

AVIS

Clauses en matière de cessions de créance dans les contrats de crédit à la consommation





Table des matières

1. Saisine	4
1.1. Demande d'avis	4
1.2. Compétence de la CCS « Clauses abusives »	6
2. Remarques introductives	6
2.1. Livre XIX : obligation de mise en demeure et mention expresse de la procédure de contestation, dans le cadre de l'activité de recouvrement	6
2.2. Le débiteur cédé peut-il payer directement sans tenir compte du contrat de crédit sous-jacent ?	8
3. Clauses en matière de nantissement/cession par le preneur d'un crédit à la consommation de créances détenues par celui-ci vis-à-vis de tiers	8
3.1. Cadre réglementaire général et fourniture d'informations sur les sûretés	8
3.1.1. Cadre réglementaire général	8
3.1.2. Fourniture obligatoire d'informations sur les sûretés demandées	9
3.2. Exemples transmis	9
3.2.1. Exemples, surtout dans le cadre de l'obligation de transparence	9
3.2.2. Exemple dans le cadre de l'appréciation matérielle du déséquilibre manifeste	11
3.3. Analyse selon le droit commun	12
3.3.1. Garantie pour toutes sommes	12
3.3.2. Loi concernant la protection de la rémunération des travailleurs	16
3.3.3. Loi du 11 juillet 2013 en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières	18
3.3.4. Sûretés limitées aux obligations découlant d'un contrat de crédit, à l'exception de clauses pénales	23
3.4. Analyse au regard des dispositions en matière de clauses abusives	25
3.4.1. Exigence de transparence : fourniture d'informations claires quant aux différentes sûretés – pas de tromperie par rapport aux droits légaux	25
3.4.2. Déséquilibre contractuel manifeste au détriment du consommateur ?	27
4. Chapitre 3. Cession de créance ou du contrat de crédit par le prêteur	28
4.1. Exemples :	28
4.2. Discussion et analyse par la CCS "Clauses abusives"	28
5. Recommandations	30
5.1. Recommandations concernant la rédaction des (combinaisons de) clauses rencontrées	30

5.2. Conséquences de ces exigences minimales de transparence et de ces exigences matérielles légales minimales pour l'évaluation du caractère abusif de ces clauses...32

1. Saisine

1.1. Demande d'avis

L'Association belge de Recherche et d'Expertise des Organisations de Consommateurs (AB REOC) a demandé l'avis de la CCS "Clauses abusives" sur la problématique de la cession de créances par le prêteur à titre de sûreté d'un contrat de crédit à la consommation. Il ressort de l'exposé que la question s'inscrit principalement dans le cadre d'une cession d'un contrat de crédit.

L'AB REOC décrit cette problématique comme suit. Les prêteurs vendent les contrats de crédit à la consommation ou la créance impayée à d'autres sociétés de crédit ou à des bureaux de recouvrement, entre autres dans le cadre du recouvrement de dettes exigibles impayées. Pour l'acquittement de ces dettes impayées, ils invoquent la clause de cession (générale) de créances à titre de sûreté ou la clause de nantissement (générale) et demandent entre autres au fisc, qui doit rembourser au consommateur en défaut les recettes fiscales perçues en trop, de leur payer directement cette dette (la société qui a repris le contrat de crédit ou la créance exigible due au titre du contrat de crédit).

Cela conduit notamment à la situation où le SPF Finances ne procède pas aux remboursements qu'il (le SPF Finances) doit effectuer à l'égard du consommateur, mais les transfère directement à un créancier qui a repris la créance du crédit à la consommation conclu avec un consommateur auprès d'un prêteur précédent. Le fisc procède à de tels remboursements, sans tenir compte d'exceptions éventuelles qui pourraient découler du contrat de crédit initial.

Se pose alors la question de savoir si une telle situation peut être tolérée : le créancier reprenant une créance d'un crédit (à la consommation) peut-il tout bonnement exiger que les créances détenues par le consommateur même vis-à-vis de tiers, soient payées directement au créancier cessionnaire du crédit (à la consommation) pour l'acquittement du crédit impayé ? Que se passe-t-il en outre en cas d'exceptions éventuelles en vertu de ce crédit initial ?

Cette technique est utilisée assez fréquemment, selon l'AB-REOC. D'après la réponse à une question parlementaire, on dénombrait 89.660 demandes de cession de ce type reçues par le SPF Finances en 2020 et il s'agirait d'une dette totale (à majorer d'intérêts de retard ou de frais) atteignant au total à 580 millions d'euros.

Pour vérifier la légalité des clauses qui rendent possibles de tels paiements vis-à-vis du cessionnaire du crédit à la consommation, il convient (1) en premier lieu de regarder si les clauses en matière de constitution de sûreté dans le contrat de crédit à la consommation, par exemple, les clauses par lesquelles l'emprunteur déclare « [céder] au prêteur toutes les créances qu'il aurait vis-à-vis de tout tiers, à concurrence du montant dû », sont licites.

Ensuite (2) il convient de regarder dans quelle mesure le prêteur même peut céder à un tiers le crédit à la consommation ou la créance découlant d'un crédit.

Dans son avis du 24 septembre 2018 sur les conditions contractuelles en matière de crédit hypothécaire, la CCS "Clauses abusives" évaluait déjà des clauses de nantissement ou de

cession de créance à titre de sûreté¹, des clauses de cession de créance issues du contrat de crédit² ou le contrat de crédit même. Le présent avis s'inspire donc largement de l'avis susmentionné et le reprend, sur ce plan, en grande partie.

A la suite de cette demande d'avis, il est signalé que les conditions contractuelles des contrats de crédit doivent être approuvées par le SPF Economie.

L'article VII.160, § 5, CDE, prévoit effectivement que le SPF Économie examine si les modèles de contrat sont conformes à toutes les dispositions du présent livre et du livre VI et de leurs arrêtés d'exécution. Lorsque le SPF Économie fait savoir à la FSMA par une notification motivée, après avoir entendu l'intéressé, que les modèles de contrat d'un prêteur visé au paragraphe 4, alinéa 5, ont été refusés, l'agrément du prêteur peut être radié conformément à l'article XV.67/1, § 5, CDE.

La capacité du SPF Économie à rejeter certains modèles de contrat, notamment pour non-conformité avec les dispositions du livre VI, parmi lesquelles les dispositions en matière de clauses abusives, n'exonère cependant pas le prêteur de sa responsabilité propre de respecter les dispositions impératives en matière de clauses abusives.

Le fait que le SPF Economie examine certaines clauses quant à leur conformité aux dispositions pertinentes du Livre VI et du Livre VII du Code de droit économique n'affecte pas la compétence autonome de la CCS "Clauses abusives" de prendre connaissance des clauses et conditions et de formuler les recommandations nécessaires à leur sujet dans le cadre des dispositions légales relatives aux clauses abusives.

Enfin, la CCS "Clauses abusives" signale encore, à titre introductif que, dans les exemples cités, elle s'est limitée à un examen dans le cadre de la demande d'avis, et ne s'est pas prononcée sur d'autres aspects du caractère abusif des exemples présentés.

¹CCE 2018/3181 et CCS CA 42, 24 septembre 2018, Les conditions contractuelles des contrats de crédit hypothécaire, p. 83.

²*Ibidem*, p. 101.

1.2. Compétence de la CCS « Clauses abusives »

La demande d'avis porte sur des clauses en matière de cession de créance ou de nantissement à titre de sûreté dans le cadre de contrats de crédit à la consommation. Il s'agit donc de contrats entre des entreprises et des consommateurs auxquels s'appliquent les règles en matière de clauses abusives telles que reprises aux articles VI.81/1 et suivants du CDE.

En vertu de l'article VI.86, §2, CDE, la CCS "Clauses abusives" peut être saisie par le ministre, par les organisations de consommateurs, et par les groupements professionnels et interprofessionnels intéressés. La CCS "Clauses abusives" peut également se saisir d'office sur la base de l'article susmentionné.

L'AB REOC étant une organisation représentant les consommateurs qui siège à la CCS "Clauses abusives" et la demande étant aussi soutenue par les autres organisations de consommateurs, cette demande est recevable et la CCS "Clauses abusives" est compétente pour traiter la demande d'avis.

2. Remarques introductives

2.1. Livre XIX : obligation de mise en demeure et mention expresse de la procédure de contestation, dans le cadre de l'activité de recouvrement

Comme nous l'avons expliqué dans l'introduction, les contrats de crédit, ou leurs créances impayées, sont parfois cédés à d'autres entreprises. Cela se fait notamment dans le cadre du recouvrement de dettes impayées par une personne exerçant une activité de recouvrement amiable (un recouvreur de dettes).

La CCS "Clauses abusives" comprend qu'une discussion sur les règles à respecter lors de l'activité de recouvrement amiable ne constitue pas directement une réponse à la question de la légalité des clauses qui lui est posée.

Comme il s'agit cependant d'un élément important dans l'évaluation de telles clauses, la CCS "Clauses abusives" souhaite, en ce qui concerne le recouvrement, signaler à l'avance les obligations légales auxquelles les agents de recouvrement³ sont tenus dans le cadre du recouvrement. À cet égard, il convient en effet de tenir compte des dispositions du livre XIX, titre 2, du Code de droit économique, lequel porte sur le (l'activité de) recouvrement amiable⁴.

³Défini comme « toute entreprise exerçant une activité de recouvrement amiable de dettes » ; voir article I.22/1, 3°, CDE.

⁴ Comme inséré par la loi du 4 mai 2023 portant insertion du livre XIX « Dettes du consommateur » dans le Code de droit économique (M.B. 23 mai 2023). Pour être exhaustif, il convient de noter qu'en ce qui concerne le titre 1 du livre XIX du CDE, "Paiement des dettes des consommateurs à des entreprises", le principe de la *lex specialis* s'applique en ce qui concerne la procédure de non-paiement et de dommages-intérêts prévue au livre VII du CDE.

Comme le prévoit cette législation, pour toute dette impayée faisant l'objet d'une clause pénale, le prêteur ne peut réclamer des dommages et intérêts qu'après avoir rappelé gratuitement cette dette au consommateur et après l'écoulement d'un délai d'au moins quatorze jours calendrier, qui prend cours le troisième jour ouvrable qui suit celui où le rappel est envoyé au consommateur⁵.

L'entreprise qui souhaite ensuite recouvrer la dette dans le cadre d'une activité de recouvrement amiable doit tenir compte du fait qu'aucune mesure ou acte de recouvrement amiable ne peut être effectué avant la mise en demeure du consommateur (article XIX.7, § 2, CDE).

Cette mise en demeure doit contenir un nombre minimal de mentions, entre autres (voir article XIX.7, § 2, alinéa 2) :

« 6° la mention que le consommateur peut obtenir, à sa demande, toutes les pièces justificatives de la dette ;

7° la mention de la procédure à suivre en cas de contestation de la dette par le consommateur; »

Il ne peut en outre être procédé à aucune autre mesure ou acte de recouvrement amiable qu'après un délai de quatorze jours calendrier prenant cours le troisième jour ouvrable qui suit celui où la mise en demeure est envoyée au consommateur (art. XIX.9, § 1er, CDE).

Par ailleurs, lorsque le consommateur conteste sa dette de manière motivée conformément à l'article XIX.7, § 2, alinéa 2, 7°, le prêteur ne peut procéder à aucune autre mesure ou acte de recouvrement amiable avant qu'une décision statuant sur cette demande n'ait été prise. Si aucune décision n'est prise dans un délai de trente jours calendrier à compter de la contestation, les intérêts moratoires prévus dans la clause pénale arrêtent de courir jusqu'à ce que la décision soit prise.

Adresser un courrier directement au débiteur (par exemple, le fisc), sans tenir compte de cette mise en demeure obligatoire, est contraire aux dispositions mentionnées en matière de recouvrement amiable (article XIX.7, § 2, CDE, article XIX.9, § 1er CDE).

Avant de procéder à d'autres mesures de recouvrement, telles que le recouvrement extrajudiciaire d'une créance garantie, le prêteur doit donc mettre le consommateur en demeure conformément aux dispositions obligatoires expliquées ci-dessus.

Le titre 2 du livre XIX du CDE règle les principes à prendre en compte dans (l'activité de) recouvrement amiable et s'applique ici, sans préjudice de l'application d'autres réglementations spécifiques.

⁵ Article XIX.2, § 1er CDE.

2.2. Le débiteur cédé peut-il payer directement sans tenir compte du contrat de crédit sous-jacent ?

Une deuxième remarque introductive générale concerne la question de savoir si le débiteur qui est poursuivi par le cessionnaire du (de la créance) du contrat de crédit pour le paiement de cette somme doit tenir compte des exceptions découlant de ce contrat de crédit.

La CCS "Clauses abusives" peut fournir un avis uniquement sur la clarté et le caractère abusif ou non de clauses et conditions dans des contrats. Toutefois, dans le cadre de la problématique soumise, elle souhaite faire les observations suivantes.

Si le cessionnaire ou le créancier subrogé du contrat de crédit est tenu vis-à-vis du consommateur de respecter les moyens de défense, le débiteur de la dette donnée à titre de sûreté (par exemple, les autorités fiscales) est distinct du contrat de crédit. Le débiteur de la créance donnée à titre de sûreté est donc distinct de ce contrat de crédit, avec ses exceptions.

3. Clauses en matière de nantissement/cession par le preneur d'un crédit à la consommation de créances détenues par celui-ci vis-à-vis de tiers

3.1. Cadre réglementaire général et fourniture d'informations sur les sûretés

3.1.1. Cadre réglementaire général

Le cadre réglementaire général qui entre en considération pour les cessions visées dans la demande d'avis se compose des textes suivants :

- a) Le régime en matière de crédit à la consommation tel que repris dans le livre VII CDE, en particulier l'art. VII.70, §1er (fourniture d'information – via SECCI – sur les sûretés demandées le cas échéant), l'art.VII.74 (explications adéquates, y compris sur les conséquences du contrat de crédit si le consommateur ne paie pas à temps), l'art. VII.78 (obligation de mentionner de manière claire et concise les sûretés et assurances exigées dans le contrat de crédit), l'art. VII.89, §1er (cession de droit relative à des revenus protégés) et l'art. VII.109 CDE (exigences minimales en matière de sûretés constituées dans le cadre d'un contrat de crédit);
- b) Les règles en matière de saisie (ou de biens insaisissables), en particulier les articles 1409-1410 du Code judiciaire ;
- c) Les articles 27 à 35 de la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs ;
- d) Le régime tel que repris dans la loi du 11 juillet 2013 en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières ;

- e) Le régime de droit commun en matière de cession de créance (par facilité, nous nous basons pour cet avis sur les nouvelles dispositions du livre 5 du Code civil, nonobstant le fait que les cas concrets puissent encore être régis par l'ancienne norme).

3.1.2. Fourniture obligatoire d'informations sur les sûretés demandées

La législation en matière de crédit à la consommation oblige le prêteur à communiquer les sûretés demandées de manière détaillée dans le document SECCI (article VII.70, § 1er, CDE). Dans la disposition concernant les explications adéquates (article VII.74 CDE), le prêteur doit également communiquer des informations adéquates sur « les caractéristiques essentielles des produits proposés et les effets particuliers qu'ils peuvent avoir sur le consommateur, y compris les conséquences d'un défaut de paiement du consommateur ».

Le prêteur doit aussi, dans le contrat de crédit même, mentionner de façon claire et concise les sûretés et les assurances exigées (article VII.78, § 1er, 10° CDE). L'article VII.89 CDE renvoie expressément à l'application de la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs pour toute cession de droit relative à la rémunération.

3.2. Exemples transmis

En annexe de la demande d'avis, AB REOC a joint une série d'exemples de clauses en matière de nantissement de créances ou de cession fiduciaire de créances à titre de sûreté. La manière dont ces clauses sont reprises dans le contrat de crédit étant également importante au regard de l'obligation de transparence, ce point est précisé au point A.

3.2.1. Exemples, surtout dans le cadre de l'obligation de transparence

- a) Clause ajoutée dans l'acte de cession de rémunération

Dans les exemples transmis, la CCS "Clauses abusives" a rencontré des clauses où un nantissement de toutes les créances actuelles et futures vis-à-vis de tiers intervient après la déclaration de « cession irrévocable » de la partie cessible de la rémunération.

Exemple 1 : "Acte de cession et de nantissement de créances"

Pour garantir l'exécution des engagements découlant du contrat de crédit dont la référence est mentionnée ci-dessus, les signataires renoncent irrévocablement au profit du prêteur à la partie cessible de leurs rémunérations, commissions, revenus de remplacement ou indemnités tels que définis aux articles 1409 à 1412 du Code judiciaire.

Les articles 28 à 32 de la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs sont mentionnés ci-dessous. Les parties déclarent avoir pris connaissance de ces dispositions légales.

Cette renonciation a été faite en garantie des obligations prises par les signataires de rembourser la somme susmentionnée majorée de l'indemnité forfaitaire, des frais de justice éventuels, des intérêts de retard et des autres frais prévus dans le contrat de crédit.

En outre, les signataires donnent en gage au prêteur, qui l'accepte, leurs créances actuelles et futures vis-à-vis de tiers, y compris, entre autres, leurs créances sur les locataires, les avoirs auprès d'institutions financières, les commissions, les créances sur les compagnies d'assurance, les notaires, les huissiers, les avocats et les médiateurs de dettes, ainsi que les créances (autres que les rémunérations) au titre de prestations effectuées (factures et honoraires).

b) (repris séparément dans un ensemble de documents)

Soit la clause de nantissement/cession de propriété en garantie de créances est reprise clairement dans un ensemble de documents concernant le contrat de crédit. Cet ensemble de documents comprend, par exemple, d'abord les conditions relatives à l'utilisation de la carte de crédit, il aborde ensuite les assurances, puis, la clause relative à la cession de rémunération se retrouve à la fin.

Exemple 2 : "Cession de créances"

En garantie de l'exécution des obligations découlant du contrat Buy Way avec numéro de référence (c), conclu le (d), chacun des consommateurs cède à Buy Way Personal Finance NV la totalité des créances qu'il détient ou détiendra vis-à-vis de tout tiers (tels que locataires, institutions financières, partenaires commerciaux et administration fiscale) et ce à concurrence du montant qui pourrait rester dû à Buy Way Personal Finance NV, tant en principal qu'en intérêts et frais.

c) clause dans le corpus des conditions générales, accompagnée d'une clause de cession de rémunération :

Soit la clause de nantissement/cession de propriété en garantie de créances, tout comme la clause de cession de rémunération, et la domiciliation est reprise au milieu du corpus des conditions contractuelles. En outre, la disposition commence par « Sans préjudice de l'article VII.102 et suivants du CDE... »

Exemple 3

Sans préjudice des dispositions des articles VII.102 à VII.104 du Code de droit économique, la bonne exécution du contrat de crédit est garantie par une cession de rémunération, une cession de créances et une domiciliation. La cession de rémunération est déterminée par un acte séparé joint à ces documents conformément à la loi. En outre, en signant ce contrat, le consommateur cède au prêteur ses créances actuelles et futures vis-à-vis de tiers, notamment ses créances vis-à-vis des locataires, des banques et autres institutions financières, ses commissions, ses créances vis-à-vis des notaires, des huissiers de justice, des compagnies d'assurance....

Exemple 4

En garantie de l'exécution de leurs obligations, les consommateurs et les personnes ayant constitué une sûreté, cèdent au prêteur toutes les créances actuelles et futures sur des tiers, à quelque titre que ce soit par rapport aux droits de location, avoirs sur les comptes financiers, commissions, produits de biens mobiliers et immobiliers, avoirs de factures, legs, héritages et indemnités d'assurances. Cette énumération n'est pas limitative. La cession de la quotité cessible et saisissable des rémunérations et prestations visées aux articles 1409 et 1410 §1 du Code judiciaire est prévue par acte distinct, conformément à la loi.

3.2.2. Exemple dans le cadre de l'appréciation matérielle du déséquilibre manifeste

Exemple 5

« GARANTIES

Article 9 : Généralités

9.1 Sans préjudice de l'application des articles VII.109 à VII.111 du CDE, toutes les sûretés et hypothèques, constituées avant ou pendant le crédit, garantissent le remboursement de toutes les sommes d'argent que les emprunteurs, à quelque titre que ce soit, doivent ou pourraient devoir à la banque au titre d'opérations de crédit, de banque ou d'assurance, tant à titre privé que dans le cadre de leurs activités commerciales, professionnelles ou artisanales. L'établissement de garanties supplémentaires ne supprime pas les garanties existantes.

9.2 Il est expressément stipulé que la banque ne renonce pas aux sûretés garantissant les créances qu'elle détient sur les crédits et/ou les comptes courants. Conformément à l'article 1278 du Code civil, ils continuent à garantir le remboursement du solde dû sur ces comptes et/ou crédits.

9.3 Maintien du patrimoine

Si les emprunteurs sont propriétaires d'un bien immobilier, ils s'engagent à maintenir ce bien en bon état, à n'y apporter aucune modification susceptible d'en diminuer la valeur, à ne pas l'aliéner, l'hypothéquer ou le louer pendant plus de 9 ans ou en dessous du loyer normal, sans l'accord préalable et écrit de la banque, tant que le crédit n'a pas été intégralement remboursé.

Article 10 : Cession de rémunération et autres revenus

10.1 Au cas où les emprunteurs et les garants ne respecteraient pas leurs engagements et à titre de garantie supplémentaire pour le paiement de toute somme due au titre du crédit en capital, intérêts, frais et accessoires, les emprunteurs et les garants déclareront en faveur de la banque, qui l'accepte, une cession irrévocable :

- de toutes les locations, y compris tous les dommages et intérêts éventuels, notamment en cas de rupture de contrat ou de dommages causés par la location ;
- de toutes les sommes qui leur sont dues au titre de l'emphytéose, du droit de superficie ou de l'usufruit de n'importe quel bien ;
- de toutes les sommes qui leur sont dues au titre d'avances, de prêts, de crédits, de parts sociales, d'actions, d'obligations, de bons de caisse et d'autres titres, nominatifs ou au porteur, et, en général, à la suite de placements de fonds de toute nature ;
- des avoirs de toute nature auprès d'autres institutions financières, de la caisse des dépôts et consignations ou de l'Office des Chèques Postaux ;
- de la partie cessible de leurs traitements, émoluments et rémunérations ;
- de toutes les sommes qui leur sont dues au titre de leur activité professionnelle en tant que commerçants ou indépendants ou au titre de l'exercice d'un mandat public ou privé ;
- de toutes les sommes au titre d'allocations périodiques et de capitaux qui leur sont ou leur seront dues en raison d'un accident ou en vertu d'une assurance de dommage ou de sommes ;

- *du produit, avec tous ses accessoires, de la réalisation de leurs biens meubles ou immeubles ;*
- *de toutes les sommes qui pourraient leur revenir à quelque titre que ce soit, y compris les subventions, le trop-perçu d'impôts de toute nature et de TVA, etc...*

10.2 La cession de la partie saisissable de la rémunération et autres revenus, tel que prévue aux articles 1409 et 1410, § 1er du Code judiciaire, est assurée, conformément à la loi concernant la protection de la rémunération des travailleurs, par un acte séparé, à savoir le document "Acte de cession de rémunération et autres revenus".

10.3 Les emprunteurs et les garants autorisent la banque à demander et à recevoir la valeur de rachat de tous les contrats d'assurance-vie sans leur intervention. À la première demande de la banque, ils fourniront toutes les informations nécessaires et signeront les documents requis à cette fin.

10.4 La banque aura le droit, en cas d'inexécution par les emprunteurs d'une obligation quelconque, de signifier à leurs frais, jusqu'à concurrence des sommes dues, et sans mise en demeure préalable, la cession de créance, tant aux employeurs qu'aux locataires ou occupants actuels et futurs, ainsi qu'à tout débiteur de l'emprunteur, et de prélever toutes les sommes perçues à ce titre sur les sommes dues et exigibles.

10.5 Le crédit est accordé par la banque en fonction des avoirs, sommes et valeurs détenus ou à détenir par la banque pour le compte des emprunteurs et des garants. Par conséquent, à tout moment, la banque pourra effectuer la compensation de dettes entre ces avoirs et les engagements des emprunteurs et des garants découlant de ce contrat.

3.3. Analyse selon le droit commun

3.3.1. Garantie pour toutes sommes

Ci-après, c'est tout d'abord la conformité de ces exemples de « cession de créance » au regard des exigences du droit commun qui est examinée. Ensuite, on vérifie également si ces exemples sont conformes au prescrit du livre VII CDE à cet égard, en matière de crédit à la consommation.

En ce qui concerne la constitution de sûretés en général, il faut au moins qu'il y ait consentement sur (A) les créances à garantir, (B) les types de sûretés à constituer, et (C) le montant à concurrence duquel elles sont constituées.

Dans l'avis sur le crédit hypothécaire, il était déjà signalé que, dans l'état actuel du droit des obligations, en ce qui concerne les créances garanties (A), une clause en matière de « garantie pour toutes sommes » est autorisée pour autant qu'elle réponde à deux exigences principales :

- 1) le contrat doit permettre de déterminer les créances (exigence de déterminabilité interprétée en droit belge comme « exigence de prévisibilité ») ; et
- 2) les créances concernées doivent réellement être celles que les parties voulaient garantir (consentement).

Il faut donc à tout le moins définir un cadre objectif, dans lequel il est possible de déterminer quelles créances sont garanties (par quelles sûretés). La Cour de cassation a jugé que l'objet de la convention est déterminable si la convention contient des éléments objectifs grâce auxquels la convention peut être déterminée sans qu'un nouvel accord entre les parties ne soit nécessaire⁶. À cet égard, le Prof. Vandeputte affirme que l'objet d'une obligation est suffisamment déterminable lorsqu'aucune des parties ne peut modifier ou mieux définir l'étendue de la créance ou de la dette selon sa propre appréciation⁷.

Cette exigence de déterminabilité a été précisée par la Cour de cassation dans l'arrêt Mengal du 28 mars 1974 en ce qui concerne les sûretés⁸. Cet arrêt portait certes sur le nantissement d'un commerce mais comme les termes de l'arrêt étaient larges, la doctrine a estimé qu'il avait une application plus générale⁹. Ce champ d'application plus large a finalement été confirmé, sur le plan légal, par la reprise des termes dudit arrêt dans la loi hypothécaire¹⁰. Dans l'arrêt Mengal¹¹, 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 donc surtout vue 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 délimité¹²? Comme il ressort d'un 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 de la conclusion du crédit hypothécaire. Des circonstances ultérieures modifiées qui révéleraient que la personne constituant la sûreté ne se porterait raisonnablement plus caution pour les dettes apparues après que le crédit a été contracté, ne peuvent pas être invoquées¹³.

⁶ Cass. 13 juin 2005, *Pas.*2005, p. 1305 ; pour une formulation quasi 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 à propos de l'hypothèque des dettes futures : « En vertu de l'article 1130, alinéa 1er, du Code civil, les choses futures peuvent également faire l'objet d'une obligation. À cette fin, il est requis qu'elles soient déterminées ou au moins déterminables sans qu'un nouvel accord de volontés des parties soit exigé. Ainsi, il est permis d'établir une hypothèque pour des créances futures à condition que l'acte d'hypothèque offre la possibilité de déterminer les créances que les parties souhaitent garantir. »

⁷ R. VANDEPUTTE, *De overeenkomst*, Brussel, Larcier, 1977, 81.

⁸Cass. 28 mars 1974, *Arr. C. ass.* 1974, 833, *R.W.*, 1974-75, 339, *Pas.* 1974, I, 776.

⁹Voir M. VAN QUICKENBORNE, "Borgtocht", dans *APR*, Anvers, Kluwer, 1999, 102 n° 991 ; M. GRÉGOIRE, "Le gage civil", dans *Privilèges et hypothèques, I*, Anvers, Kluwer, 2004, 7 ; F T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, Bruxelles, Larcier, 2004, nos. 744-745.

¹⁰ La formulation en matière de déterminabilité de créances futures est en effet reprise littéralement à l'article 81bis de la loi hypothécaire.

¹¹ Et à l'article 81bis de la loi hypothécaire.

¹²Bruxelles, 23 février 1973, *R.W.*, 1973-74, 1054, avec note BRUYNEEL.

¹³ Cass. 21 avril 2017, in *Droit bancaire et financier*, 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 pour la société dont elle était, avec son mari, actionnaire et administratrice. Un

Il découle également de l'exigence de déterminabilité et du principe de décision de partie¹⁴ que, comme les parties contractantes doivent se comporter en personnes raisonnables et prudentes, 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 déterminables¹⁵.

Ce critère de prévisibilité est aussi utilisé par la Cour de cassation en cas de cautionnement pour des dettes futures, comme il ressort d'un arrêt du 19 mai 2016¹⁶ :

« 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 de loi que le cautionnement doit être interprété de manière limitative dans le sens où la caution peut seulement être réputée engager la sûreté des engagements qu'il peut raisonnablement prévoir lors de la constitution du cautionnement.

3. Les juges d'appel qui estiment que le cautionnement du 6 mars 1986 s'étend à toutes les dettes du débiteur principal vis-à-vis du défendeur, que ces dettes soient apparues avant ou après fusion du débiteur principal par absorption d'autres sociétés, sans examiner si cet endettement était raisonnablement prévisible lors de la conclusion du contrat de cautionnement pour le demandeur, violent l'article 2015 du Code civil »¹⁷.

crédit d'investissement a été conclu ultérieurement auprès du même prêteur qui, en vertu de la « garantie 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 constitution de sûreté (son lien avec la société) et la déterminabilité de la « garantie toutes dettes » doivent être jugées au moment de la constitution de sûreté, l'épouse n'a pas pu invoquer ces circonstances modifiées. La Cour a jugé que "la [défenderesse] n'avait manifestement pas la volonté ou ne pouvait avoir la volonté de garantir par son bien immobilier des créances de la [société] après la fin de son mandat et de son actionariat, et lorsqu'elle n'avait elle-même plus aucun intérêt ou pouvoir de gestion dans la société".

¹⁴ E. DIRIX, "Zekerheidsrechten en uitwinning", dans Actuele ontwikkelingen in de rechtsverhouding tussen bank en consument, Antwerpen, Maklu, 1994, (313) 316.

¹⁵ 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'Épargne, 1986, 28-30.

¹⁶ 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.

¹⁷ Comparez avec Cass., 27 octobre 2000, Bull. EnPas., 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 obligations futures peuvent être l'objet d'une obligation. À cette fin, il est requis qu'elles soient certaines ou à tout le moins qu'elles puissent être certaines sans qu'un nouvel accord de volonté des parties soit requis. Ainsi, il est permis d'établir une hypothèque pour des créances futures à la condition que l'acte d'hypothèque offre la possibilité de déterminer les créances que les parties souhaitaient garantir".

Il ressort de cette exigence de déterminabilité¹⁸ que la caution qui, par exemple, garantit un engagement de nature personnelle, tel qu'un prêt contracté en vue de financer l'achat d'un logement, ne peut pas être invoquée pour apurer un crédit accordé au même emprunteur à des fins commerciales¹⁹.

Parallèlement à l'exigence de prévisibilité²⁰ précisée ici, il y a aussi lieu d'examiner, comme il ressort des termes de l'arrêt Mengal, si les parties intéressées avaient réellement la volonté, par exemple, de garantir via cette hypothèque tous les montants dus dans le cadre de la relation financière²¹. La question de savoir si les parties avaient la volonté ou l'intention²² communes de garantir certaines dettes dans le cadre d'une constitution de sûreté est une question de fait à juger au cas par cas. En cas de doute, trancher cette question relève du pouvoir d'appréciation incontestable du juge du fond.

Cela découle également de l'exigence de bonne foi : 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.

Appliqué aux exemples :

(A) Créances garanties

¹⁸ Cette exigence de prévisibilité était, en ce qui concerne le cautionnement, basée sur l'interprétation restrictive de la caution, comme il ressort de l'arrêt de la Cour de Cassation cité du 19 mai 2016. De manière plus générale, cette exigence de prévisibilité dans les clauses en matière de constitution de sûreté pour "toutes créances" peut être basée 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.

¹⁹ M. VAN QUICKENBORNE, "Borgtocht", in APR, Antwerpen, Kluwer, 1999, 103, nr. 193.

²⁰ Le champ d'application des accords conclus dans un contrat doit en effet toujours être évalué 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 la contrepartie peut normalement s'attendre comme découlant du contrat, autrement dit si les accords ne sont pas raisonnablement prévisibles, on peut dès lors difficilement croire que les parties contractantes avaient la commune intention de les conclure.

²¹ 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 : 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 sûreté (art. 1130, alinéa 1er Code civil). »

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 celles que les parties avaient entendu assortir de la garantie."

²² Voir l'article 5.64 du Code civil (ancien article 1163 du Code civil).

Par conséquent, des formulations comme « dettes d'argent dues par les emprunteurs, en quelque qualité que ce soit » (voir exemple 5) sont contraires à cette exigence de prévisibilité²³.

Il découle également de cette exigence de prévisibilité qu'une sûreté en garantie d'une obligation de nature personnelle ne peut pas non plus être stipulée au moyen d'une clause standard en tant que sûreté pour une dette contractée à titre professionnel (voir également exemple 5).

En plus d'être contraire à l'exigence de prévisibilité, une telle clause contractuelle ne permet pas de présumer que l'emprunteur avait la volonté de soumettre d'autres dettes aux sûretés constituées convenues.

(B) Sûretés constituées

Si une partie déterminée fournit des sûretés, il convient de désigner contractuellement, de manière précise, quelle sûreté elle accorde à son créancier. Comme dans le cas des créances garanties, les sûretés constituées doivent satisfaire à l'exigence de déterminabilité (cadre de référence objectif, l'exigence de déterminabilité doit être considérée comme une exigence de prévisibilité) et il doit être plausible que les parties aient effectivement eu la volonté de constituer certaines garanties en guise de sûreté.

Une énumération générale de toutes les créances possibles que pourrait obtenir le consommateur « pour quelque raison que ce soit » n'est pas suffisamment déterminable en tant que sûreté à fournir²⁴. Au minimum, les sûretés énumérées doivent également être déterminables, de sorte qu'une seule partie n'ait pas le droit de décider unilatéralement de l'exécution du contrat (voir également à cet égard l'article VI.83, 6°, du CDE).

Appliqué aux exemples :

Dans les exemples 4 et 5, il est question de cession de créances qui ne sont pas limitatives et qui reviennent à l'emprunteur « à quelque titre que ce soit », « pour quelque raison que ce soit ». C'est contraire à l'exigence de prévisibilité.

3.3.2. Loi concernant la protection de la rémunération des travailleurs

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.89, §1er, CDE renvoie expressément aux articles 27 à 35 de la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs et à l'article 1410, §1er, du Code judiciaire en ce qui concerne toute cession de droit sur des montants dans le cadre du contrat de crédit et il précise en outre qu'une telle

²³ Dans le même sens, voir CCE 2018/3171 CCA 42, Avis sur les clauses contractuelles dans les contrats de crédit hypothécaire, p. 41-42, entre autres avec référence (note de bas de page 97) à M. VAN QUICKENBORNE, "Borgtocht", dans APR, Anvers, Kluwer, 1999, 103, n° 193.

²⁴ C. BIQUET-MATHIEU et F. RENSON, " La cession de créance " dans M. DUPONT (dir.), *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Larcier, 2016, (127) 133-136, n° 12.

cession de droits ne peut être exécutée et mise en œuvre qu'à concurrence des montants exigibles le jour de la notification de la cession *en vertu du contrat de crédit*.

De plus, les revenus ou la rémunération des mineurs, même émancipés, sont incessibles et insaisissables du chef des contrats de crédit (art. VII.89, §2, CDE).

Les clauses de cession de rémunération doivent se faire par un acte distinct, l'engagement spécifiquement garanti devant être mentionné dans l'acte de cession de rémunération. Une cession de rémunération « toutes dettes » est donc légalement interdite.

En ce qui concerne ces règles juridiques, on peut également renvoyer à l'article 29 de la loi concernant la protection de la rémunération des travailleurs. Cet article stipule que, dans les dix jours de l'envoi de la notification, visée à l'article 28, 1°, le cédant peut s'opposer à l'intention d'exécution à condition d'en aviser le débiteur cédé. Dans les cinq jours de l'envoi de la lettre du cédant, le débiteur cédé en avisera le cessionnaire.

Appliqué aux exemples :

- Infractions à la transparence

Tout d'abord, il convient de faire remarquer que le fait de déclarer "renoncer" à la partie cessible de la rémunération est une formulation erronée et trompeuse. Le consommateur ne renonce pas à cette partie de sa rémunération, il cède cette créance en cession de propriété (ou nantissement) en garantie de l'exécution de ses obligations.

Ensuite, il convient de noter que les clauses par lesquelles une partie "déclare renoncer", ou encore "avoir pris connaissance des dispositions légales en matière de cession de rémunération" (voir exemple 1) offrent peu de valeur ajoutée et, de plus, peuvent être abusives s'il est plausible que de telles hypothèses ne correspondent pas à la situation réelle. En stipulant une telle "déclaration", la charge de la preuve concernant la prise de connaissance du consommateur est en fait renversée²⁵. Il incombe au prêteur de prouver que le consommateur a été informé de ces dispositions légales et un tel renversement par une clause qui ne reflète pas l'état actuel de la situation peut être contraire à l'article VI.83, 21° CDE.

- Conformité avec la législation sur la cession de rémunération

Dans les exemples présentés, ainsi que dans d'autres exemples qui ont été transmis à la CCS "Clauses abusives", rien n'indique que les dispositions de cette législation n'ont pas été respectées. Les clauses en matière de cession de rémunération doivent en effet être rédigées au moyen d'un acte distinct.

Les conditions générales ici reprises, dans lesquelles l'emprunteur « déclare » céder « irrévocablement » la partie cessible de sa rémunération (voir exemple 1), peuvent avoir une

Voir également dans le même sens: CCA 32, 15 février 2012, Avis relatif aux clauses visant, dans des contrats d'achat d'un terrain à bâtir, la construction par une entreprise déterminée, p.15.

valeur informative pour le consommateur mais elles ne peuvent jamais remplacer les obligations légales telles qu'elles découlent de la loi concernant la protection de la rémunération des travailleurs.

3.3.3. Loi du 11 juillet 2013 en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières

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 matière²⁶, 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 »²⁷), qui reprend les règles légales relatives au nantissement et à la cession de créances à titre de sûreté. Cette législation est entrée en vigueur le 1er janvier 2018²⁸.

1. Nantissement de créances

La loi en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières contient certaines dispositions de droit impératif relatives au nantissement qui visent à protéger le consommateur qui met des créances en nantissement (par exemple, l'article 4, l'article 7, l'article 12 et l'article 61).

Lors du nantissement de créances, le nantissement doit au moins être prouvé par un écrit contenant la désignation précise des créances grevées du gage et des créances garanties par le gage (article 61). Cet écrit servant de preuve au contrat doit répondre aux exigences, selon le cas, de l'article 8.20 (autant d'originaux que de parties) ou de l'article 8.21 (l'engagement unilatéral de payer une somme d'argent ou de livrer une certaine quantité de choses fongibles ne fait preuve que si elle comporte la signature de celui qui souscrit cet engagement ainsi que la mention, écrite par lui-même, de la somme ou de la quantité en toutes lettres) et doit en outre mentionner le montant maximal à concurrence duquel les créances sont garanties (article 61).

L'article 12 de la loi en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières stipule dans son premier paragraphe 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. Toutefois, selon le deuxième paragraphe de cette disposition, ces accessoires ne peuvent toutefois pas être supérieurs à 50 % du principal si le constituant du gage est un consommateur. La doctrine considère que ces règles contenues dans les articles 7 et 12 de la loi en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières s'appliquent également au nantissement d'une créance²⁹.

²⁶ 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.

²⁷Pour les renvois ci-après aux nouvelles dispositions, la numérotation des articles figurant dans Code civil est utilisée.

²⁸Voir article 109 de la loi du 11 juillet 2013, tel que modifié par l'article 36 de la loi du 25 décembre 2016 modifiant diverses dispositions relatives aux sûretés réelles mobilières, *MB* 30 décembre 2016.

²⁹ I. PEETERS et P. NOBELS, " Pledge on money and debt claims ", in J. BAECK et M. KRUIHOF, *Het nieuwe zekerheidsrecht*, Anvers, Intersentia, 2014, (111) 115 ; M.E. STORME, " Security interests in debt claims (in name) ", in M.E. STORME(ed.), *Movable securities after the Pledge Act*, Anvers, Intersentia, 2017, (223) 231.

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 (article 11 de la loi sur la loi en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières).

2. Cession de créance à titre de sûreté

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 sûreté³⁰ alors qu'en cas de transfert de propriété à titre de sûreté, il y a bien un transfert de propriété (mais pas nécessairement dépossession)³¹.

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.

L'article 62 précise que si le cédant est un consommateur, la cession de créances à titre de garantie doit répondre aux exigences énoncées à l'article 61 de la loi en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières - , à savoir que la cession doit être établie par un écrit qui répond aux exigences de l'article 08.20 ou 8.21 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 pouvoir conférer au cessionnaire, en vertu de l'article 62 de la loi sur sûretés réelles mobilières, un gage sur la créance cédée³².

L'article 62 de la loi en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières ne précise pas si les autres dispositions du gage en matière de protection des consommateurs doivent être respectées. En l'absence de clarification dans la loi du 11 juillet 2013 qui a introduit pour la première fois la figure du transfert fiduciaire à titre de garantie dans cette disposition ou de modification de cette disposition par la loi du 25 décembre 2016, le champ d'application de cette disposition reste limité³³.

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 en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières doivent être respectées si le cédant est un consommateur. Selon une certaine doctrine, l'article 62 de la loi en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières doit cependant être lue comme signifiant qu'une cession de créance à titre

³⁰L'article 41 de la loi en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières stipule 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.* »

³¹ E. DIRIX en E. DECORTE, *Zekerheidsrechten*, Antwerpen, E.Story-Scientia, 1996, 342 (wat betreft de niet vereiste buitenbezitstelling; 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 (wat betreft de eigendomsoverdracht) en).

³² R. FELTKAMP, "Overdracht tot zekerheid van schuldvorderingen: een bijzonder(e zeker)heid?", T.B.B.R./R.G.D.C., 2014, (215) 237.

³³ Pour un aperçu des différentes thèses dans la doctrine, voir V. NICAISE, "Rappels des principes, mise en contexte et modifications diverses apportées par la loi du 25 décembre 2016", dans I. DURANT, CUP, "Les sûretés réelles mobilières", Vol. 176, Anthemis, 2017, 10-82, nos 44 et suivants.

de garantie doit, lorsque le cédant est un consommateur, respecter toutes les exigences de forme requises pour un gage constitué par un consommateur³⁴.

En évaluant les clauses de cession fiduciaire à titre de garantie, la CCS "Clauses abusives" adopte un point de vue strict. Cela signifie qu'une telle cession fiduciaire à titre de garantie conserve son individualité et ne doit satisfaire qu'aux exigences fondamentales et formelles d'une cession de créance, mais en cas de concours, les effets sont limités à ceux d'un gage à l'égard d'autres créanciers³⁵.

Appliqué aux exemples :

- Généralité : la dénomination "renoncer à des créances" est trompeuse

Il convient tout d'abord de souligner que la dénomination "renoncer à toutes les créances" figurant dans les exemples est trompeuse. Il s'agit de donner en gage ou de céder des créances à titre de garantie, et non de renoncer à ces créances. Il convient donc de modifier cette dénomination en ce sens.

Comme il ressort également de la discussion relative aux exigences en matière de « garantie pour toutes les sommes », tous les exemples cités sont formulés de manière beaucoup trop générale et, contrairement à ce que prescrit la loi sur les sûretés réelles mobilières, ils ne permettent pas 1) de désigner précisément les créances grevées du gage et les créances garanties, 2) les créances garanties et 3) le montant maximum à concurrence duquel les créances sont garanties. Au contraire, il s'agit de descriptions générales et non limitatives.

- Généralités : informations précontractuelles claires sur les sûretés

La CCS "Clauses abusives" fait tout d'abord remarquer, comme le montrent également les exemples présentés dans le cadre de la transparence (point A des exemples), qu'en vertu de la fourniture obligatoire d'informations (voir chapitre 2, B. fourniture obligatoire d'informations), mais aussi de l'obligation générale d'information précontractuelle concernant les clauses du contrat (article VI.2, 7° CDE), et en partie de l'obligation de transparence (cf. ci-après), il est essentiel que le consommateur soit clairement informé de cette sûreté.

En effet, il est essentiel pour un consommateur de prendre connaissance, avant la conclusion du contrat, de toutes les clauses contractuelles et des conséquences de la conclusion du contrat, surtout si ces clauses ont des implications supplémentaires, comme c'est le cas ici avec le nantissement de toutes les créances. C'est notamment sur la base de cette

³⁴ M.E. STORME, "Zekerheidsrechten op schuldvorderingen (op naam)", in M.E. STORME (ed.), *Roerende zekerheden na de Pandwet*, Antwerpen, Intersentia, 2017, (223) 256-257.

³⁵ V. NICAISE, "Rappels des principes, mise en contexte et modifications diverses apportées par la loi du 25 décembre 2016", in I. DURANT, CUP, « Les sûretés réelles mobilières », Vol. 176, Anthemis, 2017, 10-82, nr. 44, p. 71.

information que le consommateur décidera s'il souhaite être lié par les conditions fixées préalablement par le vendeur³⁶.

Concrètement, comme indiqué, cela signifie que cette sûreté doit être distinguée de la cession de rémunération à titre de sûreté (a), et que, compte tenu de son importance dans le cadre des droits contractuels, elle doit être communiquée séparément d'autres aspects, tels que les conditions d'utilisation de la carte de crédit, l'assurance (b), et que, s'agissant d'une clause ayant un impact particulier, elle doit être signalée séparément et ne doit pas être une simple clause dans le corpus des conditions générales.

- Examen du contenu fond des différentes clauses

L'exemple 1 concerne un nantissement de créances, tandis que les autres exemples concernent une cession de propriété de créances à titre de garantie. Étant donné que les conséquences juridiques du nantissement par rapport à la cession de propriété sont différentes selon une interprétation stricte de la loi en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières, il est conseillé d'indiquer clairement s'il s'agit d'un nantissement ou d'une cession de propriété à titre de garantie.

(a) Exemple 1 : Nantissement de créances

Dans l'exemple 1, l'emprunteur " donne (en outre) en gage, en garantie de l'exécution des obligations découlant du contrat de crédit," *toutes les créances actuelles et futures vis-à-vis de tiers*, telles que, entre autres [...]

Comme discuté, le nantissement doit au moins être prouvé par un écrit contenant la désignation précise des créances grevées du gage et des créances garanties par le gage. Il faut également indiquer le montant maximal à concurrence duquel les créances sont garanties.

- (1) Le gage couvre toutes les obligations découlant du contrat de crédit conclu.

C'est clair : le gage ne concerne que le crédit spécifique contracté.

- (2) Les créances grevées par le gage sont "toutes les créances actuelles et futures de l'emprunteur vis-à-vis des tiers, telles que, entre autres, [...]"

La cession de créance peut porter sur des créances actuelles ou futures³⁷. Toutefois, il est exigé, conformément à l'article 5.49 du Code civil et à l'article 63 de la loi en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières, que la créance faisant l'objet de la cession soit déterminée ou déterminable.

Comme nous l'avons déjà expliqué en détail, cette exigence de déterminabilité implique que

³⁶ CJUE, affaire C-92/11, arrêt RWE-Vertrieb, 21 mars 2013, n° 44.

³⁷ C. Biquet-Mathieu et F. Renson, " La cession de créance " dans M. DUPONT (dir.), *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Larcier, 2016, (127) 131-132, n° 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.

- i) le contrat doit permettre de déterminer les créances (exigence de déterminabilité interprétée en droit belge comme « exigence de prévisibilité ») ; et
- ii) les créances concernées doivent réellement être celles que les parties voulaient garantir (consentement).

En ce qui concerne les clauses de cession de "toutes les créances actuelles et futures", la question de savoir si l'objet d'une telle clause est suffisamment déterminable fait l'objet d'une discussion³⁸. Selon certains auteurs, une clause visant toutes les créances futures sans distinction serait suffisamment claire quant aux créances visées par les parties (c'est-à-dire toutes) et l'exigence d'un objet déterminé ou déterminable est remplie³⁹. Toutefois, dans la mesure où le terme "tout" vise également toute créance qui pourrait survenir, on peut soutenir que la créance n'est ni déterminée ni déterminable⁴⁰.

- (3) Ensuite, la convention de gage doit également indiquer le montant maximal à concurrence duquel les créances sont garanties.

Ce n'est pas le cas en l'occurrence.

Dans la mesure où cette clause doit également servir de preuve, on peut déjà conclure que ces exigences n'ont pas été respectées.

Dans l'exemple présenté, on ne sait pas clairement si le crédit se rapporte à un bien particulier ou s'il s'agit, par exemple, d'une ouverture de crédit à durée indéterminée. Dans ce dernier cas, le contrat doit clairement prévoir que le constituant du gage peut résilier le contrat avec un préavis d'au moins 3 mois et d'au plus 6 mois.

(b) Exemples 2 à 5 : Cession (de propriété) de créances à titre de sûreté

³⁸ Ainsi, la Cour de Cassation a déjà jugé que, une créance future ne peut être valablement cédée que si elle est déterminée ou déterminable au moment de la cession, une créance née après une cession de "toutes les sommes qui étaient ou pourraient être dues [au cédant] par des tiers à quelque titre que ce soit" n'a pas été valablement cédée avec cette cession, la clause de cession ne contenant aucune indication ou mention de cette créance (Cass. 9 avril 1959, *Arr.Cass.*1959, 606). En outre, la Cour de Cassation a également rappelé qu'un gage sur un immeuble commercial "pour garantir le paiement de toutes les sommes quelconques dont le client serait ou deviendrait redevable à la banque en raison des opérations que la banque pourrait effectuer ou faire effectuer au client" est valablement constitué sur une ouverture de crédit accordée ultérieurement, puisque les créances futures sont ou peuvent être suffisamment déterminées si la convention par laquelle le gage est constitué permet de déterminer les créances futures et que ces créances sont, selon les détails de l'affaire, effectivement celles que les parties ont entendu garantir (Cass. 28 mars 1974, *Arr.Cass.* Selon BIQUET-MATHIEU et RENSON), il résulte de la lecture de ces deux arrêts de Cassation qu'une clause de cession de créance future générale n'est valable que si elle précise les créances visées et répond à l'exigence de la prévisibilité de leur naissance au moment de la cession (C. BIQUET-MATHIEU et F. RENSON, "La cession de créance" in M. DUPONT (dir.), *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Larcier, 2016, (127) 134-135, n° 12). En ce qui concerne cette exigence de prévisibilité, la Cour de Cassation a récemment jugé, en matière de cautionnement, qu'il résulte de l'article 2015 du Code civil, que la caution peut être considérée comme voulant s'engager à titre de sûreté que pour les obligations qu'elle peut raisonnablement prévoir au moment de la conclusion du cautionnement (Cass. C_15.0320.N.)

³⁹ I. PEETERS, "Cessie tot zekerheid: een verrassend slot van de controverse", *Bank.Fin.R.*, 2011, 126, nr. 13.

⁴⁰ 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.

(1) Créances garanties

En ce qui concerne les obligations garanties, les exemples 2 et 3 sont clairs : il est fait référence sans ambiguïté aux obligations en exécution du contrat de crédit.

Les exemples 4 et 5 sont moins clairs à cet égard.

L'*exemple 4* indique que la cession de créances sert à "garantir leurs obligations", ce qui laisse une marge d'interprétation discrétionnaire.

L'*exemple 5* précise que les sûretés constituées servent de garanties pour toutes les sommes d'argent dues à la banque par les emprunteurs, à quelque titre que ce soit, au titre d'opérations de crédit, de banque ou d'assurance, tant à titre privé que dans le cadre de leurs activités commerciales, professionnelles ou artisanales.

À cet égard, la CCS "Clauses abusives" estime que, lors de la conclusion d'un crédit à la consommation spécifique, l'exigence de déterminabilité n'a pas été respectée.

(2) Sûretés constituées

Les sûretés fournies doivent également satisfaire à l'exigence de déterminabilité. La garantie de toutes les créances actuelles et futures, "à quelque titre que ce soit" (exemple 4), "pour quelque raison que ce soit" (exemple 5, art. 10 in fine) est donc contraire à l'exigence de déterminabilité. Les sommes qui seraient dues aux emprunteurs en raison de leur activité professionnelle (exemple 5, art. 10, énumération) ne peuvent pas non plus être données en garantie du crédit contracté en vertu d'une disposition générale.

(3) Mention du montant maximal

Enfin, l'article 62 de la loi en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières exige qu'il soit clairement fait mention du montant maximal à concurrence duquel les créances sont garanties.

Ce n'est le cas dans aucun des exemples présentés.

Enfin, l'article 61, auquel l'article 62 fait référence, exige que l'écrit soit rédigé conformément au prescrit des articles 8.20 et 8.21 du Code civil.

3.3.4. Sûretés limitées aux obligations découlant d'un contrat de crédit, à l'exception de clauses pénales

Enfin, l'article VII.109, §1er, CDE limite aux contrats de crédit à la consommation toute sûreté découlant du contrat de crédit, éventuellement majorée d'intérêts de retard, à l'exclusion de toute autre pénalité ou frais d'inexécution. À cette fin, le prêteur doit remettre préalablement et gratuitement un exemplaire du contrat de crédit à la caution et, le cas échéant, à la personne qui constitue une sûreté.

Doute sur l'applicabilité de cet article au prêteur lui-même

Cette disposition, dans une lecture normale, n'exclut pas en soi, la constitution de *garantie par l'emprunteur lui-même*, de sorte que l'on pourrait soutenir que les exemples cités prévoient

également à tort que les garanties constituées s'appliquent à toutes les autres pénalités ou frais tels que "l'indemnisation forfaitaire, avec les dépens éventuels, les intérêts de retard et les autres frais prévus dans le contrat de crédit" (voir exemple 1). L'historique de cette disposition⁴¹ et un raisonnement par analogie avec le crédit hypothécaire⁴² semblent cependant indiquer que l'article VII.109 CDE vise uniquement les *tiers garants*, mais le texte de loi même de l'article ne le stipule pas explicitement.

La CCS "Clauses abusives" conclut donc que, lors d'une lecture littérale de l'article VII.109 CDE, les exemples cités indiqueraient à tort que la constitution de sûreté s'applique non seulement aux obligations découlant du contrat de crédit, mais également à "l'indemnité forfaitaire, aux dépens éventuels, intérêts de retard et autres frais prévus dans le contrat de crédit" (voir exemple 1).

On peut cependant déduire de la *ratio legis* de cette disposition, et par analogie avec les dispositions relatives au crédit hypothécaire, que la constitution de sûreté peut effectivement concerner ces frais et pénalités.

La CCS "Clauses abusives" conclut qu'il semble logique de suivre la *ratio legis* de cette disposition et de ne pas la lire littéralement, ce qui signifie que la constitution de sûreté peut également concerner "toutes les autres pénalités ou frais d'inexécution".

La CCS "Clauses abusives" renvoie cependant à l'article 12 de la loi en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières, qui stipule que les accessoires tels que les intérêts, la clause pénale et les coûts de réalisation ne peuvent être supérieurs à 50 % du montant principal au moment de l'imputation.

La CCS "Clauses abusives" fait ensuite remarquer qu'une formulation où le consommateur est tenu de payer tous les montants "sans préjudice de l'application de l'article VII.109 du CDE"

⁴¹ L'article 34 de la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation ne faisait référence qu'au garant, ce qui ne pouvait concerner qu'une tierce partie puisqu'il n'est pas logique que l'emprunteur soit également garant.

Une loi du 24/3/2003 a complété l'article 34 pour y reprendre l'exclusion des pénalités et des frais. Il ressort des documents parlementaires que la disposition s'applique aux cautions et autres constituants de sûretés personnelles, et le terme "constituants de sûretés personnelles" apparaît alors dans un texte de loi (voir [Chambre 2001-2002 - 50-1730](#)).

Jusqu'en 2010, le titre et l'article faisaient référence aux sûretés personnelles. Là encore, il ne peut s'agir que d'une personne autre que l'emprunteur.

Ceci a été modifié par les articles 31 et suivants de la loi du 13/5/2010. Le mot "personnel" a été supprimé parce qu'il a été estimé que les tiers fournissant des garanties devaient également relever de ce régime. (voir [Chambre 2009/10 52-2468](#)).

Il a donc été proposé d'ajouter une définition de "garant" à l'article 2 de la loi du 10 août 2001 relative à la Centrale des Crédits aux Particuliers qui se lit comme suit :

« 7° la personne qui constitue une sûreté : la personne, autre que l'emprunteur, qui dans le cadre d'un contrat de crédit à la consommation ou d'un contrat de crédit hypothécaire constitue une sûreté. »

Lors de l'intégration de la loi relative au crédit à la consommation et de la loi relative à la Centrale des Crédits aux Particuliers dans le CDE, cette définition n'a pas été reprise dans le CDE.

⁴² Voir article VII.147/26 CDE.

induit le consommateur en erreur quant à ses droits contractuels et est contraire à l'exigence de transparence.

3.4. Analyse au regard des dispositions en matière de clauses abusives

3.4.1. Exigence de transparence : fourniture d'informations claires quant aux différentes sûretés – pas de tromperie par rapport aux droits légaux

Comme mentionné en introduction, la législation en matière de crédit à la consommation oblige le prêteur à communiquer les sûretés demandées de manière détaillée dans le document SECCI (article VII.70, § 1er, CDE). Le prêteur doit aussi, dans le contrat de crédit même, mentionner de façon claire et concise les sûretés et les assurances exigées (article VII.78 CDE).

Il découle entre autres de l'obligation de transparence de l'article VI.37 CDE que le consommateur doit avoir un récapitulatif clair de ses droits et obligations contractuels (transparence formelle). Cela vaut surtout pour les clauses ayant un impact particulier sur la situation contractuelle du consommateur, par exemple les clauses relatives aux conséquences en cas de non-paiement.

Cela signifie également que si le prêteur reprend, dans le contrat, des clauses par lesquelles le consommateur « déclare » céder ou donner en gage toutes les créances existantes et futures qu'il détiendrait vis-à-vis des tiers en exécution de ses obligations découlant du contrat de crédit, le consommateur est clairement informé, de manière telle qu'il comprend clairement ce que cette cession ou cette mise en gage comporte pour lui.

A cet égard, la CCS "Clauses abusives" rappelle que la charge de la preuve concernant le respect de cette obligation d'information précontractuelle incombe au prêteur. Les clauses standard où le consommateur déclare fournir certaines garanties ne sont pas suffisantes à cet égard.

Comme le souligne l'avis sur le crédit hypothécaire⁴³, il appartient au prêteur de s'assurer au mieux que le consommateur est conscient qu'il donne ou met en gage ses créances en garantie. Plusieurs moyens ont déjà été évoqués dans l'avis sur le crédit hypothécaire, par exemple remplir des "cases à cocher", indiquer clairement certaines cases que le consommateur doit remplir avant de signer, etc.

Si certaines sûretés sont soumises à un régime légal distinct ayant des conséquences plus importantes, comme la cession de rémunération à titre de sûreté, ces garanties ne doivent pas apparaître en même temps que la cession ou le nantissement de créances à titre de garantie.

⁴³ CCS CA 42, 24 septembre 2018, Les clauses contractuelles des contrats de crédit hypothécaire, notamment les remarques générales sur l'obligation de transparence (p. 7 et s.), des considérations sur la fourniture d'informations sur les conditions contractuelles et les clauses de prise de connaissance et d'acceptation (section 2.3. de l'avis, p. 23 et s.) et l'application de l'exigence de transparence à la garantie toutes dettes, p. 41 et s.

En effet, la loi concernant la protection de la rémunération et les règles en matière de biens saisissables du Code judiciaire fixent des limites légales supplémentaires impératives à de telles cessions de créances et ont donc des conséquences juridiques différentes pour le consommateur. C'est pourquoi les clauses générales en matière de nantissement ou de cession de créance doivent être établies clairement et distinctement et ne peuvent pas figurer dans la même disposition que celle qui détaille ces régimes spécifiques. Pour cette raison, les clauses de nantissement/cession fiduciaire de créance doivent être reprises et portées à l'attention des consommateurs séparément de la cession de rémunération à titre de garantie.

Ensuite, il convient de veiller à éviter des formulations telles que "sans préjudice des articles VII.102 à VII.104 du CDE". La clause elle-même doit indiquer clairement quels sont les droits ou obligations contractuels du consommateur. Les dispositions légales qui s'en écartent ou qui règlent d'autres hypothèses, comme c'est le cas ici (les articles VII.102 à VII.104 règlent la cession du contrat de crédit, tandis que l'exemple 3 traite de la constitution de sûreté du contrat de crédit), ne donnent pas aux consommateurs une image claire de leurs droits et obligations contractuels à cet égard et sont donc contraires à l'obligation de clarté et de compréhension (l'exigence de transparence).

Enfin, l'exigence de transparence ne signifie pas seulement que les clauses contractuelles doivent être formulées de manière claire et compréhensible afin que les consommateurs puissent évaluer correctement leurs droits et obligations contractuels. Elle implique également que le consommateur moyen soit en mesure d'évaluer, sur la base des conditions contractuelles communiquées, au vu de critères clairs et compréhensibles, les conséquences économiques et juridiques potentiellement importantes de ces (combinaisons de) clauses sur sa situation.

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. C'est notamment sur la base de cette information que ce dernier décide s'il souhaite être lié par les conditions rédigées préalablement par le professionnel⁴⁴.

Par conséquent, l'attention du consommateur doit clairement être attirée sur les clauses concernées afin de lui permettre d'évaluer les conséquences essentielles et étendues d'une telle constitution de garantie.

En outre, afin de permettre aux consommateurs de connaître, mais aussi d'exercer leurs droits contractuels en toute connaissance de cause, l'obligation de transparence peut également exiger que l'entreprise informe les consommateurs sur les conditions contractuelles dont ils souhaitent se prévaloir.

En effet, les exigences de bonne foi, d'équilibre et de transparence lors de l'évaluation des clauses peuvent en général également impliquer que la société avec laquelle le consommateur est lié (in casu, celle qui a repris le contrat de crédit ou la créance) est également tenue d'informer le consommateur, pendant l'exécution du contrat, qu'elle exercera une sûreté et fera appel à la créance donnée à titre de sûreté. Ce n'est qu'ainsi, face à l'intérêt

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

du prêteur à obtenir le paiement, que l'intérêt du consommateur à réagir de la manière la plus appropriée à la lumière du contrat conclu peut également être préservé⁴⁵.

3.4.2. Déséquilibre contractuel manifeste au détriment du consommateur ?

Est abusive toute clause ou toute condition dans un contrat entre une entreprise et un consommateur qui, à elle seule ou combinée avec une ou plusieurs autres clauses ou conditions, crée un déséquilibre manifeste entre les droits et les obligations des parties au détriment du consommateur, (norme générale, article I.8, 22° CDE).

L'article 3, alinéa 1er, de la directive sur les clauses abusives stipule en outre qu'un tel déséquilibre significatif est "contraire à la bonne foi". La CJCE précise, en se référant au considérant 16 de la directive sur les clauses abusives, que la "bonne foi" signifie que "le juge national doit vérifier à ces fins si le professionnel, en traitant de façon loyale et équitable avec le consommateur, pouvait raisonnablement s'attendre à ce que ce dernier accepte une telle clause à la suite d'une négociation individuelle"⁴⁶.

Pour l'appréciation du caractère abusif, il est également tenu compte de l'exigence de transparence ou de l'exigence de clarté et de compréhensibilité visée à l'article VI.37, § 1er (article VI.82, alinéa 2, CDE).

Comme le souligne la Cour de justice dans sa jurisprudence relative à la directive sur les clauses abusives, il est notamment question de déséquilibre significatif lorsque la situation juridique dans laquelle le consommateur, en tant que partie au contrat en cause, est placé en vertu des dispositions nationales applicables, est affectée de manière grave parce que les droits que le consommateur tire de ce contrat sont limités ou que l'exercice de ceux-ci est entravé⁴⁷.

Dans l'avis sur le crédit hypothécaire, il a été jugé que, sous réserve d'une explication correcte permettant au consommateur d'accepter en connaissance de cause la clause relative à la « cession de créances », une telle constitution de sûreté ne porte manifestement pas en soi atteinte aux droits du consommateur/*emprunteur même*. Même sans sûreté, tout débiteur est en effet personnellement tenu de remplir ses engagements présents ou à venir, sur tous ses biens (art. 7 et 8 de la loi hypothécaire). La constitution d'une sûreté a surtout des conséquences sur les droits de créanciers concurrents par rapport au patrimoine du débiteur : vu que certains créanciers bénéficient en priorité d'une sûreté, les droits d'autres créanciers sont affectés.

Néanmoins, le débiteur consent à garantir à l'amiable certaines créances à titre de sûreté de l'exécution des obligations et cette discussion a mis en lumière le fait qu'une telle constitution de sûreté peut avoir un impact significatif sur les droits du consommateur.

⁴⁵ Voir, par analogie, RWE-Vertrieb, 21 mars 2013, points 51 à 53.

⁴⁶ CJCE, 14 mars 2013, C-415/11, *Mohamed Aziz c. Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa)*, ECLI:EU:C:2013:164, point 69 et deuxième dictum, deuxième tiret.

⁴⁷ CJUE, 16 mars 2023, C-565/21 – 16 mars 2023, *Caixabank* (Commission d'ouverture du prêt), ECLI:EU:2023:-212, point 51, renvoyant notamment à l'arrêt du 3 octobre 2019, *Kiss et CIB Bank*, C-621/17, EU:C:2019:820, point 51.

Si le prêteur ne respecte pas les obligations d'information précontractuelle et les exigences de transparence précitées concernant ces constitutions de sûreté, si les clauses ne suivent pas les exigences minimales qui découlent du droit commun, cela peut conduire à la création d'un déséquilibre significatif dans l'équilibre contractuel et, lors de l'évaluation de ces clauses, il peut être décidé que les constitutions de sûreté en question sont contraires à la norme générale (article I.8, 22°, CDE), et sont interdites et nulles (article VI.84, § 1er, CDE).

4. Chapitre 3. Cession de créance ou du contrat de crédit par le prêteur

Le chapitre 1er a examiné le nantissement/la cession de créances à titre de sûreté, ainsi que les restrictions auxquelles ces clauses sont soumises en vertu du droit commun et des dispositions relatives aux clauses abusives. Ensuite, comme indiqué dans l'introduction, il convient d'examiner dans quelle mesure le prêteur (initial) peut céder lui-même le crédit à la consommation, ou la créance découlant du crédit, à un tiers.

Comme nous le verrons ci-après, la cession de crédit ou de créance découlant du crédit est régie de manière impérative par le livre VII du Code de droit économique, de sorte qu'il n'y a pas de place pour des clauses dérogatoires en la matière. Néanmoins, il est important de souligner ce régime dans le cadre de cet avis. Les clauses qui s'y rapportent sont présentées ci-dessous, suivies d'une discussion des dispositions légales du livre VII du CDE.

4.1. Exemples :

Exemple 1

XV. CESSION DU CONTRAT/SUBROGATION

Le prêteur se réserve le droit de céder tout ou partie de ses droits ou de substituer un tiers pour tout ou partie desdits droits.

Exemple 2

VIII. CESSION DU CONTRAT/SUBROGATION

Le prêteur se réserve le droit de céder tout ou partie de ses droits ou de substituer un tiers pour tout ou partie desdits droits.

4.2. Discussion et analyse par la CCS "Clauses abusives"

Des contrats de crédit sont parfois cédés, soit à d'autres prêteurs, soit à d'autres entreprises dans le cadre du recouvrement amiable de dettes impayées.

La cession de crédits hypothécaires a été discutée dans l'avis de la CCS "Clauses abusives".

Pour le crédit hypothécaire⁴⁸, il faut notamment tenir compte des articles VII.147/17, VII.147/18 et VII.147/19 du CDE. Il y est stipulé que ces crédits ne peuvent être cédés ou, après subrogation, acquis que par un prêteur agréé ou enregistré en vertu du Livre VII ou par d'autres institutions spécifiques énumérées dans cette disposition (art. VII.147/17). En outre, une telle cession ne devrait jamais avoir pour effet de priver le consommateur des moyens de défense dont il dispose en vertu du contrat de crédit, y compris le droit de compensation de dettes.

En ce qui concerne le crédit à la consommation, des règles spécifiques s'appliquent à nouveau dans les articles VII.102 à VII.104 du CDE, qui vont au-delà des règles de droit commun comme, par exemple, l'article 5.179 du Code civil.

L'article VII.102 du CDE limite les entreprises auxquelles les contrats de crédit peuvent être cédés. Ces contrats de crédit ne peuvent être cédés ou, après substitution, acquis que par (1) un prêteur agréé ou inscrit au Livre VII CDE, (2) la Banque nationale, le Fonds de protection des dépôts et des instruments financiers, les assureurs de crédit, les organismes de mobilisation au sens de l'article 2 de la loi du 3 août 2012 relative à des mesures diverses pour faciliter la mobilisation de créances dans le secteur financier ou (3) d'autres personnes désignées par le Roi à cet effet.

L'article VII.103, CDE stipule que 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 immédiates 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 obligatoire lorsque le prêteur initial, en accord avec le nouveau titulaire de la créance, continue à gérer le contrat de crédit vis-à-vis du consommateur.

L'article VII. 104 stipule expressément qu'en cas de cession ou de subrogation pour la créance résultant du contrat de crédit, le consommateur conserve à l'égard du cessionnaire ou du créancier subrogé les moyens de défense, en ce compris le recours à la compensation, qu'il peut opposer au cédant ou au subrogeant. Cela ne vaut évidemment que dans la mesure où le débiteur lui-même n'a pas encore payé. Toute clause contraire est réputée non écrite.

Le consommateur peut invoquer les moyens de défense, qu'ils aient été établis avant (droit commun) ou après la notification de la cession ou de la subrogation.⁴⁹

Le Code annoté du crédit à la consommation précise que cette disposition déroge au régime d'opposabilité des exceptions en cas de cession de créances bancaires tel que fixé à l'article 6, §§ 2 et 3 de la loi du 3 août 2012 relative à des mesures diverses pour faciliter la mobilisation de créances dans le secteur financier.

⁴⁸ Depuis la loi du 20 décembre 2024 transposant la directive (UE) 2021/2167 du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2021 sur les gestionnaires de crédits et les acheteurs de crédits, et modifiant les directives 2008/48/CE et 2014/17/UE, MB 14 janvier 2024, cela s'applique aussi bien aux prêts mobiliers qu'immobiliers.

⁴⁹ Voir Code annoté du crédit à la consommation et du crédit hypothécaire, discussion article par article de l'article VII.104 CDE (réalisée par Frédéric de Patoul, avocat au barreau de Bruxelles). Ce Code annoté est accessible via le lien suivant : <https://credit2consumer.be/fr/article/vii102-104-et-vii14717-19-cession-du-contrat-de-credit>.

Conclusion

Le consommateur, dont le contrat de crédit ou la créance du contrat de crédit a été cédée, peut se prévaloir de toutes les exceptions découlant du présent contrat de crédit vis-à-vis du cessionnaire de la (créance) du contrat de crédit.

5. Recommandations

Dans cet avis, la CCS "Clauses abusives" a examiné des clauses de nantissement et de cession de propriété des créances dans les contrats de crédit à la consommation, en particulier à la suite de la cession de la créance (impayée) d'un crédit à la consommation.

Sur la base de cet examen, le CCS "Clauses abusives" formule les recommandations suivantes concernant les clauses rencontrées.

5.1. Recommandations concernant la rédaction des (combinaisons de) clauses rencontrées

Recommandation 1 : exigences minimales en matière de transparence

Pour que le consommateur puisse accepter en toute connaissance de cause un nantissement/une cession de créances à titre de sûreté, ces clauses, en plus d'être clairement énoncées dans le document SECCI (crédit à la consommation), doivent être reprises séparément dans les conditions générales.

Il incombe au prêteur de faire le nécessaire pour s'assurer qu'il soit plausible que le consommateur accepte, en toute connaissance de cause, de mettre en gage/céder toutes ses créances en garantie de l'exécution du crédit.

Les clauses jointes à l'acte de cession de rémunération, les clauses de nantissement/cession de créances reprises dans un ensemble de documents, les clauses figurant dans le corpus des conditions générales ne suffisent pas pour pouvoir conclure à un consentement en connaissance de cause de la part du consommateur.

Il ressort de l'examen de l'équilibre que l'entreprise avec laquelle le consommateur est lié (*in casu*, celle qui a repris le contrat de crédit ou la créance) est également tenue d'informer le consommateur, lors de l'exécution du contrat, qu'elle exercera une sûreté et se prévaudra de la créance donnée à titre de sûreté.

Recommandation 2. La dénomination "renoncer à des créances" est trompeuse

La CCS "Clauses abusives" fait remarquer que la formulation "renonciation à toutes les créances" est trompeuse. Il s'agit de donner en gage ou de céder des créances à titre de sûreté, et non de renoncer à ces créances. Elle recommande dès lors d'adapter la formulation en ce sens.

Recommandation 3 : exigences minimales de fond à respecter dans le cadre des contrats de nantissement/cession de créances à titre de sûreté

3.1. Exigence de déterminabilité en cas de garantie toutes dettes

Les clauses de nantissement/cession de propriété de créances du consommateur à titre de sûreté concernent avant tout une "garantie toutes dettes".

Comme dans l'avis en matière de crédit hypothécaire, la CCS "Clauses abusives" souligne les limites et les restrictions légales suivantes découlant de la jurisprudence que de telles clauses doivent respecter.

Principe

Les clauses de nantissement/cession de propriété de créances du consommateur à titre de sûreté sont autorisées dans la mesure où ce contrat-cadre permet de déterminer les créances (« condition de prévisibilité ») et si, dans le cas concret, les créances en question sont effectivement celles que les parties ont voulu garantir (consentement).

Un cadre objectif déterminé au sein duquel les créances sont couvertes par la sûreté doit donc au moins être fixé. 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 toutes dettes. Ainsi, les clauses de garantie toutes dettes reprises dans un contrat-cadre pour des crédits privés ne pourront en général pas être étendues en garantie de crédits professionnels contractés par le même emprunteur.

Appliqué aux clauses

Des formulations telles que "dettes d'argent dues par les emprunteurs, à quelque titre que ce soit" sont contraires à cette exigence de déterminabilité en ce qui concerne les dettes garanties.

De même, en ce qui concerne les créances données à titre de sûreté, des énumérations telles que "toutes les créances possibles que pourrait obtenir le consommateur" pour quelque raison que ce soit, "à quelque titre que ce soit" ne sont pas suffisamment déterminables.

3.2. Nantissement/cession de propriété de créances à titre de garantie : indication du montant maximal à concurrence duquel les créances sont garanties

La loi sur les sûretés réelles mobilières exige d'indiquer le montant maximal à concurrence duquel les créances sont garanties.

3.3. Nantissement/cession de propriété de créances à titre de garantie : exigence d'un écrit conforme aux articles 8.20 et 8.21

Si un prêteur veut prouver un gage/une cession de créances à titre de garantie, la loi sur les sûretés réelles mobilières exige de le faire par écrit (article 8.20 du Code civil), avec la signature de la personne qui s'engage et la mention, écrite par la personne elle-même, de la somme ou de la quantité en toutes lettres.

La CCS "Clauses abusives" recommande dès lors que les clauses de nantissement/cession de propriété tiennent compte de ces exigences légales minimales.

5.2. Conséquences de ces exigences minimales de transparence et de ces exigences matérielles légales minimales pour l'évaluation du caractère abusif de ces clauses

A. La transparence et la fourniture active d'informations comme conditions au consentement en connaissance de cause

Les clauses de constitution de sûreté ont un impact particulier sur la situation contractuelle du consommateur.

Les exigences minimales de clarté et de compréhensibilité de ces clauses formulées dans la recommandation 1 sont dès lors essentielles pour que les consommateurs puissent évaluer correctement les conséquences économiques et juridiques de ces (combinaisons de) clauses pour leur situation.

La CCS "Clauses abusives" fait également remarquer que les "clauses standard" où le consommateur déclare fournir certaines garanties ne sont pas suffisantes pour qu'il y ait consentement éclairé. Il appartient au prêteur de s'assurer au mieux que le consommateur agit en connaissance de cause lorsqu'il donne ou met en gage ses créances à titre de sûreté. Plusieurs moyens ont déjà été évoqués dans l'avis sur le crédit hypothécaire, par exemple remplir des "cases à cocher", indiquer clairement certaines cases que le consommateur doit remplir avant de signer, etc.

La CCS "Clauses abusives" recommande par conséquent aux entreprises de prendre les mesures nécessaires pour attirer séparément l'attention des consommateurs sur les clauses de nantissement/cession à titre de sûreté.

B. Conséquences lors de l'évaluation du contenu du caractère abusif

En vertu de la loi sur les sûretés réelles mobilières, le créancier gagiste peut également exiger l'exécution "extrajudiciaire" du gage/cession de créances à titre de sûreté. De telles constitutions de sûreté ont donc un impact majeur sur les droits des consommateurs.

Tout d'abord, l'exigence de transparence est un élément important dans l'évaluation du caractère abusif basé sur la norme ouverte (art. I.8, 22° CDE).

Ensuite, il est notamment question d'un déséquilibre significatif et donc d'une clause abusive lors d'une atteinte suffisamment grave à la situation juridique dans laquelle le consommateur, en tant que partie au contrat en cause, est placé en vertu des dispositions nationales applicables, que ce soit sous la forme d'une restriction au contenu des droits que, selon ces dispositions, il tire de ce contrat ou d'une entrave à l'exercice de ceux-ci.

La CCS "Clauses abusives" conclut que si le consommateur n'est pas suffisamment informé de ces constitutions de sûreté et de leurs conséquences et si les clauses de constitution de sûreté ne respectent pas les exigences minimales fixées par le droit commun, cela peut créer un déséquilibre significatif dans l'équilibre contractuel et il peut être décidé que les clauses concernées sont contraires à la norme générale (article I.8, 22°, CDE), et sont interdites et nulles (article VI.84, § 1er, CDE).