

Doet het bestreden vonnis teniet, behoudens in zoverre de eis van geïntimeerde ontvankelijk werd verklaard.

Opnieuw beslissend,

Wijst deze eis af als ongegrond.

Veroordeelt geïntimeerde in de kosten van beide aanleggen, vastgesteld in haar hoofde op 323,45 EUR en in hoofde van appellante op 210 EUR, en tot het betalen van een rechtsplegingsvergoeding van 2.200 EUR per aanleg aan appellante.

(...)

Note

La banque qui entend réclamer la couverture de la totalité de sa perte en cas de remboursement anticipé est-elle vraiment sujet à critiques?

1. *Les faits (Cour d'appel)*. Des époux contractent auprès d'une banque une ouverture de crédit de 200.000 EUR utilisable sous forme (a) d'un crédit d'investissement de 160.000 EUR remboursable en 20 ans en vue d'acquiescer un rez-de-chaussée commercial et (b) un crédit d'investissement de 40.000 EUR remboursable en 10 ans en vue de financer la transformation dudit local. Le contrat prévoit que chaque prélèvement doit être justifié par une copie d'une pièce probante ou d'une facture et que si le crédit n'est pas intégralement prélevé, si les sûretés ne sont pas constituées ou si le crédit renonce au crédit, une indemnité de *funding loss* (dont la formule est prévue dans le contrat) est due.

L'ouverture de crédit ainsi consentie est intégralement prélevée.

Elle fait par la suite l'objet d'une majoration à concurrence de 5.000 EUR utilisable sous la forme d'un crédit de caisse.

A la suite du décès de l'époux exploitant le fonds de commerce, le conjoint revend l'immeuble. A ce moment, la banque réclame le paiement de l'indemnité de *funding loss* contractuellement convenue.

Après l'avoir payée, le conjoint conteste le bien-fondé de la *funding loss* qui lui était réclamé, en invoquant un florilège d'arguments: l'indemnité n'a pas de fondement économique et son mode de calcul n'était pas admissible, son consentement est vicié, la banque a commis un manquement à son devoir d'information et enfin la banque a commis un abus.

Dans son arrêt du 9 mai 2016, la Cour va écarter l'ensemble de ces moyens.

2. *Les faits (tribunal)*. Les faits ayant donné suite au jugement du tribunal de commerce néerlandophone du 10 décembre 2015 sont simples: un client conclut avec sa banque, le 8 avril 2008, une ouverture de crédit utilisable sous forme de crédit d'investissement (2 x 500.000 EUR). Le 2 juin 2009, cette ouverture de crédit est augmentée de 50.000 EUR utilisable sous forme de crédit à terme.

Après avoir demandé une première fois en 2012 les conditions auxquelles la banque accepterait un remboursement anticipé, le client formule la même requête en 2014. Dans les deux cas, la banque lui communique le montant dû en ce compris le *funding loss*.

Mécontent, le client soutient dans un courrier recommandé qu'en cas de remboursement anticipé, il n'est tenu de payer que 6 mois d'intérêts et invite en conséquence la banque à rectifier son décompte. La banque refuse et le client saisit le tribunal sans avoir au préalable remboursé les crédits.

Après avoir constaté que selon les conditions générales du crédit, les crédits à taux fixes – ce qu'étaient les crédits souscrits par le client – ne pouvaient être remboursés volontairement de manière anticipée par le crédit, le tribunal rejette, pour divers motifs, l'application de l'article 1907bis du Code civil et précise que l'indemnité ainsi réclamée n'est pas une clause pénale.

3. *Remboursement anticipé interdit et 1907bis du Code civil*. La décision du tribunal s'inscrit dans la ligne de l'enseignement de la doctrine majoritaire³⁵, bien accueilli par la jurisprudence³⁶, suivant laquelle l'article 1907bis du

³⁵. A. BEECKWEE, « Commentaar bij artikel 1907bis BW », *Bijzondere overeenkomst*, 2016, p. 136, n° 10; J. CATTARUZZA, « Le crédit bancaire », in *Guide juridique de l'entreprise. Traité théorique et pratique*, Livre 45.1, 2015, pp. 41-42; J. CATTARUZZA, « La révision des conditions financières des ouvertures de crédit », in *La banque dans la vie de l'entreprise*, Bruxelles, Ed. du Jeune Barreau, 2005, p. 335; J.-F. ROMAIN, « Le contrat de prêt civil à intérêt en matière bancaire », in *Liber Amicorum A. Bruyneel*, Bruylant, 2008, p. 316; J.-P. BUYLE et B. DESSART, « L'autonomie de la volonté en droit bancaire privé », in *Autonomie de la volonté, liberté contractuelle et contrat d'entreprise – Quel avenir?*, Anvers, Intersentia, 2011, pp. 277-278; D. VERHAEGEN et D. PURNAL, « Vervroegde terugbetaling van commerciële kredieten », in *Liber Amicorum A. Cuypers*, Larcier, 2009, p. 327. *Contra*: C. BIQUET-MATHIEU, « Crédit hypothécaire et crédit d'investissement. Indemnité, frais et pénalités », *Le crédit hypothécaire. Actualités et réponses pour la pratique*, Limal, Anthemis, 2015, p. 153, n° 73; L. VAN DEN STEEN, note sous Gand, 9 avril 2003, *R.W.*, 2005-2006, p. 981, n° 8 et p. 984, n° 22; M.-D. WEINBERGER, « Funding loss ... in translation », *D.B.F.*, 2014/I-II, p. 26, n° 63.

³⁶. Voy. not. Gand, 9 avril 2003, *R.W.*, 2005-2006, p. 978; Anvers, 2 octobre 2003, *R.D.C.*, p. 175; Comm. Bruxelles, 26 juin 2015, *inédit*, A/14/1254; Comm. Bruxelles, 8 septembre 2016, *inédit*, A/15/05411; Comm. Bruxelles, 5 janvier 2016, *inédit*, A/15/00758; Civ. Namur (Div. Dinant), 10 décembre 2015, *inédit*, 15/95/A; Bruxelles, 24 avril 2015, *D.A.O.R.*, 2016/4, n° 120, p. 83; Liège, 10 septembre 2013, *D.B.F.*, 2014/I-II, p. 59; Civ. Bruxelles, 11 décembre 2006, *D.C.*, 2007, p. 630. *Contra*: Bruxelles, 2 mars 2012, *D.B.F.-B.F.R.*, 2014/1-2, pp. 47-52; Bruxelles, 27 septembre 2012, *D.B.F.-B.F.R.*, 2014/1-2, pp. 53-58.

Code civil n'est pas applicable à l'indemnité négociée postérieurement à la conclusion du contrat alors que le contrat interdisait le remboursement anticipé.

On sait que par un arrêt du 24 novembre 2016, la Cour de cassation a décidé que « *Aux termes de l'article 1907bis du Code civil, lors du remboursement total ou partiel d'un prêt à intérêt, il ne peut en aucun cas être réclamé au débiteur, indépendamment du capital remboursé et des intérêts échus, une indemnité de emploi d'un montant supérieur à 6 mois d'intérêts calculés sur la somme remboursée au taux fixé par la convention. Cette limitation s'applique à toute indemnité réclamée par le prêteur en cas de remboursement anticipé total ou partiel d'un prêt à intérêt.* » et que « *En décidant que l'indemnité réclamée ne devait pas 'être soumise à la limitation du plafond instauré par l'article 1907bis du Code civil' au motif qu'aucun remboursement total ou partiel n'était autorisé, l'arrêt viole la disposition légale précitée.* »³⁷.

Il est trop tôt pour dire si les juridictions de fond se rangeront à cette jurisprudence qui infirme l'enseignement majoritaire.

L'article 1907bis du Code civil ne vise en effet que les indemnités de emploi et non toute indemnité³⁸. A l'époque, l'indemnité de emploi tendait à « *indemniser le prêteur de la perte de revenu provoquée par le délai qui lui est nécessaire pour retrouver un placement adéquat des sommes que l'emprunteur aurait remboursées anticipativement* »³⁹. Or, l'indemnité réclamée par la banque dans l'hypothèse où la convention interdisait un remboursement anticipé, n'a-t-elle pas pour objet l'obtention du consentement de la banque,

n'est-elle pas la contrepartie demandée par la banque à l'acceptation par elle de la modification du contrat?

Il va sans dire que si la notion d'indemnité de emploi doit être entendue dans le sens large que lui donne la Cour de cassation (« *toute indemnité* »), la solution découlant de l'arrêt du 24 novembre 2016 est certaine: les indemnités à payer par l'emprunteur en cas de remboursement anticipé, que celui-ci ait ou non été autorisé originairement, ne peuvent excéder 6 mois d'intérêts. La décision du tribunal de commerce néerlandophone du 10 décembre 2015 qui décide que l'article 1907bis du Code civil n'est pas applicable lorsque le remboursement anticipé était interdit dans la convention, ne peut alors être approuvée au regard de l'arrêt de la Cour de cassation.

Cette solution suppose bien entendu que le contrat les unissant à la banque soit un prêt. En effet, si le contrat est un contrat d'ouverture de crédit, l'article 1907bis du Code civil ne lui est pas applicable⁴⁰.

4. Droit de rembourser et 1907bis du Code civil. L'article 1907bis du Code civil ne consacre pas, ni expressément ni implicitement⁴¹, un droit au remboursement pour l'emprunteur mais se contente de limiter, lors d'un remboursement anticipé, le montant de l'indemnité de emploi pouvant être exigée par le prêteur.

En règle, il ne peut être mis fin avant terme à un contrat à durée déterminée lorsque le terme est stipulé dans l'intérêt des deux parties⁴². Or, il est admis, en matière de prêt à inté-

³⁷. Cass., 24 novembre 2016, *J.L.M.B.*, 2017, p. 1456; *RDC*, 2017, p. 886, note M.-D. WEINBERGER, « Funding loss: status quo? ».

³⁸. L'art. 1907bis du Code civil prévoit en effet que : « *Lors du remboursement total ou partiel d'un prêt à intérêt il ne peut en aucun cas être réclamé au débiteur, indépendamment du capital remboursé et des intérêts échus, une indemnité de emploi d'un montant supérieur à six mois d'intérêts calculés sur la somme remboursée au taux fixé par la convention* ». Dans sa version initiale, l'art. 1907bis était autrement libellé et ne contenait pas cette notion d'indemnité de emploi. Simplement, il interdisait de réclamer plus de 6 mois d'intérêts indépendamment du capital remboursé et des intérêts (*Ann. parl.*, Chambre, 23 mai 1934, p. 1538). Lors de la séance du 26 juin 1934, le texte initial fut modifié et devint le texte que nous connaissons actuellement, à la suite d'un amendement de monsieur Brunet (*Ann. parl.*, Chambre, 26 juin 1934, p. 1696). Alors qu'aucune explication n'était donnée sur la portée de cet amendement, il a été adopté sans aucune discussion, mais au contraire avec, semble-t-il, enthousiasme.

³⁹. Rapport au Roi précédant l'arrêté royal n° 225 cité par C. BIQUET-MATHIEU, *Le sort des intérêts dans le droit du crédit. Actualité ou désuétude du Code civil*, Liège, Coll. Fac. Droit, 1998, p. 631, n° 347. Aujourd'hui, la conception de l'indemnité de emploi est différente: elle a « *pour objet de réparer le préjudice résultant de l'anticipation sur le terme initialement prévu* » (C. BIQUET-MATHIEU, « Crédit hypothécaire et crédit d'investissement. Indemnité, frais et pénalités », *Le crédit hypothécaire. Actualités et réponses pour la pratique*, Limal, Anthemis, 2015, p. 115, n° 183). Dans son arrêt du 24 novembre 2016, la Cour de cassation a décidé qu'indemnité de emploi signifiait « *toute indemnité* ».

⁴⁰. Voy. not. C.C., 7 août 2013, n° 119/2013; J. CATTARUZZA, « L'indemnité de emploi au cœur des débats », *J.T.*, 2013, pp. 721-722; Bruxelles, 6 septembre 1999, *R.D.C.*, 2000, p. 703; Bruxelles, 11 avril 2000, in *La banque dans la vie de l'entreprise*, Bruxelles, Ed. du Jeune Barreau, 2005, p. 339; Civ. Charleroi, 8 juin 2000, *R.D.C.*, 2001, p. 786; Comm. Mons, 15 octobre 2002, *D.A.O.R.*, 2003, p. 75; Anvers, 2 octobre 2003, *R.D.C.*, 2005, p. 174, note J.-P. BUYLE et M. DELIERNEUX; Anvers, 1 avril 2004, *inédit*, 2002/A/2093; Bruxelles, 12 février 2009, 2005/AR/852, *D.B.F.*, 2009, p. 91; Bruxelles, 27 septembre 2012, *D.B.F.*, 2014/I-II, p. 53; Liège (7^e ch.), 10 septembre 2013, *D.B.F.*, 2014/I-II, p. 60; Comm. Bruxelles, 28 avril 2015, *J.L.M.B.*, 2016/11, p. 496.

⁴¹. D. VERHAEGEN et D. PURNAL, « Vervroegde terugbetaling van commerciële kredieten », in *Liber Amicorum A. Cuypers*, Larcier, 2009, p. 307 et les références citées à la note de bas de page 10. Comp.: P.-A. FORIERS et A.-F. DELWAIDE, « La sanction des manquements de l'emprunteur: les montants dus en cas d'inexécution du contrat », in *Le crédit à la consommation*, Bruxelles, Ed. du Jeune Barreau, 1997, p. 146 et note de bas de page 37; L. FRANKIGNOUL, « Indemnité et remboursement anticipé d'un prêt à intérêts », *J.T.*, 2017, p. 294. Ces auteurs se posent la question de la reconnaissance implicite d'un tel droit. Ils ne peuvent être suivis. Il ne résulte à aucun moment des travaux préparatoires que le législateur ait entendu autoriser de manière générale les remboursements anticipés en matière de prêt. Le fait qu'il ait entendu protéger les emprunteurs contre les abus des prêteurs lors des remboursements anticipés ne permet pas d'arriver à une autre conclusion. On se situe en effet en l'espèce à un stade antérieur (peut-on ou non rembourser et non pas combien faut-il rembourser?) et on n'aperçoit pas pourquoi l'opprobre devrait être jeté sur le prêteur qui ne demande que l'exécution du contrat.

⁴². K. TROCH, « De wederbeleggings- en 'funding loss'-vergoeding bij vervroegde terugbetaling van commerciële kredieten met bepaalde duur », *T. Fin. R.*, 2002, p. 253.

rêt que le terme est conçu dans l'intérêt des deux parties⁴³.

Cette solution, classiquement admise en doctrine et en jurisprudence⁴⁴, n'est en rien remise en cause par l'arrêt précité de la Cour de cassation.

Si le législateur avait entendu consacrer un tel droit, dérogaire au droit commun, il n'aurait pas manqué de le faire expressément comme il l'avait fait en 1935 quelques mois plus tard dans l'arrêt royal n° 225⁴⁵ et comme il l'a fait plus récemment en crédit hypothécaire⁴⁶, en crédit à la consommation⁴⁷ et dans la loi Laruelle⁴⁸.

La décision du tribunal s'inscrit donc dans la ligne de cet enseignement classique: il n'y a pas un droit à rembourser de manière anticipée. Ceci a pour conséquence que les parties peuvent parfaitement convenir, pour autant que de besoin, qu'un remboursement anticipé est interdit⁴⁹. A juste titre, la décision souligne également que la loi Laruelle n'est pas d'application *ratione temporis*, le contrat litigieux ayant été conclu avant son entrée en vigueur.

5. Fondement économique de la *funding loss*⁵⁰. A juste titre, la Cour d'appel rappelle que pour accorder un crédit, la banque doit elle-même se financer. Elle peut le faire de manière interne au travers des dépôts faits par ses clients ou de manière externe, au travers du marché interbancaire⁵¹. Dans tous les cas, cela génère un coût dans son chef, étant la « rémunération » qu'elle va consentir à ses clients ou à sa contrepartie notamment sur le marché interbancaire.

Dans le cadre d'une saine politique de gestion des risques, la banque va calquer la durée du financement souscrit par elle sur celui donné par elle au crédité.

Le remboursement anticipé, qui lorsqu'il est volontaire, se fait généralement en période de baisse des taux, entraîne

alors une distorsion dans les durées et rompt l'équilibre mis en place entre les crédits pris et donnés: la banque reste tenue de ses engagements – aux conditions convenues – tandis qu'elle ne reçoit plus la contrepartie escomptée de son crédit⁵². Certes, elle a perçu les montants et peut les replacer mais, lorsque les taux sont en baisse, le taux auquel elle va pouvoir le faire est nécessairement inférieur à celui convenu dans le cadre du contrat remboursé de manière anticipée.

La Cour consacre, à juste titre, cette analyse et considère que la *funding loss* et son mode de calcul, c'est-à-dire le recours au taux du marché interbancaire comme base de calcul, sont des pratiques bancaires usuelles et licites.

6. *Funding loss* – Mode de calcul. Partant de la considération que la banque peut se financer sur le marché interbancaire mais aussi par les dépôts des clients⁵³ ou que la banque pourrait, avec le montant remboursé, accorder des crédits à d'autres clients à un taux supérieur à celui obtenu sur le marché interbancaire⁵⁴, l'usage du taux interbancaire comme base de calcul est parfois critiqué.

Elle repose en filigrane sur une conception surannée en vigueur lors de l'adoption de l'article 1907bis du Code civil, à savoir que l'indemnité de remploi correspond au temps nécessaire à la banque pour replacer les sommes remboursées. Autrement dit, la banque pourrait et devrait prendre le temps de rechercher un « remplacement » des sommes remboursées à un taux équivalent et partant, de laisser, le cas échéant, pendant ledit temps les montants remboursés improductifs.

Dans son arrêt du 26 mai 2016, la Cour d'appel de Bruxelles écarte nettement cette thèse, constatant par ailleurs que le mode de calcul adopté repose sur des critères objectifs incontestables.

⁴³ H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 5, Bruxelles, Bruylant, 1975, p. 156, n° 151; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. 3, Bruxelles, Bruylant, 2010 p. 1721, n° 1195; P.-A. FORIERS et A.-F. DELWAIDE, « La sanction des manquements de l'emprunteur: les montants dus en cas d'inexécution du contrat », in *Le crédit à la consommation*, Bruxelles, Ed. du Jeune Barreau, 1997, p. 146 qui estiment cependant qu'il demeure utile d'examiner chaque espèce avec soins; J. CATTARUZZA, « L'indemnité de remploi au cœur des débats », *J.T.*, 2013, p. 721, n° 3; J. CATTARUZZA, « La révision des conditions financières des ouvertures de crédit », in *La banque dans la vie de l'entreprise*, Bruxelles, Ed. Jeune Barreau, 2005, p. 328.

⁴⁴ Voy. not. Civ. Hainaut (Mons), 7 novembre 2016, inédit, 2015/3207/A.

⁴⁵ Art. 25 de l'arrêt royal n° 225 du 7 janvier 1936 réglementant les prêts hypothécaires et organisant le contrôle des entreprises de prêts hypothécaires.

⁴⁶ Art. VII.145 du C.D.E. en matière de crédits hypothécaires aux consommateurs.

⁴⁷ Art. VII.96 du C.D.E. en matière de crédit à la consommation.

⁴⁸ Art. 9, § 1^{er}, de la loi du 21 décembre 2013 en matière de crédits aux P.M.E.

⁴⁹ J. CATTARUZZA, « La révision des conditions financières des ouvertures de crédit », in *La banque dans la vie de l'entreprise*, Bruxelles, Ed. Jeune Barreau, 2005, p. 328. Il faut d'ailleurs constater que sous l'empire de l'A.R. n° 225 adopté quelques mois après l'art. 1907bis du Code civil, le droit au remboursement n'était que facultatif. Il serait dès lors en toute hypothèse quelque peu curieux que le législateur ait implicitement consacré à l'art. 1907bis du Code civil un droit au remboursement auquel il ne pourrait être dérogé alors que dans la foulée, il aurait expressément adopté une solution opposée.

⁵⁰ Pour une contribution récente, voyez J. VANDENBROUCKE, G. LAGUESSE, « Funding loss: à la recherche de la logique perdue », in *Liber amicorum M. Delierneux*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 699-707.

⁵¹ Y. BOUDGHENE et E. DE KEULENEER, *Pratiques et techniques bancaires*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 31, n° 2.1.1.4.

⁵² C. BIQUET-MATHIEU, *Le sort des intérêts dans le droit du crédit. Actualité ou désuétude du Code civil*, Liège, Coll. Fac. Droit, 1998, p. 633, n° 347.

⁵³ C. BIQUET-MATHIEU, *Le sort des intérêts dans le droit du crédit. Actualité ou désuétude du Code civil*, Liège, Coll. Fac. Droit, 1998, p. 634, n° 347.

⁵⁴ C. BIQUET-MATHIEU, « Crédit hypothécaire et crédit d'investissement. Indemnité, frais et pénalités », *Le crédit hypothécaire. Actualités et réponses pour la pratique*, Limal, Anthemis, 2015, p. 150, n° 71; M.-D. WEINBERGER, « Funding loss ... in translation », *D.B.F.*, 2014/I-II, pp. 8-9, n° 17-18.

Ceci apparaît justifié dès lors qu'aujourd'hui le montant remboursé est remplacé *quasi* immédiatement sur le marché interbancaire⁵⁵.

Il faut enfin constater que ce mode de calcul a été retenu dans le Code de conduite – pris en exécution de l'article 10 de la loi du 21 décembre 2013 relative à diverses dispositions concernant le financement des petites et moyennes entreprises – qui a été rendu obligatoire par l'arrêté royal du 27 février 2014 portant exécution des articles 10, § 1^{er}, alinéa 2 et 16, alinéa 3, de la loi du 21 décembre 2013 relative à diverses dispositions concernant le financement des petites et moyennes entreprises.

7. Funding loss et abus de droit. La décision annotée présente un autre intérêt en ce qu'elle écarte l'application de la théorie de l'abus de droit. Dès lors que l'emprunteur n'a pas le droit de rembourser de manière anticipée, le prêteur a corrélativement le droit de ne pas marquer son accord sur un tel remboursement, spécialement s'il est, comme en l'espèce, interdit dans le contrat.

L'exercice de ce droit par le prêteur n'est pas en soi critiquable. Cependant, comme tout droit, son usage peut être appréhendé au travers du prisme de la théorie de l'abus de droit⁵⁶. Il faudrait donc que l'emprunteur, qui par hypothèse se plaindrait du refus du prêteur de consentir à un remboursement anticipé, apporte la preuve de ce que l'exercice par la banque de son droit de refuser le remboursement anticipé serait abusif au regard des critères dégagés en la matière par la Cour de cassation⁵⁷, étant entendu que le juge ne dispose à cet égard que d'un pouvoir marginal d'appréciation.

Dès lors que, sauf si la loi en dispose autrement, le prêteur n'est pas tenu de préférer les intérêts d'un tiers, fût-il l'emprunteur, aux siens⁵⁸, ce n'est que dans des cas tout à fait exceptionnels que le juge pourrait reconnaître l'existence d'un abus.

Il est en effet admis que « *la fixation du plafond à 6 mois d'intérêts (...) ne permet pas toujours de prendre en compte la perte du prêteur due au fait qu'en période de baisse des taux, il ne pourra replacer les sommes remboursées anticipativement qu'à un taux moindre que le taux du crédit* »⁵⁹. En présence d'une telle perte, il ne semble pas y avoir d'espace pour l'existence d'un abus de droit dans tous les cas où la demande de remboursement anticipé par l'emprunteur n'est motivée que par une volonté de profiter de la baisse des taux⁶⁰.

8. Funding loss, une clause pénale? Dans un attendu très court, le tribunal décide – à juste titre – que l'indemnité réclamée n'est pas constitutive d'une clause pénale en sorte qu'il ne dispose pas du pouvoir d'appréciation que lui confère l'article 1231 du Code civil.

Une clause pénale est en effet « *celle par laquelle une personne s'engage à payer, en cas d'inexécution de la convention, une compensation forfaitaire pour le dommage éventuellement subi par suite de ladite inexécution* »⁶¹.

Or, en cas de remboursement anticipé volontaire, il n'y a aucune inexécution contractuelle, et ce qu'il soit dès l'origine autorisé ou qu'il soit rendu possible en vertu d'un nouvel accord survenant en cours de contrat⁶².

⁵⁵. D. VERHAEGEN et D. PURNAL, « De vervroegde terugbetaling van commerciële kredieten; de 'funding loss'-vergoeding revisited », in X., *Liber Amicorum A. Cuypers*, Gand, Larcier 2009, p. 337, nos 64-65. Voy. égal. Bruxelles, 12 février 2009, *D.B.F.*, 2009/II, p. 91; Liège, 10 septembre 2013, *D.B.F.*, 2014/I-II, p. 60.

⁵⁶. C. BIQUET-MATHIEU, « Crédit hypothécaire et crédit d'investissement. Indemnité, frais et pénalités », *Le crédit hypothécaire. Actualités et réponses pour la pratique*, Limal, Anthemis, 2015, p. 150, n° 71; J. CATTARUZZA, « La révision des conditions financières des ouvertures de crédit », in *La banque dans la vie de l'entreprise*, Bruxelles, Ed. Jeune Barreau, 2005, pp. 328-329; L. FRANKIGNOUL, « Indemnité et remboursement anticipé d'un prêt à intérêts », *J.T.*, 2017, p. 294.

⁵⁷. Cass., 10 juin 2004, *Pas.*, 2004, I, p. 996; Cass., 10 septembre 1971, *Pas.*, 1972, I, p. 28; Cass., 19 novembre 1987, *Pas.*, 1988, I, p. 332; Cass., 4 mars 2010, C.08.0324.N, www.cass.be; Cass., 19 septembre 1983, *Pas.*, 1984, I, p. 55; Cass., 18 juin 1987, *Pas.*, 1987, I, p. 1295; Cass., 30 janvier 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 475; Cass., 30 novembre 1989, *Pas.*, 1990, I, p. 392; Cass., 12 juillet 1917, *Pas.*, 1918, I, p. 65; Cass., 16 janvier 1986, *Pas.*, 1986, I, p. 602.

⁵⁸. Bruxelles, 15 septembre 2009, *R.D.C.*, 2011/4, p. 306.

⁵⁹. C. BIQUET-MATHIEU, « L'article 1907bis limite l'indemnité de emploi à 6 mois d'intérêts en cas de remboursement anticipé », *D.A.O.R.*, 2007, p. 634, n° 8; J. CATTARUZZA, « L'indemnité de emploi au cœur des débats », *J.T.*, 2013, p. 722; J. CATTARUZZA, « Le crédit bancaire », in *Guide juridique de l'entreprise. Traité théorique et pratique*, Livre 45.1, Kluwer, 2015, p. 43.

⁶⁰. On relèvera que dans un jugement de 2002, l'existence d'une telle perte dans le chef de la banque avait conduit le tribunal de commerce de Bruxelles à écarter l'existence d'un abus de droit de la banque qui refusait de procéder à une restructuration des crédits (Comm. Bruxelles, 8 novembre 2002, *R.D.C.-T.B.H.*, 2004/2, pp.169 et s.). En ce sens voy. D. PHILIPPE, « A propos de l'indemnité de emploi. Note sous Bruxelles, 13 mai 2016 et Mons, 25 avril 2016 », *D.A.O.R.*, 2016/3, p. 43.

⁶¹. Art. 1226 C. civ. Elle se distingue de la clause de dédit, à savoir « *la stipulation conventionnelle d'une somme d'argent qui ne constitue pas la réparation d'un dommage mais la contrepartie d'une faculté de résiliation unilatérale prévue par le contrat* » en sorte que cette dernière n'est pas soumise au régime de la clause pénale (Cass., 22 octobre 1999, *R.C.J.B.*, 2001, p. 112; Cass., 6 septembre 2002, *D.C.*, 2004, p. 106).

⁶². Comm. Hainaut (div. Mons), 16 juin 2016, *inédit*, A/15/723; Comm. Liège (Namur), 15 mars 2016, *inédit*, A/15/00410, p. 9; Gand, 2 novembre 2016, 2013/AR/2773, *inédit*. Telle est également la solution retenue en France dès lors que l'indemnité de emploi « *n'a pas pour objet d'assurer l'exécution des obligations de l'emprunteur, mais de compenser le manque à gagner du prêteur* » (Cass. civ. (fr.), 29 juin 2016, n° 15-46.945, *F-D Sté Crédit immobilier de France développement / M.*, jurisdata n° 2016-012898) ou au Luxembourg (Luxembourg, 13 avril 2016, *D.A.O.R.*, 2017/1, p. 113). Eu égard à la définition légale de la clause pénale, on ne saurait en toute hypothèse pas y voir dans l'indemnité de funding loss réclamée en cas de remboursement volontaire une clause pénale déguisée.

9. *L'article 1907bis du Code civil: une disposition critiquable.* Il est enfin permis de s'interroger sur le bien-fondé voire la constitutionnalité de l'article 1907bis du Code civil. Il est en effet habituellement admis qu'il s'applique indistinctement, quelle que soit la qualité de l'emprunteur ou du prêteur. Or, il résulte des travaux préparatoires que le législateur était alors préoccupé par les prêts hypothécaires (et non tous les prêts à intérêts) et spécialement par la situation de ceux qui sont aujourd'hui protégés par les dispositions du Code de droit économique en matière de crédit hypothécaire. Il n'y a aucune justification à l'extension du régime protecteur à tout type de prêt. De même, les travaux préparatoires ne contiennent aucune justification sur la fixation du montant de l'indemnité de emploi à un forfait égal à 6 mois d'intérêts. Cette limite ne peut se comprendre qu'à la lumière de la conception de l'indemnité de emploi alors en vigueur (le délai de remplacement). Elle ne se comprend absolument plus au regard de la conception moderne de l'indemnité de emploi.

Madame Biquet-Mathieu réaffirmait⁶³ en 2007 que « la fixation d'un plafond qui ne peut en aucun cas être dépassé ressortit à la philosophie qui sous-tend les législations protectrices et non au droit commun (...). C'est qu'en outre, la fixation du plafond à 6 mois d'intérêts est elle-même critiquable en ce qu'elle ne permet pas toujours de prendre en compte la perte du prêteur due au fait qu'en période de baisse des taux, il ne pourra remplacer les sommes remboursées anticipativement qu'à un taux moindre que le taux du crédit. Tout se passe comme si, alors que le droit commun ne prévoit pas de droit impératif au remboursement anticipé, l'article 1907bis visait quand même à favoriser la libération anticipée du crédit. Il y a là quelque contradiction »⁶⁴.

André-Pierre ANDRÉ-DUMONT
Avocat, Maître de conférences à l'U.C.L.

⁶³. En 1998, elle appelait déjà à la suppression de cette disposition eu égard à son caractère suranné (C. BIQUET-MATHIEU, *Le sort des intérêts dans le droit du crédit. Actualité ou désuétude du Code civil*, Liège, Coll. Fac. Droit, 1998, p. 634, n° 347). En 1982, monsieur BRUYNEEL invitait déjà le législateur à « moderniser » les art. 1905 et s. du Code civil (A. BRUYNEEL, « Le droit bancaire », *J.T.*, 1982, p. 353, n° 14).

⁶⁴. C. BIQUET-MATHIEU, « L'article 1907bis limite l'indemnité de emploi à 6 mois d'intérêts en cas de remboursement anticipé », *D.A.O.R.*, 2007, p. 634, n° 8. Il est à noter que dans leur récente contribution, Messieurs Vandebroucke et Laguesse relèvent que même le funding loss ne permet pas à la banque de couvrir l'intégralité de la « perte » qu'elle souffre (J. VANDENBROUCKE, G. LAGUESSE, « Funding loss: à la recherche de la logique perdue », in *Liber amicorum M. Delierneux*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 709). Que dire alors d'une indemnité limitée à 6 mois d'intérêt?