a lieu avec effet rétroactif (art. 954 C. civ.). Il en découle que le donateur récupère le bien libre de toutes charges et hypothèques du chef du donataire. En cas de révocation de la donation pour inexécution des charges, le prêteur perd en conséquence la garantie hypothécaire qui lui avait été consentie par le

⁸⁰ Dans ce cas, il peut être question d'abus de droit (art. 1134, alinéa 3, Code civil).

donataire. Le risque est bien moindre en cas de révocation de la donation pour cause d'ingratitude mais il existe quand même un effet rétroactif très limité (art. 958 C. civ.).

Pour éviter ce risque, le prêteur demande que le donateur intervienne à l'acte de constitution de l'hypothèque et renonce expressément à son action en révocation de la donation. Il est logique que le prêteur subordonne l'octroi du crédit à une garantie solide, qui ne puisse pas être révoquée à son préjudice par le donateur.

Comme cette clause est reprise dans l'acte authentique passé par le notaire, le notaire en informera expressément la partie concernée.

La Ccs clauses abusives conclut qu'une telle clause n'est pas par elle-même abusive. Le donateur doit être informé à l'avance de manière correcte et claire sur la portée de sa renonciation au droit de révocation de la donation.

§ 3. Article 1563 du Code judiciaire : droit poursuivre la vente d'autres biens que le bien hypothéqué

- Exemple

"Article X. Non-exécution des obligations

A défaut par le crédité ou par le(s) tiers intervenants(s), s'il en est, d'exécuter ses/leurs engagements, le prêteur aura le droit de poursuivre simultanément la vente des biens hypothéqués et celle des autres biens immobiliers ou mobiliers appartenant au crédité. Elle pourra même commencer les poursuites par la réalisation de ces derniers biens sans avoir à prouver l'insuffisance des biens hypothéqués, et ce par dérogation à l'article 1563 du Code Judiciaire.

Tous frais exposés dans le cadre du présent article, en ce compris les dépens tarifés aux termes de l'article 1022 du Code judiciaire, seront considérés comme accessoires de l'obligation principale et supportés par le crédité. Il en sera la même des frais exposés en application de l'article 877 du Code civil."

- Appréciation

Conformément aux articles 7 et 8 de la loi hypothécaire, le débiteur est tenu de remplir ses engagements sur tout son patrimoine et le créancier a le libre choix des biens qu'il souhaite saisir. Une exception légale est prévue à l'article 1563 du Code judiciaire qui empêche le créancier hypothécaire de saisir en premier lieu d'autres biens immeubles que ceux sur lesquels il a une hypothèque, sauf si la valeur de ceux-ci est insuffisante. Le créancier qui veut user de cette exception doit soumettre à cet effet une requête au juge des saisies.

Comme l'article 1563 du Code judiciaire est de droit supplétif⁸¹, la plupart des conditions générales utilisées dans le secteur dérogent à cette disposition et le créancier est explicitement autorisé à ne pas devoir saisir en premier lieu le bien donné en hypothèque et donc à pouvoir saisir également d'autres biens faisant partie du patrimoine du débiteur sans devoir fournir une preuve d'insuffisance du bien hypothéqué.

⁸¹ Cass.3 mai 1875, R.W. 1985-86, 175, avec concl. Avoc.général KRINGS.

Ici aussi, il convient de vérifier si une telle clause standard qui vise à faire renoncer le consommateur à une disposition de droit supplétif ne lui cause pas un trop grand préjudice.

Conformément aux principes énoncés aux articles 7 et 8 de la loi hypothécaire, un créancier a le libre choix des biens qu'il souhaite saisir dans le patrimoine de son débiteur. Un contrat qui prévoit une renonciation à l'obligation pour le créancier hypothécaire de saisir en premier lieu le bien hypothéqué est susceptible de porter préjudice au premier chef aux autres créanciers du consommateur défaillant ; par elle-même, une telle disposition contractuelle ne porte manifestement pas préjudice au consommateur.

2.5 Mandat de domiciliation dans les conditions générales

Exemples

- Exemple 1

Les crédités s'engagent à domicilier le paiement des sommes exigibles en vertu de cet acte auprès d'un organisme financier de leur choix. Ils signeront et renverront un mandat de domiciliation (dénommé «SEPA domiciliation européenne») au profit du créiteur reprenant le numéro de compte à vue au départ duquel celui-ci sera autorisé à prélever les montants dus conformément au tableau d'amortissement/d'échéances et/ou à toute autre communication écrite leur adressée au moins «nombre» jours ouvrables avant la présentation de la domiciliation.

La domiciliation européenne donne aux crédités le droit au remboursement du montant prélevé. Pour ce faire ils doivent introduire une demande de remboursement dans les 8 semaines suivant la date de débit du montant de leur compte à vue. Pour toute demande d'information complémentaire les crédités doivent s'adresser à la banque qui gère leur compte à vue.

Dans l'hypothèse où les crédités entendraient que la domiciliation porte à l'avenir sur un autre compte à vue que celui initialement prévu, ils devront en avvertir le créiteur en lui communiquant un nouveau mandat de domiciliation européenne (dénommé «SEPA domiciliation européenne»), au plus tard un mois avant que le changement ne soit effectif.

Tout paiement se fera sur le compte IBAN «n° de compte» ouvert au nom de «nom du titulaire» sous réserve de la notification d'un éventuel changement de compte.

- Exemple 2

“Article XX: Majoration de taux

Le créiteur et les crédités conviennent que le taux d'intérêt sera majoré de:

- % par mois (par trimestre, par semestre, par an) (soit à % sur base annuelle à titre indicatif) si la domiciliation des intérêts et/ou des charges de l'avance n'est plus opérante ;
- % par mois (par trimestre, par semestre, par an) (soit à % sur base annuelle à titre indicatif) si la couverture décès est résiliée.

Les deux majorations sont cumulables.”

Commentaire

- Exemple 1

L'obligation de payer les sommes dues au moyen d'une domiciliation concerne une condition supplémentaire essentielle et offre à l'institution de crédit une sûreté supplémentaire pour l'exécution de l'obligation de paiement qui incombe au consommateur. Dans ce cadre, il ne suffit pas que cette condition figure uniquement dans les conditions générales : il faut clairement attirer l'attention du consommateur sur un tel mandat de perception des sommes, comme il ressort également des prescriptions de l'article VII.28 CDE. – devenu article VII.33 CDE⁸².

L'article VII.28, § 2 – devenu article VII.33, § 2 CDE impose d'ailleurs à cet égard que le mandat de domiciliation réponde au moins aux conditions suivantes:

- 1° un consentement exprès du payeur;
- 2° la procuration à donner doit se référer expressément au contrat sous-jacent qui à son tour détermine la portée des créances domiciliées en ce qui concerne la nature, l'échéance et, si possible, le montant exact.

Enfin, l'article VII.28, § 2, alinéa 2, – devenu article VII.33, § 2, alinéa 2 CDE énonce que la domiciliation ne peut se réaliser valablement que si le payeur a été précédemment informé du contrat sous-jacent.

Le prêteur doit donc disposer d'un mandat de domiciliation de l'emprunteur. Celui-ci peut éventuellement se trouver dans le même document, mais doit être signé séparément. L'article VII.28, § 2, 1° CDE – devenu article VII.33, § 2, 1° CDE énonce en effet qu'il doit y avoir un "consentement exprès" du payeur.

- Exemple 2

L'article VII.28, § 4 – devenu article VII.33, § 4 énonce ensuite que le mandat de domiciliation doit pouvoir être résilié à tout moment, par une notification au cocontractant.

La Ccs clauses abusives est certes d'accord que, si le consommateur résilie la domiciliation, il peut être stipulé dans le contrat que le taux d'intérêt convenu est majoré. Une telle majoration doit correspondre au désavantage pour le prêteur, lequel doit être estimé raisonnablement ; elle ne peut cependant pas avoir pour conséquence de porter atteinte au droit légal de résilier le mandat de domiciliation.

Recommandation n° 7

Si le prêteur veut obtenir un mandat de domiciliation du consommateur, le consentement exprès du consommateur est nécessaire et le mandat doit se référer expressément au contrat sous-jacent avec une détermination claire de la portée de la créance domiciliée en ce qui concerne la nature, l'échéance et, si possible, le montant exact. Une telle domiciliation n'est valable que si le consommateur a été informé préalablement du contrat sous-jacent. Un mandat de domiciliation doit être signé séparément. Enfin, la loi dispose qu'un mandat de domiciliation peut être résilié à tout moment.

⁸² L'ancien article VII.28 CDE est devenu l'article VII.33 CDE depuis la loi du 19 juillet 2018 portant modification et insertion de dispositions en matière de services de paiement dans différents livres du Code de droit économique. Au niveau du contenu, rien n'a toutefois été modifié.

Les clauses qui ne prennent pas en compte ou limitent ces principes légaux minima peuvent être considérées comme abusives au sens de la norme générale (art. I.8.22° CDE).

2.6 Constitution de sûretés

2.6.1 Sûretés pour toutes dettes⁸³

§ 1er. Exemples

- Exemple 1

« Les débiteurs déclarent que toutes les garanties mentionnées dans l'/les acte(s) de crédit servent de sûretés pour le remboursement de tous les montants dont ils sont redevables ou dont ils pourraient être redevables à l'avenir à l'égard du prêteur (entre autres: crédits, opérations de paiement, obligations de caution et de garanties) . »

- Exemple 2

L'ensemble des garanties constituées par ou pour l'Emprunteur, quelle que soit leur date de constitution, garantit toujours le paiement ou le remboursement de toutes les sommes dont l'Emprunteur peut être ou devenir débiteur envers la Banque de quelque chef que ce soit.

La constitution de nouvelles garanties ne supprime pas les garanties antérieures en date, sauf accord exprès donné par écrit de la Banque.

En conséquence, les parties aux présentes confirment vouloir que toutes les sûretés qui couvrent la présente ouverture de crédit garantissent le paiement ou le remboursement de toute somme dont l'Emprunteur pourra devenir débiteur envers la Banque à quelque titre que ce soit et notamment en vertu d'une ou plusieurs autres ouvertures de crédit ou prêts qui lui seraient consentis ultérieurement sans toutefois que cette éventualité ne constitue engagement de la Banque d'octroyer à l'Emprunteur d'autres crédits ou prêts que le crédit qui fait l'objet des présentes. »

§2. Analyse selon le droit commun

Dans les exemples repris ci-dessus, le prêteur stipule que toutes les garanties constituées dans l'acte servent de sûretés pour le paiement ou le remboursement de quelque somme que ce soit, auquel serait tenu l'emprunteur vis-à-vis du prêteur.

Autrement dit, il s'agit d'une garantie « pour toutes dettes » : il est stipulé que les garanties constituées servent de sûretés pour le remboursement de tous les montants actuels ou futurs dont l'emprunteur serait redevable à l'égard du prêteur pour quelque raison que ce soit.

Comme cela sera expliqué aussi à propos des différentes sûretés, en particulier pour l'hypothèque et le mandat d'hypothèque et assurément pour ce qui concerne les sûretés personnelles, il est en principe

⁸³ Dans la jurisprudence et la doctrine, il est généralement question de « sûreté pour toutes sommes ». Il est cependant plus approprié de parler de « sûretés pour toutes dettes ». Le constituant de la sûreté garantit en effet (si cela a été contractuellement 'convenu' – dans les limites admises –) toutes les dettes. La sûreté est cependant en principe soumise à un montant maximum. Pour cette raison, la dénomination « sûreté pour toutes sommes » n'est pas opportune ; voyez P. JOISTEN, P., "Hypothèque pour toutes créances : entre déterminabilité, caducité et nullité", *T.B.B.R.*, 2018/4, p. 192, n° 2.

permis de constituer une garantie pour toutes dettes, en ce compris pour des dettes futures, pour autant qu'elles soient déterminables.

Il est néanmoins requis, comme pour toute convention, un consentement libre, émanant d'un sujet de droit capable, sur la base d'un mobile licite et en lien avec un objet déterminé ou déterminable (art. 1108 et 1129 C.C.).

Dès lors que l'emprunteur doit s'engager à ce que toutes les sûretés qu'il constitue le soient en garantie de toutes les dettes dont il est redevable et pourrait être redevable dans le futur envers le prêteur, se pose la question de savoir si l'objet de la sûreté répond à l'exigence de déterminabilité.

Le caractère déterminé ou déterminable implique que le contenu et la portée de l'objet de la convention figurent dans la convention en vertu de critères fixés par celle-ci, sans qu'une nouvelle expression de volonté du débiteur ne soit nécessaire⁸⁴. La Cour de cassation estime que l'objet de la convention est déterminable si la convention contient les éléments objectifs grâce auxquels la convention peut être déterminée sans qu'un nouvel accord des parties ne soit nécessaire⁸⁵. Le professeur Vandeputte affirme à cet égard que l'objet d'un engagement est suffisamment déterminable quand aucune des parties ne peut, à son gré, modifier ni préciser la créance ou la dette⁸⁶.

Cette exigence de déterminabilité a été précisée en ce qui concerne les sûretés par la Cour de cassation dans l'arrêt Mengal du 28 mars 1974⁸⁷. Cet arrêt portait certes sur le nantissement d'un fonds de commerce mais comme les termes de l'arrêt sont larges, la doctrine lui a attribué une portée plus générale⁸⁸. Le champ d'application plus large de l'arrêt a finalement été confirmé, sur le plan légal, par la reprise des termes dudit arrêt dans les travaux préparatoires de la loi hypothécaire⁸⁹. Dans l'arrêt Mengal, la Cour de cassation définit la condition de déterminabilité comme suit : « *Cette exigence est remplie si le contrat par lequel la sûreté est constituée permet de déterminer les créances et que, eu égard aux circonstances de la cause, les créances concernées sont de celles que les parties ont effectivement voulu garantir.* »

L'exigence de déterminabilité est surtout considérée comme une « exigence de prévisibilité » : la convention établissant la sûreté constituée permet-elle de déterminer les créances ? Le cadre des créances que les parties ont voulu garantir peut-il être délimité⁹⁰ ? Comme il ressort de l'arrêt de la Cour de Cassation du 21 avril 2017, il y a lieu de vérifier si l'exigence de déterminabilité est remplie au moment où l'hypothèque est constituée. Des circonstances ultérieures modifiées qui révéleraient que le

⁸⁴ L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Partie 1, Intersentia, p. 125, nr. 102.

⁸⁵ "Cass. 13 juin 2005, Pas., 2005, p. 1305, pour une formulation quasiment identique, voir Cass. 21 septembre 1987, *Bull. et Pas.* 1988, I, p. 77; Cass. 21 février 1991, *Bull. et Pas.*, 1991, I, p. 604, voir aussi P. VAN OMMESLAGHE, *Les obligations*, vol. 1, Coll. De Page, Bruylant, 2013, p. 306, n° 183; voir aussi Cass. 21 avril 2017, C.16.0439.N en lien avec l'hypothèque pour des dettes futures: "En vertu de l'article 1130, alinéa 1er, du Code civil, les engagements futurs peuvent faire l'objet d'une convention à condition qu'ils soient déterminés ou au moins déterminables sans qu'un nouvel accord de volonté des parties soit requis. Il est permis de constituer une hypothèque pour créances futures à la condition que l'acte d'hypothèque permette de déterminer les créances que les parties entendaient garantir."

⁸⁶ R. VANDEPUTTE, *De overeenkomst*, Bruxelles, Larcier, 1977, 81.

⁸⁷ Cass. 28 maart 1974, *Arr. Cass.* 1974, 833, *R.W.*, 1974-75, 339, *Pas.* 1974, I, 776.

⁸⁸ Voir M. VAN QUICKENBORNE, "Borgtocht", in *APR*, Antwerpen, Kluwer, 1999, 102 nr. 991; M. GRÉGOIRE, "Le gage civil", in *Privilèges et hypothèques*, I, Antwerpen, Kluwer, 2004, 7; F T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, Bruxelles, Larcier, 2004, nrs. 744-745.

⁸⁹ La formulation en matière de déterminabilité de créances futures est reprise littéralement dans les travaux préparatoires de la loi du 13 avril 1995 qui a consacré l'hypothèque pour toutes dettes ; voy. Exposé des motifs du projet de loi modifiant la loi du 4 août 1992 relative au crédit hypothécaire, *Doc. parl.*, Ch., sess. 1994-1995, 1688/1, p. 5.

⁹⁰ Bruxelles, 23 février 1973, *R.W.*, 1973-74, 1054, avec note BRUYNEEL.

constituant de la sûreté ne se porterait raisonnablement plus garant pour les dettes apparues ultérieurement, ne peuvent pas être invoquées⁹¹.

De l'exigence de déterminabilité, de l'obligation des parties contractantes de se comporter comme des personnes raisonnables et prudentes comme aussi de la figure de la partijbeslissing⁹², il découle que seuls les engagements ayant raisonnablement pu être prévus par le constituant de la sûreté lors de la conclusion du contrat de sûreté, peuvent être considérés comme suffisamment déterminables⁹³.

Ce critère de prévisibilité est aussi utilisé par la Cour de cassation en matière de cautionnement pour dettes futures, comme il ressort de l'arrêt du 19 mai 2016⁹⁴:

« 1. Selon l'article 2015 du Code civil, un cautionnement ne se présume point; il doit être exprès, et on ne peut pas l'étendre au-delà des limites dans lesquelles il a été contracté.

2. Il ressort de cette disposition légale que le cautionnement doit être interprété de manière restrictive en ce sens où la caution ne peut être considérée comme voulant s'engager qu'en vue de garantir les engagements qu'elle peut raisonnablement prévoir lors de la conclusion du cautionnement.

3. Les juges d'appel qui ont considéré que le cautionnement du 6 mars 1986 s'étendait à toutes les dettes du débiteur principal vis-à-vis du défendeur, que ces dettes soient nées avant ou après la fusion du débiteur principal par absorption d'autres sociétés, sans examiner si cet endettement était raisonnablement prévisible pour le demandeur lors de la conclusion du contrat de cautionnement, violent l'article 2015 du Code civil »⁹⁵.

⁹¹ Cass. 21 avril 2017, dans *Dr. banc. fin.*, 2017/11, 129 avec note I. Peeters; *T.B.B.R.*, 2018/4, 244, note P. JOISTEN. Dans cet arrêt, il est question d'une épouse ayant constitué une hypothèque sur son bien immobilier personnel pour un crédit conclu par la société dont elle était, avec son mari, actionnaire et administratrice. Un crédit d'investissement a été conclu ultérieurement auprès du même prêteur qui, en vertu de la « garantie pour toutes dettes », pouvait bénéficier des mêmes sûretés. Entre-temps, les époux s'étaient cependant séparés et l'épouse s'était entre-temps aussi retirée de la société. Vu que la cause de la sûreté (son lien avec la société) et la déterminabilité de la « garantie pour toutes dettes » doivent être appréciées au moment de la constitution de la sûreté, l'épouse n'a pas pu invoquer ces circonstances modifiées.

⁹² E. DIRIX, "Zekerheidsrechten en uitwinning", in *Actuele ontwikkelingen in de rechtsverhouding tussen bank en consument*, Antwerpen, Maklu, 1994, (313) 316.

⁹³ W. VAN GERVEN, *Handels- en Economisch Recht, Beginselen van Privaatrecht*, XIII, Deel 1, Ondernemingsrecht, Antwerpen, Standaard, 1978, 502-504; P. BOUTEILLER, *Le cautionnement. Aspects généraux et pratiques bancaires*, Paris, Ed. de l'Epargne, 1986, 28-30.

⁹⁴ Cass. 19 mai 2016, *T.B.H.* 2017, p. 394, avec note M. SERVAIS, "De voorzienbaarheid van de schulden als nieuwe geldigheidsvoorwaarde voor de borgstelling?"; cf. aussi P. JOISTEN, P., "Hypothèque pour toutes créances : entre déterminabilité, caducité et nullité", *T.B.B.R.*, 2018/4, 191-207.

⁹⁵ Comparez avec Cass., 27 octobre 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, p. 1631 ; *R.W.*, 2001-2002, p. 24, où le critère de prévisibilité n'a pas été repris; la Cour a jugé " qu'il est satisfait à cette condition de déterminabilité lorsque la convention contient des éléments objectifs permettant de déterminer l'objet de l'obligation de la caution au moment où le créancier exerce son recours à son égard". Voir aussi Cass., 21 avril 2017, C.16.0439.N, *Kredietgever en Fin. R.* 2017, boek 2, 129, note I. PEETERS ; *R.G.D.C.* 2018/4, 244, note P. JOISTEN, où l'exigence de prévisibilité n'est pas davantage reprise : "En vertu de l'article 1130, alinéa 1er, du Code civil, les engagements futurs peuvent faire l'objet d'une convention à condition qu'ils soient déterminés ou au moins déterminables sans qu'un nouvel accord de volonté des parties soit requis. Il est permis de constituer une hypothèque pour créances futures à la condition que l'acte d'hypothèque permette de déterminer les créances que les parties entendaient garantir."

De cette exigence de prévisibilité⁹⁶, il découle que la caution qui garantit, par exemple, un engagement de nature privée, tel qu'un prêt contracté en vue de financer l'achat d'un logement, ne peut pas être recherchée dans le cadre du recouvrement d'un crédit accordé au même emprunteur agissant à des fins commerciales⁹⁷.

En lien avec l'exigence de prévisibilité⁹⁸, il y a lieu aussi d'examiner, comme il ressort des termes de l'arrêt Mengal, si les parties intéressées avaient réellement l'intention, par exemple, de garantir via l'hypothèque tous les montants dus dans le cadre de la relation d'affaires⁹⁹. La question de savoir si les parties avaient la volonté ou l'intention¹⁰⁰ commune de garantir certaines dettes dans le cadre de la constitution de la sûreté est une question de fait à apprécier au cas par cas. En cas de doute, cette question relève du pouvoir d'appréciation souverain du juge du fond.

§ 3. Analyse de fond au regard de la législation sur les clauses abusives - garantie pour toutes dettes de l'emprunteur

1. Exigence de transparence

Le législateur a également accordé de l'attention aux informations relatives aux sûretés constituées.

On peut tout d'abord relever les informations légales obligatoires dans le prospectus concernant : « les formes de sûretés, y compris, le cas échéant la possibilité qu'elles se trouvent dans un autre État membre » (article VII.125, alinéa 2, 3° CDE).

Dans la rubrique 3 du formulaire ESIS, les sûretés doivent, « le cas échéant », être mentionnées. La Partie B comportant les instructions pour compléter l'ESIS énonce en sa section 3, sous le n° 9 : « Lorsque le prêt est garanti par une hypothèque sur le bien immobilier, par une autre sûreté comparable ou par un droit lié à un bien immobilier, *le prêteur attire l'attention du consommateur sur ce fait*. Le cas échéant, le prêteur indique la valeur estimée du bien immobilier ou une autre sûreté utilisée aux fins de préparer cette fiche d'information ».

Il est également requis de mentionner dans le contrat de crédit et donc dans l'offre : « le cas échéant, les sûretés et assurances exigées » (art. VII.134, § 3, 10° CDE). L'exigence de transparence s'applique dès le début de la phase précontractuelle. Il en résulte que le consommateur ne peut pas être laissé dans la

⁹⁶ Cette exigence de prévisibilité était, en ce qui concerne le cautionnement, fondée sur l'interprétation restrictive du cautionnement, comme il ressort de l'arrêt de la Cour de Cassation précité du 19 mai 2016. De manière plus générale, cette exigence de prévisibilité dans les clauses en matière de constitution de sûreté pour "toutes dettes" peut être fondée sur le principe de l'effet modérateur de la bonne foi et la théorie de l'abus de droit (art. 1134, alinéa 3, Code civil): voir W. VAN GERVEN, *Handels- en Economisch Recht, Beginselen van Privaatrecht*, XIII, Deel 1, Ondernemingsrecht, Antwerpen, Standaard, 1978, 502-504; voir aussi M. VAN QUICKENBORNE, "Borgtocht", in APR, Antwerpen, Kluwer, 1999, 103, nr. 193.

⁹⁷ M. VAN QUICKENBORNE, "Borgtocht", in APR, Antwerpen, Kluwer, 1999, 103, n° 193.

⁹⁸ La portée des accords conclus dans un contrat doit en effet toujours être appréciée en prenant en considération la commune intention des parties contractantes (article 1156 Code civil). En cas d'accords contractuels allant au-delà de ce à quoi le cocontractant peut normalement s'attendre comme découlant du contrat, autrement dit, si les accords ne sont pas raisonnablement prévisibles, il peut difficilement être admis que les parties contractantes avaient la commune intention de les conclure.

⁹⁹ Voir à ce sujet également l'arrêt Mengal qui reprend cela comme deuxième condition avec l'exigence de déterminabilité: Cass. 28 mars 1974, Pas. 1974, I, 774:

"On peut constituer une garantie constituée pour des dettes conditionnelles ou futures, sous la seule réserve (que ces dettes) soient déterminées ou déterminables au moment de la constitution de la sûreté (art. 1130, alinéa 1er Code civil).

Les créances futures les créances futures ont un caractère suffisamment déterminé ou déterminable si la convention instituant la sûreté permet de les définir et s'il résulte des éléments de la cause qu'elles sont effectivement de celles que les parties avaient entendu assortir de la garantie."

¹⁰⁰ Voir aussi art. 1163 C.civ.

fausse croyance que la sûreté exigée servira uniquement à garantir le seul crédit immobilier sollicité. C'est pourquoi il doit apparaître clairement dans les informations générales, dans le formulaire ESIS, dans l'offre de crédit et dans le projet de contrat de crédit que le prêteur n'est d'accord d'octroyer le crédit immobilier que s'il obtient à cette occasion une garantie hypothécaire garantissant non seulement le crédit immobilier sollicité mais également les autres dettes du candidat emprunteur.

En ce qui concerne l'exigence de transparence des clauses de l'acte de crédit hypothécaire, il y a lieu de se demander si ces clauses sont expliquées de manière suffisamment claire et compréhensible, pour que le consommateur moyen qui en prend connaissance puisse évaluer en connaissance de cause les conséquences essentielles d'une telle « garantie toutes dettes ».

Cette exigence de transparence doit être lue conjointement aux informations précontractuelles obligatoires relatives aux conditions générales (article VI.2, 7° CDE). Pour un consommateur, il est en effet d'une importance fondamentale qu'il puisse prendre connaissance, avant la conclusion du contrat, de toutes les conditions contractuelles et des conséquences de la conclusion du contrat. Sur la base des informations ainsi obtenues, il décidera en effet s'il souhaite être lié par les conditions rédigées préalablement par le vendeur¹⁰¹.

Les clauses des exemples cités ne manquent pas par elles-mêmes de clarté. Toutefois, l'attention du consommateur doit clairement être attirée sur une telle clause afin de lui permettre d'estimer les conséquences essentielles et étendues de la « garantie pour toutes sommes ». En vertu d'une telle clause, les garanties qu'il constitue produisent leurs effets, à concurrence du montant de la sûreté, non seulement pour le contrat de crédit mais aussi pour toutes les dettes qu'il a ou aura dans le futur vis-à-vis du prêteur.

2. Contrôle du caractère abusif

- En principe pas abusif, au regard des art. 7 et 8 de la loi hypothécaire

En ce qui concerne le contrôle du caractère abusif (appréciation en regard de la norme générale, article I.8.22° CDE), il y a lieu de vérifier si une telle clause place le consommateur dans une position dans laquelle ses droits sont fortement limités, en comparaison avec la position dans laquelle il se serait trouvé, en l'absence d'une telle clause, en vertu du droit commun. Un second critère, conformément à la directive et à la jurisprudence de la Cour européenne qui en découle, consiste à vérifier si l'entreprise, en négociant de manière loyale et équitable avec le consommateur, pouvait raisonnablement s'attendre à ce que celui-ci ait accepté une telle clause si elle avait fait l'objet d'une négociation individuelle.

Sous réserve d'une explication correcte permettant au consommateur d'accepter en connaissance de cause la clause relative à la « garantie pour toutes dettes », une telle clause ne porte manifestement pas atteinte par elle-même aux droits du consommateur. Même sans sûreté, tout débiteur est en effet personnellement tenu de remplir ses engagements sur tous ses biens présents ou à venir (art. 7 et 8 de la loi hypothécaire). En outre, le débiteur a le contrôle des dettes qu'il contracte.

- Respect de l'exigence de déterminabilité - cadre de référence objectif - prévisibilité raisonnable

Il y a toutefois lieu de tenir compte de l'exigence de déterminabilité ; la description de la garantie pour toutes dettes, surtout dans le second exemple, est trop générale pour pouvoir en déduire quelles dettes les parties entendaient garantir : les sûretés constituées « servant à garantir le paiement ou le remboursement de toute somme quelle qu'elle soit, dont l'emprunteur deviendra débiteur vis-à-vis du

¹⁰¹ CJUE, affaire C-92/11, arrêt RWE-Vertrieb, 21 mars 2013, nr. 44.

prêteur, pour quelque raison que ce soit et entre autres en vertu d'une ou plusieurs autres ouvertures de crédit qui lui auraient été accordées auparavant ».

Il y a lieu de prévoir au moins un cadre de référence objectif permettant de vérifier si une créance déterminée était visée ou non au moment de la constitution de la garantie.

- Appréciation différente si la « garantie pour toutes dettes » est consentie par un tiers garant

Il ressort des exemples donnés que non seulement les garanties constituées par l'emprunteur mais aussi toute autre garantie, autrement dit aussi les garanties constituées par des tiers, relèvent de la clause relative à la « garantie toutes dettes ».

Dans l'exemple 1, il est mentionné de manière générale: *"Les débiteurs déclarent que toutes les garanties qui sont constituées dans le ou les acte(s) de crédit s'appliquent en tant sûreté pour..."*. Dans l'exemple 2, il mentionné : *« Toutes les garanties qui sont constituées par ou pour l'emprunteur... ».*

En cas de garantie par des tiers d'autres dettes que celles pour lesquelles ils se sont expressément portés garants, il y a lieu de faire à nouveau la remarque suivante¹⁰². Alors qu'en cas de constitution d'une sûreté par le débiteur lui-même, il y a lieu de tenir compte du principe de la responsabilité du débiteur sur tout son patrimoine pour toutes ses dettes, une garantie a, par contre, des conséquences particulièrement étendues s'il s'agit d'une « garantie pour toutes sommes » dans la mesure où elle se rapporte aussi à des dettes auxquelles l'emprunteur ne serait pas obligé personnellement. En effet, en pareilles hypothèses, l'emprunteur interviendrait aussi en tant que tiers-garant. Par conséquent, le prêteur pourrait utiliser ces garanties pour apurer aussi des dettes autres que les dettes personnelles de l'emprunteur. Le prêteur obtient ainsi une possibilité de recours supplémentaire qu'il n'aurait pas eue sans cette clause et le consommateur est tenu de garantir des dettes étrangères à ses engagements. Comme il apparaîtra dans le commentaire sur les sûretés spécifiques, il y a lieu en outre de tenir compte, pour la garantie ou la sûreté par un tiers, de l'article VII.147/26 CDE.

3. Limitations spécifiques en matière de « garantie pour toutes dettes »

3.1. Cession de rémunération : loi du 12 avril 1965

En vertu à l'article 27, alinéa 1er de la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs, la cession de rémunération doit être faite, à peine de nullité (dernier alinéa de cette disposition), par un acte distinct de celui qui contient l'obligation principale dont elle garantit l'exécution. L'article VII.147/2 CDE qui renvoie expressément à l'application de la loi précitée concernant la protection de la rémunération, dispose par ailleurs expressément que l'exception pour la cession de rémunération effectuée par un acte authentique (article 34 de la loi concernant la protection de la rémunération) ne s'applique pas au crédit hypothécaire au sens du livre VII. Même lorsqu'elle a été établie par acte authentique, la cession de rémunération dans le cadre d'un crédit hypothécaire doit aussi avoir lieu au moyen d'un acte distinct. La Cour de cassation a déjà jugé¹⁰³ que « l'obligation garantie et la convention de cession de la rémunération sont étroitement liées et que la convention n'est pas indépendante de l'obligation de base » et que vu « l'intention du législateur d'assurer une protection juridique effective au cédant, la cession doit être faite par un acte distinct de celui qui contient l'obligation principale dont elle garantit l'exécution ».

¹⁰² Voy. déjà les discussions concernant le contrat-cadre: Chapitre 2, I. Objet du contrat, c.Analyse, p. 21.

¹⁰³ Cass. 29 octobre 2001, *R.W.*, 2001-2002, p. 1465; *A.J.T.* 2001-2002, p. 1465; *Ann. Crédit*, 2001, p. 236 avec note critique M. FORGES, p. 251; Cass. 21 novembre 2005, *D.C.C.R.*, 2006, nr. 71, p. 47, noot E. DE NEVE; Cass. 17 november 2005, *Pas.*, 2008/11, p. 2581.

En considérant que la cession de la rémunération n'est pas indépendante de l'obligation garantie et exigeant que celle-ci soit mentionnée dans l'acte de cession de rémunération, la Cour de cassation limite la cession de rémunération à la garantie d'un crédit spécifique qui a été conclu ou est sur le point d'être conclu. La cession de rémunération ne peut donc pas avoir pour objectif de garantir d'autres dettes du débiteur.

L'interdiction de la cession de rémunération en garantie de toutes dettes porte tant sur la cession de rémunération consentie par le débiteur que sur celle qui est consentie par une autre personne.

3.2. Cautionnement à titre gratuit

En matière de cautionnement à titre gratuit, l'article 2043quinquies énonce :

§ 1. Sous peine de nullité, le contrat de cautionnement au sens du présent chapitre doit faire l'objet d'un contrat écrit distinct du contrat principal.

§ 2. La durée de l'obligation principale doit être indiquée dans l'acte de cautionnement, et en cas de cautionnement d'une obligation principale conclue à durée indéterminée, le contrat de cautionnement ne peut être d'une durée supérieure à cinq ans.

§ 3. Sous peine de nullité, le contrat de cautionnement doit au moins comporter les mentions suivantes, écrites de la main de la caution :

« en me portant caution de ... dans la limite de la somme de ... (en chiffres) couvrant le paiement du principal et en intérêts pour une durée de ..., je m'engage à rembourser au créancier de ... les sommes dues sur mes biens et sur mes revenus si, et dans la mesure où, ... n'y satisfait pas lui-même ».

§ 4. Le Roi peut, après avis de la Ccs clauses abusives visée aux articles 35 et 36 de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, déterminer quelles mentions doivent figurer dans le contrat ainsi que les informations relatives à l'obligation principale qui fait l'objet du cautionnement.

§ 5. L'article 1326 n'est pas d'application. "

Il en résulte, selon les travaux préparatoires, une interdiction du cautionnement à titre gratuit « pour toutes sommes ». L'exposé de motifs¹⁰⁴ énonce :

« Le cautionnement pour toutes dettes d'un débiteur envers un créancier conclu par une caution à titre gratuit n'est plus possible.

En effet, il convient d'identifier clairement l'acte pour lequel la caution intervient. Il s'ensuit dès lors que si le débiteur principal entend obtenir un nouveau crédit auprès du vendeur, à savoir l'établissement de crédit, il conviendra de renouveler le contrat de cautionnement en raison du nouvel acte pour lequel la caution présente un caractère subsidiaire. La condamnation nette du cautionnement « omnibus » est ainsi soulignée ».

¹⁰⁴ Exposé des motifs de la loi du 3 juin 2007 relative au cautionnement gratuit, Doc. Parl., Chambre, 2006-2007, nr. 51-2730-001, p. 13; voir aussi rapport de la Commission de la Chambre Économie, nr. 51-2730/003, p. 5: "Tout cautionnement souscrit par une personne physique doit être limité à l'engagement existant lors de la conclusion du contrat. Le contrat doit également être limité dans sa durée."

Il ressort donc clairement de l'intention du législateur qu'un cautionnement à titre gratuit « pour toutes sommes » n'est pas compatible avec ces dispositions.

3.3. Constitution de sûreté par des tiers

Comme déjà évoqué, il résulte de l'article VII.147/26, §1, que la constitution d'une sûreté par un tiers peut uniquement garantir le contrat de crédit pour lequel ce tiers consent la sûreté et qu'elle ne peut pas être étendue à toutes les dettes dont l'emprunteur est ou pourrait être redevable au prêteur. L'interdiction qui découle de l'article VII.147/26, § 1, s'applique également à la constitution par un tiers d'une sûreté en garantie d'un contrat-cadre et de tous les crédits qui y seraient repris.

L'article VII.147/26, § 3, limite en outre la durée de l'obligation du tiers constituant d'une sûreté personnelle (caution ou autre sûreté personnelle). Cette garantie, on l'a dit, ne s'applique que pour un contrat de crédit (spécifique)¹⁰⁵. En outre, si un contrat de crédit est conclu pour une durée indéterminée, une sûreté personnelle ne peut être consentie par le tiers garant que pour une période de cinq ans. Cette période ne peut être renouvelée que moyennant l'accord exprès, au terme de la période, de la caution ou de la personne qui constitue une sûreté personnelle (art. VII.147/26, §3, CDE).

Recommandation n° 8

1. Validité de la « garantie pour toutes dettes »

Les clauses par lesquelles le prêteur se réserve le droit de faire valoir les garanties constituées dans le contrat-cadre en tant que sûretés pour tous les montants actuels et futurs dont l'emprunteur serait redevable à l'égard du prêteur, sont autorisées pour autant que le contrat-cadre permette de déterminer les créances (exigence de « prévisibilité ») et si dans le cas d'espèce, les créances concernées sont réellement celles que les parties souhaitaient garantir (consentement).

Il faut à tout le moins déterminer un cadre objectif au sein duquel les créances sont couvertes par la sûreté. Par ailleurs, il découle, entre autres, de l'exigence de bonne foi que seules les créances qui ont raisonnablement pu être prévues par la personne qui constitue la sûreté lors de la conclusion du contrat de crédit, relèvent de cette garantie pour toutes dettes.

2. Exigence de transparence

Il y a lieu de préciser dans les informations générales, dans le « formulaire ESIS »¹⁰⁶ et dans l'offre de crédit que les garanties ou sûretés consenties sont également constituées pour toutes dettes, autres que le contrat de crédit spécifique.

Les clauses en matière de garanties pour toutes dettes ont des conséquences importantes pour le consommateur moyen : toute dette qu'il pourrait contracter dans le futur à l'égard du prêteur est couverte, par les garanties consenties à l'occasion du crédit hypothécaire. Vu l'ampleur des conséquences, il découle de l'exigence de transparence que le consommateur doit pouvoir prendre connaissance de cette clause et estimer, en connaissance de cause, les conséquences essentielles de celle-ci.

¹⁰⁵ Voir la définition de l'ouverture de crédit au sens de l'article I.9.49° CDE. Elle implique la possibilité pour l'emprunteur d'effectuer un nouveau prélèvement sans l'accord préalable du prêteur ou sans avoir à respecter d'autres conditions que celles convenues initialement ; si tel n'est pas le cas, on se trouve en présence d'un nouveau contrat de crédit.

¹⁰⁶ La Partie B comportant les instructions pour compléter l'ESIS énonce en sa section 3, sous le n° 9 : « Lorsque le prêt est garanti par une hypothèque sur le bien immobilier, par une autre sûreté comparable ou par un droit lié à un bien immobilier, le prêteur attire l'attention du consommateur sur ce fait ».

3. Contrôle du caractère abusif

Si l'emprunteur y a consenti en connaissance de cause, la clause de « garantie pour toutes dettes » ne porte manifestement pas par elle-même atteinte aux droits de cet emprunteur-consommateur, étant donné qu'il est de toute façon personnellement tenu sur tout son patrimoine d'exécuter ses propres engagements. Cette clause doit néanmoins contenir un cadre de référence objectif et seules les dettes s'inscrivant dans le contrat-cadre conclu en matière de crédit peuvent être garanties par les sûretés constituées.

Par contre, la « garantie pour toutes dettes » ne peut pas s'étendre à des tiers garants. Dans ce cas, le prêteur stipule en effet l'obligation pour un tiers-garant de supporter des dettes auxquelles il n'est pas obligé personnellement ; le prêteur obtient par conséquent une possibilité de recours supplémentaire sur le patrimoine ou sur le bien d'un tiers, recours supplémentaire qu'il n'aurait pas sans cette sûreté. Comme il en sera question dans le commentaire des sûretés spécifiques, il y a lieu en outre de tenir compte, pour la garantie ou la sûreté par un tiers, de l'article VII.147/26 CDE, qui impose de délivrer au tiers garant, préalablement à son consentement, un exemplaire des contrats de crédit garantis par la sûreté qu'il consent.

Cependant, si conformément à la recommandation 4.3, le tiers constituant de la sûreté doit à chaque fois donner son accord explicite pour la garantie de nouveaux crédits et qu'il dispose d'une liberté totale de choix, la Ccs clauses abusives reconnaît qu'il n'est plus question de « garantie pour toutes dettes ».

4. Limitations spécifiques

4.1. Cession de rémunération

Les clauses relatives à la cession de rémunération doivent obligatoirement figurer dans un acte distinct, qui mentionne l'obligation spécifiquement garantie. Une cession de rémunération « pour toutes dettes » est donc légalement interdite.

4.2. Cautionnement à titre gratuit

Un cautionnement à titre gratuit pour toutes dettes n'est pas compatible avec le prescrit de l'article 2043quinquies.

4.3. Constitution de la sûreté par un tiers

Il résulte de l'article VII.147/26, §1, CDE, que la constitution d'une sûreté par un tiers peut uniquement garantir le contrat de crédit à l'occasion duquel le tiers constitue la sûreté ; elle ne peut pas être étendue à toutes les dettes dont l'emprunteur est ou pourrait être redevable à l'égard du prêteur. L'interdiction qui découle de l'article VII.147/26, § 1, s'applique également à la constitution d'une sûreté en garantie d'un contrat-cadre et de tous les crédits qui y seraient repris.

S'agissant de la constitution d'une sûreté par un tiers, les représentants des entreprises proposent de prévoir contractuellement que le consentement préalable du tiers garant est requis pour chaque reprise d'encours¹⁰⁷.

¹⁰⁷ Le consentement de l'emprunteur est également demandé lors de chaque reprise d'encours.

La Ccs clauses abusives est d'avis que cette façon de procéder, envisagée sur le fondement des dispositions du Livre VI CDE, est transparente et ne crée pas de déséquilibre entre les droits et obligations des parties au préjudice du consommateur dans la mesure où le tiers consommateur doit consentir à la nouvelle constitution de sûreté en connaissance de cause et avec une liberté totale de choix.

La Ccs clauses abusives observe qu'une telle proposition devrait également être examinée sous l'angle des conditions de validité qui prévalent dans le droit hypothécaire, en particulier l'exigence du respect de la forme authentique telle que prévue à l'article 76 de la loi hypothécaire et sous l'angle des conditions de validité sur le fondement des dispositions du Livre VII, en particulier l'article VII.147/26 CDE. Il n'appartient cependant pas à la Ccs clauses abusives de prendre position à ce sujet.

2.6.2 Hypothèque pour toutes dettes

§ 1. Exemples

- Exemple 1

En garantie de toutes les sommes qui seraient dues au prêteur à la suite de la présente ouverture de crédit, l'emprunteur et, éventuellement, le tiers-constituant d'hypothèque déclarent constituer une hypothèque spéciale au profit de la banque, qui accepte, à inscrire au rang défini par l'article VI et pour les montants y indiqués, sur les biens immobiliers décrits ci-après biens précités et qu'ils sont quittes et libres de toutes charges hypothécaires, privilèges, transcriptions, actions résolutoires et cas d'éviction et ne font l'objet d'aucune location pour une durée de plus de neuf ans, ni d'un bail à vie, sauf rangs précédents éventuels comme il ressort de l'article VI.

À la garantie de toutes sommes qui pourraient être dues au prêteur ou qui seront dues dans le cadre de sa relation bancaire privée et professionnelle en vertu, entre autres, de crédits, d'opérations de paiement, d'engagements de cautionnement ou de garantie du chef des opérations imputées sur l'ouverture de crédit dont question ci-dessus, le crédit et/ou l'affectant hypothécaire déclare(nt) conférer au profit de la banque, qui accepte, hypothèque spéciale.

- Exemple 2

ARTICLE 20: AFFECTATION HYPOTHECAIRE (VOIR EGALEMENT 6.3., ART. 6)

Pour garantir les engagements résultant pour les crédités des dispositions du présent acte, de toutes les avances ultérieures réalisées en exécution de la présente ouverture de crédit et tous les crédits, prêts ou dettes (notamment : soldes débiteurs, services ou activités bancaires, d'assurances ou financières, moyens de paiement, responsabilités, obligations de paiement ou de remboursement et sûretés personnelles émises par ou au profit du créancier et/ou de ses successeurs en droit à titre universel ou particulier) actuels ou futurs, à titre professionnel ou privé, des crédités, ensemble et/ou individuellement et/ou avec des tiers, même si continués ou repris par des tiers à quelque titre que ce soit, ainsi que de tous les crédits, prêts et dettes similaires des donneurs d'hypothèque ou de leurs successeurs à titre universel s'ils continuaient ou reprenaient des engagements visés ci-dessus à quelque titre que ce soit, ainsi que de tous les crédits, prêts et dettes de tiers avec qui les crédités, ensemble et/ou individuellement, sont ou seront tenus, e.a. en tant que co-crédités ou en tant que cautions, l'hypothèque est prise à concurrence :

- 1°. de la somme principale de euro (€ 000,00).
de trois années d'intérêts, dont la loi conserve le rang.

Pour cette inscription, le taux d'intérêt est fixé à quinze pour cent (15 %) l'an;

- 2°. *d'une somme de euro (€ 000,00), pour indemnité de emploi (le cas échéant), avances de primes d'un contrat annexé ou adjoint dont le créateur n'aurait pas été remboursé ainsi que pour leurs intérêts éventuels, frais éventuels non privilégiés de poursuite et de procédure, dépens légalement tarifés d'avocats, frais de signification et de déclaration de créance, frais et honoraires du présent acte d'ouverture de crédit et de constitution d'hypothèque, frais et honoraires d'inscription, frais de mainlevée d'inscriptions hypothécaires.*

En cas de remboursement, le créateur aura toujours le droit d'exiger un acte de mainlevée lequel sera reçu, aux frais des créités, par un notaire choisi par le créateur.

Les créités peuvent à tout moment :

- *Obtenir à leurs frais la mainlevée de l'hypothèque pour autant qu'ils n'aient, à ce moment-là plus aucun engagement, même éventuel à l'égard du créateur. Leur demande sera adressée au créateur par lettre recommandée à la poste.*
- *Résilier l'hypothèque moyennant préavis de six mois. Le préavis doit être adressé au créateur par lettre recommandée avec accusé de réception et prend cours à la date de l'accusé de réception. L'hypothèque continuera toutefois à garantir les créances existant à l'expiration du délai de préavis.*

Les créités (sub.....) déclarent hypothéquer au profit du créateur qui accepte :

A COMPLETER PAR LE NOTAIRE SOUSIGNE

- *description du bien (y compris les immeubles par incorporation et/ou par destination)*
- *origine de propriété*
- *déclarations*
- *situation hypothécaire*

§ 2. Notion "d'hypothèque pour toutes dettes" et principes généraux en matière de droit des obligations et droit des sûretés

Comme la dénomination l'indique, les prêteurs stipulent généralement que le consommateur constitue une hypothèque en vue de garantir, à concurrence du montant de l'hypothèque, non seulement le contrat de crédit conclu, mais aussi tout ce dont le débiteur est ou pourrait être redevable au créancier. Comme il apparaît dans les exemples, l'hypothèque est donc prise, à concurrence de son montant, « pour sûreté de tous les montants dont le débiteur est redevable ou dont il serait redevable à l'avenir dans le cadre de sa relation privée ou professionnelle avec le prêteur en général, du chef, entre autres, de crédits, d'opérations de paiement, de cautionnements ou de garanties ».

Avant de procéder à l'appréciation de cette "hypothèque pour toutes dettes" au regard des dispositions légales en matière de clauses abusives, il est nécessaire d'examiner la validité d'une telle clause au regard du droit des sûretés et du droit commun des obligations.

Il convient avant tout de souligner que le contrat d'hypothèque est un contrat solennel, qui ne peut être consenti que par un acte authentique ou par un acte sous seing privé, reconnu en justice ou par devant notaire.

L'hypothèque est par essence un droit réel accessoire, en garantie du paiement d'une obligation, et en tant que telle accessoire à l'obligation qu'elle garantit. D'une part, la constitution d'une sûreté au moyen d'une hypothèque doit toujours être délimitée formellement (principe de spécialité). D'autre part, les effets de la sûreté doivent rester limités aux obligations qu'elle vise à garantir (délimitation matérielle, principe de spécialité).

a. Délimitation formelle (principe de spécialité)

Pour éviter l'indisponibilité des biens donnés en hypothèque, (1) le montant garanti par l'hypothèque doit être précisé (art. 80, alinéa 1er et article 83, alinéa 2, 4° loi hypothécaire) et (2) la nature et la situation des biens grevés doivent être clairement décrites (article 78, alinéa 1er et article 83, alinéa 2, 5° loi hypothécaire) dans l'acte de constitution d'hypothèque et dans les bordereaux d'inscription.

La question s'est posée de savoir s'il est également nécessaire que la cause de l'hypothèque, à savoir l'obligation garantie soit désignée/délimitée dans l'acte et/ou dans les bordereaux d'inscription, surtout eu égard au caractère accessoire de l'hypothèque.

Dans un arrêt du 4 octobre 1963¹⁰⁸, la Cour de Cassation a cependant clairement jugé qu'aucun article de la loi hypothécaire n'impose une telle désignation de la créance garantie : "Attendu qu'aux termes de l'article 80 de la loi hypothécaire, l'hypothèque conventionnelle n'est valable qu'autant que la somme pour laquelle elle est consentie est déterminée dans l'acte. Attendu qu'il ne ressort d'aucun article de ladite loi ni d'aucune autre disposition légale que l'acte constitutif de l'hypothèque doit en outre indiquer la cause de la dette garantie."

En vertu du principe de spécialité (délimitation formelle), il faut donc uniquement mentionner dans l'acte le bien grevé de l'hypothèque et le montant pour lequel l'hypothèque est consentie¹⁰⁹.

b. Délimitation matérielle (principe de spécialité)

Ce principe, propre à tous les contrats de sûreté, implique que les effets de la sûreté doivent rester limités aux obligations visées par la sûreté. Ce sont les obligations que les parties ont voulu garantir au moment de la constitution de la sûreté. Cela revient à se poser la question de la licéité des clauses qui visent à étendre l'hypothèque à la sûreté de toutes dettes. Ceci implique à nouveau un examen de l'exigence de déterminabilité.

Nous en revenons à la discussion de la notion de « sûreté pour toutes dettes ».

Il peut à nouveau être fait référence à l'arrêt "Mengal"¹¹⁰, par lequel la Cour de Cassation a jugé que le principe de spécialité est respecté (1) si l'acte permet de déterminer les créances futures susceptibles d'être garanties (exigence de déterminabilité envisagée comme une « exigence de prévisibilité)), et (2) s'il résulte des éléments de la cause que les créances sont effectivement de celles que les parties avaient entendu assortir de la garantie (« consentement »). Le législateur a repris ce critère de manière générale

¹⁰⁸ Cass. 4 octobre 1963, J.T. 1963, 672, *Pas.*, 1964, I, 112, *noot F.D., R.W.*, 1963-64, 1949, *Rev. Prat. Not.*, 1964, 148, *R. Not.* 1964, 1964, 111. Cet arrêt confirme l'arrêt de la Cour d'Appel de Gand du 22 février 1962, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1963, 316.

¹⁰⁹ Contrairement à la France, où c'est bien exigé. Voir art. 2421 du Code civil:

« L'hypothèque peut être consentie pour sûreté d'une ou plusieurs créances, présentes ou futures. Si elles sont futures, elles doivent être déterminables. La cause en est déterminée dans l'acte. »

¹¹⁰ Voir surtout l'arrêt de la Cour d'Appel de Bruxelles, 25 février 1972, 1972, 246, avec note, confirmé par l'arrêt de Cassation du 28 mars 1974.

dans les travaux préparatoires ayant donné lieu à la disposition aujourd'hui inscrite à l'article 81bis de la loi hypothécaire.

Il faut donc à tout le moins déterminer un cadre objectif à l'intérieur duquel les créances sont garanties par la sûreté. Seules les créances que le constituant de la sûreté pouvait raisonnablement prévoir lors de la conclusion du contrat de crédit sont visées par la garantie pour toutes dettes.

§ 3. *Appréciation de l'"hypothèque pour toutes dettes" au regard des dispositions légales en matière de clauses abusives*

I. Exigence de transparence

Une première exigence légale à laquelle les clauses doivent répondre est l'exigence de transparence (art. VI.37, § 1er, CDE) : des conditions contractuelles comme la clause reproduite ci-dessus sont-elles formulées de manière telle qu'un consommateur moyen puisse évaluer en connaissance de cause les conséquences essentielles que "l'hypothèque pour toutes dettes" a pour lui ? Comme il a été précisé à la rubrique I du chapitre 2, il faut également vérifier si les conditions contractuelles qui concernent l'objet du contrat sont formulées de manière claire et compréhensible (article VI.82, alinéa 3, CDE).

Vu l'impact économique important de cette clause, une formulation claire est d'autant plus nécessaire : le consommateur donne en effet son consentement pour que l'hypothèque soit octroyée pour garantir non seulement le crédit hypothécaire mais aussi tout autre contrat de crédit repris dans le contrat-cadre et même tout ce que l'emprunteur doit ou pourrait devoir à l'avenir au prêteur dans le cadre de sa relation privée ou professionnelle avec ledit prêteur.

La Ccs clauses abusives estime que les clauses reprises dans l'exemple ne répondent pas à l'exigence de transparence.

Dans le premier exemple, l'emprunteur n'est averti qu'au deuxième alinéa, dans la deuxième phrase que l'hypothèque vaut non seulement pour l'ouverture de crédit (à comprendre, dans la clause, comme un contrat-cadre en matière de crédit), mais est en outre étendue à l'ensemble de sa relation avec l'institution financière. Ensuite, le premier alinéa traite non seulement de la constitution de la sûreté mais aussi du rang de l'hypothèque. Enfin, le même alinéa reprend la déclaration de l'emprunteur que le bien immeuble est quitte et libre de toute charge. Ces éléments rendent beaucoup trop difficile pour un consommateur moyen l'évaluation correcte des conséquences de son hypothèque.

Le deuxième exemple peut difficilement être considéré comme clair et compréhensible pour un consommateur moyen. Le premier alinéa comporte une phrase introductive et continue de 13 lignes avec de longues énumérations et une structure complexe, qui permet à peine de comprendre à quoi s'engage l'emprunteur par la constitution de l'hypothèque.

II. Examen au fond de "l'hypothèque pour toutes dettes"

Ensuite, il convient de vérifier si une telle clause, par laquelle le consommateur déclare conférer une hypothèque pour toutes les dettes auxquelles il peut être tenu dans le cadre de sa relation contractuelle avec le prêteur, ne crée pas, sur le plan du contenu, un déséquilibre manifeste entre les droits et les obligations des parties au détriment du consommateur (article I.8.22° CDE).

Comme cela a déjà été précisé¹¹¹, il convient, en prenant toutes les circonstances en considération, de vérifier dans quelle mesure les conditions contractuelles placent le consommateur dans une situation juridique moins favorable par rapport à celle qui découlerait de l'application des règles supplétives normales. Conformément à la jurisprudence de la Cour européenne de Justice, il convient également de vérifier si l'exigence de bonne foi est respectée, à savoir si l'entreprise, en négociant de façon loyale et équitable avec le consommateur, pouvait raisonnablement s'attendre à ce que celui-ci ait accepté une telle clause si elle avait fait l'objet d'une négociation individuelle¹¹².

L'analyse qui suit est fondée sur ce qui a déjà été exposé pour les "sûretés pour toutes dettes ». Il convient donc de distinguer selon que c'est l'emprunteur lui-même ou un tiers qui consent la sûreté hypothécaire.

A. L' "hypothèque pour toutes dettes" consentie par l'emprunteur lui-même

- en principe pas abusive, à condition d'être transparente

En supposant qu'il est clair pour le consommateur que l'hypothèque consentie garantit non seulement le contrat de crédit conclu mais également toute autre dette qu'il aurait dans le cadre de sa relation avec le prêteur et qu'il y a consenti en connaissance de cause, une telle clause ne porte manifestement pas atteinte par elle-même à la situation contractuelle du consommateur.

Même sans sûreté, le débiteur est obligé personnellement de remplir tous ses engagements présents et futurs sur tous ses biens (art. 7 et 8 de la loi hypothécaire). La constitution de l'hypothèque en tant que sûreté permet uniquement au créancier d'être payé par préférence aux autres créanciers (chirographaires) et la constitution de la sûreté n'emporte pas d'autorisation de saisir les biens donnés en hypothèque, ces biens pouvant déjà être saisis en vertu des articles 7 et 8 de la loi hypothécaire.

Le débiteur dispose en outre de la gestion et du contrôle de ses propres dettes.

Néanmoins, la constitution d'hypothèque entraîne un degré très important d'indisponibilité du bien immeuble.

- limites découlant de la déterminabilité (prévisibilité) et charge personnelle

La Ccs clauses abusives estime cependant qu'il y a des limites objectives, vu le critère de prévisibilité. Si le crédit est contracté ensemble par plusieurs emprunteurs, "l'hypothèque pour toutes dettes" ne peut pas avoir pour conséquence qu'un des emprunteurs soit tenu de garantir, sur sa part dans l'immeuble hypothéqué, toutes les autres dettes personnelles de l'autre emprunteur (clause étendant la garantie pour toutes dettes à toutes les autres dettes des emprunteurs, agissant ensemble ou isolément). Dans ce cas, la sûreté réelle est en effet étendue aux autres dettes d'un des emprunteurs pour lesquelles l'autre emprunteur ne doit normalement pas s'engager. Une telle extension aux dettes contractées isolément par l'autre emporte une atteinte manifeste aux droits des emprunteurs.

¹¹¹ Voir Chapitre 1er, Section 2, p. et la jurisprudence européenne qui y est citée.

¹¹² CJUE, 14 mars 2013, affaire C-415/11, Aziz, ECLI:EU:C:2013:164, n° 79.

- mention claire de la possibilité de résilier “l’hypothèque pour toutes dettes ” à durée indéterminée

Comme le consommateur, ainsi qu’il ressort des exemples cités, octroie une hypothèque pour toutes dettes pouvant naître durant une durée indéterminée, il est nécessaire que le droit de résiliation prévu à l’article 81bis de la loi hypothécaire soit expressément repris dans la clause relative à “l’hypothèque pour toutes dettes”¹¹³. Il faut mentionner clairement que le consommateur peut à tout moment résilier cette hypothèque, moyennant un préavis d’au moins trois mois et de maximum six mois et que ce préavis doit être adressé au créancier par lettre recommandée avec accusé de réception. Le délai de préavis prend cours à la date de l’accusé de réception.

Les conséquences de cette résiliation doivent également être mentionnées explicitement, à savoir que, malgré la résiliation, l’hypothèque continue à garantir les créances garanties existantes à l’expiration du délai de préavis. La résiliation de l’hypothèque pour toutes dettes ne permet de faire échapper à la garantie que les dettes qui n’existaient pas encore au jour de l’expiration du délai de préavis.

B. La clause d’“hypothèque pour toutes dettes” dans le cadre de la constitution de sûreté par des tiers

Vis-à-vis des tiers, la clause d’“hypothèque pour toutes dettes” peut avoir des conséquences très importantes. Le tiers qui constitue une hypothèque en garantie des dettes d’une autre personne octroie de cette manière une possibilité de saisie supplémentaire au créancier, dont ce dernier n’aurait jamais bénéficié sans la constitution de la sûreté.

Dans les deux exemples cités, il est stipulé que “l’hypothèque pour toutes sommes” vaut également pour les tiers qui ont constitué une hypothèque. Cela peut se faire de manière ‘explicite’, mais également de manière ‘implicite’, en prévoyant par exemple que l’emprunteur qui a contracté une dette avec un autre emprunteur garantit aussi avec l’hypothèque les dettes personnelles de l’autre emprunteur.

Dans le premier exemple, il est expressément prévu que le tiers constitue la sûreté en garantie non seulement du crédit hypothécaire mais aussi de façon plus générale en garantie de l’ouverture de crédit (le contrat-cadre en matière de crédit) et en outre de toutes les dettes dont l’emprunteur pourrait être tenu dans le cadre de sa relation privée ou professionnelle avec le prêteur.

Il ressort ensuite du deuxième exemple que la constitution d’hypothèque garantit non seulement les dettes “propres ou communes” du constituant de l’hypothèque, mais également *“tous les crédits, prêts et dettes de tiers avec qui les crédits, ensemble et/ou séparément, sont ou seront tenus, notamment en tant que co-crédités ou en tant que cautions, à concurrence du montant indiqué”*.

- Art. VII.147/26 CDE

La Ccs clauses abusives souligne en premier lieu que l’application de l’article VII.147/26 du Code de droit économique concerne toutes les sûretés consenties par des tiers consommateurs en matière de crédit hypothécaire¹¹⁴.

L’article VII.147/26, § 1er est libellé comme suit :

“ § 1er. Le cautionnement et, le cas échéant, toute autre forme de sûreté accordée par des tiers-consommateurs des engagements nés d’un contrat de crédit précisent le montant qui est garanti. Les sûretés réclamées ne valent que pour ces montants éventuellement augmentés des intérêts de retard, à

¹¹³ C’est le cas dans le deuxième exemple, mais cela n’est pas précisé dans le premier exemple.

¹¹⁴ Une disposition similaire est reprise pour les contrats de crédit à la consommation à l’article VII.109 CDE.

l'exclusion de toute autre pénalité ou frais d'inexécution. Le prêteur doit à cet effet remettre au préalable et gratuitement un exemplaire du contrat de crédit à la caution et le cas échéant, à la personne qui constitue une sûreté.”

Au § 2, qui impose l'enregistrement de ce contrat à la Centrale des Crédits aux Particuliers, il est notamment requis de reprendre la clause suivante dans le contrat de sûreté : “Le contrat de crédit pour lequel vous avez constitué cette sûreté fait l'objet d'un enregistrement à la Centrale des Crédits aux Particuliers où, conformément à l'article VII.148, § 2, 1^o, vous êtes enregistré en tant que personne ayant constitué une sûreté.”¹¹⁵

Le § 3 oblige le prêteur à informer toute personne qui constitue une sûreté de la conclusion du contrat de crédit, ainsi que, de manière préalable, de toute modification du contrat.

En complément à cette disposition, il faut encore mentionner l'article VII.214/6 CDE¹¹⁶, qui énonce que : “La personne qui constitue une sûreté, est déchargée de toute obligation si elle n'a pas reçu au préalable un exemplaire du contrat de crédit conformément à l'article VII.147/26.”

Il ressort de cette disposition que le législateur a voulu lier la constitution de la sûreté personnelle ou réelle au crédit hypothécaire pour lequel le tiers s'est porté garant ; en vertu de cette disposition, la tierce garantie est interdite pour d'autres dettes que le crédit hypothécaire. Une “hypothèque pour toutes sommes” n'est donc pas possible s'il s'agit de la constitution d'une sûreté par un tiers.

- contrôle au regard de la norme générale (art. I.8.22° CDE)

Avant tout, il convient à nouveau de remarquer que l'on ne peut de toute façon pas déroger par contrat à une législation impérative. Les clauses qui limitent ou réduisent des dispositions protectrices impératives sont par définition considérées comme des clauses abusives¹¹⁷. Indépendamment de cette considération, si l'on contrôle le contenu d'une telle clause au regard du critère du déséquilibre manifeste, on ne peut que conclure qu'une tierce-sûreté qui aurait pour conséquence que le tiers-garant est également tenu d'autres dettes que celles pour lesquelles il a explicitement constitué la sûreté est abusive.

Le tiers qui accepte de constituer une sûreté réelle à concurrence du montant indiqué pour garantir les dettes d'une autre personne octroie en effet de cette manière un droit de saisie du bien immobilier donné en hypothèque au créancier, droit de saisie que le créancier n'aurait jamais pu avoir sans cette sûreté. S'il s'agit d'une sûreté “toutes sommes”, cela signifie que la personne qui accepte de garantir la dette d'autrui octroierait cette sûreté, à concurrence du montant indiqué, en garantie aussi de toutes les autres dettes que l'emprunteur pourrait contracter.

Une telle sûreté pour “toutes sommes” place donc le tiers-garant dans une position considérablement plus défavorable que celle à laquelle il pourrait raisonnablement s'attendre (constitution de la sûreté uniquement pour une dette déterminée, à savoir le crédit hypothécaire) et octroie à l'institution financière une sûreté qui est disproportionnée au regard de la constitution de sûreté à laquelle on s'attend normalement. En outre, il ne peut jamais être présumé qu'un tiers-garant accepterait de constituer une

¹¹⁵ Cette obligation d'enregistrement du contrat de sûreté et la mention qui y est liée ne sont pas encore entrées en vigueur. Un arrêté royal est requis à cet effet : voy. l'article 54, § 3 de la loi du 19 avril 2014 portant insertion du Livre VII dans le Code de droit économique ainsi que l'article 41, § 6 de la loi du 22 avril 2016 portant modification et insertion de dispositions en matière de crédit à la consommation et de crédit hypothécaire dans plusieurs livres du Code de droit économique.

¹¹⁶ Pour les crédits à la consommation, il y a une disposition similaire à l'article VII.206 CDE.

¹¹⁷ Voir CCA 38, Avis sur les conditions générales des sites de réseaux sociaux (16 décembre 2015), p. 17.

sûreté aussi large si elle était négociée avec ce tiers consommateur de manière loyale et équitable (l'exigence de "bonne foi" dans la définition de la directive).

La Ccs clauses abusives considère que les clauses qui ont pour conséquence qu'un tiers-garant est tenu à plus que le crédit hypothécaire spécifique pour lequel il constitue une hypothèque sont abusives au sens de la norme générale (article I.8.22° CDE).

- tierce garantie et pluralité d'emprunteurs

Comme cela a déjà indiqué ci-dessus, il faut ensuite tenir compte du fait qu'il est non seulement question d'une tierce garantie si une personne étrangère au crédit contracté consent une hypothèque (exemple 1), mais également en cas de pluralité d'emprunteurs. Cela vaut par exemple dans le cas où la personne qui constitue l'hypothèque garantirait aussi en vertu d'une clause "tous les crédits, prêts ou dettes, actuels ou futurs, à titre professionnel ou privé, des crédits, ensemble et/ou isolément et/ou avec des tiers, même si continués ou repris par des tiers à quelque titre que ce soit, ainsi que de tous les crédits, prêts et dettes de tiers avec qui les crédits, ensemble et/ou isolément, sont ou seront tenus, notamment en tant que co-crédités ou en tant que cautions,...". (Exemple 2).

Il ressort également du deuxième exemple qu'un emprunteur qui est par exemple codébiteur du crédit hypothécaire se porte garant de toutes les autres dettes de l'autre codébiteur, même si cet autre codébiteur a contracté ces dettes séparément et de son propre chef. Par exemple, si un couple contracte un emprunt hypothécaire pour un logement et qu'un des époux contracte plus tard un crédit professionnel pour son entreprise individuelle. Dans ce cas, l'hypothèque sur l'habitation à acquérir, qui concerne une dette commune, garantirait également les propres dettes de l'époux dans le cadre de son crédit professionnel.

Il est donc non seulement question d'une constitution de sûreté par un tiers s'il s'agit d'un tiers étranger au contrat de crédit conclu, mais également si des codébiteurs qui sont solidairement tenus d'exécuter un contrat de crédit hypothécaire conclu ensemble s'engagent en vertu d'une clause à constituer une sûreté garantissant aussi les dettes contractées individuellement par l'autre débiteur. L'interdiction de la tierce garantie pour d'autres dettes que le crédit hypothécaire vaut donc également dans cette hypothèse.

- proposition d'insérer l'exigence d'un consentement pour tout nouveau crédit

Le secteur propose d'adapter les clauses concernées en ce qui concerne la tierce garantie. Il y sera prévu que le consentement du tiers garant sera requis pour chacun des nouveaux contrats de crédit pour lequel il constituerait la sûreté.

Ce n'est que si de telles clauses répondent aux exigences fixées à l'article VII.147/26 et que le tiers conserve la liberté réelle de choix d'accepter ou de ne pas accepter¹¹⁸, que de telles clauses peuvent être considérées comme non abusives.

Comme déjà indiqué, une telle proposition doit être examinée sous l'angle de sa validité au regard du droit hypothécaire ; il n'appartient pas à la Ccs clauses abusives de prendre position sur l'exigence du respect de la forme authentique requise par l'article 76 de la loi hypothécaire.

Recommandation n° 9

Vu l'impact économique très important d'une hypothèque qui, à concurrence d'un montant déterminé, est consentie en garantie de toutes les dettes du consommateur qui contracte le crédit hypothécaire, et donc

¹¹⁸ A ce sujet, on peut également renvoyer à l'interdiction de pratiques commerciales agressives, article VI.101 CDE.

pas uniquement en garantie du crédit hypothécaire contracté, il faut attirer clairement l'attention du consommateur dans une clause distincte sur la clause « d'hypothèque pour toutes dettes », de sorte que ce dernier puisse estimer correctement les conséquences essentielles d'une telle constitution de sûreté.

Dès lors que le débiteur est tenu personnellement de tous ses engagements sur tout son patrimoine, une hypothèque consentie par l'emprunteur lui-même pour toutes les dettes de cet emprunteur n'est pas par elle-même abusive et ne porte manifestement pas atteinte aux droits du consommateur. Tout débiteur a d'ailleurs le contrôle sur les dettes qu'il a contractées. D'autre part, la constitution d'une hypothèque entraîne une grande indisponibilité du bien immobilier. Cette clause doit contenir un cadre de référence objectif et seules les dettes s'inscrivant dans la ligne du contrat-cadre conclu en matière de crédit peuvent être garanties par les sûretés constituées.

Par contre, l'« hypothèque pour toutes dettes » ne peut pas s'appliquer aux tiers garants. En ce cas, le prêteur prévoit en effet la garantie d'un tiers-garant pour des dettes auxquelles il n'est pas obligé personnellement ; le prêteur obtient par conséquent une possibilité de recours supplémentaire sur le bien immeuble d'un tiers, recours qu'il n'aurait pas sans cette clause. En ce qui concerne les contrats de crédit hypothécaire, une telle constitution de sûreté par un tiers est en outre contraire à l'article VII.147/26 CDE, en l'absence de délivrance au tiers garant, préalablement à son consentement, d'un exemplaire des contrats de crédit garantis par la sûreté qu'il consent.

Il n'est pas seulement question de constitution de sûreté par un tiers lorsqu'une personne étrangère au crédit constitue une hypothèque mais aussi lorsque, en cas de pluralité d'emprunteurs, il est stipulé que les emprunteurs constituent la sûreté également pour des dettes auxquelles ils sont étrangers, par exemple si la clause a pour conséquence que des emprunteurs qui contractent ensemble un crédit doivent garantir aussi avec l'hypothèque les dettes personnelles contractées séparément par l'autre emprunteur. Dans ces cas également, l'« hypothèque pour toutes dettes » est contraire à l'article VII.147/26 CDE et à la norme générale.

Concernant l'interdiction d'étendre la sûreté constituée par un tiers à d'autres dettes que le crédit conclu, les représentants des entreprises proposent d'y remédier en prévoyant contractuellement que, pour chaque reprise d'encours, l'accord préalable du tiers garant est exigé¹¹⁹.

La Ccs clauses abusives est d'avis que cette façon de procéder, considérée au regard des dispositions du Livre VI, est transparente et ne crée pas de déséquilibre entre les droits et obligations des parties au préjudice du consommateur dans la mesure où le consommateur consent une nouvelle sûreté en connaissance de cause et avec une liberté complète de choix.

La Commission observe qu'une telle proposition doit encore être examinée sous l'angle de sa validité au regard du droit hypothécaire, en particulier en lien avec l'exigence de la forme authentique requise par l'article 76 de la loi hypothécaire et sous l'angle de sa validité au regard des dispositions du Livre VII, en particulier l'article VII.147/26 CDE. Il n'appartient cependant pas à la Ccs clauses abusives de prendre position sur ces questions.

S'il est stipulé que le consommateur constitue une hypothèque pour une durée indéterminée, il doit être mentionné clairement dans la clause que le consommateur peut toujours résilier cette hypothèque, conformément à l'article 81bis de la loi hypothécaire, moyennant un préavis d'au moins trois mois et de maximum six mois. Les conséquences de la résiliation éventuelle doivent également être précisées.

¹¹⁹ En tout état de cause, l'accord du crédit avec les conditions et les sûretés est requis lors de chaque reprise d'encours.

2.6.3 Clauses relatives au mandat hypothécaire ou à la promesse d'hypothèque

Sous-section 1ère. Mandat hypothécaire

§ 1. Exemples

- Exemple 1

“INDÉPENDAMMENT DES INSCRIPTIONS HYPOTHÉCAIRES CONCÉDÉES PAR AILLEURS LE CAS ÉCHÉANT,

M

Ci-après qualifié le mandant (ou le cas échéant également “les mandants”), constitue irrévocablement pour ses mandataires spéciaux:

1°)

2°)

3°)

4°)

5°) Le prêteur peut ajouter des noms de personnes physiques ou morales à cette liste à l'exception de son propre nom

qui acceptent par l'entremise de leur représentant,..... , dont les pouvoirs ont été justifiés au notaire soussigné.

- Si le mandant est une personne physique : le décès du mandant ne mettra pas fin audit mandat

- Si le mandant est une personne morale :

La fusion du mandant avec une société ou son absorption par une société ou sa scission en deux ou plusieurs sociétés ne met pas fin au mandat. Dans ce cas, il est expressément convenu que partout où il est fait état du mandant dans la présente convention de mandat, il y aura lieu d'assimiler la société née de la fusion ou la société bénéficiaire à laquelle les biens immeubles décrits ci-après auront été apportés. Ceci signifie entre autres que, postérieurement à la fusion ou à la scission, le mandat pourra être exécuté pour garantie de toutes sommes qui selon le cas pourraient être dues au créateur et/ou bénéficiaires définis dans les pouvoirs des mandataires par la société née de la fusion ou par la société bénéficiaire à laquelle les biens immeubles décrits ci-après auront été apportés.

POUVOIR DES MANDATAIRES

Les mandataires peuvent agir conjointement ou séparément avec pouvoir de substitution aux fins :

1°) d'hypothéquer au nom et au profit de NOM DU CRÉDITEUR et/ou ses futurs successeurs à titre universel et/ou futurs successeurs à titre particulier à quelque titre que ce soit (ci-après désignés ensemble sous le terme « les bénéficiaires » et individuellement « le bénéficiaire »). Le mandat s'étendra à tous les immeubles désignés ci-après ainsi qu'à tous autres immeubles dont le mandant serait devenu propriétaire au moment de l'exécution dudit mandat, ainsi qu'à tous les objets présents ou futurs réputés immeubles par destination ou par incorporation qui s'y

trouveraient. Le mandat s'étendra également à tous les biens actuels et futurs, immeubles par destination ou accession.

A COMPLETER PAR LE NOTAIRE SOUSSIGNE

- description du bien (y compris les immeubles par incorporation et/ou par destination)
- origine de propriété
- déclarations
- situation hypothécaire

Pour une durée indéterminée, pour garantie du remboursement aux bénéficiaires des engagements résultant pour les crédités des dispositions du présent acte, de toutes les avances ultérieures réalisées en exécution de la présente ouverture de crédit et de tous les crédits, prêts ou dettes (notamment : soldes débiteurs, services de prêteur, d'assurances ou financières, moyens de paiement, responsabilités, obligations de paiement ou de remboursement et sûretés personnelles émises par ou au profit du créditeur et/ou de ses successeurs en droit à titre universel ou particulier) actuels ou futurs, à titre professionnel ou privé, des crédités, ensemble et/ou individuellement et/ou avec des tiers, même si continués ou repris par des tiers à quelque titre que ce soit, ainsi que de tous les crédits, prêts et dettes similaires des mandants ou de leurs successeurs à titre universel s'ils continuaient ou reprenaient des engagements visés ci-dessus à quelque titre que ce soit, ainsi que de tous les crédits, prêts et dettes de tiers avec qui les crédités, ensemble et/ou individuellement, sont ou seront tenus, e.a. en tant que co-crédités ou en tant que cautions, à concurrence:

- a) *de la somme principale de euro (€ 000,00);*
- b) *de trois années d'intérêt, dont la loi conserve le rang. Pour cette inscription, le taux d'intérêt est fixé à quinze pour cent (15 %) l'an.*
- c) *d'une somme de ... euro (€ 000,00), pour indemnité de emploi (le cas échéant), avances de primes d'un contrat annexé ou adjoint dont le créditeur n'aurait pas été remboursé ainsi que pour leurs intérêts éventuels, frais éventuels non privilégiés de poursuite et de procédure, dépens légalement tarifés d'avocats, frais de signification et de déclaration de créance;*
- d) *des sommes déboursées par les bénéficiaires pour compte du mandant, notamment pour frais d'acte, inscription hypothécaire et pour les assurances incendie, décès et vie;*
- e) *des intérêts sur toutes ces sommes et/ou commissions, intérêts moratoires et toutes autres rémunérations auxquelles les bénéficiaires peuvent prétendre;*
- f) *des frais de signification et de déclaration de créance ainsi que de tous les frais d'expropriation qui ne sont pas légalement privilégiés.*

Par la présente, les mandants confirment expressément pour autant que de besoin que tous les crédits, prêts et créances énumérées ci-dessus, sont cessibles par les bénéficiaires à des tiers et que le terme bénéficiaire désigne également (mais non exclusivement) ces mêmes tiers.

- 2°) *d'exiger l'exécution forcée et de déroger à toutes formalités et restrictions dont la loi autorise la dispense, de fournir toutes déclarations relatives à la situation hypothécaire du bien pris en garantie et de déclarer notamment qu'il est quitte et libre de toutes dettes et hypothèques, de toutes actions résolutoires et de toutes indemnités d'éviction tant de son propre chef que de celui des propriétaires précédents, et de tous droits réels, (à l'exception de l'inscription mentionnée dans*

le présent acte sur le bien repris sous la rubrique 1°) (Remarque : cette exception n'est pas mentionnée en cas de mandat pur) et d'obliger les comparants au rapport de tous les certificats de radiation.

- 3°) de constater la dette dans un acte authentique et de passer en exécution des présents pouvoirs à la réalisation authentique de l'acte de constitution d'hypothèque et de requérir inscription hypothécaire au profit des bénéficiaires, et ce même sans instructions ou éventuellement malgré des instructions contraires de la part du mandant.
- 4°) de faire inscrire dans l'acte hypothécaire toutes les clauses et conditions qu'ils jugeraient convenable, entre autres la dérogation à l'art. 1563 du Code Judiciaire.
- 5°) de rédiger et de signer tous actes et pièces, élire domicile, substituer et généralement faire tout ce qui est utile et nécessaire à l'exécution du présent mandat; le mandant promettant d'approuver toutes les obligations conclues par les mandataires et, si nécessaire, de les confirmer. Le mandant s'oblige à apporter toute collaboration utile ou nécessaire à l'exécution éventuelle du mandat même si le bien grevé d'hypothèque concerne la résidence principale dont question à l'article 215 § 1 du Code Civil.

OBLIGATIONS DU MANDANT

Le mandant déclare ne pas avoir déjà conféré, dans l'intérêt d'une ou plusieurs autres personnes que **NOM DU CRÉDITEUR**, un mandat non révoqué à ce jour, d'accomplir un ou plusieurs actes énumérés dans la présente clause. Le mandant s'engage en outre à ne pas conférer, à l'avenir, un tel mandat sans l'accord préalable et écrit des bénéficiaires.

Le mandant s'oblige à ne pas vendre ni grever de charges quelconques le bien qui fait l'objet du présent mandat y compris les biens immeubles dont il deviendrait ultérieurement propriétaire, sans l'accord préalable écrit des bénéficiaires. De plus, le mandant s'oblige aussi sous les mêmes conditions à ne pas procéder à un quelconque transfert de propriété ou à un morcellement total ou partiel de l'immeuble concerné et à informer les bénéficiaires dès qu'il a connaissance d'une procédure d'expropriation.

L'immeuble ne peut pas être loué pour une période excédant neuf années. Il ne peut pas faire l'objet d'un bail à ferme ni d'un bail commercial. Il ne peut être loué pour un montant qui est inférieur au prix locatif usuel.

Le mandant ne peut recevoir préalablement plus d'un trimestre de loyers sans l'accord explicite et écrit des bénéficiaires. Ces derniers sont autorisés à signifier aux locataires des biens repris en garantie l'engagement du mandant afférent aux dits biens. Les frais résultant de cette signification seront à charge du mandant.

Le mandant s'oblige au règlement de tous frais et honoraires de l'acte et de tout acte contenant la confirmation des obligations du mandant, de l'acte de constitution d'hypothèque et de la réquisition d'inscription, de tous les frais et honoraires redevables en vertu du présent mandat ainsi que de tous les frais afférents aux autres stipulations concernant l'exécution de celui-ci.

Les bénéficiaires sont autorisés par le mandant, et aux frais de ce dernier, à lever les états hypothécaires et à renouveler annuellement les renseignements hypothécaires.

Le mandant est obligé d'assurer les immeubles présents et ceux qui seraient érigés sur les biens faisant l'objet du présent mandat pour leur valeur totale de reconstruction contre les risques d'incendie, foudre, explosion et autres, et de justifier à chaque instant de cette assurance ainsi que du paiement par anticipation des primes par la présentation du contrat d'assurance et des quittances.

Le mandant autorise les bénéficiaires à effectuer eux-mêmes l'avance des primes et s'engage à rembourser celle-ci à première demande.

Dans le nouveau contrat d'assurance ou dans l'avenant, il sera stipulé que l'assurance restera en vigueur même en cas de non-paiement de primes sauf en cas de signification à NOM DU CREDITEUR d'un préavis de quinze jours.

Le mandat ne prendra pas fin dans un des cas fixés à l'article 2003 du Code Civil.

Le mandat subsiste en cas de fusion, dissolution, transformation ou absorption du mandant avec ou par une société ou en cas de scission en deux ou plusieurs sociétés.

En cas de dénonciation de l'ouverture de crédit, le présent mandat restera en vigueur afin de prendre éventuellement une inscription hypothécaire au profit des bénéficiaires aux fins de garantir les avances consenties."

- Exemple 2

« Les emprunteurs déclarent, avant la désignation suivante des mandataires, qu'ils ont à ce jour obtenu de [le prêteur] une ouverture de crédit de cent mille euros (€ 100.000,00).

Vu que [le prêteur] a rendu l'octroi du crédit particulièrement dépendant de la constitution, à sa première demande, d'une hypothèque sur le bien immobilier [x] en vue de garantir les engagements des emprunteurs du chef de l'ouverture de crédit susmentionnée, ainsi que les engagements actuels et futurs mentionnés ci-dessous, les mandants ont prié d'acter ce qui suit :

Les mandants confèrent par le présent acte irrévocablement un mandat à [Y], ci-avant dénommé le mandataire, qui accepte, par l'entremise de son représentant susmentionné.

Le Mandataire peut se substituer une ou plusieurs personnes, pouvant agir séparément, tout en conservant lui-même ses pouvoirs.

Chacun des mandataires mentionnés possède les pouvoirs nécessaires pour agir séparément, afin de :

- a. *hypothéquer au nom des mandants et en faveur de SA BNP Paribas Fortis ou de tous les ayants droit en général ou en particulier, y compris d'un cessionnaire de l'intégralité ou d'une partie des créances garanties par le mandat hypothécaire, les biens ou droits réels, en tout ou en partie, dans un ou plusieurs actes successifs, sans que les mandants puissent formuler quelque objection que ce soit, pour sûreté du remboursement :*
 1. *de l'ouverture de crédit consentie par la convention du # ;*
 2. *de tous autres montants dont les emprunteurs, ou un ou plusieurs d'entre eux, seuls ou avec un ou plusieurs tiers, sont ou deviendraient redevables en vertu de leurs relations financières avec [le prêteur] ou ses ayants droit, relatives en particulier à tous les services bancaires, d'assurances ou financiers et entre autres aux engagements de crédits, de cautionnements ou de garanties, aux opérations de placements, aux opérations de paiements et à la délivrance de conseils, que ces engagements soient pris par les crédités soit dans le cadre de leurs activités privées soit dans le cadre de leurs activités professionnelles ou commerciales;*
 3. *de toutes dettes actuelles ou futures résultant d'engagements extracontractuels à l'égard de [le prêteur] et ses ayants droits,*
à concurrence :

- a. d'un montant en principal de cent mille euros (**€ 100.000,00**) ;
- b. de trois années d'intérêts, dont la loi conserve le rang fixé pour l'inscription à prendre, à un taux maximum de 20% l'an (pour mémoire);
- c. d'un montant de dix mille euros (**€ 10.000,00**) en **accessoires**, pour : dix pour cent (10%) :
 - le remboursement des sommes déboursées par [le prêteur] pour le compte des crédits, notamment les frais de constitution et d'inscription de l'hypothèque et des primes d'assurance-vie et incendie;
 - le paiement des intérêts sur toutes ces sommes, des intérêts de retard, provisions, ainsi que toutes autres indemnités auxquelles le donneur de crédit pourrait prétendre
 - le remboursement des frais de signification et de procédure de recouvrement ainsi que les frais d'expropriation non privilégiés par la loi

TOTAL : cent dix mille euros (€ 110.000,00).

- b. de procéder à l'exécution forcée et de déroger à toutes les règles et formalités dont la loi autorise la dispense, faire toutes déclarations relatives à la situation hypothécaire du ou des biens immeubles et/ou droits réels donnés en garantie et déclarer notamment qu'il est ou qu'ils sont quittes et libres de toutes dettes et hypothèques et de tous autres droits réels; obliger les mandants au rapport de tous certificats de radiation;
- c. de reconnaître, au nom des crédits, la dette, ses conditions et garanties, dans un acte authentique, de procéder, en exécution des présents pouvoirs, à la constitution authentique de l'acte d'hypothèque et de requérir inscription hypothécaire au profit de [le prêteur] ou de ses ayants droit et ce, même en l'absence d'instructions ou malgré des instructions éventuellement opposées des mandants;
- d. d'obliger les crédits au règlement des frais et honoraires de tout acte contenant réitération des engagements des crédits, de l'acte de constitution d'hypothèque et d'inscription et de l'acte de substitution de mandataire;
- e. aux effets ci-dessus, de passer et signer tous actes et pièces, élire domicile, substituer et généralement faire tout ce qui sera utile et nécessaire à l'exécution du présent mandat.

Les mandants déclarent:

- a. qu'ils n'ont pas conféré pareil mandat à ce jour et qu'ils s'engagent à ne pas en conférer à l'avenir sans l'accord écrit préalable de [le prêteur] ou de ses ayants droit;
- b. que le ou les biens immeubles (et/ou droits réels) faisant l'objet du présent mandat n'est (ne sont) grevé(s) d'aucun droit réel et est (sont) quitte(s) et libres de toutes dettes et charges hypothécaires, excepté l'inscription ou les inscriptions suivantes:
 - L'inscription hypothécaire à réaliser prochainement au profit de [le prêteur] pour un montant de cent mille euros (€ 100.000,00) en principal et cinq mille euros (€ 5.000,00) en accessoires ; consécutivement à l'acte d'ouverture de crédit passée devant le notaire soussigné ce jour, préalablement à celui-ci ;
- c. qu'ils s'engagent à ne pas (ne plus) hypothéquer le ou les biens immeubles (et/ou droits réels) faisant l'objet du présent mandat sans l'accord écrit préalable de [le prêteur] ou de ses ayants droit;
- d. qu'ils annexeront au présent contrat, en vue de couvrir le risque de dégradation des biens conférés en garantie (à l'exception des terrains), une assurance contre l'incendie, la tempête, les dégâts

des eaux, la foudre et les explosions, et ce jusqu'à l'entier remboursement en principal, intérêts et accessoires.

Cette assurance sera souscrite auprès d'une compagnie établie en Belgique et dont les conditions offrent une couverture correspondant au minimum à la valeur de reconstruction des biens donnés en garantie.

- e. *qu'ils s'engagent à délivrer une preuve de souscription de l'assurance incendie des biens conférés en garantie et ce à la première demande de [le prêteur] ;*
- f. *qu'ils ne procéderont pas à la vente ou à tout transfert de propriété ou morcellement de l'ensemble ou d'une partie du/des bien(s) immobilier(s) (et/ou droits) concerné(s) sans autorisation écrite préalable de [le prêteur] ou de ses ayants droit.*

Ce mandat ne prendra fin pour aucun des motifs mentionnés à l'article 2003 du Code civil; il porte sur tous les biens immeubles ou droits réels dont les mandants sont actuellement propriétaires ou titulaires, ou le seront à l'avenir, et entre autres sur les biens immeubles suivants dont les mandants sont actuellement propriétaires.

Désignation du bien (...)

§ 2. Notion et conditions de validité de droit commun

Il est question d'un mandat hypothécaire lorsqu'un débiteur (ou un tiers¹²⁰), donne mandat au prêteur, ou plus précisément à une de ses personnes de confiance (par exemple, le directeur d'une agence du prêteur), de constituer au nom du débiteur (ou du tiers) une hypothèque sur un ou plusieurs biens immeubles déterminés lui appartenant, pour un montant déterminé, en garantie d'une dette déterminée du débiteur lorsque le prêteur le demandera¹²¹.

L'attrait du mandat hypothécaire réside dans la conciliation les intérêts contradictoires de l'emprunteur et de l'établissement de crédit ; l'établissement de crédit dispose en effet d'une garantie qui lui permet de constituer une hypothèque à tout moment et l'emprunteur conserve, à défaut de constitution d'hypothèque, en apparence sa solvabilité dans les relations juridiques¹²².

Le mandat hypothécaire, envisagé sous l'angle économique, a le grand avantage d'être beaucoup moins cher. Les honoraires du notaire sont moindres. Sur le plan fiscal, seul le droit fixe d'enregistrement (au lieu du droit proportionnel) est dû à l'exclusion de tous frais d'inscription. Cela sauf si le prêteur décide dans le cours du crédit de convertir le mandat en hypothèque et de prendre inscription.

¹²⁰ Un tiers peut en effet également, via le mandat hypothécaire, affecter son propre bien en garantie de la dette d'autrui (K. BYTTEBIER, *Voorrechten en hypotheken in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 1997, 599, nr. 680).

¹²¹ E. DIRIX en R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, Antwerpen, Kluwer, 1996, 380, nr. 624; E. DIRIX en R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2006, 475, nr. 686; K. BYTTEBIER, *Voorrechten en hypotheken in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 1997, 599, nr. 680 en K. BYTTEBIER m.m.v. K. HENDRICKX, *Voorrechten en hypotheken in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2005, 635, nr. 685.

¹²² K. BYTTEBIER m.m.v. K. HENDRICKX, *Voorrechten en hypotheken in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2005, 635-636, nr. 685. Zie ook E. DIRIX en R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2006, 474, nr. 684.

Le mandat hypothécaire est tout d'abord un acte juridique, par lequel un mandat est octroyé. Le mandat hypothécaire est dès lors en premier lieu régi par les dispositions du droit commun des obligations et les dispositions de droit commun du mandat¹²³.

En outre, il convient de tenir compte des dispositions de la loi hypothécaire du 16 décembre 1851 (ci-après "loi hypothécaire"), telles que reprises au Livre III, Titre XVIII du Code civil.

Le mandat hypothécaire est un contrat solennel. En vertu de l'article 76 de la loi hypothécaire, la procuration à l'effet de constituer hypothèque ne peut être consentie que par acte authentique ou par acte sous seing privé reconnu en justice ou devant notaire¹²⁴. Un mandat hypothécaire qui ne répond pas à cette condition de forme est nul et cette nullité ne peut pas être couverte par une ratification par acte sous seing privé¹²⁵. Tout tiers intéressé peut se prévaloir de cette nullité¹²⁶.

Ensuite, le mandat hypothécaire consenti par acte authentique requiert, pour être valable, le consentement libre d'un sujet de droit capable sur la base d'une cause licite en rapport avec un objet déterminé (ou déterminable)¹²⁷.

Comme il ressort des exemples précités, un mandat hypothécaire est généralement établi en garantie de toutes les dettes dont le débiteur est et sera redevable envers le prêteur. Comme cela a déjà été dit, lors de l'analyse de droit commun de "l'hypothèque pour toutes sommes", un tel "mandat hypothécaire pour toutes sommes" est légalement autorisé si deux conditions sont remplies :

(1) le contrat qui établit la sûreté permet-il de déterminer les créances ('exigence de déterminabilité' interprétée comme 'exigence de prévisibilité') et

(2) au vu des données de l'espèce, les créances sont-elles effectivement de celles que les parties *avaient voulu garantir* ? "

En outre, le mandat hypothécaire ne pourra être valablement conclu que si le mandataire, in casu la personne qui peut établir l'hypothèque au nom du mandant, accepte le mandat.¹²⁸

Le créancier au bénéfice duquel le mandant donne (in casu à un tiers) procuration irrévocable de constituer une hypothèque en son nom sur un ou plusieurs de ses biens immeubles peut déterminer lui-même quand il souhaite ce mandat soit exercé et peut, à défaut de clause contraire, faire procéder sans avertissement préalable à la conversion du mandat hypothécaire par la constitution d'une hypothèque. Une mise en demeure préalable ou une motivation ne sont pas non plus requises pour la conversion. Sous réserve de la théorie de l'abus de droit, le droit du créancier, bénéficiaire du mandat hypothécaire, ne peut en principe pas être contesté.

¹²³ Le mandat hypothécaire répond en effet à la description légale du mandat, à savoir un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom (voir article 1984, alinéa 2er du Code civil); in casu la constitution d'une hypothèque lorsque le créancier le demande.

¹²⁴ Article 76, alinéa 2, loi hypothécaire; voir également E. DIRIX en R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, Antwerpen, Kluwer, 1996, 380, nr. 624; E. DIRIX en R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, in *Beginnselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2006, 475, nr. 686; K. BYTTEBIER, *Voorrechten en hypotheken in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 1997, 599, nr. 680 en K. BYTTEBIER m.m.v. K. HENDRICKX, *Voorrechten en hypotheken in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2005, 635, nr. 685. *Voor de aanvaarding van de hypotheek volstaat zelf een louter mondelinge volmacht* (Gent 11 augustus 1875, *Pas*. 1876, II, 44).

¹²⁵ Bruxelles 23 décembre 1999, JT 2000, 310.

¹²⁶ E. DIRIX en R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, in *Beginnselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2006, 475, n°. 686.

¹²⁷ Article 1108 Code civil.

¹²⁸ Article 1984, alinéa 2, Code civil.

Le juge doit cependant avoir la possibilité de vérifier ultérieurement si cette exécution correspond aux conditions contractuelles et s'il n'y a pas d'abus de droit. A cette occasion, le juge n'exerce qu'un contrôle marginal ; il vérifie si la mise en œuvre du mandat au moment où elle a eu lieu n'était pas manifestement déraisonnable.

Lorsque le juge constate que l'exercice du mandat hypothécaire était manifestement déraisonnable, une forme adéquate de réparation consiste en la radiation de l'inscription hypothécaire aux frais du créancier, couplée à une indemnisation si elle est justifiée.

§3. Contrôle au regard des dispositions légales en matière de clauses abusives

I. Exigence de transparence

La première exigence légale que les clauses doivent respecter est l'exigence de transparence (art. VI.37, § 1er, CDE) : les conditions contractuelles comme la clause précitée sont-elles formulées de telle manière qu'un consommateur moyen puisse estimer en connaissance de cause les conséquences essentielles que le mandat hypothécaire a pour lui ?

Vu l'impact économique important du mandat hypothécaire « pour toutes sommes », une formulation claire est d'autant plus nécessaire : le mandant consent en effet un mandat hypothécaire qui sert non seulement de sûreté pour le crédit hypothécaire, mais est également repris dans le contrat-cadre à durée indéterminée, et garantit même « tout ce que l'emprunteur doit ou devra à l'avenir au prêteur dans le cadre de sa relation privée ou professionnelle avec ledit prêteur ».

À ce sujet, il doit être clair pour le consommateur moyen qu'il s'engage (1) pour une durée indéterminée (2) à concurrence d'un montant déterminé (3) sur des biens immeubles déterminés (4) à donner un mandat *irrévocable* de constituer une hypothèque (5) en garantie de toutes les dettes qu'il a ou qu'il pourrait avoir à l'avenir dans sa relation avec le prêteur. Ces éléments essentiels doivent ressortir clairement pour permettre au consommateur d'adhérer en connaissance de cause au contrat.

Ces éléments essentiels ne ressortent pas clairement des exemples précités. A ce point de vue, il convient également de souligner le langage spécialisé et technique utilisé dans les deux clauses, qui ne sont d'ailleurs pas d'importance minime, parfois dans des phrases interminables. On peut douter que le consommateur-emprunteur moyen puisse comprendre les engagements, droits et obligations convenus.

Ensuite, il peut être remarqué que, dans ces clauses, non seulement le mandat hypothécaire est prévu mais aussi qu'il comporte de nombreuses autres dispositions contractuelles comme notamment les conséquences du mandat en cas de fusion ou de scission, la transmission du mandat en cas de décès¹²⁹, la transmission des crédits et du mandat hypothécaire qui y est lié, la déclaration que les biens qui sont l'objet du mandat sont quittes et libres de toutes charges et hypothèques.

Dans ces dispositions, des obligations supplémentaires sont imposées au consommateur-emprunteur, comme:

- l'interdiction de donner mandat à l'avenir sans le consentement préalable et écrit du prêteur-bénéficiaire; et
- l'interdiction de grever d'une hypothèque les biens immeubles qui font l'objet du mandat sans le consentement écrit préalable du prêteur-bénéficiaire.

¹²⁹ Par dérogation à l'article 2003, alinéa 4, du Code civil.

Dans le premier exemple, il est également interdit au consommateur de donner le bien immeuble en location pour une période supérieure à neuf ans et, dans le deuxième exemple, le consommateur est obligé de contracter une assurance pour couvrir le risque de diminution de valeur des biens donnés en garantie.

Pour ces raisons, on peut conclure qu'il y a une violation de l'exigence de clarté et de compréhension et que le consommateur-emprunteur moyen ne peut pas évaluer de manière adéquate, sur la base de ces clauses, les conséquences économiques qui en découlent pour lui.

II. Contrôle du contenu

Il convient de vérifier si une telle clause, par laquelle le consommateur-emprunteur ou aussi un tiers déclare consentir un mandat hypothécaire pour toutes les dettes auxquelles il peut être tenu dans le cadre de sa relation contractuelle avec le prêteur, ne crée pas sur le plan du contenu un déséquilibre manifeste entre les droits et les obligations des parties au détriment du consommateur (article 1.8.22° CDE).

Comme cela a déjà été précisé¹³⁰, il convient de vérifier, en tenant compte de toutes les circonstances, dans quelle mesure les conditions contractuelles placent le consommateur dans une situation juridique moins favorable par rapport à celle qui serait la sienne en application des règles légales de droit commun. Conformément à la jurisprudence de la Cour européenne de Justice, il faut également vérifier si l'exigence de bonne foi est respectée, à savoir si l'entreprise, en négociant de façon loyale et équitable avec le consommateur, pouvait raisonnablement s'attendre à ce que le consommateur aurait accepté une telle clause si elle avait fait l'objet d'une négociation individuelle¹³¹.

II.A. Mandat hypothécaire « pour toutes dettes » : rappel et renvoi aux principes exposés plus haut

Comme il ressort des clauses précitées, il s'agit ici à nouveau d'une sûreté « pour toutes dettes ». Dans l'exemple 1, il est prévu à cet égard que le mandat vaut « *pour garantir tous les crédits, prêts ou dettes (notamment par suite de : soldes débiteurs, services ou opérations bancaires, d'assurances ou financières, moyens de paiement, responsabilités, obligations de remboursement et sûretés personnelles émises par ou au profit du créancier et/ou de ses ayants-droit à titre universel ou particulier) actuels ou futurs, à titre professionnel ou privé, des crédits, agissant ensemble et/ou séparément et/ou avec des tiers, même si continués ou repris par des tiers à quelque titre que ce soit, ...* »

Dans l'exemple 2, il est même prévu que le mandat vaut pour sûreté « *2. de tous autres montants dont les emprunteurs, ou l'un ou plusieurs d'entre eux, seuls ou avec un ou plusieurs tiers, sont ou deviendraient redevables en vertu de leur relations d'affaire avec [le prêteur] ou ses ayants droit, en particulier à raison de tous les services bancaires, d'assurances ou financiers tels que les crédits, cautionnements ou engagements de garantie, les opérations de placements, les opérations de paiements et la délivrance de conseils, que ces engagements soient pris par les crédits dans le cadre de leurs activités privées ou dans le cadre de leurs activités professionnelles ou commerciales* ». Il est même affirmé que le mandat vaut comme sûreté « *du remboursement de toutes dettes actuelles ou futures résultant d'obligations extracontractuelles des emprunteurs, seuls ou ensemble avec un ou plusieurs tiers, à l'égard du prêteur.* »

¹³⁰ Voir Chapitre 1er, Section 2, p. et la jurisprudence européenne qui y est citée.

¹³¹ CJUE, 14 mars 2013, affaire C-415/11, Aziz, ECLI:EU:C:2013:164, n° 79.

La CCS *Cluses abusives* répète ici qu'un tel « mandat hypothécaire pour toutes dettes » de l'emprunteur consenti par l'emprunteur lui-même est légalement autorisé si deux conditions sont remplies :

(1) La convention constituant la sûreté permet-elle de déterminer les créances (« exigence de déterminabilité » interprétée comme « exigence de prévisibilité ») et

(2) les créances sont-elles, eu égard aux circonstances de la cause, celles que les parties ont effectivement voulu garantir ? ».

Vu l'interdiction de la *partijbessling* (décision unilatérale de la partie) et vu l'exigence de bonne foi qui est inhérente au contrôle sur la base de la norme générale¹³², cette clause doit par ailleurs contenir un cadre de référence objectif. De plus, seules les dettes qui relèvent du contrat-cadre conclu en matière de crédit peuvent être garanties par les sûretés consenties (par conséquent, s'il s'agit uniquement d'un crédit hypothécaire pour des dettes privées, on ne peut pas stipuler à l'avance que la sûreté garantit aussi les dettes professionnelles).

Par contre, un « mandat hypothécaire pour toutes dettes » ne peut pas s'appliquer à des tiers garants. En ce cas, le prêteur stipule en effet que la sûreté consentie par le tiers-garant garantit des dettes auxquelles il n'est pas obligé personnellement ; le prêteur obtient par conséquent une possibilité de recours supplémentaire qu'il n'aurait pas eue sans cette clause et le tiers-garant est tenu à la garantie de dettes étrangères à ses propres engagements. Une telle constitution de sûreté par des tiers est, en ce qui concerne les contrats de crédit hypothécaire, en contradiction avec l'article VII.147/26 CDE.

Pour terminer, il doit être rappelé qu'il n'est pas seulement question de constitution de sûreté par un tiers si une personne étrangère au crédit conclu constitue une hypothèque ou un mandat d'hypothèque mais aussi si, en cas de pluralité d'emprunteurs, il est stipulé que les emprunteurs soussignés constituent également la sûreté pour des dettes auxquelles ils sont étrangers, par exemple si la clause a pour conséquence que des co-emprunteurs doivent répondre des autres dettes personnelles contractées séparément par l'autre emprunteur. Dans ces cas également, une « hypothèque pour toutes dettes » ou un « mandat hypothécaire pour toutes dettes » est contraire à l'article VII.147/26 CDE et à la norme générale.

Les clauses standard trouvées stipulent ici aussi à cet égard que le mandant confère non seulement un mandat hypothécaire en garantie du contrat de crédit hypothécaire expressément conclu mais aussi que le mandat garantit en outre « tous les crédits, prêts et dettes de tiers dont les emprunteurs, ensemble et/ou séparément, sont ou seront tenus, e.a. en tant que co-emprunteurs ou en tant que cautions (voir exemple 1), respectivement pour *garantir tous autres montants dont les emprunteurs, ou l'un ou plusieurs d'entre eux, seuls ou avec un ou plusieurs tiers, sont ou deviendraient redevables en vertu de leurs relations financières avec [le prêteur]... ou aussi toutes dettes actuelles ou futures résultant d'obligations extracontractuelles des emprunteurs, seuls ou avec un ou plusieurs tiers, à l'égard de [le prêteur] et /ou ses ayants droit* (voir exemple 2).

Dans la mesure où le mandant consent non seulement un mandat pour les dettes garanties expressément convenues, mais déclare également, en tant que tiers-emprunteur, via une clause standard, donner mandat pour d'autres dettes, il est de nouveau¹³³ renvoyé à la disposition impérative de l'article VII.147/26 CDE, d'où il ressort que la constitution d'une sûreté (in casu le mandat

¹³² Voir Chapitre 1er, Section 2, point d.3.

¹³³ Voir plus haut Section 1ère, § 3, II.B.

hypothécaire) par un tiers-consommateur peut uniquement concerner un contrat de crédit déterminé, dont le tiers-consommateur a reçu un exemplaire avant de constituer la sûreté.

Des clauses contenant une limitation des dispositions protectrices de droit impératif sont par elles-mêmes abusives (contraires à la norme générale, art. I.8.22° CDE)¹³⁴.

II.B. Remarques spécifiques au mandat hypothécaire

1. Pouvoir décisionnel unilatéral du prêteur concernant l'exercice du mandat

Dans les exemples cités, le mandat hypothécaire est décrit de manière beaucoup trop générale et trop large, de sorte que le créancier est habilité de manière discrétionnaire à faire constituer l'hypothèque avec une possible méconnaissance des droits élémentaires du consommateur.

Dans les exemples donnés, le prêteur s'octroie le droit d'exercer le mandat sans aucune indication des circonstances qui pourraient justifier un tel exercice, comme le défaut de paiement du consommateur ou la réduction des sûretés consenties. Un tel pouvoir décisionnel unilatéral (« partijbeslissing » "décision de partie") au sujet de l'exercice des droits contractuels dans les contrats conclus avec les consommateurs est contraire à l'article VI.83, 6° CDE.

Un tel pouvoir unilatéral, non autrement explicité, ne répond pas à l'exigence de transparence requise par les articles VI.37, § 1er et VI.82, alinéa 2 CDE. L'article VI.82, alinéa 2 CDE prévoit que pour l'appréciation du caractère abusif d'une clause donnée, il est tenu compte de l'exigence de clarté et de compréhension. En lien avec cette exigence, la Cour de Justice décide que « l'information, avant la conclusion d'un contrat, sur les conditions contractuelles et les conséquences de ladite conclusion est, pour un consommateur, d'une importance fondamentale. C'est, notamment, sur le fondement de cette information que ce dernier décide s'il souhaite se lier contractuellement à un professionnel ». Il convient en conséquence que le contrat « expose de manière transparente les motifs et les particularités du mécanisme », en l'occurrence du mécanisme de la promesse ou du mandat d'hypothèque, « de sorte qu'un consommateur informé puisse prévoir, sur la base de critères précis et intelligibles, les conséquences économiques qui en découlent pour lui ». Ainsi en a jugé la Cour de Justice à propos des clauses de modification de prix ou des prêts libellés en monnaie étrangère¹³⁵. Il y a même raison de décider en ce qui concerne les circonstances pouvant aboutir à la constitution de l'hypothèque dès lors que le mandat ou la promesse a précisément été proposé pour éviter la constitution d'une telle hypothèque.

2. Limites à prendre en considération pour les contours du mandat hypothécaire, découlant de la déterminabilité, du consentement et des dispositions relatives au mandat

L'article 1988 du Code civil énonce que "S'il s'agit d'aliéner ou hypothéquer, ou de quelque autre acte de propriété, le mandat doit être exprès".

On peut déduire de cette disposition de droit supplétif que lorsque le mandat concerne le pouvoir de disposition, un mandat général est contraire à ces principes. Comme le mandat hypothécaire limite

¹³⁴ Voir CCA 38, Avis sur les conditions générales des sites de réseaux sociaux, p. 17.

¹³⁵ CJUE, 21 mars 2013, C-92/11, RWE Vertrieb AG c. Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV ; CJUE, 30 avril 2014, aff. C-26/13, Kasler, T.B.B.R. 2015/3, p. 144, note S. GEIREGAT ; EHJ, 9 juillet 2015, aff. C-348/14, Maria Bucura c. SC Bancpost, T.B.H. 2016/2, p. 146, note S. GEIREGAT ; CJUE, 20 septembre 2017, aff. C-186/16, Ruxandra Paula Andriuc e.a. contre Banca Românească SA ; CJUE, 22 février 2018, aff. C-126/17, ERSTE Kreditgeber Hungary Zrt. C. Orsolya Czakó ; CJUE 22 février 2018, aff. C-119/17, Liviu Petru Lupean et Oana Andreea Lupean c. SC OTP BAAK Nyrt.

considérablement le pouvoir de disposition du débiteur, il faut, pour l'appréciation du caractère abusif, expressément tenir compte de cette disposition de droit supplétif.

Par conséquent, dans les clauses relatives au mandat hypothécaire, il faut au moins prendre en considération le cadre de référence objectif suivant :

(1) *en ce qui concerne la constitution de la sûreté*, le mandat peut uniquement porter sur des biens expressément décrits et celle-ci ne peut pas être étendue à tous les biens immeubles ou droits réels dont les mandants sont seront à l'avenir propriétaires.

Une telle constitution de sûreté générale serait d'ailleurs contraire à tout le moins à la ratio legis de l'article 78 de la loi hypothécaire¹³⁶.

La CCS Clauses abusives peut toutefois accepter qu'un mandat hypothécaire puisse être octroyé sur des biens futurs, sous réserve d'être conforme à l'article 78 de la loi hypothécaire, dans le cas où se réalisent des circonstances objectives pouvant le justifier, à savoir lorsque les biens immeubles ou les droits réels décrits expressément sur lesquels un mandat a été consenti, sont aliénés ou perdus ou en cas de diminution de valeur de ces biens immeubles. De telles circonstances objectives doivent figurer de façon claire et exhaustive dans la clause concernée.

(2) *en ce qui concerne l'objet ou la cause* ("mandat hypothécaire pour *toutes dettes*"), il est à nouveau insisté sur l'exigence de déterminabilité ('prévisibilité') et le consentement : les parties ont elles réellement voulu garantir certaines dettes ?

(3) à concurrence d'une *somme* déterminée

Sur le fondement du droit commun en matière de sûretés¹³⁷, une exigence essentielle est que les montants garantis par le mandat hypothécaire soient clairement indiqués.

3. Mandat irrévocable et inconditionnel

Les deux clauses prévoient, par dérogation au prescrit des articles 2003 et 2004 du Code civil, l'irrévocabilité du mandat hypothécaire.

Ainsi, il est précisé dans l'exemple 1 : "(...) *Ci-après dénommé le mandant (ou le cas échéant également "les mandants"), donne irrévocablement à ses mandataires spéciaux: (...) et ensuite : "Le mandat ne prendra fin dans aucun des cas prévus à l'article 2003 du Code Civil."*

Dans le deuxième exemple 2, il est mentionné: « *Les mandants confèrent par le présent acte mandat irrévocable à [Y], ci-avant dénommé le mandataire, qui accepte, par l'intervention de son représentant précité* ». Ensuite, on peut également lire : « *Ce mandat ne prendra fin pour aucun des motifs mentionnés à l'article 2003 du Code civil; il porte sur tous les biens immeubles ou droits réels dont les mandants sont actuellement propriétaires ou titulaires, ou le seront à l'avenir, et entre autres sur les biens immeubles suivants dont les mandants sont actuellement propriétaires.* »

¹³⁶ Art. 78 de la loi hypothécaire énonce: « Il n'y a d'hypothèque conventionnelle valable que celle qui, soit dans le titre authentique constitutif de la créance, soit dans un acte authentique postérieur, déclare spécialement la nature et la situation de chacun des immeubles actuellement appartenant au débiteur, sur lesquels il consent l'hypothèque de la créance. Les biens à venir ne peuvent pas être hypothéqués.»

¹³⁷ Voir ci-dessus, Section 1, § 2, I.

De plus, le mandat est formulé de manière très étendue et presque inconditionnelle:

Dans l'exemple 1, le mandataire est habilité "à hypothéquer au nom et au profit du prêteur, à exiger l'exécution forcée, à passer en exécution des présents pouvoirs à la réalisation authentique de l'acte de constitution d'hypothèque, à requérir inscription hypothécaire au profit des bénéficiaires, et à faire inscrire dans l'acte hypothécaire toutes les clauses et conditions qu'ils jugeraient convenable, mais également, et aux frais de ce dernier, à lever les états hypothécaires et à renouveler annuellement les renseignements hypothécaires."

Dans l'exemple 2, le mandataire est habilité notamment : "au nom des mandants et en faveur du prêteur ou de tous les ayants droit en général ou en particulier (...) les biens ou droits réels, en tout ou en partie, dans un ou plusieurs actes successifs, sans que les mandants puissent formuler quelque objection que ce soit, pour sûreté du remboursement (...) », de procéder à l'exécution forcée et de déroger à toutes les règles et formalités dont la loi autorise la dispense, faire toutes déclarations relatives à la situation, de reconnaître la dette dans un acte authentique et de procéder à la constitution authentique de l'acte d'hypothèque, etc.

La Ccs clauses abusives estime qu'un mandat irrévocable crée un déséquilibre manifeste entre les droits et les obligations des deux parties au détriment du consommateur. L'irrévocabilité du mandat hypothécaire aura en tout cas pour conséquence, dans le cas où le prêteur-bénéficiaire n'exécute pas ses obligations, que la clause est abusive sur la base de l'article VI.83, 7° CDE. En outre, les clauses seront également abusives sur la base de l'article VI.83, 9° CDE, si l'irrévocabilité du mandata pour conséquence que le consommateur est tenu d'exécuter ses obligations alors que l'entreprise n'aurait pas exécuté les siennes ou serait en défaut d'exécuter les siennes.

Ensuite, lorsque le prêteur-bénéficiaire s'est engagé sous une condition dont la réalisation dépend exclusivement de sa volonté, cette irrévocabilité a pour conséquence que ces clauses, lues en combinaison avec les autres clauses (article VI.82, alinéa 1er CDE), sont abusives sur la base de l'article VI.83, 1° CDE.

La Ccs clauses abusives comprend qu'il est logique que l'emprunteur ne puisse pas révoquer le mandat tant que les dettes qu'il a contractées dans le cadre du crédit ne sont pas payées. Mais comme cette irrévocabilité est maintenant formulée de manière très générale et s'applique 'inconditionnellement' sans que le consommateur puisse invoquer des raisons légitimes, de telles clauses sont par elles-mêmes contraires à l'article VI.83, 1°, 7° et 9° CDE et en tout cas abusives.

4. Mandat à durée indéterminée

Dans les deux exemples cités, les mandats hypothécaires sont octroyés pour une durée indéterminée. Ainsi, dans le premier exemple, on peut lire que le mandat hypothécaire est consenti "Pour une durée indéterminée, en garantie du remboursement aux bénéficiaires des engagements résultant pour les crédités des dispositions du présent acte (...)". Dans le deuxième exemple, une telle mention n'est pas reprise mais il n'y a pas non plus un terme déterminé endéans lequel le mandat prend fin et les modes de rupture de droit commun du mandat sont exclus.

Pour ces raisons, ces deux clauses sont abusives en vertu de l'article VI.83, 18° CDE, puisqu'elles lient le consommateur pour une durée indéterminée, sans mentionner clairement un délai de résiliation raisonnable.

Comme indiqué au sujet de l'hypothèque pour toutes dettes, il est par conséquent nécessaire que le droit de résiliation prévu à l'article 81bis, § 2, de la loi hypothécaire soit expressément repris dans la clause relative au mandat de conférer "l'hypothèque pour toutes dettes".

Les conséquences de cette résiliation doivent également être expressément mentionnées, à savoir que le mandat d'hypothèque vaut encore uniquement pour sûreté de créances garanties qui existent encore à l'expiration du délai de résiliation.

Dans la pratique, les prêteurs stipulent parfois que le mandat hypothécaire est conclu pour une durée de 30 ans alors que le crédit conclu est d'une durée plus courte. Cela vise à échapper au mandat pour une durée indéterminée et à la possibilité de résiliation, conformément à l'article 81bis, §2, de la loi hypothécaire. Une obligation contractuelle d'une telle durée méconnaît aussi le droit de l'emprunteur à la résiliation moyennant un délai raisonnable et elle peut être considérée comme abusive au sens de la norme générale (article I.8.22° CDE).

Pour être complet, il convient encore de remarquer que si le mandat hypothécaire est octroyé dans un contrat de crédit en vue de l'octroi d'un crédit hypothécaire avec une destination mobilière à durée indéterminée, le consommateur peut procéder à tout moment et sans frais à la résiliation du crédit hypothécaire conformément à l'article VII.147/13 CDE, sauf si un délai de résiliation a été convenu (délai qui ne peut être supérieur à 1 mois).

5. Pouvoir de "dérogé à toutes les formalités et restrictions lorsque la loi le permet" et pouvoir discrétionnaire d'exercer le mandat

Dans les exemples précités, l'institution de crédit s'octroie cependant des droits supplémentaires, qui ne sont pas clairement décrits et visent en outre à s'octroyer le droit exclusif d'interpréter les clauses du contrat, ce qui est contraire à l'article VI.83, 6° CDE.

Dans le premier exemple, l'institution de crédit s'octroie par exemple le droit de :

"2° d'exiger l'exécution forcée et de déroger à toutes formalités et restrictions dont la loi autorise la dispense,

4°) de faire inscrire dans l'acte hypothécaire toutes les clauses et conditions qu'ils jugeraient convenable, entre autres la dérogation à l'art. 1563 du Code Judiciaire.

5°) de rédiger et de signer tous actes et pièces, élire domicile, substituer et généralement faire tout ce qui est utile et nécessaire à l'exécution du présent mandat;

Le deuxième exemple est libellé de manière similaire :

« b. de procéder à l'exécution forcée et de déroger à toutes les règles et formalités dont la loi autorise la dispense,

d. aux effets ci-dessus, de passer et signer tous actes et pièces, élire domicile, substituer et généralement faire tout ce qui sera utile et nécessaire à l'exécution du présent mandat. »

Dans les exemples repris, le prêteur s'octroie en outre le pouvoir de "dérogé à toutes formalités et restrictions dont la loi autorise la dispense", pour mettre en oeuvre le mandat et tous les actes qui en découlent, "de rédiger et de signer tous actes et pièces, élire domicile, substituer et généralement faire tout ce qui est utile et nécessaire à l'exécution du présent mandat".

La Ccs clauses abusives fait avant tout remarquer qu'il découle de l'exigence de transparence que si la manière d'exercer le mandat est en partie déterminée par des dispositions légales, a fortiori si le prêteur

s'octroie le droit d'y déroger, cette manière de procéder doit être expliquée dans les conditions générales et le prêteur doit informer le consommateur de ces dispositions légales.¹³⁸

Une telle clarification est en effet essentielle afin de permettre au consommateur d'évaluer la signification et la portée de telles clauses.¹³⁹

La Ccs clauses abusives remarque ensuite que le prêteur, dans les clauses citées, s'octroie un si large pouvoir d'exercer le mandat que cela dépasse les limites d'un exercice raisonnable, compte tenu des intérêts du consommateur, et est par conséquent contraire à l'article VI.83, 6° CDE.

6. Pouvoir de rédiger et de signer tous les actes, de constater la dette dans un acte authentique

Dans les clauses relatives au mandat hypothécaire, le prêteur s'octroie en outre des droits qui vont beaucoup plus loin qu'un mandat normal de constitution d'une hypothèque.

Ainsi, le prêteur stipule que le mandataire peut constater la dette dans un acte authentique en exécution des présents pouvoirs (premier exemple, 2°), faire inscrire dans l'acte hypothécaire toutes les clauses et conditions qu'il jugerait convenable (premier exemple 4°), rédiger et de signer tous actes et pièces, élire domicile (premier exemple, 5°). Des dispositions similaires sont rencontrées dans le deuxième exemple (pouvoirs du mandataire, c, et e).

Comme il s'agit ici d'un mandat hypothécaire général "pour toutes sommes", le pouvoir de constater « une dette » dans un acte authentique dépasse l'exercice normal du mandat. Ensuite, la détermination unilatérale des conditions auxquelles l'acte hypothécaire est soumis, la rédaction unilatérale et la signature de tous les actes et pièces revient à s'approprier un pouvoir discrétionnaire contraire à l'article VI.83, 6° CDE.

7. Obligations supplémentaires découlant du mandat

Comme nous l'avons déjà dit à propos de l'exigence de transparence, les deux clauses imposent en outre au consommateur-emprunteur des obligations supplémentaires, comme:

- l'interdiction de donner à l'avenir mandat sans le consentement préalable et écrit du prêteur-bénéficiaire; et
- l'interdiction de grever d'une hypothèque les biens immeubles qui font l'objet du mandat sans le consentement écrit préalable du prêteur-bénéficiaire.

Dans le premier exemple, il est également interdit à l'emprunteur-consommateur de donner en location le bien immeuble pour une période supérieure à neuf ans et, dans le deuxième exemple, le consommateur est obligé de contracter une assurance pour couvrir le risque de diminution de valeur des biens donnés en garantie.

Il est parfaitement justifié et logique de mettre des limites au pouvoir de disposition du débiteur ou du constituant de la sûreté à propos du bien donné en garantie du remboursement d'une dette. De telles limitations supplémentaires créent cependant, dans la mesure où elles s'appliquent pour une durée indéterminée sans être liées à un contrat de crédit spécifique, un déséquilibre manifeste entre les droits et les obligations des parties au détriment du consommateur et sont donc contraires à la norme générale. Elles limitent en effet considérablement la position dans laquelle le consommateur se trouve par rapport

¹³⁸ Voir e.a. *CJUE*, aff. C-92/11, 21 mars 2013, RWE Vertrieb, points 49 à 51 et deuxième dicte, premier tiret, ECLI:EU:C:2013:180.

¹³⁹ Voir ci-dessus chapitre 1er, Section 2, avec la jurisprudence qui y est citée.

à la position dans laquelle le consommateur se trouverait en vertu du droit normalement applicable. Normalement, le consommateur conserve, à défaut de ces clauses, son droit de propriété, et peut disposer librement de ses biens. Le créancier est ensuite également protégé en vertu de l'article 1188 du Code civil.

8. Cessibilité des crédits

Il convient également de constater que la première clause, où la cession des créances garanties est prévue (les mandants doivent *“confirmer expressément que tous les crédits, prêts et créances énumérées ci-dessus, sont cessibles par les bénéficiaires à des tiers”*), ne décrit pas clairement à qui ces créances garanties, et donc le mandat hypothécaire et le crédit hypothécaire peuvent être cédés ou qui peut les acquérir par subrogation.

Par conséquent, dans la mesure où il s'agit d'un mandat hypothécaire octroyé dans le cadre de la constitution d'un crédit hypothécaire avec une destination mobilière, cette clause peut être contraire à l'article VII.147/17 CDE, en vertu duquel, sans préjudice de l'application des articles 1250 et 1251 du Code civil, un crédit hypothécaire avec une destination mobilière ou la créance résultant de ce contrat de crédit ne peuvent être cédés qu'à ou après subrogation, n'être acquis que par un prêteur agréé ou enregistré en vertu du livre VII CDE.

Ensuite, l'attention est attirée sur la disposition suivante dans la première clause concernant la cession de créances en garantie desquelles le mandat hypothécaire a été octroyé: *“Par la présente, les mandants confirment expressément pour autant que de besoin que tous les crédits, prêts et créances énumérées ci-dessus, sont cessibles par les bénéficiaires à des tiers et que le terme bénéficiaire désigne également (mais non exclusivement) ces mêmes tiers”*.

Pour les crédits hypothécaires avec une destination mobilière, l'article VII.147/18 CDE énonce que, sans préjudice des dispositions de l'article VII.147/17, la cession ou la subrogation n'est opposable au consommateur qu'après que ce dernier en a été informé par envoi recommandé, sauf lorsque la cession ou la subrogation immédiate sont expressément prévues dans le contrat et que l'identité du cessionnaire ou du tiers subrogé est mentionnée dans le contrat de crédit. Cette notification n'est pas davantage requise lorsque le prêteur initial continue à gérer le contrat de crédit vis-à-vis du consommateur.

Dans la mesure où le mandat hypothécaire entrerait dans le cadre d'un crédit hypothécaire avec une destination mobilière, il convient par conséquent de constater que la clause concernée peut être contraire aux articles VII.147/17 et VII.147/18 CDE en ne prévoyant pas une mention claire de l'identité du repreneur ou du subrogé et en ne notifiant pas la cession par envoi recommandé.

9. Numerus clausus des frais

Enfin, il convient de relever que la première clause, concernant les frais de constitution de sûreté, n'est pas conforme au prescrit de l'article VII.141 CDE. En dehors des frais légaux inhérents à l'hypothèque et de ce qui pourrait être dû en vertu d'autres dispositions légales ou réglementaires, ne peuvent être mis à charge du consommateur que des frais d'expertise des biens offerts en garantie. Des frais de dossier ne peuvent être imputés que pour les crédits hypothécaires avec une destination immobilière.

Recommandation n° 10

Un mandat hypothécaire par lequel le débiteur ou un tiers donne pouvoir à une personne dépendant du prêteur de constituer, lorsque celui-ci le demande, une hypothèque sur des biens immeubles déterminés appartenant à ce débiteur pour un montant déterminé et une dette déterminée, a un impact économique très important pour le consommateur.

Une telle clause doit être reprise séparément et être formulée de manière claire et compréhensible, de sorte que le consommateur puisse estimer en connaissance de cause les conséquences essentielles qui en découlent pour lui. Un tel mandat doit également être stipulé séparément des autres règles contractuelles qui y sont associées.

Le mandat habilite le mandataire à constituer l'hypothèque sur ordre du prêteur, bénéficiaire du mandat. Le prêteur dispose du pouvoir d'ordonner la constitution de l'hypothèque de manière discrétionnaire. Les circonstances pouvant justifier un tel exercice du mandat, comme un défaut de paiement répété ou une diminution des sûretés octroyées, doivent au moins être indiquées.

Afin de ne pas porter une atteinte manifeste aux droits du consommateur, les exigences minimales qui suivent doivent être respectées :

(1) en ce qui concerne la constitution de la sûreté, le mandat peut uniquement porter sur des biens expressément décrits et il ne peut pas être étendu à tous les biens immobiliers ou droits réels dont les mandants sont, ou seront dans le futur, propriétaires.

La CCS Clauses abusives admet toutefois, sous réserve de sa conformité à l'article 78 de la loi hypothécaire, qu'un mandat hypothécaire puisse être consenti pour des biens futurs, en cas de survenance de circonstances objectives pouvant le justifier et devant figurer clairement dans la clause concernée, à savoir lorsque les biens immeubles ou droits réels décrits expressément sur lesquels un mandat a été consentis sont aliénés ou perdus ou en cas de diminution de valeur du bien hypothéqué.

(2) en ce qui concerne l'objet ou la cause (« mandat hypothécaire pour toutes dettes »), l'attention est à nouveau attirée sur l'exigence de déterminabilité (« prévisibilité ») et le consentement :

- (i) La convention par laquelle la sûreté est consentie permet-elle de déterminer les créances (« exigence de déterminabilité » interprétée comme « exigence de prévisibilité ») et
- (ii) les créances sont-elles, eu égard aux circonstances de la cause, celles que les parties avaient effectivement voulu garantir ? ».

De l'interdiction de la partijbeslissing (décision unilatérale de la partie), de l'exigence de transparence et de l'exigence de bonne foi qui est inhérente au contrôle sur la base de la norme générale, il résulte en outre que cette clause doit contenir un cadre de référence objectif. De plus, seules les dettes s'inscrivant dans le contrat-cadre conclu en matière de crédit peuvent être garanties par les sûretés consenties.

(3) mandat uniquement jusqu'à concurrence d'une somme déterminée

Indiquer clairement les montants que le mandat hypothécaire garantit constitue une exigence essentielle.

La plupart du temps, il est stipulé que le mandat est irrévocable et inconditionnel. La CCS Clauses abusives estime qu'un mandat irrévocable et inconditionnel crée un déséquilibre manifeste entre les droits et les devoirs des deux parties, au détriment du consommateur. Il a en effet pour conséquence que le consommateur ne dispose pas de moyens de défense et qu'il ne peut pas invoquer de motifs légitimes lorsque le prêteur-bénéficiaire ne respecte pas son ou ses engagement(s).

De plus, un mandat hypothécaire consenti pour une durée indéterminée ou pour un délai particulièrement long ne correspondant pas avec le crédit contracté, méconnaît le droit du consommateur de ne pas être lié pour une durée indéterminée ou pendant un délai déraisonnablement long sans délai de préavis raisonnable. Dans ces cas, le consommateur doit toujours pouvoir révoquer le mandat moyennant un délai de préavis de minimum trois mois et de maximum six mois (article 81bis de la loi hypothécaire par analogie).

Au-delà du mandat de constituer une hypothèque, les prêteurs se réservent des droits supplémentaires dans les clauses examinées.

Concernant le pouvoir que les prêteurs s'octroient de « déroger » dans l'exercice du mandat « à toutes les règles et formalités dont la loi autorise la dispense », la CCS Clauses abusives remarque que de telles clauses peuvent uniquement tendre à régler ce qui peut être considéré comme un exercice raisonnable du mandat. Si certaines dérogations aux règles légales ne lèsent pas manifestement le consommateur, le prêteur doit au moins expliciter dans quelle mesure il est dérogé aux règles légales et le prêteur doit informer le consommateur au sujet de ces règles légales.

Une clause par laquelle le prêteur se réserve le droit de constater unilatéralement une dette dans un acte authentique et se réserve le droit unilatéral de déterminer les conditions de l'acte d'hypothèque est, en tout cas, contraire à l'article VI.83, 6° CDE.

Les clauses examinées relatives au mandat hypothécaire contiennent en outre « des clauses de sûreté négative » comme l'interdiction d'octroyer d'autres mandats sans l'accord écrit et préalable du prêteur, l'interdiction de mettre en location pour une période supérieure à neuf ans. De telles sûretés négatives ne peuvent pas s'appliquer pour une durée indéterminée et doivent au moins être liées au respect d'obligations telles que celles qui découlent de crédits contractés spécifiquement.

La CCS Clauses abusives attire finalement l'attention sur les obligations légales telles que celles qui découlent du livre VII du CDE concernant la cession des créances issues des crédits hypothécaires avec une destination mobilière.

Il y a également lieu de veiller à ce que le prêteur ne se réserve pas le droit d'imputer des frais autres que ceux qui sont expressément définis à l'article VII.141 CDE.

La CCS Clauses abusives rappelle pour terminer qu'un mandat hypothécaire consenti par un tiers en garantie de toutes dettes de l'emprunteur est contraire à la norme générale (art. I.8.22° CDE) et à l'article VII.147/26 CDE. Il n'est pas seulement question de constitution de sûreté par un tiers si une personne étrangère au crédit octroie un mandat mais aussi si, en cas de pluralité d'emprunteurs, il est stipulé que le mandant consent également la sûreté pour des dettes auxquelles il est étranger, par exemple s'il est co-emprunteur et qu'il octroie un mandat en garantie aussi des autres dettes personnelles de l'autre emprunteur séparément. Pour cette problématique de la tierce garantie pour toutes dettes, il est à nouveau renvoyé à la proposition du secteur, telle qu'elle a déjà été mentionnée dans les recommandations 1, 8 et 9.

Sous-section 2. Promesse d'hypothèque

1. Exemple

Pour garantir le remboursement au créancier et/ou à ses futurs successeurs à titre universel et/ou futurs successeurs à titre particulier à quelque titre que ce soit (ci-après désignés ensemble sous le terme « les bénéficiaires » et individuellement « le bénéficiaire ») des engagements résultant pour les crédits des dispositions du présent acte, de toutes les avances ultérieures réalisées en exécution de la présente ouverture de crédit et de tous les crédits, prêts ou dettes (notamment : soldes débiteurs, services ou activités bancaires, d'assurances ou financières, moyens de paiement, responsabilités, obligations de paiement ou de remboursement et sûretés personnelles émises par ou au profit du créancier et/ou de ses successeurs en droit à titre universel ou particulier) actuels ou futurs, à titre professionnel ou privé, des crédits, ensemble et/ou individuellement et/ou avec des tiers, même si continués ou repris par des tiers à quelque titre que ce soit, ainsi que de tous les crédits, prêts et dettes similaires des affectants hypothécaires ou de leurs successeurs à titre universel s'ils continuaient ou reprenaient des

engagements visés ci-dessus à quelque titre que ce soit, ainsi que de tous les crédits, prêts et dettes de tiers avec qui les crédits, ensemble et/ou individuellement, sont ou seront tenus, e.a. en tant que co-crédités ou en tant que cautions, ceux-ci s'engagent à hypothéquer à la 1ère demande du créateur ou d'un bénéficiaire, sous peine de dommages et intérêts et sans préjudice des articles 1385 bis et suivants du Code Judiciaire, à concurrence:

1° de la somme principale de ... euro (€ 000,00);

2° de trois années d'intérêts, dont la loi conserve le rang. Pour cette inscription, le taux d'intérêt est fixé à quinze pour cent (15 %) l'an ;

3° d'une somme de ... euro (€ 000,00), pour indemnité de emploi (le cas échéant), avances de primes d'un contrat annexé ou adjoint dont le créateur n'aurait pas été remboursé ainsi que pour leurs intérêts éventuels, frais éventuels non privilégiés de poursuite et de procédure, dépens légalement tarifés d'avocats, frais de signification et de déclaration de créance, frais et honoraires du présent acte de crédit et de l'acte de constitution d'hypothèque, frais et honoraires d'inscription, frais de mainlevée d'inscriptions hypothécaires.

Les crédits sub (...) déclarent conférer une promesse d'hypothèque au profit du créateur et/ou des bénéficiaires, ce qui est accepté par le créateur en son nom propre mais également au nom et pour le compte des autres bénéficiaires, sur:

A COMPLETER PAR LE NOTAIRE SOUSSIGNE

- | |
|---|
| <ul style="list-style-type: none"> - description du bien (y compris les immeubles par incorporation et/ou par destination) - origine de propriété - déclarations - situation hypothécaire |
|---|

OBLIGATIONS DU PROMETTANT

Le promettant déclare ne pas avoir déjà conféré, dans l'intérêt d'une ou plusieurs autres personnes que NOM DU CREDITEUR, un mandat hypothécaire et/ou une promesse d'hypothéquer non révoqués à ce jour. Le promettant s'engage en outre à ne pas conférer, à l'avenir, un tel mandat hypothécaire et/ ou une telle promesse d'hypothèque sans l'accord préalable et écrit des bénéficiaires.

Le promettant s'oblige à ne pas vendre ni grever de charges quelconques le bien qui fait l'objet de la présente promesse y compris les biens immeubles dont il deviendrait ultérieurement propriétaire, sans l'accord préalable écrit des bénéficiaires. De plus, le promettant s'oblige aussi sous les mêmes conditions à ne pas procéder à un quelconque transfert de propriété ou à un morcellement total ou partiel de l'immeuble concerné et à informer les bénéficiaires dès qu'il a connaissance d'une procédure d'expropriation.

L'immeuble ne peut pas être loué pour une période excédant neuf années. Il ne peut pas faire l'objet d'un bail à ferme ni d'un bail commercial. Il ne peut être loué pour un montant qui est inférieur au prix locatif usuel.

Le promettant ne peut recevoir préalablement plus d'un trimestre de loyers sans l'accord explicite et écrit des bénéficiaires. Ceux-ci sont autorisés à signifier aux locataires des biens repris en garantie l'engagement du promettant afférent aux dits biens.

Les frais résultant de cette signification seront à charge du promettant.

Les bénéficiaires sont autorisés par le promettant, et aux frais de ce dernier, à lever les états hypothécaires et à renouveler annuellement les renseignements hypothécaires.

Le promettant est obligé d'assurer les immeubles présents et ceux qui seraient érigés sur les biens faisant l'objet de la présente promesse pour leur valeur totale de reconstruction contre les risques d'incendie, foudre, explosion et autres, et de justifier à chaque instant de cette assurance ainsi que du paiement par anticipation des primes par la présentation du contrat d'assurance et des quittances.

Le promettant autorise les bénéficiaires à effectuer eux-mêmes l'avance des primes et s'engage à rembourser celle-ci à première demande.

Dans le nouveau contrat d'assurance ou dans l'avenant, il sera stipulé que l'assurance restera en vigueur même en cas de non-paiement de primes sauf en cas de signification à NOM DU CREDITEUR d'un préavis de quinze jours.

La promesse subsiste en cas de fusion, dissolution, transformation ou absorption du promettant avec ou par une société ou en cas de scission en deux ou plusieurs sociétés.

En cas de dénonciation de l'ouverture de crédit, la présente promesse restera en vigueur afin de prendre éventuellement une inscription hypothécaire au profit des bénéficiaires aux fins de garantir les avances consenties.

Le non-respect d'une de ces obligations entraîne l'exigibilité de la créance.

2. Notion et conditions de validité de droit commun

1. Notion

Il est question de promesse d'hypothèque lorsque, dans un contrat, le débiteur (ou un tiers) s'engage vis-à-vis du créancier à constituer une hypothèque à l'avenir sur des biens déterminés, à concurrence d'une somme déterminée ou déterminable.

Une telle promesse d'hypothèque peut être convenue dans des circonstances où il n'est pas possible de constituer immédiatement une hypothèque valable (dans le respect de toutes les conditions de forme ou de fond. Elle peut l'être aussi en tant que substitut à l'hypothèque.

La différence avec le mandat hypothécaire est que l'emprunteur ne donne pas mandat irrévocable à un tiers de constituer l'hypothèque sur la demande du prêteur, mais prend lui-même l'engagement de constituer l'hypothèque lorsque le prêteur le lui demandera.

Bien que la promesse d'hypothèque ne soit plus fréquente, elle révèle certainement son utilité dans des dossiers spécifiques. L'un des cas où elle est utilisée est le crédit de rénovation. L'avantage pour le consommateur est que le crédit est considéré comme un crédit hypothécaire à destination immobilière, de sorte que les prêteurs acceptent la mise à disposition du capital par tranches. Dans le cas d'un prêt à tempérament soumis à la loi sur le crédit à la consommation, le prêteur n'admet généralement pas la mise à disposition du capital par tranches. La promesse d'hypothèque permet aussi de conclure le crédit pour une durée qui excède la durée maximale légalement autorisée en matière de crédit à la consommation. Dans la situation où un emprunteur a déjà un crédit en cours pour son achat immobilier et où il décide, après une année, de rénover la toiture (rénovation + isolation), il est souvent difficile pour lui de recourir à un crédit à la consommation de 18 000 EUR vu que la durée de celui-ci est limitée à 7 ans. Dans de tels cas, recourir au crédit hypothécaire, moyennant une promesse d'hypothèque, peut s'avérer une solution justifiée. La durée du crédit peut alors, par exemple, être fixée à 10 ans. Cela donne plus d'oxygène au consommateur.

2. Conditions de validité

La promesse d'hypothèque a lieu de façon consensuelle et n'est soumise à aucune condition de forme solennelle. Elle se forme valablement, qu'elle soit passée oralement ou par écrit, par acte sous seing privé ou par acte authentique.¹⁴⁰ L'article 76 de la loi hypothécaire ne s'applique donc pas ici.

Comme tout contrat, la promesse d'hypothèque ne peut se former valablement que moyennant le libre consentement d'un sujet de droit capable sur la base d'une cause licite et en lien avec un objet déterminé (ou déterminable).¹⁴¹

Dans l'hypothèse d'une promesse d'hypothèque précise conclue par acte authentique, le juge devra le cas échéant apprécier s'il ne s'agit pas déjà d'une hypothèque valablement constituée.¹⁴²

3. Conséquences juridiques entre les parties

La promesse d'hypothèque est un contrat unilatéral qui fait naître une obligation de faire dans le chef du promettant, à savoir constituer une hypothèque valable à un moment ultérieur et aux conditions convenues.¹⁴³

Si la promesse d'hypothèque n'est pas exécutée et que le promettant ne constitue pas l'hypothèque promise, le juge ne peut pas remédier au défaut de passation de l'acte d'hypothèque par le prononcé d'un jugement tenant lieu d'acte.¹⁴⁴ En vertu de l'article 1188 du Code civil, le créancier pourra cependant, en cas de non-respect de la promesse d'hypothèque, exiger le paiement immédiat de la créance à laquelle est liée la promesse d'hypothèque¹⁴⁵, avec éventuellement un dédommagement¹⁴⁶. Il pourrait aussi demander au juge d'ordonner sous astreinte au débiteur de constituer l'hypothèque¹⁴⁷.

3. Contrôle au regard des dispositions légales en matière de clauses abusives

I. Exigence de transparence

Comme cela a déjà été précisé plusieurs fois, il faut que les conséquences juridiques et économiques d'une telle promesse d'hypothèque soient claires pour le consommateur moyen. Cela implique que le consommateur soit informé de manière claire et compréhensible qu'il promet (1) durant une durée indéterminée (2) à concurrence d'un montant déterminé (3) de constituer une hypothèque sur des biens immeubles déterminés (4) en garantie des dettes qu'il doit ou devra à l'avenir au prêteur, en quelque qualité que ce soit (particulier ou professionnel).

¹⁴⁰ K. BYTTEBIER m.m.v. K. HENDRICKX, *Voorrechten en hypotheeken in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2005, 669, nr. 730 en E. DIRIX en R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2006, 477, nr. 688.

¹⁴¹ Article 1108 du Code civil. Voir par exemple K. BYTTEBIER m.m.v. K. HENDRICKX, *Voorrechten en hypotheeken in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2005, 669, nr. 730.

¹⁴² E. DIRIX en R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, Antwerpen, Kluwer, 1996, 382, nr. 626 en E. DIRIX en R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2006, 477, nr. 688..

¹⁴³ K. BYTTEBIER m.m.v. K. HENDRICKX, *Voorrechten en hypotheeken in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2005, 668, nr. 729.

¹⁴⁴ E. DIRIX en R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, Antwerpen, Kluwer, 1996, 378, nr. 621; K. BYTTEBIER m.m.v. K. HENDRICKX, *Voorrechten en hypotheeken in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2005, 669, nr. 731.

¹⁴⁵ K. BYTTEBIER m.m.v. K. HENDRICKX, *Voorrechten en hypotheeken in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2005, 669, nr. 731 en E. DIRIX en R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2006, 477, nr. 688.

¹⁴⁶ E. DIRIX en R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, Antwerpen, Kluwer, 1996, 382, nr. 626 en E. DIRIX en R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2006, 477, nr. 688.

¹⁴⁷ K. BYTTEBIER m.m.v. K. HENDRICKX, *Voorrechten en hypotheeken in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2005, 670, n°. 731.

Pour les raisons expliquées ci-dessus et reprises ci-après, cette exigence de transparence n'est pas respectée dans l'exemple cité.

Tout d'abord, il est recouru à un langage spécialisé et technique dans les deux clauses, qui ne sont d'ailleurs pas d'importance minime, parfois dans des phrases interminables. Ensuite, il peut être remarqué que ces clauses stipulent non seulement la promesse d'hypothèque mais qu'elles reprennent également de nombreuses autres règles contractuelles comme notamment l'interdiction de grever les biens à l'avenir sans le consentement préalable et écrit du prêteur-bénéficiaire, l'interdiction de donner en location pour une durée excédant neuf années, l'obligation d'assurance des biens, le maintien de la promesse en cas de fusion, dissolution ou scission de la société du promettant, etc. Bien que ces dispositions concernent les modalités de la promesse d'hypothèque, ces différentes obligations doivent être reprises de manière plus structurée (par exemple, via des titres), et être séparées de la description de la promesse d'hypothèque.

II. Contrôle du contenu

Pour le contrôle de fond du caractère abusif, il convient d'examiner, en tenant compte de toutes les circonstances, dans quelle mesure les conditions contractuelles placent le consommateur dans une situation juridique moins favorable que celle qui serait la sienne en vertu des règles supplétives normales. Conformément à la jurisprudence de la Cour européenne de Justice, il convient également de vérifier si l'exigence de bonne foi est respectée, à savoir si l'entreprise, en négociant de façon loyale et équitable avec le consommateur, pouvait raisonnablement s'attendre à ce que le consommateur aurait accepté une telle clause si elle avait fait l'objet d'une négociation individuelle¹⁴⁸.

Pour ce qui concerne la garantie, à concurrence d'un certain montant, pour "toutes dettes", il peut à nouveau être renvoyé à ce qui a été explicité précédemment à cet égard.

Une promesse d'hypothèque « pour toutes dettes » consentie par *l'emprunteur lui-même*, n'est en principe pas abusive si le principe de transparence est respecté, c'est-à-dire si (1) « l'exigence de déterminabilité » est remplie et si (2) si, eu égard aux circonstances de la cause, les créances sont de celles que les parties avaient effectivement voulu garantir.

Cette clause doit contenir un cadre de référence objectif, par lequel seules les dettes qui relèvent de la convention-cadre conclue en matière de crédit sont garanties par les sûretés constituées (par conséquent, on ne peut pas en principe stipuler à l'avance une garantie des dettes professionnelles s'il s'agit uniquement d'un crédit hypothécaire pour des dettes privées).

Par contre, une « promesse d'hypothèque pour toutes dettes » de l'emprunteur *ne peut pas être consentie par des tiers garants*. Dans ce cas, le prêteur stipule en effet la garantie par un tiers-garant de dettes auxquelles il n'est pas obligé personnellement ; le prêteur obtient par conséquent une possibilité de recours supplémentaire qu'il n'aurait pas eu sans cette clause et le tiers-garant est tenu à la garantie de dettes étrangères à ses engagements. Une telle constitution de sûreté par des tiers est, en ce qui concerne les contrats de crédit hypothécaire, en contradiction avec l'article VII.147/26 CDE.

Ici aussi, il est stipulé que la promesse d'hypothèque s'applique à toutes les dettes, même contractées individuellement ou avec des tiers. Il en résulte une constitution de sûreté par un tiers vu que les emprunteurs constituent également la sûreté pour des dettes auxquelles l'un d'eux serait étranger.

1. Pouvoir unilatéral du prêteur en ce qui concerne la mise en oeuvre de la promesse

¹⁴⁸ CJUE 14 mars 2013, aff. C-415/11, Aziz, ECLI:EU:C:2013:164, n° 79.

Tout comme le mandat hypothécaire, la promesse d'hypothèque est décrite de manière bien trop large et générale dans les exemples cités. La promesse est prévue sans indication des circonstances qui peuvent justifier sa mise en oeuvre, comme le non-paiement par le consommateur ou la diminution des sûretés consenties par l'emprunteur. Un tel pouvoir de décision unilatérale ("partijbeslissing" - "décision de partie") au sujet de l'exercice des droits contractuels est, dans les contrats conclus avec les consommateurs, contraire à l'article VI.83, 6° CDE.

Les circonstances justifiant l'exécution de la promesse, comme le défaut de paiement du consommateur ou la diminution des sûretés octroyées, doivent à tout le moins être mentionnées.

2. Limites résultant de la déterminabilité (prévisibilité) et du consentement

Par analogie au mandat hypothécaire, il peut tout d'abord être remarqué qu'une 'promesse d'hypothèque générale', vu la limitation importante du pouvoir de disposition qui en résulte, peut être considérée comme abusive (art. 1.8.22° CDE). Les clauses de la promesse d'hypothèque doivent par conséquent 'indiquer clairement (1) pour quel montant la sûreté est consentie. (2) Les biens sur lesquels l'emprunteur promet de constituer l'hypothèque doivent également être clairement indiqués. Dans l'exemple cité, c'est le cas. La (3) déterminabilité des dettes a, quant à elle, déjà été abordée en détail à plusieurs reprises¹⁴⁹ (voir à ce sujet le résumé qui figure au début du contrôle de fond du caractère abusif).

3. Clause de maintien de la promesse d'hypothèque après résiliation de l'ouverture de crédit (contrat-cadre)

Dans l'exemple donné, on rencontre la clause suivante : "En cas de dénonciation de l'ouverture de crédit¹⁵⁰, la présente promesse restera en vigueur afin de prendre éventuellement une inscription hypothécaire au profit des bénéficiaires aux fins de garantir les avances consenties."

En vertu de l'article VI.83, 7° CDE, cette clause est abusive en tant qu'elle prive le consommateur de la possibilité de mettre fin à la promesse d'hypothèque si le prêteur ne respecte pas ses obligations. Ensuite, cette clause est également abusive, en vertu de l'article VI.83, 9° CDE, si elle a pour conséquence que le consommateur est obligé de respecter ses obligations alors que l'entreprise n'aurait pas exécuté les siennes ou serait en défaut d'exécuter les siennes.

Le consommateur semble également octroyer la promesse d'hypothèque pour une durée indéterminée. La clause est dès lors abusive en vertu de l'article VI.83, 18° CDE, dès lors que le consommateur est engagé pour une durée indéterminée, sans que soit mentionné clairement un délai raisonnable de résiliation.

Si une promesse d'hypothèque est consentie pour une durée indéterminée, il est nécessaire que le droit de résiliation prévu à l'article 81bis, § 2, de la loi hypothécaire soit expressément repris, avec le délai de résiliation qui y est fixé de minimum 3 mois et maximum 6 mois. Les conséquences de cette résiliation doivent également être mentionnées expressément, à savoir que la promesse est maintenue uniquement pour sûreté des créances garanties qui existent encore à l'expiration du délai de résiliation.

Pour être exhaustif, il faut encore préciser que, si la promesse d'hypothèque est consentie dans un contrat de crédit hypothécaire à destination mobilière à durée indéterminée, le consommateur peut

¹⁴⁹ La problématique de la "garantie toutes dettes", voir Section 1, et en résumé pour la promesse hypothécaire les alinéa introductifs de cette Sous-Section.

¹⁵⁰ Comme il s'agit ici du contrat-cadre, le contrat-cadre en matière d'octroi de crédit est visé et pas le contrat de crédit lui-même (crédit hypothécaire).

procéder à tout moment et sans frais à la résiliation conformément à l'article VII.147/13 CDE, à moins que les parties n'aient convenu d'un délai de préavis (qui ne peut pas être supérieur à 1 mois).

4. Obligations supplémentaires découlant de la promesse d'hypothèque

Tout comme pour la constitution d'hypothèque et le mandat hypothécaire, le pouvoir de disposition de l'emprunteur est en outre considérablement limité par exemple par l'obligation de ne pas vendre le bien ou de ne pas le grever d'autres charges sans l'accord écrit et préalable du prêteur, de ne pas louer le bien immeuble pour une période excédant neuf années, de ne pas recevoir paiement d'avance de plus d'un trimestre de loyers sans l'accord explicite et écrit du prêteur, d'assurer les biens pour leur valeur totale de reconstruction.

Il est parfaitement justifié et logique de fixer des limites au pouvoir de disposition du débiteur ou du tiers garant pour un bien donné en garantie du remboursement d'une dette.

De telles limitations supplémentaires créent cependant, dans la mesure où elles s'appliquent pour une durée indéterminée sans être liées à un contrat de crédit spécifique, un déséquilibre manifeste entre les droits et les obligations des parties au détriment du consommateur et sont donc contraires à la norme générale. Elles limitent en effet considérablement la position dans laquelle le consommateur se trouve par rapport à la position dans laquelle il se trouverait en vertu du droit national en vigueur. Vu qu'il conserve son droit de propriété, le consommateur devrait, à défaut de ces clauses, pouvoir disposer librement de ses biens. Le créancier est également protégé par la déchéance du terme prévue à l'article 1188 du Code civil.

Recommandation n° 11

Lorsqu'il s'agit d'une promesse d'hypothèque, la clause doit indiquer de manière claire et compréhensible que le débiteur promet (1) pour une durée (in)déterminée (2) à concurrence d'un montant déterminé (3) de constituer une hypothèque sur des biens immeubles déterminés (4) en garantie de dettes déterminées.

Une telle clause doit être reprise séparément et être formulée de manière claire et compréhensible, de sorte que le consommateur puisse évaluer en connaissance de cause les conséquences essentielles qui en découlent pour lui. Une telle promesse doit également être stipulée séparément des autres dispositions contractuelles qui y sont liées.

En ce qui concerne la promesse d'hypothèque "pour toutes dettes", il est renvoyé aux observations déjà formulées à plusieurs reprises et à la distinction à faire selon que la sûreté est constituée par l'emprunteur lui-même ou par un tiers garant.

Une telle promesse doit au moins mentionner toutes les circonstances qui peuvent en justifier la mise en oeuvre, comme le non-paiement (répété) ou la diminution de sûretés octroyées, afin de ne pas être contraire à l'art. VI.83, 6° CDE.

Il faut également stipuler clairement (1) pour quel montant la promesse a été consentie, (2) sur quels biens immeubles l'emprunteur promet de constituer l'hypothèque, et (3) pour quelles dettes.

La clause en vertu de laquelle la promesse subsiste après la résiliation de la convention-cadre de crédit est abusive et contraire notamment aux articles VI.83,7° et VI.83, 9° CDE, en ce que le consommateur ne peut pas opposer de moyens de défense en cas de non-respect par l'entreprise de ses obligations.

Une promesse d'hypothèque consentie pour une durée indéterminée ou pour une durée particulièrement longue qui ne correspond pas à la durée du crédit consenti méconnaît le droit de ne pas être lié pour une

durée indéterminée ou déraisonnablement longue sans préavis raisonnable. Dans ce cas, le consommateur doit pouvoir se libérer en respectant un délai de préavis d'au moins trois mois et de maximum de six mois (art. 81bis de la loi hypothécaire par analogie.

En ce qui concerne les obligations supplémentaires imposées par le prêteur en lien avec le pouvoir de disposition sur le bien immeuble, telle que l'obligation de ne pas vendre le bien ou de ne pas le grever d'autres charges, ou de ne pas le louer pour une durée de plus de neuf ans, de telles obligations doivent au moins être liées au respect de ses obligations par l'emprunteur, telles qu'elles résultent de crédits spécifiquement contractés. Elles ne peuvent pas s'appliquer pour une durée indéterminée.

2.6.4 Cession/nantissement de créances

1. Exemples

- Exemple 1

*“L'emprunteur (et la caution) déclare(nt) donner en gage en faveur du Prêteur, qui accepte, le produit de la vente des biens mobiliers et immobiliers, les loyers et les fermages, les épargnes et les dépôts **ainsi que toute autre créance de l'emprunteur (et de la caution) envers des tiers**. A tout moment, le Prêteur est autorisée, aux frais de l'emprunteur (et de la caution) et sans mise en demeure préalable de celui-ci (ceux-ci), à porter ce nantissement à la connaissance des débiteurs de l'emprunteur (et de la caution).”*

Après notification du nantissement au débiteur ou reconnaissance dudit nantissement par le débiteur, le prêteur est autorisée à exiger, aux frais de l'emprunteur (et de la caution), le paiement des créances du débiteur par toute voie judiciaire ou autre et à réceptionner les paiements. Si cela s'avère nécessaire, l'emprunteur (et la caution) autorise(nt) le prêteur à entreprendre toutes les démarches et à effectuer les contrôles et éventuellement à entamer toute procédure utile pour recouvrer les créances mises en gage, et ce aux frais de l'emprunteur (et de la caution)..”

- Exemple 2

Pour mieux garantir le paiement de leur dette en capital, intérêt et accessoires divers, découlant des engagements résultant des dispositions du présent acte, de toutes les avances ultérieures réalisées en exécution de la présente ouverture de crédit, les crédités déclarent céder et déléguer, au profit du crédeur et/ou de ses successeurs en droit à titre universel ou particulier, qui accepte la quotité cessible et saisissable de tous traitements, indemnités, allocations sociales, pensions ou sommes visés aux articles 1409, 1409 bis et 1410 du Code judiciaire.

A l'effet de la même garantie que ce qui est dit à l'alinéa ci-avant, les crédités et, le cas échéant, les affectants hypothécaires déclarent céder et déléguer au profit du crédeur, qui accepte, les loyers ou fermages à échoir des immeubles hypothéqués et, en ce qui concerne les seuls crédités, les sommes, commissions ou indemnités quelconques autres que celles visées à l'alinéa ci-avant qui peuvent leur revenir à quelque titre que ce soit.

A cet effet, les crédités et les affectants hypothécaires doivent, à toute réquisition du crédeur, fournir à celui-ci toutes indications utiles au sujet des personnes débitrices des sommes visées aux alinéas précédents.

En vue de l'exécution de la présente disposition, le crédeur a le droit de faire notifier, sans mise en demeure préalable et aux frais des crédités, la délégation ou cession qui précède, aux locataires ou

occupants des biens hypothéqués et à toute autre personne tenue envers les crédités et les affectants hypothécaires.

Le créancier a le droit de recevoir seul, par lui-même ou par mandataire et contre sa seule quittance, les créances visées dans la notification et d'en affecter le montant au règlement de la dette des crédités.

Une cession de rémunération ne peut être exécutée et affectée qu'à concurrence des montants exigibles à la date de la notification; les sommes cédées sont, au moment de leur perception, affectées au paiement des montants exigibles au même moment.

2. Analyse selon le droit commun

Dans le premier exemple, le prêteur prévoit de façon générale que l'emprunteur et/ou la caution déclare (déclarent) donner en gage en faveur du prêteur tous les produits ainsi que toutes les créances qu'ils auraient envers des tiers, le prêteur étant autorisé, aux frais de l'emprunteur et/ou de la caution, à exiger, sans mise en demeure préalable, le paiement de ces produits ou créances auprès des débiteurs de ceux-ci.

Dans le deuxième exemple, le prêteur prévoit que l'emprunteur (les emprunteurs) déclare(ent) céder ses (leurs) revenus professionnels afin de mieux garantir le paiement de la dette telle qu'elle découle de "l'ouverture de crédit"¹⁵¹. L'affectant hypothécaire déclare céder et déléguer les loyers ou fermages à échoir en garantie du paiement de la dette. Les emprunteurs déclarent également de façon générale céder et déléguer au profit du prêteur les sommes, commissions ou indemnités quelconques qui pourraient leur revenir à quelque titre que ce soit.

Dans le premier cas, il s'agit du nantissement de créances ; dans le deuxième cas, il s'agit de la cession de rémunération et de créances à titre de sûreté, tant par l'emprunteur lui-même que par une caution éventuelle.

Avec la loi du 11 juillet 2013 modifiant le Code Civil en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières et abrogeant diverses dispositions en cette matière¹⁵², un nouveau cadre légal a été inséré dans le titre XVII du Livre III du Code civil (ci-après "loi sur les sûretés réelles mobilières"¹⁵³), qui reprend les dispositions légales relatives au gage et à la cession de créances à titre de sûreté. Cette législation est entrée en vigueur le 1er janvier 2018.¹⁵⁴

La loi sur les sûretés réelles mobilières contient un certain nombre de dispositions impératives en matière de gage qui visent à protéger le consommateur (par exemple, l'article 4, l'article 7, l'article 12, l'article 40, l'article 46 et l'article 61) et une seule disposition relative à la cession de créance à titre de sûreté (l'article 62).

En plus de ces dispositions, il faut évidemment tenir compte, pour le gage et la cession de créance à titre de sûreté, des dispositions de la loi sur les sûretés financières¹⁵⁵, du Code civil, y compris la loi hypothécaire (articles 81quater et suivants), et des dispositions du Code de droit économique, et en

¹⁵¹ En ce qui concerne le contrat examiné, le terme "ouverture de crédit" indique le contrat-cadre entre la banque et le client où il est stipulé que les sûretés sont présumées couvrir la garantie de toutes les dettes.

¹⁵² Loi du 11 juillet 2013 modifiant le Code Civil en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières et abrogeant diverses dispositions en cette matière, *MB* 2 août 2013.

¹⁵³ Pour les renvois aux nouvelles dispositions, la numérotation des articles telle que reprise dans le Code civil est appliquée.

¹⁵⁴ Voir article 109 de la loi du 11 juillet 2013, telle que modifiée par l'article 36 de la loi du 25 décembre 2016 modifiant diverses dispositions relatives aux sûretés réelles mobilières, *MB* 30 décembre 2016.

¹⁵⁵ Loi du 15 décembre 2004 relative aux sûretés financières et portant des dispositions fiscales diverses en matière de conventions constitutives de sûreté réelle et de prêts portant sur des instruments financiers, *M.B.* 1er février 2005, 2961.

particulier des règles générales relatives aux clauses abusives reprises dans le Livre VI CDE et des dispositions particulières reprises dans le Livre VII CDE. Il y a lieu également de tenir compte des dispositions que la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs consacrent à la cession de rémunération, dispositions déjà explicitées précédemment.

1. Mise en gage

En vertu de l'article 2 de la loi sur les sûretés réelles mobilières, le gage est en principe constitué par la convention conclue entre le constituant du gage et le créancier gagiste.

L'article 4 de la loi sur les sûretés mobilières prévoit cependant que, lorsque le constituant du gage est un consommateur au sens de l'article I.1, 2° du CDE, la validité de la convention requiert qu'un écrit soit rédigé, selon le cas, conformément au prescrit de l'article 1325¹⁵⁶ ou de l'article 1326¹⁵⁷.

Conformément à l'article 4, alinéa 4 de la loi sur les sûretés réelles mobilières, cet écrit doit également mentionner la valeur du bien gagé ou des biens gagés.

Si le constituant du gage est un consommateur au sens de l'article I.1, 2° du CDE, la valeur du bien gagé ou des biens gagés ne peut, en vertu de l'article 7, alinéa 4 de la loi sur les sûretés mobilières, excéder le double de l'étendue du gage telle que fixée par l'article 12 de la loi sur les sûretés mobilières¹⁵⁸. L'article 12 de la loi sur les sûretés mobilière énonce à l'alinéa 1er que le gage s'étend, dans les limites du montant convenu, au principal de la créance garantie et aux accessoires tels les intérêts, la clause pénale et les coûts de réalisation. En vertu de l'alinéa 2 de cette disposition, les accessoires ne peuvent toutefois pas être supérieurs à 50 % du principal lorsque le constituant du gage est un consommateur. La doctrine admet que ces règles énoncées à l'article 7 et à l'article 12 de la loi sur les sûretés réelles mobilières s'appliquent également à la mise en gage d'une créance¹⁵⁹.

Si un gage est consenti par un tiers en garantie d'un crédit hypothécaire, les sûretés réclamées ne peuvent valoir, en vertu de l'article VII.26, § 1er, CDE, que pour ces montants éventuellement augmentés des intérêts de retard, à l'exclusion de toute autre pénalité ou frais d'inexécution.

L'article 4 de la loi sur les sûretés réelles mobilières énonce en outre que la mise en gage est prouvée par un écrit contenant la désignation précise des biens grevés du gage, des créances garanties et du montant maximum à concurrence duquel les créances sont garanties. Pour le gage, l'article 40, alinéa 2 de la loi sur les sûretés réelles mobilières énonce que, si le constituant du gage est un consommateur, il est requis pour que la convention soit prouvée qu'un écrit soit rédigé, selon le cas, conformément au prescrit de l'article 1325 ou de l'article 1326.

Il ressort également de l'article 46 la loi sur les sûretés mobilières que l'intervention du juge est nécessaire en cas réalisation du gage si le constituant est un consommateur (sauf si le gage relevait du champ d'application de la loi sur les sûretés financières qui, en tant que loi spécifique, déroge, en ses articles 8,

¹⁵⁶ En vertu de l'article 1325 du Code civil, les actes sous seing privé qui contiennent des conventions synallagmatiques, ne sont valables qu'autant qu'ils ont été faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct et chaque original doit contenir la mention du nombre des originaux qui en ont été faits.

¹⁵⁷ En vertu de l'article 1326 du Code civil, la promesse sous seing privé par lequel une seule partie s'engage envers l'autre à lui payer une somme d'argent ou une chose appréciable, doit être écrite en entier de la main de celui qui le souscrit ou du moins il faut qu'outre sa signature, il ait écrit de sa main un "bon" ou un "approuvé", portant en toutes lettres la somme ou la quantité de la chose.

¹⁵⁸ Art. 7 de la loi sur les sûretés mobilières.

¹⁵⁹ I. PEETERS en P. NOBELS, "Pand op geldsommen en schuldvorderingen" in J. BAECK en M. KRUIHOF, Het nieuwe zekerheidsrecht, Antwerpen, Intersentia, 2014, (111) 115; M.E. STORME, "Zekerheidsrechten op schuldvorderingen (op naam)", in M.E. STORME (ed.), Roerende zekerheden na de Pandwet, Antwerpen, Intersentia, 2017, (223) 231.

9 et 9/1¹⁶⁰, à l'article 46 de la loi plus générale sur les sûretés mobilières¹⁶¹). En outre, dans un tel cas, toute clause qui autoriserait le créancier gagiste à s'approprier le gage ou à en disposer sans les formalités requises, est nulle.

Si le gage porte sur une créance, on considère que le contrat de gage et la mise en gage elle-même se réalisent sans formalité ('*solo consensu*') conformément aux dispositions de la section 7 (Gage sur créances) du chapitre 1er (Du gage).¹⁶²

L'article 61 de la loi sur les sûretés réelles mobilières exige cependant que :

- la mise en gage soit prouvée par un écrit contenant la désignation précise des créances grevées du gage et des créances garanties. Les dispositions de la section 1ère relatives à la mention, dans l'écrit, du montant maximal à concurrence duquel les créances sont garanties, sont applicables;
- l'écrit soit rédigé, selon le cas, conformément au prescrit de l'article 1325 ou de l'article 1326 et qu'il soit clairement fait mention du montant maximal à concurrence duquel les créances sont garanties.

Les articles 2, 7, 12 et 46 s'appliquent également à la mise en gage d'une créance.¹⁶³

2. Cession de créance à titre de sûreté

2.1. Généralités (conclusion et validité)

La différence conceptuelle entre le gage et le transfert de propriété à titre de garantie est que, pour le gage, le constituant du gage reste propriétaire du bien donné en sûreté¹⁶⁴ alors qu'en cas de transfert de propriété à titre de garantie, il y a bien un transfert de propriété (mais pas nécessairement dépossession¹⁶⁵).

¹⁶⁰ Conformément à cette disposition, sauf stipulation contraire, le créancier gagiste est autorisé réaliser, en cas de défaut d'exécution, sans mise en demeure ni décision judiciaire préalable, les instruments financiers, contrats ou créances bancaires donnés en garantie. Pour la cession de créances en garantie, l'article 12 de la loi sur les sûretés financières stipule que les instruments financiers, les espèces ou les créances bancaires cédés peuvent être librement aliénés ou compensés.

¹⁶¹ R. STEENNOT, "De bescherming van de consument bij pandovereenkomsten", in M.E. STORME (ed.), *Roerende zekerheden na de Pandwet*, Antwerpen, Intersentia, 2017, (125) 148. En effet, la loi sur les sûretés financières doit être comprise comme une *lex specialis* qui joue pleinement pour les instruments financiers, espèces et créances bancaires (K. PANIS en R. JACOBS, "Wet Financiële Zekerheden en Pandwet: tussen polaroid en het digitale tijdperk" in M.E. STORME, *Roerende zekerheden na de Pandwet*, Antwerpen, Intersentia, 2017, (301) 307. Ainsi, les dispositions protectrices de la loi sur les sûretés mobilières ne s'appliquent pas au consommateur qui constitue un gage sous la loi relative aux sûretés financières. Dans un tel cas, le consommateur pourra cependant, en vertu de l'article 2 de la loi sur les sûretés financières, se prévaloir de la législation relative à la protection du consommateur, comme du Livre VI et du Livre VII, titre 4 du CDE (K. PANIS en R. JACOBS, "Wet Financiële Zekerheden en Pandwet: tussen polaroid en het digitale tijdperk" in M.E. STORME, *Roerende zekerheden na de Pandwet*, Antwerpen, Intersentia, 2017, (301) 318).

¹⁶² M.E. STORME, "Zekerheidsrechten op schuldvorderingen (op naam)", in M.E. STORME (ed.), *Roerende zekerheden na de Pandwet*, Antwerpen, Intersentia, 2017, (223); R. STEENNOT, "De bescherming van de consument bij pandovereenkomsten", in M.E. STORME (ed.), *Roerende zekerheden na de Pandwet*, Antwerpen, Intersentia, 2017, (125) 141.

¹⁶³ I. PEETERS en P. NOBELS, "Pand op geldsommen en schuldvorderingen" in J. BAECK en M. KRUIHOF, *Het nieuwe zekerheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2014, (111) 115-116.

¹⁶⁴ L'article 41 de la loi sur les sûretés réelles mobilières énonce expressément ce qui suit : "Jusqu'à la réalisation du gage, le constituant reste propriétaire du gage, qui n'est, entre les mains du créancier gagiste, qu'un dépôt en garantie de son gage."

¹⁶⁵ E. DIRIX en E. DECORTE, *Zekerheidsrechten*, Antwerpen, E.Story-Scientia, 1996, 342 (pour ce qui concerne l'exigence de dépossession); R. FELTKAMP, "Overdracht tot zekerheid van schuldvorderingen: een bijzonder(e zeker)heid?", *T.B.B.R./R.G.D.C.*, 2014, (215) 217-218; R. FELTKAMP, *De overdracht van schuldvorderingen. Naar een eenvormige tegenwerpbaarheidsregeling voor overdrachten in de burgerrechtelijke en handelsrechtelijke sfeer?*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 84 (pour ce qui concerne pour ce qui concerne le transfert de la propriété).

En elle-même, la cession de créance à titre de sûreté est soumise aux mêmes règles que la cession de créance qui n'a pas lieu à titre de sûreté. Comme une sûreté est cependant créée et que des modalités particulières sont prévues à cet effet, une telle opération a donné lieu, dans ce cas, en partie à la lumière des articles 7, 8 et 9 de la loi hypothécaire, à des discussion concernant son opposabilité aux tiers.

En principe, toutes les créances sont cessibles, sauf si la loi les a déclarées incessibles, si la créance concerne un engagement conclu intuitu personae (cf. créances donnant droit à un crédit, qui est généralement uniquement octroyé compte tenu de la solvabilité du débiteur) ou si la créance a été déclarée conventionnellement incessible. De telles clauses sont généralement déclarées valables mais il existe une controverse sur leur opposabilité aux tiers¹⁶⁶.

La cession de créance peut concerner de créances actuelles ou futures¹⁶⁷. En vertu de l'article 1129 du Code civil, il est cependant exigé que la créance qui fait l'objet de la cession soit déterminée ou déterminable. En ce qui concerne les clauses de cession de "toutes les sommes dues au cédant", il y a discussion sur la question de savoir si l'objet d'une telle clause est suffisamment déterminable.¹⁶⁸ Selon certains auteurs, une clause qui vise toute les créances futures sans distinction serait suffisamment claire sur les créances que les parties ont voulu viser (à savoir, toutes) et l'exigence d'un objet déterminé ou déterminable est remplie¹⁶⁹. Dans la mesure où le terme "toutes" vise également n'importe quelle créance qui pourrait naître, on peut cependant soutenir que la créance n'est ni déterminée, ni déterminable¹⁷⁰.

2.2. Effets juridiques entre les parties

Aucune formalité particulière n'est requise pour les effets juridiques entre les parties.

¹⁶⁶ Voir art. 1165 du Code civil; Cass., 9 avril 1959, Pas., 1959, I, p. 793; C. Biquet-Mathieu et F. Renson, "La cession de créance" in M. Dupont (ed.), *Les obligations contractuelles*, Brussel, Larcier, 2016, (127) 129-130, nr. 7 et R. Feltkamp, *De overdracht van schuldvorderingen. Naar een eenvormige tegenwerpbaarheidsregeling voor overdrachten in de burgerrechtelijke en handelsrechtelijke sfeer?*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 361-492.

¹⁶⁷ C. BIQUET-MATHIEU en F. RENSON, "La cession de créance" in M. DUPONT (ed.), *Les obligations contractuelles*, Brussel, Larcier, 2016, (127) 131-132, nrs. 9-10 ; R. FELTKAMP, *De overdracht van schuldvorderingen. Naar een eenvormige tegenwerpbaarheidsregeling voor overdrachten in de burgerrechtelijke en handelsrechtelijke sfeer?*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 141-148.

¹⁶⁸ Ainsi, la Cour de cassation a déjà jugé que, comme une créance future ne peut être cédée valablement que si la créance est déterminée ou déterminable au moment de la cession, une créance née après une cession de "toutes sommes qui étaient dues ou seraient dues au cédant par des tiers qu'elle qu'en soit la raison" n'était pas cédée valablement avec cette cession, puisque la clause de cession ne mentionne ou n'indique nulle part cette créance (Cass. 9 avril 1959, Arr. Cass. 1959, 606). En outre, la Cour de Cassation a également jugé qu'un gage sur un commerce "en garantie du paiement de toutes les sommes que le client devrait au prêteur en raison d'opérations que le prêteur ferait ou aurait fait avec le client" est valablement consentie en garantie d'une ouverture de crédit octroyée ultérieurement, dès lors que les créances futures sont suffisamment déterminées ou déterminables, ce qui est le cas si le contrat par lequel la sûreté a été constituée permet de déterminer les créances futures et si ces créances, au vu des données de l'affaire, sont effectivement de celles que les parties voulaient garantir (Cass. 28 mars 1974, Arr. Cass. 1974, 833). Selon BIQUET-MATHIEU et RENSON, il résulte de la lecture conjointe de ces deux arrêts de la Cour de cassation, qu'une clause de cession totale de créances futures n'est valable que si les créances visées sont précisées et répondent à l'exigence de prévisibilité de leur survenance au moment de la cession (C. BIQUET-MATHIEU en F. RENSON, "La cession de créance" dans M. DUPONT (ed.), *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Larcier, 2016, (127) 134-135, nr. 12). En ce qui concerne cette exigence de prévisibilité, la Cour de Cassation a encore récemment jugé, en ce qui concerne la caution, qu'il ressort de l'article 2015 du Code civil que la caution ne peut être considérée comme voulant s'engager qu'en vue de garantir les engagements qu'elle peut raisonnablement prévoir lorsque le cautionnement est conclu (Cass. 19 mai 2016, C-15.0320.F.).

¹⁶⁹ I. PEETERS, "Cessie tot zekerheid: een verrassend slot van de controverse", *Bank.Fin.R.*, 2011, 126, nr. 13.

¹⁷⁰ C. BIQUET-MATHIEU et F. RENSON, "La cession de créance" in M. DUPONT (ed.), *Les obligations contractuelles*, Brussel, Larcier, 2016, (127) 133-136, n°. 12.

Les effets juridiques de la cession entre le cédant et le cessionnaire sont en premier lieu déterminés par le contrat en exécution duquel la cession de créance a lieu (par exemple, achat, échange ou cession à titre de sûreté)¹⁷¹.

La “propriété” de la créance est transférée au cessionnaire. La créance quitte le patrimoine du cédant et entre dans le patrimoine du cessionnaire. A la suite de l’effet de droit réel, le cessionnaire prend la place du cédant dans la relation contractuelle avec le débiteur (voir pour ce dernier ci-dessous). Lorsque la cession concerne des créances futures (c’est-à-dire des créances qui n’existent pas encore), le transfert n’a lieu qu’au moment où la créance naît.

2.3. Effets juridiques vis-à-vis de tiers

Vis-à-vis du débiteur, la cession ne lui est opposable que si la cession lui a été notifiée ou s’il a reconnu la cession explicitement ou tacitement¹⁷². Ce n’est qu’alors que le cessionnaire pourra réclamer le paiement au débiteur, qui ne peut plus payer de manière libératoire (de bonne foi) entre les mains du cédant¹⁷³.

Deux règles sont applicables vis-à-vis des autres tiers en ce qui concerne l’opposabilité de la cession de créance :

- en cas de cessions successives, par dérogation à la règle de l’antériorité, seul le cessionnaire dont la cession a été notifiée en premier lieu au débiteur-cédé, peut opposer la cession aux tiers auxquels les créances ont également été cédées¹⁷⁴; et
- la cession n’est pas opposable au tiers-créancier du cédant, auquel le débiteur-cédé a, après que la cession a eu lieu mais avant que la cession ne lui soit notifiée, valablement payé¹⁷⁵.

La doctrine est partagée sur l’opposabilité aux tiers d’une cession de créance à titre de garantie ; certains auteurs estiment que cet acte juridique est, d’une part, une simulation et crée, d’autre part, une sûreté réelle en dehors de tout texte de loi.¹⁷⁶

Après que la Cour de Cassation ait d’abord fait surgir de sérieux doutes sur l’opposabilité aux tiers d’une cession de créance à titre de garantie dans un arrêt du 17 octobre 1996¹⁷⁷, la Cour de Cassation s’est prononcée dans un arrêt ultérieur du 3 décembre 2010¹⁷⁸ dans le sens de l’opposabilité aux tiers d’une

¹⁷¹ Voir L. Cornelis, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 429 et W. Van Gerven m.m.v. S. Covemaeker, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2010, 574.

¹⁷² Art. 1690, alinéa 2, Code civil.

¹⁷³ Art. 1691, alinéa 1er, du Code civil. Voir L. Cornelis, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 419-420 et W. Van Gerven m.m.v. S. Covemaeker, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2010, 565 et 570.

¹⁷⁴ Article 1690, alinéa 3 Code civil; W. Van Gerven m.m.v. S. Covemaeker, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2010, 573.

¹⁷⁵ Article 1690, alinéa 4 Code civil; W. Van Gerven m.m.v. S. Covemaeker, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2010, 573.

¹⁷⁶ Pour un aperçu sommaire de cette discussion, voir par exemple R. FELTKAMP, “Overdracht tot zekerheid van schuldvorderingen: een bijzonder(e zeker)heid?”, *T.B.B.R./R.G.D.C.*, 2014, (215) 223-224. Voir également sur la controverse I. PEETERS et P. NOBELS, “Pand op geldsommen en schuldvorderingen” in J. BAECK et M. KRUIHOF, *Het nieuwe zekerheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2014, (111) 129-130.

¹⁷⁷ Cass. 17 octobre 1996, Pas. 1996, I, 992-999, avec conclusion de l’avocat général PIRET; *RW* 1996-97 1395, met noot M. STORME; *Bank.Fin.R.* 1997, 117, met noot I. PEETERS; *Rev.prat.soc.* 1997, 145, met noot T. BOSLY.

¹⁷⁸ Cass. 3 décembre 2010, *Arr.Cass.* 2010, nr. 712, concl. Adv.-gen. G. DUBRULLE, *RW* 2010-11, 1177, noot R. FRANZIS, *TBBR* 2011, 497, noot F. GEORGES, *TBH* 2011, 866, noot M. GRÉGOIRE et L. CZUPPER, *Bank.Fin.R.* 2011, 120, noot I. PEETERS, *Ius & Actores* 2011, 261, concl. DUBRULLE; *NJW* 2010, 834, concl. Adv.-gen. DUBRULLE, noot V. SAGAERT.

cession de créances à titre de garantie mais moyennant conversion – vis-à-vis des créanciers en concours – en un gage.¹⁷⁹

Entre-temps, l'article 62 de la loi sur les sûretés réelles mobilières, modifié par la loi du 25 décembre 2016, dispose ce qui suit sur la cession de créance à titre de garantie :

*“Une cession de créance à titre de sûreté confère uniquement au cessionnaire un gage sur la créance cédée et ce, que cette cession soit ou non conforme aux dispositions de l'article 61, sauf lorsque le cédant est un consommateur au sens de l'article 1.1, 2°, du livre 1er du Code de droit économique.”*¹⁸⁰

Cette disposition pose notamment la question de savoir si les règles juridiques impératives que la loi sur les sûretés réelles mobilières a prévues en matière de gage en vue de protéger le consommateur sont également applicables, sur la base de l'article 62 précité, à la cession de créance à titre de garantie¹⁸¹.

Dans les travaux préparatoires de la loi du 25 décembre 2016, il est indiqué qu'avec la modification de loi, le législateur veut répondre à la question de savoir si une conversion de la cession en un gage est possible *“lorsque la convention ne répond pas aux conditions de la convention de gage, telles notamment les prescriptions en matière de preuve”*.¹⁸²

Dans ces travaux préparatoires, le législateur semble indiquer que l'intention est que la conversion soit possible même si la cession de créance à titre de garantie ne répond pas aux conditions de la convention de gage. On peut notamment y lire que *“Vu qu'une cession de créance (article 1690 du Code civil) n'est soumise à aucune prescription particulière et qu'il n'est pas toujours évident de savoir si une cession se fait à titre de sûreté ou en propriété (et que la décision reviendra souvent finalement au juge), il est préférable de ne pas soumettre les cessions aux exigences de la loi.”*¹⁸³

Le législateur précise bien dans l'exposé des motifs qu'il est *seulement fait exception à ce principe lorsque le cédant est un consommateur.*¹⁸⁴

Le nouveau texte de loi précise clairement que si le cédant est un consommateur, la cession de créance à titre de garantie doit répondre aux exigences énoncées à l'article 61 de la loi sur les sûretés réelles mobilières – à savoir que la cession doit être établie par un écrit qui répond aux exigences de l'article 1325 ou 1326 du Code civil et contenant la désignation précise des créances grevées du gage, des créances garanties et du montant maximal à concurrence duquel les créances sont garanties – afin de

¹⁷⁹ Dans l'arrêt, la Cour a en effet considéré ce qui suit: *“Une convention de cession de créance à titre de sûreté ne peut, dès lors, jamais apporter plus aux créanciers en concours qu'un droit de gage sur cette créance, de sorte que le cessionnaire de la créance ne peut pas exercer plus de droits que ceux dont dispose un détenteur de gage.”*

¹⁸⁰ Comme inséré par l'article 73 de la loi du 11 juillet 2013 et modifié par l'article 28 de la loi du 25 décembre 2016 modifiant diverses dispositions relatives aux sûretés réelles mobilières, *M.B.* 30 décembre 2016.

¹⁸¹ Sur cette question et d'autres questions concernant la portée de cette disposition, voir entre autres R. FELTKAMP, *“Overdracht tot zekerheid van schuldvorderingen: een bijzonder(e zeker)heid?”*, *T.B.B.R./R.G.D.C.*, 2014, p. 215-241 en I. PEETERS en P. NOBELS, *“Pand op geldsommen en schuldvorderingen”* in J. Baeck en M. Kruithof, *Het nieuwe zekerheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2014, (111) 130-131. Ce dernier auteur défend l'interprétation que la cession de créance à titre de sûreté ne doit satisfaire à aucune exigence de forme ou de fond et qu'en cas de concours, elle sera convertie en un gage même si elle ne satisfait pas aux conditions de fond et de forme du gage.

¹⁸² Document parlementaire, Chambre 2016-17, n° 54-2138/001, 18.

¹⁸³ *Doc. parl.*, Chambre 2016-17, n° 54-2138/001, 18.

¹⁸⁴ *Doc. parl.* 2016-17, n° 54-2138/001, 18.

pouvoir conférer au cessionnaire, en vertu de l'article 62 de la loi sur sûretés réelles mobilières, un gage sur la créance cédée.¹⁸⁵

L'article 62 de la loi sur les sûretés réelles mobilières ne précise pas si les autres dispositions du gage en matière de protection des consommateurs doivent être respectées. Dans une application stricte de l'article 62 de la loi sur les sûretés mobilières, s'appuyant ou non sur les travaux préparatoires, seules les exigences de l'article 61 de la loi sur les sûretés mobilières doivent être respectées si le cédant est un consommateur.

Selon une certaine doctrine, l'article 62 de la loi sur les sûretés mobilières doit cependant être lu comme signifiant qu'une cession de créance à titre de garantie doit, lorsque le cédant est un consommateur, respecter toutes les exigences de forme requises pour un gage constitué par un consommateur.¹⁸⁶

3. Analyse au regard de la législation sur les clauses abusives

3.1. Exigence de transparence

Ces dispositions, bien que formulées de manière large, ne sont pas par elles-mêmes imprécises.

Elles doivent être lues en même temps que l'obligation d'information précontractuelle relative aux conditions générales (article VI.2, 7° CDE). En effet, l'information, avant la conclusion d'un contrat, sur les conditions contractuelles et les conséquences de ladite conclusion est, pour un consommateur, d'une importance fondamentale, surtout si ces conditions ont des implications supplémentaires comme c'est le cas ici avec la mise en gage de toutes les créances. C'est, notamment, sur la base de l'information reçue que le consommateur décidera s'il souhaite être lié par les conditions rédigées préalablement par le professionnel¹⁸⁷.

3.2. Contrôle du contenu

(1) Clause de mise en gage

- *dérogation aux règles impératives : contraire à la norme générale*

Comme expliqué ci-dessus, des règles spécifiques s'appliquent à la constitution du gage : une convention doit être conclue entre le constituant du gage et le créancier gagiste (art. 2 de la loi sur les sûretés réelles mobilières) ; cette mise en gage doit être prouvée par un écrit contenant la désignation précise des biens grevés du gage, des créances garanties et du montant maximum à concurrence duquel les créances sont garanties. Pour les consommateurs, il faut en outre répondre aux exigences de l'art. 1325 du Code civil (autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct), et de l'art. 1326 du Code civil (écrit dans lequel, outre sa signature, il doit avoir écrit de sa main un "bon" ou un "approuvé »). Enfin, il y a des limites à l'étendue de ce gage en vertu des articles 7 et 12 de la loi du 11 juillet 2013 sur les sûretés réelles mobilières.

La clause reproduite dans l'exemple 1 est une convention conclue entre le constituant du gage et le créancier gagiste qui peut constituer le gage. Pour que ce gage soit valablement constitué vis-à-vis d'un consommateur, dans la mesure où la clause constitue plus qu'un gage sur créances, la convention requiert qu'un écrit soit rédigé conformément au prescrit de l'article 1325 du Code civil ou de l'article 1326

¹⁸⁵ R. FELTKAMP, "Overdracht tot zekerheid van schuldvorderingen: een bijzonder(e zeker)heid?", *T.B.B.R./R.G.D.C.*, 2014, (215) 237.

¹⁸⁶ M.E. STORME, "Zekerheidsrechten op schuldvorderingen (op naam)", in M.E. STORME (ed.), *Roerende zekerheden na de Pandwet*, Antwerpen, Intersentia, 2017, (223) 256-257.

¹⁸⁷ *CJUE*, affaire C-92/11, arrêt RWE-Vertrieb, 21 mars 2013, n° 44.

du Code civil (en vertu de l'article 4, alinéa 2 de la loi sur les sûretés mobilières). Ou bien les actes doivent être dressés en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct ; ou bien le constituant du gage doit, à tout le moins, outre sa signature, écrire de sa main un "bon pour" ou un "approuvé", par lequel la valeur du bien gagé ou des biens gagés est exprimé en toutes lettres.

Dans la mesure où la clause citée dans l'exemple 1 ne vise pas seulement une mise en gage sur créances, il est également requis pour sa validité que la valeur des biens gagés soit mentionnée. La clause citée dans l'exemple 1 énonce cependant que l'emprunteur déclare donner en gage au prêteur *"le produit de la vente des biens mobiliers et immobiliers, les loyers et les fermages, les épargnes et les dépôts ainsi que toute autre créance de l'emprunteur (et de la caution) envers des tiers"*.

La valeur des biens gagés n'est pas mentionnée, de sorte que la loi sur les sûretés mobilières ne semble pas respectée. Une déclaration générale, en vertu d'une clause de 'mise en gage de créances' ne répond pas à cette disposition et doit par conséquent être considérée comme abusive au sens de la norme générale (article I.8.22° CDE).

Dans la mesure où la clause citée dans l'exemple 1 concerne bien exclusivement un gage sur créances, les exigences de l'article 61 de la loi sur les sûretés mobilières doivent être respectées, sauf si la mise en gage d'espèces tombe dans le champ d'application de la loi sur les sûretés financières. Cela signifie que l'écrit qui doit servir de preuve à la convention de gage doit indiquer précisément les créances grevées du gage, les créances garanties et le montant maximum à concurrence duquel les créances sont garanties. Dans la clause citée dans l'exemple 1, seules les créances grevées du gage sont indiquées précisément dans l'écrit. Ni les créances garanties, ni le montant maximum à concurrence duquel les créances sont garanties ne sont indiqués précisément. Dans la mesure où cette clause doit également servir de preuve, on peut déjà constater que ces exigences ne sont pas remplies.

La clause citée dans l'exemple 1 semble omettre de limiter la valeur des biens donnés en gage au double de l'étendue du gage, c'est-à-dire au double du principal de la créance garantie et des accessoires (les intérêts, la clause pénale et les coûts de réalisation), limités à 50 % du principal au moment de la distribution ou de l'imputation), et elle est donc peut-être contraire à l'article 7, alinéa 4 de la loi sur les sûretés mobilières.

Dans la mesure où la clause citée dans l'exemple 1, concerne davantage qu'une mise en gage de créances, auquel cas, conformément à l'article 67 de la loi sur les sûretés réelles mobilières, le créancier gagiste dispose d'un droit de recouvrement, elle est contraire à l'article 46 de la loi sur les sûretés mobilières, dans la mesure où cette partie de phrase *"le prêteur est autorisé à exiger, aux frais de l'emprunteur (et de la caution), le paiement des créances du débiteur par toute voie judiciaire ou autre et à réceptionner les paiements"* autorise effectivement le prêteur à exproprier les biens donnés en gage autres que les créances sans intervention du juge.

- mise en gage pour une durée indéterminée

Comme le consommateur est en outre tenu, pour une durée indéterminée, de fournir ces garanties pour n'importe quelle dette qu'il pourrait avoir vis-à-vis du prêteur, il peut en outre être considéré qu'une telle clause, sans spécification d'un délai raisonnable de résiliation, est contraire à l'article VI.83, 18° CDE.

L'article 11 de la loi sur les sûretés mobilières énonce à cet égard que si un gage est consenti pour une durée indéterminée, le constituant du gage peut mettre fin à la convention moyennant un préavis de minimum 3 mois et maximum 6 mois. Un tel préavis prescrit par la loi est essentiel en ce qui concerne les droits du consommateur et doit donc être repris expressément dans la disposition contractuelle concernée.

(2) Clause de cession de créances à titre de garantie

En cas d'interprétation restrictive de l'article 62 de la loi les sûretés mobilières (c'est-à-dire en admettant que la conversion de la cession en un gage s'applique uniquement aux situations de concours avec les autres créanciers et qu'à l'exception du respect de l'article 61 de la loi sur les sûretés mobilières dans le cas où le cédant est un consommateur, il n'est pas nécessaire que les autres dispositions légales relatives au gage soient respectées), la Ccs clauses abusives formule les considérations qui suivent pour l'appréciation du caractère abusif du (deuxième) exemple cité.

a. Limitations à prendre en considération, découlant de la déterminabilité, de l'interdiction d'agir de manière discrétionnaire et de l'équilibre minimal entre les droits et les obligations respectifs

L'exemple repris est formulé de manière beaucoup trop générale, en ce qui concerne la détermination tant (1) des créances cédées, (2) des créances garanties, et (3) du montant garanti, et, pour ces raisons, est contraire à l'article VI.83, 6° CDE juncto la norme générale.

(i) Détermination des créances cédées

Cette clause prévoit la cession d'une série de créances du consommateur-emprunteur (à savoir la quotité cessible et saisissable de tous traitements, indemnités, allocations sociales, pensions ou sommes, les loyers ou fermages à échoir des immeubles hypothéqués et les sommes, commissions ou indemnités quelconques qui pourraient leur revenir à quelque titre que ce soit) au prêteur pour mieux garantir le paiement de leur dette en capital, intérêts et accessoires divers et de toutes les avances ultérieures réalisées en exécution de la présente ouverture de crédit.

Stipuler comme sûreté "toutes les sommes, commissions ou indemnités quelconques qui peuvent leur revenir à quelque titre que ce soit" ne répond déjà pas à l'exigence de déterminabilité : au moins des critères objectifs doivent être indiqués en rapport avec les créances données en garantie.

Par analogie avec les dispositions relatives au gage, on peut dire ici que les créances cédées doivent être désignées avec précision.

(ii) Détermination des créances garanties

Dans la mesure où la cession de créances vise uniquement à garantir les dettes relatives au crédit hypothécaire ou à d'autres crédits contractés ultérieurement dans le cadre du contrat-cadre par les mêmes emprunteur(s), on peut confirmer qu'il est satisfait à l'exigence de déterminabilité et de prévisibilité. Dans la mesure où la cession de créances vise également à garantir n'importe quelle autre dette dans la relation entre l'emprunteur et le prêteur, la condition n'est pas respectée.

(iii) Détermination du montant garanti

Conformément à l'article 61, alinéa 2 de loi sur les sûretés mobilières, auquel renvoie l'article 62 de cette loi, le montant maximal à concurrence duquel les créances sont garanties doit être mentionné précisément.

Ainsi, il est essentiel qu'un montant maximum soit indiqué à concurrence duquel cette sûreté est constituée, ce qui n'est pas le cas dans l'exemple repris.

b. Cession de créances par les tiers constituant de l'hypothèque

Une clause par laquelle un tiers qui octroie une hypothèque et qui n'est donc pas emprunteur ni partie au contrat de crédit est tenu de céder et de déléguer tous les loyers ou fermages à échoir créée par elle-

même un déséquilibre manifeste entre les droits du tiers constituant de l'hypothèque et du prêteur (article I.8.22° CDE). Une telle constitution de sûreté complémentaire doit être indiquée expressément.

(3) Cession de rémunération

Nous avons déjà indiqué ci-dessus que la "cession de rémunération" devait répondre à des conditions strictes conformément à la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs¹⁸⁸.

Dans le deuxième exemple, il est stipulé que l'emprunteur "déclare céder et déléguer, au profit du créancier et/ou de ses ayants droit à titre universel ou particulier qui l'accepte, la quotité cessible et saisissable de tous traitements, indemnités, allocations sociales, pensions ou sommes visés aux articles 1409, 1409 bis et 1410 du Code judiciaire".

Une telle clause est tout d'abord contraire à l'article 27 de la loi concernant la protection de la rémunération des travailleurs: la cession de la rémunération doit être faite par un acte distinct de la créance garantie (crédit hypothécaire). L'exception relative aux cessions constatées par acte authentique (art. 34 de la loi du 12 avril 1965) ne s'applique pas si la cession est consentie en garantie d'un crédit hypothécaire au sens du Livre VII (art. VII.147/2).

Ensuite, comme il ressort de la jurisprudence de la Cour de Cassation¹⁸⁹, la cession de rémunération ne peut pas être détachée de l'obligation garantie, à savoir le crédit spécifique qui est contracté. Une cession de rémunération qui est stipulée comme in casu en garantie du contrat-cadre en général ("l'ouverture de crédit") et toutes les avances ultérieures consenties en exécution de ce contrat-cadre, va trop loin à cet égard.

En outre, cette clause ne tient pas explicitement compte du fait qu'en ce qui concerne la cession de rémunération, ainsi que les indemnités mentionnées dans l'article 1410, § 1er du Code judiciaire, les articles 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33 et 35 de la loi concernant la protection de la rémunération des travailleurs doivent être respectés.

Recommandation n° 12

1. Clauses de mise en gage

En ce qui concerne les clauses de constitution de gage, il convient de faire une distinction selon qu'il s'agit de la mise en gage de biens, de la mise en gage de créances ou de la mise en gage d'instruments financiers.

En ce qui concerne la mise en gage de biens, une telle mise en gage, si le constituant du gage est un consommateur, requiert qu'un écrit soit rédigé conformément, selon les cas, au prescrit de l'article 1325 du Code civil ou de l'article 1326 du Code civil. Ou bien les actes doivent être dressés en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct ; ou bien le constituant du gage doit, à tout le moins, outre sa signature, écrire de sa main un "bon pour" ou un "approuvé", " par lequel la valeur du bien gagé ou des biens gagés est exprimé en toutes lettres.

¹⁸⁸ Voir ci-dessus, Section 1, 3.

¹⁸⁹ Cass. 29 octobre 2001, *R.W.*, 2001-2002, p. 1465; *A.J.T.* 2001-2002, p. 1465; *Ann. Crédit*, 2001, p. 236 avec note critique de M. FORGES, p. 251; Cass. 21 novembre 2005, *D.C.C.R.*, 2006, nr. 71, p. 47, noot E. DE NEVE; Cass. 17 novembre 2005, *Pas.*, 2008/11, p. 2581.

Pour la validité d'une telle mise en gage, il est également requis que l'écrit mentionne la valeur des biens gagés. Une déclaration générale n'est pas conforme à cette disposition et doit par conséquent être considérée comme abusive au sens de la norme générale (article I.8.22° CDE).

La valeur des biens gagés ne peut pas excéder le double de l'étendue du gage. Le gage peut uniquement s'étendre, dans les limites du montant convenu, au principal de la créance garantie et aux accessoires tels les intérêts, la clause pénale et les coûts de réalisation. Si le constituant du gage est un consommateur, ces accessoires ne peuvent toutefois pas être supérieurs à 50 % du principal.

Enfin, s'applique le principe de droit impératif selon lequel l'intervention du juge est toujours nécessaire en cas de réalisation du gage et selon lequel on ne peut pas y déroger par contrat.

En ce qui concerne la mise en gage de créances, la mise en gage doit au moins être prouvée par un écrit contenant la désignation précise des créances grevées et des créances garanties par le gage. Cet écrit, qui sert de preuve de la convention, doit être rédigé, selon le cas, conformément à l'article 1325 ou à l'article 1326 et doit également indiquer précisément les créances grevées, les créances garanties et le montant maximum à concurrence duquel elles sont garanties.

La constitution du gage doit être étroitement liée aux dettes pour lesquelles ce gage est établi. Si un droit de gage est consenti pour une durée indéterminée, il doit être clairement stipulé dans le contrat que le constituant du gage peut résilier le contrat avec un préavis d'au moins 3 mois et de maximum 6 mois. Les conséquences de la résiliation éventuelle doivent également être précisées.

Une mise en gage générale de biens et/ou créances par un tiers garant réel est contraire à l'article I.8.22° CDE.

Si un gage est convenu par un tiers pour garantir un crédit hypothécaire, alors conformément à l'article VII.147/26, § 1er, CDE, les sûretés réclamées ne valent que pour ces montants éventuellement augmentés des intérêts de retard, à l'exclusion de toute autre pénalité ou frais d'inexécution¹⁹⁰.

2. Cession de créance à titre de garantie

En ce qui concerne les clauses de cession de "toutes les sommes dues au cédant", la créance cédée et qui, à ce titre, est l'objet de la cession doit être déterminée ou déterminable conformément à l'article 1129 du Code civil. Dans la mesure où le terme "toutes" vise également n'importe quelle créance qui pourrait naître, une telle cession de créances peut poser problème au regard de l'exigence de déterminabilité et de prévisibilité des créances cédées.

La cession de créances à titre de garantie doit répondre aux exigences énoncées à l'article 61 de la loi sur les sûretés réelles mobilières – à savoir que la cession doit être établie par un écrit qui répond aux exigences de l'article 1325 ou 1326 du Code civil et contenant la désignation précise des créances grevées, des créances garanties et du montant maximal à concurrence duquel elles sont garanties – afin de pouvoir conférer au cessionnaire, sur base de l'article 62 de la loi sur sûretés réelles mobilières, un gage sur la créance cédée.

La cession de créance à titre de garantie doit être étroitement liée aux dettes pour lesquelles ce gage est établi. Si une cession de créance est octroyée pour une durée indéterminée, il doit être clairement

¹⁹⁰ Cela vaut d'ailleurs aussi pour les autres sûretés consenties par des tiers (caution, hypothèque, ...).

stipulé dans le contrat que le constituant du gage peut résilier le contrat avec un préavis d'au moins 3 mois et de maximum 6 mois.

Une cession générale de biens et/ou créances par un tiers garant réel est contraire à l'article 1.8.22° CDE.

3. Mise en gage/ Cession de rémunération

Comme déjà expliqué ci-dessus, la "cession de rémunération" doit répondre à des conditions strictes, conformément à la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs.

Des clauses formulées de manière générale par lesquelles le débiteur déclare céder la partie cessible de sa rémunération au prêteur sont d'abord contraires à l'exigence selon laquelle la cession de rémunération doit être faite par un acte distinct. En outre, la cession ne peut pas être détachée de l'obligation principale dont elle garantit l'exécution.

2.6.5 Solidarité et indivisibilité

§ 1er. Exemples

- Exemple 1

« Les crédités acceptent pour eux-mêmes, leurs héritiers, ayants cause et ayants droit, la clause de solidarité active et passive et d'indivisibilité.

Les crédités se donnent mutuellement procuration pour effectuer ou réceptionner toutes notifications et toutes sommations dans le cadre de la présente convention.

La signature de l'un des crédités engage tous les autres envers la Banque.

La banque pourra, sans y être tenue, s'adresser à chacun d'eux séparément pour toutes les opérations imputables sur l'ouverture de crédit et exiger de chacun d'eux le montant de la créance en principal, intérêts, frais et accessoires, quel que soit le(s) crédit(s) dans le chef duquel elle est née. »

- Exemple 2

Les crédités seront tenus solidairement et indivisiblement à l'exécution de toutes les clauses du présent acte et des conventions d'avance.

La banque peut notamment réclamer la totalité de sa créance en capital, intérêts et accessoires à chacun des crédités, s'il y en a plusieurs, et à chacun des ayants cause universels du ou des crédit(s) décédé(s). Par dérogation aux articles 1210 et 1285 du Code civil, au cas où l'un des crédités ou de leurs ayants droit serait déchargé par la banque, les autres resteraient tenus pour le tout sans que le donneur de crédit doive réserver ses droits à leur égard, sans préjudice du droit de ceux-ci d'exercer leur recours contre le crédit ayant obtenu la décharge.

§ 2. Analyse

A. Droit commun des obligations

Les clauses ici reproduites ont pour but de permettre au prêteur, si le crédit est contracté par plusieurs débiteurs, de poursuivre chacun des débiteurs en paiement de la totalité de la dette, le paiement fait par

un seul libérant tous les autres (aspect solidarité, article 1200 du Code civil). Le caractère indivisible de l'obligation implique que son objet n'est pas susceptible d'exécution partielle (article 1217 du Code civil). Même si l'objet de l'obligation est objectivement divisible (par exemple, un paiement au prorata de la dette), l'indivisibilité de l'obligation peut également être stipulée. L'indivisibilité stipulée en plus de la solidarité aura surtout des effets juridiques par exemple lors de successions : à la suite de l'indivisibilité (stipulée), chacun des héritiers du débiteur sera tenu à la totalité de la dette, et donc pas uniquement la partie de la dette du débiteur concerné.

Comme la solidarité passive et l'indivisibilité stipulée offrent au créancier une garantie supplémentaire contre l'insolvabilité des débiteurs et facilitent fortement la procédure de recouvrement, on retrouve presque toujours, dans les contrats examinés, des clauses qui stipulent la solidarité et l'indivisibilité.

L'article 1202 du Code civil énonce expressément à ce sujet que la solidarité ne se présume point ; il faut qu'elle soit expressément stipulée.

B. Analyse au regard de la législation sur les clauses abusives

- Obligation de fournir une information claire au sujet de l'engagement solidaire et indivisible

Comme l'engagement solidaire et indivisible de chacun des débiteurs constitue une exception au principe de l'engagement pro rata de chacun d'eux, il convient d'attirer expressément l'attention des emprunteurs concernés sur une telle clause.

En effet, un tel engagement solidaire et indivisible peut entraîner un engagement contractuel aux lourdes conséquences pour certains débiteurs, comme par exemple pour les parents d'un des emprunteurs qui cosignent le contrat de crédit hypothécaire.

- Uniquement possible pour les crédits contractés ensemble, pas pour les autres dettes individuelles du co-emprunteur;

Les exemples ici reproduits se rencontrent dans des contrats-cadres de crédit. Cela a pour conséquence que la solidarité s'applique non seulement au crédit hypothécaire conclu, mais également à tout autre crédit repris dans le contrat-cadre.

Dans le premier exemple, il est stipulé que le principe de solidarité entre débiteurs qui ont signé le contrat-cadre s'applique "quel que soit le(s) crédit(s) dans le chef duquel elle est née". Cela signifie que le principe de solidarité et d'indivisibilité s'appliquerait aux autres dettes qu'un des emprunteurs aurait contractées séparément.

Une telle extension du principe de solidarité et d'indivisibilité aux dettes étrangères à l'un des débiteurs revient à une constitution de sûreté par un tiers pour toutes autres dettes et est par conséquent contraire à l'article VII.147/26 CDE ; elle peut également être considérée comme une clause abusive au sens de la norme générale (article I.8.22° CDE).

- Dérogation contractuelle à l'article 1285 du Code civil

Dans le deuxième exemple, le prêteur stipule que la remise de dette à l'un des débiteurs a, par dérogation à l'article 1285 du Code civil, pour conséquence que les autres restent liés pour l'ensemble de la dette.

L'article 1285 du Code civil énonce d'abord que la remise au profit de l'un des codébiteurs solidaires, libère tous les autres, à moins que le prêteur n'ait expressément réservé ses droits contre ces derniers

débiteurs. Si le prêteur stipule expressément une telle réserve, il ne peut plus répéter la dette que déduction faite de la part de celui auquel il a fait la remise.

Une telle dérogation aux principes normaux en matière de remise de dette et à ses conséquences sur l'engagement des autres débiteurs peut manifestement léser les droits de ces débiteurs, puisqu'ils acceptent à l'avance de rester tenus d'une partie de la dette pour laquelle ils ne devraient normalement plus être tenus. On peut par conséquent considérer qu'une telle dérogation est contraire à la norme générale en matière de clauses abusives (article I.8.22° CDE).

Recommandation n° 13

Comme l'engagement solidaire et indivisible de chacun des débiteurs constitue une exception au principe de l'engagement au pro rata de chacun des débiteurs, il faut expressément attirer l'attention des emprunteurs concernés sur une telle clause.

Les clauses de solidarité et d'indivisibilité peuvent uniquement s'appliquer aux dettes contractées ensemble. La convention-cadre ne peut pas prévoir la solidarité et l'indivisibilité pour les autres dettes personnelles qu'un des emprunteurs contracterait séparément. En ce cas, il s'agirait en effet de la constitution d'une sûreté par un tiers pour toutes dettes du débiteur, ce qui est contraire à l'article VII.147/26 CDE ; cette clause peut également être considérée comme abusive au sens de la norme générale (article I.8.22° CDE).

Une dérogation contractuelle à l'article 1285 du Code civil, qui a pour conséquence que les autres débiteurs acceptent à l'avance de rester tenus de la part de la dette du codébiteur solidaire qui obtiendrait une remise, est, selon la CCS clauses abusives, contraire à la norme générale en matière de clauses abusives (art. I.8.22° CDE).

2.6.6 Compensation et unicité de compte

§ 1. Exemples

- Exemple 1er

« Sauf clause contraire expresse, l'ouverture de crédit est utilisable en compte courant.

Les divers comptes, dont un client est titulaire dans un ou plusieurs sièges du prêteur forment, sauf convention contraire et pour autant que leurs modalités de fonctionnement le permettent, les compartiments d'un compte unique et indivisible. Le prêteur peut, à tout moment, sur simple avis, opérer des transferts d'un compartiment à l'autre, de solde débiteur à solde créditeur, afin de dégager un solde unique.

Si certains compartiments sont en devises étrangères, ils font partie de ce compte unique. En cas de clôture, les devises étrangères sont converties en euro aux frais du client, de sorte que le solde final du compte soit exprimé en euros ».

- Exemple 2

“9.1. Tous les engagements, exigibles ou non, de l'emprunteur envers le Prêteur qui résultent d'opérations préalables, simultanées ou consécutives aux présents engagements, sont ou seront imputables sur le crédit autorisé, et ce sans que la Banque soit tenue d'en informer l'emprunteur préalablement.

9.2. En cas d'exigibilité de montants quelconques résultant de l'utilisation du présent crédit ou de la présente ouverture de crédit ou de quelconques engagements envers le Prêteur, cette dernière imputera, tout en informant l'emprunteur, tous les montants qui reviennent à l'emprunteur, tant à sa demande qu'à la demande de tiers, garants ou non.

Toute réduction de facilités existantes et futures éventuelles accordées à l'emprunteur, sera, sauf décision contraire expresse du Prêteur, opérée par priorité au niveau des engagements non garantis par une hypothèque. Cela vaut également pour tous les remboursements ».

§ 2. Analyse

1. Notion et distinction entre "unicité de compte" et "clauses de compensation"

Le premier exemple concerne une clause d'unicité de compte, le deuxième exemple peut être considéré comme une clause de compensation.

Dans les clauses d'unicité de compte, les parties conviennent que les différents comptes qui existent entre elles ne constituent que les parties d'un même compte courant et ne concernent que des sous-divisions comptables d'un seul compte. Dans les clauses de compensation, il est convenu que les soldes de comptes juridiquement distincts peuvent être compensés entre eux. Il n'est alors pas question d'un seul compte.

La clause d'unicité de compte crée donc une unité juridique entre tous les comptes distincts, alors que la clause de compensation concerne seulement des comptes juridiquement indépendants. On peut donc dire que la clause de compensation fonctionne de manière complémentaire par rapport à la clause d'unicité de compte : si l'unicité de compte est rejetée parce que l'on juge que les différents comptes doivent être considérés comme juridiquement indépendants, on peut recourir à la clause de compensation.

Les clauses d'unicité de compte et les clauses de compensation ont, en plus du fait que la compensation entre les différents soldes est facilitée, surtout une fonction de sûreté : le créancier impayé peut, en vertu de telles clauses, opérer la compensation avec d'autres créances qu'il a envers le débiteur et ainsi échapper au concours avec les autres créanciers¹⁹¹.

¹⁹¹ La question de l'opposabilité aux tiers de telles clauses dépassent les limites du présent avis. Sans prétendre à l'exhaustivité, la Commission mentionne la disposition suivante. Art. 4, § 2, de la loi du 15 décembre 2004 relative aux sûretés financières et portant des dispositions fiscales diverses en matière de conventions constitutives de sûreté réelle et de prêts portant sur des instruments financiers, M.B. 1er février 2005. En vertu de l'article 14, § 1er, de cette loi : "Les conventions de netting, ainsi que les clauses et conditions résolutoires ou de déchéance du terme stipulées pour permettre la novation ou la compensation, peuvent, sans mise en demeure ni décision judiciaire préalable, nonobstant toute cession des droits sur lesquelles elles portent, en cas de procédure d'insolvabilité, de saisie ou de toute situation de concours, être opposées aux créanciers si la créance et la dette à novover ou à compenser existent lors de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité ou de la survenance de la saisie ou d'une situation de concours, quels que soient la date de leur exigibilité, leur objet ou la monnaie dans laquelle elles sont libellées. » Néanmoins, l'article 14, § 2, tel que complété par la loi du 26 septembre 2011, énonce ce qui suit : "Le § 1er du présent article ne s'applique pas aux conventions de netting ainsi qu'aux clauses et conditions résolutoires ou de déchéance du terme stipulées pour permettre la novation ou la compensation, conclues entre ou avec des personnes physiques non commerçantes. (...)".

2. Contrôle au regard des dispositions en matière de clauses abusives

2.1. Clauses d'unicité de compte

Comme il ressort de l'exemple reproduit, le prêteur s'octroie le droit unilatéral de faire à sa guise des transferts d'un compartiment (compte) vers un autre. Une telle "partijbeslissing" « décision de la partie » est interdit dans les contrats conclus avec les consommateurs en vertu de l'article VI.83, 6° CDE.

Il faudrait au moins indiquer dans quelles circonstances justifiées objectivement le prêteur aurait le droit d'effectuer des transferts d'un compte vers un autre afin de ne pas violer l'interdiction d'interpréter unilatéralement certaines clauses du contrat.

Ensuite, une clause d'unicité de compte doit, comme il ressort également de l'arrêt de la Cour d'Appel de Liège du 26 janvier 2007¹⁹², tenir compte des particularités suivantes :

- 1) la nature spécifique de certains comptes,
- 2) les différents termes auxquels ces sous comptes sont soumis,
- 3) le fait qu'une sûreté est consentie exclusivement en garantie d'une convention déterminée.

2.2. Clause de compensation

En ce qui concerne la clause de compensation dans l'exemple 2, le prêteur s'octroie le droit unilatéral 'd'imputer' n'importe quel montant sur le crédit, ici même sans que le prêteur en avertisse préalablement le consommateur s'il s'agit de créances du prêteur vis-à-vis du consommateur. Comme déjà indiqué, une telle "partijbeslissing" « décision de la partie » est, dans les contrats conclus avec les consommateurs, contraire à l'article VI.83, 6° CDE. Il faudrait au moins indiquer dans quelles circonstances justifiées objectivement le prêteur aurait le droit de procéder à une telle imputation.

Dans l'alinéa 2, le prêteur se réserve en outre le droit, en cas d'exigibilité de montants qui lui sont dus en raison de l'utilisation du crédit ou de tous autres engagements à son égard, d'imputer sur ceux-ci, tous montants qui lui parviendraient au bénéfice de l'emprunteur, qu'il s'agisse d'un versement effectué par le prêteur lui-même ou par des tiers, garants ou non.

En droit commun, une clause conventionnelle de compensation peut déroger à ce que prescrit le Code civil en la matière (deux créances réciproques, entre deux personnes en la même qualité, somme d'argent ou choses fongibles, dettes exigibles, dettes liquides). Une telle dérogation conventionnelle aux principes généraux légaux doit relever de la volonté commune des parties. Afin de rendre acceptable un tel consentement, l'obligation d'information et de transparence va jouer pour partie un rôle.

Pour de telles clauses contractuelles, il faut cependant toujours tenir compte de la nature spécifique de certaines dettes à terme ou des dettes contractées sous condition suspensive¹⁹³. La clause de compensation ne peut pas aboutir à contourner les dispositions qui protègent le consommateur à l'égard des clauses d'exigibilité immédiate du crédit. Elle est de même susceptible d'être dangereuse pour le consommateur dans la mesure où elle aboutirait à le priver des montants qui lui reviennent alors qu'il

¹⁹² Liège (12de Chambre), 26 janvier 2007, *D.C.C.R.*, n° 78, 2008, (73-95), p. 90-91.

¹⁹³ Voir dans le même sens CCA France, Recommandation 04/03 Prêt immobilier, BOCCRF du 30/09/2004, C. sur la compensation, à consulter via le site internet de la CCA française : <http://www.clauses-abusives.fr/recommandation/pre-immobilier/>.

existe une contestation sérieuse au sujet des montants que le prêteur lui réclame et avec lesquels ce dernier entend opérer la compensation.

Ensuite, seul le prêteur s'octroie, en vertu de ces clauses, le droit de compenser et, inversement, ce même droit n'est pas octroyé au consommateur par cette clause¹⁹⁴. L'article VI.83, 16° CDE dispose à cet égard que sont en tout cas abusives, les clauses qui ont pour objet d'interdire au consommateur de compenser sa dette envers l'entreprise par une créance qu'il aurait sur elle."¹⁹⁵

Recommandation n° 14

Les clauses d'unicité de compte doivent au moins indiquer dans quelles circonstances objectives et justifiées le prêteur aurait le droit d'effectuer des transferts d'un compte à l'autre.

A ce sujet, il convient de tenir compte des particularités suivantes :

- 1) la nature spécifique de certains comptes,*
- 2) les différents termes auxquels ces sous comptes sont soumis,*
- 3) le fait qu'une sûreté est consentie exclusivement en garantie d'une convention déterminée.*

Les clauses de compensation ne peuvent pas non plus octroyer au créancier un droit discrétionnaire de compensation. Lors de la formulation de ces clauses, il faut toujours tenir compte d'exigences objectives minimales, comme la nature spécifique de certaines dettes à terme ou des dettes contractées sous conditions suspensives.

Si le prêteur s'octroie le droit de procéder à la compensation conventionnelle, il découle de l'exigence d'équilibre entre les droits et les obligations des parties et de l'article VI.83, 16° CDE que le consommateur doit également pouvoir opérer la compensation avec les dettes que le prêteur aurait à son égard¹⁹⁶.

2.7 Cession de créance ou de contrat par le prêteur

§ 1er. Exemples

- Exemple 1er.

« Les crédités consentent à ce que la créance objet des présentes soit cédée, avec ses sûretés, par des endos à ordre tracés sur les grosses qui seront délivrées, sans qu'il soit nécessaire de leur signifier chaque cession et d'en faire la mention en marge de l'inscription qui sera prise en vertu des présentes. Il sera pris inscription contre les crédités au profit du créancier et au profit de tous ceux qui, par suite du dernier endos, seront titulaires de la créance. Les divers endosseurs garantissent l'existence de la créance pour le montant indiqué dans l'endossement, mais non la solvabilité des crédités.

¹⁹⁴ Voir dans le même sens Liège (12ème Chambre), 26 janvier 2007, dans *D.C.C.R.*, n° 78, 2008, (73-95), p.92.

¹⁹⁵ Il faut réserver l'application de l'article 6 de la loi du 3 août 2012 relative à des mesures diverses pour faciliter la mobilisation de créances dans le secteur financier mais sous réserve de sa conformité aux articles 10 et 11 de la Constitution.

¹⁹⁶ Il faut réserver l'application de l'article 6 de la loi du 3 août 2012 relative à des mesures diverses pour faciliter la mobilisation de créances dans le secteur financier mais sous réserve de sa conformité aux articles 10 et 11 de la Constitution.

Les intérêts feront l'objet, au jour de leur échéance, d'une répartition, prorata temporis, entre endosseur et endossataire.

Le créancier donnera mainlevée en justifiant au notaire qu'aucune grosse n'a été délivrée ou en produisant à celui-ci la grosse non revêtue d'endossement. En cas d'endossement, seul le dernier endossataire peut donner mainlevée. A cet effet, il produira au notaire, la grosse revêtue d'une suite ininterrompue d'endossements dont le dernier à son profit.

Dans tous les cas, Monsieur le Conservateur des hypothèques sera tenu de radier avant comme après paiement, sans devoir exiger la production de la grosse ou d'un acte authentique de cession. »

- Exemple 2

«En outre, le Prêteur peut, autorisé ici expressément par l'emprunteur, céder à un tiers la créance à charge de l'emprunteur; les frais relatifs à l'acte de subrogation et les inscriptions et virement y liés sont à la charge de l'emprunteur lorsque la cession résulte d'un défaut de paiement de la part de l'emprunteur.»

- Exemple 3

« La banque peut céder à des tiers, totalement ou partiellement, l'ouverture de crédit, toutes avances (sous forme de crédits-logement ou toute autre forme et durée) ainsi que de manière générale tous autres montants consentis en exécution de l'ouverture de crédit et/ou imputable sur celle-ci. Elle peut pareillement subroger un tiers, totalement ou partiellement, dans ces droits. »

- Exemple 4

« Le créancier peut céder à des tiers, totalement ou partiellement, l'ouverture de crédit, toutes avances (sous forme de prêts, crédits ou sous toute autre forme et durée) ainsi que de manière générale tous autres montants consentis en exécution de l'ouverture de crédit et/ou imputables sur celle-ci. Il peut pareillement subroger un tiers, partiellement ou totalement, dans ses droits. »

§ 2. Analyse en droit commun et dispositions spécifique dans le livre VII CDE

Une clause de cession des droits découlant de l'ouverture de crédit est en principe valable. La cession effective n'est opposable au débiteur cédé qu'à partir du moment où elle a été notifiée au débiteur cédé ou reconnue par celui-ci expressément ou tacitement¹⁹⁷.

En cas de cession d'une créance hypothécaire ou privilégiée, il convient en outre de tenir compte de l'article 5 de la loi hypothécaire.

Sur la base de cette disposition, le cessionnaire peut uniquement opposer aux tiers (autres que le débiteur) la cession d'une créance privilégiée ou hypothécaire inscrite si elle découle d'un jugement, d'un acte authentique ou d'un acte sous seing privé reconnu en justice ou devant notaire et s'il est fait mention, en marge de l'inscription, de la date et de la nature du titre du cessionnaire, avec indication des nom, prénom, profession et domicile des parties¹⁹⁸.

¹⁹⁷ Art. 1690, alinéa 2, Code civil.

¹⁹⁸ Article 5 juncto article 2 loi Hyp.

Cette exigence de forme particulière ne s'applique cependant pas:

- aux créances garanties par une hypothèque, aux créances pour lesquelles a été stipulé un droit d'exiger une garantie hypothécaire, en ce compris un mandat hypothécaire ou une promesse d'hypothèque ainsi qu'aux créances garanties par un privilège sur immeuble, qui sont cédées à organisme de mobilisation¹⁹⁹, un établissement de crédit belge²⁰⁰ un établissement financier²⁰¹, ou à un patrimoine spécial ou un compartiment de cette institution ; dans ce cas, la cession est opposable aux tiers sans exigence de forme solennelle²⁰². A leur demande, le cédant devra fournir aux tiers les informations nécessaires sur l'identité du cessionnaire²⁰³.
- en cas de grosse hypothécaire²⁰⁴. Cette technique, qui a été développée pour faciliter la mobilisation de créances hypothécaires en évitant les exigences de l'article 1690 du Code civil et de l'article 5 de la loi hypothécaire, consiste en cas de crédit hypothécaire à reprendre une clause au porteur ou à ordre dans la grosse de l'acte de prêt hypothécaire.²⁰⁵ Cette grosse hypothécaire constitue un titre propre qui, une fois mis en circulation, donne au titulaire un droit propre au paiement d'une somme d'argent aux conditions mentionnées dans le titre même – le titulaire ne succédant pas au cédant dans ses droits à l'égard du débiteur cédé qui ne peut par conséquent pas se prévaloir des exceptions et moyens de défense dont il pouvait se prévaloir à l'égard du cédant²⁰⁶; à la cession dans le cadre d'une réorganisation d'une entreprise (par exemple, fusion, scission), auquel cas la publication au Moniteur belge rend la cession opposable aux tiers²⁰⁷.

¹⁹⁹ Au sens de l'article 2, 5° de la loi du 3 août 2012 relative à des mesures diverses pour faciliter la mobilisation de créances dans le secteur financier (MB 24 août 2012, 50674), dont les organismes de placement collectif publics en créances et les organismes de placement collectif en créances institutionnels.

²⁰⁰ Au sens de l'article 1er, § 3 de la loi du 25 avril 2014 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit et des sociétés de bourse (MB 7 mai 2014, 36794), à savoir les entreprises belges ou étrangères dont l'activité consiste à recevoir du public des dépôts d'argent ou d'autres fonds remboursables et à octroyer des crédits pour leur propre compte. Pour l'application de l'article 81quater de la loi hypothécaire, cette notion couvre également les patrimoines spéciaux d'établissements de crédit qui émettent des 'covered bonds' belges.

²⁰¹ Au sens de l'article 3, 12° de la loi du 15 décembre 2004 relative aux sûretés financières et portant des dispositions fiscales diverses en matière de conventions constitutives de sûreté réelle et de prêts portant sur des instruments financiers (MB 1er février 2005, 2961), notamment les entreprises qui ne sont pas des établissements de crédit mais dont l'activité principale consiste en l'acquisition de participations ou l'exercice de certaines activités d'établissement de crédit, comme l'entreprise de crédit hypothécaire, les entreprises de crédit à la consommation et les entreprises de location-financement ou "leasing".

²⁰² Article 81quater, § 1er juncto article 81ter de la loi hypothécaire.

²⁰³ Article 81quater, § 1er *in fine* loi hypothécaire, tel qu'inséré dans la section 5 de la loi hypothécaire du 16 décembre 1851 par l'article 21 de la loi du 19 avril 2014 portant insertion du livre VII "Services de paiement et de crédit" dans le *Code de droit économique*, portant insertion des définitions propres au livre VII et des peines relatives aux infractions au livre VII, dans les livres I et XV du Code de droit économique, et portant diverses autres dispositions (MB 28 mai 2014, 41686) en remplacement de l'ancien article 51 de la loi du 4 août 1992 relative au crédit hypothécaire, tel que modifié par l'article 12 de la loi du 3 août 2012 relative à des mesures diverses pour faciliter la mobilisation de créances dans le secteur financier (MB 24 août 2012, 50674) et abrogé par l'article 53 de la loi du 19 avril 2014 portant insertion du livre VII "Services de paiement et de crédit" dans le *Code de droit économique*, portant insertion des définitions propres au livre VII et des peines relatives aux infractions au livre VII, dans les livres I et XV du Code de droit économique, et portant diverses autres dispositions (MB 28 mai 2014, 41686).

²⁰⁴ Les articles 81ter à 81octies de la loi hypothécaire s'appliquent une cession de créance intégrée à une grosse hypothécaire au profit de ou par un établissement de crédit belge, un établissement financier, ou un patrimoine spécial ou un compartiment de ces institutions sans qu'un endossement ou une remise du titre au cessionnaire ou au créancier gagiste ne soit nécessaire (voir article 81nonies de la loi hypothécaire).

²⁰⁵ R. FELTKAMP, *De overdracht van schuldvorderingen. Naar een eenvormige tegenwerpbaarheidsregeling voor overdrachten in de burgerrechtelijke en handelsrechtelijke sfeer?*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 792.

²⁰⁶ R. FELTKAMP, *De overdracht van schuldvorderingen. Naar een eenvormige tegenwerpbaarheidsregeling voor overdrachten in de burgerrechtelijke en handelsrechtelijke sfeer?*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 792-793.

²⁰⁷ Article 81undecies de la loi hypothécaire, sans préjudice de l'article 78 de la loi du 25 avril 2014 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit et des sociétés de bourse.

La Section V de la loi hypothécaire, intitulée “Des cessions de créances privilégiées et hypothécaires” contient, en plus des exceptions déjà mentionnées à l’article 5 de la loi hypothécaire, des dispositions qui règlent notamment les aspects suivants:

- la possibilité de céder des avances consenties dans le cadre notamment d’une ouverture de crédit hypothécaire²⁰⁸;
- le rang entre les avances cédées et les autres avances²⁰⁹ ou entre les créances cédées²¹⁰;
- l’hypothèque consenties pour des dettes existantes et futures, déterminées ou déterminables sur base de la description des créances garanties figurant dans l’acte d’hypothèque est étendue aux créances qui sont déjà cédées par le créancier hypothécaire à un organisme de mobilisation, un établissement de crédit belge, un établissement financier, ou à un patrimoine spécial ou un compartiment de ces institutions à condition que cette cession n’ait pas encore été notifiée au débiteur de la créance ni reconnue par ce débiteur au moment de la constitution de l’hypothèque²¹¹;
- les dispositions relatives au mandat hypothécaire et à la promesse d’hypothèque²¹².

Ensuite, il convient de tenir compte des dispositions spécifiques du livre VII. Il faut en particulier attirer l’attention sur les articles VII.147/17, VII.147/18, et VII.147/19 CDE. Ces dispositions s’appliquent cependant uniquement aux crédits hypothécaires avec une destination mobilière.

En vertu de l’article VII.147/17 CDE, les crédits hypothécaires avec une destination mobilière ou la créance résultant de ces contrats de crédit ne peuvent être cédés qu’à ou après subrogation, n’être acquis que par un prêteur agréé ou enregistré en vertu du livre VII ou par d’autres institutions énumérées dans cette disposition.

L’article VII.147/18 CDE exige une notification de la cession par envoi recommandé, sauf lorsque la cession ou la subrogation immédiate est expressément prévue dans le contrat, en mentionnant l’identité du cessionnaire ou du tiers subrogé dans le contrat de crédit.

L’article VII.147/19 CDE énonce que le consommateur, en cas de cession ou de subrogation, conserve à l’égard du cessionnaire ou du créancier subrogé les moyens de défense, en ce compris le recours à la compensation.

§ 3. Contrôle du caractère abusif

a. Transparence

Dans le premier exemple, l’emprunteur reconnaît la technique de la grosse hypothécaire. Cela implique la cessibilité de la créance au porteur ou à ordre. Cela a pour conséquence que la créance hypothécaire reprise dans la grosse hypothécaire constitue un titre propre qui peut être cédé au porteur, sans que cette cession doive être notifiée au débiteur (exigence de l’article 1690 du Code civil), ni être constatée par acte authentique (exigence de l’article 5 de la loi hypothécaire) et sans que le débiteur ne puisse se prévaloir des exceptions et des moyens de défense dont il disposait vis-à-vis du créancier initial. Les

²⁰⁸ Article 81*quater*, § 2 de la loi hypothécaire.

²⁰⁹ Article 81*quater*, § 2 de la loi hypothécaire.

²¹⁰ Article 81*quinquies* de la loi hypothécaire.

²¹¹ Artikel 81*quater*, § 4 de la loi hypothécaire.

²¹² Voir les articles 81*sexies* et 81*septies* de la loi hypothécaire .

alinéas suivants de cette clause précisent surtout les conséquences de la grosse hypothécaire pour l'endosseur et les endossataires, le rôle du notaire et du conservateur des hypothèques, mais pas les conséquences de la technique de la grosse hypothécaire pour l'emprunteur. Cette clause est donc contraire à l'exigence de transparence, sur la base de laquelle le consommateur doit pouvoir comprendre la portée d'une telle disposition et évaluer les conséquences économiques qui en découlent pour lui.

Les autres exemples posent moins de problèmes en ce qui concerne l'exigence de transparence. Le prêteur stipule qu'il a de façon générale le droit de céder, totalement ou partiellement, à des tiers n'importe quelle créance qui découle du contrat-cadre.

b. Examen du fond

- Crédits avec une destination mobilière

S'il s'agit d'un crédit hypothécaire avec une destination mobilière, il convient de tenir compte des articles VII.147/17, VII.147/18 et VII.147/19 CDE. Comme cela a déjà été expliqué, de tels crédits ne peuvent être cédés qu'à ou après subrogation, n'être acquis que par un prêteur agréé ou enregistré en vertu du livre VII ou par d'autres institutions énumérées dans cette disposition (art. VII.147/17). En outre, une telle cession ne peut jamais avoir pour conséquence de faire perdre au consommateur les moyens de défense dont il dispose conformément au contrat de crédit, en ce compris le recours à la compensation.

Les clauses qui octroient de manière générale au prêteur le droit de céder de tels crédits sont par conséquent déjà contraires à l'article VII.147/17 CDE et une telle possibilité de cession stipulée de manière générale sans garantir les moyens de défense est également contraire à l'article VII.147/19 CDE (et article VI.83, 31° CDE). L'article VII.210 énonce en outre que les obligations du consommateur sont réduites de plein droit au montant du crédit prélevé lorsque la cession du contrat (ou bien la cession des ou la subrogation dans les droits découlant d'un contrat de crédit) a eu lieu au mépris des conditions posées par l'article VII.147/17.

Une telle dérogation contractuelle à ces dispositions protectrices du consommateur est également abusive au sens de l'article I.8.22° CDE.

- Crédits avec une destination immobilière

Les clauses par lesquelles une entreprise se réserve la possibilité de céder le contrat sont abusives, lorsque cette cession est susceptible d'engendrer une diminution des garanties pour le consommateur, sans l'accord de ce dernier (art. VI.83, 31° CDE). En stipulant de manière générale que le prêteur a le droit de céder à des tiers, totalement ou partiellement, l'ouverture de crédit et toutes avances et de subroger totalement ou partiellement ce tiers dans les droits du prêteur, les clauses reprises ici sont visées par l'article VI.83, 31° CDE. Il faudrait au moins prévoir qu'une telle cession n'est pas susceptible d'engendrer une diminution des garanties pour le consommateur²¹³.

En ce qui concerne le premier exemple, la technique de la grosse hypothécaire a notamment pour conséquence que l'emprunteur ne peut, par définition, pas se prévaloir des exceptions et moyens de défenses résultant du contrat de crédit conclu et le consommateur se voit, par définition, retirer la possibilité de faire valoir ses moyens de défense. Une telle disposition est, par définition, contraire à l'article VI.83, 31° CDE. Une telle clause a en outre pour objet d'interdire au consommateur de demander la résolution du contrat dans le cas où le prêteur n'exécute pas ses obligations (art. VI.83, 7° CDE),

²¹³ Il faut réserver, sous réserve de leur constitutionnalité, l'application des articles 3bis, 3ter et 6 de la loi du 3 août 2012 relative à des mesures diverses pour faciliter la mobilisation de créances dans le secteur financier.

d'interdire au consommateur de se prévaloir de l'exception d'inexécution (art. VI.83, 9° CDE) ou d'interdire au consommateur de compenser sa dette (art. VI.83, 16° CDE).

La technique de la grosse hypothécaire, qui a pour conséquence que la créance devient abstraite, le consommateur ne pouvant pas se prévaloir des exceptions et moyens de défense liés au contrat de crédit, est en un certain sens proche de la lettre de change. C'est justement pour protéger le consommateur contre une telle abstraction de son obligation de paiement que l'article VI.39 interdit l'utilisation de la lettre de change vis-à-vis du consommateur. Cette interdiction s'applique sans aucune limitation²¹⁴ au crédit hypothécaire depuis la réforme issue de la loi du 22 avril 2016 (art. VI.147/1 CDE). Vu cette parenté avec la lettre de change, l'interdiction de se prévaloir de toutes les exceptions et moyens de défense, comme cela découle de la technique de la grosse hypothécaire, constitue également une clause abusive au sens de la norme générale (art. I.8.22° CDE).

- Cession dans le cadre du recouvrement de créance : numerus clausus des clauses pénales

Dans le deuxième exemple, le prêteur se réserve le droit de céder la créance à un tiers et d'imputer les frais de cession de la créance à charge de l'emprunteur lorsque la cession est consécutive à un défaut de paiement de la part de l'emprunteur.

Cette clause vise en particulier l'hypothèse d'une cession de créance en vue du recouvrement amiable de la dette impayée. Prévoir de tels frais, qui ne sont pas admis comme indemnité par la législation sur le crédit hypothécaire, va à l'encontre de l'interdiction de l'article VII.147/22, § 6 CDE. Une telle clause est par conséquent interdite et réputée non écrite. Demander de tels frais est en outre contraire à l'article 3, § 2, cinquième tiret, et à l'article 5, de la loi du 20 décembre relative au recouvrement amiable des dettes du consommateur.

Recommandation n° 15

En vertu des articles VII.147/17, VII.147/18, et VII.147/19 CDE, les crédits hypothécaires avec une destination mobilière ne peuvent être cédés qu'à ou après subrogation, n'être acquis que par un prêteur agréé ou enregistré en vertu du livre VII ou d'autres institutions énumérées dans cette disposition (art. VII.147/17 CDE). Les clauses qui octroient de manière générale au prêteur la possibilité de céder de tels crédits sont par conséquent déjà contraires à l'article VII.147/17 CDE et une telle possibilité de cession stipulée de manière générale sans garantir les moyens de défense est également contraire à l'article VII.147/19 CDE (et article VI.83, 31° CDE).

En ce qui concerne les clauses de cession de droits résultant du contrat-cadre en matière de crédit, pour ce qui concerne les crédits hypothécaires avec une destination immobilière, les clauses par lesquelles une entreprise se réserve la possibilité de céder le contrat sont abusives, lorsque cette cession est susceptible d'engendrer une diminution des garanties pour le consommateur, sans l'accord de ce dernier (art. VI.83, 31° CDE) ²¹⁵.

En ce qui concerne la possibilité de céder le crédit à ordre par l'endossement de la grosse, de telles clauses ont, par définition, pour conséquence que l'emprunteur ne peut, par définition, pas se prévaloir des exceptions et moyens de défense résultant du contrat de crédit conclu et que le consommateur se

²¹⁴ Comparez avec l'ancien article 20 de la loi du 4 août 1992 relative au crédit hypothécaire.

²¹⁵ Il faut réserver, sous réserve de leur constitutionnalité, l'application des articles 3bis, 3ter et 6 de la loi du 3 août 2012 relative à des mesures diverses pour faciliter la mobilisation de créances dans le secteur financier.

voit, par définition, retirer la possibilité de se prévaloir de ses moyens de défense. Une telle clause est par conséquent contraire aux articles VI.83, 31° et VII.147/1 CDE²¹⁶.

Les clauses par lesquelles le prêteur se réserve le droit, en cas de défaut de paiement, de céder la créance à un tiers en vue du recouvrement amiable de la dette impayée et par lesquelles les frais de la cession de la créance sont mis à charge de l'emprunteur méconnaissent l'interdiction de l'article VII.147/22, § 6 CDE et sont en outre contraires à l'article 3, § 2, cinquième tiret et à l'article 5 de la loi du 20 décembre relative au recouvrement amiable des dettes du consommateur.

2.8 Expropriation et saisie-exécution

- Exemple

“Aucune contestation ne pourra arrêter ou suspendre les poursuites éventuellement exercées en vertu de la grosse des présentes qui sera délivrée au prêteur par le notaire soussigné auquel les parties en font la réquisition expresse, l'existence et le montant de la créance de la banque étant établis entre autres et à suffisance par l'extrait de compte courant”.

- Analyse

Cette clause a déjà été en partie analysée ci-dessus, en lien avec l'exigence de transparence²¹⁷.

Comme mentionné ci-dessus, une telle clause est tout d'abord contraire à l'exigence de transparence : les clauses qui donnent l'impression au consommateur qu'il ne peut même pas bénéficier de la protection légale minimale sont une forme particulièrement grave de clauses abusives²¹⁸. En donnant l'impression que le consommateur n'a aucun droit et ne peut se prévaloir d'aucun moyen de recours lors de la réalisation de l'hypothèque, cette clause est déjà à ce point contraire à l'obligation de transparence qu'elle est abusive. Le consommateur a par exemple le droit de faire opposition à une saisie²¹⁹, notamment pour contester l'existence du titre exécutoire et son caractère actuel. Le consommateur doit aussi pouvoir contester l'extrait de compte sur la base d'autres éléments. Il doit également pouvoir soulever le caractère abusif de l'une ou l'autre clause²²⁰.

De plus, une telle clause est contraire à l'article VI.83, 22° CDE, de la liste noire puisque l'on fait croire au consommateur qu'il n'a aucun moyen de recours contre l'entreprise en cas de conflit.

La clause citée ci-dessus concerne plus fondamentalement la problématique du rapport entre la procédure au fond et la procédure d'exécution forcée devant le juge des saisies. Alors qu'il était admis en Espagne que les deux procédures pouvaient exister parallèlement et que des plaintes sur le fondement de l'action ne pouvaient pas empêcher ou suspendre la procédure d'exécution, depuis l'arrêt

²¹⁶ Il faut réserver, sous réserve de leur constitutionnalité, l'application des articles 3bis, 3ter et 6 de la loi du 3 août 2012 relative à des mesures diverses pour faciliter la mobilisation de créances dans le secteur financier.

²¹⁷ Voir Chapitre 1er, Section 2, c. Exigence de transparence (p. 8-9).

²¹⁸ Voir CCA 32, Avis relatif aux clauses visant, dans des contrats d'achat d'un terrain à bâtir, la construction par une entreprise déterminée (15 février 2012), p. 15.

²¹⁹ Ensuite, on peut faire remarquer que toute exécution ou saisie à laquelle il est procédé en vertu d'un jugement ou d'un autre acte authentique doit précéder, à peine de nullité, d'une tentative de conciliation devant le juge des saisies, qui doit être actée à la feuille d'audience. Art. VII.147/24, alinéa premier, CDE

²²⁰ Cet élément a justement fait l'objet de plusieurs arrêts de la Cour européenne de Justice, dont l'arrêt: CJUE, 14 mars 2013, n° C-415/11, Aziz, ECLI:EU:C:2013:164.

Aziz du 14 mars 2013 de la Cour européenne de Justice²²¹, les questions de fond relatives aux clauses abusives doivent être examinées ensemble dans le cadre de la procédure d'exécution pour voir si le consommateur bénéficie d'une protection effective en vertu des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union (in casu la directive 1993/13/CEE clauses abusives), afin de vérifier s'il y a un réel équilibre qui restaure l'égalité entre les parties.

Si l'expropriation du bien hypothéqué a déjà eu lieu avant le jugement civil ou 'déclaratoire' (comme c'était le cas en Espagne dans l'arrêt Aziz) et que cela a entraîné un dommage irréparable pour le consommateur, il est alors question d'une infraction à la protection légale du consommateur, notamment sur la base de la directive 1993/13 sur les clauses abusives. Le consommateur doit par conséquent également pouvoir soulever, dans la procédure d'exécution, des moyens de défense concernant le caractère abusif de clauses de l'acte de crédit, qui peuvent déboucher sur la prise de mesures provisoires, comme la suspension de la procédure d'exécution, lorsque cela est nécessaire pour garantir les droits du consommateur.

Le juge des saisies doit donc également vérifier d'office si la créance qui sert de fondement à la procédure d'exécution, ne contient pas de clauses abusives. Pour ces motifs, les clauses qui interdisent au consommateur de soulever le caractère abusif de certaines clauses de l'acte de crédit lors de la procédure d'exécution sont abusives, en vertu de l'article VI.83, 22° CDE.

Recommandation n° 16

Lors de la procédure d'exécution, le consommateur doit pouvoir soulever le caractère abusif de clauses de l'acte de crédit devant le juge des saisies. Les clauses qui interdisent au consommateur de soulever de telles contestations lors de la procédure d'exécution enlèvent au consommateur tout moyen de recours contre le prêteur.

2.9 Clauses pénales

- Exemple 1er

"En outre, le Prêteur peut, autorisé ici expressément par l'emprunteur, céder à un tiers la créance à charge de l'emprunteur; les frais relatifs à l'acte de subrogation et les inscriptions et virement y liés sont à la charge de l'emprunteur lorsque la cession résulte d'un défaut de paiement de la part de l'emprunteur."

- Exemple 2

Les impôts de toute nature mis ou à mettre sur le capital prélevé ou prêté ou les intérêts produits par ce capital sont à charge exclusive des crédits.

Sont à charge des crédits : Les frais, droits et honoraires du présent acte et de son exécution, ceux de toutes inscriptions hypothécaires et de renouvellement, les frais de mainlevée et de quittance et ceux de tous actes de déclaration de créance, les frais et honoraires légalement tarifés relatifs à la procédure de saisie ainsi qu'à l'envoi de sommations ou de mises en demeure par la voie d'un huissier de justice requis à cette fin, qu'elles soient rendues obligatoires par la loi ou en vertu des dispositions contractuelles, les frais légalement tarifés de recouvrement amiable ou forcé et de conservation, les frais et dépens légalement tarifés d'avocats mais à l'exclusion toutefois de la partie de leurs honoraires et frais qui ne

²²¹ CJUE, (1ère chambre), affaire n° C-415/11, 14 mars 2013, Mohamed Aziz tg. Caixad'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa), ECLI:EU:C:2013:164 .

serait pas couverte par l'indemnité de procédure allouée, les frais de significations, sont à charges des crédités. En cas de décès des crédités, les frais de signification à faire à leurs héritiers en conformité des prescriptions de l'article 877 du Code Civil, seront à charge de ces derniers.

Sans préjudice du droit d'imputation prévu dans le présent acte, les crédités s'obligent à rembourser au créditeur, dans les quinze jours de la demande, toutes les sommes qu'il aurait avancées, notamment pour primes d'assurances, frais de dossier ou d'expertise, frais de procédure ou de signification et/ou de sommation, de renouvellement de l'hypothèque dans les délais légaux, frais relatifs aux études de sol, mise en conformité et procédures d'assainissement des immeubles saisis qui seraient requises par des législations particulières fédérales ou régionales.

*Les frais relatifs à l'avertissement recommandé dont question dans l'article relatif à l'« **EXIGIBILITE AVANT TERME** » – qu'il soit réalisé à l'intervention d'un huissier de justice (frais légalement tarifés) ou directement par le créditeur (frais postaux) - seront mis à charge des crédités.*

Seuls les frais mentionnés ci-dessus et les frais de dossier et/ou d'expertise déjà payés peuvent être mis à la charge des crédités.

De plus, aucune rémunération pour négociation, quelle qu'en soit la dénomination, la forme et le bénéficiaire, ne peut être mis à charge des crédités.

Si un courtier ou un autre intermédiaire est intervenu dans la négociation du présent crédit, il ne peut mettre ni directement ni indirectement des frais à charge du demandeur.

Si en cours de crédit les crédités demandent des adaptations importantes, occasionnant des frais d'expertise et/ou de dossier au créditeur, ceux-ci sont mis à charge des crédités. Ces frais seront fixés sur base du tarif en vigueur au moment de la demande d'adaptation.

Sont concernés, à titre d'exemple, mais non limitativement : le transfert d'hypothèque, la mainlevée partielle d'une garantie hypothécaire, la libération de sûretés personnelles, la modification du mode de remboursement, de la durée, du taux d'intérêt, des modalités de libération des fonds en cours de d'avance ou de crédit, les mises au point suite à séparation ou divorce, l'apport de la garantie hypothécaire à une société,...

- Analyse

a) Etendue clauses pénales- numerus clausus

Comme il a déjà été souligné, seuls les frais énumérés dans le Code de droit économique peuvent être mis à charge du consommateur. L'article VII.141, § 1er, CDE énonce à cet effet qu'en dehors des frais légaux inhérents à l'hypothèque et de ce qui pourrait être dû en vertu d'autres dispositions légales ou réglementaires, ne peuvent être mis à charge du consommateur que des frais d'expertise des biens offerts en garantie. Pour le crédit hypothécaire avec une destination immobilière, le prêteur peut également demander des frais de dossier (article VI.141, § 2 CDE). Le Roi peut déterminer la méthode de fixation des frais d'expertise et de dossier maximaux et, le cas échéant, d'adaptation de ces maxima²²².

²²² Art. VII.141, § 2, alinéa 2 CDE. Voir arrêté royal portant exécution des articles VII.141, § 2, alinéa 2, et VII.145, alinéas 6 et 7, du Code de droit économique en vue de la fixation des frais de dossiers maximaux pour un contrat de crédit hypothécaire avec une destination immobilière (B.S. 6 mars 2017).

En ce qui concerne ensuite les clauses pénales, et en particulier les indemnités qui peuvent être demandées en cas de retard de paiement du consommateur ou en raison de l'inexécution de ses obligations par le consommateur dans le cas où le prêteur se voit contraint de procéder à la résolution du contrat, il convient de tenir compte de l'article VII.147/22 pour les crédits hypothécaires avec une destination mobilière et l'article VII.147/23 CDE pour les crédits hypothécaires avec une destination immobilière.

Ces dispositions énumèrent de manière exhaustive les montants qui peuvent être réclamés en cas de simple retard de paiement (art. VII.147/22, § 2, CDE en art. VII.147/23, § 2, CDE), ou en cas de résolution d'un crédit hypothécaire (art. VII.147/22, § 1er CDE, et art. VII.147/23, § 1er, CDE). Tout paiement réclamé en application de ces paragraphes doit être détaillé et justifié dans un document remis gratuitement au consommateur (art. VII.147/22, § 3, CDE et art. VII.147/23, § 3, CDE). Le § 4 de ces articles dispose expressément qu'est "interdite et réputée non écrite, toute clause comportant, en cas de non-exécution de ses obligations par le consommateur, des pénalités ou des dommages et intérêts non prévus par le présent livre".

Application

- Exemple 1

Dans le premier exemple, le prêteur se réserve le droit de céder le contrat de crédit en cas de défaut de paiement du consommateur et les frais de la cession sont mis à charge du consommateur.

Les articles VII.147/22 CDE (crédits avec une destination mobilière) et VII.147/23 CDE (crédits avec une destination immobilière) énumèrent de manière exhaustive les montants qui peuvent être réclamés au consommateur en cas de défaut de paiement. Les frais de cession à un tiers ne sont pas repris parmi les frais autorisés et ne peuvent par conséquent pas être récupérés auprès du consommateur.

- Exemple 2

Dans le deuxième exemple sont énumérés de manière générale les différents types de frais, indépendamment du fondement sur lequel ils sont dus.

Une telle disposition est tout d'abord contraire à l'exigence de clarté et de compréhensibilité (article VI.37, §1er, CDE)²²³ : sur la base d'une telle clause, il est impossible pour le consommateur d'avoir une vue globale claire des différents frais et de leur fondement.

Dans ces énumérations, apparaissent également des clauses pénales comme il ressort notamment des formulations suivantes : *"ainsi que les frais se rapportant à l'envoi de sommations et de mises en demeure par la voie d'un huissier de justice requis à cette fin, qu'elles soient ou non rendues obligatoires par la loi ou en vertu des dispositions contractuelles, les frais légalement tarifés de recouvrement amiable ou forcé et de conservation,..."*

Comme il a déjà été explicité dans l'analyse, il y a un 'numerus clausus' des clauses autorisées. Les frais qui ne sont pas expressément énumérés dans l'article VII.147/22 (crédit hypothécaire avec une destination mobilière) ou dans l'article VII.147/23 (crédit hypothécaire avec une destination immobilière), sont interdits et réputés non écrits (art. VII.147/22, § 6 en art. VII.147/23, § 4 CDE).

²²³ Voir déjà dans le même sens : C.C.A. 37 (PDF, 390.41 KB): Avis sur les contrats d'aide-ménagère des entreprises de titres-services (15 juillet 2015), p. 7; C.C.A. 38 (PDF, 487.46 KB): Avis sur les conditions générales des sites de réseaux sociaux (16 décembre 2015), p. 37-38.

Les frais de recouvrement amiable par des huissiers de justice ou des avocats ne peuvent donc pas non plus être mis à charge du consommateur par contrat. Les termes “ frais et honoraires légalement tarifés de recouvrement amiable” sont d’ailleurs incorrects et induisent le consommateur en erreur : il n’existe pas de frais et honoraires légalement tarifés pour le recouvrement amiable et l’activité de recouvrement amiable ne relève pas de la mission légale des huissiers de justice.

En ce qui concerne les frais du recouvrement judiciaire, ils sont à charge du débiteur dans les limites des règles impératives des articles 1017 et suivant du Code judiciaire.

b) Réciprocité

Comme il a déjà été expliqué ci-dessus²²⁴, les règles spécifiques relatives au crédit hypothécaire et la législation plus générale en matière de clauses abusives doivent être appliquées ensemble si elles ne sont pas incompatibles.

Cela vaut notamment pour l’exigence de réciprocité et d’équivalence des clauses pénales (art. VI.83, 17° CDE). Cette exigence doit être comprise en ce sens que si sont reprises dans le contrat des clauses pénales qui prévoient les indemnités dues par le consommateur qui n’exécute pas ses obligations, il doit également y avoir des clauses pénales qui fixent une indemnité similaire à charge de l’entreprise qui ne remplit pas ses obligations. Si, dans le respect de l’article 1907 du Code civil, une clause pénale est prévue en cas de paiement tardif de la part du consommateur, il doit y avoir réciproquement une clause pénale pour l’hypothèse où la somme empruntée ne serait pas mise à disposition à temps par le prêteur²²⁵.

La plupart des contrats examinés ne se conforment pas, du moins de la façon requise à l’article VI.83, 17° CDE, à une telle exigence de réciprocité et d’équivalence.

- Exemple

“Les indemnités prévues par le présent contrat s’appliquent également au Prêteur en cas de manquement à l’une de ses obligations, pour un montant n’excédant pas le dommage effectivement subi par l’emprunteur directement lié audit manquement par le Prêteur.”

- Analyse

Dans cet exemple, il est bien question de réciprocité : le consommateur a droit aux mêmes indemnités en cas de ‘non-respect’ par le prêteur de ses obligations. Une interprétation correcte de l’exigence de réciprocité impliquerait cependant que l’inexécution visée dans le chef du prêteur soit décrite plus clairement.

Si l’on peut admettre que l’exigence de réciprocité est respectée, il n’est en revanche pas satisfait à l’exigence d’équivalence. L’indemnité due par le prêteur est limitée au préjudice effectivement subi par l’emprunteur. En outre, l’exigence supplémentaire d’une relation causale immédiate entre le dommage et la négligence du prêteur est posée.

²²⁴ Chapitre 1er, Section 1ère, p. 7 au-dessus.

²²⁵ Voir H. SWENNEN, “Hypothecaire kredieten en onrechtmatige bedingen in consumentencontracten” in C. BIQUET-MATHIEU en E. TERRYN (eds.), *Hypothecair Krediet- Crédits hypothécaire*, Die Keure-la Charte, 2010, p. 450, nr. 18.

Recommandation n° 17

Les clauses pénales doivent tout d'abord être rédigées de manière claire et compréhensible (article VI.37, § 1er CDE). Cela implique qu'elles doivent être formulées de telle manière que le consommateur sache ce à quoi il doit s'attendre et puisse apprécier ses droits et obligations contractuels. Les clauses qui énumèrent de manière générale les différents types de frais, indépendamment de la base sur laquelle ils sont dus, sont contraires à cette exigence de transparence.

Les articles VII.147/22 CDE (crédits avec une destination mobilière) et VII.147/23 CDE (crédits avec une destination immobilière) énumèrent de manière exhaustive les montants qui peuvent être réclamés au consommateur en cas de défaut de paiement. Les frais qui ne sont pas expressément énumérés dans l'article VII.147/22 (crédit hypothécaire avec une destination mobilière) ou dans l'article VII.147/23 (crédit hypothécaire avec une destination immobilière) sont interdits et réputés non écrits (art. VII.147/22, § 6 et art. VII.147/23, § 4 CDE).

Les frais de cession du crédit à un tiers en vue du recouvrement amiable ne sont pas repris parmi les frais autorisés et ne peuvent par conséquent pas être récupérés auprès du consommateur. Les frais de recouvrement amiable par des huissiers de justice ou des avocats ne peuvent pas non plus être mis conventionnellement à charge du consommateur. Les termes "frais et honoraires légalement tarifés" sont d'ailleurs incorrects et induisent le consommateur en erreur : il n'existe pas de frais et honoraires légalement tarifés de recouvrement amiable et l'activité de recouvrement amiable ne relève pas de la mission légale des huissiers de justice.

Les clauses pénales en matière de crédit hypothécaire doivent répondre à l'exigence de réciprocité et d'équivalence de l'article VI.83, 17° CDE.

Cela implique que si sont reprises dans le contrat des clauses pénales qui prévoient les indemnités dues par le consommateur qui ne respecte pas ses obligations, il doit également y avoir des clauses pénales qui fixent une indemnité similaire à charge de l'entreprise qui ne remplit pas ses obligations. Si, dans le respect de l'article 1907 du Code civil, une clause pénale est prévue en cas de paiement tardif du consommateur, il doit y avoir réciproquement une clause pénale pour l'hypothèse où la somme empruntée n'est pas mise à disposition à temps par le prêteur.

2.10 Clauses attributives de juridiction

- Exemple

"...Sous réserve des cas où les tribunaux compétents sont désignés par des dispositions légales impératives, le Prêteur, qu'il soit demandeur ou défendeur, est autorisé à porter ou à faire porter tout litige, dans les limites légales, devant les tribunaux de Bruxelles ou devant les tribunaux de l'arrondissement dans lequel est situé le siège social ou le domicile réel ou élu de l'emprunteur, de la caution ou du tiers garant."

- Analyse

La clause telle qu'elle est formulée est tout d'abord contraire à l'exigence de transparence (art. VI.37, § 1er, CDE). Elle donne l'impression que le prêteur, qu'il intervienne en tant que demandeur ou défendeur, a toujours le droit de soumettre le litige, soit au juge de son siège social, soit au juge du domicile du défendeur, sauf si cela était interdit par des dispositions légales impératives.

Une de ces dispositions impératives qui est déterminante pour les clauses attributives de juridiction entre les entreprises et les consommateurs et dont il faut donc également tenir compte pour la formulation de la clause est l'article VI.83, 23° CDE, qui interdit les clauses qui ont pour objet de "désigner un juge autre que celui désigné par l'article 624, 1°, 2° et 4°, du Code judiciaire ..."

Cette disposition revient essentiellement à prévoir que les clauses attributives de juridiction qui ne permettent pas au demandeur de porter son action devant le juge du domicile du défendeur ou devant le juge du lieu dans lequel les obligations en litige ou l'une d'elles sont nées ou dans lequel elles sont, ont été ou doivent être exécutées sont contraires à l'article VI.83, 23° CDE.

La clause susmentionnée est formulée de manière telle qu'elle donne l'impression ("sauf dispositions impératives) que le prêteur se réserve la liberté de porter les litiges devant les tribunaux de son siège social alors que cela n'est pas conforme aux critères énumérés à l'article 624, 1°, 2° et 4°, du Code judiciaire. De telles clauses sont contraires à l'article VI.83, 23° CDE.

Comme l'article VI.83, 23° CDE ne permet qu'un contrôle limité, la Ccs clauses abusives attire l'attention sur la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne sur la base de la norme générale. La Cour de Justice de l'Union européenne souligne depuis longtemps que la garantie de l'accès effectif au juge est un point essentiel de la protection du consommateur²²⁶. La Ccs clauses abusives renvoie à ce sujet à un avis précédent concernant les clauses attributives de juridiction²²⁷.

La Cour a toujours préconisé, sur la base de la norme générale, une évaluation in concreto, compte tenu des circonstances de l'affaire.

Comme il s'agit, dans les contrats de crédit hypothécaire, d'un enjeu financier important et que le crédit concerne dans de nombreux cas le logement du consommateur, il faudra d'autant plus tenir compte, pour la désignation du juge compétent et pour les clauses de compétence, d'un accès aisé au juge, également sur le plan territorial, pour le consommateur.

Recommandation n° 18

La garantie d'un accès effectif au juge est une exigence essentielle dans les litiges de consommation. Une indication claire du juge compétent conformément à l'article VI.83, 23° CDE est dès lors la première exigence essentielle de transparence.

Vu l'enjeu financier important et la circonstance que le crédit concerne dans de nombreux cas le logement du consommateur, pour les clauses attributives de juridiction dans les contrats de crédit hypothécaire, il faut non seulement tenir compte des critères de rattachement de l'article VI.83, 23° CDE, mais aussi de la garantie de l'accès effectif au juge ; il en découle que doit, à tout le moins, pouvoir être compétent le juge du domicile du consommateur ou, dans le cas d'un crédit visant à financer une habitation ou pour une hypothèque sur l'habitation, le juge du lieu où ce bien immeuble est situé.

²²⁶ Voir en rapport avec les clauses attributives de juridiction surtout les arrêts suivants de la CJUE. Il y a surtout l'arrêt Océano Grupo, CJUE 27 juin 2000, C-240/98 à C-244/98, Océano Grupo, *Jurispr.*, I-04941. Voir également CJUE 4 juin 2009, Pannon GSM, C-243/08, *Jurispr.*, 2009, I-04713 ; CJUE 9 novembre 2010, PénezügylLizing, C-137/08, *Jurispr.*, 2010, I-10847.

²²⁷ CCA 31, 22 juin 2011, Avis sur la proposition de loi n° 53/0831 portant réglementation de la compétence territoriale dans les litiges concernant les contrats avec des consommateurs, en particulier p. 9-10, à consulter via le lien suivant : <https://economie.fgov.be/fr/propos-du-spf/organisation/commissions-et-conseils/commission-des-clauses/avis-emis-par-la-commission>

2^{ème} partie : Recommandations des clauses du crédit hypothécaire

Recommandation n° 1. Contrat-cadre en matière de crédit

La Ccs clauses abusives recommande d'abord d'informer clairement le consommateur sur le fait qu'en règle générale, il conclut un contrat-cadre en matière de crédit dans lequel est imputé le crédit hypothécaire qu'il souhaite conclure.

Si un crédit hypothécaire est imputé dans un contrat-cadre, il découle en tout cas de l'obligation de transparence que le consommateur, qui s'attend normalement à conclure un contrat de crédit spécifique à durée déterminée à certaines conditions, soit expressément informé du fait qu'il conclut un contrat-cadre à durée indéterminée auquel sont attachées les sûretés constituées et dans lequel est imputé le contrat de crédit hypothécaire. Le prêteur doit expliquer les avantages et les inconvénients d'une telle formule « contrat-cadre – ouverture de crédit ». En effet, Il est d'une importance primordiale pour le consommateur qu'il prenne connaissance, avant et lors de la conclusion d'un contrat, de toutes les conditions contractuelles et des conséquences liées à cette formule. C'est en effet sur la base de cette information qu'il va décider s'il souhaite être lié par les conditions préalablement fixées par le prêteur. Le recours aux termes "ouverture de crédit" ne peut pas être source de confusion.

La constitution de sûreté par un tiers attachée au contrat-cadre a pour conséquence que ce tiers constitue non seulement une sûreté pour le contrat de crédit hypothécaire, mais également, sous réserve de l'exigence de prévisibilité, pour tout autre crédit qui serait imputé dans le contrat-cadre. Il est également question de constitution de sûreté par un tiers si les débiteurs qui ont conclu ensemble un crédit hypothécaire sont également, en vertu du contrat-cadre, responsables des dettes individuelles de leur codébiteur.

Les clauses dans le contrat-cadre qui étendent la constitution de sûreté par un tiers aux crédits pour lesquels il ne s'est pas engagé expressément sont, indépendamment du fait qu'une telle constitution de sûreté par un tiers peut déjà être contraire aux règles spécifiques de la sûreté concernée, en principe abusives en vertu de la norme générale (art. 1.8.22° CDE). Elles sont en outre également contraires à l'article VII.147/26 CDE, en l'absence de délivrance au tiers garant, préalablement à son consentement, d'un exemplaire des contrats de crédit garantis par la sûreté qu'il consent.

En lien avec la constitution de sûreté par un tiers, les représentants des entreprises proposent de prévoir contractuellement que le consentement préalable du tiers garant est requis lors de chaque reprise d'encours. La Ccs clauses abusives est d'avis que cette façon de procéder, envisagée sur le fondement des dispositions du Livre VI CDE, ne crée pas de déséquilibre entre les droits et obligations des parties au préjudice du consommateur dans la mesure où le consommateur doit consentir à la nouvelle constitution de sûreté en connaissance de cause et avec une liberté totale de choix.

La Ccs clauses abusives observe qu'une telle proposition devrait également être examinée sous l'angle des conditions de validité qui prévalent dans le droit hypothécaire, en particulier l'exigence du respect de la forme authentique telle que prévue à l'article 76 de la loi hypothécaire et sous l'angle des conditions de validité sur le fondement des dispositions du Livre VII, en particulier l'article VII.147/26 CDE. Il n'appartient cependant pas à la Ccs clauses abusives de prendre position à ce sujet.

Recommandation n° 2. Autres conséquences liées au contrat-cadre dans lequel le crédit hypothécaire est inséré

Si le consommateur conclut en connaissance de cause un contrat-cadre à durée indéterminée dans lequel son crédit hypothécaire est imputé, un tel contrat crée des obligations tant dans le chef du consommateur que du prêteur. Le prêteur est tenu à une obligation de clarté sur les conditions auxquelles d'autres crédits sont susceptibles d'être obtenus en vertu du contrat-cadre et il ne peut pas affirmer de manière générale qu'il n'est tenu à aucune justification en cas de refus d'un crédit déterminé. Si le consommateur conclut en connaissance de cause un contrat-cadre à durée indéterminée, l'équilibre des droits et obligations contractuels nécessite en contrepartie qu'un délai de résiliation raisonnable soit fixé pour les deux parties, lequel doit être clairement mentionné. La Ccs clauses abusives marque son accord pour que le délai raisonnable de résiliation puisse être fixé à un mois.

En ce qui concerne les sûretés reprises dans le contrat-cadre à durée indéterminée, qui en règle générale ont été négociées en vue de l'octroi du crédit hypothécaire, les clauses qui emportent une importante limitation du pouvoir de disposition des biens donnés en garantie ne peuvent pas s'appliquer pour une durée indéterminée, sans qu'il n'y ait un lien avec un crédit spécifique convenu.

Recommandation n° 3. Fourniture d'information sur les conditions contractuelles et clauses de prise de connaissance et d'acceptation

Avant que le consommateur ne soit lié par le contrat, il appartient au prêteur de lui fournir non seulement les informations nécessaires exigées par la loi sur le contrat de crédit, mais également de l'informer sur les conditions contractuelles applicables. Sur la base des informations fournies, le consommateur doit en effet pouvoir évaluer de manière suffisante l'étendue tant juridique qu'économique de ses obligations contractuelles.

La charge de la preuve concernant l'exécution de cette obligation d'information précontractuelle et la fourniture des documents contractuels nécessaires incombe au prêteur et ne peut pas être renversée. Les clauses standard par lesquelles le consommateur reconnaît avoir reçu les informations exigées et en avoir pris connaissance peuvent uniquement constituer un indice qui doit être corroboré par le prêteur à l'aide d'une ou de plusieurs éléments de preuve pertinents.

Le prêteur doit pouvoir être en mesure de prouver, avec des moyens raisonnables, qu'il a satisfait à son obligation d'information. Le prêteur peut l'organiser au mieux de ses possibilités.

Cela peut se faire par la signature pour réception de certains documents, dans le contrat de crédit ou, si nécessaire, dans un document séparé. Il faut également tenir compte de l'utilisation toujours croissante d'applications en ligne, par lesquelles les consommateurs expriment leur souhait de recevoir les informations via internet ou email, s'il apparaît de manière non équivoque que tel est bien le souhait du consommateur.

Une autre méthode acceptable est de faire compléter par le consommateur un formulaire de type "case à cocher", où il coche lui-même les cases correspondant aux documents qu'il a reçus et indique qu'il a reçu les explications nécessaires sur les éléments essentiels tels que l'ESIS, le contrat de crédit, l'assurance solde restant dû, l'assurance incendie.

Il est toujours possible que le consommateur déclare qu'il a reçu les documents ou qu'il a pu prendre connaissance des conditions générales, si cela correspond raisonnablement à la réalité de choses²²⁸, ce qui implique que le consommateur (1) ait eu son attention attirée sur les conditions contractuelles applicables et (2) qu'avant d'être lié par le contrat de crédit, il ait effectivement pu prendre connaissance de toutes les conditions déclarées applicables par le prêteur et (3) qu'il les ait acceptées en connaissance de cause.

Une telle déclaration de prise de connaissance et d'acceptation doit alors être mentionnée clairement et en bonne place à proximité de l'expression de la volonté du consommateur (sa signature), afin que l'on puisse raisonnablement admettre que cette déclaration contractuelle correspond à la réalité.

Une clause qui constate dans l'acte authentique que le notaire a accompli son devoir de conseil vise uniquement à préciser que le notaire a expliqué l'acte authentique et les clauses qu'il contient. Les termes "ne varietur" indiquent uniquement que le notaire constate que l'écrit, et son annexe, tel qu'il sera signé, reflète bien la volonté des deux parties et qu'il est, en tant que tel, soumis à la signature des parties.

La Ccs clauses abusives estime cependant que le consommateur moyen ne peut probablement pas comprendre la portée de l'expression "ne varietur" et recommande par conséquent de la remplacer par une formulation plus compréhensible, de sorte que le consommateur puisse comprendre plus précisément la portée d'une telle expression.

Recommandation n° 4. Reconnaissances contractuelles de certains faits

Les clauses par lesquelles le consommateur reconnaît certains faits ne peuvent pas avoir pour effet de renverser la charge de la preuve concernant l'exécution de certaines obligations dans le chef du prêteur.

Ainsi, le consommateur est effectivement tenu de fournir au prêteur des informations adéquates sur sa situation financière, mais une clause qui fait reconnaître au consommateur qu'il n'a pas contracté d'autres crédits ne peut pas libérer le prêteur de son obligation d'examiner sa solvabilité si cela se justifie. Le contrat considéré dans son ensemble ne peut pas être de source de confusion à ce sujet.

Ainsi, une clause doit informer le consommateur sur l'interdiction légale qui est faite aux intermédiaires de crédit de recevoir une rémunération pour leur intervention, plutôt que de faire reconnaître au consommateur qu'il n'a payé aucune indemnité à l'intermédiaire de crédit.

Enfin, les clauses par lesquelles le consommateur reconnaît avoir reçu certains documents exigés ne peuvent pas constituer le seul élément sur lequel le prêteur se fonde pour prouver que ces documents ont été transmis.

Recommandation n° 5. Autorisation d'expertise et de réexpertise périodique

L'article VII.141, § 1er, alinéa 2, CDE énonce que l'expertise des biens donnés en garantie ne peut être réalisée qu'avec l'accord du consommateur. Afin de garantir un consentement libre et spécifique, une autorisation expresse est nécessaire à cet effet et une clause standard où le consommateur déclare avoir donné son consentement ne suffit pas.

²²⁸ Voir à ce sujet déjà CCA 23, Avis sur les conditions générales dans les contrats entre vidéothèques et consommateurs (19 décembre 2007), p. 5.

Il s'agit d'un expert qui est désigné ou au moins agréé par le prêteur. Le prêteur ne peut par conséquent pas se libérer de sa responsabilité en raison du dol ou de la faute lourde de l'expert agréé (art. VI.83, 13° et VI.83, 30° CDE).

Cette expertise a normalement pour but de faire une évaluation objective des biens donnés en garantie au moment de la conclusion du contrat de crédit hypothécaire. En outre, les frais d'expertise doivent être communiqués dans la fiche d'information standardisée européenne concernant le crédit hypothécaire et ils doivent être repris dans le taux annuel effectif global. Les clauses par lesquelles le prêteur se réserve le droit de faire exécuter une expertise, lorsqu'il le juge utile, pendant le cours du crédit et qui prévoient que les frais sont à charge du consommateur sont abusives (notamment, en raison de leur caractère discrétionnaire, elles sont contraires à l'article VI.83, 6° CDE), outre le fait qu'elles peuvent être considérées comme contraires aux dispositions spécifiques du livre VII.

Enfin, l'article VII.141 CDE fixe de manière limitative les frais qui peuvent être mis à charge du consommateur. Les clauses qui mettent exclusivement à charge du consommateur tous les frais qui découlent du contrat de crédit ou des documents qui y sont liés méconnaissent cette disposition légale et sont par conséquent abusives (article I.8.22° CDE).

Recommandation n° 6. Reconnaissance contractuelle de renonciation à certaines dispositions légales

Il peut être dérogé aux dispositions de droit supplétif pour autant qu'il n'en résulte pas d'atteinte manifeste aux droits du consommateur. Le seul fait de déroger aux dispositions de droit supplétif ne crée pas automatiquement un déséquilibre inacceptable au préjudice du consommateur. Sinon, cela aboutirait de facto à conférer un caractère impératif aux dispositions de droit supplétif.

Plutôt que d'énoncer dans le contrat que le consommateur déclare expressément renoncer à son droit de déterminer quelle dette il entend acquitter (art. 1253 Code civil), la Ccs clauses abusives recommande de mentionner dans le contrat de crédit des critères objectifs d'imputation.

Recommandation n° 7. Domiciliation

Si le prêteur veut obtenir un mandat de domiciliation du consommateur, le consentement exprès du consommateur est nécessaire et le mandat doit se référer expressément au contrat sous-jacent avec une détermination claire de la portée de la créance domiciliée en ce qui concerne la nature, l'échéance et, si possible, le montant exact. Une telle domiciliation n'est valable que si le consommateur a été informé préalablement du contrat sous-jacent. Un mandat de domiciliation doit être signé séparément. Enfin, la loi dispose qu'un mandat de domiciliation peut être résilié à tout moment.

Les clauses qui ne prennent pas en compte ou limitent ces principes légaux minima peuvent être considérées comme abusives au sens de la norme générale (art. I.8.22° CDE).

Recommandation n° 8. Garantie pour toutes dettes

1. Validité de la « garantie pour toutes dettes »

Les clauses par lesquelles le prêteur se réserve le droit de faire valoir les garanties constituées dans le contrat-cadre en tant que sûretés pour tous les montants actuels et futurs dont l'emprunteur serait redevable à l'égard du prêteur, sont autorisées pour autant que le contrat-cadre permette de déterminer les créances (exigence de « prévisibilité ») et si dans le cas d'espèce, les créances concernées sont réellement celles que les parties souhaitaient garantir (consentement).

Il faut à tout le moins déterminer un cadre objectif au sein duquel les créances sont couvertes par la sûreté. Par ailleurs, il découle, entre autres, de l'exigence de bonne foi que seules les créances qui ont raisonnablement pu être prévues par la personne qui constitue la sûreté lors de la conclusion du contrat de crédit, relèvent de cette garantie pour toutes dettes.

2. Exigence de transparence

Il y a lieu de préciser dans les informations générales, dans le « formulaire ESIS »²²⁹ et dans l'offre de crédit que les garanties ou sûretés consenties sont également constituées pour toutes dettes, autres que le contrat de crédit spécifique.

Les clauses en matière de garanties pour toutes dettes ont des conséquences importantes pour le consommateur moyen : toute dette qu'il pourrait contracter dans le futur à l'égard du prêteur est couverte, par les garanties consenties à l'occasion du crédit hypothécaire. Vu l'ampleur des conséquences, il découle de l'exigence de transparence que le consommateur doit pouvoir prendre connaissance de cette clause et estimer, en connaissance de cause, les conséquences essentielles de celle-ci.

3. Contrôle du caractère abusif

Si l'emprunteur y a consenti en connaissance de cause, la clause de « garantie pour toutes dettes » ne porte manifestement pas par elle-même atteinte aux droits de cet emprunteur-consommateur, étant donné qu'il est de toute façon personnellement tenu sur tout son patrimoine d'exécuter ses propres engagements. Cette clause doit néanmoins contenir un cadre de référence objectif et seules les dettes s'inscrivant dans le contrat-cadre conclu en matière de crédit peuvent être garanties par les sûretés constituées.

Par contre, la « garantie pour toutes dettes » ne peut pas s'étendre à des tiers garants. Dans ce cas, le prêteur stipule en effet l'obligation pour un tiers-garant de supporter des dettes auxquelles il n'est pas obligé personnellement ; le prêteur obtient par conséquent une possibilité de recours supplémentaire sur le patrimoine ou sur le bien d'un tiers, recours supplémentaire qu'il n'aurait pas sans cette sûreté. Comme il en sera question dans le commentaire des sûretés spécifiques, il y a lieu en outre de tenir compte, pour la garantie ou la sûreté par un tiers, de l'article VII.147/26 CDE, qui impose de délivrer au tiers garant, préalablement à son consentement, un exemplaire des contrats de crédit garantis par la sûreté qu'il consent.

Cependant, si conformément à la recommandation 4.3, le tiers constituant de la sûreté doit à chaque fois donner son accord explicite pour la garantie de nouveaux crédits et qu'il dispose d'une liberté totale de choix, la Ccs clauses abusives reconnaît qu'il n'est plus question de « garantie pour toutes dettes ».

4. Limitations spécifiques

4.1. Cession de rémunération

Les clauses relatives à la cession de rémunération doivent obligatoirement figurer dans un acte distinct, qui mentionne l'obligation spécifiquement garantie. Une cession de rémunération « pour toutes dettes » est donc légalement interdite.

²²⁹ La Partie B comportant les instructions pour compléter l'ESIS énonce en sa section 3, sous le n° 9 : « Lorsque le prêt est garanti par une hypothèque sur le bien immobilier, par une autre sûreté comparable ou par un droit lié à un bien immobilier, le prêteur attire l'attention du consommateur sur ce fait ».

4.2. Cautionnement à titre gratuit

Un cautionnement à titre gratuit pour toutes dettes n'est pas compatible avec le prescrit de l'article 2043quinquies.

4.3. Constitution de la sûreté par un tiers

Il résulte de l'article VII.147/26, §1, CDE, que la constitution d'une sûreté par un tiers peut uniquement garantir le contrat de crédit à l'occasion duquel le tiers constitue la sûreté ; elle ne peut pas être étendue à toutes les dettes dont l'emprunteur est ou pourrait être redevable à l'égard du prêteur. L'interdiction qui découle de l'article VII.147/26, § 1, s'applique également à la constitution d'une sûreté en garantie d'un contrat-cadre et de tous les crédits qui y seraient repris.

S'agissant de la constitution d'une sûreté par un tiers, les représentants des entreprises proposent de prévoir contractuellement que le consentement préalable du tiers garant est requis pour chaque reprise d'encours²³⁰.

La Ccs clauses abusives est d'avis que cette façon de procéder, envisagée sur le fondement des dispositions du Livre VI CDE, est transparente et ne crée pas de déséquilibre entre les droits et obligations des parties au préjudice du consommateur dans la mesure où le tiers consommateur doit consentir à la nouvelle constitution de sûreté en connaissance de cause et avec une liberté totale de choix.

La Ccs clauses abusives observe qu'une telle proposition devrait également être examinée sous l'angle des conditions de validité qui prévalent dans le droit hypothécaire, en particulier l'exigence du respect de la forme authentique telle que prévue à l'article 76 de la loi hypothécaire et sous l'angle des conditions de validité sur le fondement des dispositions du Livre VII, en particulier l'article VII.147/26 CDE. Il n'appartient cependant pas à la Ccs clauses abusives de prendre position à ce sujet.

Recommandation n° 9. Hypothèque pour toutes dettes

Vu l'impact économique très important d'une hypothèque qui, à concurrence d'un montant déterminé, est consentie en garantie de toutes les dettes du consommateur qui contracte le crédit hypothécaire, et donc pas uniquement en garantie du crédit hypothécaire contracté, il faut attirer clairement l'attention du consommateur dans une clause distincte sur la clause « d'hypothèque pour toutes dettes », de sorte que ce dernier puisse estimer correctement les conséquences essentielles d'une telle constitution de sûreté.

Dès lors que le débiteur est tenu personnellement de tous ses engagements sur tout son patrimoine, une hypothèque consentie par l'emprunteur lui-même pour toutes les dettes de cet emprunteur n'est pas par elle-même abusive et ne porte manifestement pas atteinte aux droits du consommateur. Tout débiteur a d'ailleurs le contrôle sur les dettes qu'il a contractées. D'autre part, la constitution d'une hypothèque entraîne une grande indisponibilité du bien immobilier. Cette clause doit contenir un cadre de référence objectif et seules les dettes s'inscrivant dans la ligne du contrat-cadre conclu en matière de crédit peuvent être garanties par les sûretés constituées.

Par contre, l'« hypothèque pour toutes dettes » ne peut pas s'appliquer aux tiers garants. En ce cas, le prêteur prévoit en effet la garantie d'un tiers-garant pour des dettes auxquelles il n'est pas obligé personnellement ; le prêteur obtient par conséquent une possibilité de recours supplémentaire sur le bien

²³⁰ Le consentement de l'emprunteur est également demandé lors de chaque reprise d'encours.

immeuble d'un tiers, recours qu'il n'aurait pas sans cette clause. En ce qui concerne les contrats de crédit hypothécaire, une telle constitution de sûreté par un tiers est en outre contraire à l'article VII.147/26 CDE, en l'absence de délivrance au tiers garant, préalablement à son consentement, d'un exemplaire des contrats de crédit garantis par la sûreté qu'il consent.

Il n'est pas seulement question de constitution de sûreté par un tiers lorsqu'une personne étrangère au crédit constitue une hypothèque mais aussi lorsque, en cas de pluralité d'emprunteurs, il est stipulé que les emprunteurs constituent la sûreté également pour des dettes auxquelles ils sont étrangers, par exemple si la clause a pour conséquence que des emprunteurs qui contractent ensemble un crédit doivent garantir aussi avec l'hypothèque les dettes personnelles contractées séparément par l'autre emprunteur. Dans ces cas également, l'« hypothèque pour toutes dettes » est contraire à l'article VII.147/26 CDE et à la norme générale.

Concernant l'interdiction d'étendre la sûreté constituée par un tiers à d'autres dettes que le crédit conclu, les représentants des entreprises proposent d'y remédier en prévoyant contractuellement que, pour chaque reprise d'encours, l'accord préalable du tiers garant est exigé²³¹.

La Ccs clauses abusives est d'avis que cette façon de procéder, considérée au regard des dispositions du Livre VI, est transparente et ne crée pas de déséquilibre entre les droits et obligations des parties au préjudice du consommateur dans la mesure où le consommateur consent une nouvelle sûreté en connaissance de cause et avec une liberté complète de choix.

La Commission observe qu'une telle proposition doit encore être examinée sous l'angle de sa validité au regard du droit hypothécaire, en particulier en lien avec l'exigence de la forme authentique requise par l'article 76 de la loi hypothécaire et sous l'angle de sa validité au regard des dispositions du Livre VII, en particulier l'article VII.147/26 CDE. Il n'appartient cependant pas à la Ccs clauses abusives de prendre position sur ces questions.

S'il est stipulé que le consommateur constitue une hypothèque pour une durée indéterminée, il doit être mentionné clairement dans la clause que le consommateur peut toujours résilier cette hypothèque, conformément à l'article 81bis de la loi hypothécaire, moyennant un préavis d'au moins trois mois et de maximum six mois. Les conséquences de la résiliation éventuelle doivent également être précisées.

Recommandation n° 10. Mandat hypothécaire

Un mandat hypothécaire par lequel le débiteur ou un tiers donne pouvoir à une personne dépendant du prêteur de constituer, lorsque celui-ci le demande, une hypothèque sur des biens immeubles déterminés appartenant à ce débiteur pour un montant déterminé et une dette déterminée, a un impact économique très important pour le consommateur.

Une telle clause doit être reprise séparément et être formulée de manière claire et compréhensible, de sorte que le consommateur puisse estimer en connaissance de cause les conséquences essentielles qui en découlent pour lui. Un tel mandat doit également être stipulé séparément des autres règles contractuelles qui y sont associées.

Le mandat habilite le mandataire à constituer l'hypothèque sur ordre du prêteur, bénéficiaire du mandat. Le prêteur dispose du pouvoir d'ordonner la constitution de l'hypothèque de manière discrétionnaire. Les

²³¹ En tout état de cause, l'accord du crédit avec les conditions et les sûretés est requis lors de chaque reprise d'encours.

circonstances pouvant justifier un tel exercice du mandat, comme un défaut de paiement répété ou une diminution des sûretés octroyées, doivent au moins être indiquées.

Afin de ne pas porter une atteinte manifeste aux droits du consommateur, les exigences minimales qui suivent doivent être respectées :

(1) en ce qui concerne la constitution de la sûreté, le mandat peut uniquement porter sur des biens expressément décrits et il ne peut pas être étendu à tous les biens immobiliers ou droits réels dont les mandants sont, ou seront dans le futur, propriétaires.

La CCS Clauses abusives admet toutefois, sous réserve de sa conformité à l'article 78 de la loi hypothécaire, qu'un mandat hypothécaire puisse être consenti pour des biens futurs, en cas de survenance de circonstances objectives pouvant le justifier et devant figurer clairement dans la clause concernée, à savoir lorsque les biens immeubles ou droits réels décrits expressément sur lesquels un mandat a été consentis sont aliénés ou perdus ou en cas de diminution de valeur du bien hypothéqué.

(2) en ce qui concerne l'objet ou la cause (« mandat hypothécaire pour toutes dettes »), l'attention est à nouveau attirée sur l'exigence de déterminabilité (« prévisibilité ») et le consentement :

- (i) La convention par laquelle la sûreté est consentie permet-elle de déterminer les créances (« exigence de déterminabilité » interprétée comme « exigence de prévisibilité ») et*
- (ii) les créances sont-elles, eu égard aux circonstances de la cause, celles que les parties avaient effectivement voulu garantir ? ».*

De l'interdiction de la partijbeslissing (décision unilatérale de la partie), de l'exigence de transparence et de l'exigence de bonne foi qui est inhérente au contrôle sur la base de la norme générale, il résulte en outre que cette clause doit contenir un cadre de référence objectif. De plus, seules les dettes s'inscrivant dans le contrat-cadre conclu en matière de crédit peuvent être garanties par les sûretés consenties.

(3) mandat uniquement jusqu'à concurrence d'une somme déterminée

Indiquer clairement les montants que le mandat hypothécaire garantit constitue une exigence essentielle. La plupart du temps, il est stipulé que le mandat est irrévocable et inconditionnel. La CCS Clauses abusives estime qu'un mandat irrévocable et inconditionnel crée un déséquilibre manifeste entre les droits et les devoirs des deux parties, au détriment du consommateur. Il a en effet pour conséquence que le consommateur ne dispose pas de moyens de défense et qu'il ne peut pas invoquer de motifs légitimes lorsque le prêteur-bénéficiaire ne respecte pas son ou ses engagement(s).

De plus, un mandat hypothécaire consenti pour une durée indéterminée ou pour un délai particulièrement long ne correspondant pas avec le crédit contracté, méconnaît le droit du consommateur de ne pas être lié pour une durée indéterminée ou pendant un délai déraisonnablement long sans délai de préavis raisonnable. Dans ces cas, le consommateur doit toujours pouvoir révoquer le mandat moyennant un délai de préavis de minimum trois mois et de maximum six mois (article 81bis de la loi hypothécaire par analogie).

Au-delà du mandat de constituer une hypothèque, les prêteurs se réservent des droits supplémentaires dans les clauses examinées.

Concernant le pouvoir que les prêteurs s'octroient de « déroger » dans l'exercice du mandat « à toutes les règles et formalités dont la loi autorise la dispense », la CCS Clauses abusives remarque que de telles clauses peuvent uniquement tendre à régler ce qui peut être considéré comme un exercice raisonnable du mandat. Si certaines dérogations aux règles légales ne lèsent pas manifestement le

consommateur, le prêteur doit au moins expliciter dans quelle mesure il est dérogé aux règles légales et le prêteur doit informer le consommateur au sujet de ces règles légales.

Une clause par laquelle le prêteur se réserve le droit de constater unilatéralement une dette dans un acte authentique et se réserve le droit unilatéral de déterminer les conditions de l'acte d'hypothèque est, en tout cas, contraire à l'article VI.83, 6° CDE.

Les clauses examinées relatives au mandat hypothécaire contiennent en outre « des clauses de sûreté négative » comme l'interdiction d'octroyer d'autres mandats sans l'accord écrit et préalable du prêteur, l'interdiction de mettre en location pour une période supérieure à neuf ans. De telles sûretés négatives ne peuvent pas s'appliquer pour une durée indéterminée et doivent au moins être liées au respect d'obligations telles que celles qui découlent de crédits contractés spécifiquement.

La CCS Clauses abusives attire finalement l'attention sur les obligations légales telles que celles qui découlent du livre VII du CDE concernant la cession des créances issues des crédits hypothécaires avec une destination mobilière.

Il y a également lieu de veiller à ce que le prêteur ne se réserve pas le droit d'imputer des frais autres que ceux qui sont expressément définis à l'article VII.141 CDE.

La CCS Clauses abusives rappelle pour terminer qu'un mandat hypothécaire consenti par un tiers en garantie de toutes dettes de l'emprunteur est contraire à la norme générale (art. I.8.22° CDE) et à l'article VII.147/26 CDE. Il n'est pas seulement question de constitution de sûreté par un tiers si une personne étrangère au crédit octroie un mandat mais aussi si, en cas de pluralité d'emprunteurs, il est stipulé que le mandant consent également la sûreté pour des dettes auxquelles il est étranger, par exemple s'il est co-emprunteur et qu'il octroie un mandat en garantie aussi des autres dettes personnelles de l'autre emprunteur séparément. Pour cette problématique de la tierce garantie pour toutes dettes, il est à nouveau renvoyé à la proposition du secteur, telle qu'elle a déjà été mentionnée dans les recommandations 1, 8 et 9.

Recommandation n° 11. Promesse d'hypothèque

Lorsqu'il s'agit d'une promesse d'hypothèque, la clause doit indiquer de manière claire et compréhensible que le débiteur promet (1) pour une durée (in)déterminée (2) à concurrence d'un montant déterminé (3) de constituer une hypothèque sur des biens immeubles déterminés (4) en garantie de dettes déterminées.

Une telle clause doit être reprise séparément et être formulée de manière claire et compréhensible, de sorte que le consommateur puisse évaluer en connaissance de cause les conséquences essentielles qui en découlent pour lui. Une telle promesse doit également être stipulée séparément des autres dispositions contractuelles qui y sont liées.

En ce qui concerne la promesse d'hypothèque "pour toutes dettes", il est renvoyé aux observations déjà formulées à plusieurs reprises et à la distinction à faire selon que la sûreté est constituée par l'emprunteur lui-même ou par un tiers garant.

Une telle promesse doit au moins mentionner toutes les circonstances qui peuvent en justifier la mise en oeuvre, comme le non-paiement (répété) ou la diminution de sûretés octroyées, afin de ne pas être contraire à l'art. VI.83, 6° CDE.

Il faut également stipuler clairement (1) pour quel montant la promesse a été consentie, (2) sur quels biens immeubles l'emprunteur promet de constituer l'hypothèque, et (3) pour quelles dettes.

La clause en vertu de laquelle la promesse subsiste après la résiliation de la convention-cadre de crédit est abusive et contraire notamment aux articles VI.83,7° et VI.83, 9° CDE, en ce que le consommateur ne peut pas opposer de moyens de défense en cas de non-respect par l'entreprise de ses obligations.

Une promesse d'hypothèque consentie pour une durée indéterminée ou pour une durée particulièrement longue qui ne correspond pas à la durée du crédit consenti méconnaît le droit de ne pas être lié pour une durée indéterminée ou déraisonnablement longue sans préavis raisonnable. Dans ce cas, le consommateur doit pouvoir se libérer en respectant un délai de préavis d'au moins trois mois et de maximum de six mois (art. 81bis de la loi hypothécaire par analogie).

En ce qui concerne les obligations supplémentaires imposées par le prêteur en lien avec le pouvoir de disposition sur le bien immeuble, telle que l'obligation de ne pas vendre le bien ou de ne pas le grever d'autres charges, ou de ne pas le louer pour une durée de plus de neuf ans, de telles obligations doivent au moins être liées au respect de ses obligations par l'emprunteur, telles qu'elles résultent de crédits spécifiquement contractés. Elles ne peuvent pas s'appliquer pour une durée indéterminée.

Recommandation n° 12. Cession/nantissement de créances

1. Clauses de mise en gage

En ce qui concerne les clauses de constitution de gage, il convient de faire une distinction selon qu'il s'agit de la mise en gage de biens, de la mise en gage de créances ou de la mise en gage d'instruments financiers.

En ce qui concerne la mise en gage de biens, une telle mise en gage, si le constituant du gage est un consommateur, requiert qu'un écrit soit rédigé conformément, selon les cas, au prescrit de l'article 1325 du Code civil ou de l'article 1326 du Code civil. Ou bien les actes doivent être dressés en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct ; ou bien le constituant du gage doit, à tout le moins, outre sa signature, écrire de sa main un "bon pour" ou un "approuvé", " par lequel la valeur du bien engagé ou les biens engagés est exprimé en toutes lettres.

Pour la validité d'une telle mise en gage, il est également requis que l'écrit mentionne la valeur des biens gagés. Une déclaration générale n'est pas conforme à cette disposition et doit par conséquent être considérée comme abusive au sens de la norme générale (article I.8.22° CDE).

La valeur des biens gagés ne peut pas excéder le double de l'étendue du gage. Le gage peut uniquement s'étendre, dans les limites du montant convenu, au principal de la créance garantie et aux accessoires tels les intérêts, la clause pénale et les coûts de réalisation. Si le constituant du gage est un consommateur, ces accessoires ne peuvent toutefois pas être supérieurs à 50 % du principal.

Enfin, s'applique le principe de droit impératif selon lequel l'intervention du juge est toujours nécessaire en cas de réalisation du gage et selon lequel on ne peut pas y déroger par contrat.

En ce qui concerne la mise en gage de créances, la mise en gage doit au moins être prouvée par un écrit contenant la désignation précise des créances grevées et des créances garanties par le gage. Cet écrit, qui sert de preuve de la convention, doit être rédigé, selon le cas, conformément à l'article 1325 ou à l'article 1326 et doit également indiquer précisément les créances grevées, les créances garanties et le montant maximum à concurrence duquel elles sont garanties.

La constitution du gage doit être étroitement liée aux dettes pour lesquelles ce gage est établi. Si un droit de gage est consenti pour une durée indéterminée, il doit être clairement stipulé dans le contrat que le constituant du gage peut résilier le contrat avec un préavis d'au moins 3 mois et de maximum 6 mois. Les conséquences de la résiliation éventuelle doivent également être précisées.

Une mise en gage générale de biens et/ou créances par un tiers garant réel est contraire à l'article I.8.22° CDE.

Si un gage est convenu par un tiers pour garantir un crédit hypothécaire, alors conformément à l'article VII.147/26, § 1er, CDE, les sûretés réclamées ne valent que pour ces montants éventuellement augmentés des intérêts de retard, à l'exclusion de toute autre pénalité ou frais d'inexécution²³².

2. Cession de créance à titre de garantie

En ce qui concerne les clauses de cession de "toutes les sommes dues au cédant", la créance cédée et qui, à ce titre, est l'objet de la cession doit être déterminée ou déterminable conformément à l'article 1129 du Code civil. Dans la mesure où le terme "toutes" vise également n'importe quelle créance qui pourrait naître, une telle cession de créances peut poser problème au regard de l'exigence de déterminabilité et de prévisibilité des créances cédées.

La cession de créances à titre de garantie doit répondre aux exigences énoncées à l'article 61 de la loi sur les sûretés réelles mobilières – à savoir que la cession doit être établie par un écrit qui répond aux exigences de l'article 1325 ou 1326 du Code civil et contenant la désignation précise des créances grevées, des créances garanties et du montant maximal à concurrence duquel elles sont garanties – afin de pouvoir conférer au cessionnaire, sur base de l'article 62 de la loi sur sûretés réelles mobilières, un gage sur la créance cédée.

La cession de créance à titre de garantie doit être étroitement liée aux dettes pour lesquelles ce gage est établi. Si une cession de créance est octroyée pour une durée indéterminée, il doit être clairement stipulé dans le contrat que le constituant du gage peut résilier le contrat avec un préavis d'au moins 3 mois et de maximum 6 mois.

Une cession générale de biens et/ou créances par un tiers garant réel est contraire à l'article I.8.22° CDE.

3. Mise en gage/Cession de rémunération

Comme déjà expliqué ci-dessus, la "cession de rémunération" doit répondre à des conditions strictes, conformément à la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs.

Des clauses formulées de manière générale par lesquelles le débiteur déclare céder la partie cessible de sa rémunération au prêteur sont d'abord contraires à l'exigence selon laquelle la cession de rémunération doit être faite par un acte distinct. En outre, la cession ne peut pas être détachée de l'obligation principale dont elle garantit l'exécution.

²³² Cela vaut d'ailleurs aussi pour les autres sûretés consenties par des tiers (caution, hypothèque, ...).

Recommandation n° 13. Solidarité et indivisibilité

Comme l'engagement solidaire et indivisible de chacun des débiteurs constitue une exception au principe de l'engagement au pro rata de chacun des débiteurs, il faut expressément attirer l'attention des emprunteurs concernés sur une telle clause.

Les clauses de solidarité et d'indivisibilité peuvent uniquement s'appliquer aux dettes contractées ensemble. La convention-cadre ne peut pas prévoir la solidarité et l'indivisibilité pour les autres dettes personnelles qu'un des emprunteurs contracterait séparément. En ce cas, il s'agirait en effet de la constitution d'une sûreté par un tiers pour toutes dettes du débiteur, ce qui est contraire à l'article VII.147/26 CDE ; cette clause peut également être considérée comme abusive au sens de la norme générale (article I.8.22° CDE).

Une dérogation contractuelle à l'article 1285 du Code civil, qui a pour conséquence que les autres débiteurs acceptent à l'avance de rester tenus de la part de la dette du codébiteur solidaire qui obtiendrait une remise, est, selon la CCS clauses abusives, contraire à la norme générale en matière de clauses abusives (art. I.8.22° CDE).

Recommandation n° 14. Compensation et unicité de compte

Les clauses d'unicité de compte doivent au moins indiquer dans quelles circonstances objectives et justifiées le prêteur aurait le droit d'effectuer des transferts d'un compte à l'autre.

A ce sujet, il convient de tenir compte des particularités suivantes :

- 1) la nature spécifique de certains comptes,*
- 2) les différents termes auxquels ces sous comptes sont soumis,*
- 3) le fait qu'une sûreté est consentie exclusivement en garantie d'une convention déterminée.*

Les clauses de compensation ne peuvent pas non plus octroyer au créancier un droit discrétionnaire de compensation. Lors de la formulation de ces clauses, il faut toujours tenir compte d'exigences objectives minimales, comme la nature spécifique de certaines dettes à terme ou des dettes contractées sous conditions suspensives.

Si le prêteur s'octroie le droit de procéder à la compensation conventionnelle, il découle de l'exigence d'équilibre entre les droits et les obligations des parties et de l'article VI.83, 16° CDE que le consommateur doit également pouvoir opérer la compensation avec les dettes que le prêteur aurait à son égard²³³.

Recommandation n° 15. Cession de créance ou de contrat par le prêteur

En vertu des articles VII.147/17, VII.147/18, et VII.147/19 CDE, les crédits hypothécaires avec une destination mobilière ne peuvent être cédés qu'à ou après subrogation, n'être acquis que par un prêteur agréé ou enregistré en vertu du livre VII ou d'autres institutions énumérées dans cette disposition (art. VII.147/17 CDE). Les clauses qui octroient de manière générale au prêteur la possibilité de céder de tels crédits sont par conséquent déjà contraires à l'article VII.147/17 CDE et une telle possibilité de cession

²³³ Il faut réserver l'application de l'article 6 de la loi du 3 août 2012 relative à des mesures diverses pour faciliter la mobilisation de créances dans le secteur financier mais sous réserve de sa conformité aux articles 10 et 11 de la Constitution.

stipulée de manière générale sans garantir les moyens de défense est également contraire à l'article VII.147/19 CDE (et article VI.83, 31° CDE).

En ce qui concerne les clauses de cession de droits résultant du contrat-cadre en matière de crédit, pour ce qui concerne les crédits hypothécaires avec une destination immobilière, les clauses par lesquelles une entreprise se réserve la possibilité de céder le contrat sont abusives, lorsque cette cession est susceptible d'engendrer une diminution des garanties pour le consommateur, sans l'accord de ce dernier (art. VI.83, 31° CDE) ²³⁴.

En ce qui concerne la possibilité de céder le crédit à ordre par l'endossement de la grosse, de telles clauses ont, par définition, pour conséquence que l'emprunteur ne peut, par définition, pas se prévaloir des exceptions et moyens de défense résultant du contrat de crédit conclu et que le consommateur se voit, par définition, retirer la possibilité de se prévaloir de ses moyens de défense. Une telle clause est par conséquent contraire aux articles VI.83, 31° et VII.147/1 CDE²³⁵.

Les clauses par lesquelles le prêteur se réserve le droit, en cas de défaut de paiement, de céder la créance à un tiers en vue du recouvrement amiable de la dette impayée et par lesquelles les frais de la cession de la créance sont mis à charge de l'emprunteur méconnaissent l'interdiction de l'article VII.147/22, § 6 CDE et sont en outre contraires à l'article 3, § 2, cinquième tiret et à l'article 5 de la loi du 20 décembre relative au recouvrement amiable des dettes du consommateur.

Recommandation n° 16. Expropriation et saisie-exécution

Lors de la procédure d'exécution, le consommateur doit pouvoir soulever le caractère abusif de clauses de l'acte de crédit devant le juge des saisies. Les clauses qui interdisent au consommateur de soulever de telles contestations lors de la procédure d'exécution enlèvent au consommateur tout moyen de recours contre le prêteur.

Recommandation n° 17. Clauses pénales

Les clauses pénales doivent tout d'abord être rédigées de manière claire et compréhensible (article VI.37, § 1er CDE). Cela implique qu'elles doivent être formulées de telle manière que le consommateur sache ce à quoi il doit s'attendre et puisse apprécier ses droits et obligations contractuels. Les clauses qui énumèrent de manière générale les différents types de frais, indépendamment de la base sur laquelle ils sont dus, sont contraires à cette exigence de transparence.

Les articles VII.147/22 CDE (crédits avec une destination mobilière) et VII.147/23 CDE (crédits avec une destination immobilière) énumèrent de manière exhaustive les montants qui peuvent être réclamés au consommateur en cas de défaut de paiement. Les frais qui ne sont pas expressément énumérés dans l'article VII.147/22 (crédit hypothécaire avec une destination mobilière) ou dans l'article VII.147/23 (crédit hypothécaire avec une destination immobilière) sont interdits et réputés non écrits (art. VII.147/22, § 6 et art. VII.147/23, § 4 CDE).

Les frais de cession du crédit à un tiers en vue du recouvrement amiable ne sont pas repris parmi les frais autorisés et ne peuvent par conséquent pas être récupérés auprès du consommateur. Les frais de

²³⁴ Il faut réserver, sous réserve de leur constitutionnalité, l'application des articles 3bis, 3ter et 6 de la loi du 3 août 2012 relative à des mesures diverses pour faciliter la mobilisation de créances dans le secteur financier.

²³⁵ Pour les crédits hypothécaires à destination immobilière, il faut réserver l'application de l'article 6 de la loi du 3 août 2012 relative à des mesures diverses pour faciliter la mobilisation de créances dans le secteur financier mais sous réserve de sa conformité aux articles 10 et 11 de la Constitution.

recouvrement amiable par des huissiers de justice ou des avocats ne peuvent pas non plus être mis conventionnellement à charge du consommateur. Les termes “ frais et honoraires légalement tarifés ” sont d’ailleurs incorrects et induisent le consommateur en erreur : il n’existe pas de frais et honoraires légalement tarifés de recouvrement amiable et l’activité de recouvrement amiable ne relève pas de la mission légale des huissiers de justice.

Les clauses pénales en matière de crédit hypothécaire doivent répondre à l’exigence de réciprocité et d’équivalence de l’article VI.83, 17° CDE.

Cela implique que si sont reprises dans le contrat des clauses pénales qui prévoient les indemnités dues par le consommateur qui ne respecte pas ses obligations, il doit également y avoir des clauses pénales qui fixent une indemnité similaire à charge de l’entreprise qui ne remplit pas ses obligations. Si, dans le respect de l’article 1907 du Code civil, une clause pénale est prévue en cas de paiement tardif du consommateur, il doit y avoir réciproquement une clause pénale pour l’hypothèse où la somme empruntée n’est pas mise à disposition à temps par le prêteur.

Recommandation n° 18. Clauses attributives de juridiction

La garantie d’un accès effectif au juge est une exigence essentielle dans les litiges de consommation. Une indication claire du juge compétent conformément à l’article VI.83, 23° CDE est dès lors la première exigence essentielle de transparence.

Vu l’enjeu financier important et la circonstance que le crédit concerne dans de nombreux cas le logement du consommateur, pour les clauses attributives de juridiction dans les contrats de crédit hypothécaire, il faut non seulement tenir compte des critères de rattachement de l’article VI.83, 23° CDE, mais aussi de la garantie de l’accès effectif au juge ; il en découle que doit, à tout le moins, pouvoir être compétent le juge du domicile du consommateur ou, dans le cas d’un crédit visant à financer une habitation ou pour une hypothèque sur l’habitation, le juge du lieu où ce bien immeuble est situé.
