

Qualification d'un contrat de crédit

Note : L. Frankignoul

2020/7 Hof van Cassatie 18 juni 2020

Zet.: MM. E. Dirix (voorz. en rapp.), G. Jocqué, B. Wylleman, K. Moens et S. Mosselman.
OM: Mme E. Herregodts.
Pl.: M^{es}M. Lebbe et J. Verbist.

Geldlening – Zakelijke overeenkomst – Kredietopening – Consensuele en wederkerige overeenkomst – Vrijheid van opnemings – De kwalificatie van kredietopening sluit die van lening uit

Een geldlening is een overeenkomst waarbij de uitlener aan de lener een bepaald geldbedrag ter beschikking stelt onder de verplichting dat bedrag terug te geven, vermeerderd met interest indien die is bedongen. Een geldlening is een zakelijke overeenkomst die ontstaat door de afgifte van het geldbedrag.

Een kredietopening is een consensuele en wederkerige overeenkomst waarbij de kredietgever aan de kredietnemer tijdelijk en tot beloop van een bepaald bedrag hetzij geld, hetzij kredietwaardigheid ter beschikking stelt. De kredietnemer kan van het krediet gebruik maken door een of meerdere geldopnemingen. De kredietnemer is niet verplicht om van het krediet gebruik te maken.

Een geldopneming krachtens een kredietopening doet geen geldlening ontstaan in de zin van de artikelen 1892 en 1905 BW, waarop artikel 1907bis BW van toepassing is.

Prêt d'argent – Contrat réel – Ouverture de crédit – Contrat consensuel et synallagmatique – Liberté de prélèvement – La qualification d'ouverture de crédit exclut celle de prêt

Le prêt d'argent est un contrat par lequel le prêteur met un montant déterminé à la disposition de l'emprunteur, à la charge pour celui-ci de restituer ce montant prêté, majoré d'un intérêt si cela a été convenu. Le prêt d'argent est un contrat réel qui se forme par la remise matérielle des fonds.

L'ouverture de crédit est un contrat consensuel et synallagmatique par lequel le donneur de crédit met à la disposition du crédité, temporairement et jusqu'à concurrence d'un montant déterminé, de l'argent ou son crédit personnel. Le crédité peut faire usage du crédit par un ou plusieurs prélèvements. Le crédité n'est pas obligé d'utiliser le crédit.

Un prélèvement d'argent en vertu d'une ouverture de crédit ne fait pas naître un prêt d'argent au sens des articles 1892 et 1905 du Code civil, auquel l'article 1907bis s'applique.

N° C.19.0140.N

I. Rechtspleging voor het Hof

Het cassatieberoep is gericht tegen het arrest van het hof van beroep te Gent van 14 januari 2019.

(...)

III. Beslissing van het Hof

Beoordeling:

1. Een geldlening is een overeenkomst waarbij de uitlener aan de lener een bepaald geldbedrag ter beschikking stelt onder de verplichting dit bedrag terug te geven, vermeerderd met interest indien die is bedongen. Het is een zakelijke overeenkomst die ontstaat door de afgifte van het geldbedrag.
2. Krachtens artikel 1905 Burgerlijk Wetboek is het geoorloofd interest te bedingen voor eenvoudige leningen, hetzij van waren of andere roerende zaken.
3. Krachtens artikel 1907bis Burgerlijk Wetboek kan bij gehele of gedeeltelijke terugbetaling van een lening op interest in geen geval van de schuldenaar, buiten het terugbetaalde kapitaal en de vervallen interest, een vergoeding voor wederbelegging worden gevorderd, groter dan zes maanden interest, berekend over de terugbetaalde som en naar de in de overeenkomst bepaalde rentevoet.
4. Een kredietopening is een consensuele en wederkerige overeenkomst waarbij de kredietgever aan de kredietnemer tijdelijk en tot beloop van een bepaald bedrag hetzij geld, hetzij kredietwaardigheid ter beschikking stelt. De kredietnemer kan van het krediet gebruik maken door een of meerdere geldopnemingen. De kredietnemer is niet verplicht om van het krediet gebruik te maken.
5. Een geldopneming krachtens een kredietopening doet geen geldlening ontstaan in de zin van de artikelen 1892 en 1905 Burgerlijk Wetboek, waarop artikel 1907bis Burgerlijk Wetboek van toepassing is.

Het middel dat van een tegenovergestelde rechtsopvatting uitgaat, faalt naar recht.

Dictum

(...)

Verwerpt het cassatieberoep.

Zet.: MM. E. Dirix, B. Wylleman, K. Moens.
OM: M H. Vanderlinden
Pl.: M^{es}M. van Eeckhoutte et J. Verbist.

Lening op interest – Artikel 1907bis BW – Bevoegdheden van de rechter – Reikwijdte

Artikel 1907bis BW is een bepaling van dwingend recht. De beperking van dat artikel geldt voor elke vergoeding die wordt gevorderd door de geldschietster in geval van vervroegde gehele of gedeeltelijke terugbetaling van een lening op interest.

De rechter moet in het licht van de feiten die door de partijen in het bijzonder worden aangevoerd tot staving van hun eisen, de gepaste contractuele kwalificatie zoeken om het geschil te beslechten overeenkomstig de toepasselijke rechtsregels. Hij heeft de plicht ambtshalve de rechtsmiddelen op te werpen waarvan de toepassing geboden is door de feiten die in het bijzonder worden aangevoerd.

De rechter heeft daarentegen niet de plicht om ambtshalve de wetsbepalingen te onderzoeken die worden bevolen door feiten die louter door de partijen worden vermeld zonder dat ze door hen als argument worden aangevoerd. Dat geldt ook wanneer de niet door de partijen aangevoerde rechtsgronden steunen op wetsbepalingen van dwingend recht of van openbare orde.

Bijgevolg heeft de rechter enkel de plicht om artikel 1907bis BW ambtshalve te onderzoeken indien de partijen in het bijzonder elementen hebben aangevoerd die het mogelijk maken de kwalificatie van lening in aanmerking te nemen.

Prêt à intérêts – Article 1907bis du Code civil – Office du juge – Portée

L'article 1907bis du Code civil est une disposition impérative dont la limitation s'applique à toute indemnité réclamée par le prêteur en cas de remboursement anticipé, total ou partiel, d'un prêt à intérêts.

Au regard des faits spécialement invoqués par les parties à l'appui de leurs prétentions, le juge a l'obligation de rechercher la qualification contractuelle appropriée afin de trancher le litige conformément aux règles juridiques applicables. Cette obligation lui impose de soulever d'office les moyens dont le relevé s'impose inmanquablement à lui au vu des faits spécialement invoqués.

Le juge n'a en revanche pas l'obligation de soulever d'office les dispositions légales commandées par des faits qui ont été simplement allégués par les parties, sans que celles-ci n'en aient tiré d'argument. Et ce même si les moyens de droit qui n'ont pas été invoqués par les parties s'appuient sur des dispositions légales impératives ou d'ordre public.

Dès lors, le juge n'est tenu de soulever d'office l'article 1907bis du Code civil que si les parties ont spécialement invoqué des éléments qui permettent de retenir la qualification de prêt.

N° C.18.055.N

I. Rechtspleging voor het Hof

Het cassatieberoep is gericht tegen het arrest van het hof van beroep te Brussel van 11 juni 2018.

(...)

III. Beslissing van het Hof

Beoordeling:

1. Krachtens artikel 1907bis Burgerlijk Wetboek kan, bij gehele of gedeeltelijke terugbetaling van een lening op interest, in geen geval van de schuldenaar, buiten het terugbetaalde kapitaal en de vervallen interest, een vergoeding voor wederbelegging worden gevorderd, groter dan zes maanden interest, berekend over de terugbetaalde som en naar de in de overeenkomst bepaalde rentevoet.

Artikel 1907bis Burgerlijk Wetboek is een bepaling van dwingend recht.

De beperking van artikel 1907bis Burgerlijk Wetboek geldt enkel voor leningsovereenkomsten en geldt niet voor kredietovereenkomsten. Zij geldt voor elke vergoeding die wordt gevorderd door de geldschietster in geval van vervroegde gehele of gedeeltelijke terugbetaling van een lening op interest.

2. De rechter is gehouden het geschil te beslechten overeenkomstig de daarop toepasselijke rechtsregels. Hij moet de juridische aard van de door de partijen aangevoerde feiten en handelingen onderzoeken, en mag, ongeacht de juridische omschrijving die de partijen daaraan hebben gegeven, de door hen aangevoerde redenen ambtshalve aanvullen op voorwaarde dat hij geen betwisting opwerpt waarvan de partijen bij conclusie het bestaan hebben uitgesloten, dat hij enkel steunt op elementen die hem regelmatig zijn voorgelegd, dat hij het voorwerp van de vordering niet wijzigt en dat hij daarbij het recht van verdediging van de partijen niet miskent.

Hij heeft de plicht ambtshalve de rechtsmiddelen op te werpen waarvan de toepassing geboden is door de feiten die door de partijen in het bijzonder worden aangevoerd tot staving van hun eisen.

Dit houdt niet in dat de rechter gehouden is alle in het licht van de vaststaande feiten van het geschil mogelijke, doch niet-aangevoerde rechtsgronden op hun toepasselijkheid te onderzoeken, doch enkel dat hij, mits eerbiediging van het recht van verdediging, de toepasselijkheid dient te onderzoeken van de niet-aangevoerde rechtsgronden die zich door de feiten zoals zij in het bijzonder worden aangevoerd, onmiskenbaar aan hem opdringen. Dit geldt ook

wanneer de niet-aangevoerde rechtsgronden steunen op wetsbepalingen van dwingend recht of van openbare orde.

3. Uit de stukken waarop het Hof vermag acht te slaan, blijkt dat de verweerster aan de eiseres drie « *investeringskredieten* » evenals een « *business line krediet* » toestond.

4. De eiseres heeft voor de appelrechter niet in het bijzonder aangevoerd dat het hier ging om overeenkomsten waarbij het geleende bedrag eenmalig aan haar werd overgedragen tegen terugbetaling, met interest, op een welbepaalde datum of welbepaalde vervaldatum.

5. Het middel dat aanvoert dat de appelrechter de plicht had om ambtshalve te onderzoeken of de kredietovereenkomsten niet in werkelijkheid leningen waren waarop artikel 1907bis Burgerlijk Wetboek van toepassing is, kan niet worden aangenomen.

Dictum

(...)

Verwerpt het cassatieberoep.

Note

Les derniers enseignements délivrés par la Cour de cassation en matière de qualification d'un contrat de crédit

Laurent Frankignoul

Avocat spécialiste en droit bancaire, droit du crédit et droit financier

Collaborateur scientifique à l'ULiège

Introduction

- *Puisque je vous dis qu'il s'agit d'un prêt. Votre indemnité de remboursement anticipé ne peut dépasser 6 mois d'intérêts.*
- *Vous n'y êtes pas du tout, il s'agit d'une ouverture de crédit. Le plafond posé par l'article 1907bis du Code civil ne s'applique pas.*

1. De cette querelle est née une jurisprudence variée relative à la qualification des contrats de crédit professionnel.¹ En dehors de certains crédits aux petites et moyennes entreprises², cet exercice de qualification s'impose en effet pour régler le sort des indemnités de remboursement anticipé. La présente contribution se propose d'aborder trois arrêts prononcés en la matière par la section néerlandophone de notre Cour de cassation les 21 octobre 2019, 27 avril 2020 et 18 juin 2020.³

1. Les définitions livrées par la Cour dans ses arrêts des 27 avril 2020 et 18 juin 2020

2. Dans ces deux arrêts, la Cour de cassation définit le contrat de prêt d'argent comme un contrat réel « *par lequel le prêteur met un montant déterminé à la disposition de l'emprunteur, à charge pour celui-ci de restituer ce montant prêté, majoré d'un intérêt si cela est convenu* »⁴ (*infra*, n° 8).

Elle définit ensuite le contrat d'ouverture de crédit comme « *un contrat consensuel et synallagmatique par lequel le donneur de crédit met à la disposition du crédit, temporairement et jusqu'à concurrence d'un montant déterminé, de l'argent ou son crédit personnel* (« *kredietwaardigheid* »). *Le crédit peut faire usage du crédit par un ou plusieurs prélèvements. Le crédit n'est pas obligé d'utiliser le crédit* ».⁵

1. Pour un examen récent de cette jurisprudence, voy. V. WASTIAU et M.-D. WEINBERGER, « Indemnités de remboursement anticipé : la jurisprudence belge s'affine sans s'unifier », *D.F.E.*, 2020/07.
 2. Loi du 21 décembre 2013 relative à diverses dispositions concernant le financement des petites et moyennes entreprises (*M.B.*, 31 décembre 2013), modifiée par la loi du 21 décembre 2017 (*M.B.*, 29 octobre 2017).
 3. Cass., 21 octobre 2019 (C.18.0555.N.), publié dans la présente revue; Cass., 27 avril 2020 (C.19.0902.N.), publié in *D.B.F.*, 2020/3, p. 178 et Cass., 18 juin 2020 (C.19.0140.N.) également publié dans la présente revue.
 4. Traduction libre.
 5. Traduction libre.

II. Le contrat d'ouverture de crédit

A. La mise à disposition d'une somme constituant un plafond à ne pas dépasser

3. Les arrêts des 27 avril 2020 et 18 juin 2020 mettent l'accent sur la différence fondamentale qui existe entre le prêt et l'ouverture de crédit : la mise à disposition d'un montant déterminé (« een bepaald geldbedrag ») pour le prêt et la mise à disposition de fonds jusqu'à concurrence d'un montant déterminé (« tot beloop van een bepaald bedrag ») pour l'ouverture de crédit. Ainsi que le formulait déjà le tribunal de commerce francophone de Bruxelles dans un jugement du 25 octobre 2018, il convient pour distinguer l'un de l'autre « *de rechercher si les parties se sont accordées sur la remise à la demanderesse, d'un montant fixe et prédéterminé dont celle-ci ferait intégralement usage ou sur la mise à disposition d'une somme, à utiliser selon des besoins et constituant, non pas le montant effectif de ses engagements mais un plafond à ne pas dépasser* ». ⁶ Amené à interpréter un contrat de crédit en vue de sa qualification en ouverture de crédit ou en prêt, la principale question à laquelle le juge doit répondre est ainsi de savoir si les parties ont eu la volonté commune de mettre une enveloppe à disposition du crédité, dans laquelle il pourra puiser ou non, en une ou plusieurs fois selon ses besoins et jusqu'à concurrence d'un montant maximum déterminé (ouverture de crédit) ou bien si leur intention était de mettre à sa disposition un montant déterminé qu'il prélèvera intégralement (prêt). Ainsi que le synthétisent V. Wastiau et M.-D. Weinberger dans le cadre d'un récent examen de jurisprudence, « *il importe de déterminer s'il ressort de la convention des parties que celles-ci ont voulu d'emblée*

que, d'une manière ou d'une autre, l'intégralité du montant prêté soit prélevée ». ⁷

B. La liberté de prélèvement des fonds mis à disposition

4. La Cour de cassation avait déjà eu l'occasion d'aborder la notion d'ouverture de crédit au détour d'un arrêt du 26 novembre 2009. ⁸ De cet arrêt, il ressortait « *que le créditeur est définitivement engagé à l'égard du crédité à libérer le crédit si celui-ci décide d'en faire usage. Le crédité en revanche est libre de décider si et quand il fera usage de la ligne de crédit qui lui est consentie. Il n'a aucune obligation de ce faire* ». ⁹ La liberté de prélever ou non le crédit, en tout ou en partie, est ainsi épinglée depuis plusieurs années par la doctrine majoritaire comme constituant une caractéristique essentielle, si pas la seule véritable caractéristique du contrat d'ouverture de crédit. ¹⁰

a. La liberté de ne pas prélever les fonds

5. Si la « *liberté de prélèvement* » caractérise l'ouverture de crédit, encore convient-il de déterminer exactement ce qu'elle recouvre. La liberté de *ne pas* prélever le crédit en constitue incontestablement une composante fondamentale. Lorsqu'elle énonce dans ses arrêts des 27 avril 2020 et 18 juin 2020 que : « *Le preneur de crédit n'est pas obligé d'utiliser le crédit* », la Cour consacre le principal critère à l'aune duquel les juridictions de fond écartent régulièrement la qualification d'ouverture de crédit. ¹¹ Il s'en déduit assez clairement qu'un contrat de crédit qui fait obligation au crédité de prélever tout ou partie du montant mis à sa disposition ne peut être qualifié d'ouverture de crédit. A notre estime, il en est de même lorsque l'obligation d'utiliser tout le crédit ressort tacitement du contrat. ¹²

6. Comm. Bruxelles (fr.) (13^e ch.), 25 octobre 2018, *J.L.M.B.*, Larcier, 2019, n° 4, p. 188. Au terme de son analyse, le tribunal relève que « *contrairement à ce qui se passe dans le cadre d'une ouverture de crédit, la volonté réelle des parties était bien de voir la totalité du capital remise à la demanderesse et d'assurer à la Banque, pour une durée déterminée, un revenu en intérêts sur l'entière de celui-ci. Au vu de ces éléments, le crédit consenti à la demanderesse doit s'analyser en un prêt à intérêts* ».
7. V. WASTIAU et M.-D. WEINBERGER, « Indemnités de remboursement anticipé : la jurisprudence belge s'affine sans s'unifier », *D.F.E.*, 2020/07, n° 21, renvoyant à Bruxelles, 13 mai 2016, *D.A.O.R.*, Wolters Kluwer, 2019, n° 3, pp. 88-89.
8. Cass., 26 novembre 2009, *Dr. banc. fin.*, 2010/2, p. 100 : l'ouverture de crédit « *confère au crédité un droit personnel de faire usage, à sa demande, de la ligne de crédit accordée par la convention de crédit* ».
9. C. BIQUET-MATHIEU, « Crédit hypothécaire et crédit d'investissement. Indemnités, frais et pénalités », in *Le crédit hypothécaire. Actualité et réponses pour la pratique*, Anthemis, 2015, p. 111.
10. Voy. not. 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 F. Glansdorff et Pierre Legros*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 85), qui énonçaient que la liberté du crédité de prélever ou non le crédit, en tout ou partie, et de choisir le moment du prélèvement constitue la seule véritable caractéristique de l'ouverture de crédit et E. CAPITEYN et M.-D. WEINBERGER (« Le sort du crédit et le transfert de l'hypothèque », *Jurim Pratique*, 2016/1, pp. 281-282), qui relevaient que « *la liberté consentie au crédité de prélever (ou non) tout ou partie du crédit est le critère qui semble réunir le plus grand consensus* ». Adde D. BLOMMAERT, *Traité pratique de droit commercial*, t. 5, vol. I, 2^e éd., 2016, p. 601 ; C. ALTER et L. VAN MUYLEN, « Article 1907bis du Code civil et (re)qualification de l'ouverture de crédit », *R.D.C.*, 2015/2, p. 195 ; C. BIQUET-MATHIEU, *Le crédit hypothécaire. Actualité et réponses pour la pratique*, Anthemis, 2015, p. 113 ; J. CATTARUZZA, *La banque dans la vie de l'entreprise*, Bruxelles, Ed. du Jeune Barreau, 2005, p. 332.
11. Voy. not. Liège, 25 octobre 2018, 2017/RG/805, *inédit* ; Liège, 16 mars 2017, *J.L.M.B.*, 2017/31, pp. 1478-1494 ; Liège, 11 janvier 2017, 2016/RG/373, *inédit* ; Bruxelles, 13 mai 2016, *D.A.O.R.*, 2016/3, n° 119, pp. 13 et s. ; Mons, 29 janvier 2018, *J.L.M.B.*, Larcier, 2019, n° 4, p. 168 et Gand 17 janvier 2017, *R.D.C.*, Larcier, 2019, p. 259.
12. En ce sens, voy. Comm. Bruxelles (fr.) (13^e ch.), 25 octobre 2018, *J.L.M.B.*, Larcier, 2019, n° 4, p. 188. Le tribunal y énonce qu'une obligation faite au crédité de prélever l'entière des montants mis à sa disposition peut « *être implicite et découler de la finalité économique de l'acte, voire de son objet, tel que celui-ci résulte de la volonté des parties* ». Adde V. WASTIAU et M.-D. WEINBERGER, « Indemnités de remboursement anticipé : la jurisprudence belge s'affine sans s'unifier », *D.F.E.*, 2020/07, n° 21 : « *Ce n'est donc pas tant l'objet spécifique et prédéterminé du crédit que sa finalité, ne pouvant se résoudre normalement que par un prélèvement intégral, qui ôte au crédité la liberté de prélever le crédit* ».

b. La liberté de prélever les fonds en plusieurs tranches

6. Il ressort également de la définition donnée par la Cour dans ses arrêts des 27 avril 2020 et 18 juin 2020 qu'il ne peut être question d'une ouverture de crédit que si la convention permet au crédité de prélever les fonds en plusieurs fois.¹³ Il s'agit de l'autre composante de la liberté de prélèvement ; celle pour le crédité de prélever les fonds librement, selon ses besoins. La Cour de cassation énonce toutefois seulement sur ce point que : « *Le preneur de crédit peut faire usage du crédit par un ou plusieurs prélèvements* », sans ajouter comme le fait la doctrine majoritaire que le crédité doit pouvoir choisir le moment et le montant de chaque prélèvement.¹⁴ La formulation retenue par la Cour invite par ailleurs à ne pas confondre le droit offert par la convention de prélever les fonds en plusieurs tranches avec l'exercice de ce droit. Pour peu que le crédité ait disposé du droit de prélever les fonds en plusieurs tranches, le fait que les fonds aient été remis en une seule fois ne s'oppose pas à la qualification d'ouverture de crédit. En revanche, la possibilité d'étaler les prélèvements ne peut être artificielle.¹⁵ Lorsque l'opération financée par le crédit implique un prélèvement intégral des fonds en une seule fois, une clause du contrat qui prévoirait la possibilité de prélever les fonds en plusieurs tranches se révélerait purement théorique. Une abondante jurisprudence se prononce en ce sens, notamment à l'égard de crédits octroyés pour payer le prix d'un immeuble au jour de la passation des actes authentiques¹⁶ et de crédits de refinancement.¹⁷

c. Le droit de prélever des fonds (par opposition aux conventions-cadres)

7. La définition de l'ouverture de crédit que l'on retrouve dans les arrêts des 27 avril 2020 et 18 juin 2020 ne vise que les contrats de crédit qui confèrent en eux-mêmes au crédité le droit de prélever des fonds jusqu'à un montant déterminé. Ne rentrent en revanche pas dans la définition qu'elle donne de l'ouverture de crédit les contrats qui – bien

que dénommés ouvertures de crédit ou lettres de crédit par la pratique bancaire ou notariale – n'emportent pas le droit de prélever des fonds (ou de faire appel au crédit personnel du donneur de crédit) dans le chef du crédité. Les conventions qui s'analysent en une simple technique de sûreté, ou plus généralement les conventions-cadres qui n'entraînent en elles-mêmes aucune mise à disposition de fonds, ne sont donc pas visées.¹⁸ Si la convention (à qualifier) ne constitue qu'un cadre contractuel qui implique encore la conclusion d'une ou plusieurs conventions d'application, cette convention-cadre ne répond pas à la définition de l'ouverture de crédit livrée par la Cour (quand bien même ce contrat-cadre fixerait-il déjà plusieurs modalités des contrats d'application en question et emporterait-il déjà un engagement quant à la conclusion de ces contrats). C'est pourquoi il convient de qualifier la convention relative au crédit faisant l'objet du remboursement anticipé, et non la convention-cadre dans laquelle elle s'inscrit.¹⁹ Chaque forme d'utilisation d'une convention-cadre doit être qualifiée, le cas échéant, en ouverture de crédit ou en prêt, pour que le régime du remboursement anticipé de l'opération de crédit (réalisée en vertu d'une convention-cadre) puisse être déterminé.²⁰

III. Le prêt d'argent et son caractère réel

8. Dans ses arrêts des 27 avril 2020 et 18 juin 2020, la Cour énonce que « *le contrat de prêt d'argent est un contrat par lequel le prêteur met un montant déterminé à disposition de l'emprunteur, à charge pour celui-ci de restituer ce montant prêté, majoré d'un intérêt si cela est convenu. C'est un contrat réel qui se forme par la remise matérielle des fonds* ». ²¹ A l'encontre de ce que la Cour de cassation française a décidé²², notre Cour de cassation a donc maintenu la solution traditionnelle selon laquelle le contrat de prêt est un contrat réel. Ainsi que la Cour le précise, c'est donc la remise matérielle des fonds mis à la disposition de l'emprunteur qui emportera la formation du contrat de prêt.

13. C. BIQUET-MATHIEU, « Deux arrêts de la Cour de cassation sur les notions de prêt et d'ouverture de crédit », *J.L.M.B.*, 2020/33, p. 1546.

14. En ce sens, voy. C. ALTER et L. VAN MUYLEN, « Article 1907bis du Code civil et (re)qualification de l'ouverture de crédit », *R.D.C.*, 2015/2, p. 195 ; D. BLOMMAERT, *Traité pratique de droit commercial*, t. 5, vol. I, 2^e éd., 2016, p. 601.

15. En ce sens, voy. égal. C. BIQUET-MATHIEU, « Deux arrêts de la Cour de cassation sur les notions de prêt et d'ouverture de crédit », *J.L.M.B.*, 2020/33, p. 1548.

16. Voy. not. Liège, 25 octobre 2018, 2017/RG/805, inédit ; Liège, 3 octobre 2018, *J.L.M.B.*, Larcier, 2019, n° 4, p. 175 ; Liège, 16 mars 2017, *J.L.M.B.*, Larcier, 2017, n° 31, p. 1478 ; Liège, 11 janvier 2017, 2016/RG/373, inédit ; Mons, 10 décembre 2018, 2017/RG/542, inédit ; Mons, 29 janvier 2018 *J.L.M.B.*, Larcier, 2019, n° 4, p. 168.

17. Voy. not. Gand, 17 janvier 2017, *R.D.C.*, Larcier, 2019, p. 259.

18. En ce sens, voy. égal. C. BIQUET-MATHIEU, « Deux arrêts de la Cour de cassation sur les notions de prêt et d'ouverture de crédit », *J.L.M.B.*, 2020/33, p. 1550.

19. V. WASTIAU et M.-D. WEINBERGER, « Indemnités de remboursement anticipé : la jurisprudence belge s'affine sans s'unifier », *D.F.E.*, 2020/07, n° 17 ; M.-D. WEINBERGER, « Funding loss ... in translation », *D.B.F.-B.F.R.*, 2014, p. 20 ; C. BIQUET-MATHIEU, « Crédit hypothécaire et crédit d'investissement. Indemnités, frais et pénalités », in *Le crédit hypothécaire. Actualité et réponses pour la pratique*, Anthemis, 2015, p. 112 ; J. CATTARUZA, « L'indemnité de remploi au cœur des débats », *J.T.*, 2013, p. 721, note 15. En ce sens, voy. Liège, 25 octobre 2018, 2017/RG/805, inédit ; Liège, 3 octobre 2018, *J.L.M.B.*, Larcier, 2019, n° 4, p. 175 ; Gand, 17 janvier 2017, *R.D.C.*, Larcier, 2019, p. 259 ; Bruxelles, 2 mars 2012, *D.B.F.-B.F.R.*, Larcier, 2014/I-II, p. 47 ; Liège, 28 janvier 2010, *R.G.D.C.*, 2010, p. 475. *Contra*, A.-P. ANDRE-DUMONT, « Ouverture de crédit et prêt : le critère de la liberté de prélèvement ou l'illusion de l'absolu », *R.D.C.*, 2017, liv. 10, p. 1112, note 88.

20. *Contra*, Anvers, 8 octobre 2020, 2019/AR/1385.

21. Traduction libre.

22. La Cour de cassation française a consacré le caractère consensuel du prêt consenti par un professionnel sur la base de l'art. 1892 C. civ. (Cass. civ. fr., 28 mars 2000, *J.C.P.*, 2000, II, 10296, p. 753).

D'aucuns regretteront sans doute que la Cour n'ait pas consacré la thèse minoritaire qu'ils défendent selon laquelle le contrat réel de prêt à intérêts est incompatible avec une remise différée des fonds.²³ A l'opposé, la Cour se limite dans ces deux arrêts à énoncer qu'eu égard au caractère réel du contrat, le prêt se forme par la remise matérielle des fonds mis à la disposition de l'emprunteur. Ainsi que l'expliquent une doctrine et une jurisprudence très largement majoritaires, un décalage entre l'échange des consentements et la remise des fonds n'a pour effet que de retarder la formation effective du contrat de prêt.^{24,25} La Cour n'écarte à cet égard pas la possibilité que la formation du contrat de prêt soit précédée d'une promesse de prêt.²⁶ La doctrine et la jurisprudence majoritaires qui s'appuient sur la figure de la promesse de prêt pour expliquer le décalage existant entre l'échange des consentements et la remise des fonds conservent ainsi leur actualité (*infra*, n° 10).

9. La définition du contrat de prêt d'argent livrée par la Cour laisse entière la controverse qui existe à l'égard des crédits qui, bien que pouvant être prélevés en plusieurs tranches, ne rentrent pas dans la définition donnée par la Cour du contrat d'ouverture de crédit. Il en est notamment ainsi de certains crédits à la construction qui impliquent un prélèvement intégral des fonds mis à la disposition du crédit. De nombreuses décisions de jurisprudence retiennent en effet la qualification de prêts à l'égard de contrats dont le montant déterminé mis à disposition du crédit a fait l'objet de plusieurs prélèvements.²⁷ Elles s'appuient, le cas échéant, sur une partie importante de la

doctrine, qui énonce en ce sens que rien n'interdit pour un contrat de prêt que la remise des fonds soit échelonnée dans le temps²⁸ (*infra*, n° 10). Ni les moyens développés dans les pourvois, ni la réponse qui leur est donnée dans les arrêts des 27 avril 2020 et 18 juin 2020 n'abordent cette question.

On relèvera, dès à présent, que l'arrêt du 21 octobre 2019 relatif à l'office du juge que nous aborderons au n° 14 de la présente contribution n'éclaire pas non plus cette problématique. Au contraire de ce que soutiennent certaines banques, le passage de cet arrêt qui invoque des « *contrats dans lesquels le montant prêté lui avait été transféré en une fois contre remboursement, avec intérêts, à une date ou à des dates d'échéance spécifiées* »²⁹ n'apparaît pas constituer une définition du contrat de prêt livrée par la Cour. Par ce passage, la Cour répond plutôt, en substance, que les juges d'appel n'avaient pas l'obligation de qualifier d'office les conventions sur la base d'éléments qui n'étaient pas *spécialement invoqués* devant eux (*infra*, n° 14).³⁰

Les arrêts des 21 octobre 2019, 27 avril 2020 et 18 juin 2020 n'éclairaient donc pas la controverse relative à la question de savoir si le montant prêté peut ou non être remis en plusieurs tranches, ni la question de savoir si le contrat se formerait dans l'affirmative à l'occasion de chaque prélèvement (il y a alors autant de contrats de prêt que de prélèvements, cette succession de contrats étant globalisés et traités ensemble de l'accord des parties) ou lors du dernier prélèvement (il n'y a alors qu'un contrat de prêt).^{31,32}

23. En ce sens, voy. A.-P. ANDRE-DUMONT, « Ouverture de crédit et prêt : le critère de la liberté de prélèvement ou l'illusion de l'absolu », *R.D.C.*, 2017/10, p. 1110 ; T. MALENGREAU, T. METZGER et J.-P. BUYLE, « Ouverture de crédit et prêt : de l'importance du moment de la remise », *J.T.*, 2019, p. 61. Adde D. PHILIPPE, « A propos de l'indemnité de emploi », *D.A.O.R.*, 2016/3, p. 42.
24. P.-A. FORIERS et A.-F. DELWAIDE, « La sanction des manquements de l'emprunteur : les montants dus en cas d'inexécution », in *Le crédit à la consommation*, Bruxelles, Ed. Jeune Barreau, 1997, p. 137 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, Bruylant, 2010, p. 130 ; J. CATTARUZZA, « L'indemnité de emploi au cœur des débats », *J.T.*, 2013, p. 721 ; C. BIQUET-MATHIEU, « Le droit des obligations et du crédit », *Chron. not.*, vol. 59, avril 2014, p. 186, n° 232 ; M.-D. WEINBERGER, « Funding loss ... in translation », *Dr. banc. fin.*, 2014, p. 21 ; D. BLOMMAERT et C. ALTER, « II. 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*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 39-86 ; D. BLOMMAERT, *Traité pratique de droit commercial*, t. 5, vol. I, 2^e éd., 2016, p. 356 ; G.-L. BALLON, « Over de kwalificatie als lening van een kredietopening t.v.v. een onderneming. Il ne suffit pas de baptiser carpe le lapin ... », *D.A.O.R.*, 2016/4, n° 120, pp. 91-92.
25. Liège, 25 octobre 2018, 2017/RG/805, *inédit* ; Liège, 3 octobre 2018, *J.L.M.B.*, Larcier, 2019, n° 4, p. 175 ; Liège, 16 mars 2017, *J.L.M.B.*, Larcier, 2017, n° 31, p. 1478 ; Liège, 11 janvier 2017, 2016/RG/373, *inédit* ; Bruxelles, 13 mai 2016, *D.A.O.R.*, 2016/3, n° 119, p. 13 ; Mons, 10 décembre 2018, 2017/RG/542, *inédit* ; Mons, 29 janvier 2018 *J.L.M.B.*, Larcier, 2019, n° 4, p. 168 ; Gand, 17 janvier 2017, *R.D.C.*, Larcier, 2019, p. 259.
26. C. BIQUET-MATHIEU, « Deux arrêts de la Cour de cassation sur les notions de prêt et d'ouverture de crédit », *J.L.M.B.*, 2020/33, p. 1545.
27. Voy. not. Liège, 3 octobre 2018 *J.L.M.B.*, Larcier, 2019, n° 4, p. 175 ; Bruxelles, 13 mai 2016, *D.A.O.R.*, 2016/3, n° 119, p. 13 ; Entr. Bruxelles (fr.) (12^e ch.), 6 mai 2019, R.G. A/17/04133, *inédit* ; Entr. Bruxelles (fr.) (11^e ch.), 12 mars 2019, R.G. A/17/05525, *inédit* ; Comm. Bruxelles (fr.) (13^e ch.), 25 octobre 2018, *J.L.M.B.*, Larcier, 2019, n° 4, p. 186 ; Entr. Bruxelles (nl.) (8^e ch.), 4 décembre 2019, R.G. A/18/03362, A/18/03365 et A/18/03360, *inédits* ; 6 novembre 2019, R.G. A/18/00424, *inédit* et 9 mai 2019, R.G. A/18/00764, *inédit* ; Comm. Liège, 5 mars 2018, R.G. A/17/00869, *inédit* ; Entr. Liège (div. Namur), 7 avril 2020, R.G. A/19/00388, *inédit* ; Comm. Namur, 28 décembre 2017, R.G. A/17/00313, *inédit*.
28. H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 5, Bruxelles, Bruylant, 1975, p. 126, n° 117 ; D. BLOMMAERT et Fr. BONNARENS, « De wederbeleggingsvergoeding inzake hypotheek krediet : vergelijking met andere geregelende en commerciële kredieten », in *Hypotheek Krediet – Crédit hypothécaire*, die Keure-la charte, 2010, p. 256, n° 42 et 43 ; C. BIQUET-MATHIEU, « Crédit hypothécaire et crédit d'investissement. Indemnités, frais et pénalités », in *Le crédit hypothécaire. Actualité et réponses pour la pratique*, Anthemis, 2015, pp. 114 et 121. Voy. égal. M.-D. WEINBERGER, « Funding loss ... in translation », *Dr. banc. fin.*, 2014, p. 23, n° 55 ; C. ALTER et L. VAN MUYLEN, « Article 1907bis du Code civil et (re)qualification de l'ouverture de crédit », *R.D.C.*, 2015/2, p. 194, n° 7 et V. WASTIAU et M.-D. WEINBERGER, « Indemnités de remboursement anticipé : la jurisprudence belge s'affine sans s'unifier », *D.F.E.*, 2020/07, n° 35. D. Blommaert semble toutefois être revenu sur sa position pour soutenir qu'un prélèvement en plusieurs tranches est susceptible de rendre le recours à la figure de la promesse de prêt artificiel in D. BLOMMAERT et J. BENOOT, « De vervroegde terugbetaling van commerciële kredieten : it's all about perspective », *R.A.B.G.*, 2019/5, pp. 412-418.
29. Traduction libre.
30. En ce sens, voy. égal. V. WASTIAU et M.-D. WEINBERGER, « Indemnités de remboursement anticipé : la jurisprudence belge s'affine sans s'unifier », *D.F.E.*, 2020/07, n° 45.
31. Sur cette question, voy. Entr. Bruxelles (fr.) (12^e ch.), 6 mai 2019, R.G. A/17/04133, *inédit* et 25 octobre 2018 (13^e ch.), *J.L.M.B.*, Larcier, 2019, n° 4, p. 188. Comp. D. BLOMMAERT et J. BENOOT, « De vervroegde terugbetaling van commerciële kredieten : it's all about perspective », *R.A.B.G.*, 2019/5, pp. 412-418.
32. *Contra*, A.-P. ANDRE-DUMONT et T. MALENGREAU, « Contentieux de la funding loss : la Cour de cassation pose des jalons », *D.B.F.*, 2020/03, p. 185.

IV. *Les prélèvements effectués dans le cadre d'une ouverture de crédit ne donnent pas naissance à des prêts (Cass., 18 juin 2020)*

10. Le pourvoi auquel l'arrêt du 18 juin 2020 répond défendait la thèse selon laquelle un contrat qui constitue une véritable ouverture de crédit³³ donnera naissance à un contrat de prêt lors de chaque prélèvement effectué par le crédit. Dans cette optique, et ainsi que le relève le pourvoi, la question de la liberté de prélever ou non les fonds a finalement peu d'importance, puisque qu'un contrat qui offre cette liberté de prélèvement (et s'en trouve dès lors qualifiable d'ouverture de crédit) emportera tout de même la naissance d'un ou de plusieurs contrats de prêts dès lors que tout ou partie des fonds mis à la disposition du crédit seraient prélevés. A l'appui de cette thèse, le pourvoi estimait, à l'instar de la Cour de cassation française³⁴, que le contrat d'ouverture de crédit ne constitue rien d'autre qu'une promesse de prêt. Par son arrêt du 18 juin 2020, la Cour rejette le pourvoi en énonçant au contraire que les prélèvements effectués dans le cadre d'un contrat d'ouverture de crédit ne donnent pas naissance à des contrats de prêts. Dès lors qu'un contrat s'inscrit dans la définition de l'ouverture de crédit donnée par la Cour, le prélèvement de tout ou partie des fonds mis à disposition du crédit n'emportera donc pas la formation d'un contrat de prêt.

En revanche, l'enseignement de l'arrêt du 18 juin 2020 ne s'oppose pas à ce qu'un contrat qui ne rentre pas dans la définition de l'ouverture de crédit donnée par la Cour soit qualifié de promesse de prêt au jour de sa signature. Ainsi, un contrat qui ferait obligation au crédit de prélever les fonds mis à sa disposition peut constituer une promesse de prêt lors de sa signature et emporter la formation d'un contrat de prêt lors de la remise des fonds. La mise à disposition d'un montant déterminé que l'emprunteur prélèvera ultérieurement dans son intégralité et qu'il devra restituer (majoré, le cas échéant, d'un intérêt) reste ainsi susceptible d'être qualifiée de promesse de prêt entre l'échange des consentements et la remise des fonds.³⁵ Contrairement à ce que d'aucuns souhaitent³⁶, la figure de la promesse

de prêt n'a pas été condamnée par la Cour de cassation. Elle permet ainsi toujours d'expliquer le décalage existant entre l'échange des consentements et la remise des fonds prêtés.^{37, 38}

La distinction opérée ci-dessus peut être illustrée par la problématique des crédits à la construction. L'arrêt du 18 juin 2020 empêche de qualifier de prêts les prélèvements effectués dans le cadre d'une ouverture de crédit à la construction. Ainsi, lorsqu'un contrat de crédit confère en lui-même (*supra*, n° 7) au crédit le droit de prélever des fonds en plusieurs tranches (*supra*, n° 6) jusqu'à concurrence d'un plafond déterminé (*supra*, n° 3), tout comme le droit de ne pas utiliser le crédit (*supra*, n° 5), ce contrat constitue une ouverture de crédit et les prélèvements qui seraient effectués par le crédit en exécution de ce contrat ne sont pas qualifiables de prêts. L'arrêt du 18 juin 2020 ne met par contre pas fin à la controverse relative aux crédits à la construction qui, bien que pouvant être prélevés en plusieurs tranches, ne présentent pas les autres caractéristiques visées ci-dessus. Ainsi, la jurisprudence qui retient la qualification de prêts à l'égard de crédits à la construction dont il ressort que les parties ont voulu d'emblée que l'intégralité du montant prêté soit prélevée, le cas échéant, en plusieurs prélèvements (*supra* n° 9), n'est nullement condamnée par l'arrêt du 18 juin 2020.

V. *La qualification judiciaire du contrat de crédit*

A. *Le pouvoir (et le devoir) du juge du fond de qualifier adéquatement la convention : la controverse relative à l'office du juge*

11. La question se pose de savoir dans quelle mesure il est permis à un juge de s'écarter de la qualification donnée par les parties à leur convention. Une controverse existe en effet, qui trouve son origine dans la formule reprise dans certains arrêts de la Cour de cassation selon laquelle « *lorsque les éléments soumis à son appréciation ne permettent pas d'exclure la qualification donnée par les parties*

33. En ce qu'il offre au crédit la liberté de prélever ou non, en tout ou en partie, les fonds mis à sa disposition, le cas échéant, en plusieurs prélèvements.

34. Cass. com. (fr.), 21 janvier 2004, arrêt n° 171, *Banque et droit*, *Rev. Banque*, 2004, n° 95, p. 50 : « l'ouverture de crédit, qui constitue une promesse de prêt, donne naissance à un prêt à concurrence des fonds utilisés par le client ».

35. Toutefois, « pour qu'une remise de fonds ait pour effet de transformer une promesse de prêt en un contrat de prêt, il faut que le prêteur et le ou les emprunteurs soient d'accord sur les conditions du prêt (C. civ., art. 1892) » Cass., 25 octobre 1973, *Pas.*, 1974, I, p. 212, *somm.*

36. T. MALENGREAU, T. METZGER et J.-P. BUYLE, « Ouverture de crédit et prêt : de l'importance du moment de la remise », *J.T.*, 2019, p. 61.

37. H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 5, 1975, p. 122, n° 117 ; P.-A. FORIERS et A.-F. DELWAIDE, « La sanction des manquements de l'emprunteur : les montants dus en cas d'inexécution », in *Le crédit à la consommation*, Bruxelles, Ed. du Jeune Barreau, 1997, p. 137 ; S. MICHAUX, « Chapitre IV. Le contrat de prêt », in *Les contrats spéciaux. Chronique de jurisprudence 1996-2000*, Larcier, 2002, p. 74 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, Bruylant, 2010, p. 130 ; F. GLANSORFF et E. VAN DEN HAUTE, *Les contrats*, vol. 4, p. 218 ; C. BIQUET-MATHIEU, « Crédit hypothécaire et crédit d'investissement. Indemnités, frais et pénalités », in *Le crédit hypothécaire. Actualité et réponses pour la pratique*, Anthemis, 2015, p. 114 ; D. BLOMMAERT et C. ALTER, « II. 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*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 39-86.

38. Voy. not. Liège, 25 octobre 2018, 2017/RG/805, *inédit* ; 3 octobre 2018, *J.L.M.B.*, Larcier, 2019, n° 4, p. 175 ; Liège, 28 janvier 2010, R.G.D.C., 2010, p. 475 ; Bruxelles, 25 novembre 2009, D.B.F., 2014/I-II, p. 43 (pourvoi en cassation rejeté par Cass., 27 octobre 2011, *Dr. banc. fin.*, 2014/I-II, p. 42) ; Mons, 29 janvier 2018, *J.L.M.B.*, Larcier, 2019, n° 4, p. 168.

à la convention qu'elles ont conclue, le juge du fond ne peut y substituer une qualification différente ». ³⁹

Pour les uns, cette formule réduit les prérogatives du juge amené à requalifier la convention des parties. ⁴⁰ Il s'en déduirait que lorsqu'il est « *saisi d'une convention écrite que les parties ont qualifiée expressis verbis, il ne peut procéder à une requalification qu'à la condition de déceler dans le contrat ou dans son exécution des éléments qui sont radicalement incompatibles avec la qualification adoptée. 'A défaut, comme on a pu le noter, il viole la foi due à cette convention en lui attribuant une portée inconciliable avec ses termes (...) ou, dans une autre conception, viole les règles organiques du contrat nommé par les parties et, le cas échéant, du contrat nommé choisi pour la requalification.*' » ⁴¹

Pour les autres, « *au regard des faits spécialement invoqués (« aangevoerde ») à l'appui des prétentions des parties, le juge a l'obligation de rechercher la qualification contractuelle appropriée, quitte à écarter la qualification choisie initialement, puis confirmée au prétoire, par les parties* ». ⁴² La formule reprise par la Cour ne viserait pas le pouvoir du juge de s'écarter de la qualification retenue par les parties (office du juge), mais bien le contrôle que la Cour de cassation exerce sur la déduction que le juge tire des faits qu'il a constatés (contrôle marginal du raisonnement par lequel le juge requalifie la convention). Ainsi, cette formule « *n'a pas tant la portée d'une défense faite au juge de s'écarter de la qualification choisie par les parties sauf s'il décèle dans le contrat ou son exécution des éléments radicalement incompatibles avec la qualification adoptée. Elle a plutôt pour vocation principale de circonscrire le contrôle que la Cour de cassation consent à exercer sur le raisonnement qui a conduit le juge à adopter la qualification de son cru au détriment de la qualification choisie par les parties, ce qui ne la conduira à censurer la qualification retenue par le juge que si celle-ci est incompatible avec les éléments soumis à son appréciation* ». ⁴³ Dans cette optique, et en application de la jurisprudence de la Cour relative à l'office du juge ⁴⁴,

« *le juge du fond encourt inmanquablement (la cassation) lorsqu'il s'abstient, au vu des éléments de fait invoqués par les parties, de rechercher motu proprio la bonne qualification* » du contrat. ⁴⁵ Il devra uniquement, lorsqu'il requalifie une convention, se plier aux exigences du contradictoire, respecter les accords procéduraux explicites qu'auraient formés les parties sur la qualification de leur convention, et respecter la foi due aux actes. Le juge s'expose toutefois à un contrôle marginal de cassation sur la qualification qu'il aura retenue ⁴⁶, qu'il requalifie la convention ou maintienne la qualification retenue par les parties. Dans cette thèse, le juge n'est pas contraint de maintenir la qualification donnée à la convention par les parties en l'absence d'éléments radicalement incompatibles avec celle-ci. La qualification qu'il retient doit seulement être compatible avec les éléments soumis à son appréciation.

B. Le respect de la foi due aux actes

12. Les deux thèses en présence se rejoignent en ce que les prérogatives du juge amené à requalifier une convention sont limitées par le respect que ce dernier doit à la foi due aux actes. Ainsi que l'énonce le professeur Van Drooghenbroeck : « *L'exercice du devoir, ou – plus rarement – de la faculté, de doter la convention de la qualification juridique idoine sans se lier à celle proposée par les parties, est affecté d'une autre limite importante : ne point dénaturer l'écrit, l'instrumentum, de la convention sujette à qualification. Quoiqu'ils ne le rappellent pas expressément, les développements sur l'office du juge ne remettent pas en cause le principe constant aux termes duquel le juge 'peut' – aujourd'hui 'doit' – déterminer la nature juridique d'une convention au moyen d'éléments intrinsèques et extrinsèques qui lui ont été soumis à la condition qu'il ne viole pas la foi due à l'acte.* » ⁴⁷

Le respect de la foi due aux actes fait toutefois seulement interdiction au juge du fond, sous le couvert de son interprétation, de prêter expressément à l'acte une énonciation ou une affirmation qu'il ne contient pas ou de lui dénier

39. Cass., 10 octobre 2011, *J.T.T.*, 2012, p. 1116, 21 ; Cass., 25 mai 2009, *Pas.*, 2009, I, p. 1263 ; Cass., 23 mars 2009, *Pas.*, 2009, I, p. 784 ; Cass., 17 décembre 2007, *Pas.*, 2007, I, p. 2362 ; Cass., 6 décembre 2004, *N.J.W.*, 2005, liv. 95, p. 21 ; Cass., 28 avril 2003, *Pas.*, 2003, I, p. 880. *Comp. Cass.*, 9 juin 2008, *Pas.*, 2008, I, p. 1451 : « *Lorsque les éléments soumis à son appréciation permettent d'exclure la qualification donnée par les parties à la convention qu'elles ont conclue, le juge du fond peut y substituer une qualification différente.* »

40. P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. I^{er}. Introduction. Sources des obligations (première partie), Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 623, n° 408.

41. P. WERY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 377.

42. J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « La requalification judiciaire du contrat et des prétentions qui en découlent », *R.G.D.C.*, 2014/7, p. 307, n° 28, renvoyant à Cass., 16 mars 2006, *Pas.*, 2006, n° 155. En ce sens, voy. égal. H. BOULARBAH, P. GERARD et J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *Pourvoi en cassation en matière civile*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 278 et s., n° 580.

43. H. BOULARBAH, P. GERARD et J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *Pourvoi en cassation en matière civile*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 277, n° 580.

44. Cass., 14 avril 2005, *J.L.M.B.*, Larcier, 2005, p. 856 ; Cass., 9 mai 2008, *Pas.*, Larcier, 2008, n° 283. En matière de requalification contractuelle, voy. plus particulièrement Cass., 16 mars 2006, *Pas.*, 2006, I, n° 155.

45. J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « La requalification judiciaire du contrat et des prétentions qui en découlent », *R.G.D.C.*, 2014/7, p. 321, n° 52.

46. J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *ibid.*, p. 307, n° 30.

47. J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *ibid.*, p. 319, n° 50.

expressément l'existence d'une énonciation ou d'une affirmation qu'il contient.⁴⁸ Ce serait ainsi seulement lorsque le juge dénie la dénomination posée par les parties sur l'instrumentum de la convention qu'il violerait la foi due à cet acte. Le fait pour le juge de relever la qualification retenue par les parties, mais de s'en dégager sur la base des caractéristiques de la convention n'emporte ainsi nullement en soi, à notre estime du moins, une quelconque violation de la foi due à l'acte. Nous ne partageons dès lors pas l'opinion selon laquelle le respect de la foi due à l'acte imposerait le maintien d'une qualification erronée à défaut de pouvoir identifier des éléments « radicalement incompatibles » avec cette qualification.

C. Le respect des règles organiques du contrat nommé

13. Un autre fondement invoqué à l'appui d'une limitation des prérogatives du juge tient dans la violation des règles organiques du contrat nommé par les parties qu'emporterait une requalification du contrat.⁴⁹ Cela étant, comme l'énonce la cour d'appel de Liège, « *ni l'ouverture de crédit, ni le crédit d'investissement, ni même le 'crédit' ne sont des contrats nommés soumis à des règles particulières (art. 1107 C. civ.). Par conséquent, il ne peut être déduit de l'utilisation de ces termes dans les documents signés par les parties qu'elles ont eu l'intention d'exclure une qualification du contrat en prêt à intérêt* ». ⁵⁰ S'inscrivant dans cette optique, V. Wastiau et M.-D. Weinberger distinguent le fait pour les parties de qualifier leur convention (en ayant la volonté de la rattacher à une catégorie de contrats juridiquement organisée) du fait de la dénommer (c.-à-d. de lui accoler une dénomination qui n'implique pas en soi cette volonté de rattachement à une catégorie juridique déterminée).⁵¹

VI. Le contrôle exercé par la Cour de cassation en matière de qualification d'une convention

A. Le contrôle de l'office du juge (Cass., 21 octobre 2019)

14. Dans un arrêt du 21 octobre 2019, la Cour de cassation a eu l'occasion de se prononcer sur le reproche formulé

à l'encontre d'un juge du fond de n'avoir pas requalifié d'office les conventions litigieuses (en prêts) afin d'y appliquer (d'office) l'article 1907bis du Code civil.

Après avoir rappelé le prescrit de l'article 1907bis du Code civil, son caractère impératif, et son champ d'application, la Cour énonce tout d'abord, selon une formule devenue habituelle, que : « *Le juge est tenu de régler le litige conformément aux règles juridiques applicables. Il doit examiner la nature juridique des prétentions formulées devant lui par les parties et, quelle que soit la qualification que celles-ci leur ont donnée, peut suppléer d'office aux motifs invoqués, dès lors qu'il n'élève aucune contestation dont les parties ont exclu l'existence, qu'il se fonde uniquement sur des faits régulièrement soumis à son appréciation et qu'il ne modifie pas l'objet de la demande. Il a en outre l'obligation, en respectant les droits de la défense, de relever d'office les moyens de droit dont l'application est commandée par les faits spécialement invoqués par les parties au soutien de leurs prétentions.* »⁵² Ainsi, au regard des faits spécialement invoqués par les parties à l'appui de leurs prétentions (c.-à-d. au vu des faits dont elles ont tiré arguments⁵³), le juge a l'obligation de rechercher la qualification contractuelle appropriée.⁵⁴ Il en sera notamment ainsi lorsque les parties tirent argument des clauses du contrat, de la manière dont elles les ont exécutées ou de tout autre élément qui a un impact sur la qualification de leur convention.⁵⁵

Il semble toutefois que, dans cette affaire, les parties n'aient pas invoqué d'éléments de ce type devant le juge du fond. La Cour poursuit en effet en rappelant que cette obligation faite au juge de trancher le litige conformément aux règles juridiques applicables « *n'implique pas qu'il soit tenu d'envisager l'applicabilité de tous les moyens de droit possibles à l'aune des faits du litige qui n'ont pas été spécialement invoqués, mais lui impose uniquement d'envisager, dans le respect des droits de la défense, les moyens de droit qui n'ont pas été invoqués mais dont le relevé s'impose inmanquablement à lui au vu des faits spécialement invoqués* ». ⁵⁶ Ce passage de l'arrêt rappelle deux précisions importantes. D'une part, à l'égard des

48. Voy. not. Cass., 17 décembre 2001, R.G. n° S.990093 et n° S.990181.F ; Cass., 9 novembre 2000, C.99.0334.F.

49. P. WERY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 377.

50. Liège, 3 octobre 2018, *J.L.M.B.*, Larcier, 2019, n° 4, p. 175. Comp. Mons, 29 janvier 2018, *J.L.M.B.*, Larcier, 2019, n° 4, p. 168.

51. Voy. V. WASTIAU et M.-D. WEINBERGER, « Indemnités de remboursement anticipé : la jurisprudence belge s'affine sans s'unifier », *D.F.E.*, 2020/07, n° 10.

52. Cass., 21 octobre 2019, C.18.0555.N (traduction libre). Voy. not., pour la même formule en néerlandais Cass. (1^{re} ch.), 14 décembre 2012, *J.L.M.B.*, 2013, p. 1305, et pour la même formule en français Cass. (1^{re} ch.), 2 avril 2010, *J.L.M.B.*, 2010, p. 1235, obs. J.-F. VAN DROOGHENBROECK. En matière de requalification contractuelle, voy. plus spécialement Cass., 16 mars 2006, *Pas.*, 2006, I, n° 155.

53. Sur la définition qui peut être donnée à ces faits adventices, voy. J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « La requalification judiciaire du contrat et des prétentions qui en découlent », *R.G.D.C.*, 2014/7, pp. 304 et s.

54. Cass., 16 mars 2006, *Pas.*, 2006, I, n° 155.

55. J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « La requalification judiciaire du contrat et des prétentions qui en découlent », *R.G.D.C.*, 2014/7, p. 306, n° 28.

56. Traduction libre. Pour une même formulation, Voy. déjà Cass. (1^{re} ch.), 14 décembre 2012, *J.L.M.B.*, 2013, p. 1305.

faits spécialement invoqués par les parties, « *le juge n'a à soulever d'office que les moyens de droit lui sautant aux yeux* ». ⁵⁷ Et d'autre part, il n'a pas l'obligation de soulever d'office les dispositions légales commandées par des faits qui ont été simplement allégués par les parties (faits adventices), sans que celles-ci n'en aient tiré d'argument(s).

En bref, le juge n'a l'obligation de soulever d'office que les moyens de droit qui s'imposent immanquablement au vu des faits *spécialement invoqués* par les parties. Et ceci, précise encore la Cour, même si les moyens de droit qui n'ont pas été invoqués par les parties s'appuient sur des dispositions légales impératives ou d'ordre public. Ainsi, l'article 1907bis du Code civil a beau être impératif, le juge n'est tenu de soulever cette disposition d'office que si les parties ont *spécialement invoqué* des éléments qui permettent de retenir la qualification de prêt. ⁵⁸ A défaut, le juge *peut* se baser sur des faits adventices (pour qualifier ou requalifier d'office la convention en prêt et lui appliquer l'article 1907bis) mais il ne s'expose pas à la censure de la Cour de cassation s'il ne le fait pas.

Si l'arrêt du 21 octobre 2019 n'apporte rien de neuf à l'état de la jurisprudence de la Cour ⁵⁹, il nous aura notamment permis de rappeler que le juge a l'obligation de rechercher la qualification contractuelle appropriée au regard des faits spécialement invoqués à l'appui des prétentions des parties. Dès lors que les parties *invoquent* des éléments qui ont une incidence sur la qualification ou la requalification d'une convention, le juge a ainsi le devoir d'examiner et de retenir la qualification la plus appropriée, afin de pouvoir régler le litige conformément aux règles juridiques applicables. Ce devoir se concilie à notre estime difficilement avec la thèse selon laquelle il ne pourrait pas retenir la qualification la plus adéquate à défaut de relever, dans le contrat ou son exécution, des éléments *radicalement incompatibles* avec celle que les parties avaient adoptée (*supra*, n° 11).

B. Le contrôle du raisonnement du juge (Cass., 27 avril 2020)

15. L'arrêt du 21 octobre 2019 nous a permis d'évoquer la cassation à laquelle le juge du fond s'expose lorsqu'il s'abstient de rechercher la qualification de la convention au vu des éléments de fait spécialement invoqués par les parties. L'arrêt du 27 avril 2020 s'inscrit quant à lui dans un autre ordre de cassation. Il concerne, non pas le devoir du juge de qualifier la convention litigieuse, mais bien la cassation à laquelle s'expose *le résultat* de l'exercice de qualification ou de requalification auquel il s'est prêté.

Le pourvoi auquel répond l'arrêt du 27 avril 2020 énonce que la recherche de l'intention commune des parties doit permettre de répondre à la question de savoir si le crédit dispose ou non de la liberté d'utiliser les fonds mis à sa disposition quand et dans la mesure dont il en a besoin. ⁶⁰ Le pourvoi relève ensuite plusieurs circonstances qui excluraient pareille liberté. Dans son arrêt du 27 avril 2020, la Cour de cassation consacre le critère de la liberté de prélèvement comme caractéristique d'une ouverture de crédit (*supra*, n°s 4-6) et se prononce ensuite sur les caractéristiques que le pourvoi présente comme étant incompatibles avec (la liberté de prélèvement qui caractérise) l'ouverture de crédit (*infra*, n°s 16-19). Il ressort de la décision de la Cour que la liberté de prélèvement qui doit caractériser toute ouverture de crédit peut être modalisée dans une certaine mesure.

a. L'indemnité de non-prélèvement

16. « Le fait qu'une indemnité soit due si le montant du crédit n'est pas prélevé n'exclut pas la qualification d'ouverture de crédit. » ⁶¹ A défaut de précision apportée par la Cour, et au vu de la rédaction du moyen auquel elle répond ⁶², cette assertion paraît viser tant la commission de réservation ⁶³ qu'une indemnité qui serait due à l'issue de la période fixée pour le prélèvement des fonds. Une telle solution trancherait toutefois singulièrement avec ce que la doctrine enseignait jusqu'alors, à savoir que la liberté

57. J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « La requalification judiciaire du contrat et des prétentions qui en découlent », R.G.D.C., 2014/7, p. 305, n° 23.

58. Comp. V. WASTIAU et M.-D. WEINBERGER, « Indemnités de remboursement anticipé : la jurisprudence belge s'affine sans s'unifier », D.F.E., 2020/07 ; F. GLANSDORFF et E. VAN DEN HAUTE, « Le prêt à intérêt », *Droit civil belge*, t. 3, *Les contrats*, vol. 4, Bruylant, 2017, p. 275 ; C. PARMENTIER, *Comprendre la technique de cassation*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 117.

59. Raison sans doute pour laquelle il n'a pas été publié sur *Juridat*.

60. Le pourvoi s'inscrit dans la thèse selon laquelle un contrat qualifié d'ouverture de crédit par les parties doit être requalifié par le juge en contrat de prêt s'il en présente les caractéristiques (7^e feuillet du pourvoi, n° 3).

61. Traduction libre de « *de (omstandigheid) dat een vergoeding verschuldigd is wanneer het kredietbedrag niet zou worden opgenomen (de kwalificatie van kredietopening) niet (uitsluit)* ».

62. Lequel invoquait tant l'indemnité qui doit être payée pour la partie non prélevée du montant mis à disposition que l'indemnité qui doit être payée si le montant du crédit n'est pas prélevé ou n'est pas prélevé en totalité au terme de la période de prélèvement.

63. La commission de réservation rémunère la banque de la mise à disposition du crédit d'un certain montant pendant une certaine période. Elle est présentée comme une indemnisation du bénéfice que la banque aurait perçu en octroyant d'autres crédits ou en plaçant ces fonds autrement. Voy. A.-P. ANDRE-DUMONT, « Ouverture de crédit et prêt : le critère de la liberté de prélèvement ou l'illusion de l'absolu », R.D.C., 2017/10, p. 1013, n° 7: La commission de réservation est « *destinée à indemniser la banque de la mise à disposition des fonds et partant, de leur indisponibilité notamment pour d'autres crédits* ».

de prélèvement implique notamment qu'aucune indemnité autre que la commission de réservation ne soit réclamée au crédit en cas de non-prélèvement.⁶⁴ On ne peut que regretter que la Cour n'ait pas été amenée à se prononcer plus précisément sur la ou les indemnités, à savoir la commission de réservation et, le cas échéant, l'indemnité de non-prélèvement due au terme de la période de prélèvement, qu'elle estime être compatibles, compte tenu de leur raison d'être respective, avec la notion d'ouverture de crédit.⁶⁵

En toutes hypothèses, le pourvoi auquel l'arrêt répond n'avait pas invoqué le fait que l'indemnité de non-prélèvement, qui se cumulait avec la commission de réservation, visait en l'espèce à indemniser la banque pour la perte du gain qu'elle aurait pu escompter du crédit s'il avait été totalement prélevé. Or, le fait de se placer dans l'optique d'un prélèvement intégral pour calculer la perte ne se concilie guère avec la notion même d'ouverture de crédit.⁶⁶ L'on ne peut dès lors qu'espérer que la Cour soit prochainement amenée à préciser sa position à cet égard.

Enfin, il nous apparaît évident que la Cour n'a pas pu viser une indemnité qui *sanctionnerait*, expressément ou implicitement, le non-respect par le crédit d'une obligation de prélever tout ou partie des fonds. Ceci dans la mesure où la Cour consacre par ailleurs, on l'a dit, la liberté de ne pas prélever les fonds comme une caractéristique essentielle du contrat d'ouverture de crédit (*supra*, n° 5).

b. La production de factures et autres pièces justificatives

17. L'obligation faite au crédit de présenter des pièces justificatives pour obtenir la délivrance du crédit est une caractéristique mise en avant par une partie de la doctrine⁶⁷ et de la jurisprudence^{68, 69} à l'appui de la qualification de prêt plutôt que celle d'ouverture de crédit. Deux ordres

d'idées justifient cette solution. D'une part, cette exigence peut constituer une atteinte trop importante à la liberté de prélever les fonds au *moment* et dans *la mesure* souhaités par le crédit. Une telle liberté est en effet mise en avant par la doctrine majoritaire comme une caractéristique substantielle de l'ouverture de crédit. D'autre part, cette exigence peut jouer un rôle dans le cadre de la recherche de l'intention commune des parties. Nous avons rappelé que le prêt suppose que les parties aient eu, lors de la signature de la convention, la volonté commune que, d'une manière ou d'une autre, l'intégralité du montant prêté soit prélevée⁷⁰ (*supra*, n° 3). Reste, le cas échéant, dans cette optique, à expliquer pourquoi les fonds ont été prélevés en plusieurs tranches. Si les fonds devaient être prélevés intégralement, pourquoi n'ont-ils pas été remis au crédit en une seule fois à la signature de la convention, ou à tout le moins lors de la constitution des sûretés garantissant le crédit ?

L'obligation pour le crédit de présenter des factures pour pouvoir prélever les fonds est susceptible de fournir cette explication. Elle pourrait par exemple révéler la volonté du créancier de s'assurer de la consistance de ses garanties en ne libérant les fonds qu'une fois la preuve apportée qu'ils sont bien affectés aux travaux financés sur l'immeuble hypothéqué. En pareille hypothèse, le prélèvement des fonds en plusieurs fois s'expliquerait parfaitement malgré la volonté des parties que les fonds soient intégralement prélevés.

Dans son arrêt du 27 avril 2020, la Cour énonce que le fait que la destination des fonds prélevés doit être démontrée n'exclut pas la qualification d'ouverture de crédit. Pour peu qu'elle n'implique pas un nouvel accord du créancier sur chaque prélèvement⁷¹, l'exigence pour le crédit de remettre des factures ou d'autres justificatifs pour pouvoir prélever le crédit ne constitue dès lors pas une atteinte à la liberté de prélever les fonds qui caractérise l'ouverture de

64. C. ALTER et L. VAN MUYLEN, « Article 1907bis du Code civil et (re)qualification de l'ouverture de crédit », *R.D.C.*, 2015/2. Adde D. BLOMMAERT, *Traité pratique de droit commercial*, t. 5, vol. I, 2^e éd., 2016, p. 600 ; M.-D. WEINBERGER, « Funding loss ... in translation », *D.B.F.*, 2014/I-II, p. 22 et C. BIQUET-MATHIEU, « Crédit hypothécaire et crédit d'investissement. Indemnités, frais et pénalités », in *Le crédit hypothécaire. Actualité et réponses pour la pratique*, Anthemis, 2015, p. 116.

65. En ce sens, voy. not. C. BIQUET-MATHIEU, « Deux arrêts de la Cour de cassation sur les notions de prêt et d'ouverture de crédit », *J.L.M.B.*, 2020/33, 1551.

66. Pour une analyse plus détaillée sur ce point, voy. C. BIQUET-MATHIEU, « Deux arrêts de la Cour de cassation sur les notions de prêt et d'ouverture de crédit », *J.L.M.B.*, 2020/33, 1551-1553.

67. 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 F. Glansdorff et Pierre Legros*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 85, n° 18, p. 86, n° 20 et p. 90, n° 23 ; G.L. BALLON, « Over de kwalificatie als lening van een kredietopening t.v.v. een onderneming. Il ne suffit pas de baptiser carpe le lapin ... », *D.A.O.R.*, 2016/4, n° 120, p. 92 ; C. BIQUET-MATHIEU, « Jurisprudence contrastée pour les indemnités de funding loss », *R.D.C.*, Larcier, 2019, n° 2, p. 271.

68. Bruxelles, 13 mai 2016, *D.A.O.R.*, 2016/3, n° 119, pp. 13 et s. ; Mons, 29 janvier 2018, *J.L.M.B.*, Larcier, 2019, n° 4, p. 169 ; Entr. Bruxelles (nl.) (8^e ch.), 9 mai 2019, *R.G. A/18/00764, inédit* ; Entr. Bruxelles (fr.), 6 janvier 2020, *R.G. A/18/00623, inédit* ; Entr. Bruxelles (fr.) (11^e ch.), 12 mars 2019, *R.G. A/17/05525, inédit* ; Entr. Bruxelles (fr.) (14^e ch.), 11 mars 2019, *R.G. A/17/04131, inédit* ; Comm. Bruxelles (fr.) (10^e ch.), 31 août 2018, *R.G. A/17/00517, inédit* ; Comm. Bruxelles (fr.) (18^e ch.), 8 septembre 2017, *R.G. 15-07472, inédit* ; Entr. Liège (div. Liège), 13 septembre 2019, *R.G. A/18/3794, inédit* ; Comm. Liège, 5 mars 2018, *R.G. A/17/00869, inédit* ; Comm. Liège, 19 mai 2017, *J.L.M.B.*, Larcier, 2017, n° 31, p. 1495 ; Entr. Liège (div. Namur), 7 avril 2020, *R.G. A/19/00388, inédit* ; Comm. Namur, 28 décembre 2017, *R.G. A/17/00313, inédit* ; Comm. Verviers, 31 octobre 2017, *R.G. A/17/00098, inédit* ; Comm. Mons, 16 mars 2017, *R.G. A/16/268, inédit*.

69. *Contra*, Entr. Hainaut (div. Mons), 13 décembre 2019, *R.G. A/18/01119, inédit* ; Entr. Bruxelles (nl.), 27 novembre 2019, *R.G. A/18/02955, inédit* ; Entr. Bruxelles (nl.), 6 novembre 2019, *R.G. A/18/02738, inédit* ; Entr. Bruxelles (fr.), 23 mai 2019, *R.G. A/17/03557, inédit* ; Comm. Bruxelles (fr.), 26 juin 2018, *R.G. A/16/06401, inédit* ; Comm. Bruxelles (fr.), 31 janvier 2017, *R.G. A/15/04981, inédit*.

70. V. WASTIAU et M.-D. WEINBERGER, « Indemnités de remboursement anticipé : la jurisprudence belge s'affine sans s'unifier », *D.E.E.*, 2020/07, n° 21, renvoyant à Bruxelles, 13 mai 2016, *D.A.O.R.*, Wolters Kluwer, 2019, n° 3, pp. 88-89.

71. C. BIQUET-MATHIEU, « Deux arrêts de la Cour de cassation sur les notions de prêt et d'ouverture de crédit », *J.L.M.B.*, 2020/33, p. 1548, n° 20.

crédit. Cet enseignement aura toutefois un impact assez limité, car ainsi que le relevaient récemment V. Wastiau et M.-D. Weinberger⁷², l'exigence de produire des justificatifs pour pouvoir prélever les fonds est généralement retenue parmi d'autres éléments à l'appui de la qualification de prêt, et non comme une caractéristique qui serait, en soi, incompatible avec la figure de l'ouverture de crédit.

c. L'absence de reprise d'encours

18. La reprise d'encours tient dans la possibilité offerte au crédité, en cours d'exécution du contrat, de prélever à nouveau des fonds qu'il a déjà prélevés et remboursés. Lorsque la convention de crédit permet au crédité de le faire sans devoir obtenir l'accord de la banque, il est question dans le jargon bancaire d'un crédit *renouvelable* ou *réutilisable*. De nombreux contrats prévoient au contraire qu'une telle reprise d'encours ne sera permise au crédité que moyennant l'accord de la banque.

Dans son arrêt du 27 avril 2020, la Cour énonce que le fait qu'une reprise d'encours ne soit possible qu'avec l'accord du donneur de crédit n'exclut pas la qualification d'ouverture de crédit. Il s'agit là de l'enseignement qui était déjà délivré par la doctrine et la jurisprudence majoritaires : le caractère réutilisable (sans l'accord du créditeur) du crédit tend à démontrer l'existence d'une ouverture de crédit, mais son absence n'est pas pour autant incompatible avec cette dernière.⁷³

d. La remise d'un tableau d'amortissement avant le prélèvement intégral des fonds

19. Le prêt implique la mise à disposition d'un montant fixe et prédéterminé dont le crédité fera intégralement usage. En revanche, dans le cadre d'une ouverture de crédit, les parties ignorent lors de l'entrée en vigueur du crédit si et dans quelle mesure les fonds seront prélevés. Le montant de l'ouverture de crédit constitue en effet, non pas le montant effectif des engagements du donneur de crédit, mais un plafond à ne pas dépasser⁷⁴ (*supra*, n° 3). Lorsque l'obligation de prélever intégralement les fonds ne figure pas expressément dans la convention (*supra*, n° 5),

l'établissement d'un tableau d'amortissement (établi sur la base d'un prélèvement intégral des fonds mis à disposition) avant même que les fonds aient été intégralement prélevés est ainsi fréquemment invoqué en pratique comme un indice important de la volonté commune des parties que les fonds soient intégralement prélevés.⁷⁵ Il s'agit d'un élément parmi d'autres qui permet de rechercher quelle a été l'intention des parties sur cette question. Une clause de la convention qui énoncerait que le tableau d'amortissement sera établi dès le prélèvement intégral du crédit constituerait à nos yeux un indice tout aussi important.⁷⁶

De l'arrêt du 27 avril 2020, il ressort qu'un tel tableau d'amortissement ne suffit pas à exclure la qualification d'ouverture de crédit lorsque la convention prévoit l'établissement d'un nouveau tableau en l'absence de prélèvement intégral des fonds. La Cour énonce en effet que l'existence d'un « *tableau d'amortissement qui prévoyait des remboursements périodiques fixes dès le premier mois de la période de remboursement était sans conséquence, puisqu'un nouveau tableau d'amortissement aurait été dressé si le montant du crédit n'avait pas été intégralement prélevé* ». ⁷⁷ Autrement dit, si la convention prévoit que le tableau d'amortissement sera modifié en l'absence de prélèvement intégral des fonds, la remise du tableau d'amortissement initial ne suffit pas à rapporter l'existence d'une obligation implicite de prélever intégralement les fonds (*supra*, n° 5).

e. La portée de l'enseignement de l'arrêt du 27 avril 2020

20. Nous l'avons vu, le premier enseignement délivré par la Cour dans son arrêt du 27 avril 2020 tient dans la définition des contrats de prêt et d'ouverture de crédit, et dans les critères de distinction qui s'en dégagent (*infra*, nos 3-7). La première étape du raisonnement qui permettra de qualifier un contrat d'ouverture de crédit consiste ainsi à rechercher si les parties ont bien eu la volonté d'offrir la liberté de prélèvement requise au crédité.⁷⁸ Elles doivent pour ce faire avoir eu la commune intention de mettre un montant (constituant un plafond à ne pas dépasser) à sa disposition, en lui conférant d'une part la possibilité de ne pas prélever les fonds et d'autre

72. V. WASTIAU et M.-D. WEINBERGER, « Indemnités de remboursement anticipé : la jurisprudence belge s'affine sans s'unifier », *D.F.E.*, 2020/07, n° 25.

73. V. WASTIAU et M.-D. WEINBERGER, *ibid.*, n° 26 ; J. VANDENBROUCKE et G. LAGUESSE, « Funding loss : à la recherche de la logique perdue », *Actualités en droit commercial et bancaire*, Larcier, 2017, p. 683.

74. Entr. Bruxelles (fr.) (13^e ch.), 25 octobre 2018, *J.L.M.B.*, Larcier, 2019, n° 4, p. 186.

75. Sur ce que l'établissement d'un tableau d'amortissement dès l'entrée en vigueur du crédit ne se conçoit théoriquement pas, voy. Entr. Charleroi, 20 juin 2019, R.G. A/18/01242, p. 10, *inédit*, cité par V. WASTIAU et M.-D. WEINBERGER, « Indemnités de remboursement anticipé : la jurisprudence belge s'affine sans s'unifier », *D.F.E.*, 2020/07, n° 28. *Adde* Bruxelles, 13 mars 2018, R.D.C., Larcier, 2019, p. 26 ; Comm. Mons, 4 juin 2015, *D.A.O.R.*, Wolters Kluwer, 2015, n° 3, p. 58 ; Entr. Bruxelles (nl.), 14 novembre 2019, R.G. A/18/01382, p. 9, *inédit*. *Contra*, voy. Entr. Bruxelles (nl.), 20 février 2019, R.G. A/17/04259, p. 12, *inédit*.

76. En ce sens, voy. V. WASTIAU et M.-D. WEINBERGER, « Indemnités de remboursement anticipé : la jurisprudence belge s'affine sans s'unifier », *D.F.E.*, 2020/07, n° 29.

77. Traduction libre.

78. L. MAES, « Kwalificatie kredietovereenkomst en de toepassing van artikel 1907bis BW », *N.J.W.*, 2020, nr. 428, 693.

part la possibilité de les prélever en plusieurs tranches plutôt qu'en une seule fois.

En l'espèce, les juges d'appel avaient interprété la convention en estimant (sur la base de certaines de ses clauses) que la commune intention des parties était bel et bien d'accorder au crédité la liberté de prélever ou de ne pas prélever le montant mis à sa disposition (la Cour relève à cet égard que le crédité avait l'option et donc la liberté de ne pas prélever la totalité du crédit), et de lui conférer la liberté d'étaler le prélèvement de ce montant dans le temps.⁷⁹

Dans son arrêt du 27 avril 2020, la Cour de cassation énonce que les juges d'appel ont qualifié la convention d'ouverture de crédit à bon droit. On se gardera toutefois bien d'y voir une quelconque validation par la Cour de l'interprétation de la convention faite par les juges d'appel pour retenir, dans le chef du crédité, la liberté de ne pas prélever (intégralement) le crédit et celle de prélever les fonds en plusieurs tranches. L'interprétation d'une convention relève en effet de l'appréciation souveraine du juge du fond. Autrement dit, la Cour de cassation n'a pas le pouvoir d'examiner les faits qui ont été constatés et appréciés par le juge du fond pour interpréter la convention. Elle ne peut censurer l'interprétation d'un juge du fond que si celle-ci se révèle inconciliable avec les termes de la convention (respect de la foi due aux actes) ou si le juge a pris prétexte de son exercice d'interprétation pour modifier le contenu d'une clause, pour refuser de l'appliquer ou refuser de reconnaître les effets que cette clause doit avoir entre les parties (force obligatoire de la convention).⁸⁰ Lorsque la Cour de cassation énonce dans son arrêt du 27 avril 2020 que les juges d'appel ont dégagé l'intention des parties « *en se basant sur les dispositions contractuelles, dont ils interprètent les termes d'une manière qui n'est pas critiquée* »⁸¹ dans le pourvoi, la Cour indique en réalité qu'aucun grief n'est pris d'une violation de la foi due aux actes (ni de la force obligatoire de la convention) dans le pourvoi. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle la Cour déclare le moyen irrecevable en ce qu'il conteste l'interprétation des juges d'appel.

21. En revanche, la Cour de cassation peut prendre connaissance des faits tels qu'ils ont été constatés et appréciés par le juge du fond pour vérifier si ce dernier en a légalement déduit la qualification retenue.⁸² Autrement dit,

elle ne peut contrôler les faits constatés et appréciés par le juge du fond pour interpréter la convention, mais elle peut contrôler la qualification juridique que le juge du fond a donnée à la convention en considération de ces faits. Et c'est précisément ce qu'elle a réalisé au terme de son arrêt du 27 avril 2020, en vérifiant si certaines caractéristiques mises en avant dans le pourvoi s'opposaient ou non à la qualification d'ouverture de crédit.

Ainsi, et c'est là tout l'enseignement de l'arrêt du 27 avril 2020, lorsqu'il ressort de l'interprétation d'une convention que celle-ci offre bel et bien au crédité la liberté de ne pas prélever le crédit et celle de prélever les fonds en plusieurs tranches, cette liberté (et la qualification d'ouverture de crédit qu'elle emporte, le cas échéant) n'est pas contredite par la déduction d'une indemnité si le montant du crédit n'est pas prélevé, ni par l'exigence de produire des justificatifs pour chaque prélèvement, ni par le fait qu'aucune reprise du crédit n'était possible sans le consentement de la banque, ni encore par la remise d'un tableau d'amortissement lorsque la convention prévoit l'établissement d'un nouveau tableau en l'absence de prélèvement intégral des fonds.

VII. Conclusion

Lorsque le juge du fond est amené à interpréter une convention de crédit en vue de sa qualification (ou de sa requalification, *supra*, n^{os} 11-13) en ouverture de crédit ou en prêt, la principale question qu'il doit se poser est la suivante : Les parties ont-elles eu la volonté qu'un montant fixe et déterminé soit mis à la disposition du crédité, dont il ferait intégralement usage, ou ont-elles eu la volonté que des fonds soient mis à sa disposition jusqu'à concurrence d'un plafond déterminé (*supra*, n^o 3), qu'il pouvait utiliser ou non (*supra*, n^o 5), en tout ou en partie, par un ou plusieurs prélèvements (*supra*, n^o 6) ?

Lorsqu'au terme de son interprétation souveraine de la convention (*supra*, n^o 20), le juge estime que les parties n'ont pas voulu d'emblée que l'intégralité du montant mis à disposition du crédité soit prélevée (*supra*, n^o 3), le crédité n'étant pas obligé d'utiliser le crédit (*supra*, n^o 5), et qu'il avait la possibilité de faire usage du crédit par un ou plusieurs prélèvements (*supra*, n^o 6), la qualification d'ouverture de crédit s'impose.

79. Les juges d'appel relèvent par ailleurs que le crédit a été prélevé en plusieurs tranches et n'a pas été prélevé dans sa totalité.

80. C. PARMENTIER, *Comprendre la technique de cassation*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 111. Pour plus de nuances sur l'évolution de la jurisprudence de la Cour à cet égard, voy. J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « La requalification judiciaire du contrat et des prétentions qui en découlent », *R.G.D.C.*, 2014/7, pp. 319 et s.

81. Traduction libre.

82. Au contraire de l'interprétation d'une convention, sa qualification ne relève pas de l'appréciation souveraine du juge de fond.

A cet égard, le fait qu'une indemnité soit prévue au contrat si le montant du crédit n'est pas prélevé ne s'oppose pas à la liberté de ne pas prélever les fonds (*supra*, n° 16) et le fait que la destination des fonds prélevés doit être démontrée ne contredit pas la liberté de les prélever (*supra*, n° 17). Cette liberté de prélèvement ne requiert par ailleurs pas qu'une reprise d'encours soit possible sans l'accord du donneur de crédit (*supra*, n° 18). Enfin, lorsque la convention prévoit l'établissement d'un nouveau tableau en l'absence de prélèvement intégral des fonds, le fait qu'un tableau d'amortissement ait été établi avant même que les fonds n'aient été intégralement prélevés ne contredit pas l'intention des parties de permettre au crédité de ne pas utiliser l'entièreté du crédit (*supra*, n° 19).

Lorsqu'au contraire le juge estime que les parties ont eu la volonté commune que le crédité prélève l'intégralité du montant mis à sa disposition, à charge pour celui-ci de restituer ce montant prêté, majoré d'un intérêt si cela est

convenu, le contrat répond à la qualification de prêt (*supra*, n° 2). Il ne se formera alors qu'au moment de la remise matérielle des fonds mis à la disposition du crédité (*supra*, n° 8). Les arrêts de cassation commentés n'écartent pas la possibilité que la formation du contrat de prêt soit précédée d'une promesse de prêt (*supra*, n° 8), ni n'éclairent la controverse relative à la qualification en prêts de crédits pouvant être prélevés en plusieurs tranches (*supra*, n°s 9-10). En revanche, dès lors qu'un contrat de crédit est qualifiable d'ouverture de crédit, le prélèvement de tout ou partie des fonds mis à disposition du crédité n'emportera pas la formation d'un contrat de prêt (*supra*, n° 10).

Voilà résumés les enseignements qui ressortent à notre estime des arrêts commentés. L'on sait par ailleurs qu'un arrêt est attendu en cette matière de la section francophone de notre Cour de cassation, qui éclairera sans doute encore l'épineuse problématique qui entoure la qualification de certains contrats de crédit.