**Flash : L’arrêt de la Cour de cassation du 24 novembre 2016 en matière de *funding loss***

**Par Cécile DELFORGE, assistante à l’Université de Liège et avocate au barreau de Liège, sous la direction de Christine BIQUET-MATHIEU, Professeur ordinaire à l’Université de Liège**

***1. L’article 1907bis.*** On assiste, depuis plusieurs années, à une multiplication des litiges opposant les entreprises aux organismes de crédit au sujet de l’indemnité de remploi – rebaptisée *funding loss* – exigée par les prêteurs en cas de remboursement anticipé d’un crédit d’investissement. L’indemnité dite de *funding loss* vise à compenser le préjudice subi par le prêteur lorsque les fonds prêtés sont remboursés avant terme. Elle est destinée à indemniser le préjudice résultant de « la différence entre les intérêts qui auraient été perçus si le crédit avait suivi son cours normal et ceux qui pourront être perçus en replaçant le capital remboursé aux conditions du marché »[[1]](#footnote-1). Ce contentieux est exacerbé en raison de la baisse des taux d’intérêt. Il concerne les crédits non régis par la loi du 21 décembre 2013 relative au financement des petites et moyennes entreprises. Au centre de ceux-ci, se trouve la question de l’application du plafond de l’article 1907*bis* du Code civil.

 L’article 1907*bis* du Code civil, inséré consécutivement à la crise des années trente dans le chapitre intitulé « Du prêt à intérêt », dispose :

« 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 remploi d’un montant supérieur à six mois d’intérêts calculés sur la somme remboursée au taux fixé par la convention ».

Cette disposition a fait couler beaucoup d’encre et est au cœur de deux controverses dont l’une a donné lieu à l’arrêt de la Cour de cassation du 24 novembre 2016. Par cet arrêt, la Cour de cassation s’est prononcée sur les types d’indemnités visés par cette disposition. Elle n’a, en revanche, pas tranché la question des critères de qualification du prêt à intérêt.

***2. L’application de l’article 1907bis aux prêts à intérêt et non aux autres crédits.*** Il ne fait pas de doute que l’article 1907*bis* ne trouve à s’appliquer qu’aux contrats de prêts à intérêt[[2]](#footnote-2), à l’exclusion des autres types de crédit qui ne peuvent être assimilés à des prêts à intérêt. On sait à cet égard que le fait pour les parties de qualifier un prêt d’ouverture de crédit est en principe sans incidence sur l’application éventuelle de l’article 1907*bis*. La qualification que les parties ont donnée à la convention ne lie pas le juge qui connaîtrait d’un litige survenu par la suite. La qualification d’ouverture de crédit d’une convention qui s’avèrerait être, en réalité, un prêt à intérêt n’exclut aucunement une requalification par le juge et l’application consécutive, en cas de remboursement anticipé, de l’article 1907*bis[[3]](#footnote-3)*.

Pour certains auteurs et magistrats, la simple qualification d’ouverture de crédit exclurait en elle-même la qualification de prêt à intérêt et donc le jeu de l’article 1907*bis[[4]](#footnote-4)*. Pour d’autres, en revanche, il ne faudrait pas s’arrêter aux termes de la convention et à la qualification retenue par les parties mais rechercher, dans chaque cas d’espèce, les caractéristiques propres aux différents contrats pour ensuite les qualifier de prêt ou de crédit et déterminer leur régime juridique[[5]](#footnote-5).

***3. La position de la Cour constitutionnelle.*** C’est dans ce contexte que la Cour constitutionnelle a rendu son arrêt du 7 août 2013. Elle a jugé que l’article 1907*bis*, interprété comme ne s’appliquant pas aux ouvertures de crédit non réutilisables, ne viole pas les principes d’égalité et de non-discrimination visés aux articles 10 et 11 de la Constitution[[6]](#footnote-6). Toutefois, dans ce même arrêt, la Cour constitutionnelle a admis la conformité auxdits principes d’« une extension de *lege ferenda* de l’article 1907*bis* aux contrats d’ouverture de crédit »[[7]](#footnote-7). Elle n’a condamné aucune interprétation ni option législative au regard de la Constitution, s’agissant notamment de la question si la qualification d’ouverture de crédit est réellement exclusive de celle de prêt à intérêt. La controverse demeure et il appartient en définitive à la Cour de cassation de se prononcer sur le ou les critères permettant de distinguer la figure contractuelle du prêt à intérêt de celle des autres types de crédit, ce qu’elle n’a, à notre connaissance, pas encore fait.

Doctrine et jurisprudence ont, pour leur part, tenté de proposer de tels critères sans qu’une unanimité puisse se dégager. Parmi les critères généralement avancés, celui de la liberté de prélèvement pourrait faire l’objet d’un certain consensus. Selon ce critère, on différencierait l’ouverture de crédit du prêt en ce que, dans une ouverture de crédit, « le crédité se voit octroyer une mise à disposition de fonds qu’il peut utiliser au moment et dans la mesure où il le juge nécessaire, voire ne pas utiliser du tout, alors que dans le [prêt], le crédité ne dispose d’aucune latitude quant au prélèvement des fonds »[[8]](#footnote-8).

***4*. *Absence de droit légal au remboursement anticipé.*** Une fois réglée la question de la qualification ou de la requalification du contrat en prêt à intérêt, se pose encore la question de la possibilité, pour l’emprunteur, d’effectuer un remboursement anticipé du montant prêté. Aucune disposition légale ne fonde, en droit commun[[9]](#footnote-9), un droit général de l’emprunteur de rembourser anticipativement les fonds mis à sa disposition. Un droit au remboursement anticipé pourrait, certes, découler de l’article 1187 du Code civil, lequel dispose que : « Le terme est toujours stipulé en faveur du débiteur, à moins qu’il ne résulte de la stipulation, ou des circonstances, qu’il a aussi été convenu en faveur du créancier ». Toutefois, à n’en pas douter, rares seront les cas dans lesquels il ne découlera pas soit du contrat soit des circonstances que le terme est également convenu au profit du prêteur qui, en allouant les fonds, effectue indéniablement un placement à plus ou moins long terme[[10]](#footnote-10). Dès lors, de deux choses l’une. Soit la faculté de remboursement anticipé est prévue initialement par les parties et le prêteur est tenu d’accepter le remboursement anticipé. Soit elle ne l’est pas et le prêteur est fondé à refuser – sous réserve toutefois d’un abus de droit - le remboursement anticipé souhaité par l’emprunteur ou à l’accepter, ce qui constitue alors une renonciation *a posteriori* à son droit de refuser ledit remboursement.

***5. Types de remboursements anticipés visés par l’article 1907bis*.** Dans ces différents cas de figure, se pose la question si la limitation prévue par l’article 1907*bis* du Code civil est applicable à toutes les hypothèses de remboursement anticipé. Il ne fait pas de doute que cette disposition s’applique en cas de remboursement anticipé du prêt à intérêt lorsque le contrat prévoit, *ex ante*, la faculté, pour l’emprunteur, d’opérer ce remboursement avant terme. Dans les autres cas, la question est controversée. Ainsi, lorsque la convention n’autorise pas le remboursement anticipé, il arrive que l’emprunteur sollicite de pouvoir rembourser les fonds avant terme et que le prêteur accède à cette demande moyennant le paiement d’une indemnité de remploi. On peut alors se demander si l’article 1907*bis* s’applique à cette indemnité de remploi réclamée *ex post*.

***6. Remboursement anticipé ex post ?*** La Cour d’appel de Bruxelles fut amenée à se prononcer sur cette question. Elle a refusé, dans un arrêt du 24 avril 2015, d’appliquer l’article 1907*bis* à l’indemnité de remploi postulée par la banque en contrepartie de « la renonciation de sa part au terme convenu du contrat » dès lors qu’ « aucun remboursement total ou partiel n’était autorisé » dans le contrat de crédit[[11]](#footnote-11).

Par son arrêt du 24 novembre 2016, la Cour de cassation casse cette décision au motif que la « limitation [visée à l’article 1907*bis* du Code civil] s’applique à toute indemnité réclamée par le prêteur en cas de remboursement anticipé total ou partiel d’un prêt à intérêt ». Selon la Cour de cassation, *«*en décidant que l’indemnité réclamée ne devait pas ‘être soumise à la limitation du plafond instauré par l’article 1907*bis* du Code civil’ au motif qu’ ‘aucun remboursement total ou partiel n’était autorisé’, l’arrêt viole la disposition légale précitée ».

Selon un premier commentateur de l’arrêt, cet arrêt doit être qualifié d’ « arrêt de principe »[[12]](#footnote-12). Il consacre l’application de l’article 1907*bis* à l’indemnité de remploi réclamée *ex post* lors d’un remboursement anticipé.

L’interprétation que la Cour de cassation fait ici de l’article 1907*bis* a déjà été proposée en doctrine. Le Professeur Biquet-Mathieu la justifie tant en raison du libellé même du texte légal – et spécialement des termes généraux qu’il renferme (« réclamée », « en aucun cas ») - qu’en raison de sa *ratio legis,* à savoir la volonté du législateur de l’époque d’empêcher les indemnités de remploi prohibitives[[13]](#footnote-13). Il doit en être déduit, selon Madame Biquet-Mathieu, que « la limite établie par l’article 1907*bis* concerne, […], non seulement l’indemnité de remploi qui est stipulée de façon forfaitaire et préalable dans la convention de prêt mais aussi plus généralement toute indemnité de remploi qui est « réclamée » à l’emprunteur lors du remboursement anticipé de son prêt »[[14]](#footnote-14). Tel qu’interprété, l’article 1907*bis* doit également recevoir application dans les hypothèses où le prêteur consent au remboursement anticipé du prêt malgré l’interdiction contractuelle de ce faire[[15]](#footnote-15). La Cour d’appel de Bruxelles avait fait sienne cette lecture de l’article 1907*bis* dans deux arrêts rendus en 2012[[16]](#footnote-16).

***7. Un arrêt purement formel ?*** Pour d’autres auteurs, l’arrêt de la Cour de cassation du 24 novembre 2016, loin d’être une décision de principe serait un arrêt « purement formel, pour motivation inadéquate »[[17]](#footnote-17).

La Cour de cassation n’y sanctionnerait la Cour d’appel de Bruxelles que pour avoir fondé l’inapplication de l’article 1907*bis* sur l’interdiction contractuelle d’opérer un remboursement anticipé alors qu’elle aurait en réalité dû justifier son refus d’appliquer l’article 1907*bis* sur le fait que le crédit en cause n’était pas un prêt à intérêt et n’entrait donc pas dans le champ d’application de l’article 1907*bis*[[18]](#footnote-18). Ils écrivent : « La Cour de ​cassation re​proche à la Cour d’ap​pel d’avoir écarté l’ar​ticle 1907​*bis* sur le fon​de​ment de l’inter​dic​tion contractuelle du remboursement anticipé du crédit d’investissement. Or, la Cour d’appel aurait dû rejeter l’article 1907*bis* sur la base de la nature du crédit d’investissement, qui est hors champ d’application de cet article ne visant que les prêts à intérêt »[[19]](#footnote-19).

Rien toutefois dans le texte de l’arrêt ne permet de qualifier celui-ci de « purement formel ». L’attendu de principe est clair : la limitation visée à l’article 1907*bis* « s’applique à toute indemnité réclamée par le prêteur en cas de remboursement total ou partiel d’un prêt à intérêt ».

Toujours selon ces auteurs, l’arrêt du 24 novembre 2016 serait sans incidence sur les règles admises en la matière pour les contrats de prêt et de crédit[[20]](#footnote-20). Ils estiment que l’on ne peut déduire de l’arrêt de la Cour de cassation que l’article 1907*bis* - et le plafond de six mois d’intérêts qu’il prévoit pour l’indemnité de remploi - s’applique à tous les contrats de crédit ni que l’article 1907*bis* ferait obstacle à l’interdiction contractuelle de remboursement anticipé[[21]](#footnote-21). Nous les rejoignons à cet égard[[22]](#footnote-22). La Cour de cassation ne se prononce, en effet, ni sur l’application de l’article 1907bis aux autres crédits que le prêt, ni sur la clause interdisant le remboursement anticipé.

***8. Remboursement anticipé à la suite de la déchéance du terme.*** L’interprétation de l’article 1907*bis* consacrée par la Cour de cassation pourrait-elle, également, par identité de motifs, être retenue en cas de déchéance du terme consécutive, notamment, à la défaillance de l’emprunteur ? C’est ce que certains soutiennent, toujours en s’appuyant sur la *ratio* *legis* de l’article 1907*bis* et son contexte historique[[23]](#footnote-23). Toutefois, en admettant que la limitation de l’indemnité de remploi à six mois d’intérêts doive aussi jouer dans ce cas de figure, il nous paraît que le prêteur doit alors être autorisé à réclamer à l’emprunteur défaillant le montant du dommage généré par la défaillance qui n’est pas indemnisé par l’indemnité de remploi, tels que les frais inhérents à la gestion contentieuse du prêt[[24]](#footnote-24). L’unique préjudice plafonné par l’article 1907*bis* est en effet, pour le prêteur, la perte du placement que constitue le prêt consenti. Le dommage que représente, par exemple, le recouvrement extra-judiciaire de la créance[[25]](#footnote-25), n’est pas visé par cette disposition. En cela, il est parfaitement envisageable que le prêteur soit fondé à réclamer à l’emprunteur défaillant, en sus des six mois d’intérêts maximum, les montants prévus par la clause pénale visant le préjudice afférent au recouvrement extra-judiciaire de la créance.

***9. Perspectives*.** Ensuite du prononcé de l’arrêt du 24 novembre 2016, il doit être considéré que la limitation prévue à l’article 1907*bis* du Code civil s’applique, sans distinction, semble-t-il, à l’indemnité de remploi « réclamée par le prêteur en cas de remboursement anticipé total ou partiel d’un prêt à intérêt*»*.

Toute difficulté n’est cependant pas écartée.

Nous l’avons souligné, l’article 1907*bis* ne concerne que les prêts à intérêt et non les ouvertures de crédit qui ne peuvent être qualifiés tels. Tant que les critères permettant de distinguer le prêt des autres crédits ne sont pas arrêtés de manière définitive, les litiges ayant trait à la qualification des conventions demeureront.

S’agissant même de contrats de prêts à intérêt conclus comme tels ou d’ouverture de crédit requalifiées en prêts à intérêt auxquels s’applique l’article 1907*bis*, le prêteur ne peut être contraint d’accepter le remboursement anticipé si ce remboursement anticipé n’est pas contractuellement prévu. Nous l’avons dit, le droit légal au remboursement anticipé n’existe pas en tant que tel en droit commun. Il est donc fort probable que le nombre de refus opposés par les organismes de crédit aux demandes de remboursement anticipés se multiplient. Ces refus devront, bien entendu, ne pas être constitutifs d’abus de droit. Nous pensons cependant qu’en l’espèce, l’abus de droit devra être apprécié de manière stricte. Le simple refus du banquier de recevoir anticipativement le remboursement des fonds prêtés ne peut, en soi, être constitutif d’abus de droit[[26]](#footnote-26). L’abus de droit ne peut consister dans le simple fait d’exercer son droit[[27]](#footnote-27). Or, il n’est pas contestable que le remboursement avant terme des sommes empruntées cause un préjudice au prêteur.

Notons encore que l’intérêt de la question s’amenuisera au fil des ans dès lors que des législations spéciales encadrent l’indemnité de remploi tant en ce qui concerne les crédits contractés par des particuliers que les crédits aux petites et moyennes entreprises inférieurs à un million d’euros[[28]](#footnote-28). Les prêts relevant du seul droit commun seront en conséquence de moins en moins nombreux en pratique.

1. M.-D. WEINEBERGER et E. CAPITEYN, « Le sort du crédit et le transfert de l’hypothèque », *Revue pratique de l’immobilier*, 2016/1, p. 284, n° 14. [↑](#footnote-ref-1)
2. *Ibidem*. [↑](#footnote-ref-2)
3. Sur la question de la qualification du contrat, voy., notamment C. ALTER et L. VAN MUYLEM, « Article 1907*bis* du Code civil et (re)qualification de l’ouverture de crédit », *R.D.C*., 2015/2, p. 193 ; 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, pp. 69-90. [↑](#footnote-ref-3)
4. Voy., notamment, Bruxelles, 27 septembre 2012, *FF-Dr. banc. fin*., 2014/I-II, p. 53 (spécialement p. 56), note M.-D. WEINEBERGER ; Bruxelles, 8 février 2013, *D.A.O.R*., 2013, p. 308. [↑](#footnote-ref-4)
5. D. BLOMMAERT et C. ALTER, « Le droit du crédit – La loi du 21 décembre 2013 sur le financement des PME », *in Les petites et moyennes entreprises dans le droit des affaires*, Bruylant, 2016, p.71, n° 37. [↑](#footnote-ref-5)
6. C. Const., 7 août 2013, n° 119/2013, *J.T*., 2013, p. 717, note J. CATTARUZZA. [↑](#footnote-ref-6)
7. C. BIQUET-MATHIEU et F. RENSON, « Clauses abusives et pratiques réglementées », *in Crédit aux consommateurs et aux PME*, CUP, vol. 170, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 314, n° 80. [↑](#footnote-ref-7)
8. D. BLOMMAERT et C. ALTER, *op.cit*., *in Les petites et moyennes entreprises dans le droit des affaires*, Bruylant, 2016, p. 72, n° 38 et références citées. [↑](#footnote-ref-8)
9. Nous n’abordons pas ici les régimes spécifiques prévus par la loi du 21 décembre 2013 relative au financement des petites et moyennes entreprises ni les législations consuméristes relatives au crédit hypothécaire et au crédit à la consommation insérées dans le Livre VII du Code de droit économique [↑](#footnote-ref-9)
10. Voy., en ce sens, Ch. BIQUET-MATHIEU, « Crédit hypothécaire et crédit d’investissement – Indemnités, frais et pénalités », *in Le crédit hypothécaire – Actualités et réponses pour la pratique*, Liège, Anthémis, 2015, p.141, n° 54. [↑](#footnote-ref-10)
11. Bruxelles, 9e chambre B, 24 avril 2015, *DAOR*, 2016/4, n° 120, p. 83. [↑](#footnote-ref-11)
12. L. FRANKIGNOUL, « La limite de l’article 1907*bis* s’applique à toute indemnité réclamée en cas de remboursement anticipé d’un prêt à intérêt », *J.T*., 2017, à paraître. [↑](#footnote-ref-12)
13. Ch. BIQUET-MATHIEU, *Le sort des intérêts dans le droit du crédit ; Actualité ou désuétude du Code civil*, liège, Ed. Collection scientifique de la Faculté de Droit de Liège, 1998, pp. 618-619, n° 342. [↑](#footnote-ref-13)
14. *Ibidem*. [↑](#footnote-ref-14)
15. Ch. BIQUET-MATHIEU, op. cit., *in Le crédit hypothécaire – Actualités et réponses pour la pratique*, Anthémis, 2015, p. 154, n° 73. [↑](#footnote-ref-15)
16. Bruxelles, 2 mars 2012, *For. Fin. – Dr. Banc. fin.,* 2014/I-II, p. 47 et Bruxelles, 27 septembre 2012, *For. Fin. – Dr. Banc. fin.*, 2014/I-II, p. 53. [↑](#footnote-ref-16)
17. J.-P. BUYLE et L. CLOQUET, « Funding loss : la limitation à 6 mois d’intérêts ne concerne pas tous les contrats de crédit », *L’Echo*, 26 janvier 2017, http://www.lecho.be/agora/analyse/Funding-loss-la-limitation-a-6-mois-d-interets-ne-concerne-pas-tous-les-contrats-de-credit/9854921?ckc=1&ts=1488549368. [↑](#footnote-ref-17)
18. *Ibidem.* [↑](#footnote-ref-18)
19. *Ibidem.* [↑](#footnote-ref-19)
20. *Ibidem.* [↑](#footnote-ref-20)
21. *Ibidem.* [↑](#footnote-ref-21)
22. En ce sens, voy. L. FRANKIGNOUL, *op. cit*., *J.T*., 2017, à paraître : « L’article 1907bis limite en effet impérativement l’indemnité due en cas de remboursement anticipé mais ne confère pas pour autant expressément à l’emprunteur le droit impératif de rembourser anticipativement les fonds ». [↑](#footnote-ref-22)
23. Ch. BIQUET-MATHIEU, *op cit*., *in Le crédit hypothécaire – Actualités et réponses pour la pratique*, Anthémis, 2015, p. 154, n° 73. [↑](#footnote-ref-23)
24. En ce sens, voy. L. FRANKIGNOUL, *op. cit*., *J.T*., 2017, à paraître. [↑](#footnote-ref-24)
25. En ce qui concerne le recouvrement judiciaire de la créance, rappelons que son coût est couvert par les dépens et l’indemnité de procédure visés aux articles 1017 et suivants du Code judiciaire. [↑](#footnote-ref-25)
26. Ch. BIQUET-MATHIEU, *op. cit*., *in Le crédit hypothécaire – Actualités et réponses pour la pratique*, Liège, Anthémis, 2015, pp. 141-142, n°s 54 et 55. [↑](#footnote-ref-26)
27. Pour une illustration d’une décision rejetant l’abus de droit, voy., Cass., 9 février 2016, *ICIP*, 2016, liv. 2, p. 363, note V. CASSIERS, *J.L.M.B*., 2016, liv. 28, p. 1303. [↑](#footnote-ref-27)
28. Voy. D. BLOMMAERT et C. ALTER, *op. cit*., *in Les petites et moyennes entreprises dans le droit des affaires*, Bruylant, 2016, p. 76, n° 40 : « si le crédit dépasse un million d’euros, l’indemnité de remploi doit être établie conventionnellement entre le prêteur et l’entreprise » alors que « pour les crédits ne dépassant pas un million d’euros, l’indemnité de remploi pouvant être réclamée par le prêteur ne peut excéder six mois d’intérêts, calculés sur la somme remboursée anticipativement et aux taux fixé dans le contrat ». L’indemnité de remploi devant être conventionnellement arrêtée entre les parties dans les crédits dont le montant est supérieur à un million d’euros doit toutefois être conforme aux règles prévues dans le Code de conduite. Soulignons que cette limite d’un million d’euros fait l’objet de controverses et de critiques. [↑](#footnote-ref-28)