

N° 7029

**Cour de cassation (1^{re} ch.) —
23 mars 2006 (2)**

R.G. n° C.03.0626.N

Siég. : M. I. VEROUGSTRAETE, président, MM. Gh. LONDERS (rapp.),
E. DIRIX, A. FETTWEIS et B. DEJEMEPPE, conseillers.

Min. publ. : M. D. THIJS, avocat général.

Plaid. : Me P. VAN OMMESLAGHE.

(2) Cass. (1^{re} ch.), 23 mars 2006, C.03.0626.N, *Pas.*, 2006, n° 170, p. 671; *R.W.*, 2006-07, p. 874, note A. VAN OEVELEN, «De interpretatie te goeder trouw van overeenkomsten en de toepassing ervan op de omzetting van een hypothecair volmacht»; *T.V.V.*, 2007, p. 904, note M. LENS.

(*Fortis Banque s.a. c/ D.P.P. et S.K.*)

I. CONVENTION. — Interprétation. — Exécution de bonne foi.— Appréciation par le juge — Portée.

II. MANDAT. — Créancier. — Mandat hypothécaire donné à un tiers. — Moment de l'exercice du mandat. — Pouvoir du créancier. — Portée.

I. Le juge peut interpréter la convention conclue entre les parties et en déterminer les effets à la lumière de l'obligation d'exécution de bonne foi; sur la base d'une telle interprétation, il ne peut toutefois pas imposer aux parties des obligations qui sont inconciliables avec la nature et l'économie de la convention. (c. civ., art. 1134, al. 3)

II. Le créancier au profit duquel un mandant donne à un tiers une procuration irrévocable pour constituer une hypothèque en son nom sur un ou plusieurs de ses biens immeubles, peut déterminer lui-même quand il souhaite exercer ce mandat hypothécaire sans qu'il soit dérogé à la possibilité pour le juge d'examiner ensuite si cette exécution est conforme aux conditions contractuelles et si elle ne constitue pas un abus de droit.

*
* *

L'ÉCONOMIE DES MANDATS IRRÉVOCABLEMENT
DONNÉS DE CONSTITUER UNE HYPOTHÈQUE

CHAPITRE I. — *Introduction*

1. — Beaucoup le savent : le précis que le professeur François T'Kint a consacré aux *Sûretés* est un modèle du genre (1). L'essentiel y est exposé de façon claire et critique. Le style est limpide et chaque mot a dû être pesé.

(1) FR. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, 2004 (la première édition fut publiée en 1991).

A propos de la promesse d'hypothèque, dont il emprunte la définition à H. De Page (1), l'auteur écrit notamment ceci : « *Particulièrement lorsqu'il a accepté de se contenter d'une promesse de son débiteur de constituer hypothèque à première demande, pour ménager son crédit et lui éviter des frais et formalités qui pourraient s'avérer inutiles, le créancier exigera souvent que le débiteur complète sa promesse par un mandat irrévocable conféré à un tiers de passer l'acte. De cette façon, il est remédié à la mauvaise volonté du débiteur qui refuserait d'exécuter la promesse et qu'il ne saurait contraindre judiciairement. Le mandataire passera l'acte dès que le créancier le jugera opportun* (2) ». La quatrième édition du précis aurait-elle été publiée deux ans plus tard, ce paragraphe aurait vraisemblablement été complété de la référence à l'arrêt que la Cour de cassation rendit le 23 mars 2006 et dont le sommaire est reproduit ci-dessus (3). Son enseignement conforte en effet, nous semble-t-il, l'idée qui y est clairement exprimée par l'auteur : le mandataire passera l'acte *dès que le créancier le jugera opportun*.

2. — Dès lors qu'il sera fait référence, dans les lignes qui suivent, à l'exécution du mandat de constituer une hypothèque ou encore, pour reprendre la formulation de la Cour, à l'exécution d'une « *procuracion irrévocable pour constituer une hypothèque* », quelques précisions conceptuelles nous paraissent utiles en guise d'introduction.

Pour diverses raisons (l'emporter sur ses concurrents, ménager le crédit du débiteur, lui éviter des frais ou une certaine publicité), un créancier peut se contenter d'obtenir de son débiteur, non pas qu'il constitue une hypothèque, mais qu'il *s'engage* à constituer une hypothèque sur des biens et pour une somme sinon déterminés, à tout le moins déterminables. Le *contrat* dont tel est l'objet, conclu entre le créancier et le débiteur, est une *promesse d'hypothèque* (4).

(1) La promesse d'hypothèque est « *la convention par laquelle un débiteur s'engage envers son créancier à constituer ultérieurement hypothèque à son profit, sur des biens et pour une somme déterminés ou, tout au moins, déterminables* » (H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VII, vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 1943, n° 724, p. 658).

(2) Fr. T'KINT, *op. cit.*, n° 614, p. 309.

(3) Cass. (1^{re} ch.), 23 mars 2006, C.03.0626.N; *Pas.*, 2006, n° 671, p. 671; *R.W.*, 2006-2007, p. 874, note A. VAN OEVELEN, « De interpretatie te goeder trouw van overeenkomsten en de toepassing ervan op de omzetting van een hypotheccair volmacht »; *T.V.V.*, 2007, p. 904, note M. LENS.

(4) A ce sujet, voy. notamment A. CUYPERS (mise à jour par H. REGHIF), « Commentaire art. 76 L. hyp. », in *Privileges et hypothèques*, Waterloo, Kluwer, 2008, n° 23, p. 28; E. GENIN (mise à jour par R. PONCELET, A. GENIN, G. DE LEVAL et M. RENARD-DECLAIRFAYT), « Traité des hypothèques et de la transcription », *Rép. not.*, t. X, l. I, Bruxelles, Larcier, 1987, pp. 593 et s.; M. GRÉGOIRE, « L'hypothèque et le mandat hypothécaire », *Jurim Pratique*, 2009, p. 180.

Pour s'assurer de la bonne exécution par le débiteur de l'obligation découlant pour lui de ce contrat (à savoir, la constitution de l'hypothèque lorsque le créancier le demandera), le créancier peut, en outre, requérir du débiteur qu'il lui donne (1), ou donne à un tiers, *mandat* de constituer l'hypothèque et s'engage au surplus à ne pas aliéner ou hypothéquer les biens dont les parties ont convenu qu'ils pourraient précisément être hypothéqués (2). Le mandat est, en règle, un contrat consensuel. En revanche, en ce qui concerne la *procuration*, document devant permettre au mandataire de justifier de ses pouvoirs envers les tiers, le législateur requiert parfois la forme notariée (3). Tel est le cas de la *procuration* à l'effet de constituer une hypothèque : celle-ci doit prendre la forme d'un acte authentique (art. 76, al. 2, L. hyp.). Etant un écrit des-

(1) Lorsque c'est le créancier lui-même qui est désigné comme mandataire, l'opération n'est, dit-on, pas sans risques. Au plan fiscal, il n'est pas impossible que l'administration considère l'opération comme une réelle constitution d'hypothèque (ce qui paraît contestable; voy. à ce sujet A. CUYPERS, «Hoofdstuk 8 — Volmacht tot hypotheekvestiging en onherroepelijke hypotheekaire volmacht», in *Notariële Facetten van het Contractenrecht*, L. WEYTS, A. VERBEKE e.a. eds, Louvain, Universitaire Pers Leuven, 2004, n° 48, p. 234); au plan civil, l'opération peut, mais à tort, paraître problématique en raison du conflit d'intérêt pouvant opposer débiteur et créancier. Sur cette question, voy. *infra*, n° 18.

(2) On rappellera qu'en cas de refus du débiteur de constituer l'hypothèque, le jugement de condamnation ne peut tenir lieu d'hypothèque, celle-ci devant être constituée par acte authentique. Voy. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VII, vol. 1, *op. cit.*, n° 727, p. 662; P. WÉRY, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires*, Bruxelles, Kluwer, 1993, n° 96, p. 125 et n° 97, p. 126; Cass. (2^e ch.), 21 janvier 1901, *Pas.*, 1901, I, p. 113 : «Attendu que, pour les auteurs de la loi du 16 décembre 1851, une des conséquences de la suppression de l'hypothèque judiciaire est que, dans le cas d'une simple promesse d'hypothèque, le jugement qui en constate l'existence ne peut tenir lieu d'acte constitutif d'hypothèque, laquelle, d'après les termes formels de l'article 42 de la loi susdite, n'a lieu que suivant les formes autorisées par la loi; (...); Attendu que le texte de l'article 76 de la même loi, en disposant que l'hypothèque conventionnelle ne peut être consentie que par acte authentique, n'a pu avoir en vue que les actes dressés par les notaires du libre consentement des parties, et non les jugements qui n'interviennent légalement qu'en matière contentieuse et disposent par voie de contrainte; Attendu qu'en ajoutant : 'ou par acte sous seing privé reconnu en justice ou devant notaire', ledit article 76 vise une hypothèse se rattachant directement au cas prévu en l'article 193 du code de procédure civile et, partant, absolument étrangère à l'espèce actuelle, où il ne s'agit que d'une promesse d'hypothèque».

Le juge peut toutefois condamner le débiteur à constituer la sûreté sous astreinte. E. GENIN (mise à jour par R. PONCELET, A. GENIN, G. DE LEVAL et M. RENARD-DECLAIRFAYT), «Traité des hypothèques et de la transcription», *op. cit.*, n° 1527, p. 594.

(3) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V, Bruxelles, Bruylant, 1941, n° 376, p. 378; C. PAULUS et R. BOES, *Lastgeving*, coll. A.P.R., Gand, Story-Scientia, 1978, n° 87, p. 52 et n° 88, p. 53; P. WÉRY, *Le mandat*, coll. *Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 2000, pp. 123 et s.

tiné à convaincre l'interlocuteur du mandataire de l'existence et de l'étendue des pouvoirs de ce dernier, la procuration n'est pas à proprement parler destinée à être exécutée; c'est le mandat qui fera l'objet d'une exécution par le mandataire. Comme il n'est pas fréquent que les parties établissent *et* un écrit destiné à établir le contrat de mandat *et* une procuration devant permettre au mandataire d'établir ses pouvoirs envers les tiers, on comprend qu'en pratique on parle parfois de l'exécution de la procuration hypothécaire (1).

Si la promesse d'hypothéquer se voit donc, dans ce schéma, *renforcée* par le mandat d'hypothéquer (2), en pratique, les banques se satisfont apparemment parfois du seul mandat hypothécaire, son existence n'empêchant pas les parties, débiteur et créancier, si elles le souhaitent, de conclure l'hypothèque sans devoir mettre en œuvre ledit mandat (3). L'arrêt de la Cour de cassation du 23 mars 2006 est rendu dans un contexte factuel qui semble correspondre à cette pratique.

3. — Ce contexte peut être succinctement résumé comme suit (4). Le 21 mai 1992, les défendeurs confèrent à la Générale de Banque, depuis lors Fortis s.a., une procuration (5) (*volmacht*) aux fins de constituer une hypothèque sur un de leurs immeubles, du reste déjà hypothéqué, pour un montant de 2.000.000 BEF (49.578,70 EUR), en garantie du remboursement d'un crédit d'investissement d'un même montant.

En janvier 1993, cette même banque consentit aux défendeurs une augmentation d'un crédit de caisse précédemment octroyé et exigea, en contrepartie, la remise d'un deuxième mandat hypothécaire (*hypothecair mandaat*), visant la constitution d'une hypothèque pour la somme de 1.000.000 BEF (24.789,35 EUR). La procuration authentique (*authen-*

(1) En principe, la procuration authentique ne doit être revêtue que des signatures du mandant et du notaire. Si elle comporte, en outre, la signature du mandataire, elle vaudra preuve de l'acceptation par le mandataire du pouvoir qui lui est confié («procuration authentique à double signature»). Voy. à ce sujet P. WÉRY, *Le mandat, op. cit.*, n° 68, p. 126.

(2) Hors contexte, l'expression «mandat hypothécaire» est ambiguë, car elle vise aussi bien l'hypothèse dans laquelle le mandant souhaite être représenté lors de la passation de l'acte authentique constitutif d'hypothèque (et donne à cette fin au mandataire pouvoir et devoir de représentation), que celle dans laquelle le mandant, à des fins de garantie, donne à un mandataire un pouvoir (mais non assorti d'un devoir) de constituer la sûreté. Sur ces différences, voy. P. WÉRY, *Le mandat, op. cit.*, n° 23, p. 183.

(3) A. CUYPERS, «Hoofdstuk 8 — Volmacht tot hypotheekvestiging en onherroepelijke hypothecaire volmacht», *op. cit.*, n° 18, p. 204; A. CUYPERS (mise à jour par H. REGHIF), «Commentaire art. 76 L. hyp.», *op. cit.*, n° 23, p. 28.

(4) Bruxelles (8^e ch.), 4 septembre 2002, *R.G.A.R.*, 2003, n° 13740.

(5) On reprend dans l'exposé des faits la terminologie utilisée par la cour d'appel.

tieke volmacht) date du 17 février 1993. Le 9 avril 1993, alors que deux échéances n'avaient pas été honorées, en 1992, dans le cadre de l'exécution de deux prêts à tempérament consentis en 1990, la banque fait usage des deux procurations (*haar verleende volmachten*) et prend une inscription hypothécaire pour 3.000.000 BEF (74.368,06 EUR) en principal, sans que les défendeurs n'en aient été préalablement avertis.

La banque ayant débité le compte des défendeurs du coût de l'inscription hypothécaire, ceux-ci réagirent, considérant qu'elle avait commis une faute contractuelle en ne les prévenant pas de son intention de passer l'acte constitutif d'hypothèque. Le conflit entre parties n'ayant pas trouvé d'issue amiable, le litige fut porté devant les tribunaux et il revint, en degré d'appel, à la cour d'appel de Bruxelles, d'apprécier le comportement de la banque.

4. — La cour d'appel partit des considérations suivantes :

- le fait que les actes ne donnent aucune indication sur les devoirs du mandataire ne doit pas pour autant conduire à une exécution arbitraire par ce dernier; le mandat hypothécaire est, en effet, une forme de mandat d'intérêt commun (1) et lors de l'exécution, le mandataire doit prendre en considération tant ses propres intérêts que ceux du mandant;
- le recours à la formule du mandat hypothécaire crée sans doute des obligations (conventionnelles) dans le chef des crédités (ne pas aliéner l'immeuble concerné, ne le grever ni de charge ni d'un bail de plus de neuf ans sans le consentement de la banque, etc.), mais, en contrepartie, ceux-ci ne doivent pas supporter les frais d'enregistrement (*registratiekost*) qu'aurait engendrés la constitution (immédiate) d'une hypothèque;
- en conséquence, lorsque la banque estime qu'elle doit constituer l'hypothèque, soumise au principe de l'exécution de bonne foi des conventions, elle doit non seulement informer son débiteur de l'exécution, mais en outre, elle doit indiquer les motifs qui expliquent, selon elle, qu'elle ne puisse plus se satisfaire d'un simple mandat.

Ayant constaté que la banque, usant des mandats dont elle bénéficiait, avait procédé à leur exécution sans en avertir les débiteurs et qu'en outre, après exécution, elle ne pouvait fournir de données relatives à la dégradation de la solvabilité de ces derniers de nature à justifier son comportement, la cour d'appel considéra comme fautif et abusif son comportement et la condamna à réparer le dommage engendré

(1) La cour cite le n° 649 de l'édition 1999 de l'ouvrage de E. DIRIX et R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, série Beginselen Belgisch Privaatrecht, XII, n° 649, Kluwer. Dans la version 2006, voy. p. 475, n° 686.

de ce fait dans le chef des défendeurs (1). Fortis Banque introduisit un pourvoi contre cette décision que la Cour de cassation cassa pour violation de l'article 1134, alinéa 3, du code civil : les conventions légalement formées doivent être exécutées de bonne foi. Les «procurations hypothécaires» n'échappent donc pas à la règle.

5. — Cet arrêt de la Cour de cassation est intéressant à un double point de vue : d'une part, il est l'occasion pour la Cour de cassation de rappeler que l'interprétation d'une convention peut être guidée par l'idée de bonne foi (chapitre II); d'autre part, il met en lumière l'économie des mandats irrévocablement donnés de constituer une hypothèque (chapitre III).

CHAPITRE II. — *Interprétation des conventions et principe d'exécution de bonne foi*

6. — Les mandats hypothécaires ayant pour objet la représentation du débiteur-propriétaire lorsque l'affectation hypothécaire est requise du créancier, sont des contrats et, à ce titre, ils doivent être exécutés de bonne foi (art. 1134, al. 3, c. civ.), étant entendu que la portée du principe de l'exécution de bonne foi est large. La bonne foi, norme de comportement imposant à celui qui y est tenu «*d'agir en honnête homme, en homme normalement raisonnable et équitable* (2)», remplit, en effet, dans l'exécution des conventions un rôle *complétif* (complètement du contenu obligationnel au-delà de ce qu'ont voulu les parties) et un rôle *modérateur* (interdiction de l'abus de droit). Mais faut-il s'en tenir à ces deux rôles ou doit-on reconnaître d'autres fonctions encore à la bonne foi? Joue-t-elle notamment un rôle lorsqu'il est question d'*interpréter* le contrat?

7. — Fixer les contours de ce qu'est l'interprétation n'est pas aussi simple qu'il n'y paraît de prime abord. Les auteurs ne déterminent du reste pas tous de la même manière les frontières de l'opération d'interprétation, celle-ci présentant parfois des accointances avec l'opération consistant cette fois à déterminer le contenu obligationnel de la conven-

(1) Remboursement des frais liés à l'exécution qui avaient été débités du compte des défendeurs, des frais de radiation et mainlevée d'hypothèque et de l'indemnité de réinvestissement qui fut également débitée parce qu'à la suite du litige, les défendeurs avaient mis un terme à la relation contractuelle avec la Générale de Banque, une autre banque ayant accepté de leur octroyer un prêt grâce auquel les engagements vis-à-vis de la Générale furent clôturés.

(2) S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, «Chronique de jurisprudence. Les obligations : les sources (1985-1995)», *J.T.*, 1996, n° 33, p. 701.

tion, deux opérations qui se posent fréquemment au moment où surgissent des conflits relatifs à l'exécution du contrat.

8. — La question de la *détermination du contenu obligationnel* tend à préciser les obligations auxquelles sont tenues les parties. Quel est donc ce contenu ? Tout d'abord, ce sur quoi les parties se sont accordées ; « *ce qui est exprimé* » dans la convention, dit le législateur (art. 1135 c. civ.). On vise ici les obligations que les parties ont donc prévues et qui s'imposeront à elles. Le fait est que les parties s'en tiennent le plus souvent à l'essentiel lorsqu'elles fixent leurs obligations et que, ultérieurement confrontées à certains événements, elles doivent alors faire le constat, comme l'écrivait H. De Page, que le contrat est « en carence d'explication (1) ». A défaut pour les parties de résoudre amiablement la question qui surgit (2), c'est au juge qu'il reviendra de « combler les lacunes de l'accord de volontés ». Comment s'y prendra-t-il ? Les auteurs s'expriment différemment sur la question.

9. — H. De Page disait du juge qui étoffe la convention en la *complétant* « sur les points où elle est muette » ou en en *déterminant l'économie exacte* qu'il l'*interprète* (3). Bien plus, l'interprétation, tendant à faire primer la volonté réelle sur la lettre, était pour H. De Page, la seule portée de l'article 1134, alinéa 3, du code civil (4). Quant à l'article 1135 du même code (obligeant les parties aux suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature), il n'était pour lui qu'une *application marquante* de l'article 1134, alinéa 3 (5).

H. De Page liait les articles 1134, alinéa 3, et 1135 du code civil à l'opération d'interprétation car, selon lui, sur la base du premier, le juge peut compléter, au sens de *préciser*, le contrat compte tenu de ce qu'aurait été « la volonté des parties si elles avaient prévu ce qui a échappé à leur vigilance » et sur la base du second, le juge exprime la volonté implicite des parties. Dans l'un et l'autre cas, c'est la *volonté* que le juge recherche (fût-elle hypothétique ou implicite), raison pour laquelle la recherche est qualifiée d'*interprétation*.

P. Van Ommeslaghe se place dans la droite ligne de l'enseignement de H. De Page : il indique qu'il y a lieu à interprétation lorsque « les parties se sont exprimées de manière lacunaire ». Dans ce cas, écrit-il, l'inter-

(1) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, n° 563, p. 549.

(2) P. WÉRY, *Droit des obligations. Volume 1. Théorie générale du contrat*, Bruxelles, Larcier, 2010, n° 387, p. 342.

(3) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *op. cit.*, n° 563, p. 549.

(4) *Ibidem*, n° 468, p. 458.

(5) *Ibidem*, n° 469, p. 459.

prête comblera les lacunes en complétant le contrat (il fait ici référence aux articles 1135 et 1160 du code civil qu'il range donc dans la problématique de l'interprétation) ou en recherchant «ce que les parties auraient inséré dans la convention, si elles avaient prévu la situation à laquelle elles sont confrontées. L'interprète doit, à cet effet, se fonder sur l'économie de la convention et les intentions probables des parties (1)». Alors que H. De Page ne fait que timidement allusion, en 1964, au principe de loyauté et de collaboration proposé par R. Demogue (2), P. Van Ommeslaghe ajoute que l'article 1134, alinéa 3, joue désormais aussi un rôle normatif entre parties, qui peut avoir pour effet de combler les lacunes du contrat (3).

10. — Avec d'autres (4), P. Wéry présente les choses différemment. Il suggère que le juge tente, d'abord, de dégager la volonté commune des parties (art. 1156 c. civ.); on est dans le domaine de l'*interprétation*. Dans un deuxième temps, sortant de son rôle d'interprète, le juge sera au besoin amené à *compléter* le contrat par application soit de l'article 1135, soit de l'article 1134, alinéa 3, du code civil (5).

L'article 1135 du code civil (2^e partie) permet de fixer le contenu obligationnel en tenant compte des *implications* que commande la nature de l'obligation en cause (6). Ces implications, ces «suites» dit le texte de l'article 1135 du cde civil, sont conférées à l'obligation par l'équité, l'usage et la loi. Aussi, a-t-on pu parler de suites justes, habituelles de même que raisonnables et légitimes (7).

Quant à l'article 1134, alinéa 3, du code civil, qui renferme le principe de l'exécution de bonne foi des conventions, il permet au juge de compléter la convention par des devoirs imposés par une telle exécu-

(1) P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. 1^{er}, Bruxelles, Bruylant, 2010, n° 386, p. 592.

(2) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *op. cit.*, n° 469, p. 461.

(3) P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 387, p. 592.

(4) Voy. notamment S. STIJNS, *Verbintenissenrecht. Leerboek. Boek 1*, Bruges, die Keure, 2005, n° 81, p. 60; F. VERMANDER, «De interpretatie en aanvulling van een overeenkomst naar Belgisch recht», in *Inhoud en werking van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, sous la dir. de J. SMITS et S. STIJNS, Anvers/Groningen, Intersentia, 2005, pp. 21 et s.

(5) P. WÉRY, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 387, p. 342.

(6) La «suite» n'entraîne pas nécessairement une adjonction au contenu contractuel; elle peut, au sens d'implication, entraîner «une restriction de la lettre en considération de la nature de l'obligation stipulée» (C. MOULY-GUILLEMAUD, *Retour sur l'article 1135 du Code civil. Une nouvelle source du contenu contractuel*, Paris, L.G.D.J., 2006, n° 181, p. 181).

(7) *Ibidem*, n° 229, p. 220.

tion (1). Ainsi tenus d'une obligation de loyauté et de collaboration, les contractants pourront se voir imposer le devoir de fournir des renseignements, de restreindre un dommage subi, etc.

11. — Dans l'esprit du code, interpréter une convention est l'opération qui consiste à faire émerger la pensée réelle (2) des parties. A cette fin, le juge s'appuiera non seulement sur le texte de la convention et son économie mais aussi, au besoin, sur des éléments extrinsèques à l'acte (l'exécution du contrat ou de contrats antérieurs ou connexes, l'échange de correspondances en période précontractuelle ou dans le cours de l'exécution du contrat, des déclarations des parties, etc.). Comblé un contrat lacunaire, c'est faire face à une situation que n'ont pas prévue les parties. Les deux opérations nous paraissent, dès lors, distinctes, l'opération d'interprétation ne devant pas déboucher sur l'ajout d'éléments.

Du reste, si l'on excepte le jeu de l'article 1135 rangé par eux sous la bannière de l'interprétation, H. De Page et P. Van Ommeslaghe sont d'accord avec cette idée qu'il n'est pas permis au juge d'*ajouter* des stipulations non voulues sous prétexte d'interprétation (3). Lorsque l'un et l'autre disent de l'interprète qu'il doit combler un contrat, ils entendent donc par là plutôt le préciser.

12. — L'interprétation au sens du code civil consistant à faire surgir la volonté commune des parties en se laissant guider par l'esprit plus que par la lettre de l'acte conclu par les parties, elle ne conduit pas à combler une convention lacunaire. Toutefois, et c'est pourquoi la frontière entre interprétation et complètement peut être glissante, lorsqu'une stipulation est imprécise, et est l'objet d'une interprétation, le juge sera éventuellement amené à devoir en préciser l'exakte portée. Dans ce cas de figure, le rôle du juge risque en réalité d'être en partie

(1) S. Stijns indique que le rôle completif de la bonne foi se trouve en réalité déjà consigné dans l'article 1135, en ce qu'il comporte une référence à l'équité (S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, op. cit., n° 82, p. 61). P. Wéry indique, lui, que la fonction complétive de l'équité (art. 1135) est détrônée par la fonction complétive remplie par la bonne foi (art. 1134) (P. WÉRY, *Droit des obligations*, op. cit., n° 393, p. 347).

(2) J. DABIN, note sous Cass. (1^{re} ch.), 30 janvier 1947, *R.C.J.B.*, 1947, p. 219.

(3) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, op. cit., n° 563, p. 549; P. VAN OMMEFLAGHE, *Droit des obligations*, op. cit., n° 386, p. 592 (l'auteur se réfère à la mercuriale du proc. gén. Dumon, alors premier av. gén., qui dit du juge qu'il ne peut rien ajouter, et il conclut que «la différence entre l'interprétation et l'addition de clauses dans la convention que les parties n'ont pas réellement voulues tout simplement parce qu'elles ne les ont pas imaginées devient alors très mince»; F. DUMON, «De la motivation des jugements et arrêts et de la foi due aux actes», *J.T.*, 1978, n° 23, p. 473).

normatif(1) et l'on peut avec d'autres reconnaître qu'il sera sans doute alors amené à donner à la clause la signification que les parties lui auraient raisonnablement donnée si elles avaient dû exprimer la précision qui fait défaut. En ce sens, la bonne foi pourrait jouer un rôle dans l'interprétation des conventions (2). Une interprétation raisonnable ou de bonne foi d'une clause reste alors une interprétation de la volonté des parties, mais il est vrai plus hypothétique que réelle (3). Elle est donc conforme au prescrit de l'article 1156 du code civil (4).

13. — Au total, interpréter nous paraît être l'opération de recherche de la commune intention des parties étant entendu que pour «canaliser» l'appréhension de cette intention, la bonne foi peut jouer un certain rôle, limité toutefois. Lors de l'interprétation d'une convention, et lors donc de la recherche de la commune intention des parties, le juge peut prendre en considération la signification que, raisonnablement, les parties ont voulu donner à leurs déclarations de volonté. Cette opération est distincte de l'opération de comblement des lacunes du contrat, fondée sur les articles 1134, alinéa 3, et 1135 du code civil. Les devoirs qui

(1) Il ne s'agit donc pas d'abandonner une interprétation explicative du contrat au profit d'une interprétation qui ne soit que normative, comme l'ont proposé certains. Voy. à ce sujet les références citées par S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, «Chronique de jurisprudence...», *op. cit.*, p. 702, note 9.

(2) W. DE BONDT, «Uitlegging van overeenkomsten naar de geest: mogelijkheden, grenzen en alternatieven», *R.W.*, 1996-1997, pp. 1014-1015; W. VAN GERVEN et A. DEWAELE, «Goede trouw en getrouw beeld», in *Liber Amicorum Jan Ronse*, sous la dir. de H. COUSY e.a., Bruxelles, Story-Scientia, 1986, p. 105 (qui indiquent que lorsque la stipulation offre un espace (*een zekere speelruimte*) pour l'interprétation, elle ne donne alors pas seulement lieu à interprétation explicative, mais aussi à une interprétation normative; les auteurs attribuent alors à la bonne foi une *interpretatief-(inhouds)bepalende of vaststellende functie*). S. Stijns qui n'adhère pas à l'idée que l'interprétation puisse être normative (l'interprétation serait alors la détermination de ce qu'auraient dû vouloir les parties en raison et équité), reconnaît toutefois que la bonne foi peut être un moyen correctif subsidiaire dans l'interprétation des conventions (*een subsidiair correctiemiddel*) (S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, *op. cit.*, n° 81, p. 60). On consultera aussi P. Van Ommeslaghe qui indique que «dans la recherche de la commune intention des parties, le juge peut se laisser guider par l'une ou l'autre considération mentionnée ci-dessus, mais uniquement dans ce but» (parmi ces considérations, on trouve l'équité et la bonne foi) (P. VAN OMMEFLAGHE, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 390, p. 596). Enfin, J.-Fr. Romain dit de la norme de bonne foi et du principe d'équité qu'ils viennent «canaliser» «la compréhension que le juge peut avoir de la volonté réelle des parties» (J.-Fr. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, Bruxelles, Bruylant, 2000, n° 404, p. 938).

(3) M. COIPEL, *Eléments de théorie générale des contrats*, Diegem, Kluwer, 1999, n° 229, p. 152.

(4) Cass. (1^{re} ch.), 24 septembre 1992, R.G. n° 9399, *Pas.*, 1992, I, n° 627, p. 1052, note.

seraient imposés aux parties par l'effet du comblement ne sont en effet pas des devoirs découlant de la volonté des parties.

14. — Reconnaissons ici que d'autres présentations de ces opérations sont proposées en doctrine. Ainsi, J.-Fr. Romain est d'avis, se plaçant plutôt dans la lignée de H. De Page et P. Van Ommeslaghe, qu'interpréter c'est non seulement rechercher la volonté réelle des parties (à ce stade, la bonne foi ne jouant qu'un rôle limité de «canalisation» de la compréhension qu'a le juge de cette volonté), mais aussi, préciser et compléter le contenu obligationnel «*au regard des principes d'exécution de bonne foi des conventions (art. 1134, alinéa 3, du code civil) et d'équité (article 1135)*». Ce deuxième volet de l'interprétation est dit constructif ou créatif (1).

15. — On ne peut affirmer que la Cour de cassation, par son arrêt du 23 mars 2006, aurait désormais de l'interprétation des conventions une vision renouvelée. Si elle dit expressément cette fois que les conventions peuvent être interprétées à la lumière de l'obligation d'exécution de bonne foi, elle ne dit certainement pas de l'interprétation qu'elle *n'est que* normative et qu'elle ne consisterait qu'à déterminer ce que les parties «auraient dû vouloir en raison et équité» (comme l'ont proposé certains auteurs) (2). En revanche, préciser le contenu d'une clause existante «en raison et équité» est admis. Dans cette mesure, on peut parler de la fonction interprétative de la bonne foi. Du reste, pendant longtemps, on n'a vu dans l'article 1134, alinéa 3, du code civil, qu'une règle qui commande que l'on fasse primer l'esprit de la convention sur la lettre (3).

16. — Que ce soit dans sa mission d'interprétation ou de complètement, le juge ne pourra toutefois contrarier la nature et l'économie du contrat. En l'espèce, les juges du fond avaient cru pouvoir imposer à la banque une obligation de notification préalable à l'exécution de la procuration. Sans doute peut-on discuter de la question de savoir si cette imposition relevait bien de l'opération d'interprétation ou plutôt de

(1) J.-Fr. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, *op. cit.*, n° 404, p. 939. L'auteur ne fait pas pour autant disparaître la fonction complétive de la bonne foi.

(2) Voy. les références données par S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, «Chronique de jurisprudence...», *op. cit.*, p. 702, note 9.

(3) L. CORNELIS, «Rechtsverwerking: een toepassing van de goede trouw?», *T.P.R.*, 1990, p. 580, n° 25; S. STIJNS, «Abus? Mais de quel(s) droit(s)?», *J.T.*, 1990, p. 34; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, «Chronique de jurisprudence...», *op. cit.*, p. 702, n° 34; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, *op. cit.*, n° 81, p. 59.

celle de complètement (1). En toutes hypothèses, elle ne fut pas jugée conciliable avec la nature et l'économie du mandat hypothécaire.

CHAPITRE III. — *L'économie des mandats
irrévocablement donnés de constituer une hypothèque*

17. — Puisque les obligations que le juge imposerait aux parties sur la base d'une interprétation ou d'un complètement du contrat ne peuvent leur contrevenir, la Cour se devait de se prononcer sur la nature et l'économie du mandat hypothécaire. L'essence du contrat ne peut être contrariée par l'interprète (2). On rappelle qu'en l'espèce, les juges d'appel avaient considéré que le créancier se devait d'informer le débiteur non seulement de l'exécution du mandat mais aussi des raisons de cette exécution, alors même que le contrat ne stipulait aucune notification.

18. — Lorsqu'un créancier se contente d'un mandat hypothécaire irrévocable, et donc d'une «garantie» moins solide que ne peut l'être une hypothèque, son intention est en règle, d'après la doctrine, de pouvoir constituer l'hypothèque lorsqu'il l'estimera nécessaire et sans plus devoir requérir l'autorisation du débiteur qui a déjà consenti à l'opération (3). On se souvient que c'est en effet pour diminuer les coûts de l'opération et pour éviter les mesures de publicité qu'entraînerait

(1) On observera à cet égard que la seconde branche du moyen de cassation, sur laquelle la Cour se prononce, ne pose pas la question de l'imposition d'obligations complémentaires en termes d'interprétation du contrat.

(2) La Cour de cassation utilisant tout à la fois le concept de nature et d'économie des conventions, une étude approfondie de ces deux concepts serait utile. L'intérêt de la notion d'économie du contrat paraît du reste, aux yeux de certains auteurs, inutile. En ce sens, voy. A. CRUQUENAIRE, *L'interprétation des contrats d'auteur*, Bruxelles, Larcier, 2007, n° 345, p. 258.

(3) Avant 2006 : J.-P. BUYLE et M. DELIERNEUX, obs. sous Liège, 26 mars 2002, *R.D.C.B.*, 2004, p. 167; obs. sous civ. Bruxelles, 20 février 2004, *R.D.C.B.*, 2006, p. 94; A. CUYPERS, «Hoofdstuk 8 — Volmacht tot hypotheekvestiging ...», *op. cit.*, n° 64, p. 255; M. GRÉGOIRE, «Chronique de jurisprudence. Les sûretés réelles et les privilèges. III^e partie : 1981-2002 (suite) I. Les hypothèques et les privilèges spéciaux sur immeubles», *Forum financier/Droit bancaire et financier*, 2002/VI, n° 55, p. 344; V. SAGAERT, «Eindelijk duidelijkheid over de omzetting van een hypothecaire volmacht tijdens de verdachte periode», note sous Cass. (1^{re} ch.), 24 octobre 2002, *R.W.*, 2002-2003, n° 1, p. 1344 («van zodra de toestand van de kredietnemer onrustwekkend wordt»); Fr. T'KINT, *op. cit.*, n° 614, p. 309. Dans le même sens après 2006 : S. BLOMMAERT et D. VEESTRAETEN, «Rechtsmisbruik bij de uitoefening van een hypothecair mandaat», note sous Bruxelles (8^e ch.), 8 avril 2008, *R.A.B.G.*, 2009, p. 1053; A. CUYPERS (mise à jour par H. REGHIF), «Commentaire art. 76 L. hyp.», *op. cit.*, n° 13, p. 17; M. GRÉGOIRE, «L'hypothèque et le mandat hypothécaire», *op. cit.*, n° 219, p. 182 («sans condition et sans obligation de motivation»).

l'hypothèque, que le créancier se contente d'une «pseudo-garantie», d'une sûreté «aléatoire»(1), mais dès qu'il le décide, il passera à la constitution de l'hypothèque dont les conditions ont été fixées. Imposer au banquier une notification préalable serait de nature à compromettre sa situation, alors qu'il s'est contenté d'une moindre garantie, et à dénaturer la fonction de sûreté qui s'attache aux mandats d'hypothéquer(2).

C'est du reste parce que les éléments essentiels de l'hypothèque ont été précisés dans le mandat qu'instituer le banquier lui-même mandataire ne doit pas faire craindre une atteinte aux intérêts du mandant si le mandat devait être exécuté(3). En outre, on peut rappeler que les parties peuvent toujours déroger à l'interdiction de contrepartie(4), ce qui fait écrire à P. Wéry que «*on ne comprend pas pourquoi la doctrine classique voit le mandat hypothécaire consenti au créancier lui-même d'un aussi mauvais œil sur le plan civil. La contrepartie n'est répréhensible que lorsqu'elle a eu lieu à l'insu du mandant, ce qui à l'évidence n'est pas le cas ici*»(5).

19. — La Cour de cassation adhère à l'opinion majoritaire des auteurs puisqu'elle décide qu'en l'absence de clause particulière réglant la question, l'exécution par le mandataire du mandat hypothécaire ne requiert pas que le mandant ait été préalablement informé de cette exécution pas plus que de ses motifs. Le libellé de l'arrêt est clair : «*Le créancier au profit duquel un mandant donne à un tiers (6) une procuration irrévocable pour constituer une hypothèque en son nom sur un ou plusieurs de ses biens immeubles, peut déterminer lui-même quand il souhaite exercer ce mandat hypothécaire*».

(1) Expressions empruntées à A. CUYPERS (mise à jour par H. REGHIF), «Commentaire art. 76 L. hyp.», *op. cit.*, n° 22, p. 26. La cour d'appel de Bruxelles, dans l'arrêt cassé le 23 mars 2006 par la Cour de cassation, parle d'une «mindere zekerheid».

(2) A. VAN OEVELEN, «De interpretatie te goeder trouw van overeenkomsten en de toepassing ervan op de omzetting van een hypotheccair volmacht», note sous Cass. (1^{re} ch.), 23 mars 2006, *R.W.*, 2006-2007, n° 10, p. 878.

(3) A. CUYPERS, «Hoofdstuk 8 — Volmacht tot hypotheekvestiging en onherroepelijke hypotheccaire volmacht», *op. cit.*, n° 48, p. 236; M. GRÉGOIRE, «Chronique de jurisprudence. Les sûretés réelles et les privilèges...», *op. cit.*, n° 51, p. 344 (l'auteur se réfère à M.-E. STORME, «Hoeveer reikt de regel van onherroepelijkheid van een lastgeving van gemeenschappelijk belang in het bijzonder bij enkele toepassingen in de notariële praktijk», *T. Not.*, 1996, n° 14, p. 12).

(4) P. WÉRY, *Le mandat*, *op. cit.*, n° 108, p. 158.

(5) *Ibidem*.

(6) La lecture de l'arrêt attaqué donne à penser qu'en l'espèce le mandat avait été confié à la banque elle-même, c'est-à-dire au créancier du mandant.

20. — Une certaine jurisprudence des juridictions du fond était, du reste, déjà fixée en ce sens. Ainsi, peut-on citer un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 30 septembre 2003 (1) confirmant une décision du président du tribunal de commerce de Bruxelles du 9 novembre 1999 (2). On ne s'étonnera donc pas que la décision de la Cour de cassation ait été favorablement accueillie, comme en témoignent une décision du tribunal de commerce de Bruxelles du 29 juin 2007 (3) et une décision du 8 avril 2008 de la cour d'appel de Bruxelles (4). La doctrine n'en a pas fait autrement (5).

21. — Une fois l'hypothèque constituée, le cas échéant à l'initiative du mandataire, deux types de contrôle pourront être exercés par le juge : d'une part, celui-ci pourra contrôler si les conditions contractuelles ont été respectées ; d'autre part, il vérifiera que l'exécution du mandat par le mandataire n'ait pas constitué un abus de droit. L'exercice du mandat ne constitue donc pas un droit discrétionnaire.

22. — Dans sa fonction *modératrice*, la bonne foi doit être comprise comme empêchant les parties au contrat d'abuser de leurs droits contractuels (6). La jurisprudence de la Cour de cassation est bien établie : *«Le principe consacré par le troisième alinéa de cette disposition [l'art. 1134 du code civil], en vertu duquel les conventions doivent être exécutées de bonne foi, interdit à une partie d'abuser d'un droit qui lui est reconnu par la convention. L'abus de droit consiste à exercer un droit d'une manière qui excède manifestement les limites de l'exercice normal de ce droit par une personne prudente et diligente. Tel est le cas spécialement*

(1) Bruxelles (8^e ch.), 30 septembre 2003, *R.W.*, 2004-2005, p. 674.

(2) Comm. Bruxelles (réf.), 9 novembre 1999, *R.W.*, 1999-2000, p. 1379.

(3) Comm. Bruxelles (29^e ch.), 29 juin 2007, *R.W.*, 2007-2008, p. 1596.

(4) Bruxelles (8^e ch.), 8 avril 2008, *R.W.*, 2008-2009, p. 1194 ; *R.A.B.G.*, 2009, p. 1044, note S. BLOMMAERT et D. VEESTRAETEN, « *Rechtsmisbruik bij de uitoefening van een hypotheccair mandaat* ».

(5) Voy. E. DIRIX et R. DE CORTE, *op. cit.*, n° 686, p. 476 ; A. VAN OEVELEN, *op. cit.*, n° 10, p. 878.

(6) M. COIPEL, *Eléments de théorie générale des contrats*, *op. cit.*, n° 112, p. 90 ; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, *op. cit.*, n° 85, p. 62 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 113, p. 126. A propos spécialement du mandat hypothécaire, J.-P. BUYLE et M. DELIERNEUX écrivent : « *En vertu du principe d'exécution de bonne foi des conventions, il serait choquant que le banquier qui a accepté de se contenter d'un mandat d'hypothéquer procède à sa conversion alors qu'aucune circonstance objective ne justifie une appréciation différente de la situation financière du débiteur, de sa solvabilité ou de sa capacité de remboursement ou ne vient altérer la confiance existant entre les parties, alors que la constitution 'injustifiée' de l'hypothèque cause au mandant un préjudice sans commune mesure avec l'avantage qu'en tire le bénéficiaire du mandat* » (obs. sous civ. Bruxelles, 20 février 2004, *R.D.C.B.*, 2006, p. 94).

lorsque le préjudice causé est sans proportion avec l'avantage recherché ou obtenu par le titulaire du droit. Dans l'appréciation des intérêts en présence, le juge doit tenir compte de toutes les circonstances de la cause (1)».

S'il est donc exact que le créancier (ou plus exactement le mandataire) n'a pas à faire part à son débiteur des motifs qui justifient qu'il exécute le mandat hypothécaire, ces motifs pourront être examinés et pris en compte par le juge en charge de vérifier que le mandataire n'a pas abusé de son droit d'exécution (2). L'appréciation des motifs permettra au juge de se prononcer sur le comportement du créancier (3). Ainsi, la cour d'appel de Bruxelles n'a-t-elle pas jugé abusif le comportement de la banque qui exécuta un mandat hypothécaire au vu d'une dégradation de l'état des comptes qui révélait une diminution de la solvabilité du débiteur (4), ni celui de celle qui l'exécuta ayant de réelles craintes qu'un concurrent puisse exiger du débiteur la constitution d'une hypothèque «en bonne et due forme» (5). En revanche, constatant «l'absence de péril avéré pour (les) créances (de la banque)» qui avait pris hypothèque, le tribunal de première instance de Bruxelles vit dans le comportement de cette dernière un abus de droit (6).

Un abus devrait-il être retenu par le juge, quelle sanction peut-il prendre? A. Cuypers propose de sanctionner l'abus en condamnant le créancier à faire radier, à ses frais, l'hypothèque fautivement inscrite (7).

(1) Cass. (3^e ch.), 9 mars 2009, C.08.0331.F; *Pas.*, 2009, n° 182, p. 689, avec les conclusions de M. l'av. gén. J.-M. GENICOT; *J.T.*, 2009, p. 392. Voy. aussi parmi les nombreux arrêts antérieurs: Cass. (1^{re} ch.), 1^{er} février 1996, C.93.0532.N; *Pas.*, 1996, I, n° 66, p. 158; Cass. (1^{re} ch.), 8 février 2001, C.98.0470.N; *Pas.*, 2001, n° 78, p. 244; *T. Not.*, 2001, p. 473, note C. DE WULF, «De beperkende werking van de goede trouw en het recht inzake strafbedingen toegepast op bepaalde clausules in koopakten van sociale woningen»; *R.W.*, 2001-2002, p. 778, note A. VAN OEVELEN, «De sanctie van het misbruik van contractuele rechten»; *R.G.D.C.*, 2004, p. 396.

(2) Bruxelles (8^e ch.), 8 avril 2008, *R.W.*, 2008-2009, p. 1194.

(3) Pour quelques exemples, voy. Anvers, 30 juin 1998, *R.G.D.C.*, 1999, p. 81 (en l'espèce, la cour considéra le comportement de la banque comme abusif non seulement parce que le débiteur n'avait pas été averti de la constitution de l'hypothèque, mais aussi parce que le montant de l'inscription était plus de six fois supérieur au montant de la dette); comm. Anvers (19^e ch.), 25 octobre 2005, *T. Not.*, 2006, p. 224.

(4) Bruxelles (8^e ch.), 8 avril 2008, *R.W.*, 2008-2009, p. 1194; *R.A.B.G.*, 2009, p. 1044, note S. BLOMMAERT et D. VEESTRAETEN, *op. cit.*

(5) Comm. Bruxelles (29^e ch.), 29 juin 2007, *R.W.*, 2007-2008, p. 1596.

(6) Civ. Bruxelles, 20 février 2004, *R.D.C.*, 2006, p. 91, obs. J.-P. BUYLE et M. DELIERNEUX, *op. cit.*

(7) A. CUYPERS, «Hoofdstuk 8 — Volmacht tot hypotheekvestiging ...», *op. cit.*, n° 64, p. 256.

23. — En reconnaissant au créancier bénéficiaire du mandat hypothécaire (qui ne comporterait pas de clause particulière à cet égard) le droit de constituer l'hypothèque quand il le souhaite et en ne sanctionnant son comportement que dans les hypothèses d'abus manifeste, la Cour de cassation donne pleine efficacité à ce type particulier de mandat.

En l'espèce, la cour d'appel de Bruxelles aurait pu se contenter de sanctionner l'usage abusif par la banque des mandats hypothécaires dès lors qu'elle fit le constat que rien ne justifiait cet usage (1). Point n'était besoin de rajouter une faute contractuelle consistant dans le non-respect d'une notification préalable non prévue par les parties.

Isabelle DURANT

PROFESSEUR

À L'UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN

(1) «Overigens konden zelfs *post factum* eens de omzetting aan het licht kwam, geen gegevens betreffende de solvabiliteit van de geïntimeerden worden aange-reikt die het initiatief van de bank konden wettigen» (Bruxelles (8^e ch.), 4 septembre 2002, *R.G.A.R.*, 2003, n° 13740).