

Cour de cassation de Belgique

Arrêt

N° C.21.0036.F

CRELAN, société anonyme, dont le siège est établi à Anderlecht, boulevard Sylvain Dupuis, 251, inscrite à la banque-carrefour des entreprises sous le numéro 0205.764.318,

demanderesse en cassation,

représentée par Maître Gilles Genicot, avocat à la Cour de cassation, dont le cabinet est établi à Liège, rue de Chaudfontaine, 11, où il est fait élection de domicile,

contre

SERVIGEL, société anonyme, dont le siège est établi à Marche-en-Famenne, rue Béverée, 7, inscrite à la banque-carrefour des entreprises sous le numéro 0447.585.120,

défenderesse en cassation,

représentée par Maître Ann Frédérique Belle, avocat à la Cour de cassation, dont le cabinet est établi à Bruxelles, avenue Louise, 453, où il est fait élection de domicile.

I. La procédure devant la Cour

Le pourvoi en cassation est dirigé contre l'arrêt rendu le 22 avril 2020 par la cour d'appel de Liège.

Le conseiller Marie-Claire Ernotte a fait rapport.

L'avocat général Thierry Werquin a conclu.

II. Les moyens de cassation

Dans la requête en cassation, jointe au présent arrêt en copie certifiée conforme, la demanderesse présente deux moyens.

III. La décision de la Cour

Sur le premier moyen :

Quant à la première branche :

Le moyen, qui, en cette branche, fait grief à l'arrêt attaqué, qui n'en reproduit que partiellement les termes, de violer la foi due à la lettre du 23 mars 2016 dont la copie jointe à la requête en cassation porte la mention « copie certifiée conforme » mais n'est pas revêtue de la mention de sa conformité à la pièce produite devant la cour d'appel, est irrecevable.

Quant à la seconde branche :

L'arrêt considère que, dans la lettre du 23 mars 2016, « la question du versement de l'indemnité de emploi [...] n'est abordée que comme la conséquence [du] remboursement anticipé, et non comme une condition préalable à celui-ci », et que le « seul examen des termes 'nous pouvons vous reconfirmer que [la demanderesse] a marqué son accord pour ce remboursement anticipatif [et elle] est en droit de réclamer ce *funding loss* étant donné qu'il s'agit d'un remboursement anticipé hors période prévue contractuellement' » révèle « son accord non conditionnel sur le principe du remboursement anticipé, [...] par ailleurs confirmé par l'attitude de [la demanderesse] dans le décompte adressé au notaire, lequel ne reprend nullement le montant [...] présenté comme étant le préjudice restant dû complémentaire à l'indemnité de emploi, suite au prétendu non-respect par [la défenderesse] de l'interdiction contractuelle de remboursement anticipé, montant qu'elle n'a réclaté pour la première fois qu'en instance ».

Par ces considérations, l'arrêt donne à connaître que, nonobstant les stipulations contractuelles, la demanderesse a marqué son accord sur un remboursement anticipé du crédit sans le conditionner à l'acceptation préalable par la défenderesse du paiement d'une indemnité de emploi.

Il reconnaît ainsi à la convention l'effet, que, dans l'interprétation, vainement critiquée par le moyen, en sa première branche, qu'il en donne, elle a légalement entre les parties.

Le moyen, en cette branche, ne peut être accueilli.

Sur le second moyen :

Quant à la première branche :

Aux termes de l'article 1892 de l'ancien Code civil, le prêt de consommation est un contrat par lequel l'une des parties livre à l'autre une certaine quantité de choses qui se consomment par l'usage, à la charge par cette dernière de lui en rendre autant de même espèce et qualité.

Le caractère réel du contrat de prêt ne fait pas obstacle à ce que les parties s'engagent préalablement par une promesse réciproque à livrer la chose et à l'accepter, laquelle se dénoue en un prêt par la remise de la chose.

Lorsque la promesse réciproque porte sur une certaine quantité de choses, il ne s'oppose pas davantage à ce que la remise de ces choses soit échelonnée et modifie au fur et à mesure l'objet du prêt.

Le moyen, qui, en cette branche, est tout entier fondé sur le soutènement contraire, manque en droit.

Quant à la seconde branche :

L'arrêt constate qu'« en date du 6 novembre 2007, [la demanderesse] et [la défenderesse] ont conclu une convention d'ouverture de crédit pour un montant de 600.000 euros ».

Examinant les « critères traditionnellement avancés pour distinguer la convention d'ouverture de crédit du prêt », dont « l'immédiateté de la mise à disposition des fonds », « l'unicité ou la pluralité de la ou des remises de fonds » et « le caractère non réutilisable de l'ouverture de crédit » qu'il ne retient pas comme déterminants, l'arrêt considère en revanche que « la seule véritable caractéristique de l'ouverture de crédit tient [...] à la liberté du crédit de prélever ou non le crédit, en tout ou en partie, et de choisir le moment du prélèvement », ce qui constitue « le critère essentiel de la définition de l'ouverture de crédit, voire son seul véritable trait caractéristique ». Il relève à cet égard que, « là où cette liberté devait être totale pour la doctrine classique, la pratique bancaire a démontré qu'elle pouvait, dans certaines circonstances, être très encadrée », ce qui a conduit des juges à « requalifier une ouverture de crédit en un contrat de prêt après avoir constaté *in concreto* que la liberté de prélèvement était par trop restreinte, voire inexistante ».

Il relève, d'une part, qu'aux termes de l'article 2 de la convention, « ce crédit d'investissement, utilisable par les crédités, est destiné à financer l'achat et la rénovation [d'un] immeuble d'habitation et commercial ; les crédités sont tenus

d'utiliser le crédit dans un délai de 9 mois [...] à partir de la date de signature du présent contrat de crédit ; une commission de réservation de 0,1000 p.c. par mois est portée en compte pour le montant non utilisé », d'autre part, que « l'article 20 des conditions générales des crédits [...] énonce [que, au point] '20.2., le crédit doit être utilisé aux fins pour lesquelles il a été octroyé, [que, au point] 20.4., les crédités ont la faculté d'utiliser ou de ne pas utiliser le crédit d'investissement [et que], dans chacun des cas suivants, une indemnité égale à six mois d'intérêts, calculée au taux du crédit d'investissement, sur le montant non prélevé du crédit, sera due : pendant la période de prélèvement convenue du crédit, dès le moment où les crédités font part de leur intention de ne plus utiliser le crédit, en tout ou en partie ; ou, même si la période de prélèvement n'est pas écoulée, lorsqu'il apparaît que les crédités ne pourront honorer en temps voulu les conditions convenues pour la mise à disposition du crédit ; ou, si le crédit n'a pas été prélevé, en tout ou en partie et pour quelque raison que ce soit, à l'expiration de la période de prélèvement convenue entre les parties, même si cette situation est imputable à des liens ou à des faits étrangers à la volonté des crédités' ».

Il en déduit que la défenderesse était « tenue contractuellement d'utiliser le crédit endéans les neuf mois », celui-ci étant « destiné à financer uniquement l'acquisition et la rénovation d'un immeuble, [...] formant une opération unique [...] qui doit être considérée comme le seul objet du crédit ».

En considérant, sur la base de ces énonciations, que « le crédit d'investissement consenti doit être qualifié de contrat de prêt », « cette qualification [s'imposant] à toute autre compte tenu des caractéristiques observées *in concreto* » dès lors que la défenderesse était en réalité tenue de prélever l'intégralité des fonds, l'arrêt reconnaît à la convention l'effet qu'elle a légalement entre les parties.

Et la violation prétendue des autres dispositions légales visées au moyen, en cette branche, est tout entière déduite de celle vainement alléguée de l'article 1134 de l'ancien Code civil.

Le moyen, en cette branche, ne peut être accueilli.

Par ces motifs,

La Cour

Rejette le pourvoi ;

Condamne la demanderesse aux dépens.

Les dépens taxés à la somme de cinq cent vingt-trois euros vingt-neuf centimes envers la partie demanderesse, y compris la somme de vingt euros au profit du fonds budgétaire relatif à l'aide juridique de deuxième ligne, et à la somme de six cent cinquante euros due à l'État au titre de mise au rôle.

Ainsi jugé par la Cour de cassation, première chambre, à Bruxelles, où siégeaient le président de section Michel Lemal, les conseillers Marie-Claire Ernotte, Sabine Geubel, Ariane Jacquemin et Marielle Moris, et prononcé en audience publique du onze février deux mille vingt-deux par le président de section Michel Lemal, en présence de l'avocat général Thierry Werquin, avec l'assistance du greffier Patricia De Wadripont.

P. De Wadripont

M. Moris

A. Jacquemin

S. Geubel

M.-Cl. Ernotte

M. Lemal

Requête

1^{er} feuillet

REQUETE EN CASSATION

Pour : la **S.A. CRELAN**, dont le siège social est établi à 1070
Bruxelles

(Anderlecht), boulevard Sylvain Dupuis, 251, inscrite à la BCE sous le
n° 0205.764.318,

demanderesse,

assistée et représentée par Me Gilles Genicot, avocat à
la Cour de cassation, dont le cabinet est établi à 4020
Liège, rue de Chaudfontaine, 11, où il est fait élection de
domicile,

Contre : la **S.A. SERVIGEL**, dont le siège social est établi à 6900 Marche-
en-

Famenne, rue Béverée, 7, inscrite à la BCE sous le n° 0447.585.120,
ayant fait élection de domicile en l'étude de l'Huissier de Justice Gretl
Victor, remplaçant Me Luc Verhulst, Huissier de Justice de résidence à
1150 Woluwe-Saint-Pierre, rue des Bannières, 28,

défenderesse.

A Mesdames et Messieurs les Premier Président, Présidents et Conseillers
composant la Cour de cassation,

Mesdames, Messieurs,

La demanderesse a l'honneur de déférer à votre censure l'arrêt rendu
contradictoirement entre les parties par la septième chambre civile A de la cour
d'appel de Liège le 22 avril 2020 (n° 2019/RG/316).

Les faits et antécédents de la cause, tels qu'ils ressortent des pièces
auxquelles votre Cour peut avoir égard, peuvent être ainsi brièvement résumés.

2^{ème} feuillet

Les parties sont liées par une convention dénommée "contrat de
crédit", conclue le 6 novembre 2007 par la défenderesse auprès de la
demanderesse (à l'époque s.a. Centea). Aux termes de l'article 1^{er} de ce
contrat, "la banque accorde une ouverture de crédit de 610 000,00 EUR
portant le numéro 852-1383155-85. Les Conditions générales des crédits en
annexe – version 23-10-2006 – y sont applicables". Il s'agit en l'occurrence
d'un crédit d'investissement d'un montant de, d'une part, 125.000 € et,

d'autre part, 485.000 €, visant à financer l'achat et la rénovation d'un immeuble d'habitation et commercial. L'article 20.5 desdites conditions générales dispose que "les crédits à taux fixe (non révisable) ne sont pas remboursables par anticipation sur base volontaire" et qu'"en cas de remboursement anticipé volontaire (...), une indemnité de remploi actuarielle est due à titre de réparation de la perte de revenus que la banque subit en raison du remboursement anticipé".

En 2015, la défenderesse a demandé à la demanderesse si elle accepterait de déroger à cette interdiction. La demanderesse a répondu, par courrier du 2 septembre 2015, que, dans ce cas, l'indemnité de remploi prévue (*funding loss*) serait due, à concurrence de 117.790 €, et qu'en cas de remboursement anticipé complet du crédit, la défenderesse était priée d'approvisionner à suffisance son compte bancaire et de renvoyer le double de ladite lettre signé pour accord.

La défenderesse ne donna pas suite à cette proposition mais ses conseils interrogèrent la demanderesse pour obtenir davantage d'informations quant au mode de calcul de l'indemnité de remploi. La demanderesse leur répondit, par lettre du 23 mars 2016, que "la banque peut (...) toujours accepter que l'emprunteur rembourse son crédit en dehors des conditions prévues dans le contrat. A ce moment-là, la banque peut déterminer les conditions de son agrément et demander la réparation du dommage subi".

Dans ce même courrier, la demanderesse écrivit aux conseils de la défenderesse : "Votre cliente souhaite faire un remboursement anticipatif et en même temps limiter l'indemnité de rupture du contrat lors de ce remboursement anticipatif. Nous pouvons vous reconfirmer que Crelan a marqué son accord pour ce remboursement anticipatif. Vu ce qui précède, Crelan est en droit de réclamer ce *funding Loss* étant donné qu'il s'agit d'un remboursement anticipé hors période prévue contractuellement. Après concertation et analyse des différents éléments de la relation contractuelle avec la (défenderesse), nous sommes au regret de vous informer que Crelan

n'est pas disposée à octroyer de geste commercial et qu'elle reste sur sa position en ce qui concerne la comptabilisation de l'indemnité".

COPIE NON CORRIGÉE

3^{ème} feuillet

Début 2017, la défenderesse demanda à nouveau à la demanderesse si elle accepterait de déroger à l'interdiction contractuelle de remboursement anticipé et volontaire, à l'occasion de la revente, qu'elle projetait, de l'immeuble visé par le crédit. Le conseil de la défenderesse indiqua à la demanderesse, dans un courriel du 27 mars 2017, "que l'opération immobilière qui sera menée à son terme n'équivaut pas (à) une acceptation du décompte et des intérêts (Funding Loss) exorbitants réclamés par (celle-ci)".

La revente de l'immeuble ayant eu lieu le 29 mars 2017, la défenderesse procéda via son notaire, le 4 avril 2017, au remboursement anticipé du crédit, en ce compris l'indemnité de remploi (*funding loss*) sollicitée par la demanderesse, qui s'élevait alors à 105.717 €.

Par exploit du 30 janvier 2018, la défenderesse a cité la demanderesse devant le tribunal de l'entreprise de Liège, division Marche-en-Famenne, en vue d'obtenir la requalification du contrat litigieux en prêt à intérêts, soumis dès lors à l'article 1907bis du Code civil, et, en conséquence, le remboursement de l'indemnité de *funding loss* versée, en ce qu'elle excède six mois d'intérêts. La demanderesse forma une demande reconventionnelle postulant la condamnation de la défenderesse à lui payer la somme de 14.537,37 € à titre de dommages et intérêts complémentaires.

Par jugement du 21 février 2019, la deuxième chambre du tribunal a reçu la demande, l'a déclarée fondée, a condamné la demanderesse à rembourser à la défenderesse la somme de 96.504,74 € en principal et a débouté la demanderesse de sa demande reconventionnelle.

La demanderesse interjeta appel par requête déposée le 18 mars 2019, chacune des parties maintenant ses prétentions.

L'arrêt attaqué reçoit l'appel, le dit non fondé, confirme le jugement entrepris et condamne la demanderesse aux dépens d'appel de la défenderesse, liquidés à la somme de 3.600 €.

A l'encontre de cet arrêt, la demanderesse croit pouvoir proposer les moyens suivants.

COPIE NON CORRIGÉE

4^{ème} feuillet

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Dispositions légales violées

- l'article 1134, spécialement alinéas 1^{er} et 2, de l'ancien Code civil;
- les articles 1319, 1320 et 1322 de l'ancien Code civil, avant leur abrogation par la loi du 13 avril 2019 portant création d'un Code civil et y insérant un livre 8 "La preuve".

Décision critiquée

L'arrêt attaqué reçoit l'appel, le dit non fondé et, par confirmation du jugement entrepris et faisant droit à la demande de la défenderesse, *"condamne la (demanderesse) à payer à la (défenderesse) la somme de 105.717 EUR sous déduction de l'indemnité de emploi limitée à six mois d'intérêts (9.212,26 EUR), soit un montant de 96.504,74 EUR"* en principal, majoré des intérêts judiciaires et des dépens.

Cette décision s'appuie sur tous les motifs de l'arrêt réputés ici intégralement reproduits et, en particulier, sur les motifs que :

"A l'appui de son recours, la (demanderesse) fait valoir en synthèse que les parties n'ont pas dérogé de commun accord à l'interdiction contractuelle de remboursement anticipé et volontaire du crédit et qu'elle pouvait proposer à (la défenderesse) d'y déroger moyennant notamment le versement d'une indemnité de funding loss, le contrat litigieux devant être qualifié d'ouverture de crédit et non de prêt.

Sur le moyen pris d'une prétendue violation contractuelle par (la défenderesse) de l'interdiction contractuelle de remboursement anticipé et volontaire du crédit, (la demanderesse) ne saurait se prévaloir de l'article 20.5.a) des conditions générales des crédits (version d.d. 23.10.2016).

En effet, le courrier qu'elle a adressé le 23 mars 2016 au conseil de (la défenderesse) est dénué de toute ambiguïté quant à son accord non-conditionnel sur le principe du remboursement anticipé au seul examen des termes «Nous pouvons vous reconfirmer que (la demanderesse) a marqué son accord pour ce remboursement anticipatif.

Vu ce qui précède, (la demanderesse) est en droit de réclamer ce funding loss étant donné qu'il s'agit d'un remboursement anticipé hors période prévue contractuellement.

[...]

nous sommes au regret de vous informer que (la demanderesse) n'est pas disposée à octroyer de geste commercial et qu'elle reste sur sa position en ce qui concerne la comptabilisation de l'indemnité [...].».

5^{ème} feuillet

La question du versement de l'indemnité de emploi (funding loss) n'est abordée que comme la conséquence de ce remboursement anticipé et non comme une condition préalable à celui-ci.

Cet accord se trouve par ailleurs confirmé par l'attitude de la banque dans le décompte adressé au notaire, lequel ne reprend nullement le montant de 14.537,37 €, montant présenté comme étant le préjudice restant dû complémentaire à l'indemnité de emploi, suite au prétendu non-respect par

(la défenderesse) de l'interdiction contractuelle de remboursement anticipé, montant qu'elle n'a réclamé pour la première fois qu'en instance.

L'argument de la banque est dénué de tout fondement".

Griefs

Première branche

Dans son courrier du 23 mars 2016 adressé aux conseils de la défenderesse, auquel l'arrêt attaqué se réfère, la demanderesse écrivit que "la banque peut (...) toujours accepter que l'emprunteur rembourse son crédit en dehors des conditions prévues dans le contrat. A ce moment-là, la banque peut déterminer les conditions de son agrément et demander la réparation du dommage subi". Elle indiqua ensuite aux conseils de la défenderesse :

"Votre cliente souhaite faire un remboursement anticipatif et en même temps limiter l'indemnité de rupture du contrat lors de ce remboursement anticipatif. Nous pouvons vous reconfirmer que Crelan a marqué son accord pour ce remboursement anticipatif. Vu ce qui précède, Crelan est en droit de réclamer ce funding Loss étant donné qu'il s'agit d'un remboursement anticipé hors période prévue contractuellement. Après concertation et analyse des différents éléments de la relation contractuelle avec la (défenderesse), nous sommes au regret de vous informer que Crelan n'est pas disposée à octroyer de geste commercial et qu'elle reste sur sa position en ce qui concerne la comptabilisation de l'indemnité".

Ce courrier "reconfirme", ainsi qu'il l'énonce, le précédent courrier de la demanderesse du 2 septembre 2015, qui indiquait à la défenderesse qu'en cas de dérogation à l'interdiction conventionnelle de remboursement anticipé et volontaire, l'indemnité de emploi prévue (*funding loss*) serait due, et qui invitait la défenderesse à renvoyer le double de ladite lettre signé pour accord, ce qu'elle ne fit pas.

COPIE NON CORRIGÉE

6^{ème} feuillet

Il résulte de son courrier du 23 mars 2016 que l'accord de la demanderesse "*sur le principe du remboursement anticipé*" était, non pas "*non-conditionnel*", mais au contraire conditionné par le versement d'une indemnité de *funding loss* que la demanderesse y indique être "en droit de réclamer (...) étant donné qu'il s'agit d'un remboursement anticipé hors période prévue contractuellement", en précisant "qu'elle reste sur sa position en ce qui concerne la comptabilisation de l'indemnité".

En lisant dans ce courrier du 23 mars 2016 l'expression, par la demanderesse, de "*son accord non-conditionnel sur le principe du remboursement anticipé*", et en considérant que "*la question du versement de l'indemnité de remploi (funding loss) n'est abordée que comme la conséquence de ce remboursement anticipé et non comme une condition préalable à celui-ci*", alors qu'elle y est présentée comme l'une des "conditions de (l')agrément" de la banque moyennant lesquelles elle pourrait "accepter que l'emprunteur rembourse son crédit en dehors des conditions prévues dans le contrat", l'arrêt attaqué omet d'y lire le contenu qui y figure.

Il méconnaît, partant, la foi due audit courrier (violation des articles 1319, 1320 et 1322 de l'ancien Code civil, avant leur abrogation par la loi du 13 avril 2019 visée au moyen).

Seconde branche

En vertu de l'article 1134, alinéas 1^{er} et 2, de l'ancien Code civil, les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise.

Ainsi que la demanderesse le soulignait dans ses conclusions de synthèse d'appel (pp. 4-7), le remboursement anticipé et volontaire du crédit litigieux était en l'espèce contractuellement interdit, ce dont elle déduisait que si, durant le cours de ce contrat, les parties souhaitaient déroger à cette interdiction, elles devaient conclure une nouvelle convention, en application de l'article 1134, alinéa 2, précité, par laquelle elles eussent permis à la défenderesse de procéder à ce remboursement anticipé et volontaire, en dérogeant de commun accord à ladite interdiction contractuelle.

La demanderesse a certes proposé à la défenderesse de déroger de commun accord à cette interdiction contractuelle de remboursement anticipé, moyennant le versement de l'indemnité de *funding loss* qu'elle indiquait, mais cette proposition n'a jamais été acceptée par la défenderesse.

7^{ème} feuillet

Aucune convention dérogeant, sur ce point, au contrat faisant la loi des parties n'a dès lors été conclue, à défaut d'accord inconditionnel et sans réserve entre parties sur toutes les conditions essentielles d'une telle convention, en ce compris le versement par la défenderesse d'une indemnité de remploi (*funding loss*) supérieure à six mois d'intérêts, ce que la défenderesse n'a jamais accepté.

Il en résulte qu'en l'absence de *mutuus dissensus*, il n'a pas été dérogé à l'interdiction conventionnelle de remboursement anticipé et volontaire, laquelle faisait la loi des parties.

En se bornant à relever, dans le chef de la demanderesse, un prétendu "*accord non-conditionnel sur le principe du remboursement anticipé*", sans constater que la défenderesse aurait elle-même marqué son accord sur l'indemnité de *funding loss* que la demanderesse était, corrélativement, contractuellement en droit d'exiger, l'arrêt attaqué autorise ainsi la défenderesse à s'affranchir unilatéralement "*de l'interdiction contractuelle de remboursement anticipé et volontaire du crédit*". Il viole, partant, l'article 1134, alinéas 1^{er} et 2, de l'ancien Code civil.

Développements

La demanderesse croit pouvoir se référer, notamment, à un arrêt de la cour d'appel de Gand du 28 novembre 2018 (R.A.B.G., 2019, p. 393). D'autres décisions, inédites, statuent dans le même sens (p.ex. Trib. entr. néerlandophone Bruxelles, 7 janvier 2021, R.G. n° A/19/01404). L'arrêt précité est approuvé en doctrine. Ainsi D. Blommaert et J. Benoot écrivent-ils (De vervroegde terugbetaling van commerciële kredieten: *it's all about perspective*, R.A.B.G., 2019, p. 412, ici pp. 416-417) que :

"Het hof overweegt terecht dat in dit geval een nieuwe, aanvullende overeenkomst tot stand komt tussen de partijen. Dit is immers een toepassing van het gemeenrechtelijke principe van de beëindiging van een overeenkomst van bepaalde duur door *mutuus dissensus*. Hierdoor komt een nieuwe,

zelfstandige overeenkomst tot stand wat betreft de beëindiging van de bestaande overeenkomst. Deze nieuwe overeenkomst dient te voldoen aan de voorwaarden van artikelen 1108 *et seq.* van het Burgerlijk Wetboek. (...) Het voorwerp van deze nieuwe overeenkomst bestaat enerzijds uit de uitdoving van de bestaande verbintenissen, en anderzijds uit de vergoeding die de kredietgever daar als tegenprestatie tegenoverstelt, en die door de kredietnemer wordt aanvaard en betaald. Beiden zijn essentiële elementen van de nieuwe overeenkomst. Over deze essentiële elementen dient wilsovereenstemming te bestaan. Terecht stelt het hof dat één van de partijen hierop nadien niet kan terugkomen".

8^{ème} feuillet

SECOND MOYEN DE CASSATION

Dispositions légales violées

Les articles 1134, spécialement alinéa 1^{er}, 1874, 1892, 1893, 1905 et 1907*bis* de l'ancien Code civil.

Décision critiquée

L'arrêt attaqué reçoit l'appel, le dit non fondé et, par confirmation du jugement entrepris et faisant droit à la demande de la défenderesse, *"condamne la (demanderesse) à payer à la (défenderesse) la somme de 105.717 EUR sous déduction de l'indemnité de emploi limitée à six mois d'intérêts (9.212,26 EUR), soit un montant de 96.504,74 EUR"* en principal, majoré des intérêts judiciaires et des dépens.

Cette décision s'appuie sur tous les motifs de l'arrêt réputés ici intégralement reproduits et, en particulier, sur les motifs que :

"Par ailleurs, les premiers juges ont adéquatement constaté que le crédit litigieux doit s'analyser comme un prêt à intérêts.

Pour rappel, il s'impose à la cour de qualifier l'acte juridique soumis à son examen en s'appuyant sur les caractéristiques intrinsèques de l'acte et la volonté réelle des parties, sans qu'elle soit tenue par l'intitulé que celles-ci lui ont donné.

«Si le juge n'est pas tenu par la qualification donnée par les parties au contrat, celle-ci constitue néanmoins une indication importante sur leur volonté commune. Dès lors, selon la jurisprudence de la Cour de cassation, "lorsque les éléments soumis à son appréciation ne permettent pas d'exclure la qualification donnée par les parties à la convention qu'elles ont conclue, le juge ne peut y substituer une qualification différente" (...) le juge ne pourrait écarter la qualification de louage d'ouvrage en se fondant sur des éléments qui ne sont pas incompatibles avec ce contrat, même si ces éléments pourraient par ailleurs conduire à une qualification différente» (Van OMMESLAGHE, P., Les obligations, vol. 1, Introduction – Source des obligations, Bruylant, 2013, p. 638 et s., n° 407 et 408).

La cour a déjà jugé :

Le prêt à intérêt est un contrat par lequel le prêteur remet une chose – en l'espèce une somme d'argent – à l'emprunteur, à charge pour celui-ci de restituer le montant prêté et de payer l'intérêt convenu.

9^{ème} feuillet

L'ouverture de crédit est «la convention par laquelle une personne – très généralement un banquier (le créancier) s'engage pendant un temps fixé à mettre à la disposition du client (le crédit) des fonds, jusqu'à concurrence de la somme convenue. Tandis que le créancier est irrévocablement tenu de remplir sa promesse, la réalisation de l'avance selon les modes prévus est subordonnée à la demande de l'emprunteur, qui en fera usage s'il en a besoin» (Fredericq, L., Droit commercial belge, t. IX, 1952, Gand, Fechey, p. 271).

L'un des critères traditionnellement avancés pour distinguer la convention d'ouverture de crédit du prêt est l'immédiateté de la mise à disposition des fonds.

«Ce critère repose sur la définition classique du prêt comme étant un contrat réel, par opposition au caractère consensuel de l'ouverture de crédit. Puisque le contrat de prêt n'est valablement formé que par la remise des fonds, une opération de crédit ne prévoyant qu'une mise à disposition ultérieure ne pourrait pas être qualifiée de prêt.

Cet argument est contesté par Madame Biquet-Mathieu, qui relève que le prêt, même envisagé comme un contrat réel, n'implique nullement "par sa nature" une simultanéité entre l'accord initial et la remise des fonds prêtés. Une telle exigence n'a d'ailleurs jamais été formulée à l'égard du gage ou de la donation, qui ne sont nullement invalidés par une remise retardée de la chose (n'ayant pour effet que de retarder la formation effective du contrat).

En tout état de cause, il est très largement admis que ce critère doit s'apprécier avec souplesse, sous peine d'éliminer totalement la figure du prêt

dans des relations bancaires, où il existe toujours un certain décalage entre la conclusion du contrat et la remise des fonds. A l'inverse, la concomitance de la remise des fonds n'est pas non plus incompatible avec la qualification de l'opération en une ouverture de crédit» (Alter, C. et Van Muylen, L., «Article 1907 bis du Code civil et (re)qualification de l'ouverture de crédit», R.D.C.-T.B.H., 2015, p. 193-197, n° 6).

L'unicité ou la pluralité de la ou des remises de fonds ne constitue pas un critère déterminant. Il est tout à fait concevable que les fonds faisant l'objet d'une ouverture de crédit soient prélevés en une seule fois.

Il en est de même en ce qui concerne le caractère non réutilisable de l'ouverture de crédit.

«Reconnaissant, ensuite, que le contrat d'ouverture de crédit non réutilisable présente "d'importantes analogies" avec le contrat de prêt, la Cour constitutionnelle a toutefois considéré qu'il ne "s'y assimile toutefois pas parfaitement", ni d'un point de vue juridique, ni d'un point de vue économique et que les similitudes existant entre ces deux contrats ne sont pas de nature, à elles seules, à imposer au législateur d'étendre la mesure dérogatoire au droit commun des obligations, prévue à l'article 1907bis du Code civil, à tout type de contrat analogue, sans égard pour le contexte économique particulier dans lequel il y fait recours» (Weinberger, M.O., «Funding loss ... in translation, Dr., banc. fin., 2014., n° 38).

10^{ème} feuillet

«La seule véritable caractéristique de l'ouverture de crédit tient (...) à la liberté du crédit de prélever ou non le crédit, en tout ou partie, et de choisir le moment du prélèvement, tandis que dans le cadre d'un prêt, c'est au prêteur qu'appartient l'initiative. (...) l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 7 août 2013 retient également la latitude laissée au crédit comme critère distinctif de l'ouverture de crédit» (Weinberger, M.-D., o.c., n° 51).

La Cour constitutionnelle précise en effet que dans le cadre de l'ouverture de crédit, les fonds «peuvent être utilisés lorsque et dans la mesure où [le crédit] le jugerait nécessaire» (C. Const., n° 119/2013, 7 août 2013, considérant B.4).

«Ce qui caractériserait une ouverture de crédit par rapport à un prêt serait que dans la première, le crédit 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 second, le crédit ne dispose d'aucune latitude quant au prélèvement des fonds.

Cette caractéristique relative à la liberté dont dispose le crédit de prélever les fonds à sa guise semble effectivement consacrée par la doctrine comme étant le critère essentiel de la définition de l'ouverture de crédit, voire son seul véritable trait caractéristique par rapport au contrat de prêt.

Là où cette liberté devait être totale pour la doctrine classique, la pratique bancaire a démontré qu'elle pouvait, dans certaines circonstances, être très encadrée, par l'effet de l'inclusion dans le contrat soit d'une période de prélèvement plus ou moins courte, soit d'une indemnité due en cas de non-utilisation de tout ou partie du crédit.

C'est sur cette base que certaines décisions ont pu requalifier une ouverture de crédit en un contrat de prêt, après avoir constaté, in concreto, que la liberté de prélèvement était par trop restreinte, voire inexistante» (Alter, C. et Van Muylen, L., o.c., n° 8).

Il semble pouvoir se déduire de l'arrêt rendu le 27 octobre 2011 par la Cour de cassation que «la qualification de prêt semble pouvoir être retenue sur la base de la constatation que le crédit ne dispose pas d'une (réelle) liberté de prélèvement et ce, sans qu'il soit requis de constater ni le caractère unique de la remise, ni le caractère immédiat de celle-ci» (C.11.0127.N, Dr. Banc. Fin., 2014, p. 42 ; Weinberger, M.-D., o.c., n° 55).

«Selon la Cour de cassation : "Une ouverture de crédit confère au crédit un droit personnel de faire usage, à sa demande, de la ligne de crédit accordée par la convention de crédit". Et la Cour d'ajouter qu'aussi longtemps que le crédit n'a pas manifesté sa volonté d'user du droit qui lui est conféré, il n'existe dans son chef aucune créance contre la banque susceptible d'être saisie. De cet arrêt, il ressort que le créancier est définitivement engagé à l'égard du crédit à libérer le crédit si celui-ci décide d'en faire usage. Le crédit 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.

COPIE NON CORRIGÉE

11^{ème} feuillet

L'exemple typique de l'ouverture de crédit ainsi définie est celle qui se réalise par la voie d'un découvert en compte à vue ou inhérente à l'utilisation d'une carte de crédit. Elle est très souvent revolving en ce sens que si les montants prélevés ont été apurés, ils peuvent être utilisés à nouveau par le crédité sans qu'il soit besoin d'un nouvel accord du créateur. L'ouverture de crédit qui se réalise par la voie d'un découvert en compte à vue ou inhérente à l'utilisation d'une carte de crédit paraît bien se distinguer du contrat de prêt. Il faut décider que les articles 1907 et suivants ne s'y appliquent pas» (Biquet-Mathieu Ch., «Crédit hypothécaire et crédit d'investissement – Indemnités, frais et pénalités», R.F.D.L., 2015, n° 6 ; Liège, 7^{ème} chambre, 6 février 2019, 2017/RG/1091).

«Certaines ouvertures de crédit ne sont pas exclusives de la qualification de prêt. Tel est le cas (...) lorsque le crédité ne dispose pas d'une réelle liberté quant au prélèvement ou à l'utilisation du crédit qui lui est consenti» (Biquet-Mathieu, Ch., o.c., n° 5).

«L'ouverture de crédit par découvert en compte doit (...) être distinguée des crédits pour lesquels le crédité ne dispose pas de liberté quant à l'utilisation ou au prélèvement du crédit. Tel est assurément le cas lorsque le créateur n'accepte de délivrer le montant du crédit que pour financer l'acquisition d'un immeuble donné ou d'un bien d'investissement donné, cela uniquement au jour de l'acquisition ou de la signature des actes. Cette absence de liberté est tout aussi patente lorsque le crédit consenti est destiné à rembourser un précédent crédit et son montant ainsi imputé par la banque. Il convient alors de retenir la qualification de prêt» (Ibidem, n° 8).

En l'occurrence, la convention litigieuse énonçait en son article 2 : «Ce crédit d'investissement, utilisable par les crédités, est destiné à financer : achat et rénovation immeuble d'habitation et commercial.

Les crédités sont tenus d'utiliser le crédit dans un délai de 9 mois. Cette période prend cours à partir de la date de signature du présent contrat de crédit.

Une commission de réservation de 0, 10000 % par mois est portée en compte pour le montant non utilisé».

L'article 20 des conditions générales des crédits auxquelles se rapportent le crédit litigieux énonce :

«20.1 L'ouverture de crédit est suspendue à concurrence des remboursements du crédit d'investissement jusqu'à ce qu'une nouvelle forme d'utilisation soit convenue de commun accord entre la banque et les crédités [...].

20.2. [...] Le crédit doit être utilisé aux fins pour lesquelles il a été octroyé.

[...]

20.3. A l'expiration de la période convenue entre les parties, la commission de réservation stipulée sera due à la fin de chaque mois civil sur la partie non prélevée du crédit à cette date.

20.4. Les crédités ont la faculté d'utiliser ou de pas utiliser le crédit d'investissement. Si les crédités décident d'utiliser le crédit, celui-ci doit être entièrement prélevé au plus tard à la date convenue entre les parties. Dans chacun des cas suivants, une indemnité égale à six mois d'intérêts, calculée, au taux du crédit d'investissement, sur le montant non prélevé du crédit, sera due :

12^{ème} feuillet

- pendant la période de prélèvement convenue du crédit dès le moment où les crédités font part de leur intention de ne plus utiliser le crédit, en tout ou en partie;

- ou même si la période de prélèvement n'est pas écoulée, lorsqu'il apparaît que les crédités ne pourront honorer en temps voulu les conditions convenues pour la mise à disposition du crédit ;

- ou, si le crédit n'a pas été prélevé, en tout en ou partie et pour quelque raison que ce soit, à l'expiration de la période de prélèvement convenue entre les parties, même si cette situation est imputable à des liens ou à des faits étrangers à la volonté des crédités. [...]» (dossier SA CRELAN, pièce 2).

A l'instar des premiers juges, la cour ne peut que relever que le crédit d'investissement était destiné à financer uniquement l'acquisition et la rénovation d'un immeuble, (la défenderesse) étant tenue contractuellement d'utiliser le crédit endéans les neuf mois, formant une opération unique. Celle-ci doit être considérée comme le seul objet du crédit.

Dans ces conditions, il résulte de l'ensemble des considérations qui précèdent que le crédit d'investissement consenti doit être qualifié de contrat de prêt dont les caractéristiques sont compatibles avec l'opération convenue ; cette qualification s'impose en l'espèce, par préférence à toute autre, compte tenu des caractéristiques observées in concreto".

Griefs

Aux termes de l'article 1874 de l'ancien Code civil, le prêt des choses qui se consomment par l'usage qu'on en fait – et dont l'emprunteur devient le propriétaire par l'effet du prêt, ainsi que l'indique l'article 1893 dudit code – s'appelle prêt de consommation ou simplement prêt.

En vertu de l'article 1892 de l'ancien Code civil, le prêt de consommation est un contrat par lequel l'une des parties livre à l'autre une certaine quantité de choses qui se consomment par l'usage, à la charge par cette dernière de lui en rendre autant de même espèce et qualité. L'article 1905 dudit code précise qu'il est permis de stipuler des intérêts pour simple prêt, soit d'argent, soit de denrées ou d'autres choses mobilières.

L'article 1907^{bis} du même code dispose que, lors du remboursement total ou partiel d'un prêt à intérêt, il ne peut en aucun cas être réclamé au débiteur, indépendamment du capital remboursé et des intérêts échus, une indemnité de

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

13^{ème} feuillet

Il est constant que cette dernière disposition ne s'applique qu'aux contrats susceptibles d'être qualifiés de prêt à intérêt, et non aux conventions d'ouverture de crédit.

Au regard des dispositions légales précitées, le prêt se définit comme un contrat unilatéral par lequel le prêteur met une certaine somme d'argent à la disposition de l'emprunteur avec l'obligation de la restituer, majorée des intérêts si cela a été stipulé. Il s'agit d'un contrat réel, qui naît par la remise de la somme d'argent, et en vertu duquel le prêteur transfère en une seule fois la totalité du montant prêté à l'emprunteur, contre remboursement, avec intérêt, à une date déterminée ou à des dates d'échéance.

L'ouverture de crédit se définit quant à elle comme un contrat consensuel et synallagmatique, par lequel le créancier met temporairement à la disposition de l'emprunteur soit de l'argent, soit son crédit personnel et sa solvabilité, à concurrence d'un montant déterminé. L'emprunteur n'est pas obligé d'utiliser le crédit, et il peut l'utiliser en effectuant un ou plusieurs retraits.

Première branche

Si le juge du fond n'est pas tenu par la qualification donnée par les parties à une convention litigieuse conclue entre elles, et s'il peut en déterminer la nature juridique exacte, sur la base de toutes les énonciations de l'acte mais également des éléments tant intrinsèques qu'extrinsèques à la convention qui lui ont été régulièrement soumis, en ayant prioritairement égard à l'intention des parties, il doit, s'il procède à une requalification de ladite convention, constater la réunion des éléments constitutifs du contrat qu'à son estime les parties ont réellement conclu.

Le prêt est un contrat réel, dont l'existence suppose la remise de la chose au moment même de la conclusion du contrat, intégralement et en une seule fois. Cette remise de la chose est l'élément caractéristique essentiel du contrat de prêt, dont elle conditionne la naissance.

Partant, le juge, s'il entend (re)qualifier en un contrat de prêt une convention autrement dénommée, doit constater que la chose objet du contrat a été – entièrement, immédiatement et en une seule fois – remise par le prêteur à l'emprunteur.

14^{ème} feuillet

L'arrêt attaqué rappelle que *"le prêt à intérêt est un contrat par lequel le prêteur remet une chose – en l'espèce une somme d'argent – à l'emprunteur, à charge pour celui-ci de restituer le montant prêté et de payer l'intérêt convenu"*, et que *"l'un des critères traditionnellement avancés pour distinguer la convention d'ouverture de crédit du prêt est l'immédiateté de la mise à disposition des fonds"*, dans la mesure où, *"puisque le contrat de prêt n'est valablement formé que par la remise des fonds, une opération de crédit ne prévoyant qu'une mise à disposition ultérieure ne pourrait pas être qualifiée de prêt"*.

Il relève *"qu'en date du 6 novembre 2007, la SA CENTEA (actuellement la [demanderesse]) et la (défenderesse) ont conclu une convention d'ouverture de crédit pour un montant de 600.000 €"*, mais ne constate à aucun moment que cette somme, objet du contrat, a été intégralement remise par la demanderesse à la défenderesse à la conclusion de celui-ci.

Il constate, au contraire, qu'aux termes de l'article 20.4 des conditions générales des crédits *"auxquelles se rapporte(...) le crédit litigieux"*, *"les crédités ont la faculté d'utiliser ou de (ne) pas utiliser le crédit d'investissement"*, mais que, *"si les crédités décident d'utiliser le crédit, celui-ci doit être entièrement prélevé au plus tard à la date convenue entre les parties"*, soit, aux termes de l'article 2 de la convention, *"dans un délai de 9 mois"*, à défaut de quoi *"une indemnité égale à six mois d'intérêts"* sera due *"sur le montant non prélevé du crédit"*. Ces éléments sont incompatibles avec la qualification de prêt à intérêt. Il en résulte en effet qu'une obligation de conservation des fonds durant cette période pèse sur le créancier et, partant, que les fonds ne sont pas intégralement remis au crédit au moment de la conclusion du contrat, et que de surcroît le contrat n'est pas unilatéral, puisqu'il engendre aussi des obligations dans le chef du créancier.

L'arrêt attaqué se borne à énoncer, citant une étude doctrinale, que le critère précité de *"l'immédiateté de la mise à disposition des fonds"* *"doit s'apprécier avec souplesse"* – considération dépourvue de portée, et qui ne revient pas à admettre que ce critère puisse ne pas être présent – et que *"l'unicité ou la pluralité de la ou des remises de fonds ne constitue pas un critère déterminant. Il est tout à fait concevable que les fonds faisant l'objet d'une ouverture de crédit soient prélevés en une seule fois"*, alors que ce critère, s'il peut ne pas être *"déterminant"* en vue de la qualification d'une ouverture de crédit – contrat consensuel –, l'est assurément s'agissant de la qualification d'une convention comme contrat de prêt.

15^{ème} feuillet

Il en résulte qu'à défaut de constater que le montant total objet du contrat aurait été intégralement remis par la demanderesse à la défenderesse au moment même de la conclusion de la convention qui les lie, l'arrêt attaqué ne décide pas légalement "*que le crédit d'investissement consenti doit être qualifié de contrat de prêt dont les caractéristiques sont compatibles avec l'opération convenue*", qualification qui "*s'impose en l'espèce, par préférence à toute autre, compte tenu des caractéristiques observées in concreto*", et, partant, n'applique pas légalement à cette convention ainsi (re)qualifiée l'article 1907*bis* de l'ancien Code civil, qui n'est applicable qu'aux contrats de prêt à intérêt (violation de l'ensemble des dispositions visées au moyen).

Seconde branche

Lorsque les éléments soumis à son appréciation ne permettent pas d'exclure la qualification donnée par les parties à la convention qu'elles ont conclue, le juge du fond ne peut y substituer une qualification différente. Il ne peut substituer, à la qualification que les parties ont convenue, une qualification différente que lorsque les éléments soumis à son appréciation, pris isolément ou dans leur ensemble, conduisent nécessairement à exclure celle que les parties ont utilisée.

Le juge qui constate, en fait, qu'au regard des stipulations contractuelles les parties avaient la volonté commune de conférer au crédit la liberté de prélever ou non le montant du crédit décide légalement que le contrat litigieux consiste en une ouverture de crédit. Les circonstances qu'une indemnité est due au cas où le montant du crédit ne serait pas prélevé, que la destination des fonds prélevés doit être démontrée par l'emprunteur, ou qu'une reprise

d'encours n'est possible qu'avec le consentement du dispensateur de crédit, n'excluent pas cette qualification.

Ayant relevé *"qu'en date du 26 novembre 2007, la SA CENTEA (actuellement la [demanderesse]) et la (défenderesse) ont conclu une convention d'ouverture de crédit pour un montant de 600.000 €"*, l'arrêt attaqué considère que *"la liberté dont dispose le crédit de prélever les fonds à sa guise semble effectivement consacrée par la doctrine comme étant le critère essentiel de la définition de l'ouverture de crédit, voire son seul véritable trait caractéristique par rapport au contrat de prêt"*, tout en admettant que cette liberté peut, *"dans certaines circonstances, être très encadrée, par l'effet de l'inclusion dans le contrat soit d'une période de prélèvement plus ou moins courte, soit d'une indemnité due en cas de non-utilisation de tout ou partie du crédit"*.

16^{ème} feuillet

Il constate qu'aux termes de l'article 20.4 des conditions générales des crédits "*auxquelles se rapporte(...) le crédit litigieux*", "les crédités ont la faculté d'utiliser ou de (ne) pas utiliser le crédit d'investissement", mais que, "si les crédités décident d'utiliser le crédit, celui-ci doit être entièrement prélevé au plus tard à la date convenue entre les parties", soit, aux termes de l'article 2 de la convention, "dans un délai de 9 mois", à défaut de quoi "une indemnité égale à six mois d'intérêts" sera due "sur le montant non prélevé du crédit". Ces éléments sont caractéristiques de la qualification d'ouverture de crédit, et incompatibles avec celle de prêt à intérêt.

L'arrêt attaqué constate également qu'en vertu de l'article 2 de la convention litigieuse, le crédit d'investissement conclu entre parties "est destiné à financer : achat et rénovation immeuble d'habitation et commercial", et que l'article 20.2 des conditions générales des crédits "*auxquelles se rapporte(...) le crédit litigieux*" énonce que "le crédit doit être utilisé aux fins pour lesquelles il a été octroyé". Cette circonstance n'exclut nullement la qualification d'ouverture de crédit.

Sur la seule base de la circonstance "*que le crédit d'investissement était destiné à financer uniquement l'acquisition et la rénovation d'un immeuble, (la défenderesse) étant tenue contractuellement d'utiliser le crédit endéans les neuf mois, formant une opération unique*" qui "*doit être considérée comme le seul objet du crédit*", l'arrêt attaqué décide "*que le crédit d'investissement consenti doit être qualifié de contrat de prêt dont les caractéristiques sont compatibles avec l'opération convenue*" et que "*cette qualification s'impose en l'espèce, par préférence à toute autre, compte tenu des caractéristiques observées in concreto*".

Ni la circonstance que le crédit consenti par la demanderesse à la défenderesse ait un objet précis et ne puisse être utilisé à d'autres fins, ce dont il résulte que la défenderesse doit démontrer l'utilisation des fonds, ni celle qu'il doive être prélevé endéans un certain délai, à défaut de quoi une indemnité est due, n'excluent la qualification d'ouverture de crédit donnée par les parties à la convention qu'elles ont conclue. Il en résulte que la cour d'appel ne pouvait substituer à cette qualification une qualification différente.

Il en va d'autant plus ainsi que l'arrêt attaqué constate expressément que la défenderesse avait la faculté d'utiliser ou non le crédit d'investissement qui lui fut octroyé, ce dont il résulte que le contrat litigieux consiste en une ouverture de crédit.

17^{ème} feuillet

En décidant "*que le crédit d'investissement consenti doit être qualifié de contrat de prêt dont les caractéristiques sont compatibles avec l'opération convenue*", alors que les caractéristiques ainsi relevées ne permettent pas d'exclure la qualification d'ouverture de crédit donnée par les parties à leur convention, l'arrêt attaqué méconnaît dès lors la force obligatoire de ladite convention en refusant de lui reconnaître les effets qu'elle a légalement entre les parties et, partant, n'applique pas légalement à cette convention ainsi (re)qualifiée l'article 1907*bis* de l'ancien Code civil, qui n'est applicable qu'aux contrats de prêt à intérêt (violation de l'ensemble des dispositions visées au moyen, et en particulier des articles 1134, spécialement alinéa 1^{er}, et 1907*bis* de l'ancien Code civil).

Développements

La demanderesse n'ignore évidemment pas qu'une jurisprudence assez fournie, approuvée par plusieurs auteurs, (re)qualifie en contrats de prêt à intérêt des opérations de financement conventionnellement intitulées "ouvertures de crédit", similaires à celle ici litigieuse, avec pour conséquence de leur appliquer l'article 1907*bis* de l'ancien Code civil.

Diverses décisions refusent cependant pareille (re)qualification et retiennent que de telles opérations sont bien constitutives d'ouvertures de crédit, auxquelles, partant, ledit article 1907*bis* n'est pas applicable : voy. not. Bruxelles, 13 mars 2018, R.A.B.G., 2019, p. 385, R.D.C., 2019, p. 263; Gand, 28 novembre 2018, R.A.B.G., 2019, p. 393; Gand, 14 janvier 2019, R.A.B.G., 2019, p. 404; Bruxelles, 8^e ch., 28 septembre 2020, inédit, R.G. n° 2016/AR/1137; Comm. Bruxelles, 12 juillet 2018, J.L.M.B., 2019, p. 148; Trib. entr. néerlandophone Bruxelles, 27 mai 2020, inédit, R.G. n° A/19/00714. Cette tendance est

approuvée par D. Blommaert et J. Benoot (De vervroegde terugbetaling van commerciële kredieten: it's all about perspective, R.A.B.G., 2019, p. 412, ici p. 413) : observant que la qualification de contrat d'ouverture de crédit "veelal wordt uitgesloten op grond van puur *praetoriaanse* criteria, en de kwalificatie van lening op interest wordt weerhouden *par élimination*", ils considèrent que : "Er is echter geen grondslag voor deze duale benadering. De lening op interest is een benoemde overeenkomst die door het Burgerlijk Wetboek wordt geregeld. Daarnaast bestaat er een scala aan onbenoemde, veelal uit de praktijk gegroeide *sui generis*-kredietovereenkomsten. De kredietopening is daar slechts één voorbeeld van. Wanneer een kredietnemer zich wenst te beroepen op artikel 1907*bis* BW, stelt er zich eigenlijk slechts één vraag: is het krediet in kwestie een lening op interest of niet? Het uitgangspunt van de beoordeling dient bijgevolg de lening op interest, en diens kenmerken, te zijn".

Les critères au regard desquels cette opération de (re)qualification peut le cas échéant être accomplie, qui sont fonction des éléments constitutifs essentiels, d'une part, du prêt à intérêt et, d'autre part, de l'ouverture de crédit, dont le juge est tenu de constater la réunion, selon la qualification qu'il retient, demeurent flous. Le présent pourvoi vise à offrir à la Cour l'occasion de se prononcer sur ce point et de les clarifier.

18^{ème} feillet

En ce sens que, lorsque les éléments soumis à son appréciation ne permettent pas d'exclure la qualification donnée par les parties à la convention qu'elles ont conclue, le juge du fond ne peut y substituer une qualification différente, la demanderesse renvoie aux arrêts de la Cour des 23 décembre 2002 (Pas., n° 691), 28 avril 2003 (Pas., n° 266, R.A.B.G., 2003, p. 1019, note M. Demedts), 17 décembre 2007 (Pas., n° 640) et 23 mars 2009 (Pas., n° 213), par lesquels la Cour a sanctionné des décisions ayant requalifié un contrat d'entreprise en contrat de travail en s'appuyant sur des éléments qui "ne sont pas incompatibles avec l'existence d'un contrat d'entreprise".

Le juge ne peut donc substituer, à la qualification que les parties à la convention ont convenue, une qualification différente que lorsque les éléments soumis à son appréciation, pris isolément ou dans leur ensemble, conduisent nécessairement à exclure la qualification utilisée par les parties (voy. Cass., 10

octobre 2011, Pas., n° 536, avec les concl. de M. l'avocat général Genicot, R.A.B.G., 2012, p. 947, note V. Dooms, Entr. et dr., 2014, p. 76, note V. Renard, arrêt par lequel la Cour, au rebours des espèces précitées, a admis la requalification d'un contrat d'entreprise en contrat de travail). Ainsi que l'écrit le professeur Wéry (*Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, Larcier, 2010, p. 377, n° 453), "le juge n'a (...) pas les coudées franches lorsqu'il se livre à ce travail de requalification. Saisi d'une convention écrite que les parties ont qualifiée *expressis verbis*, il ne peut procéder à une rectification qu'à la condition de déceler dans le contrat ou dans son exécution des éléments qui sont radicalement incompatibles avec la qualification adoptée".

Le prêt se définit comme le contrat "par lequel une personne, appelée prêteur, remet une chose à une autre, appelée emprunteur, pour s'en servir, et à charge de la lui restituer après usage, ou au terme convenu. (...) *L'élément caractéristique essentiel du contrat de prêt est la remise d'une chose par une personne à une autre en vue de lui permettre de s'en servir. C'est la volonté de faire bénéficier autrui de l'usage de la chose qui cause et justifie la remise, économiquement et juridiquement*" (De Page, *Traité de droit civil belge*, t. III, *Les contrats*, Bruylant, 2017, vol. 4, par E. Van den Haute, p. 203, n° 191). C'est un contrat unilatéral et réel, qui "*n'existe qu'à partir du moment où la chose prêtée est remise à l'emprunteur*", mais "les formes de cette remise importent peu" (*op. cit.*, p. 216, n° 200; mise en évidence ajoutée).

Le prêt se distingue de l'ouverture de crédit, communément définie comme "une convention par laquelle une personne (le créditeur) s'oblige à mettre temporairement à la disposition d'une autre (le crédité) ses fonds ou son crédit personnel, à concurrence d'un montant déterminé. En soi, l'ouverture de crédit est un contrat bancaire autonome qui n'est pas réglementé par la loi, sauf lorsqu'il est consenti à un consommateur ou à une PME. Ce contrat ne peut donc être assimilé à un prêt à intérêt et n'est pas soumis aux articles 1892 et suivants du Code civil" (De Page par E. Van den Haute, *op. cit.*, pp. 208-209, n° 196). Cet auteur ajoute : "Que les dispositions des articles 1892 et suivants ne s'appliquent pas à l'ouverture de crédit, voilà qui nous paraît certain. Mais pour cela, il faut

19^{ème} feuillet

être certain que le contrat n'est pas un prêt à intérêt déguisé. La qualification donnée par les parties ne saurait être décisive à cet égard et le juge devra rechercher la volonté réelle des parties pour déterminer si le contrat est une ouverture de crédit, sinon un prêt à intérêt". A cet égard, *"les modalités de mise à disposition des fonds (mais non de remboursement) pourraient, en cas de doute, s'avérer déterminantes, le contrat de prêt à intérêt étant un contrat réel et supposant la mise à disposition des fonds pour que le contrat soit valablement formé"* (op. cit., pp. 209-210, n° 196; mise en évidence ajoutée).

En ce sens, rappelant qu'"on ne conçoit pas de prêt sans tradition de la chose prêtée", A.-P. André-Dumont (Ouverture de crédit et prêt : le critère de la liberté de prélèvement ou l'illusion de l'absolu, R.D.C., 2017, p. 1110, ici p. 1112, n° 6) souligne que "la tradition doit être immédiate et non pas *«contemporaine»* à l'échange de consentement. Aucune *«appréciation souple»* ne peut être admise. (...) Il s'ensuit que lorsqu'il existe un délai entre la conclusion du contrat et le prélèvement, délai qui se matérialise habituellement dans ce que les parties appellent une période de prélèvement, il ne peut y avoir de contrat de prêt", et (p. 1113, n° 6) "que le critère de la remise immédiate des fonds est un critère essentiel permettant de distinguer le contrat de prêt de l'ouverture de crédit. (...) Sauf à abandonner le caractère réel du contrat de prêt, il n'apparaît pas possible de qualifier de tel un contrat dont la chose prêtée ne serait pas immédiatement remise". L'auteur conclut (p. 1114, n° 10) "que le critère de la *«liberté de prélever»* pour distinguer le contrat de prêt de l'ouverture de crédit n'apparaît pas pertinent. Ce qui importe en réalité est de savoir si les parties ont entendu s'obliger irrévocablement dès la conclusion de la convention. Si tel est bien le cas, la remise différée des fonds ne peut que conduire à écarter la qualification de prêt", tandis que "le simple constat de l'existence d'une liberté de prélever, fut-elle réduite", doit conduire "à qualifier le contrat d'ouverture de crédit".

La demanderesse se réfère à vos récents arrêts des 27 avril 2020 (n° C.19.0602.N) et 18 juin 2020 (n° C.19.0140.N), et aux définitions du prêt et de l'ouverture de crédit qui y sont énoncées. Votre Cour y rappelle que le prêt est bien un *contrat réel qui naît par la remise de la chose* (*in casu* une somme d'argent), tandis que l'ouverture de crédit suppose qu'une somme d'argent – ou le crédit personnel et la solvabilité du dispensateur de crédit – soit mise à la disposition de l'emprunteur, lequel demeure libre d'utiliser ou non le crédit au moyen d'un ou plusieurs prélèvements.

Dans son arrêt du 27 avril 2020, la Cour a approuvé les juges d'appel d'avoir, au terme d'une lecture souveraine des dispositions du contrat, qualifié d'ouverture de crédit la convention prévoyant que les parties avaient la volonté commune de conférer à l'emprunteur la liberté de prélever ou non le montant du crédit et de répartir dans le temps les prélèvements. Sur la base de ces constatations de fait, suffisantes, ils ont légalement pu en déduire que le contrat litigieux portait sur une ouverture de crédit. La Cour précise que les circonstances qu'une indemnité est due au cas où le montant du crédit ne serait pas prélevé, que la destination des fonds prélevés doit être démontrée et qu'une reprise

20^{ème} feuillet

d'encours n'est possible qu'avec le consentement du dispensateur de crédit n'excluent pas la qualification d'ouverture de crédit, et que de même la circonstance qu'un tableau d'amortissement prévoit des remboursements fixes périodiques depuis le premier mois de la période de remboursement n'y change rien : le juge qui constate, en fait, qu'au regard des stipulations contractuelles les parties avaient la volonté commune de conférer au crédit la liberté de prélever ou non le montant du crédit et de répartir dans le temps les prélèvements, peut légalement en déduire que le contrat litigieux portait sur une ouverture de crédit (rappr. Cass., 26 novembre 2009, Pas., n° 702, Dr. banc. fin., 2010/2, p. 100, note D. Van Der Mosen et J.-P. Buyle).

Dans son arrêt du 18 juin 2020, rejetant le pourvoi dirigé contre l'arrêt précité de la cour d'appel de Gand du 14 janvier 2019, la Cour a posé en règle qu'un prélèvement d'argent effectué en vertu d'une ouverture de crédit ne fait pas naître de prêt au sens des articles 1892 et 1905 de l'ancien Code civil, prêt auquel l'article 1907*bis* de ce code serait applicable : l'ouverture de crédit ne constitue pas une promesse de prêt.

Dans son arrêt n° 119/2013 du 7 août 2013, relatif au champ d'application de l'article 1907*bis* de l'ancien Code civil, la Cour constitutionnelle a pareillement énoncé, à bon droit (§ B.4), qu'"à la différence d'un contrat d'ouverture de crédit, qui est un contrat consensuel en vertu duquel les fonds ne sont pas mis à la disposition immédiate du crédit, mais peuvent être utilisés lorsque et dans la mesure où ce dernier le jugerait nécessaire, moyennant paiement à la fois d'une commission et d'un intérêt, s'il s'agit d'une somme d'argent, *le contrat de prêt est un contrat réel en vertu duquel le prêteur transfère en une seule fois la totalité du montant prêté à l'emprunteur, contre remboursement, avec intérêt, à une date déterminée ou à des dates*

d'échéance, et qui est soumis à certaines règles impératives spécifiques établies au titre X du Code civil" (mise en évidence ajoutée).

Dans cet arrêt, la Cour constitutionnelle "a tenu pour acquis, ainsi qu'en avait décidé le juge du fond [qui l'interrogeait], que la convention de crédit, non renouvelable, dont le montant, même prélevable en une seule fois, n'est pas immédiatement délivré au crédit, est une ouverture de crédit, contrat consensuel, et que cette qualification est exclusive de celle de prêt, contrat réel", et "elle a décidé qu'une telle interprétation n'est pas inconstitutionnelle". Il apparaît qu'"aucun enseignement ne peut être tiré de cet arrêt de la Cour constitutionnelle en ce qui concerne la notion de prêt et sa distinction avec l'ouverture de crédit. La balle est dans le camp des juridictions de l'ordre judiciaire et de la Cour de cassation en particulier. C'est à ces juridictions et à elles seules qu'il appartient de se prononcer sur le caractère réel du prêt, sur les critères à retenir pour la qualification de prêt comme aussi sur la question si la qualification d'ouverture de crédit est ou non exclusive de celle de prêt" (C. Biquet-Mathieu in *Chron. not.*, Larcier, 2014, vol. 59, p. 190, n° 234; du même auteur et dans le même sens, *Crédit hypothécaire et crédit d'investissement. Indemnités, frais et pénalités*, Rev. Dr. ULiège, 2015, p. 231, ici pp. 239 et 241, notes 16 et 25).

21^{ème} et dernier feuillet

Telle est bien la portée du présent pourvoi, qui fait grief à l'arrêt attaqué de n'avoir pas légalement décidé "*que le crédit d'investissement consenti doit être qualifié de contrat de prêt dont les caractéristiques sont compatibles avec l'opération convenue*", dans la mesure où :

- d'une part, il ne constate pas que le montant total objet du contrat aurait été intégralement remis par la demanderesse à la défenderesse au moment même de la conclusion de la convention qui les lie (première branche);
- d'autre part, les caractéristiques ainsi retenues – à savoir l'objet précis du crédit consenti, qui ne peut être utilisé à d'autres fins, et l'obligation faite au crédit, s'il décide d'utiliser le crédit, de prélever les fonds endéans un certain délai – ne permettent pas d'exclure la

qualification d'ouverture de crédit donnée par les parties à leur convention et n'autorisaient dès lors pas la cour d'appel à y substituer une qualification différente, d'autant plus qu'elle relève expressément que la défenderesse avait la faculté d'utiliser ou non le crédit d'investissement qui lui fut octroyé, ce qui constitue l'élément caractéristique d'une ouverture de crédit (seconde branche).

PAR CES CONSIDERATIONS,

l'avocat à la Cour de cassation soussigné, pour la demanderesse, conclut qu'il vous plaise, Mesdames, Messieurs, casser l'arrêt attaqué; ordonner que mention de votre arrêt soit faite en marge de la décision annulée; renvoyer la cause et les parties devant une autre cour d'appel; statuer comme de droit quant aux dépens.

Gilles Genicot

Pièce jointe n° 1 : copie certifiée conforme de l'exploit de signification de l'arrêt attaqué,

constatant l'élection de domicile de la défenderesse en l'étude de l'Huissier de Justice Gretl Victor, remplaçant Me Luc Verhulst, Huissier de Justice de résidence à 1150 Woluwe-Saint-Pierre, rue des Bannières, 28

Pièce jointe n° 2 : copie certifiée conforme du courrier du 23 mars 2016, adressé par la

demanderesse aux conseils de la défenderesse