

gelijke kapitaalaflossingen en de hierboven beschreven provisie en vergoeding, doen hieraan geen afbreuk. (...)

15. Ondanks het feit dat dit contractueel niet was toegelaten, heeft appellante op verzoek van geïntimeerde de voorwaarden meegedeeld waaronder zij toch zou instemmen met de vervroegde terugbetaling van het krediet. Eén van de voorwaarden was de betaling van een wederbeleggingsvergoeding van 24.938,86 EUR.

Er was geen sprake van een herbeleggingsbeding voor een vervroegde terugbetaling – deze terugbetaling was *in casu* immers niet toegelaten – noch van een schadebeding, zodat geïntimeerde vruchteloos vraagt dat dit zou worden gematigd.

Geïntimeerde heeft het bedrag van de door appellante gevraagde vergoeding betaald en de zekerheden werden vrijgegeven.

Uit de overwegingen in de vorige randnummers volgt dat het door geïntimeerde gemaakte voorbehoud – de schending van artikel 1907*bis* BW – onterecht was.

Appellante maakt voldoende aannemelijk dat zij de door haar gevorderde vergoeding heeft berekend, zoals bepaald in artikel 20.5., d) van haar algemene kredietvoorwaarden (de contractueel vastgelegde herbeleggingsvergoeding in de daarvoor voorziene gevallen) en derhalve aan de hand van objectieve parameters.

De door haar gehanteerde berekeningswijze wijst erop dat deze vergoeding ertoe strekt het verlies aan inkomsten te dekken dat zij lijdt door de vervroegde terugbetaling.

Er wordt niet bewezen dat hier sprake is van rechtsmisbruik in haar hoofde noch van een gebrek aan goede trouw. De vaste terugbetalingstermijnen waren immers eveneens in haar voordeel bedongen.

Om deze redenen:

Het hof, rechtdoende na tegenspraak,

(...)

## Note

### *Jurisprudence contrastée pour les indemnités de funding loss<sup>1</sup>*

*Christine Biquet-Mathieu<sup>2</sup>*

**1. Le contexte.** Les trois arrêts publiés ci-dessus se rapportent à la question du remboursement anticipé des crédits d'investissement aux entreprises consentis antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 21 décembre 2013 sur le financement des petites et moyennes entreprises<sup>3</sup>.

En vue de se refinancer à moindre taux, l'entreprise créditée souhaite rembourser anticipativement le crédit et obtenir mainlevée des hypothèques. La banque exige à cet effet le paiement d'une importante indemnité de emploi, rebaptisée *funding loss*.

**2. La notion de prêt à intérêt.** Le litige se noue principalement autour de l'application de l'article 1907*bis* du

Code civil, qui limite l'indemnité de emploi à 6 mois d'intérêt. L'article 1907*bis* ne s'applique qu'aux seuls prêts à intérêt, à l'exclusion des autres formes de crédit.

Par son arrêt du 29 janvier 2018<sup>4</sup>, la cour d'appel de Mons a jugé que le crédit d'investissement de 608.000 EUR octroyé pour l'acquisition d'une maison d'habitation par la société créditée doit être requalifié de prêt à intérêt. Par son arrêt du 17 janvier 2017<sup>5</sup>, la cour d'appel de Gand en a jugé de même à propos d'un crédit d'investissement de 300.000 EUR destiné à rembourser cinq précédents crédits. Par son arrêt du 13 mars 2018<sup>6</sup>, la cour d'appel de Bruxelles a en revanche considéré que le crédit d'investissement de 368.000 EUR en vue du financement de l'achat de matériel professionnel était

<sup>1</sup> Avec l'aimable autorisation des maisons d'édition, la présente note a été rédigée en s'inspirant de nos précédentes contributions, en particulier: C. BIQUET-MATHIEU, « Crédit hypothécaire et crédit d'investissement – Indemnités, frais et pénalités », in L. BARNICH et M. VAN MOLLE (dirs.), *Le crédit hypothécaire. Actualités et réponses pour la pratique*, Anthemis, 2015, pp. 109-201, ensuite publiée in *Rev. dr. ULg*, 2015/2, pp. 231-328; C. BIQUET-MATHIEU, « Le droit des obligations et du crédit (2014-2017) », in Y.H. LELEU (éd.), *Chroniques notariales*, vol. 67, Larcier, 2018, spéc. pp. 134-149; C. BIQUET-MATHIEU, « Remboursement anticipé et indemnité de emploi. Développements récents », in *Verslagboek IFR-dagen 2017-2018*, Intersentia, 2018, à paraître.

<sup>2</sup> Professeur ordinaire ULiège. La présente note a été communiquée au mois d'août 2018. Il ne nous a pas été possible de l'actualiser si ce n'est, à la marge, en lien avec l'arrêt de la Cour de cassation du 14 mars 2019.

<sup>3</sup> De sorte que celle-ci n'avait pas lieu de s'appliquer.

<sup>4</sup> Publié dans ce numéro, p. 255.

<sup>5</sup> Publié dans ce numéro, p. 259.

<sup>6</sup> Publié dans ce numéro, p. 263.

constitutif d'une ouverture de crédit et ne devait pas être requalifiée de prêt.

Nous allons envisager tout à tour les arguments invoqués dans ces trois décisions.

**3. Le recours à la technique de l'ouverture de crédit-cadre.** Pour refuser la qualification de prêt, la cour d'appel de Bruxelles souligne que le crédit d'investissement à *durée déterminée* est inséré dans une ouverture de crédit-cadre à *durée indéterminée* avec possibilité de reprise d'encours.

Elle énonce: « Verder werd bedongen dat de kredietopening van onbepaald duur was, zelfs indien bepaalde gebruiksvormen beperkt werden in de tijd en dat deze kredietopening, na terugbetaling van bepaalde kredietvormen en met schriftelijk akkoord van de partijen, opnieuw kon worden opgenomen onder de oorspronkelijke gebruiksvorm of onder andere beschikbare gebruiksvormen. Hierdoor kon worden vermeden dat er opnieuw zekerheden moesten worden gevestigd. »<sup>7</sup>.

La qualification de prêt a, de même, déjà été rejetée au profit de celle d'ouverture de crédit au motif que « (...) le crédit d'investissement litigieux a été accordé dans le cadre d'une ouverture de crédit consentie le même jour pour une durée indéterminée dont il ne constitue qu'une forme d'utilisation à durée déterminée (20 ans) »<sup>8</sup>. Pour rejeter la qualification de prêt, il a déjà été insisté aussi sur la possibilité de reprise d'encours prévue dans la convention d'ouverture de crédit-cadre<sup>9</sup>.

**4. Un artifice.** Il convient cependant de souligner que l'ouverture de crédit-cadre est une technique de sûreté, sans incidence sur la nature des crédits qui y sont logés. En outre, en matière d'ouverture de crédit-cadre, la reprise d'encours ne peut pas être opérée unilatéralement par le crédité; elle suppose un nouvel accord entre les parties et partant un nouveau consentement de la banque, donnant lieu à un nouveau crédit.

C'est en conséquence à juste titre que la cour d'appel de Gand a rejeté l'argument déduit de l'existence de l'ouverture de crédit-cadre: « Er was weliswaar een eerdere kredietopeningsovereenkomst tussen partijen, maar deze werd aangevuld door het kredietcontract van 27 oktober 2009, waarbij een vast bedrag overdroeg, terugbetaalbaar op vaste termijn met vaste maandelijks aflossingen, zonder mogelijkheid tot

hernieuwing. Indien X. en Y. later opnieuw over ditzelfde of en ander bedrag wensten te beschikken, dan hebben zij daartoe een nieuwe overeenkomst moeten sluiten – zoals trouwens blijkt uit het kredietcontract van 14 september 2010. Het is voor de som, beschikbaar gesteld op grond van het kredietcontract van 27 oktober 2009 die werd toegestaan ingevolge de oorspronkelijke kredietopening, maar ervan onderscheiden is, dat de wederbeleggingsvergoeding wordt gevorderd. Dit kredietcontract vertoont de kenmerken van een leningsovereenkomst, die onder het toepassingsgebied valt van artikel 1907bis BW. »<sup>10</sup>.

Il en avait été jugé pareillement précédemment: « En l'espèce, il y eut certes, initialement, une convention d'ouverture de crédit, mais celle-ci fut complétée par deux conventions distinctes d'avances à terme fixe qui présentent toutes les caractéristiques d'un prêt, puisqu'elles furent toutes deux consenties par la remise unique d'une somme fixe, remboursable à terme fixe par trimestrialités constantes. Ces deux avances n'étaient pas renouvelables et si Daulin avait voulu obtenir une nouvelle avance à terme fixe dans le cadre de la convention d'ouverture de crédit, une nouvelle convention aurait dû être signée à cet effet (...) »<sup>11</sup>.

**5. Clause d'indivisibilité et compte courant.** A l'appui du rejet de la qualification de prêt, la cour d'appel de Bruxelles relève l'existence de la clause d'indivisibilité entre les différents « comptes » logés au sein de l'ouverture de crédit-cadre, ceux-ci formant selon la convention des parties un « compte-courant indivisible »<sup>12</sup>.

Toutefois, une telle clause d'indivisibilité ou plutôt de compensation conventionnelle n'est pas susceptible d'influer sur la nature du crédit d'investissement. Le crédit d'investissement est hors compte courant; il ne se réalise pas par découvert en compte; surtout, il n'est pas automatiquement apuré par les remises venant au crédit du compte bancaire du client.

On ne peut dès lors qu'approuver la cour d'appel de Gand, lorsqu'elle énonce: « Het kredietcontract deed geen rekening-courantverhouding ontstaan, waarbij een bepaalde kredietlijn werd toegestaan dit op elk ogenblik, tijdens de uitvoering van de overeenkomst, naar vrije keuze van de houder van de rekening een willekeurige debet- of creditstand kon vertonen, en waarbij de kredietgever zijn kredietvermogen ter beschikking stelde van de kredietnemer die daarop

<sup>7</sup> Bruxelles, 13 mars 2018, publié dans ce numéro, p. 263.

<sup>8</sup> Liège, 4 juin 2015, *D.A.O.R.*, 2016, liv. 118, p. 77; voy., dans le même sens, Comm. Bruxelles (fr.), 28 avril 2015, *J.L.M.B.*, 2016, liv. 11, p. 496, qui conclut à la qualification d'ouverture de crédit au motif que « les deux crédits d'investissement litigieux furent consentis dans le cadre d'une ouverture de crédit octroyée par lettre du 22 mai 2006 et aménagée le 26 février 2008 à l'occasion de l'octroi du second crédit d'investissement »; voy. encore, dans le même sens, Bruxelles, 9 mai 2016, *R.D.C.*, 2017, liv. 10, p. 1096, note A.-P. ANDRÉ-DUMONT, qui prend en compte « l'ouverture de crédit » dans laquelle étaient logés les deux crédits d'investissement, sans examiner les caractéristiques desdits crédits d'investissement.

<sup>9</sup> Comm. Bruxelles (nl.), 10 décembre 2015, *R.D.C.*, 2017, liv. 10, p. 1093.

<sup>10</sup> Gand, 17 janvier 2017, publié dans ce numéro, p. 259.

<sup>11</sup> Bruxelles, 2 mars 2012, *Dr. banc. fin.* 2014, liv. 1-2, p. 47; le pourvoi contre cet arrêt a été rejeté par Cass., 24 juin 2013, *Dr. banc. fin.*, 2014, liv. 1-2, p. 46.

<sup>12</sup> Bruxelles, 13 mars 2018, publié dans ce numéro, p. 263.

een beroep kon doen zoals en wanneer hij dat nodig achtte. Het bedrag van 300.000 EUR werd voor een bepaalde duur en tegen een vaste interest ter beschikking gesteld van X. et Y., die het in vaste terugbetalingstermijnen dienden terug te betalen. »<sup>13</sup>.

**6. Caractère immédiat de la remise des fonds.** A l'appui du rejet de la qualification de prêt, certaines juridictions relèvent l'absence de caractère réel au motif que les parties ont entendu s'engager dès avant la remise du montant du crédit.

La Cour constitutionnelle en a jugé ainsi dans son arrêt n° 119/2013 du 7 août 2013<sup>14</sup> sans toutefois que l'on puisse en tirer quelque enseignement dès lors qu'elle n'avait conclu à aucune inconstitutionnalité. Dans cette opinion, c'est le caractère immédiat de la remise des fonds qui est retenu pour la qualification de prêt<sup>15</sup>.

Avec un tel critère, on se demande toutefois si le prêt à intérêt a jamais existé dès lors qu'il y a nécessairement un accord préalable avant la remise des fonds destinés à financer l'acquisition d'un bien donné, spécialement d'un immeuble ou d'un véhicule<sup>16</sup>.

Comme nous l'avons déjà expliqué, l'opinion qui conclut à l'absence de caractère réel du contrat au motif que telle n'est pas l'intention des parties opère une confusion entre le régime du contrat de prêt et la question de sa qualification<sup>17</sup>. S'il s'agit d'un prêt et que la loi lui imprime toujours un caractère réel, sa conclusion est simplement reportée, par l'effet de la loi, au moment de la remise volontaire des fonds<sup>18</sup>.

La cour d'appel de Mons en a jugé ainsi: « Au regard des pratiques bancaires actuelles, le critère de la simultanéité de l'accord de la banque et de la remise des fonds prêtés ne peut

plus être retenu pour distinguer le prêt bancaire de l'ouverture de crédit, un certain décalage existant quasiment toujours entre la signature du contrat et la mise à disposition des fonds dans le cadre du prêt bancaire. » La cour ajoute: « Le caractère réel *sensu stricto* n'est pas davantage pertinent, vu le caractère virtuel, sur un compte bancaire, et non matériel, de la mise à disposition des fonds, dans les deux cas. » Elle conclut: « La remise différée des fonds par rapport à la signature du contrat ne fait donc pas obstacle à la qualification de prêt, la meilleure doctrine analysant cette opération en une promesse de prêt suivie d'un contrat de prêt au sens du Code civil lors de la remise effective des fonds. »<sup>19</sup>. Et la cour de s'en référer notamment aux professeurs DE PAGE<sup>20</sup> et VAN OMMESLAGHE<sup>21</sup>.

Pour d'autres, le caractère réel du prêt doit, à tout le moins, être apprécié avec souplesse. L'arrêt rendu par la cour d'appel de Gand s'inscrit dans cette ligne: « De gelijktijdigheid van het ter beschikking stellen van de gelden en het ontstaan van het contract, wegens het zakelijk karakter ervan, moet met soepelheid worden beoordeeld, zoniet sluiten de figuur van de lening uit bij een relatie tussen een kredietnemer en een bank, waar er altijd een zeker tijdsverschil bestaat tussen de contractsluiting en de afgifte van de gelden »<sup>22</sup>. Et l'arrêt de citer le professeur G.L. BALLON<sup>23</sup>.

**7. Liberté de prélèvement.** Les trois décisions commentées font état, à juste titre, d'un autre critère, celui déduit de la liberté de prélèvement et d'utilisation du crédit<sup>24</sup>. Seul un tel critère est de nature à caractériser l'ouverture de crédit par opposition au prêt à intérêt<sup>25</sup>.

La Cour de cassation a jugé, à propos de la possibilité de saisir le montant de l'ouverture de crédit: « Une ouverture de crédit confère au crédité *un droit personnel* de faire usage, à *sa demande*, de la ligne de crédit accordée par la convention

<sup>13</sup>. Gand, 17 janvier 2017, publié dans ce numérp, p. 259.

<sup>14</sup>. C.C., 7 août 2013, n° 119/2013, *J.T.*, 2013, p. 717, note J. CATTARUZZA; *Dr. banc. fin.*, 2014, liv. 1-2, p. 37, note M.-D. WEINBERGER.

<sup>15</sup>. Comm. Gand, 4 juin 2015, *D.A.O.R.*, 2017 (sommaire), liv. 121, p. 136: « Wanneer (...) het overeengekomen bedrag door middel van een enkele onmiddellijke overschrijving wordt vereffend, dan moet de overeenkomst als lening gekwalificeerd worden. »

<sup>16</sup>. J. CATTARUZZA, « L'indemnité de remploi au cœur des débats », *J.T.*, 2013, p. 721, n° 2.

<sup>17</sup>. C. BIQUET-MATHIEU, « Crédit hypothécaire et crédit d'investissement. Indemnités, frais et pénalités », *o.c.*, Anthemis, 2015, p. 113, n° 9; cf. aussi C. BIQUET-MATHIEU, « Le droit des obligations et du crédit (2011-2014) », in Y.-H. LELEU (éd.), *Chroniques notariales*, Larcier, vol. 59, 2014, p. 186, n° 230.

<sup>18</sup>. Civ. Oost-Vlaanderen (afd. Dendermonde), 6 décembre 2016, *D.A.O.R.*, 2017, liv. 122, p. 50: « Een kredietovereenkomst – een belofte onder bezwarende titel – kan door haar realisatie een leningsovereenkomst worden indien de voorwaarden hiertoe vervuld zijn. Dit is de logica zelve: de belofte op een lening – het 'krediet' – wordt uitgevoerd door de totstandkoming van de lening »; voy., dans le même sens, Civ. Oost-Vlaanderen (afd. Dendermonde), 8 janvier 2016, *T.G.R.*, 2016, liv. 3, p. 192.

<sup>19</sup>. Mons, 29 janvier 2018, publié dans ce numéro, p. 255.

<sup>20</sup>. H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 5, 1975, p. 126, n° 117.

<sup>21</sup>. P. VAN OMMESLAGHE, *Les obligations*, Coll. De Page, t. 2, vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 145, n° 67.

<sup>22</sup>. Gand, 17 janvier 2017, publié dans ce numéro, p. 259.

<sup>23</sup>. G.L. BALLON, « Over de kwalificatie als lening van een kredietopening t.v.v. een onderneming », *D.A.O.R.*, 2016, liv. 120, p. 91.

<sup>24</sup>. Voy. not., en ce sens, Mons, 25 avril 2016, *D.A.O.R.*, 2016, liv. 119, p. 33; *J.L.M.B.*, 2017, liv. 31, p. 1457, note C. BIQUET-MATHIEU, qui, à juste titre, qualifie un crédit de caisse d'ouverture de crédit; la cour lui dénie l'application de l'art. 1907ter au motif qu'il ne s'agit pas d'un prêt; il y a toutefois lieu de préciser que la théorie de la lésion qualifiée, inspirée par l'art. 1907ter a été étendue à tous les contrats commutatifs et n'est donc pas limitée au prêt à intérêt.

<sup>25</sup>. Voy., en ce sens, M.-D. WEINBERGER, « Funding loss... in translation », *Dr. banc. fin.*, 2014, liv. 1-2, p. 23, n° 55; D. BLOMMAERT et J. VANNEROM, « De geldlening op interest en de niet-wederopneembare kredietopening: verwant of toch verschillend? Mijmeringen bij het standpunt van het Grondwettelijk Hof », in *Liber Amicorum François Glansdorff et Pierre Legros*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 85, n° 18, p. 86, n° 20, p. 90, n° 23; C. ALTER et L. VAN MUYLEM, « Article 1907bis du Code civil et (re)qualification de l'ouverture de crédit », *R.D.C.*, 2015, liv. 2, p. 195, n° 8.

de crédit. »<sup>26</sup>. Quoiqu'il ne lui appartienne pas d'interpréter la loi en dehors de tout grief d'inconstitutionnalité, la Cour constitutionnelle a de même jugé que, à la différence du contrat de prêt, dans le cas d'une ouverture de crédit, « les fonds ne sont pas mis à la disposition immédiate du crédité, mais peuvent être utilisés lorsque et dans la mesure où ce dernier le jugerait nécessaire, moyennant paiement à la fois d'une commission et d'un intérêt, (...) »<sup>27</sup>.

L'ouverture de crédit que l'on oppose au prêt confère un droit unilatéral au crédité, qui peut utiliser le crédit sans que soit requis un nouvel accord du dispensateur de crédit. Elle ne doit pas être confondue avec l'ouverture de crédit-cadre, qui, loin de conférer un droit unilatéral au crédité, requiert un nouvel accord des parties pour toute utilisation ou (ré)utilisation.

La cour d'appel de Gand décide, à juste titre, que la liberté de prélèvement et d'utilisation du crédit doit être appréciée isolément pour chacun des crédits d'investissement logés dans le cadre<sup>28</sup>. Il a de même été jugé: « Ook wanneer het investeringskrediet naar de bewoordingen ervan een gebruiksvorm van een kredietopening vormt, dient tot een onderzoek van deze gebruiksvorm te worden overgegaan, teneinde deze te kwalificeren. »<sup>29</sup>.

**8. Appréciation par référence au seul libellé du contrat.** Dans l'arrêt annoté, la cour d'appel de Bruxelles appréhende le critère de la liberté de prélèvement en se référant aux seuls termes du contrat. Elle se fonde sur son seul libellé pour conclure à la liberté de prélèvement dans le chef du crédité.

Il s'agissait d'un crédit de 368.000 EUR destiné à l'achat de matériel d'équipement professionnel. La période de prélèvement était de 3 mois avec une commission de réservation de 0,10% par mois sur le capital non encore prélevé. Une indemnité de non-prélèvement de 6 mois d'intérêts avait été stipulée sur le capital non prélevé à l'issue de la période de prélèvement mais, selon la cour, une telle indemnité de non-prélèvement ne prive pas le crédité de sa liberté de ne pas prélever. La cour relève encore qu'aucun tableau d'amortissement n'avait été fourni lors la conclusion du crédit, ce qui corrobore le fait que la banque ne connaissait pas à l'avance le montant qui serait finalement prélevé.

La cour conclut à l'existence d'une ouverture de crédit et exclut la qualification de prêt: « Voormelde termijn van 3 maanden, de verplichting om de opgenomen bedragen terug

te betalen in 18 zesmaandelijkse gelijke kapitaalaflossingen en de hierboven beschreven provisie en vergoeding, doen hiervan geen afbreuk. »<sup>30</sup>.

De même, constatant qu'une période de prélèvement de 9 mois avait été prévue, que le crédit avait, selon le libellé du contrat, la possibilité de prélever ou de ne pas prélever, qu'une commission de réservation de 0,10% par mois avait été stipulée durant cette période si le montant n'était pas prélevé, le tribunal de commerce de Gand avait considéré: « Uit de bewoordingen van het contract blijkt dat de bank over geen enkel initiatiefrecht beschikte om het overeengekomen bedrag van het krediet ter beschikking te stellen van de kredietnemer. Het initiatiefrecht lag daarentegen bij de kredietnemer. »<sup>31</sup>.

On peut toutefois « se demander si les textes produits, stéréotypés puisqu'il s'agissait de conditions spéciales-types, reflètent bien l'intention des parties »<sup>32</sup>.

**9. Appréciation *in concreto* – Crédit d'acquisition d'un immeuble.** Les arrêts ci-dessus reproduits des cours d'appel de Mons et de Gand appréhendent la liberté de prélèvement *in concreto*, sans se limiter aux seules énonciations du contrat.

Dans l'affaire soumise à la cour d'appel de Mons, il s'agissait d'un crédit sollicité en vue de financer l'acquisition d'un immeuble déterminé, sur lequel la sûreté hypothécaire doit être précisément constituée le jour de l'acquisition. Dès lors que le crédit ne peut pas être utilisé avant la constitution de la garantie et qu'il devra l'être entièrement à ce moment précis, la cour souligne qu'il n'y a aucune liberté quant à l'époque du prélèvement si bien que l'opération doit s'analyser en un prêt. La société créditée « n'avait d'autre choix que de prélever en une seule fois, dans un délai d'un mois et trois jours, la totalité des fonds et de les utiliser à l'achat de l'immeuble indiqué, affecté en garantie hypothécaire, sous peine d'une sanction financière, outre le paiement d'une commission de réservation ». Il en résultait que la liberté de prélever « selon ses besoins, c'est-à-dire au moment et à concurrence du montant qui lui conviennent, était, en réalité, inexistante », ce qui est incompatible avec la qualification d'ouverture de crédit<sup>33</sup>.

Cet arrêt s'inscrit dans la suite d'un arrêt de la cour d'appel de Liège remarquablement motivé. Dans cet arrêt, la cour d'appel de Liège constate qu'il n'y avait *pas de possibilité de mise à disposition du crédit avant la constitution de la sûreté*

<sup>26</sup> Cass., 26 novembre 2009, *Dr. banc. fin.*, 2010, liv. 2, p. 100, note D. VAN DER MOSEN et J.-P. BUYLE.

<sup>27</sup> C.C., 7 août 2013, n° 119/2013, *J.T.*, 2013, p. 717, note J. CATTARUZZA; *Dr. banc. fin.*, 2014, liv. 1-2, p. 37, note M.-D. WEINBERGER.

<sup>28</sup> Gand, 17 janvier 2017, publié dans ce numéro, p. 259.

<sup>29</sup> Comm. Bruxelles (nl.), 15 février 2018, n° 2016/4408/A; voy., dans le même sens, Comm. Liège, 19 mai 2017, *J.L.M.B.*, 2017, liv. 31, p. 1495, note C. DELFORGE.

<sup>30</sup> Bruxelles, 13 mars 2018, publié dans ce numéro, p. 263.

<sup>31</sup> Comm. Gand, 4 juin 2015, *D.A.O.R.*, 2017 (sommaire), liv. 121, p. 136.

<sup>32</sup> Civ. Liège (div. Liège), 29 septembre 2015 et 21 décembre 2015, *J.L.M.B.*, 2016, liv. 11, p. 501.

<sup>33</sup> Mons, 29 janvier 2018, publié dans ce numéro, p. 255.

*hypothécaire* et retient la qualification de prêt. La cour relève que les crédités « n'avaient d'autre choix que de prélever l'intégralité des fonds dès leur mise à disposition pour permettre la constitution des garanties de sorte qu'ils n'avaient aucun choix du moment du prélèvement et de l'utilisation du crédit ». « Le manque de liberté ainsi constaté n'est pas compatible avec l'ouverture de crédit dont (...) la liberté du crédité de prélever les fonds à sa guise – à savoir de prélever ou non le crédit, en tout ou en partie, de choisir le moment du prélèvement et la destination des fonds – est la seule véritable caractéristique. » « Ce moyen de procéder est par contre parfaitement compatible avec le contrat de prêt à intérêt. Les fonds sont remis à l'emprunteur conformément à l'accord initial (ou l'offre) après que la banque ait vérifié que les conditions en sont réunies. » « Pour le surplus, (...) les emprunteurs ne bénéficient d'aucune liberté de prélever les fonds dès lors qu'il résulte du contrat (...) qu'à défaut de prélèvement de l'intégralité du crédit, la banque peut mettre fin au contrat et réclamer une indemnité. »<sup>34</sup>.

#### 10. **Appréciation *in concreto* – Crédit de consolidation.**

Dans l'affaire soumise à la cour d'appel de Gand, il s'agissait d'un crédit d'investissement destiné à *rembourser* – « consolider » dans le jargon bancaire – *cinq précédents crédits*, sans que les crédités aient la possibilité de choisir l'époque du prélèvement, ni la possibilité de réutiliser unilatéralement la partie apurée du crédit.

La cour énonce: « Het krediet moest *volledig* opgenomen worden *binnen een periode van 2 maanden* vanaf de ondertekening van het contract. X. et Y. hadden geen vrijheid om te beslissen, wanneer zij het krediet zouden opnemen voor welke bedragen (beperkt tot de kredietlimiet). Het kredietcontract deed geen rekening-courantverhouding ontstaan, waarbij een bepaalde kredietlijn werd toegestaan dit op elk ogenblik, tijdens de uitvoering van de overeenkomst, naar vrije keuze van de houder van de rekening een willekeurige debet- of creditstand kon vertonen, en waarbij de kredietgever zijn kredietvermogen ter beschikking stelde van de kredietnemer die daarop een beroep kon doen zoals en wanneer hij dat nodig achtte. Het bedrag van 300.000 EUR werd voor een bepaalde duur en tegen een vaste interest ter beschikking

gesteld van X. et Y., die het in vaste terugbetalingstermijnen dienden terug te betalen. »<sup>35</sup>.

Plusieurs décisions se sont déjà prononcées en ce sens s'agissant d'un crédit d'investissement destiné à refinancer des crédits en cours. La qualification de prêt a été admise au motif que le nouveau crédit « consiste, non pas à permettre au crédité de disposer d'une nouvelle somme d'argent ou d'un crédit qu'il peut prélever selon ses besoins pour une période déterminée, mais à solder, par un seul virement immédiat, la créance que la banque détient contre lui »<sup>36</sup>.

#### 11. **Appréciation *in concreto* – Crédit à la construction.**

Aucune des décisions commentées n'a eu à connaître d'un crédit destiné à financer une construction, appelé à être prélevé en plusieurs tranches.

La souplesse quant aux prélèvements paraît, de prime abord, incompatible avec la qualification de prêt. Telle est la position de la Cour constitutionnelle, même si elle n'a relevé dans son arrêt aucune inconstitutionnalité: « le contrat d'ouverture de crédit *permet au crédité de différer la mise en possession effective* des fonds et, partant, le paiement des intérêts »<sup>37</sup>. Une partie de la jurisprudence rejette dès lors la qualification de prêt s'agissant d'un crédit destiné à financer des travaux et appelé à être prélevé par tranches<sup>38</sup>.

Le crédit affecté à une construction comporte une certaine souplesse qu'il convient toutefois de relativiser. Ainsi, s'agissant d'un crédit à la construction qui avait donné lieu à quatorze ou seize prélèvements, la cour d'appel de Bruxelles a jugé: « L'analyse de la convention (...) révèle que B., la créditée, ne dispose en réalité pas de la liberté de prélever ou non, à sa guise et au moment où elle l'entend (...) » « Sous peine de voir la non-utilisation du crédit sanctionnée par le paiement d'une indemnité (...), B. est contrainte de demander à la banque, dans une période de prélèvement bien déterminée, qu'elle libère la totalité du montant du crédit convenu. » « Les fonds doivent être utilisés à une fin bien déterminée – l'achat du bien immobilier situé à (...) et les travaux de transformation de celui-ci – et leur libération est conditionnée à la production de documents justificatifs. » « Les dispositions de la convention témoignent de la volonté

<sup>34</sup>. Liège, 16 mars 2017, *D.A.O.R.*, 2017, liv. 122, p. 87; *N.J.W.*, 2017, liv. 370, p. 753; *J.L.M.B.*, 2017, liv. 31, p. 1478, note C. DELFORGE; *R.D.C.*, 2017, liv. 8, p. 890; voy., dans le même sens, Comm. Verviers, 4 janvier 2016, *R.D.C.*, 2017, liv. 10, p. 1107, note A.-P. ANDRÉ-DUMONT; Comm. Liège (div. Liège), 20 janvier 2016, *J.L.M.B.*, 2016, liv. 11, p. 508; Comm. Liège, 19 mai 2017, *J.L.M.B.*, 2017, liv. 31, p. 1495, note C. DELFORGE; Comm. Hainaut (div. Tournai), 6 octobre 2016, *D.A.O.R.*, 2017, liv. 121, p. 110; Comm. Bruxelles (nl), 15 février 2018, n° 2016/4408/A; voy. aussi, dans le même sens, s'agissant du financement du quasi-apport d'un immeuble en société, Comm. Liège (div. Liège), 16 septembre 2016, *D.A.O.R.*, 2016, liv. 120, p. 86, note G.L. BALLON; voy., encore, dans le même sens, s'agissant du financement de l'achat d'un véhicule ou d'un matériel professionnel déterminé, Comm. Mons et Charleroi (sect. Mons), 4 juin 2015, *D.A.O.R.*, 2015, liv. 115, p. 56; Liège, 4 octobre 2012, *R.G.D.C.*, 2015, liv. 3, p. 164; Bruxelles, 15 novembre 2017, n° 2014/AR/2017.

<sup>35</sup>. Gand, 17 janvier 2017, publié dans ce numéro, p. 259.

<sup>36</sup>. Comm. Charleroi, 11 octobre 2013, *R.D.C.*, 2015, liv. 2, p. 190, note C. ALTER et L. VAN MUYLEM; voy., dans le même sens, Comm. Mons et Charleroi (sect. Mons), 4 juin 2015, *D.A.O.R.*, 2015, liv. 115, p. 56; Civ. Liège (div. Liège), 29 septembre 2015 et 21 décembre 2015, *J.L.M.B.*, 2016, liv. 11, p. 501.

<sup>37</sup>. C.C., 7 août 2013, n° 119/2013, *J.T.*, 2013, p. 717, note J. CATTARUZZA; *FF-Dr. banc. fin.*, 2014, liv. 1-2, p. 37, note M.-D. WEINBERGER.

<sup>38</sup>. Bruxelles, 12 février 2009, *Dr. banc. fin.*, 2009, p. 91; *Not. Fisc. M.*, 2010, p. 45, note A. GOYENS; *R.D.C.*, 2011/4, p. 297, note K. BERNAERT; Liège, 10 septembre 2013, *Dr. banc. fin.*, 2014/I-II, p. 59; Comm. Bruxelles (nl), 10 décembre 2015, *R.D.C.*, 2017, liv. 10, p. 1093; Bruxelles, 8 avril 2016, *D.A.O.R.*, 2017, liv. 123, p. 66; *J.L.M.B.*, 2017, liv. 31, p. 1470, note C. DELFORGE.

des parties de voir tout le capital remis au crédit et de celle de la banque de s'assurer de la destination des fonds et de la consistance de ses garanties par une libération par tranches sur présentation de pièces justificatives. Cette absence de liberté d'utilisation des fonds s'oppose à la qualification d'ouverture de crédit. »

Et la juridiction de considérer que le crédit à la construction peut être qualifié de prêt<sup>39</sup>. Le pourvoi en cassation introduit contre cet arrêt a été déclaré irrecevable en ce qu'il critiquait la qualification de prêt<sup>40</sup>.

**12. Refus de la banque d'appliquer l'article 1907bis et intérêt à agir en justice.** Dans l'affaire soumise à la cour d'appel de Mons<sup>41</sup>, il semble qu'une clause du contrat, non reproduite dans l'arrêt, autorisait *ex ante* le remboursement anticipé moyennant le paiement d'une importante indemnité de emploi<sup>42</sup>. Après avoir qualifié le crédit d'investissement de prêt à intérêt, la cour d'appel de Mons ordonne à la banque de limiter l'indemnité de emploi à 6 mois d'intérêt conformément à l'article 1907bis et de donner mainlevée de l'hypothèque dès que l'entreprise créditée aura payé le capital restant dû, les intérêts échus au jour du paiement et l'indemnité de emploi.

Il n'est pas contesté que l'article 1907bis s'applique à l'indemnité de emploi stipulée *ex ante* dans le contrat de prêt pour le cas où l'emprunteur exercerait la faculté de remboursement anticipé prévue au contrat.

Dès lors que le remboursement anticipé n'avait pas encore eu lieu, se posait la question de l'intérêt à agir de l'entreprise créditée. La banque contestait l'existence d'un intérêt né et actuel à agir en justice, estimant que l'entreprise créditée cherchait « uniquement à obtenir une consultation juridique sur une situation qui ne se réalisera peut-être jamais puisque, qu'il soit fait ou non droit à ses prétentions, cela ne signifie pas qu'elle prendra la décision de rembourser de manière anticipée ».

La cour d'appel de Mons a cependant jugé que la banque elle-même a reconnu dans ses conclusions que l'entreprise créditée « a pris, dès 2014, la décision de rembourser anticipativement le crédit afin de bénéficier de la baisse générale

des taux d'intérêts, mais que compte tenu de la sûreté prise par la banque, l'accord de cette dernière était nécessaire pour donner mainlevée de l'hypothèque. (...) Il existait donc bien un litige entre parties quant au montant de l'indemnité de emploi réclamée, dont l'importance empêchait » l'entreprise créditée « de négocier valablement un nouveau crédit afin de refinancer l'opération, malgré la diminution des taux d'intérêts afférents aux crédits hypothécaires ».

L'entreprise créditée réclamait en outre le remboursement, depuis la mise en demeure, des intérêts conventionnels payés en exécution du contrat ou, du moins, la différence entre, d'une part, le taux conventionnel qu'elle avait dû continuer à supporter et, d'autre part, le taux conventionnel qu'elle aurait obtenu en se refinançant. Le refus de la banque de limiter l'indemnité de emploi au plafond prévu par l'article 1907bis constitue une inexécution fautive qui a retardé le remboursement anticipé.

Quant à la récupération des intérêts conventionnels « payés en exécution du contrat liant les parties », la cour d'appel de Mons décide: « La cause du paiement résulte exclusivement dans l'exécution du contrat dont la validité en tant que telle n'est pas contestée et dont la résolution ou la résiliation anticipée n'a pas été demandée. »<sup>43</sup>. Pour le surplus, l'entreprise créditée ne démontre pas *in concreto* l'existence d'un préjudice en lien causal avec une faute de la banque. « Le taux de refinancement vanté (...) n'est justifié que par une simulation théorique et sans engagement » du nouveau banquier pres senti.

**13. Clause interdisant le remboursement anticipé et application de l'article 1907bis.** Dans l'affaire soumise à la cour d'appel de Gand<sup>44</sup>, le contrat renfermait une clause interdisant le remboursement anticipé. Cependant, lorsqu'elle a été sollicitée à cet effet, la banque a accepté le remboursement anticipé à la condition que soit payée une importante indemnité de emploi, dénommée *funding loss*. Après avoir protesté par écrit, l'entreprise créditée a finalement payé l'indemnité réclamée, pressée qu'elle était d'obtenir mainlevée de l'hypothèque. Elle agit ensuite en répétition du montant de l'indemnité excédant le maximum permis par l'article 1907bis.

<sup>39</sup>. Bruxelles, 13 mai 2016, *D.A.O.R.*, 2016, liv. 119, p. 37, note D. PHILIPPE; *J.L.M.B.*, 2017, liv. 31, p. 1463, note C. DELFORGE; voy., dans le même sens, Liège, 28 janvier 2010, *R.G.D.C.*, 2010, p. 475; Comm. Bruxelles (nl.), 5 mars 2018, n° 2017/89/A.

<sup>40</sup>. Voy. Cass., 14 mars 2019, *J.L.M.B.*, 2019/18, p. 826.

<sup>41</sup>. Mons, 29 janvier 2018, publié dans ce numéro, p. 255.

<sup>42</sup>. C'est sans doute ce que l'on peut déduire de ce que, d'une part, la question du droit au remboursement anticipé n'est pas abordée dans l'arrêt (alors que ce remboursement n'avait pas encore eu lieu au moment où le juge statue) et, d'autre part, du libellé de la demande subsidiaire portée devant le juge du premier degré: « A TITRE SUBSIDIAIRE – Dire pour droit que la clause permettant de calculer l'indemnité de emploi reprise dans le contrat n° 245-5626681-95 est une clause pénale déguisée soumise au pouvoir de réduction que le juge tire de l'article 1 231 du Code civil »; pour le jugement rendu en premier degré, voy. Comm. Hainaut (div. Tournai), 6 octobre 2016, *D.A.O.R.*, 2017, liv. 121, p. 110.

<sup>43</sup>. Comp. Comm. Verviers, 4 janvier 2016, *R.D.C.*, 2017, liv. 10, p. 1107, note A.-P. ANDRÉ-DUMONT, qui a jugé que le refus de la banque de faire application de l'art. 1907bis a causé un dommage complémentaire à l'emprunteur qui n'a pu opérer le remboursement anticipé au moment où il l'aurait souhaité et a dû continuer à supporter une charge importante d'intérêts; il ordonne à la banque de rembourser tous les intérêts conventionnels payés à compter du 6<sup>e</sup> mois suivant la citation introductive d'instance.

<sup>44</sup>. Gand, 17 janvier 2017, publié dans ce numéro, p. 259.

Il n'est pas que la notion de prêt qui soit controversée. La discussion porte aussi sur les hypothèses de remboursement anticipé visées.

La banque prétendait que le plafond prévu par l'article 1907bis – 6 mois d'intérêts au taux du prêt – ne concerne que l'indemnité de remploi stipulée *ex ante* dans le contrat de prêt en contrepartie de la faculté offerte à l'emprunteur de procéder à un remboursement anticipé. Dans cette thèse, la limitation à 6 mois d'intérêts ne concerne pas l'indemnité de remploi négociée *ex post*, au moment du remboursement anticipé, en contrepartie de la renonciation du prêteur à son droit de s'opposer au remboursement anticipé, droit de s'opposer au remboursement anticipé qui découle tantôt du droit commun supplétif (art. 1187 C. civ.), tantôt aussi d'une clause interdisant formellement le remboursement anticipé dans le contrat. S'agissant d'une négociation *ex post* du montant de l'indemnité de remploi, le principe de la liberté contractuelle s'appliquerait pleinement nonobstant la disposition de l'article 1907bis. Cette position a été consacrée par plusieurs décisions de jurisprudence<sup>45</sup>. Elle est défendue par un certain nombre d'auteurs<sup>46</sup>.

Comme le rappelle la cour d'appel de Gand, cette thèse minimaliste a cependant été rejetée par la Cour de cassation. Par son arrêt du 24 novembre 2016, elle a jugé que la limitation de l'indemnité de remploi par l'article 1907bis s'applique « à toute indemnité réclamée par le prêteur en cas de remboursement anticipé » total ou partiel d'un prêt à intérêt. L'arrêt attaqué qui avait décidé « 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 »<sup>47</sup> encourt partant la cassation<sup>48</sup>.

La cour d'appel de Gand, qui a considéré que le crédit d'investissement pouvait être qualifié de prêt, souligne que la Cour de cassation ne cantonne pas l'article 1907bis au seul

remboursement anticipé autorisé *ex ante* par une clause du contrat de prêt. La limitation de l'article 1907bis a également lieu de s'appliquer en cas de remboursement anticipé interdit dans le contrat de prêt mais accepté *ex post* par le prêteur<sup>49</sup>. La Cour de cassation a eu l'occasion de confirmer cette jurisprudence dans son arrêt du 14 mars 2019<sup>50</sup>.

La position maximaliste de la Cour de cassation doit être approuvée. Il n'y a pas lieu de distinguer entre les différentes hypothèses de remboursement anticipé. Loin d'émettre une telle distinction, le texte de l'article 1907bis précise que « lors du » remboursement anticipé d'un prêt, il ne peut « en aucun cas » « être réclamé » une indemnité de remploi supérieure à 6 mois d'intérêts. Le recours tout à la fois à l'expression « en aucun cas » et au verbe « réclamer » comme le fait que la disposition se place au moment du remboursement indiquent que ce n'est pas seulement l'indemnité de remploi fixée conventionnellement dans le contrat de prêt qui est visée mais de façon générale toute réclamation du prêteur à ce titre au moment du remboursement anticipé. Une telle interprétation est conforme à la *ratio legis* du texte qui est de lutter contre les indemnités de remploi exorbitantes.

Cela étant, dès lors que le prêteur n'est pas admis à subordonner son accord *ex post* au paiement d'une indemnité supérieure à 6 mois d'intérêts, il ne lui reste plus, sauf abus de droit, qu'à refuser purement et simplement le remboursement anticipé sollicité. Cela dans l'hypothèse où le contrat de prêt ne comporte pas de clause autorisant *ex ante* le remboursement anticipé.

D'aucuns se demandent cependant si l'article 1907bis, en tant qu'il plafonne le montant de l'indemnité de remploi, ne consacre pas, en filigrane, un droit au remboursement anticipé au profit de l'emprunteur<sup>51</sup>. Le tribunal de commerce de Bruxelles a jugé, en accord avec une doctrine quasi-unanime, que l'article 1907bis ne consacre pas un tel droit au

<sup>45</sup>. Bruxelles, 11 avril 2000, in *La banque dans la vie de l'entreprise*, Ed. du Jeune Barreau de Bruxelles, 2005, p. 339; Gand, 9 avril 2003, *R.W.*, 2005-2006, p. 978, note L. VAN DEN STEEN; Anvers, 2 octobre 2003, *R.D.C.*, 2005, p. 174, obs. J.-P. BUYLE et M. DELIERNEUX; Liège, 10 septembre 2013, *Dr. banc. fin.*, 2014, liv. 1-2, p. 59; Comm. Gand, 4 juin 2015, *D.A.O.R.*, 2017 (sommaire), liv. 121, p. 136; Comm. Bruxelles (nl.), 10 décembre 2015, *R.D.C.*, 2017, liv. 10, p. 1093; Comm. Gand, 8 novembre 2016, *D.A.O.R.*, 2017 (sommaire), liv. 121, p. 138.

<sup>46</sup>. Voy. J. CATTARUZZA, « La révision des conditions financières des ouvertures de crédit », in *La banque dans la vie de l'entreprise*, Ed. du Jeune Barreau de Bruxelles, 2005, p. 332; J.-F. ROMAIN, « Le contrat de prêt civil à intérêt en matière bancaire », in *Liber Amicorum A. Bruyneel*, Bruylant, 2008, p. 316; D. VERHAEGEN et D. PURNAL, « De vervroegde terugbetaling van commerciële kredieten: de 'funding loss'-vergoeding revisited », in *Liber Amicorum Achille Cuyper*, Larcier, 2009, p. 327, n° 48; D. BLOMMAERT et Fr. BONNARENS, « De wederbeleggingsvergoeding inzake hypothecair krediet: vergelijking met andere gereguleerde en commerciële kredieten », in C. BIQUET-MATHIEU et E. TERRY (eds.), *Hypothecair Krediet – Crédit hypothécaire*, die Keure – la Chartre, 2010, p. 529, nos 45 à 47.

<sup>47</sup>. Bruxelles, 24 avril 2015, *D.A.O.R.*, 2016, liv. 120, p. 83.

<sup>48</sup>. Cass., 24 novembre 2016, *Dr. banc. fin.*, 2017, liv. 3, p. 164, note J.-P. BUYLE et Th. METZGER; *D.A.O.R.*, 2017, liv. 122, p. 86; *J.T.*, 2017, liv. 6686, p. 298, note L. FRANKIGNOUL; *J.L.M.B.*, 2017, liv. 31, p. 1456, note C. DELFORGE; *N.J.W.*, 2017, liv. 370, p. 742, note D.J. DE TROIJ; *R.D.C.*, 2017, liv. 8, p. 886, note M.-D. WEINBERGER; *T.B.O.*, 2017, liv. 5-6, p. 484; *T. Not.*, 2017, liv. 7-8, p. 645.

<sup>49</sup>. Voy., égal. en ce sens, Comm. Bruxelles, 18 décembre 2007, *R.G.D.C.*, 2010, p. 93, jugement confirmé en appel par Bruxelles, 2 mars 2012, *Dr. banc. fin.*, 2014/I-II, p. 47 (le pourvoi dirigé contre cet arrêt a été rejeté par Cass., 24 juin 2013, *Dr. banc. fin.*, 2014/I-II, p. 46, note M.-D. WEINBERGER); Comm. Verviers, 4 janvier 2016, *R.D.C.*, 2017, liv. 10, p. 1107, note A.-P. ANDRÉ-DUMONT; Comm. Liège (div. Liège), 20 janvier 2016, *J.L.M.B.*, 2016, liv. 11, p. 508; Bruxelles, 13 mars 2018, publié dans ce numéro, p. 263; voy. aussi Bruxelles, 13 mai 2016, *D.A.O.R.*, 2016, liv. 119, p. 37, note D. PHILIPPE; *J.L.M.B.*, 2017, liv. 31, p. 1463, note C. DELFORGE, qui opère le détour par l'abus de droit.

<sup>50</sup>. Voy. Cass., 14 mars 2019, *J.L.M.B.*, 2019/18, p. 826.

<sup>51</sup>. L. FRANKIGNOUL, « Indemnité et remboursement anticipé d'un prêt à intérêt. La Cour de cassation confirme l'application de l'article 1907bis du Code civil », *J.T.*, 2017, liv. 6686, p. 294; 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*, Ed. du Jeune Barreau de Bruxelles, 1997, p. 146, note 37.

remboursement anticipé<sup>52</sup>. Ainsi en a aussi jugé la cour d'appel de Liège<sup>53</sup>.

Le tribunal de commerce de Verviers a, en revanche, ordonné à un prêteur de recevoir le remboursement anticipé sollicité avec une indemnité de remploi limitée à 6 mois alors qu'un tel remboursement était, semble-t-il, exclu par le contrat<sup>54</sup>. Une telle jurisprudence demeure, à notre connaissance, isolée.

**14. Renonciation découlant du paiement.** Dans l'affaire soumise à la cour d'appel de Gand<sup>55</sup>, la banque invoquait la renonciation. L'entreprise créditée a payé sans réserve l'indemnité de remploi exigée de sorte qu'un tel paiement doit, selon la banque, s'analyser en une renonciation à la protection de l'article 1907bis.

Se plaçant sur le terrain de l'élément intentionnel, à savoir l'intention de renoncer à la protection de l'article 1907bis, la cour d'appel de Gand a jugé qu'une telle intention ne peut pas être déduite du seul fait qu'après avoir protesté par écrit, l'emprunteur a finalement payé en vue d'obtenir la mainlevée des inscriptions hypothécaires.

On aurait par ailleurs pu se demander si une renonciation, même consciente, à la protection de l'article 1907bis, peut avoir lieu au moment du remboursement anticipé, alors que l'emprunteur émet pareille renonciation sous la pression en vue d'obtenir amiablement la mainlevée des garanties hypothécaires.

**15. A défaut d'application de l'article 1907bis, le droit commun des obligations.** Dans l'affaire soumise à la cour d'appel de Bruxelles<sup>56</sup>, le contrat renfermait une clause interdisant le remboursement anticipé. La banque avait accepté *ex post* le remboursement anticipé à la condition que soit payée l'importante indemnité de *funding loss*, indemnité qui fut payée sous toutes réserves par l'entreprise créditée.

Après avoir écarté – à tort selon nous – l'article 1907bis, la cour d'appel de Bruxelles décide – à juste titre – que, dès lors que le contrat interdisait le remboursement anticipé, l'entreprise créditée ne bénéficiait pas d'une faculté de remboursement anticipé si bien que l'indemnité de remploi finalement payée n'assortissait pas une telle faculté. Le paiement de l'indemnité avait eu lieu à la faveur d'une négociation *ex post* et non en application d'une clause de remboursement

anticipé ou d'une clause pénale. Le pouvoir de réduction que le juge tient de l'article 1231, § 1<sup>er</sup>, en matière de clauses pénales n'a donc, en l'occurrence, pas lieu de s'appliquer, même par extension<sup>57</sup>.

S'applique en conséquence le principe de la convention-loi. Demeurent cependant les moyens déduits de l'abus de droit et de la lésion qualifiée. On songe à l'entrepreneur qui, après quelques années, a un besoin urgent d'un complément de crédit. Si sa banque lui refuse ce supplément de crédit, force est pour lui de s'adresser à la concurrence. Toutefois, en raison des pratiques de fidélisation découlant du recours à l'hypothèque pour toutes créances et au mandat d'hypothèque, si une autre banque accepte de soutenir l'entrepreneur, celui-ci sera bien obligé de prendre tous ses crédits auprès de la nouvelle banque et partant d'opérer le remboursement anticipé. Il ne saurait être admis que la banque initiale profite du remboursement anticipé découlant tout à la fois de son refus d'allouer le complément de crédit et de sa propre politique en matière de sûretés pour obtenir une indemnité de remploi exorbitante.

Est toutefois controversée la question si les indemnités réclamées au titre du *funding loss* présentent ou non un caractère déséquilibré. Les banques entendent, ce qui est légitime, obtenir une indemnisation pour la perte d'intérêts qu'engendre le remboursement anticipé dans leur chef. La discussion concerne la façon de calculer ce préjudice.

Les banques fixent forfaitairement la perte d'intérêts à la différence entre, d'une part, les intérêts qu'elles auraient perçus jusqu'au terme du crédit (ou la période fixée pour la révision du taux) et, d'autre part, les intérêts qu'elles peuvent obtenir en remplaçant les montants perçus anticipativement sur le *marché interbancaire*<sup>58</sup>.

Dans l'arrêt annoté, la cour d'appel de Bruxelles a jugé que les paramètres de calculs étaient objectifs et tendaient effectivement à l'indemnisation de la perte de revenus. Dans un précédent arrêt plus longuement motivé, elle a de même jugé qu'il s'agit de « pratique bancaire usuelle » parfaitement licite; peu importe, avait-elle décidé, que le montant de ladite indemnité majeure de 30% le solde restant dû en capital<sup>59</sup>.

On peut toutefois s'interroger sur le bien-fondé d'une telle évaluation forfaitaire. Comme l'écrit L. FRANKIGNOUL: « Il est (...) possible que la banque soit en mesure, au moment du

<sup>52</sup> Comm. Bruxelles (nl.), 10 décembre 2015, *R.D.C.*, 2017, liv. 10, p. 1093.

<sup>53</sup> Liège, 16 mars 2017, *D.A.O.R.*, 2017, liv. 122, p. 87; *N.J.W.*, 2017, liv. 370, p. 753; *J.L.M.B.*, 2017, liv. 31, p. 1478, note C. DELFORGE; *R.D.C.*, 2017, liv. 8, p. 890.

<sup>54</sup> Comm. Verviers, 4 janvier 2016, *R.D.C.*, 2017, liv. 10, p. 1107, note A.-P. ANDRÉ-DUMONT.

<sup>55</sup> Gand, 17 janvier 2017, publié dans ce numéro, p. 259.

<sup>56</sup> Bruxelles, 13 mars 2018, publié dans ce numéro, p. 263.

<sup>57</sup> Voy., dans le même sens, Comm. Bruxelles (nl.), 10 décembre 2015, *R.D.C.*, 2017, liv. 10, p. 1093; Comm. Gand, 8 novembre 2016, *D.A.O.R.*, 2017 (sommaire), liv. 121, p. 138; s'agissant d'une clause autorisant *ex ante* le remboursement anticipé moyennant le paiement du *funding loss*, voy. Bruxelles, 9 mai 2016, *R.D.C.*, 2017, liv. 10, p. 1096, note A.-P. ANDRÉ-DUMONT, qui dénie l'application par analogie de l'art. 1231, § 1<sup>er</sup>.

<sup>58</sup> Cf. not. J. VANDENBROUCKE et G. LAGUESSE, « Funding loss: à la recherche de la logique perdue », in *Actualités en droit commercial et bancaire. Liber amicorum M. Delierneux*, Larcier, 2017, spéc. pp. 705-710 et réf. cit.

<sup>59</sup> Bruxelles, 9 mai 2016, *R.D.C.*, 2017, liv. 10, p. 1096, note A.-P. ANDRÉ-DUMONT.

remboursement anticipé, de replacer les fonds ailleurs que sur le marché interbancaire pour en obtenir un meilleur rendement (et dans la négative, il convient de distinguer la période durant laquelle les fonds peuvent être placés à court terme de la période durant laquelle ces fonds pourront être

remployés à meilleur rendement). « L'auteur relève au demeurant: « Le volume des prêts dont un remboursement anticipé est attendu sur une base statistique peut (...) permettre à la banque de rembourser, sans encourir de pertes importantes, un endettement à court terme. »<sup>60</sup>.

---

<sup>60</sup>. L. FRANKIGNOUL, *o.c.*, *J.T.*, 2017, liv. 6686, p. 294, note 36; l'auteur cite M.-D. WEINBERGER, *o.c.*, p. 9, n° 19; Y. BOUDGHENE et E. DEKEULENEER, *Pratiques et techniques bancaires*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 201.