

SECONDE PARTIE

Évolution et perspectives

TITRE PREMIER

LA MÉTAMORPHOSE DU CHAPITRE DU PRÊT À INTÉRÊT

INTRODUCTION

De la coexistence dans le chapitre du prêt à intérêt de principes consacrés par le législateur de 1804 et de dispositions insérées en 1934 et 1935 en vue de renforcer la protection de l'emprunteur

267. – **De la structure actuelle du chapitre du prêt à intérêt.** – Dans la première partie de notre étude, nous avons procédé à l'examen des quatre principes de base que le législateur de 1804 a consacrés aux intérêts. Le premier de ceux-ci, la légitimité de l'intérêt, a été inscrit dans le chapitre du prêt à intérêt, plus précisément aux articles 1905 à 1907. Mis à part l'alinéa 2 de l'article 1907, ces dispositions nous régissent encore aujourd'hui.

Cependant, une évolution a vu le jour, en ce sens que le chapitre du prêt à intérêt s'est enrichi de règles nouvelles lors de la crise des années trente. Ainsi, une loi du 27 juillet 1934 (1574) a modifié et complété l'article 1907 du Code civil, qui comporte désormais quatre alinéas, le but poursuivi étant, d'une part, d'assurer une meilleure information de l'emprunteur sur le taux de l'intérêt (article 1907, alinéas 2 et 4) et, d'autre part, de limiter la « majoration de l'intérêt pour retard de paiement » (article 1907, alinéa 3) ; cette loi de 1934, qui trouve son origine dans la volonté du législateur de combattre les abus qu'il avait constatés dans le chef de certaines sociétés de prêts hypothécaires (1575), a également introduit un article 1907*bis* en vue de circonscrire le montant de l'indemnité de emploi.

(1574) « Modifiant et complétant l'article 1907 du Code civil en ce qui concerne l'intérêt conventionnel », *Mon.*, 29 juillet 1934, p. 4145.

(1575) Sur la question si ces dispositions ne concernent que les prêts hypothécaires, à l'exclusion des prêts qui ne sont pas assortis d'une telle garantie, voy. *infra* n° 318.

Par ailleurs, en 1935, un arrêté de pouvoirs spéciaux (1576) a intégré, dans le chapitre du prêt à intérêt, un article 1907^{ter} « relatif à l'usure ».

A l'inverse, les législations relatives au crédit à la consommation et au crédit hypothécaire privé, législations dont il convient de vérifier dans quelle mesure elles dérogent aux dispositions susmentionnées, n'ont pas été insérées dans le Code civil ; ceci s'explique vraisemblablement par le fait que ces législations ne visent à protéger l'emprunteur que lorsqu'il agit à titre privé (1577). En outre, la loi relative au crédit à la consommation appréhende le crédit sous toutes ses formes, à savoir non seulement le prêt et l'ouverture de crédit mais aussi la vente à tempérament, le leasing, appelé crédit-bail, ou encore toute autre forme de crédit (1578), en sorte que la réglementation contenue dans cette loi déborde sans aucun doute le prêt à intérêt.

268. – Le fil de notre exposé. – Comme nous l'avons dit dans l'introduction générale, c'est à dessein que l'évolution subie par le chapitre du prêt à intérêt n'a été traitée que de façon tout à fait incidente dans la première partie de l'exposé. Il s'agissait de préserver l'unité de cette première partie, focalisée sur les quatre principes de 1804 que sont la légitimité de l'intérêt, la réglementation de l'anatocisme, l'imputation préférentielle des paiements sur les intérêts et la prescription quinquennale des intérêts. Cette première partie aurait au demeurant explosé si l'on y avait inséré un commentaire des dispositions adjointes au titre du prêt dans les années trente, lesquelles ne peuvent d'ailleurs être étudiées sans être mises en relation avec les législations particulières qui ont suivi. Il convenait aussi d'éviter des répétitions fastidieuses, qui, eu égard au caractère éminemment technique voire réglementaire de ces dispositions, auraient inmanquablement eu lieu si l'analyse de celles-ci avait été menée en deux temps.

Aussi, après avoir suggéré une réforme des dispositions insérées en 1804 dans le chapitre du prêt à intérêt (Chapitre I), c'est dans le titre I de la seconde partie que nous procédons à l'examen, à la fois descriptif et prospectif, des règles impératives qui ont vu le jour en 1934 et 1935.

(1576) L'arrêté royal n° 148 du 18 mars 1935 relatif à l'usure, *Mon.*, 1935, p. 1739.

(1577) Pour la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation, voy. l'article 1, 1° ; pour la loi du 4 août 1992 relative au crédit hypothécaire, voy. l'article 1^{er}.

(1578) Voy. l'article 1, 4°, de la loi relative au crédit à la consommation ; en revanche, en ce qui concerne la loi relative au crédit hypothécaire est controversée la question si le terme « crédit » recouvre non seulement la mise à la disposition de l'emprunteur d'une somme remboursable comme il en va en matière de prêt et d'ouverture de crédit mais aussi d'autres formes de crédit comme la vente d'un immeuble à crédit ; sur cette question, voy. les contributions citées *infra* note 1913.

Pour la clarté de l'exposé, nous progressons par thèmes. Nous envisageons d'abord les dispositions qui concernent le taux de l'intérêt rémunérateur et des autres charges stipulées à titre de *contrepartie du prêt* ; nous visons par là l'article 1907ter, qui traite de cette notion complexe qu'est l'usure (Chapitre II), comme aussi les alinéas 2 et 4 de l'article 1907, qui posent la délicate question de l'information de l'emprunteur sur le coût de son crédit (Chapitre III).

Ensuite, nous procédons à l'examen critique de l'alinéa 3 de l'article 1907 ainsi qu'à celui de l'article 1907bis ; ces dispositions mettent en évidence la question tout aussi délicate de la limitation légale des *pénalités ou indemnités* dues en cas de défaillance de l'emprunteur ou de remboursement anticipé, pénalités ou indemnités qui ont ceci de commun qu'elles ne s'analysent pas en la *contrepartie du prêt* (Chapitre IV).

Toutefois, avant d'entamer l'étude de ces règles, il s'impose d'émettre quelques considérations sur la notion du prêt à intérêt reçue par le Code.

269. – Notion de prêt à intérêt au sens du Code civil. – Si la notion de prêt à intérêt appréhendée par le Code n'a pas retenu notre attention jusqu'à présent, c'est que, mis à part l'article 1907, alinéa 2, qui a été revu en 1934, les principes, à caractère supplétif, énoncés par le législateur de 1804 dans le chapitre du prêt à intérêt concernent, selon nous, les intérêts rémunérateurs en général et non pas seulement ceux qui sont stipulés en contrepartie d'un prêt, la plupart de ces principes relevant d'ailleurs de la théorie générale des obligations (1579).

En revanche, les dispositions introduites dans le chapitre du prêt à intérêt en 1934 et 1935 dans un but de protection de l'emprunteur ne sauraient, en raison de leur caractère impératif et en l'absence, au surplus, d'indication en ce sens dans les travaux préparatoires, être étendues en dehors du prêt à intérêt. Aussi, *de lege lata*, ce n'est que si un crédit peut être qualifié de prêt à intérêt que ces dispositions impératives, à savoir les alinéas 2 à 4 de l'article 1907 ainsi que les articles 1907bis et 1907ter peuvent trouver à s'appliquer (1580).

De là, il se déduit que, parce qu'ils n'emportent pas la remise au débiteur d'une somme d'argent remboursable (1581), les crédits qui assortissent le paiement d'un bien ou d'un service ne sauraient être qualifiés de prêts et, partant, être visés par ces dispositions impératives.

(1579) Voy. *supra* n^{os} 12, 24, 34, 47, 48, 51 et 52.

(1580) En ce qui concerne l'article 1907ter, cf. cependant la théorie de la lésion qualifiée aujourd'hui reçue par la doctrine et la jurisprudence ; voy., sur ce point, *infra* n^{os} 291 et 303.

(1581) Même entendue largement comme le transfert d'une somme d'argent dans le patrimoine du débiteur.

En revanche, la distinction entre le prêt et l'avance consentie en vertu d'une ouverture de crédit se révèle beaucoup plus délicate, eu égard notamment à la multiplicité des types d'ouvertures de crédit (1582). Sans vouloir sur ce point épuiser un débat, qui justifierait à lui seul une autre thèse, nous nous limitons ici à proposer quelques pistes de réflexion.

Pour refuser d'analyser en un prêt l'avance consentie en vertu d'une ouverture de crédit, le premier réflexe est de se prévaloir du caractère réel du contrat de prêt qui, à la différence de l'ouverture de crédit, ne se forme que par la remise de la chose ; dans cette opinion, l'avance consentie en vertu d'une ouverture de crédit ne s'analyserait pas en un prêt car elle ne serait que l'exécution d'une convention préexistante (1583). Néanmoins, dans cette conception, il faudrait rejeter la qualification de prêt toutes les fois que la remise de la chose à l'emprunteur est non point concomitante mais postérieure à l'accord des parties (1584), ce qui, pourtant, dépasse de loin les conséquences qui s'attachent au caractère réel du prêt (1585).

(1582) Pour une typologie récente, voy. E. CASIER, *Artikelsgewijze Commentaar Wet van 4 augustus 1992 op het hypothecair krediet*, OHRF, Kluwer, 1994, art. 1-10, n^{os} 9 et s. ; J. CATTARUZZA, « Le crédit bancaire », in *Guide juridique de l'entreprise*, 2^e éd., Titre IV, Livre 45, Kluwer, 1995, pp. 12 et s., n^{os} 70 et s.

(1583) Ainsi, selon J. VAN RYN et J. HEENEN (*op. cit.*, t. 4, 1988, p. 404, n^o 527), « C'est en vertu du contrat primitif et non d'une convention nouvelle que le crédité reçoit les fonds et est obligé de les rembourser ».

(1584) Comp. E. WYMEERSCH, « Aspecten van het hypothecair krediet naar huidig en toekomstig recht » in *Kredietverlening en hypotheekleningen – Recyclagedagen 1992 van de Nederlandstalige Regionale Raad*, p. 294, n^{os} 4 et s., qui constate que, dans la pratique quotidienne, les prêts (hypothécaires) résultent souvent d'un accord préalable entre le créditeur et le crédité, la somme d'argent n'étant délivrée qu'ultérieurement (lors de la passation de l'acte), et qui se demande si, en ce cas, on se trouve encore en présence d'un prêt ou bien s'il s'agit d'une autre figure juridique ; l'auteur ne paraît cependant envisager cette question qu'en lien avec le caractère obligatoire de cette promesse de prêt et non en lien avec l'application des dispositions impératives contenues dans le chapitre du prêt à intérêt.

(1585) En effet, du caractère réel du prêt, il ne résulte pas qu'une promesse de prêt une fois exécutée par la remise de la chose à l'emprunteur ne peut s'analyser en un prêt ; du caractère réel du prêt, il se déduit uniquement que la promesse de prêt ne débouchera sur un contrat de prêt au sens du Code civil que lorsque la chose promise aura été remise à l'emprunteur ; il n'est évidemment pas question ici de vouloir restreindre le contrat d'ouverture de crédit à une simple promesse de prêt (pour une analyse de l'ouverture de crédit en une promesse de prêt, voy. toutefois J. HAMEL, *op. cit.*, t. 2, 1943, p. 583, n^o 975 ; H. DE PAGE et R. DEKKERS, *op. cit.*, t. 5, 1975, p. 126, n^o 117 ; H., L., J. MAZEAUD, *op. cit.*, t. 3, vol. 2, 2^e partie, 5^e éd. par M. DE JUGLART, 1980, p. 889, n^o 1434, p. 909, n^o 1466 ; Th. BONNEAU, *Droit bancaire*, 1996, p. 310, n^o 503) ; en effet, comme cela a été souligné par la doctrine, l'objet de ce contrat « est essentiellement un crédit, et non un crédit à utiliser toujours par la voie d'un prêt » ; il peut aussi s'agir d'un crédit réalisable sous la forme d'une garantie (voy. L. FREDERICQ, *op. cit.*, t. 9, 1952, p. 272, n^o 165 ; voy., dans le même sens, J. ESCARRA, *op. cit.*, avec la collaboration de E. ESCARRA et

(voy. la page suivante pour la suite de la note tronquée...)

Aussi, lorsque l'on a affaire à une ouverture de crédit non réutilisable dont la seule différence avec le prêt consiste dans le fait que le capital n'est pas remis immédiatement au crédité mais est libéré progressivement au cours d'une période de prélèvement, comme il en va pour les crédits à la construction ou certains crédits d'investissement (1586), il nous paraît difficile de dénier la nature de prêt aux avances effectivement délivrées à l'emprunteur (1587).

Pour distinguer le prêt de l'ouverture de crédit, d'aucuns insistent encore sur le fait qu'à l'inverse du prêt, l'ouverture de crédit est bien souvent stipulée réutilisable ou revolving (1588). Toutefois, parmi ces ouvertures de crédit stipulées revolving, il en est qui ne sont que des ouvertures de crédit cadre dont la seule signature « ne confère pas au crédité le droit de prélever de l'argent » (1589). En ce cas, chaque avance nécessite un

(suite de la note tronquée à la page précédente)

J. RAULT, t. 6, 1936, p. 483, n° 664 ; A. DIERYCK, *Les ouvertures de crédit*, 1945, p. 24, n° 15 ; A. VAN MAELE, « L'ouverture de crédit », in *Les Nouvelles – Droit bancaire*, 1951, p. 198, n° 24 ; M. DE JUGLART et B. IPPOLITO, *op. cit.*, vol. 3, 1969, p. 485, n° 1680 ; G. RIPERT, *op. cit.*, 11^e éd. par R. ROBLOT, 1988, p. 373, n° 2378 ; Fr. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, 1996, p. 702, n° 832) ; toutefois, ce type de considération n'exclut pas, loin de là, que l'avance consentie en vertu d'une ouverture de crédit puisse recevoir la qualification de prêt (voy., en ce sens, semble-t-il, A. DIERYCK, *op. cit.*, p. 21, n° 14, p. 39, n° 29 ; A. VAN MAELE, *op. cit.*, p. 228, n° 152) ; ainsi, on a pu écrire : « De nombreux contrats de crédit peuvent se couler dans le moule de référence qu'est le prêt. Ce que la pratique dénomme crédits de courrier, avances, facilités de caisse, découverts, crédits-relais, crédits de campagne, ne sont que des prêts » (voy. Fr. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, p. 702, n° 831).

(1586) J. CATTARUZZA (« Le crédit bancaire », *op. cit.*, p. 12, n° 080) écrit à propos de ce type d'ouverture de crédit qu'il « ne présente guère de différences avec un prêt, si ce n'est qu'il confère plus de latitude au crédité en ce qui concerne la (les) date(s) de prélèvement et lui évite par conséquent de devoir payer des intérêts sur une somme dont il n'a pas un besoin immédiat ».

(1587) Observons, à cet égard, qu'à notre connaissance, les spécialistes du crédit hypothécaire privé n'ont jamais prétendu que l'article 1907^{ter} ou même l'article 1907, alinéa 3, du Code civil seraient inapplicables aux ouvertures de crédit consenties pour la construction d'une habitation et, partant, ne concerneraient que les seuls prêts dont le montant est délivré en une fois lors de la signature de l'acte.

(1588) Voy. C. GAVALDA et J. STOUFFLET, *Droit bancaire*, 1997, p. 220, n° 454 ; P. LETTANY, « Contract van hypotheckair krediet. Leidraad bij het opstellen van de akte », in *De nieuwe Wet op het Hypothecair Krediet*, Kluwer, 1993, p. 318, n° 9.

(1589) Voy. J. CATTARUZZA, « Le crédit bancaire », *op. cit.*, p. 15, n° 100 ; en ce cas, précise l'auteur (n° 90), le « crédit-cadre » auquel « s'apparente » ce type d'ouverture de crédit, « devra être complété par un état contractuel spécifique à chaque opération imputée sur ce crédit » ; voy. encore J. CATTARUZZA et G. VAN VERDEGHEM, « La situation du banquier dispensateur de crédit », in *La faillite et le concordat en droit positif belge après la réforme de 1997*, Commission Droit et Vie des Affaires, XLVII^e Séminaire, Ed. Collection Scientifique de la Faculté de Droit de

(voy. la page suivante pour la suite de la note tronquée...)

nouvel accord des *deux* parties pour sa libération ou son renouvellement ainsi que pour la détermination de ses conditions d'utilisation et de remboursement (1590). Partant, les avances ainsi consenties constituent autant de crédits distincts dont le seul point commun est qu'ils s'inscrivent tous dans un contrat cadre et qu'ainsi, ils sont, par exemple, tous garantis par l'hypothèque dont est assortie l'ouverture de crédit cadre (1591). Aussi, il ne nous paraît pas hérétique de penser qu'une telle avance, en ce qu'elle nécessite chaque fois un nouvel accord des deux parties, n'est pas exclusive de la qualification de prêt, lequel présenterait la particularité de s'inscrire dans un contrat cadre, particularité qui n'a pas, à notre estime, pour effet d'exclure l'application des dispositions impératives intégrées, en 1934 et 1935, dans le chapitre du prêt à intérêt.

En définitive, l'ouverture de crédit qui s'éloigne le plus du prêt tel qu'il est envisagé par le Code civil nous paraît être l'ouverture de crédit en compte courant qui permet au crédité d'opérer unilatéralement, à concurrence d'une certaine somme, des prélèvements sur son compte à découvert ; en ce cas, l'ouverture de crédit se distingue du prêt non seulement par la liberté quant aux prélèvements mais aussi par son caractère revolving qui ne dépend pas d'un nouvel accord des parties, chaque prélèvement étant, en outre, fondu avec le précédent. C'est dans ce dernier cas que nous avons de réelles hésitations à imprimer la nature de prêt aux pré-

(suite de la note tronquée à la page précédente)

Liège, 1998, p. 693, qui précisent que rentrent sous le concept de « nouveaux crédits » « les nouvelles avances consenties dans le cadre d'une ouverture de 'crédit-cadre' préexistante mais qui requièrent, pour pouvoir être effectivement prélevées, un accord de volonté des parties ».

(1590) Voy. C. GAVALDA et J. STOUFFLET, *op. cit.*, 1997, p. 216, n° 446, qui écrivent : « dans le cadre de la convention générale d'ouverture de crédit, l'utilisation effective impliquera des conventions de crédit » ; personnellement, nous ne voyons pas ce qui s'opposerait à ce que ces conventions de crédit qu'implique l'utilisation effective de la convention générale d'ouverture de crédit puissent, le cas échéant, être qualifiées de prêts.

(1591) Comme l'écrit J. CATTARUZZA (« Le crédit bancaire », *op. cit.*, p. 15, n° 100), « Sous ce dernier aspect, l'ouverture de crédit-cadre apparaît comme une alternative moins 'audacieuse' à l'hypothèque pour toutes sommes, dont la validité était, jusqu'à la loi du 13 avril 1995 insérant un article 51*bis* dans la loi du 4 août 1992 relative au crédit hypothécaire, contestée par une partie de la doctrine », voy., en ce sens, spécialement I. MOREAU-MARGREVE, d'ailleurs très critique à l'égard de la modification législative intervenue in « L'hypothèque pour toutes sommes », *J.T.*, 1996, p. 181 ; voy. également H. VERSCHRAEGEN, H. VAN OVERLOOP et L. LAMOT, « Kritische analyse van gebruikelijke clausules in leningsakten », in *Kredietverlening en hypotheekleningen – Recyclagedagen 1992 van de Nederlandstalige Regionale Raad*, pp. 119 et 120, qui observent qu'en pratique, les actes qui constatent les ouvertures de crédit cadre garanties par une hypothèque s'apparentent plutôt, quant à leur contenu, à une simple constitution d'hypothèque.

lèvements effectués (1592) et, partant, à leur appliquer les dispositions impératives intégrées en 1934 et 1935 dans le chapitre du prêt à intérêt (1593).

A cet égard, il conviendrait que le législateur supprime le caractère réel du contrat de prêt, caractère qui constitue un vestige du droit

(1592) Voy. toutefois M. VASSEUR, « La fixation du taux d'intérêt et du taux effectif global en matière de découvert en compte », *Dalloz*, 1988, Chron., p. 158, n° 5, qui écrit, à propos de la jurisprudence de la Cour de cassation française qui étend aux « intérêts afférents au solde débiteur d'un compte courant » l'exigence de l'écrit prévue par l'article 1907, alinéa 2, du Code civil (jurisprudence dont il est question *infra* n° 326) : « On ne s'arrêtera pas à l'analyse du solde débiteur d'un compte, telle que celle-ci résulte des deux arrêts. Un tel solde, que le compte soit un compte courant ou un compte qui ne soit pas juridiquement un compte courant, est constitutif d'un prêt. Il y a là une qualification hors de contestation. S'y applique dès lors l'art. 1907, al. 2 c. civ. » ; voy., dans le même sens, D.R. MARTIN, note sous Paris, 28 juin 1989, *Dalloz*, 1989, Jur., pp. 565 et 566 : « L'avance en compte – ou découvert – constitue-t-elle un prêt d'argent ? L'affirmative est évidente. Il faut donc pour en disconvenir être réduit à des arguments de fortune » ; pour une critique de cette jurisprudence et de l'analyse en un prêt du découvert en compte, voy. cependant H. CROZE, « La stipulation de l'intérêt et de son taux », *Rev. jur. comm.*, 1994, pp. 286 et s.

(1593) A la vérité, en Belgique, la question de l'application des articles 1907, alinéas 2 à 4, 1907bis et 1907ter, aux avances consenties dans le cadre d'une ouverture de crédit en compte courant – comme aussi la question de l'application de ces dispositions aux avances consenties en vertu d'une ouverture de crédit qui ne se réalise pas en compte courant – n'est guère envisagée par la doctrine et la jurisprudence ; elle est ainsi évoquée par A. BRUYNEEL (« Le droit bancaire », *J.T.*, 1982, p. 353, n° 14) qui constate : « Le droit belge reconnaissant le caractère original et complet du contrat d'ouverture de crédit et la pratique bancaire belge étant axée sur des contrats écrits et relativement détaillés, nous avons le privilège d'échapper à divers inconvénients et incertitudes propres à la pratique et au droit bancaires français (par exemple contestations multiples sur l'existence d'un crédit et recours au régime juridique du prêt civil) » mais qui ajoute : « Il n'en est pas moins vrai que les articles 1905 et suivants du Code civil belge mériteraient une sérieuse modernisation et que les quelques dispositions présentant un caractère impératif devraient être expressément rendues inapplicables aux contrats d'ouverture de crédit, tels les euro-crédits, pour lesquels ils pourraient entraîner parfois des conséquences financièrement déraisonnables » ; voy. aussi J. CATTARUZZA, « Le crédit bancaire », *op. cit.*, p. 25, n° 200, p. 27, n° 230 et note 3, qui est d'avis que les dispositions impératives situées dans le chapitre du prêt à intérêt ne sont applicables qu'aux prêts à intérêt à l'exclusion des ouvertures de crédit ; pour l'auteur, tant le libellé que la place de ces dispositions dans le Code « militent clairement en faveur de cette thèse même si, à la réflexion, elle ne paraît pas fort raisonnable. On se demande en effet bien pourquoi une différence touchant exclusivement à la manière dont l'argent est mis à la disposition du crédit justifierait un traitement différent de la validité de clauses relatives aux intérêts ou au remboursement anticipé du crédit » ; sur cette question, voy. aussi les quelques références citées *infra* n°s 291, 318 et 333, lors de l'examen de ces dispositions.

romain (1594) ; surtout, il s'imposerait de redéfinir, *de lege ferenda*, le champ d'application des articles qui figurent ou, du moins, seraient encore appelés à figurer dans le chapitre du prêt à intérêt.

(1594) Voy. H. DE PAGE, *op. cit.*, t. 2, 1964, p. 424, n° 455.

CHAPITRE PREMIER

Pour une réforme des textes insérés en 1804 dans le chapitre du prêt à intérêt

270. – Appréciation prospective des textes insérés en 1804 dans le chapitre du prêt à intérêt. – Lorsque nous parlons des textes insérés en 1804 dans le chapitre du prêt à intérêt, nous désignons les articles 1905 à 1908, au travers desquels le législateur de 1804 s'est préoccupé de l'intérêt et de sa légitimité (1595). L'analyse de ces dispositions a été menée dans la première partie de cette étude et c'est maintenant dans une vision dynamique et prospective que nous les abordons.

Ainsi, c'est d'un œil critique que nous envisageons tour à tour les articles 1905, 1906, 1907, alinéa 1^{er} (1596), et 1908, une section distincte étant consacrée à chacun de ces textes. Sauf lorsque les critiques que nous formulons débouchent sur un constat d'inutilité, nous suggérons une nouvelle rédaction de ces dispositions.

Section I^{re}. – L'article 1905 : une disposition anachronique

271. – Une formule permissive qu'il convient assurément de supprimer. – C'est en termes permissifs que le législateur de 1804 a conçu l'article 1905, qui introduit le chapitre du prêt à intérêt :

« Il est permis de stipuler des intérêts pour simple prêt, soit d'argent, soit de denrées, ou autres choses mobilières ».

Certes, on comprend qu'en 1804, le législateur ait ressenti la nécessité de marquer définitivement la rupture avec l'Ancien Régime en proclamant solennellement la légitimité de l'intérêt, même pour simple prêt (1597). Néanmoins, à l'heure actuelle, où l'intérêt rémunérateur apparaît en soi

(1595) A l'exclusion donc des articles 1909 et suivants qui traitent des rentes constituées.

(1596) L'appréciation prospective du second alinéa que contenait l'article 1907 en 1804 est sans objet, puisque cet alinéa a été revu en 1934 ; pour l'examen critique du texte qui y a été substitué en 1934, voy. *infra* nos 315 et s.

(1597) Voy. *supra* n° 12.

comme une chose aussi naturelle qu'un loyer ou un fermage (1598) et où sa prohibition n'est plus qu'un lointain souvenir, une telle formule permissive fait figure d'anachronisme.

Surtout, la disposition ainsi libellée a donné lieu à des divergences d'interprétation ; ainsi, certains auteurs se sont prévalus, à tort selon nous, de cette formule permissive, comme aussi du terme « stipuler » et du prétendu principe de gratuité du prêt, pour décider que l'accord des parties au sujet de la déduction des intérêts devait nécessairement être exprès, sans pouvoir être déduit des circonstances, et que, partant, une convention tacite était insuffisante pour rendre le prêt productif (1599).

En conséquence, parce qu'il est anachronique et aussi parce qu'il a donné lieu, dans le chef de certains auteurs, à une interprétation contestable, il convient de supprimer ce texte.

Si l'on voulait quand même conserver une disposition en introduction du chapitre du prêt à intérêt en le situant par rapport au prêt de consommation, il s'imposerait, à tout le moins, d'y substituer un texte neutre qui pourrait être rédigé comme suit :

« Lorsque le prêt de consommation ou simple prêt est consenti moyennant le paiement d'un intérêt, il prend le nom de prêt à intérêt » (1600).

272. – Vers la consécration légale de la déduction de plein droit des intérêts rémunérateurs ? – Plutôt que de procéder à un simple toilettage des textes, on se demande s'il ne serait pas opportun d'opérer une révision en profondeur de l'article 1905 et d'y inscrire une disposition qui, à l'instar de l'article 313 du Code suisse des obligations, prévoirait qu'« en matière de commerce », les intérêts rémunérateurs sont dus de plein droit (1601).

Une telle disposition présenterait l'avantage d'être en harmonie avec la pratique commerciale et bancaire ; il est, en effet, dans les habitudes des

(1598) Ainsi, P.A. SAMUELSON n'hésite pas à écrire que « s'il ne versait pas d'intérêts à son prêteur, l'emprunteur *escroquerait* en fait ce dernier à concurrence du revenu que celui-ci aurait pu s'assurer en consacrant ses fonds à des investissements productifs ! » (P.A. SAMUELSON, *L'Economique*, t. 2, traduction française par G. FAIN, éd. A. COLIN, Paris, 1972, p. 328 ; c'est nous qui soulignons le terme *escroquerait*).

(1599) Voy. *supra* n^{os} 17 et s.

(1600) Dans le Code civil, le prêt à intérêt apparaît comme une variété de prêt de consommation, c'est-à-dire comme une variété de prêt qui porte sur des choses *consomptibles* ; à cet égard, on souligne la dualité du terme « consommation », puisque, dans la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation, ce terme caractérise non pas les crédits qui portent sur des choses *consomptibles* mais bien les crédits qui sont consentis à des *consommateurs* par des professionnels.

(1601) L'article 313 du Code suisse des obligations dispose : « En matière civile, le prêteur ne peut réclamer des intérêts que s'ils ont été stipulés. En matière de commerce, il en est dû même sans convention ».

banques et des commerçants de se faire rémunérer les crédits qu'ils contractent entre eux ou qu'ils consentent à leur clientèle. C'est là une pratique à ce point ancrée dans les mœurs que l'on a pu faire état du mythe du « crédit gratuit » qui assortit quelquefois l'achat d'un bien ou d'un service, le législateur lui-même tenant l'offre d'un « crédit gratuit » pour suspecte dans la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation (1602).

Aussi, une disposition qui imprégnerait d'un caractère onéreux les crédits consentis dans le commerce nous paraît-elle souhaitable ; une telle disposition demande toutefois à être précisée.

273. – Champ d'application *ratione personae* : exception pour les crédits consentis entre particuliers. – A cet égard, le Code suisse des obligations distingue selon que l'on se situe « en matière civile » ou « en matière de commerce », ne prévoyant la déduction de plein droit des intérêts rémunérateurs qu'« en matière de commerce ».

Moyennant certaines précisions, une telle restriction nous paraît devoir être admise. En effet, même s'il est de plus en plus courant que les crédits consentis entre particuliers prévoient le paiement d'intérêts et ce, même pour les prêts de famille, il s'en fait encore beaucoup qui sont gratuits. Aussi, ce serait, nous paraît-il, introduire le trouble dans de telles conventions que de poser en principe dans la loi que les crédits entre particuliers donnent lieu de plein droit à la déduction d'un intérêt rémunérateur.

Encore faut-il s'entendre sur l'expression « en matière de commerce » ; il nous paraît que cette locution doit être entendue de la façon la plus large qui soit, c'est-à-dire comme impliquant non seulement les crédits conclus entre deux personnes agissant dans le cadre de leur profes-

(1602) Qui, pour faire bref, protège, en matière de crédit, les consommateurs dans leurs rapports avec les professionnels ; ainsi, l'article 6 de la loi relative au crédit à la consommation interdit toute publicité qui comporte la mention « crédit gratuit » mais il autorise la mention d'un taux égal à 0 % ; en outre, lorsqu'une vente à tempérament ou un crédit-bail est consenti au taux de 0 %, les articles 42 et 50 de cette loi font obligation au dispensateur de crédit d'informer le consommateur des « avantages qui, le cas échéant, sont accordés au consommateur qui paie au comptant » ; ces avantages ne peuvent être d'ordre pécuniaire (articles 44 et 52), puisqu'alors le prix au comptant serait inférieur au prix à crédit et, partant, le taux serait supérieur à 0 % ; selon les travaux préparatoires, ces avantages dont dispose le consommateur qui paie le bien au comptant et dont ne dispose pas le consommateur qui obtient un financement du bien à 0 % consistent, par exemple, dans l'obtention gratuite d'accessoires pour les véhicules automobiles (voy. le Rapport BARTHOLOMÉEUSSSEN, *Doc. parl.*, Ch. représ., sess. ord., 1990-1991, n° 1491/5, pp. 56 et 57).

sion (1603) mais aussi les crédits consentis par un particulier à un professionnel et vice-versa (1604). Dès lors, en effet, que l'une des deux parties agit dans le cadre de sa profession, la transaction s'inscrit dans le circuit économique où l'argent a nécessairement un prix et où, partant, le crédit gratuit a quelque chose d'insolite.

Il convient, cependant, de réserver les lois particulières en vertu desquelles le prêteur professionnel est tenu d'informer le consommateur des conditions du crédit et spécialement de l'obligation de payer des intérêts en sus du remboursement du capital (1605). En ce cas, il y a lieu de se référer aux sanctions spécifiques prévues par ces législations en cas de violation de l'obligation d'information qu'elles mettent à la charge du prêteur professionnel, sanctions qui peuvent aller jusqu'à la réduction des obligations du consommateur au montant emprunté (1606).

274. – Champ d'application *ratione materiae* : tous les crédits qui emportent mise à disposition d'une somme d'argent remboursable. – La disposition qui prévoirait la déduction de plein droit d'intérêts rémunérateurs concernerait tous les crédits qui emportent mise à disposition d'une somme d'argent remboursable (1607). Peu importe les controverses qui existent sur la

(1603) C'est volontairement que nous parlons de personnes agissant dans le cadre de leur profession plutôt que de commerçants et ce, en vue de viser les personnes, qui, quoiqu'exerçant une activité professionnelle d'indépendant, ne sont pas impliquées par la théorie de la commercialité telle qu'elle résulte des articles 1 et suivants du Code de commerce.

(1604) Tel est, semble-t-il, le système admis dans le titre 7 du nouveau Code civil néerlandais ; voy. C. ASSER's, *Handleiding tot de beoefening van het nederlands burgerlijk recht – Verbintenissenrecht*, t. 1, 10^e éd., par A.S. HARTKAMP, 1996, p. 57, n^o 70.

(1605) Voy. notamment les articles 11, 14, 56 et 58 de la loi du 12 juillet 1991 relative au crédit à la consommation ; voy. aussi les articles 14 et 21 de la loi du 4 août 1992 relative au crédit hypothécaire.

(1606) Voy. les articles 86 et 92 de la loi relative au crédit à la consommation ; en revanche, dans la loi relative au crédit hypothécaire, le défaut d'information de l'emprunteur au sujet des conditions du contrat et notamment de la déduction des intérêts ouvre le droit à l'emprunteur, sous réserve des autres droits et recours qu'il pourrait faire valoir, d'opérer le remboursement anticipé du crédit sans qu'une indemnité quelconque puisse être mise à sa charge ; si l'emprunteur fait usage de ce droit au remboursement anticipé, l'impossibilité de déterminer le taux de l'intérêt du contrat donne lieu à l'application du taux légal pour recalculer les intérêts courus (article 28) ; dans la loi relative au crédit hypothécaire, le défaut d'information de l'emprunteur n'est donc pas de nature à relever purement et simplement celui-ci de la déduction des intérêts.

(1607) Sur ce point, nous nous inspirons du Rapport DE CLERCK (*Doc. parl.*, Ch. représ., sess. extr. 1991-1992, n^o 375/8, p. 4), qui définissait le champ d'application de la loi relative au crédit hypothécaire alors en projet comme appréhendant, sous la notion de crédit, « toute opération financière tendant à obtenir une somme d'argent remboursable ».

qualification de prêt, controverses qui découlent du caractère réel actuellement imprimé à ce contrat par le Code civil (1608). Qu'il s'agisse d'un prêt, d'une ouverture de crédit ou d'un contrat innommé emportant mise à disposition d'une somme remboursable, il y a même raison de faire courir les intérêts rémunérateurs de plein droit. L'époque de la remise interviendrait toutefois pour déterminer le point de départ de ces intérêts. Il va de soi, en effet, que les intérêts rémunérateurs ne sauraient être dus qu'à partir du moment où la somme est effectivement remise au débiteur et seulement à concurrence du montant dont ce dernier dispose effectivement (1609).

Quant aux crédits qui assortissent le paiement du prix d'un bien ou d'un service, même si, le plus souvent, ils sont également consentis à titre onéreux, il serait inopportun, nous paraît-il, que la loi dispose que l'acheteur est tenu, en principe, de payer, en sus du prix convenu, des intérêts rémunérateurs dès la réception du bien ou du service. En effet, lorsque les parties fixent le prix ou les autres conditions d'une vente assortie de délais de paiement, le facteur temps entre normalement dans leurs prévisions. Ainsi, par exemple, le prix à crédit sera-t-il plus élevé que le prix payable au comptant ou encore l'acheteur au comptant bénéficiera-t-il d'autres avantages que l'acheteur à crédit. Aussi, ce serait contrarier l'économie de la convention que d'adopter une disposition légale en vertu de laquelle le prix, qui est déjà fixé par les parties en prévision de son paiement différé, produit, en outre, des intérêts rémunérateurs dès la réception du bien ou du service ; ce serait, en quelque sorte, faire payer deux fois le crédit à l'acheteur (1610).

275. – Proposition de texte. – En conséquence, afin de réviser l'article 1905 dans le sens de la déduction des intérêts de plein droit, nous proposons de lui substituer le texte suivant :

« Sauf convention contraire et sous réserve des lois particulières, le prêt d'une somme d'argent ou, plus généralement, le crédit qui emporte la mise à

(1608) Voy. *supra* n° 269, où nous évoquons cette question.

(1609) Nous n'envisageons pas ici la commission pour mise à disposition du capital qui est, le cas échéant, prévue dans la convention de crédit.

(1610) A cet égard, on peut se demander s'il ne serait pas souhaitable de préciser dans l'article 1652, alinéa 3, du Code civil, qui prévoit que l'acheteur doit l'intérêt de plein droit « si la chose vendue et livrée produit des fruits ou des autres revenus », que cette règle ne concerne que la prise de cours des intérêts moratoires pour le cas où l'acheteur serait en retard de payer le prix convenu et qu'elle est, partant, étrangère à l'hypothèse où le vendeur a consenti, d'emblée, un délai de paiement à l'acheteur (*de lege lata*, telle n'est pas l'interprétation qui est donnée à cette disposition par F. LAURENT, *op. cit.*, t. 24, 1878, p. 323, n° 333 et H. DE PAGE, *op. cit.*, t. 4, 1972, p. 235, n° 206) ; en ce cas, on peut penser, en effet, que si les parties n'ont rien dit quant aux intérêts rémunérateurs, c'est parce qu'elles ont déjà tenu compte du facteur temps en fixant les conditions de la vente.

disposition d'une somme d'argent remboursable par ou à une personne agissant dans le cadre de sa profession donne automatiquement lieu à la déduction d'un intérêt rémunérateur à partir du moment où la somme a été remise à l'emprunteur.

A défaut d'accord sur le taux, les intérêts rémunérateurs sont calculés au taux légal dont il est question à l'article 1155*bis* » (1611).

Une telle disposition ne serait évidemment pas d'ordre public en sorte qu'il serait toujours permis de prêter gratuitement de l'argent dans le commerce mais ce serait au débiteur à faire la preuve qu'il n'était pas dans l'intention des parties de prévoir le paiement d'intérêts en sus du remboursement de la somme prêtée.

Section II. – L'article 1906 : une disposition inutile

276. – Une disposition au fondement incertain qui, telle qu'elle est généralement interprétée, ne présente aucune utilité. – Situé directement après l'article 1905, qui consacre la permission de stipuler un intérêt, l'article 1906 dispose :

« L'emprunteur qui a payé des intérêts qui n'étaient pas stipulés, ne peut ni les répéter ni les imputer sur le capital ».

On a bien, dans les travaux préparatoires, tenté de justifier cette disposition par des considérations historiques mais celles-ci ne permettent pas d'élucider l'article 1906 (1612). Aussi, la doctrine se réfère-t-elle soit à l'existence d'une obligation naturelle, soit à l'existence d'une convention tacite qui est prouvée par son exécution même (1613).

La plupart des auteurs admettent la répétition des intérêts qui ont été payés par erreur, dans la fausse croyance qu'ils avaient été stipulés. Dans le fondement déduit de l'obligation naturelle, il est fait référence à l'article 1235, alinéa 2, du Code civil, qui ne fait obstacle à la répétition que lorsque le paiement est « volontaire » (1614), tandis que, dans le fondement déduit de la convention tacite, on souligne que le paiement qui fait preuve de la convention est nécessairement un paiement exempt de tout

(1611) Au sujet de la vocation supplétive du taux légal et du renvoi à un article 1155*bis* que nous proposons d'insérer dans le Code civil, voy. *infra* n^{os} 279 et 280.

(1612) Voy. *supra* n^o 29.

(1613) Voy. *supra* n^{os} 31 et 32.

(1614) C'est-à-dire, est-il généralement admis, lorsque le paiement a lieu spontanément et en connaissance du fait qu'il s'agit d'une obligation naturelle dépourvue de sanction civile ; voy. *supra* n^o 40.

vice (1615). En conséquence, l'article 1906 ainsi interprété ne fournit pas de solution originale à la question de la répétition des intérêts « qui n'étaient pas stipulés », puisqu'il n'est que l'application à un cas particulier d'une règle qui relève de la théorie générale des obligations. Comme il s'agit d'une disposition inutile, il convient, nous paraît-il, de l'abroger purement et simplement.

Cependant, certains auteurs voient dans l'article 1906 une présomption *irréfragable* de convention tacite au sujet des intérêts, présomption qui ne pourrait pas être combattue par la preuve de l'erreur qui entache le paiement (1616). Dans cette opinion, l'article 1906 présenterait donc une originalité par rapport à la théorie générale des obligations, puisque le paiement, même entaché d'erreur, ferait preuve de la promesse de payer des intérêts.

Une telle dérogation, que nous contestons *de lege lata*, ne nous paraît pas non plus souhaitable *de lege ferenda* ; en effet, si l'on maintient l'exigence d'une promesse de payer des intérêts pour que ceux-ci soient dus, il est contraire à la réalité de déduire l'existence d'une telle promesse du fait que les intérêts ont été payés par erreur. En conséquence, l'interprétation contestable à laquelle l'article 1906 a donné lieu constitue, nous paraît-il, un motif supplémentaire de l'abroger.

277. – Une disposition dont l'abrogation s'imposerait d'autant plus si le législateur consacrait la débiton de plein droit des intérêts rémunérateurs. – En refusant la répétition des intérêts « qui n'étaient pas stipulés », l'article 1906 suppose qu'une telle prétention n'est, de prime abord, pas totalement dénuée de fondement et, partant, que la débiton des intérêts dépend en principe de l'existence d'un accord des parties sur ce point.

Or, si, comme nous le suggérons, on révisait l'article 1905 dans le sens de la débiton de plein droit des intérêts rémunérateurs, la question de la répétition des intérêts « qui n'étaient pas stipulés », question dont traite l'article 1906, n'aurait plus lieu d'être, si ce n'est pour les prêts conclus entre particuliers (1617).

(1615) Voy. *supra* n° 41 ; en définitive, le choix du fondement présente une importance pour décider la question si l'emprunteur qui a payé des intérêts « qui n'étaient pas stipulés » est obligé de poursuivre le service de ceux-ci dans l'avenir ; sur cette question voy. *supra* n° 44.

(1616) Voy. *supra* nos 40 et 41.

(1617) Pour lesquels nous pensons qu'il convient de maintenir l'exigence d'un accord des parties pour faire courir les intérêts, voy. *supra* n° 273 ; il convient encore de réserver le cas où le litige porterait non pas sur le principe même de la débiton de l'intérêt mais sur le consentement de l'emprunteur relativement au taux de l'intérêt, hypothèse dans laquelle l'article 1906 peut, le cas échéant, trouver à s'appliquer ; voy. *supra* n° 36.

En conséquence, si l'article 1905 était modifié dans le sens de la déduction de plein droit des intérêts rémunérateurs, le champ d'application de l'article 1906 se réduirait comme une peau de chagrin, en sorte que son abrogation serait d'autant plus justifiée.

Section III. – L'article 1907, alinéa 1^{er} : une disposition mal placée

278. – Une disposition qui consacre à la fois la vocation supplétive du taux légal et le principe de la liberté du taux de l'intérêt conventionnel. – Nonobstant les modifications qui ont été apportées à l'article 1907 au cours des années trente, son premier alinéa est demeuré inchangé depuis 1804 ; il est ainsi conçu :

« L'intérêt est légal ou conventionnel. L'intérêt légal est fixé par la loi. L'intérêt conventionnel peut excéder celui de la loi toutes les fois que la loi ne le prohibe pas. »

Par cette disposition, le législateur de 1804 a consacré deux principes importants, à savoir la vocation supplétive du taux légal et la liberté du taux de l'intérêt conventionnel.

279. – La vocation supplétive du taux légal : une règle qui relève de la théorie générale des obligations. – Dans les premiers projets du Code civil, l'article 1907 concernait la question de la liberté du taux de l'intérêt conventionnel et c'est par une sorte de détour que le législateur de 1804 y a inscrit la vocation supplétive du taux légal (1618).

A cet égard, nous avons observé que la règle qui assigne un rôle supplétif au taux légal n'est pas convenablement placée sous le chapitre du prêt à intérêt, puisque, en raison de sa généralité, la vocation supplétive du taux légal relève de la théorie générale des obligations et, partant, déborde largement la matière du prêt à intérêt (1619). La même remarque peut être formulée à propos de l'intitulé de la loi du 5 mai 1865 « *relative au prêt à intérêt* », dont l'article 2, certes modifié à maintes reprises depuis lors, détermine, toujours à l'heure actuelle, le taux de l'intérêt légal (1620).

Il conviendrait donc de sortir de la matière du prêt à intérêt ces dispositions qui traitent, de façon générale, du taux de l'intérêt légal fixé à titre

(1618) Voy. *supra* n° 47.

(1619) Voy. *supra* n° 48.

(1620) Une loi du 30 juin 1970 permet au Roi de modifier, par un arrêté délibéré en Conseil des Ministres, le taux de l'intérêt légal prévu par la loi du 5 mai 1865 « *relative au prêt à intérêt* » ; la fixation du taux de l'intérêt légal fait actuellement l'objet de l'arrêté du 4 août 1996 (*Mon.*, 15 août 1996, p. 21613) ; cet arrêté a ramené le taux de l'intérêt légal à 7 %.

supplétif ; elles devraient, nous paraît-il, figurer dans la partie du Code qui traite des obligations en général, par exemple, dans un article 1155*bis* créé à cet effet.

280. – La vocation supplétive du taux légal : une règle également applicable aux intérêts rémunérateurs. – De ce qui précède, il ne faudrait pas conclure que la vocation supplétive du taux légal est étrangère au prêt à intérêt. Il était, en effet, dans l'intention du législateur de 1804 d'affirmer la vocation supplétive du taux légal non seulement pour les intérêts de retard qui résultent des condamnations judiciaires (1621) mais aussi pour les intérêts rémunérateurs qui sont dus en contrepartie d'un crédit (1622).

Néanmoins, *de lege lata*, les intérêts rémunérateurs n'étant pas en principe dus de plein droit, la vocation supplétive du taux légal ne s'y applique guère, si ce n'est dans les cas assez rares où les parties se sont accordées sur la déduction des intérêts rémunérateurs sans toutefois en fixer le taux (1623). Aussi, si l'on maintient la nécessité d'un accord des parties pour que le prêt produise intérêt, il est de peu d'utilité de rappeler, dans le chapitre du prêt à intérêt, la vocation supplétive du taux légal.

En revanche, l'application supplétive du taux légal en matière de crédit est le complément nécessaire du principe de la déduction de plein droit des intérêts rémunérateurs que nous suggérons d'introduire dans l'article 1905. Si, en effet, les intérêts rémunérateurs étaient dus sans qu'il soit requis que les parties s'accordent sur ce point, l'absence de convention des parties poserait inévitablement la question de leur taux.

Aussi, afin d'éviter d'interminables discussions, il s'impose de compléter le principe de la déduction de plein droit des intérêts rémunérateurs que nous suggérons d'inscrire dans l'article 1905 par la réaffirmation de la vocation supplétive du taux légal en matière de crédit. C'est pourquoi, dans le texte que nous avons proposé pour l'article 1905 (1624), il est prévu *in fine* qu'« à défaut d'accord sur le taux, les intérêts rémunérateurs sont calculés au taux légal dont il est question à l'article 1155*bis* ».

Tant *de lege lata* que *de lege ferenda*, il va sans dire que, le taux légal n'étant fixé qu'à titre supplétif, il laisse place aux usages (1625). Il en va ainsi comme pour toute autre norme supplétive, en sorte que, dans le texte

(1621) En 1804, le point de départ des intérêts moratoires se situait, en principe, à l'époque de la demande en justice et non point comme, il en va maintenant, à l'époque de la mise en demeure.

(1622) Voy. *supra* n° 48.

(1623) Ou encore lorsqu'ils sont dus de plein droit en vertu d'un usage sans que le taux puisse être déterminé en vertu de cet usage ; voy. *supra* n° 50.

(1624) Voy. *supra* n° 275.

(1625) Voy. *supra* n° 49.

même de la disposition, il ne s'impose pas de réserver expressément les usages (1626).

En conséquence, à supposer que l'existence d'un usage relatif au taux puisse être établie (1627), nous songeons spécialement aux conventions interbancaires, c'est le taux auquel l'usage renvoie qui est et resterait applicable à défaut de convention des parties et non le taux légal (1628).

281. – Le principe de la liberté du taux de l'intérêt conventionnel : un principe qui relève de la théorie générale des obligations. – Le principe de la liberté du taux de l'intérêt conventionnel constitue une application du principe de la liberté des conventions inscrit à l'article 1134 du Code civil. Il relève de la théorie générale des obligations, puisqu'il concerne tous les types d'intérêts et non point seulement ceux qui sont stipulés en contrepartie d'un crédit. Ainsi, il concerne également les intérêts moratoires qui sont dus en cas de retard dans le paiement d'une somme d'argent, puisqu'il est permis, en principe, aux parties de déroger au forfait légal prévu par l'article 1153 du Code civil. Il conviendrait donc d'affirmer le principe de la liberté de l'intérêt conventionnel dans la partie du Code qui traite des obligations en général, par exemple dans l'article 1155*bis* que nous suggérons de créer.

(1626) Certains codes étrangers réservent toutefois expressément les usages pour la détermination du taux de l'intérêt ; ainsi, l'article 314, alinéa 1, du Code suisse des obligations, dispose : « Si le contrat n'a pas fixé le taux de l'intérêt, le prêt est censé fait au *taux usuel pour les prêts de même nature*, à l'époque et dans le lieu où l'objet du prêt a été délivré » ; à défaut d'usage, il convient, semble-t-il, de se référer à l'article 73, qui précise de façon générale : « Celui qui doit des intérêts dont le taux n'est fixé ni par la convention, ni par la loi ou *l'usage*, les acquitte au taux annuel de 5 pour cent » ; ainsi aussi, l'article 1907 du Code civil luxembourgeois a été complété comme suit : « A défaut d'un taux d'intérêt déterminé ou déterminable par une clause spéciale de la convention de prêt ou en vertu d'un *usage bancaire*, ce taux sera le taux d'intérêt légal et il ne sera dû par l'emprunteur aucune somme à titre de commission ou de rémunération accessoires » (voy. la loi du 15 mai 1987 modifiant et complétant certains articles du code civil et complétant la loi du 25 août 1983 relative à la protection juridique du consommateur, *Pasin. lux.*, vol. LIX, 1987, p. 630).

(1627) Ce qui implique notamment sa généralité et sa notoriété dans un milieu donné ; voy. *supra* n° 26.

(1628) Il convient toutefois de réserver l'application des dispositions qui prescrivent la mention du taux de l'intérêt à titre de condition de validité de la convention sur le taux ; ainsi, en vertu de l'alinéa 4 de l'article 1907, à défaut de mention du taux de l'intérêt dans une clause spéciale de la convention de prêt, il y a lieu, croyons-nous, d'appliquer le taux légal (au sujet du champ d'application de cette disposition, voy. *infra* n°s 318 et 319) ; en matière de crédit à la consommation, l'absence de mention du taux de l'intérêt peut même être sanctionnée par la suppression de tous les intérêts (voy. l'article 86 de la loi relative au crédit à la consommation).

Il s'imposerait, en outre, de gommer le mot « jamais » de l'article 1153, alinéa 1^{er}, qui est actuellement libellé comme suit :

« Dans les obligations qui se bornent au paiement d'une certaine somme, les dommages et intérêts résultant du retard dans l'exécution *ne consistent jamais que* dans les intérêts légaux, sauf les exceptions établies par la loi. »

Le mot « jamais » ainsi d'ailleurs que la locution restrictive « ne... que » constituent, en effet, une inadvertance du législateur ; ils sont le résidu de projets antérieurs du Code civil qui entendaient, par cette formule impérative, interdire aux parties de prévoir un taux d'intérêt moratoire supérieur au taux légal (1629).

282. – Le principe de la liberté du taux de l'intérêt conventionnel : un principe tempéré par une réserve obsolète. – En disposant que « l'intérêt conventionnel peut excéder celui de la loi toutes les fois que la loi ne le prohibe pas », l'article 1907, alinéa 1^{er}, laisse entendre qu'une loi pourrait prohiber que l'intérêt conventionnel soit plus élevé que le taux de l'intérêt légal fixé à titre supplétif (1630). Aussi, par la réserve qu'il introduit, l'article 1907, alinéa 1^{er}, opère une confusion entre, d'une part, le taux légal prévu par la loi à titre supplétif et, d'autre part, le taux maximum qui peut être imposé par des lois particulières.

Pourtant, le taux légal fixé à titre supplétif est *censé* refléter le taux normal, le taux ordinaire (1631) et on conçoit difficilement, du moins à notre époque, qu'un taux normal puisse en même temps servir de maximum objectif au-delà duquel tout intérêt est usuraire ; il y a, en effet, place entre le taux ordinaire et le taux maximum, pour une fourchette de taux, qui, sans être usuraires, dépassent le taux ordinaire en raison du type de crédit consenti, des garanties dont il est assorti ou encore, par exemple, de la personne de l'emprunteur (1632). En conséquence, dans la mesure où l'article 1907, alinéa 1^{er}, fait encore allusion aujourd'hui à une loi qui limiterait le taux de l'intérêt au taux légal prévu à titre supplétif, il nous paraît désuet.

283. – Proposition de texte. – En vue d'échapper à cette critique, et en vue aussi de signifier clairement qu'elle distingue l'intérêt légal de l'intérêt conventionnel selon le critère de son taux et non selon le critère de sa

(1629) Voy. *supra* n° 52.

(1630) Voy. *supra* n° 51.

(1631) Actuellement, le taux de l'intérêt légal est fixé par référence aux « taux d'intérêt pratiqués dans les conventions *courantes* » ; voy. le visa des arrêtés des 16 juillet 1986 (*Pasin.*, 1986, p. 665) et 4 août 1996 (*Mon.*, 15 août 1996, p. 21613) modifiant le taux de l'intérêt légal.

(1632) Voy. *infra* n°s 294 et 295.

source (1633), la disposition contenue dans l'article 1907, alinéa 1^{er}, pourrait être rédigée comme suit :

« Le taux de l'intérêt est légal ou conventionnel.

Le taux légal, fixé par un arrêté royal délibéré en Conseil des Ministres, s'applique lorsque les parties ne sont pas convenues d'un autre taux. Il se monte à... %.

Sous réserve de disposition légale contraire, le taux conventionnel est librement fixé par les parties. »

Rappelons qu'à notre sens, comme cette disposition consacre deux principes qui relèvent de la théorie générale des obligations et, qui, partant, ne sont pas propres au prêt à intérêt, il conviendrait de les déplacer et de les insérer dans le titre III du Code civil intitulé : « Des contrats ou des obligations conventionnelles en général », par exemple dans un article 1155*bis* créé à cet effet.

Section IV. – L'article 1908 : une disposition à édulcorer

284. – Une présomption pour laquelle il conviendrait, *de lege ferenda*, de réserver expressément la preuve contraire. – L'article 1908 du Code civil énonce une présomption de paiement des intérêts :

« La quittance du capital donnée sans réserve des intérêts, en fait présumer le paiement, et en opère la libération ».

Ainsi que nous l'avons vu, la doctrine établit un lien entre l'article 1254, édicté en faveur du créancier, et l'article 1908, conçu en faveur du débiteur. La doctrine considère que le principe de l'imputation préférentielle des paiements sur les intérêts consacré par l'article 1254 est, à ce point, naturel qu'il est contraire à toute probabilité que le créancier y renonce et, partant, consente à imputer ce qu'il reçoit sur le capital alors que les intérêts ne seraient pas payés. Aussi, si le créancier délivre quittance du capital sans réserver les intérêts, c'est qu'il reconnaît implicitement que les intérêts lui ont été payés (1634).

Dans cette explication, la présomption de paiement des intérêts déduite de la délivrance d'une quittance pour le capital, n'est pas uniquement fondée sur le droit du créancier d'imputer les paiements qu'il reçoit en priorité sur les intérêts mais aussi et surtout sur le fait que ce droit, qu'il tient de l'article 1254, consacre un usage constant. Autrement dit, la présomption énoncée dans l'article 1908 est fondée sur l'idée qu'en pratique, les

(1633) Voy. *supra* n° 46.

(1634) Voy. *supra* n° 212.

créanciers se conforment à l'article 1254 en imputant d'abord les paiements sur les intérêts.

Ce qui pose problème dans cette présomption, c'est le caractère irréfragable qui lui est généralement imprimé par la doctrine (1635). En effet, il se pourrait très bien qu'un créancier qui n'est pas rompu aux techniques financières et juridiques admette l'imputation d'un paiement partiel sur le capital qui lui est dû et ne songe pas à réserver les intérêts dans la quittance qu'il délivre à son débiteur. En ce cas, le caractère irréfragable de la présomption établie par l'article 1908 aboutit à un résultat inique, puisqu'elle prive ce créancier, auquel, au demeurant, aucune faute ne saurait être reprochée, du droit de réclamer les intérêts qui, pourtant, ne lui ont pas été payés et auxquels il n'a pas entendu renoncer.

En conséquence, il serait, à notre sens, judicieux de compléter la disposition énoncée par l'article 1908 en réservant expressément la possibilité pour le créancier qui a délivré quittance du capital sans réserver les intérêts d'apporter la preuve que ceux-ci ne lui ont pas été payés. Le créancier pourrait dès lors établir, par toutes voies de droit, qu'il n'a pas exercé le droit que lui reconnaît l'article 1254, soit qu'il ait accepté de ne pas le mettre en œuvre, soit, plus simplement, qu'il en ignorait l'existence. Il va de soi que, s'agissant de personnes dont les connaissances financières et juridiques ne sont plus à démontrer comme il en va spécialement des organismes de crédit, de telles explications ne sauraient aisément emporter la conviction.

285. – Une présomption qui, en tant que corollaire de l'article 1254, relève de la théorie générale des obligations. – Bien qu'étant située dans le chapitre du prêt à intérêt, la présomption de paiement des intérêts édictée par l'article 1908 recouvre, selon nous, le même champ d'application que l'article 1254 du Code civil, auquel elle est étroitement liée ; aussi, *de lege lata*, elle concerne, nous paraît-il, non seulement les intérêts rémunérateurs qui sont stipulés en contrepartie d'un crédit mais encore les intérêts moratoires qui sont dus en cas de retard dans le paiement d'une somme d'argent (1636).

Afin d'éviter toute controverse sur ce point, il faudrait donc, *de lege ferenda*, déplacer cette disposition et l'insérer dans la partie du Code civil

(1635) Voy. *supra* n° 213.

(1636) Voy. *supra* n° 216.

qui traite des obligations en général, par exemple dans un article 1254*bis* qui serait créé à cet effet (1637).

286. – Proposition de texte. – La présomption de paiement des intérêts qui est actuellement édictée par l'article 1908 et que nous proposons, *de lege ferenda*, de déplacer dans la partie du Code civil qui traite des obligations en général pourrait être libellée comme suit :

« La quittance du capital donnée sans réserve des intérêts, en fait présumer le payement, jusqu'à preuve contraire. »

Par là, le caractère réfragable de la présomption serait expressément consacré. En outre, nous proposons de faire disparaître les termes « et en opère la libération » qui nous paraissent superfétatoires, voire en contradiction avec l'admission de la preuve contraire.

Synthèse du chapitre premier

287. – Proposition de réforme des textes insérés en 1804 dans le chapitre du prêt à intérêt. – Eu égard à la formule permissive qu'il comporte : « Il est permis de stipuler des intérêts pour simple prêt... », l'article 1905 fait figure d'anachronisme. Aussi, il conviendrait, à tout le moins, de faire disparaître cette formule désuète (1638).

Au-delà de ce simple toilettage du texte, on pourrait également songer à inscrire dans l'article 1905, le principe de la débiton de plein droit des intérêts rémunérateurs pour tous les crédits qui emportent la mise à disposition d'une somme d'argent remboursable (1639). Un tel principe nous paraît, en effet, correspondre à la réalité commerciale et bancaire où le crédit gratuit a quelque chose de suspect (1640). Il nous paraît toutefois qu'il serait nécessaire d'excepter de ce principe les crédits consentis entre

(1637) A cet égard, on observe que, dans plusieurs codes étrangers, la disposition analogue à l'article 1908 de notre Code civil est intégrée dans la théorie générale des obligations ; voy. l'article 50, alinéa 2, du livre 6 du nouveau Code civil néerlandais, l'article 89, alinéa 2, du Code suisse des obligations ; voy. aussi l'article 23, alinéa 2, du projet de Convention Bénélux relative à l'exécution des obligations, *Conseil Interparlementaire Consultatif de Benelux*, 22 juin 1972, *Doc.* 131-1, p. 8.

(1638) Soit en abrogeant purement et simplement la disposition, soit en recourant à un texte plus neutre qui pourrait être libellé comme suit : « Lorsque le prêt de consommation ou simple prêt est consenti moyennant le paiement d'un intérêt, il prend le nom de prêt à intérêt » ; voy. *supra* n° 271.

(1639) Sur cette notion de crédit qui emporte la mise à disposition d'une somme d'argent remboursable, voy. *supra* n° 274.

(1640) Voy. *supra* n° 272.

particuliers (1641). En conséquence, nous proposons de *remplacer l'article 1905 par la disposition suivante* :

« Sauf convention contraire et sous réserve des lois particulières, le prêt d'une somme d'argent ou, plus généralement, le crédit qui emporte la mise à disposition d'une somme d'argent remboursable par ou à une personne agissant dans le cadre de sa profession donne automatiquement lieu à la déduction d'un intérêt rémunérateur à partir du moment où la somme a été remise à l'emprunteur.

A défaut d'accord sur le taux, les intérêts rémunérateurs sont calculés au taux légal dont il est question à l'article 1155*bis* ».

L'article 1155*bis* auquel il est fait référence est un article que nous proposons de créer en vue d'y intégrer la règle qui consacre la vocation supplétive du taux légal ainsi que le principe de la liberté du taux de l'intérêt conventionnel qui sont actuellement inscrits dans l'article 1907, alinéa 1^{er} (1642). Ces principes relèvent, en effet, de la théorie générale des obligations (1643) et, partant, débordent largement la matière du prêt à intérêt. Afin d'éviter toute confusion entre le taux de l'intérêt légal fixé à titre supplétif et le taux maximum qu'assigneraient à l'intérêt conventionnel des lois particulières, *le nouvel article inséré dans les textes relatifs aux obligations en général serait rédigé comme suit* :

« Le taux de l'intérêt est légal ou conventionnel.

Le taux légal, fixé par un arrêté royal délibéré en Conseil des Ministres, s'applique lorsque les parties ne sont pas convenues d'un autre taux. Il se monte à... %.

Sous réserve de disposition légale contraire, le taux conventionnel est librement fixé par les parties. »

Cet article viendrait se substituer à *l'alinéa 1^{er} de l'article 1907*, qui, par voie de conséquence, *serait abrogé*.

Dans les deux fondements qui lui sont assignés par la doctrine, l'article 1906 est généralement interprété comme une application à un cas particulier d'une règle qui relève de la théorie générale des obligations, à laquelle il ne déroge pas (1644). En conséquence, cette disposition nous

(1641) Voy. *supra* n° 273.

(1642) Voy. *supra* n°s 278 et s.

(1643) A cet égard, il nous paraîtrait utile de gommer l'adverbe « jamais » ainsi que la locution restrictive « ne... que » de l'alinéa 1^{er} de *l'article 1153* qui, partant, *serait rédigé comme suit* : « Dans les obligations qui se bornent au paiement d'une certaine somme, les dommages et intérêts résultant du retard dans l'exécution [*ne*] consistent [*jamais que*] dans les intérêts légaux, sauf les exceptions établies par la loi » ; voy. *supra* n° 281.

(1644) Voy. *supra* n° 276.

semble inutile. Il nous paraît donc que *l'article 1906 devrait être abrogé* (1645).

Quant à la présomption de paiement des intérêts que l'article 1908 attache à la délivrance de la quittance du capital sans réserve des intérêts, il nous paraît que la possibilité d'apporter la preuve contraire devrait expressément être réservée par la disposition (1646). En outre, eu égard au lien étroit qui l'unit à l'article 1254 du Code civil, il nous paraît que cette disposition dépasse largement la matière du prêt à intérêt et que, partant, elle devrait figurer dans la partie du Code qui a trait aux obligations en général (1647), par exemple dans *un article 1254bis libellé comme suit* :

« La quittance du capital donnée sans réserve des intérêts, en fait présumer le paiement, jusqu'à preuve contraire. »

Cet article viendrait se substituer à *l'article 1908*, qui *serait*, dès lors, *abrogé*.

(1645) Abrogation qui s'imposerait d'autant plus si l'article 1905 était modifié dans le sens de la déduction de plein droit des intérêts rémunérateurs ; voy. *supra* n° 277.

(1646) Voy. *supra* n° 284.

(1647) Voy. *supra* n° 285.

CHAPITRE II

L'article 1907^{ter} ou la question de l'usure

288. – L'article 1907^{ter} : une disposition obsolète ? – Introduit en 1935 dans le chapitre du prêt à intérêt, l'article 1907^{ter} se fonde sur l'abus de l'infériorité de l'emprunteur pour sanctionner le taux manifestement excessif du prêt ; en d'autres mots, il appréhende l'usure par le biais de ce que l'on appelle aujourd'hui la théorie de la lésion qualifiée (Section I).

Cependant, l'appréciation judiciaire sur laquelle il repose est extrêmement délicate, si bien que certaines législations modernes – c'est le cas en Belgique dans la loi relative au crédit à la consommation – en reviennent à une approche réglementaire ou purement mathématique de l'usure (1648). Ce débat sans cesse renaissant met en avant la difficulté d'appréhender le critère de l'usure (Section II), en même temps qu'il pose la question du sort qu'il conviendrait de réserver, *de lege ferenda*, à l'article 1907^{ter} (Section III).

Section I^{re}. – La conception de l'usure reçue dans l'article 1907^{ter}

289. – Antécédents. – Avant d'entamer l'étude de l'article 1907^{ter}, introduit dans le Code civil en 1935, il convient de rappeler brièvement les antécédents de la disposition.

Ainsi que nous l'avons vu, en consacrant la liberté du taux de l'intérêt conventionnel dans l'article 1907, les auteurs du Code civil avaient laissé entendre qu'une loi pourrait prohiber que l'intérêt conventionnel soit plus élevé que le taux de l'intérêt légal fixé à titre supplétif (1649). Cette conception aujourd'hui dépassée de l'usure fut effectivement retenue par la loi du 3 septembre 1807 sur l'intérêt de l'argent qui fixa aussi bien le

(1648) A cet égard, nous trouvons particulièrement éloquentes cette réflexion de M. VASSEUR : « Et de penser, non sans une pointe de scepticisme, que dans le sillage de l'ancienne interdiction canonique du prêt à intérêt et des controverses passionnées qu'elle a suscitées, la répression de l'usure et la limitation du taux de l'intérêt sont des matières ensorcelées dont la dispute ne peut être bannie et à l'occasion desquelles l'effort du législateur sera éternellement renaissant » ; voy. M. VASSEUR, « Usure et prêts d'argent », *Banq.*, 1967, p. 458, n° 3.

(1649) Voy. *supra* n° 282.

taux maximum de l'intérêt que le taux applicable en l'absence de convention des parties, à 5 % en matière civile et 6 % en matière commerciale (1650).

Par la suite, la loi du 5 mai 1865 relative au prêt à intérêt rétablit solennellement la liberté des parties pour la détermination du taux de l'intérêt (1651), liberté qui avait déjà été admise en 1860 lors du vote à la Chambre de l'article 494 ancien du Code pénal. Au nom du libéralisme économique alors à son apogée, il était considéré que la loi civile se devait d'ignorer la notion d'usure, tandis que l'article 494 ancien du Code pénal n'incriminait que le fait de fournir habituellement des valeurs à un taux excédant l'intérêt légal *en abusant des faiblesses et des passions de l'emprunteur*.

Ainsi, seule la protection des « enfants de famille dérangés » avait trouvé grâce aux yeux des rédacteurs du Code pénal de 1867 (1652). L'abus de l'ignorance de l'emprunteur n'avait pas été incriminé, parce qu'une mesure civile telle l'exigence de la mention du « taux réel de l'intérêt à peine de nullité » avait été jugée plus adéquate (1653). Quant à l'abus des besoins de l'emprunteur, il était hors de question de le réprimer : « Comment », disait-on, « punir ceux qui prêtent aux gens qui en ont besoin ? » (1654) ; par là, ainsi que l'observe judicieusement Ch. DEL MARMOL, le législateur confondait toutefois le fait de prêter à une personne qui est dans le besoin avec le fait de prêter en abusant de l'état de besoin de cette personne (1655).

(1650) *Pasin.*, 1^{er} juillet 1806 – 30 décembre 1809, p. 152 ; dans cette loi de 1807, le fait de se livrer habituellement à l'usure, c'est-à-dire, le fait de prêter habituellement au-dessus du taux légal était érigé en infraction pénale ; en outre, le dépassement du taux maximum était sanctionné civilement par la réduction au taux légal et ce, même lorsque l'usure constituait un fait isolé.

(1651) *Pasin.*, 1865, p. 133 ; l'article 1^{er} de la loi du 5 mai 1865, disposition qui est toujours en vigueur aujourd'hui, dispose : « Le taux de l'intérêt conventionnel est déterminé librement par les parties contractantes ».

(1652) Il s'agissait uniquement de sanctionner ceux « qui font métier de fournir, à des intérêts énormes, aux enfants de famille dérangés, de quoi subvenir à leur libertinage et à leurs folles dépenses » ; voy. E. PIRMEZ, « De l'usure », dans le Rapport fait au nom de la Commission de la Chambre des Représentants chargée d'examiner le projet gouvernemental portant révision du Code pénal, J.-S.-G. NYPELS, *op. cit.*, t. 2, 1869, p. 577 ; nous désignons ce Rapport par les termes « Rapport PIRMEZ ».

(1653) Voy. la discussion à la Chambre de l'article 494 du Code pénal, J.-S.-G. NYPELS, *op. cit.*, t. 2, pp. 654 et 655 et le Rapport PIRMEZ, p. 577.

(1654) Voy. la discussion au Sénat de l'article 494 du Code pénal, J.-S.-G. NYPELS, *op. cit.*, t. 3, p. 707.

(1655) Voy. Ch. DEL MARMOL, *La répression de l'usure*, 1943, pp. 295 et s., n° 262.

Sur le plan civil, aucune disposition légale particulière ne limitait la liberté du taux, pas même lorsque le prêteur avait abusé des faiblesses ou des passions de l'emprunteur. Il était inconcevable pour le législateur de 1865 que le fait isolé d'abus des faiblesses ou des passions de l'emprunteur donne lieu à la révision du contrat (1656).

A cet égard, on constate toutefois une brèche dans la jurisprudence qui, dès la fin du XIX^e siècle, fit à appel à la notion de bonnes mœurs et de cause illicite pour sanctionner civilement l'usure (1657). La Cour de cassation elle-même refusa de casser une décision qui avait annulé un prêt consenti moyennant un intérêt de 200 % par un prêteur qui avait abusé des passions et des faiblesses d'un emprunteur jeune et sans expérience ; pour la Cour de cassation, l'arrêt dénoncé avait déduit de l'ensemble des faits que la cause de l'opération conclue entre parties était contraire aux bonnes mœurs et, partant, illicite ; s'agissant d'une appréciation en fait, elle rentrait dans le domaine exclusif du juge du fond (1658).

290. – L'article 1907ter. – En cet état des précédents et à la faveur de la crise des années trente, le législateur de 1935 (1659), en même temps qu'il renforce la répression pénale de l'usure, introduit l'article 1907ter dans le Code civil :

« Sans préjudice de l'application des dispositions protectrices des incapables ou relatives à la validité des conventions, si, abusant des besoins, des faiblesses, des passions ou de l'ignorance de l'emprunteur, le prêteur s'est fait promettre, pour lui-même ou pour autrui, un intérêt ou d'autres avantages excédant manifestement l'intérêt normal et la couverture des risques du prêt, le juge, sur la demande de l'emprunteur, réduit ses obligations au remboursement du capital prêté et au paiement de l'intérêt légal.

La réduction s'applique aux paiements effectués par l'emprunteur, à condition que la demande soit intentée dans les trois ans à dater du jour du paiement » (1660).

(1656) Voy. la discussion de la loi du 5 mai 1865, *Ann. parl.*, Sénat, sess. 1864-1865, p. 351.

(1657) Voy. Ch. DEL MARMOL, *op. cit.*, 1943, p. 392, n° 383 ; A. DE BERSAQUES, « L'œuvre prétorienne de la jurisprudence en matière de lésion », in *Mélanges J. DABIN*, t. 2, 1963, p. 495, n° 8 ; E. VIEUJEAN, « Chronique de droit belge », *Rev. trim. dr. civ.*, 1964, p. 408, n° 3 ; W. DE BONDT, *De leer der gekwalificeerde benadeling*, Antwerpen, Kluwer, 1985, pp. 49 et s.

(1658) Voy. Cass., 3 février 1898, préc. concl. prem. av. gén. MELOT, *Pas.*, 1898, I, p. 79.

(1659) Par la voie d'un arrêté de pouvoirs spéciaux, à savoir l'arrêté n° 148 du 18 mars 1935 relatif à l'usure, *Mon.*, 1935, pp. 1739 et s.

(1660) Par l'arrêté n° 148 du 18 mars 1935 relatif à l'usure, le législateur a également modifié l'article 494 du Code pénal, qui est actuellement libellé comme suit : « Est puni d'un emprisonnement d'un mois à un an et à une amende de mille francs à dix mille francs ou d'une de ces deux peines seulement, celui qui, abusant

(voy. la page suivante pour la suite de la note tronquée...)

C'est par le biais de ce que l'on appelle aujourd'hui la théorie de la lésion qualifiée (1661) que l'article 1907^{ter} réprime l'usure. Le principe demeure la liberté de fixer le taux de l'intérêt et les autres charges du prêt ; néanmoins, la validité du taux de l'intérêt et des autres charges du prêt est subordonnée à l'absence de lésion qualifiée.

L'élément subjectif de la lésion qualifiée réside dans l'abus de l'infériorité de l'emprunteur, qu'il s'agisse non seulement de l'abus des faiblesses ou des passions mais aussi de l'abus des besoins ou de l'ignorance de ce dernier (1662). Quant à l'élément objectif de la lésion qualifiée, il est défini par l'article 1907^{ter} comme la disproportion manifeste entre, d'une part, l'intérêt et les autres avantages promis et, d'autre part, l'intérêt normal et la couverture des risques du prêt (1663).

Il convient d'insister sur le fait que tant l'élément subjectif que l'élément objectif requis par l'article 1907^{ter} s'apprécient à l'époque de la stipulation de l'intérêt et des autres avantages afférents au prêt ; via cette disposition, il s'agit, en effet, de sanctionner un abus au niveau de la formation de l'accord des parties et non au niveau de l'exécution de cet accord.

(suite de la note tronquée à la page précédente)

habituellement des faiblesses ou des passions de l'emprunteur, se fait, en raison d'un prêt d'une somme d'argent, contracté sous quelque forme que ce soit, promettre pour lui ou pour autrui, un intérêt ou d'autres avantages excédant l'intérêt légal.

Est puni des mêmes peines, celui qui, abusant habituellement des besoins ou de l'ignorance de l'emprunteur, se fait, en raison d'un prêt d'une somme d'argent, contracté, sous quelque forme que ce soit, promettre, pour lui ou pour autrui, un intérêt ou d'autres avantages excédant manifestement l'intérêt normal et la couverture des risques de ce prêt.

Dans les cas prévus au présent article, le juge, à la demande de toute partie lésée, réduit ses obligations conformément à l'article 1907^{ter} du Code civil.

Contrairement à l'article 1907^{ter} du Code civil, l'article 494 du Code pénal requiert la *condition d'habitude* mais ce n'est pas là la seule différence entre ces deux dispositions ; en effet, l'article 494 sanctionne pénalement l'abus des *faiblesses et des passions* de l'emprunteur dès que l'*intérêt stipulé excède l'intérêt légal*, tandis que l'article 1907^{ter} sanctionne civilement l'abus des faiblesses et des passions de l'emprunteur dans les mêmes conditions que l'abus des besoins ou de l'ignorance, à savoir lorsque l'intérêt stipulé excède manifestement l'intérêt normal et la couverture des risques du prêt ; ainsi, sans que l'on en connaisse la raison, le critère de la disproportion diffère, au sein même de l'article 494 mais non de l'article 1907^{ter}, selon qu'il s'agit de réprimer soit l'abus des passions ou des faiblesses, soit l'abus des besoins ou de l'ignorance ; à la vérité, la répression pénale plus sévère qui frappe l'abus des passions et des faiblesses de l'emprunteur semble bien résulter d'une inadvertance du législateur de 1935, inadvertance à laquelle il conviendrait de remédier (voy., en ce sens, Ch. DEL MARMOL, *op. cit.*, 1943, p. 470, n° 469).

(1661) Au sujet de la théorie de la lésion qualifiée, voy. *infra* n° 303.

(1662) Voy. *infra* n° 292.

(1663) Voy. *infra* n°s 293 et s.

Enfin, la sanction prévue par cette disposition consiste non point dans la nullité du prêt mais dans la réduction des obligations de l'emprunteur au remboursement du capital prêté et au paiement de l'intérêt légal (1664).

291. – L'article 1907ter concerne le prêt d'une somme d'argent. – On est généralement d'accord pour estimer que l'article 1907ter ne concerne que le prêt d'une somme d'argent (1665). La victime est toutefois admise à établir l'existence d'un prêt déguisé ou encore que la remise de bijoux ou de valeurs mobilières aisément réalisables camoufle en réalité la remise d'une somme d'argent (1666).

Parce que l'article 1907ter ne vise que le prêt d'une somme d'argent, il ne s'applique pas à la vente d'un bien à crédit ou en leasing. Quant à l'avance consentie en vertu d'une ouverture de crédit, elle n'est concernée par l'article 1907ter que dans la mesure où elle peut recevoir la qualification de prêt, lequel est un contrat réel au sens du Code civil. Comme nous l'avons dit lorsque nous avons évoqué cette question éminemment controversée (1667), il ne nous paraît pas hérétique d'admettre la qualification de prêt à propos des avances effectivement prélevées en vertu d'une ouverture de crédit à la construction dépourvue de caractère revolving ou encore à propos des avances consenties en vertu d'une ouverture de crédit cadre dont l'utilisation nécessite chaque fois un nouvel accord des parties. En revanche, s'agissant de prélèvements opérés en vertu d'une ouverture de crédit en compte courant qui se caractérise par sa souplesse quant aux prélèvements et aux remboursements ainsi que par son caractère revolving qui ne dépend pas d'un nouvel accord des parties, nous avons de réelles hésitations à admettre la qualification de prêt et, partant, l'application de l'article 1907ter.

Néanmoins, si l'article 1907ter, par le fait qu'il ne concerne que le prêt d'une somme d'argent, a un champ d'application limité, la théorie de la lésion qualifiée est, quant à elle, susceptible de s'appliquer à tous les types de contrats (1668). Il en résulte que l'usure qui entacherait une vente à

(1664) Voy. *infra* n° 299.

(1665) Mais l'article 1907ter atteint également les conventions liées ou accessoires au prêt qui servent en fait à dissimuler l'intérêt ; cette solution ressort explicitement du libellé de l'article 494 du Code pénal, qui vise l'intérêt et les autres avantages promis « *en raison d'un prêt* » ; compte tenu de l'analogie voulue par le législateur entre les faits d'usure pénale et civile, il faut adopter la même solution en ce qui concerne l'article 1907ter.

(1666) Voy. Ch. DEL MARMOL, *op. cit.*, 1943, pp. 266 et 267, n^{os} 235 et 237.

(1667) Sans pour autant prétendre l'épuiser, voy. *supra* n° 269.

(1668) Au sujet de cette théorie, voy. *infra* n° 303 ; à la vérité, la restriction qui affecte le siège contractuel de l'usure est beaucoup plus gênante sur le plan de la répression pénale de l'usure qui reste limitée au prêt à intérêt ; en effet, il ne peut être question pour la doctrine ou la jurisprudence de créer une incrimination géné-

(voy. la page suivante pour la suite de la note tronquée...)

tempérament ou une ouverture de crédit en compte pourrait être combattue par le recours à la théorie de la lésion qualifiée, abstraction faite de l'article 1907ter. En conséquence, même s'il n'y a pas une identité absolue entre l'article 1907ter et la théorie de la lésion qualifiée qui est aujourd'hui reçue par la doctrine et la jurisprudence – on constate, en effet, des divergences en ce qui concerne la sanction (1669) –, la question du champ d'application de l'article 1907ter n'est pas aussi importante que l'on pourrait le penser de prime abord (1670). *De lege ferenda*, il s'imposerait toutefois d'élargir le domaine de l'article 1907ter, ce qui présenterait l'avantage d'unifier le régime de l'usure à l'égard de tous les types de crédits (1671).

292. – L'abus de l'infériorité de l'emprunteur. – Par l'abus des passions et des faiblesses de l'emprunteur, le législateur vise expressément l'exploitation des jeunes gens de famille dévoyés (1672). Il faut y assimiler toutes les hypothèses où le prêteur abuse des « faiblesses de caractère » de l'emprunteur (1673) ; on pense notamment aux personnes assujetties à l'alcool, à la drogue ou à la passion du jeu (1674) (1675).

(suite de la note tronquée à la page précédente)

rique sur le fondement d'une théorie, en l'occurrence, la théorie de la lésion qualifiée ; sur le principe de la légalité des incriminations et des peines, voy. Fr. TULKENS et M. VAN DE KERCHOVE, *Introduction au droit pénal – Aspects juridiques et criminologiques*, Story-Scientia, 1991, p. 128.

(1669) Voy. *infra* n° 303, *in fine*.

(1670) Ceci explique vraisemblablement la raison pour laquelle C.-G. WINANDY est d'avis d'appliquer l'article 1907ter aux intérêts qui sont dus sur un découvert en compte ; voy. C.-G. WINANDY, « Les comptes en banque et les intérêts », in *La banque dans la vie quotidienne*, 1986, p. 41, n° 32 ; voy., en sens contraire, J. VAN RYN et J. HEENEN, *op. cit.*, t. 4, 1988, p. 381, n° 505, qui estiment que l'article 1907ter ne concerne pas « l'avance en compte courant » ; J. CATTARUZZA, « Le crédit bancaire », in *Guide juridique de l'entreprise*, 1995, p. 25, n° 200, qui estime que l'article 1907ter « ne joue pas pour les ouvertures de crédit » mais qui émet, sinon *de lege lata* du moins *de lege ferenda*, certaines réserves sur cette opinion (p. 27, note 3) ; voy. encore A. DIERYCK, *Les ouvertures de crédit*, 1945, p. 103, n° 95 et note 5, qui considère que l'article 1907ter s'applique « à l'ouverture de crédit dans la mesure où celle-ci a pour objet des avances de fonds » et qui ne « partage pas les hésitations » de Ch. DEL MARMOL (*op. cit.*, 1943, p. 140, n° 102 et s.).

(1671) Voy. *infra* n° 313.

(1672) Voy. *supra* n° 289.

(1673) Voy. Ch. DEL MARMOL, *op. cit.*, 1943, p. 276, n° 244.

(1674) Pour cette hypothèse, voy. H. COUSY, « De lening », in *Bijzondere overenkomsten – Actuele problemen*, 1980, p. 317 ; M. LENS, « Le prêt hypothécaire », in *L'achat et la vente d'un immeuble*, Bruxelles, Larcier, 1993, p. 182, n° 587 ; au cas où manquerait totalement le consentement, il y aurait place pour la nullité de la convention ; voy. Cass., 21 octobre 1971 et note Fr. RIGAUX, « L'état d'ébriété d'un contractant, cause de nullité relative de la vente », *R.C.J.B.*, 1972, p. 415.

(1675) Pour un des rares cas où l'abus des faiblesses ou des passions est envisagé en jurisprudence, voy. Bruxelles, 29 décembre 1970, *J.T.*, 1971, p. 400 ; voy. aussi J.P. Courtrai, 22 juin 1993, *J.J.P.*, 1994, p. 65, dont question *infra* notes 1680 et 1771.

Quant à l'abus de l'ignorance, il réside dans le fait de dissimuler à l'emprunteur la charge du prêt, afin de lui faire accepter un taux excessif (1676). Tel est le cas notamment lorsque la combinaison financière est tellement complexe et opaque que l'emprunteur, qui n'est pas un spécialiste des techniques actuarielles, est laissé dans l'ignorance des charges du prêt ou encore lorsque, à côté de l'intérêt, des frais et commissions divers plus ou moins occultes sont intégrés dans les remboursements successifs sans que l'emprunteur en ait été averti (1677). On songe aussi aux taux mensuels de chargement dont il était question dans la législation sur les opérations à tempérament, aujourd'hui abrogée par la loi relative au crédit à la consommation, puisque ces taux mensuels de chargement sont calculés sans tenir compte de la décroissance du capital prêté au fur et à mesure des remboursements et, partant, donnent une idée tronquée du coût du crédit (1678).

En ce qui concerne l'état de besoin visé par l'article 1907^{ter}, il ne doit pas nécessairement consister dans une indigence absolue. Il faut néanmoins prouver un état de besoin sérieux qui enlève à l'emprunteur sa « pondération de jugement » et sa « liberté d'esprit » (1679).

(1676) Voy. M. LENS, *op. cit.*, p. 182, n° 587 : « L'abus de l'ignorance vise le fait de camoufler des conditions de prêt trop lourdes dans des contrats très compliqués, alors que l'emprunteur non averti croit conclure un prêt normal » ; quant à la jurisprudence relative à l'abus de l'ignorance, voy. Cass., 21 novembre 1960, *Pas.*, 1961, I, p. 311 ; Comm. Bruxelles, 11 mars 1955 et 20 mai 1955, *Jur. comm. Brux.*, 1955, p. 302 ; Liège, 24 mars 1958, *J.L.*, 1957-1958, p. 265 ; Gand, 4 avril 1958, *R.W.*, 1958-1959, col. 1849 ; Corr. Liège, 26 mars 1959, *Rev. dr. pén.*, 1958-1959, p. 895 ; Bruxelles, 11 juillet 1961, *Pas.*, 1962, II, p. 218 ; Corr. Bruxelles, 24 mars 1964, *J.T.*, 1964, p. 384 ; Gand, 27 mars 1964, *J.T.*, 1964, p. 445 ; Corr. Bruxelles, 29 juin 1964, *J.T.*, 1964, p. 738 ; Bruxelles, 21 juin 1971, *Pas.*, 1971, II, p. 323 ; Civ. Ypres, 5 janvier 1972, *R.W.*, 1971-1972, col. 1205 ; Civ. Charleroi, 24 janvier 1989, *Rev. gén. dr. civ.*, 1989, p. 501, *Rev. rég. dr.*, 1989, p. 504, *J.L.M.B.*, 1991, p. 530.

(1677) A notre avis, si la condition modeste de l'emprunteur ainsi que son faible niveau d'instruction peuvent laisser présumer son ignorance, le niveau supérieur des études ou la profession élevée de l'emprunteur ne constituent pas toujours un élément péremptoire pour rejeter l'ignorance dans son chef des charges réellement supportées ; en effet, l'appréciation des charges résultant de combinaisons financières complexes et opaques requiert une compétence particulière dans un domaine où même les experts ne s'accordent pas sur le calcul du taux ; finalement, plus la combinaison est complexe, moins le niveau supérieur d'instruction ou la condition élevée de l'emprunteur doit entrer en ligne de compte.

(1678) Voy., en ce sens, Civ. Ypres, 5 janvier 1972, *R.W.*, 1971-1972, col. 1205 ; voy., en sens contraire, Gand, 27 mars 1964, *J.T.*, 1964, p. 445, qui se réfère à la législation sur les opérations à tempérament aujourd'hui abrogée ; au sujet de cette notion de taux mensuel de chargement, voy. aussi *infra* note 1884.

(1679) Voy. Ch. DEL MARMOL, *op. cit.*, 1943, p. 297, n° 263 ; en ce qui concerne la jurisprudence relative aux circonstances constitutives ou non d'un état de besoin, voy. Cass., 21 novembre 1960, *Pas.*, 1961, I, p. 311 ; Comm. Bruxelles, 23 avril (voy. la page suivante pour la suite de la note tronquée...)

Sous peine de commettre une pétition de principe, il ne peut évidemment être question de prouver l'abus des besoins ou des faiblesses de l'emprunteur à partir du seul fait que le prêt a été contracté à un taux excessif, puisque, dans le système de l'article 1907ter, le prêt, même fait à un taux excessif, n'est sanctionné que lorsque le prêteur a abusé de l'infériorité de l'emprunteur.

Il n'en résulte cependant pas, à notre sens, que, pour établir l'abus de l'infériorité de l'emprunteur, il soit interdit d'invoquer à l'appui d'autres circonstances de fait les conditions trop onéreuses du prêt. Répondant au pourvoi qui reprochait à la décision attaquée d'avoir admis qu'était prouvé l'abus des besoins de l'emprunteur par les conditions trop onéreuses du prêt, la Cour de cassation a constaté que le moyen manquait en fait ; l'arrêt dénoncé avait relevé « que les emprunteurs étaient des gens de condition modeste, devant faire face à des difficultés pécuniaires réelles et immédiates bien que parfois passagères » et, pour la Cour de cassation, « de ce que ces emprunteurs ont contracté des emprunts aussi onéreux, l'arrêt a pu déduire souverainement qu'ils étaient dans un état de besoin dont les prévenus ont abusé » (1680). Encore, faut-il, à tout le moins, que le prêteur ait été au courant de cet état de besoin (1681).

(suite de la note tronquée à la page précédente)

1942, *Jur. comm. Brux.*, 1946, p. 84 ; Comm. Bruxelles, 11 mars 1955 et 20 mai 1955, *Jur. comm. Brux.*, 1955, p. 302 ; Liège, 24 mars 1958, *J.L.*, 1957-1958, p. 265 ; Gand, 4 avril 1958, *R.W.*, 1958-1959, col. 1849 ; Comm. Bruxelles, 30 janvier 1959, *Jur. comm. Brux.*, 1959, p. 286 ; Corr. Liège, 26 mars 1959, *Rev. dr. pén.*, 1958-1959, p. 895 ; Civ. Bruxelles, 13 mai 1963, *J.T.*, 1963, p. 358 ; Corr. Bruxelles, 24 mars 1964, *J.T.*, 1964, p. 384 ; Gand, 27 mars 1964, *J.T.*, 1964, p. 445 ; Corr. Bruxelles, 29 juin 1964, *J.T.*, 1964, p. 738 ; Bruxelles, 21 juin 1971, *Pas.*, 1971, II, p. 323 ; Civ. Namur, 22 juin 1989, *Rev. rég. dr.*, 1989, p. 500, *J.L.M.B.*, 1989, p. 1321.

(1680) Parce qu'elle utilise l'adjectif démonstratif « ces » pour désigner les emprunteurs dont l'arrêt dénoncé avait relevé qu'ils « étaient des gens de condition modeste, devant faire face à des difficultés pécuniaires réelles et immédiates bien que parfois passagères », il semble que la Cour de cassation ne s'attache pas au seul caractère excessif des charges du prêt pour décider que l'arrêt a pu déduire souverainement que les emprunteurs « étaient dans un état de besoin dont les prévenus ont abusé » ; voy. Cass., 28 mars 1960, *Pas.*, 1960, I, p. 878 ; pour des hypothèses où les conditions excessives du prêt ont été prises en compte pour déceler l'état de besoin, voy. Bruxelles, 27 octobre 1959, *J.T.*, 1960, p. 43, qui a fait l'objet du pourvoi rejeté par Cass., 28 mars 1960, préc. ; Bruxelles, 11 juillet 1961, *Pas.*, 1962, II, p. 218 ; Civ. Charleroi, 24 janvier 1989, *Rev. gén. dr. civ.*, 1989, p. 501, *Rev. rég. dr.*, 1989, p. 504, *J.L.M.B.*, 1991, p. 530 ; cette façon de procéder est critiquée par L.-M. HENRION et E. BALATE, « Le contrôle judiciaire du loyer de l'argent », *Rev. dr. comm. b. - dossier n° 2*, 1995, p. 41, n° 73, qui estiment que l'article 1907ter commande d'abord de constater l'abus avant de s'attacher aux conditions trop onéreuses du prêt ; voy. aussi Civ. Ypres, 5 janvier 1972, *R.W.*, 1971-1972, col. 1205, et J.P. Courtrai, 22 juin 1993, *J.J.P.*, 1994, p. 65, où l'abus des besoins ou des fai-

(voy. la page suivante pour la suite de la note tronquée et pour la note 1681...)

293. – L'article 1907ter appréhende les charges du prêt de façon globale. – L'élément objectif de la lésion qualifiée procède d'une comparaison entre, d'une part, l'intérêt et les autres avantages promis en raison du prêt et, d'autre part, l'intérêt normal et la couverture des risques du prêt.

Ainsi que cela a été souligné par Ch. DEL MARMOL dans sa célèbre monographie consacrée à « la répression de l'usure », le premier terme de la comparaison intègre la charge globale du prêt et pas seulement l'intérêt *sensu stricto*. Par « intérêt et autres avantages », il faut, en effet, entendre « toute prestation évaluable en argent qui constitue, au point de vue du résultat économique, une charge financière, un décaissement réel à supporter par l'emprunteur à raison du prêt » (1682).

Ainsi, les sommes dues au titre de frais de constitution de dossier et d'enquête faits préalablement à l'octroi du prêt peuvent constituer une charge du prêt au sens de l'article 1907ter, dès lors que la conclusion du prêt est nécessairement subordonnée à une enquête sur la solvabilité de l'emprunteur (1683).

L'avantage promis en raison du prêt peut également résulter de la conclusion d'un contrat lié au contrat de prêt (1684) ; ainsi, il doit être tenu compte, au titre des avantages promis, des primes payées dans le cadre d'un contrat d'assurance ou de capitalisation, lorsque leur versement est une condition nécessaire de l'octroi du crédit (1685). Il importe

(suite de la note tronquée à la page précédente)

blesses est déduit de la seule circonstance que le taux stipulé était excessif, ce qui mérite assurément la critique.

(1681) La connaissance de cet état de besoin par le prêteur peut résulter des motifs invoqués par l'emprunteur lors de l'octroi du prêt, des demandes de renseignement et des enquêtes préalables éventuellement effectuées ; voy. Cass., 21 novembre 1960, *Pas.*, 1961, I, p. 311 ; Bruxelles, 11 juillet 1961, *Pas.*, 1962, II, p. 218 ; Corr. Bruxelles, 24 mars 1964, *J.T.*, 1964, p. 384 ; Corr. Bruxelles, 29 juin 1964, *J.T.*, 1964, p. 738.

(1682) Voy. Ch. DEL MARMOL, *op. cit.*, 1943, p. 271, n° 241.

(1683) Voy. Cass., 21 novembre 1960, *Pas.*, 1961, I, p. 311.

(1684) Voy. Ch. DEL MARMOL, *op. cit.*, 1943, pp. 169 et s., n°s 135 et s. et p. 264, n° 233.

(1685) Voy. Cass., 21 novembre 1960, *Pas.*, 1961, I, p. 311, qui, en réponse au moyen du prêteur déduit « de ce qu'un contrat d'assurance conclu à des conditions normales ne constitue pas une charge du prêt au motif qu'il procure des avantages à l'assuré », décide que « doit nécessairement être considérée comme charge de pareil prêt la conclusion forcée d'un contrat d'assurance qui n'est pas souhaité par l'emprunteur, parce qu'il estime les avantages que lui procure pareille convention comme étant hors de proportion avec les obligations que celle-ci lui impose » ; dans le sens de la prise en compte des contrats liés pour évaluer les avantages stipulés en raison du prêt, voy. aussi Gand, 4 avril 1958, *R.W.*, 1958-1959, col. 1849 ; Corr. Bruxelles, 24 mars 1964, *J.T.*, 1964, p. 384 ; Anvers, 30 juin 1988, *R.W.*, 1989-1990, p. 152 ; voy. encore Comm. Bruxelles, 23 avril 1942, *Jur. comm. Brux.*, 1946, p. 84,

(voy. la page suivante pour la suite de la note tronquée...)

peu que ces avantages soient dus au prêteur ou à un tiers (1686) ; encore semble-t-il requis, du moins selon les termes de l'article 1907ter, qu'ils aient été stipulés par le prêteur (1687).

Par ailleurs, comme l'appréciation commandée par l'article 1907ter a lieu en se plaçant au moment de la formation du prêt et que généralement, lorsqu'un prêt est conclu, les parties tablent sur son exécution normale plutôt que sur son inexécution, il ne doit pas être tenu compte des charges qui découlent de la défaillance de l'emprunteur ; il n'en irait autrement que s'il apparaissait que, dès l'origine, le prêteur a spéculé sur l'inexécution du contrat et, partant, sur l'obtention des intérêts de retard et des clauses pénales (1688).

294. – L'appréciation du caractère normal des charges du prêt – Nécessité de tenir compte de la couverture des risques du prêt. – L'article 1907ter prévoit expressément que l'appréciation du caractère normal des charges stipulées a lieu en tenant compte du risque de défaillance et d'insolvabilité de l'emprunteur. Par là, le législateur de 1935 a voulu répondre à l'objection qui avait été formulée au XIX^e siècle à l'encontre d'une disposition qui réprimerait l'abus des besoins de l'emprunteur, à savoir qu'il est logi-

(suite de la note tronquée à la page précédente)

et Comm. Bruxelles, 30 janvier 1959, *Jur. comm. Brux.*, 1959, p. 286, qui estiment que le contrat lié au prêt peut également consister dans un contrat d'approvisionnement exclusif en bières, l'avantage visé à l'article 1907ter pouvant résider dans une obligation de faire ou ne pas faire, mais qui considèrent qu'en l'espèce, l'avantage n'est pas disproportionné et qui, par ailleurs, dénie l'état de besoin dans le chef d'un commerçant qui « est amené à emprunter pour se procurer l'instrument d'une prospérité plus grande » ; en ce qui concerne les contrats liés au contrat de crédit, voy. aussi *infra* n^{os} 322 et 323.

(1686) Voy. Anvers, 30 juin 1988, *R.W.*, 1989-1990, p. 152.

(1687) Voy. toutefois, en sens contraire, semble-t-il, Ch. DEL MARMOL, *op. cit.*, 1943, p. 408, n^o 399, qui argue de la rédaction de l'article 494 du Code pénal et de la similitude que cette disposition présente avec l'article 1907ter ainsi que de l'« économie générale » de l'arrêté royal n^o 148 du 18 mars 1935 relatif à l'usure.

(1688) Voy., en ce sens, D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale*, 1992, pp. 374 et s., n^{os} 662 et s., ainsi que notre exposé sur les clauses pénales et la dénonciation du crédit in *Chronique de droit à l'usage des juges de paix et de police consacrée à l'application de la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation*, Cahier n^o 9, Faculté de droit de l'Université de Liège avec la collaboration de l'Union royale des juges de paix et de police, 15 octobre 1994, p. 18, n^o 6 ; J.P. Beveren, 28 février 1995, *J.J.P.*, 1997, p. 360 ; J.P. Gand, 10 janvier 1997, *J.J.P.*, 1997, p. 407 ; voy. toutefois J.P. Courtrai, 22 juin 1993, *J.J.P.*, 1994, p. 65, et J.P. Courtrai, 27 juillet 1993, *D.C.C.R.*, n^o 25, 1994-1995, p. 63, dont question *infra* note 1771 ; le même raisonnement doit être tenu en ce qui concerne l'indemnité de emploi qui est due en cas de remboursement volontaire anticipé ; autrement dit, sauf dans le cas où le prêteur a spéculé sur le remboursement anticipé, l'indemnité de emploi est étrangère à l'appréciation que commande l'article 1907ter ; au sujet de l'article 1907bis, qui régleme l'indemnité de emploi, voy. *infra* n^{os} 340 et s.

que que les prêteurs exigent un intérêt supérieur lorsque le prêt est consenti à une personne qui est dans le besoin, puisqu'en raison de l'état de besoin de cette personne, le prêteur court un plus grand risque de ne pas être remboursé à l'échéance convenue (1689).

Le législateur de 1935 a donc admis que le taux puisse varier selon le degré de solvabilité de l'emprunteur et la qualité des garanties fournies ; néanmoins, il refuse que le prêteur abuse de l'état de besoin de l'emprunteur pour majorer le taux normal d'un montant qui, compte tenu notamment des garanties fournies, dépasse manifestement la couverture des risques du prêt (1690).

Le risque d'insolvabilité de l'emprunteur doit être apprécié en fonction de chaque prêt considéré isolément et non en fonction des chances de pertes ou de gains que le prêteur court sur l'ensemble de son activité. Dans l'appréciation du caractère excessif ou non des charges du prêt considéré isolément, il convient donc d'écarter l'idée que les bons débiteurs paient pour les mauvais emprunteurs (1691). Ainsi, par exemple, un

(1689) Voy. le Rapport au Roi n° 148, *Mon.*, 1935, p. 1740 ; Ch. DEL MARMOL, *op. cit.*, 1943, p. 307, n° 271 ; voy. toutefois Commission européenne, Service Politique des Consommateurs, *Rapport sur l'application de la directive 87/1102/CEE relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de crédit à la consommation*, COM (95) 117, p. 86, n° 290, où on peut lire que « cette différence peut être qualifiée 'd'immorale' ».

(1690) Aux prêteurs qui justifient les taux élevés qu'ils pratiquent par la nécessité de se couvrir du risque d'insolvabilité de l'emprunteur, il arrive que les juges répondent qu'il y a lieu de relativiser ce risque, eu égard non seulement à la stabilité de l'emploi de l'emprunteur – ce qui ne saurait plus guère toujours être invoqué aujourd'hui – mais aussi aux garanties fournies telles celles qui résultent d'une assurance-crédit supportée par l'emprunteur en sus du taux du prêt, de la mise en gage de bons de capitalisation, d'un mandat hypothécaire, de la souscription de lettres de change, de la cession de rémunération, de cautions ; voy. Gand, 4 avril 1958, *R.W.*, 1958-1959, col. 1849 ; Corr. Liège, 26 mars 1959, *Rev. dr. pén.*, 1958-1959, p. 895 ; Civ. Bruxelles, 13 mai 1963, *J.T.*, 1963, p. 358 ; Corr. Bruxelles, 24 mars 1964, *J.T.*, 1964, p. 384 ; Bruxelles, 21 juin 1971, *Pas.*, 1971, II, p. 323 ; Anvers, 30 juin 1988, *R.W.*, 1989-1990, p. 152 ; Civ. Charleroi, 24 janvier 1989, *Rev. gén. dr. civ.*, 1989, p. 501, *Rev. rég. dr.*, 1989, p. 504, *J.L.M.B.*, 1991, p. 530 ; Liège, 19 février 1993, *J.L.M.B.*, 1993, p. 1431.

(1691) Voy. Ch. DEL MARMOL, *op. cit.*, 1943, p. 319, n° 286 : « pour apprécier les risques du prêt, 'il faut se placer uniquement au point de vue de l'emprunteur considéré non pas comme une entité, mais comme une personne déterminée qui a emprunté telle ou telle somme'. Il ne s'agit donc pas de se faire une opinion sur les chances de gain ou de perte que le prêteur court sur l'ensemble de son activité, ni d'établir une appréciation sur un ensemble de prêts par des calculs effectués selon les règles de probabilités » ; il en résulte, selon l'auteur (p. 320, n° 287) que « les pertes subies par le prêteur, sur la généralité de ses opérations ne doivent exercer aucune influence sur le jugement du tribunal quand il apprécie l'importance des risques de chacune des opérations incriminées. Le principe qui ferait supporter par les

(voy. la page suivante pour la suite de la note tronquée...)

prêteur qui, en abusant de l'infériorité des emprunteurs, pratique des taux qui excèdent manifestement les taux du marché ne saurait être admis à justifier de tels taux en invoquant la nécessité d'éponger les pertes résultant d'un ou de plusieurs gros crédits industriels dans lesquels il s'est fait gruger ou, plus simplement, qui se sont soldés par une faillite retentissante. Autrement dit, l'appréciation du taux au sens de l'article 1907^{ter} a lieu *in concreto* en considération d'un prêt donné et est indépendante des aléas inhérents à la politique de crédit menée par le prêteur ; la mauvaise gestion de l'institution prêteuse ou la nécessité de résorber les pertes qu'elle a subies ou qu'elle s'attend à subir sur certains crédits n'est pas de nature à légitimer des taux particulièrement élevés pour d'autres crédits qui ne présentent pas les mêmes risques (1692).

A l'inverse, mais cette question est controversée, dans le système même de l'article 1907^{ter} tel qu'il est actuellement libellé, ne doit pas, croyons-nous, être considéré comme excessif un taux considérable mais proportionné au risque d'insolvabilité de l'emprunteur (1693). Ainsi, à lui seul, l'article 1907^{ter} ne s'oppose pas, pensons-nous, à ce que certains prêteurs se tournent, moyennant des taux particulièrement élevés mais proportionnés au risque couru, vers une clientèle qui, en raison de ses faibles moyens ou de son état de surendettement, n'a pas ou plus accès aux circuits traditionnels du crédit bancaire.

Pourtant, dans nombre de cas, de tels crédits se soldent par un échec et c'est précisément en prévision de ce grand nombre d'échecs que les taux pratiqués sont particulièrement élevés. Or, on peut s'interroger sur la légitimité de tels prêts à ce point risqués que les prêteurs qui les consentent sont obligés, s'ils veulent conserver une marge bénéficiaire, d'exiger des taux considérables. Aussi, dans certains cas, peut-on voir, sinon une hypo-

(suite de la note tronquée à la page précédente)

honnêtes payeurs les pertes considérables provoquées par la défaillance des mauvais débiteurs, de même que dans certaines branches de l'assurance les bons risques paient pour les mauvais, n'est pas applicable en l'espèce ».

(1692) Comme l'écrit Ch. DEL MARMOL (*op. cit.*, 1943, p. 317, n° 283) : « Il est clair que les emprunteurs n'ont pas à souffrir du manque de rentabilité d'une officine de prêt. Du moment que celle-ci ne peut subsister et rémunérer son personnel sans exploiter les emprunteurs, la loi doit encourager sa disparition ».

(1693) Tel n'est cependant pas l'avis de Ch. DEL MARMOL (*op. cit.*, 1943, p. 330, n° 295) qui estime qu'il y a une « limite 'naturelle' à la majoration d'intérêt autorisée par la loi » ; voy., dans le même sens que ce dernier auteur, *R.P.D.B.*, t. 15, 1956, v° « usure », p. 803, n° 93 ; Liège, 24 mars 1958, *J.L.*, 1957-1958, p. 265, et aussi *Corr. Bruxelles*, 29 juin 1964, *J.T.*, 1964, p. 738, qui estime que la majoration pour le risque d'insolvabilité est de 4 % maximum ; nous verrons *infra* n°s 308 et 309 que la fixation de taux maxima peut avoir comme effet et même comme objectif de limiter la majoration du taux qui résulte de la couverture des risques du prêt et, partant, de rejeter des taux considérables, alors même qu'ils seraient proportionnés au risque d'insolvabilité de l'emprunteur.

thèse d'usure contraire aux bonnes mœurs (1694), du moins une faute dans le chef de ces prêteurs qui se rabattent, le cas échéant au moyen d'une publicité tapageuse, sur une clientèle fragilisée qui n'a plus accès aux canaux traditionnels du crédit. Indépendamment de l'article 1907ter, un tel comportement pourrait donc être sanctionné, sur la base de l'article 1382 du Code civil, par la réparation la plus adéquate, réparation qui pourrait consister dans la réduction, en tout ou en partie, des charges stipulées pour le crédit (1695).

295. – L'appréciation du caractère normal des charges du prêt – Notion d'« intérêt normal » au sens de l'article 1907ter. – L'intérêt normal auquel il est fait référence dans l'article 1907ter n'intègre pas le risque d'insolvabilité de l'emprunteur, puisqu'il doit être majoré d'un pourcentage permettant de couvrir ce risque. Parce qu'il ne couvre pas le risque de défaillance de l'emprunteur, c'est un taux que l'on peut qualifier de « pur » ou d'« épuré ». Il est défini par le Rapport au Roi comme le « taux qui correspond, au moment du prêt, à la valeur de la jouissance du capital » (1696).

A cet égard, le Rapport au Roi suggère de se référer aux « taux d'intérêts perçus par la Banque Nationale » (1697), qui avaient, à l'époque, une influence capitale dans la fixation des taux à court terme (1698). A l'heure actuelle, toutefois, si l'on veut conserver la même optique que le Rapport au Roi, peut-être serait-il préférable de se référer aux taux des prêts interbancaires, au BIBOR par exemple, qui constituent, semble-t-il, les taux

(1694) Au sujet de cette notion d'usure contraire aux bonnes mœurs qui est sanctionnée par la nullité du contrat sur la base des articles 6 et 1131 du Code civil, voy. *infra* n° 302.

(1695) Au sujet de la responsabilité que le prêteur est susceptible d'encourir à l'occasion de l'octroi d'un crédit, voy. aussi *infra* n° 375.

(1696) « L'éventualité de la perte de celui-ci n'entrant pas, en raison des garanties fournies, dans les prévisions des parties » ; voy. le Rapport au Roi n° 148, *Mon.*, 1935, p. 1740.

(1697) Le Rapport au Roi (p. 1740) est optimiste en ce qui concerne l'évaluation de l'intérêt normal : « L'intérêt normal des capitaux peut être aisément déterminé par le juge ; c'est presque une notion courante. Les taux d'intérêts perçus par la Banque Nationale et par la Caisse générale d'Épargne et de Retraite sont à cet égard, de précieux éléments d'appréciation » ; nous n'avons pas mentionné dans le texte la référence aux taux pratiqués par la C.G.E.R. car, en raison de la privatisation de cet organisme, nous ne croyons pas qu'il y ait encore lieu aujourd'hui de se référer par préférence aux taux d'intérêt perçus par la C.G.E.R. plutôt qu'à ceux qui sont pratiqués par les autres établissements de crédit.

(1698) Ainsi, « jusqu'en 1973, les banques ont basé leurs taux d'intérêt pour les crédits à court terme sur les 'taux officiels' (taux d'escompte et taux des avances) de la Banque Nationale » ; voy. Association Belge des Banques, *Aspects et Documents*, n° 136, « La formation des taux », 1992, p. 19.

directeurs à court terme (1699). Quant aux taux à plus long terme, bien que le lien ne soit pas toujours évident, ils sont traditionnellement influencés par le rendement des Fonds d'Etat (1700).

Pour déterminer l'« intérêt normal » au sens de l'article 1907^{ter}, « *intérêt normal* » qu'il convient ensuite de majorer de la prime pour le risque d'insolvabilité de l'emprunteur, on pourrait encore songer à se référer au taux de l'intérêt légal, fixé à titre supplétif (1701). Toutefois, outre qu'il lui est souvent fait grief de ne pas suivre fidèlement l'évolution des taux du marché (1702), on peut douter que le taux de l'intérêt légal puisse effectivement s'entendre d'un taux « pur », d'un taux qui ne reflète que la seule « valeur de la jouissance du capital » ; étant assurément destiné à s'appliquer en cas de défaut de paiement, il est vraisemblable que l'intérêt légal intègre déjà, en sus de la valeur de la jouissance du capital, une prime pour le risque d'insolvabilité *envisagé in abstracto*.

En tout état de cause, il convient d'insister sur ce que *le taux de l'intérêt légal ne saurait servir de mesure absolue* pour apprécier le caractère normal des charges stipulées ; parce qu'il constitue un *taux ordinaire déterminé de façon supplétive pour la généralité des cas*, il ne tient pas compte du risque d'insolvabilité de l'emprunteur *considéré individuellement* ; or l'article 1907^{ter} commande précisément de procéder à une appréciation individuelle du risque d'insolvabilité ; il serait donc directement contraire tant

(1699) Ainsi, selon J.P. ABRAHAM : « Pour les taux courts, le taux directeur est incontestablement le taux des prêts et emprunts interbancaires, surtout celui à trois mois. Ce taux directeur résulte du niveau international des taux (en particulier des taux allemands, vu la liaison du BEF au DEM) et de la politique de la Banque Nationale telle que celle-ci s'exprime dans le taux central d'intervention de cette institution. Il se forme par affichage sur écrans entre professionnels bancaires. Il est homogénéisé entre institutions par la fixation quotidienne à 11 h. du Brussels Interbank Offered Rate (BIBOR) – le taux interbancaire prêteur – qui est la moyenne arithmétique des taux pratiqués à ce moment par une dizaine d'établissements bancaires de la place de Bruxelles » (J.P. ABRAHAM, « La formation des taux d'intérêt en Belgique – Le point de vue économique », *J.J.P.*, 1995, p. 60).

(1700) Selon J.P. ABRAHAM (*op. cit.*, p. 62) : « Pour les taux longs, le taux directeur est actuellement le rendement des Fonds d'Etat sur le marché secondaire des primary dealers. Le taux de référence (« le Benchmark ») est celui de l'OLO à 10 ans. Mais il y a une influence croissante d'un marché privé de fonds à long terme symbolisé par le Prime Rate de 1 à 5 ans » ; l'auteur observe encore (p. 63) que, sous l'influence notamment de la concurrence, les marchés des crédits à long terme ont acquis une autonomie croissante par rapport au marché des Fonds d'Etat.

(1701) Voy. Ch. DEL MARMOL, *op. cit.*, 1943, p. 315, n° 282.

(1702) A ceci, on pourrait néanmoins répondre que le taux de l'intérêt légal n'est pas fixé de façon arbitraire par l'Exécutif qui, pour ce faire, s'entoure des conseils des spécialistes.

à la lettre qu'à l'esprit de l'article 1907ter de voir dans le taux de l'intérêt légal la mesure absolue du caractère normal des charges stipulées (1703).

296. – L'appréciation du caractère normal des charges du prêt – Nécessité d'admettre les frais réels et justifiés ainsi qu'une marge pour le prêteur. – Pris à la lettre, l'article 1907ter aboutit toutefois à comparer des choses non comparables. En effet, le premier terme de la comparaison qui se compose de l'intérêt et des autres avantages stipulés par le prêteur intègre nécessairement des frais, que ceux-ci soient ou non réclamés séparément de l'intérêt. A l'inverse, le second terme de la comparaison ne fait état que de l'« intérêt normal » et de la « couverture des risques du prêt » ; or, l'« intérêt normal » est envisagé dans le Rapport au Roi comme « la valeur de la jouissance du capital », tandis que la « couverture des risques du prêt » se rapporte au risque d'insolvabilité de l'emprunteur ; le second terme de la comparaison qui, pourtant, sert de mesure aux charges promises à raison du prêt, est donc muet quant aux frais. A cet égard, l'article 1907ter comporte une lacune qu'il convient de combler.

Deux solutions sont proposées ; soit, on ne comptabilise pas les frais réels et justifiés au titre de l'intérêt et des autres avantages promis (1704), soit, ce qui revient au même, on majore la valeur de la jouissance du capital non seulement de la couverture des risques du prêt mais aussi des frais réels et justifiés engendrés par le prêt.

Il faut bien reconnaître que l'appréciation du caractère légitime des frais qui peuvent être réclamés en sus de la valeur de la jouissance du capital est extrêmement délicate mais elle est en principe nécessaire et doit avoir lieu le plus concrètement possible (1705) ; les frais d'expertise, de constitution de dossier, d'enquête, de rédaction d'acte, de constitution de sûretés, d'administration, de gestion, d'assurance, ... ne peuvent venir gonfler le taux qui correspond à la valeur de la jouissance du capital que dans la

(1703) Les autres taux dont il est question dans ce numéro (« taux d'intérêts perçus par la Banque Nationale », BIBOR, rendement des Fonds d'Etat) ne sauraient pas non plus servir de mesure absolue pour apprécier le caractère normal des charges stipulées, puisque ces taux constituent, le cas échéant, l'« intérêt normal » au sens de l'article 1907ter, « intérêt normal » que cette disposition commande de majorer de la prime destinée à couvrir le risque d'insolvabilité de l'emprunteur.

(1704) Voy., en ce sens, Ch. DEL MARMOL, *op. cit.*, 1943, pp. 330 et s., n^{os} 296 et s. ; *R.P.D.B.*, t. 15, 1956, v^o « usure », p. 802, n^o 86.

(1705) Pour l'appréciation de la charge du prêt en se plaçant dans le chef de l'emprunteur, voy. Corr. Bruxelles, 17 novembre 1954, *Rev. dr. pén.*, 1955-1956, p. 134 ; Liège, 20 février 1956, *J.L.*, 1955-1956, p. 265 ; Gand, 4 avril 1958, *R.W.*, 1958-1959, col. 1849 ; Corr. Liège, 26 mars 1959, *Rev. dr. pén.*, 1958-1959, p. 895 ; Bruxelles, 27 octobre 1959, *J.T.*, 1960, p. 43 ; Bruxelles, 11 juillet 1961, *Pas.*, 1962, II, p. 218 ; Corr. Bruxelles, 24 mars 1964, *J.T.*, 1964, p. 384 ; Corr. Bruxelles, 29 juin 1964, *J.T.*, 1964, p. 738 ; Anvers, 30 juin 1988, *R.W.*, 1989-1990, p. 152.

mesure où ils sont réels, normaux et justifiés *in casu* (1706). Il en résulte que la prise en compte de frais généraux non autrement précisés ne devrait pas être admise, d'autant que, parmi ceux-ci, on trouve les pertes résultant de la défaillance des autres emprunteurs ; or, ainsi que nous l'avons vu, dans l'appréciation du caractère excessif ou non des charges d'un prêt considéré isolément, il convient d'écarter l'idée que les bons débiteurs paient pour les mauvais emprunteurs.

Par ailleurs, l'article 1907^{ter} ne dit mot de la marge du prêteur ; pourtant, pour la détermination de l'intérêt normal, le Rapport au Roi suggère de se référer aux taux pratiqués par la Banque Nationale ; or, ces taux – comme d'ailleurs les taux qui résultent du marché interbancaire ou les taux de rendement de la dette publique auxquels on pourrait suggérer de se référer aujourd'hui – s'analysent comme le coût financier, le prix de revient initial des ressources du prêteur.

Aussi, sous peine de refuser tout bénéfice au prêteur, il faut admettre que l'« intérêt normal » considéré comme un taux « pur » soit majoré non seulement de la couverture des risques du prêt et des frais réels et justifiés afférents au prêt mais aussi du gain du prêteur (1707).

297. – L'appréciation du caractère normal des charges du prêt – La solution pragmatique. – On le voit, l'appréciation qui semble commandée par l'article 1907^{ter} n'est pas chose aisée (1708). Il est extrêmement délicat, en effet, d'évaluer, poste par poste, « l'intérêt normal » considéré comme un taux « pur », la prime pour le risque d'insolvabilité de l'emprunteur, les frais réels et justifiés et enfin la marge du prêteur (1709).

(1706) Voy. Ch. DEL MARMOL, *op. cit.*, 1943, pp. 330 et s., n^{os} 296 et s.

(1707) Voy. Ch. DEL MARMOL, *op. cit.*, 1943, p. 315, n^o 282.

(1708) Ainsi, si le Rapport au Roi fait preuve d'optimisme en ce qui concerne l'évaluation de l'« intérêt normal » (voy. *supra* n^o 295), il concède cependant que l'appréciation du risque d'insolvabilité de l'emprunteur peut donner lieu à certaines difficultés ; ainsi, on peut y lire (p. 1740) : « La recherche, dans chaque cas, de l'importance des risques d'insolvabilité de l'emprunteur, que le prêteur peut légitimement couvrir par une majoration du taux de l'intérêt, est, sans doute, une tâche plus délicate à imposer au juge ; mais il lui est parfaitement possible de l'accomplir, puisqu'elle gît dans l'appréciation des moyens de paiement dont peut disposer le débiteur. Nul ne consent un prêt sans avoir fait cette appréciation ; possible pour le prêteur, elle le sera pour le juge disposant des moyens d'investigation que procure une instruction pénale ».

(1709) Voy. toutefois Corr. Bruxelles, 29 juin 1964, *J.T.*, 1964, p. 738, qui, en présence d'un prêt personnel à tempérament, procède à une évaluation distincte de l'intérêt normal et de la couverture des risques du prêt ; le tribunal considère que l'intérêt normal consiste dans « l'intérêt généralement pratiqué et non dans celui appliqué par les seuls établissements spécialisés dans le domaine du prêt personnel » ; à l'époque, le tribunal estime que l'intérêt normal s'élève à 9 % en se référant « au taux pratiqué par les grands organismes bancaires s'alignant sur le taux de la

(voy. la page suivante pour la suite de la note tronquée...)

Aussi, une solution pragmatique consiste-t-elle à comparer le taux du prêt avec ceux qui sont pratiqués par les principaux établissements de crédit pour les crédits qu'ils consentent à leur clientèle (1710).

L'inconvénient, c'est que, dans une telle solution, le coût normal du crédit n'est plus qu'une moyenne des taux effectivement pratiqués par les prêteurs ; peu importe le lien qui unit ces taux aux taux directeurs du marché comme peu importe le risque d'insolvabilité que présente effectivement l'emprunteur. Ainsi, dans cette solution, le taux élevé des découverts en compte est légitimé par le seul fait qu'il s'agit là d'une pratique unanimement répandue ; peu importe encore que la concurrence sur ce produit existe effectivement ou non (1711).

A l'inverse, dans cette approche pragmatique, un taux qui aurait pu paraître normal, eu égard au coût du financement supporté par le prêteur, par exemple par rapport au rendement des Fonds d'Etat pour les crédits hypothécaires, apparaîtra excessif au regard des taux effectivement pratiqués ; on sait, en effet, qu'il arrive que, sous l'effet d'un marketing agressif, les taux des crédits hypothécaires descendent au-dessous du rendement des Fonds d'Etat (1712).

Il n'empêche que, selon cette solution pragmatique, si le taux stipulé par un prêteur apparaît comme nettement supérieur aux taux pratiqués par les principaux organismes de crédit sans que cette différence puisse s'expliquer par une concurrence agressive sur le type de prêt envisagé ou, à l'inverse, par un risque particulier tenant à la solvabilité de l'emprunteur et

(suite de la note tronquée à la page précédente)

Banque Nationale » ainsi qu'au taux porté par les emprunts d'Etat ; quant à la prime pour le risque d'insolvabilité de l'emprunteur, il l'estime à 4 % maximum ; le tribunal ne procède pas à une évaluation distincte des frais réels et justifiés, ni du gain du prêteur, en sorte que le taux normal du prêt se montait, selon le tribunal, à 13 % (9 + 4).

(1710) Voy. Civ. Charleroi, 24 janvier 1989, *Rev. gén. dr. civ.*, 1989, p. 501, *Rev. rég. dr.*, 1989, p. 504, *J.L.M.B.*, 1991, p. 530, qui, pour conclure au caractère excessif du taux stipulé, le compare aux taux hypothécaires, aux taux des intérêts bancaires sur les comptes à vue, au taux de l'intérêt légal et au taux maximum de chargement (au sujet de la notion de taux annuel effectif global maximum qui concerne le crédit à la consommation et qui remplace l'ancienne notion de taux maximum de chargement, voy. *infra* n^{os} 307 et 322) ; voy. aussi Corr. Bruxelles, 24 mars 1964, *J.T.*, 1964, p. 384 ; Bruxelles, 21 mai 1987, *J.T.*, 1987, p. 703 ; Civ. Namur, 22 juin 1989, *Rev. rég. dr.*, 1989, p. 500, *J.L.M.B.*, 1989, p. 1321 ; Liège, 19 février 1993, *J.L.M.B.*, 1993, p. 1431, qui se réfèrent aux taux pratiqués par les grands établissements de crédit publics et privés.

(1711) Voy. aussi *infra* n^o 308 les réserves que nous émettons quant à la fixation de taux maxima en augmentant d'une marge les taux moyens pratiqués par les établissements de crédit dans les crédits qu'ils proposent à leur clientèle.

(1712) Voy. J.P. ABRAHAM, « La formation des taux d'intérêt en Belgique – Le point de vue économique », *J.J.P.*, 1995, p. 63.

à l'absence de garantie, on peut raisonnablement s'interroger sur le caractère normal du taux stipulé.

298. – L'appréciation du caractère normal des charges du prêt – Exigence d'une disproportion manifeste. – Quoi qu'il en soit, l'élément objectif de la lésion qualifiée n'est constitué que si la disproportion est manifeste ; l'excédent doit donc être « patent, non contestable » (1713) ; même s'il n'est pas requis que le dépassement soit considérable, il doit néanmoins être certain et significatif (1714).

L'exigence du caractère manifeste de l'excédent va de pair avec le *flou* qui entoure les notions de taux normal et de couverture des risques du prêt ; en effet, à partir du moment où l'intérêt normal et la couverture des risques du prêt, à savoir la mesure de l'intérêt et des autres charges stipulées, doivent être appréciés par le juge, le chiffre, nécessairement approximatif attribué à cette mesure, ne peut servir de maximum absolu, sous peine de rigidifier un système qui se veut souple, système dans lequel la liberté du taux demeure le principe.

299. – La sanction de la réduction prévue par l'article 1907ter. – Lorsque les éléments constitutifs de la lésion qualifiée visée par l'article 1907ter sont réunis, la sanction consiste dans la réduction des obligations de l'emprunteur « au remboursement du capital prêté et au paiement de l'intérêt légal ». Le taux légal étant susceptible de varier pendant le cours du prêt et le législateur ne pouvant l'ignorer (1715), on peut penser que la réduction au taux légal doit s'entendre de la réduction aux taux légaux successivement en vigueur pendant le cours du prêt (1716).

(1713) Voy. Ch. DEL MARMOL, *op. cit.*, 1943, p. 309, n° 274.

(1714) A notre estime, il faut et il suffit que la disproportion soit certaine et significative ; autrement dit, par le terme « manifestement », l'article 1907ter n'oblige pas, en outre, le juge à procéder à une appréciation marginale de l'élément objectif de la lésion qualifiée ; au sujet de la *marginale toetsing*, voy. spécialement J. RONSE, « Marginale toetsing in het privaatrecht », *T.P.R.*, 1977, p. 207, et S. STIJS, « Abus, mais de quel(s) droit(s) ? », *J.T.*, 1990, p. 41, n° 3.4, ainsi que les références citées par ces auteurs ; voy. aussi W. DE BONDT, *De leer der gekwalificeerde benadeling*, 1985, pp. 115 et s., qui fait surtout état de la *marginale toetsing* pour l'appréciation de l'élément subjectif de la lésion qualifiée, à savoir l'abus de l'infériorité du cocontractant ; pour cet auteur, l'application de la théorie de la lésion qualifiée ne requiert pas nécessairement que la disproportion entre les prestations soit grave (p. 132), l'étendue de la disproportion constituant toutefois une circonstance de fait pouvant entrer en ligne de compte dans l'appréciation de l'existence de l'abus (p. 121).

(1715) Spécialement le législateur de 1935, puisque le jour même où il a édicté l'article 1907ter, il a abaissé le taux de l'intérêt légal ; voy. l'arrêté royal n° 147 du 18 mars 1935, *Pasin.*, 1935, p. 223.

(1716) Voy. notamment Civ. Charleroi, 24 janvier 1989, *Rev. gén. dr. civ.*, 1989, p. 501, *Rev. rég. dr.*, 1989, p. 504, *J.L.M.B.*, 1991, p. 530.

Cette sanction civile est fixée de façon forfaitaire par l'article 1907*ter*. Aussi, dès lors que le juge a conclu à l'existence d'une lésion qualifiée au sens de l'article 1907*ter*, l'importance de la réduction échappe à son pouvoir d'appréciation ; autrement dit, le juge n'a pas pour mission de réduire les obligations de l'emprunteur à l'intérêt normal majoré de la couverture des risques du prêt.

Comme l'a souligné le Rapport au Roi, la couverture des risques du prêt est ici négligée afin de sanctionner le prêteur « de l'acte immoral qu'il a commis » (1717). On ajoutera que l'application du taux légal, plutôt que du taux qui aurait normalement dû être stipulé compte tenu de la couverture des risques du prêt (1718), présente l'avantage d'éviter pas mal de discussions lorsque le juge a constaté l'existence de la lésion qualifiée sans avoir chiffré de façon précise l'excédent (1719).

On observe, par ailleurs, que la sanction de la réduction prévue à l'article 1907*ter* atteint non seulement la validité de la clause relative au taux de l'intérêt mais aussi la validité des clauses relatives aux autres charges du prêt. Cela résulte explicitement du libellé de l'article qui vise la réduction des « obligations » de l'emprunteur et non simplement de l'intérêt stipulé (1720).

Enfin, on insiste sur l'efficacité de la sanction de la réduction qui est ici préférée à la nullité en vue d'assurer une protection adéquate de l'emprunteur. La sanction traditionnelle de la nullité aurait, en effet, conduit à l'anéantissement du prêt et, partant, aurait constitué un frein à l'invocation de l'article 1907*ter*. En revanche, la sanction de la réduction permet à l'emprunteur de conserver le bénéfice du prêt ; elle emporte donc le

(1717) Voy. le Rapport au Roi n° 148, *Mon.*, 1935, p. 1742.

(1718) Sur ce que le taux de l'intérêt légal n'intègre pas la couverture du risque d'insolvabilité de l'emprunteur considéré individuellement, voy. *supra* n° 295.

(1719) Il arrive, en effet, que le taux stipulé soit beaucoup plus élevé que les différents taux retenus par le juge à titre de comparaison et que, partant, le juge conclue au caractère excessif du taux, sans avoir procédé à l'évaluation précise de l'intérêt normal et de la couverture des risques du prêt ; voy. notamment Civ. Charleroi, 24 janvier 1989, *Rev. gén. dr. civ.*, 1989, p. 501, *Rev. rég. dr.*, 1989, p. 504, *J.L.M.B.*, 1991, p. 530 et aussi Civ. Ypres, 5 janvier 1972, *R.W.*, 1971-1972, col. 1205.

(1720) La sanction de la réduction prévue par l'article 1907*ter* est identique à celle prévue par l'article 1907, alinéa 4, du Code civil qui prescrit, à défaut de mention du taux de l'intérêt dans une clause spéciale de la convention de prêt, la fixation de l'intérêt au taux légal et la suppression des commissions et rémunérations accessoires (au sujet de cette disposition, voy. *infra* n°s 318 et 319) ; à cet égard, on observe que le Rapport au Roi n° 148 (*Mon.*, 1935, p. 1742) établit le lien entre ces deux sanctions ; voy. aussi Ch. DEL MARMOL, *op. cit.*, 1943, p. 412, n° 406, qui estime que « l'application de la sanction de l'article 1907*ter* entraîne cette conséquence que l'emprunteur ne devra payer aucune commission ou rémunération accessoire ».

maintien impératif des délais prévus pour le remboursement (1721). Toute clause contraire serait nulle, puisque le choix de la sanction de la réduction a précisément été guidé par le souci de renforcer l'efficacité de la disposition, dans un but de protection de l'emprunteur.

300. – Mise en œuvre de la réduction prévue par l'article 1907ter. – L'article 1907ter dispose expressément que la réduction des charges du prêt à l'intérêt légal a lieu « sur la demande de l'emprunteur » ; il en résulte qu'alors même que le juge constaterait la réunion des éléments constitutifs de la lésion qualifiée visée à l'article 1907ter, il ne pourrait procéder d'office à la réduction des obligations de l'emprunteur (1722).

Or, tel est un des effets qui s'attachent traditionnellement aux dispositions légales simplement impératives par opposition à celles qui relèvent de l'ordre public *sensu stricto* (1723). En subordonnant la validité des charges du prêt à l'absence de lésion qualifiée, le législateur a donc eu en vue la défense d'intérêts privés et non les intérêts supérieurs de l'Etat ou de la société (1724).

(1721) Il convient évidemment de réserver l'hypothèse dans laquelle l'emprunteur aurait perdu le bénéfice du terme en raison d'un autre motif que l'application de la réduction, par exemple, en raison de sa défaillance.

(1722) Il s'agit, semble-t-il, d'une application du principe dispositif qui interdit au juge de se prononcer sur des choses non demandées (article 1138, 2^o, du Code judiciaire) ; dans une conception moderne de l'office du juge (voy. *supra* n^o 60), se pose toutefois la question si le juge qui, au vu des faits qui lui sont soumis, a l'impression que les éléments constitutifs de la lésion qualifiée visée à l'article 1907ter sont réunis, ne pourrait pas interroger l'emprunteur sur l'application éventuelle de cette disposition, tout en offrant, bien entendu, au prêteur la possibilité de faire valoir ses arguments.

(1723) Voy. *supra* n^o 60, où nous observons toutefois que la conception traditionnelle qui interdit au juge de soulever d'office le moyen déduit de la violation d'une norme simplement impérative est remise en cause aujourd'hui.

(1724) Voy., en ce sens, H. DE PAGE et R. DEKKERS, *op. cit.*, t. 5, 1975, p. 174, n^o 163 ; C. PAULUS, « Lening », in *Lexicon voor privaatrecht. Gebruikelijke contracten*, 1982, p. 46, n^o 98 ; Comm. Bruxelles, 18 novembre 1960, *Jur. comm. Brux.*, 1961, p. 114 ; voy., en sens contraire, Comm. Saint-Nicolas, 13 février 1968, *Jur. comm. Belg.*, 1968, I, p. 8 ; voy. aussi Ch. DEL MARMOL, *op. cit.*, 1943, p. 405, n^o 394, qui, pour se prononcer dans le sens de l'application de l'article 1907ter aux effets futurs des contrats en cours à la date d'entrée en vigueur de la disposition, estime que la législation sur l'usure « est d'ordre public » ; il n'est cependant pas certain que l'auteur ait voulu signifier par là que l'article 1907ter est une disposition qui relève de l'ordre public du premier degré par opposition aux dispositions simplement impératives qui relèvent de l'ordre public du second degré ; notons encore que l'on pourrait, certes, être tenté de se prévaloir de ce que l'usure est réprimée pénalement (article 494 du Code pénal) pour imprimer un caractère d'ordre public du premier degré à l'article 1907ter mais à ceci, nous répondons que l'article 494 du Code pénal requiert l'habitude, en sorte que le fait isolé d'usure visé à l'article 1907ter ne constitue pas une infraction ; remarquons d'ailleurs que d'aucuns

(voy. la page suivante pour la suite de la note tronquée...)

En conséquence, l'emprunteur, seul habilité à invoquer l'application de l'article 1907*ter*, peut renoncer ultérieurement à postuler la réduction de ses obligations et confirmer, *en connaissance de cause*, le montant des charges du prêt (1725) ; pour être valable, l'acte confirmatif doit être exempt du vice qui affecte l'acte confirmé (1726), c'est-à-dire ne pas être obtenu à la suite d'un abus des passions, des faiblesses, des besoins ou de l'ignorance de l'emprunteur.

Il résulte encore du caractère simplement impératif de l'article 1907*ter* que la prescription de l'action en réduction est en principe de dix ans (1727). Il y a cependant lieu de réserver l'hypothèse dans laquelle la demande en réduction concernerait des paiements déjà effectués.

En effet, aux termes de l'alinéa 2 de l'article 1907*ter*, « la réduction s'applique aux paiements effectués par l'emprunteur, à condition que la demande soit intentée *dans les trois ans à dater du jour du paiement* » (1728). A notre avis, ce délai de trois ans prend cours à partir de chaque paiement pour lequel l'application de la réduction est réclamée (1729) ; aussi, la réduction ne peut-elle s'appliquer qu'aux paiements effectués durant les trois années qui précèdent l'introduction en justice de sa demande par l'emprunteur (1730).

Passé un certain temps, au demeurant assez bref, l'emprunteur abusé n'est donc plus admis à contester le paiement des charges excessives qu'il a été contraint de supporter. Par cette restriction, l'article 1907*ter* indique encore, nous semble-t-il, que la protection qu'il organise ne touche pas

(suite de la note tronquée à la page précédente)

contestent aujourd'hui qu'une disposition sanctionnée pénalement se voit imprimer par ce seul fait un caractère d'ordre public du premier degré ; voy. A. PUTTEMANS, « L'ordre public et la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce, sur l'information et la protection du consommateur », in *L'ordre public – Concept et applications*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 147, n° 11 ; X. DIEUX, « La vente dans ses rapports avec le droit économique », in *Vente et cession de créance*, Formation permanente Commission Université-Palais, Vol. XV, mars 1997, p. 115, n° 19.

(1725) Rappelons qu'à notre estime, l'article 1906 du Code civil ne peut être invoqué pour s'opposer à la réduction des intérêts payés ; voy. *supra* n° 35.

(1726) Voy. l'article 1338 du Code civil.

(1727) Voy. l'article 1304 du Code civil.

(1728) Selon H. DE PAGE et R. DEKKERS (*op. cit.*, t. 5, 1975, p. 174, n° 163), il s'agirait d'une déchéance, ce qui ne permettrait pas aux causes de suspension ou d'interruption de la prescription de jouer.

(1729) Ch. DEL MARMOL (*op. cit.*, 1943, p. 419, n° 417) se demande si, pour le point de départ du délai de trois ans, il faut retenir « le jour de la dernière perception usuraire ou le jour du premier paiement indû » ; cette question ne se pose pas si, ainsi que nous le préconisons au texte, on appréhende chaque paiement isolément pour calculer le délai.

(1730) Voy., en ce sens, Civ. Charleroi, 24 janvier 1989, *Rev. gén. dr. civ.*, 1989, p. 501, *Rev. rég. dr.*, 1989, p. 504, *J.L.M.B.*, 1991, p. 530.

aux intérêts essentiels de l'Etat ou de la société mais concerne des intérêts privés.

301. – L'article 1907ter réserve expressément les moyens que le droit commun offre à l'emprunteur. – Comme cela résulte explicitement de son libellé, l'article 1907ter a été édicté « sans préjudice de l'application des dispositions protectrices des incapables ou relatives à la validité des conventions ».

En conséquence, l'emprunteur, victime d'une lésion qualifiée, a le choix de ses moyens d'actions (1731) ; il conserve le droit de contester la validité du contrat de prêt en s'appuyant sur les règles du droit commun relatives à la formation des conventions, qu'il s'agisse des dispositions protectrices des incapables, des vices de consentement ou encore de la contrariété aux bonnes mœurs. *A fortiori*, l'emprunteur est-il en droit de préférer l'application de dispositions plus spécifiques relatives à la validité de tout ou partie des charges du prêt (1732).

302. – L'article 1907ter et l'usure contraire aux bonnes mœurs. – La notion d'usure contraire aux bonnes mœurs trouve sa source dans la jurisprudence antérieure à 1935 (1733) ; elle ne semble pas avoir été écartée par l'adoption de l'article 1907ter, lequel réserve expressément, ainsi que nous venons de le voir, « l'application des dispositions... relatives à la validité des conventions ».

Aussi, selon H. DE PAGE et R. DEKKERS, existe-t-il toujours actuellement une notion autonome d'usure qui n'est liée à aucun critère déterminé : « il faut tout simplement cette 'ambiance d'usure' à laquelle les honnêtes gens ne se trompent pas. Car on en revient toujours, en matière

(1731) Voy. Ch. DEL MARMOL, *op. cit.*, 1943, p. 122, n° 78 ; L. GRAULICH, *Etude particulière de certains contrats*, 1954, p. 57.

(1732) Ainsi, plutôt que d'invoquer l'article 1907ter, l'emprunteur, victime d'une lésion qualifiée, peut-il se prévaloir de la réduction des charges du crédit au taux légal prévue par l'article 1907, alinéa 4, du Code civil en l'absence de mention du taux de l'intérêt dans une clause spéciale de la convention de prêt (sur cette disposition, voy. *infra* n°s 318 et 319), de la nullité de certaines charges stipulées en sus de l'intérêt dans les crédits régis par la loi du 4 août 1992 relative au crédit hypothécaire (les articles 11 à 13 de cette loi limitent, en effet, les différents types de frais et indemnités qui peuvent être réclamés en sus de l'intérêt), de la nullité du crédit ou de la réduction des obligations de l'emprunteur (qui peut aller jusqu'à la suppression totale des intérêts) en cas de violation de certaines dispositions de la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation (voy. les articles 85 et s. de cette loi).

(1733) Voy. *supra* n° 289.

de bonnes mœurs (notion indéfinissable légalement), à la morale admise par les honnêtes gens » (1734).

L'usure contraire aux bonnes mœurs étant fondée sur les articles 6 et 1131 du Code civil, elle relève de l'ordre public *sensu stricto*, en sorte que ce moyen peut être soulevé d'office par le juge (1735) dans le respect des droits de la défense (1736). Eu égard à son fondement, la sanction de l'usure contraire aux bonnes mœurs réside non point dans la réduction des obligations de l'emprunteur mais dans la nullité totale et absolue de la convention (1737), ce qui ne constitue pas, loin de là, la sanction la mieux

(1734) Voy. H. DE PAGE et R. DEKKERS, *op. cit.*, t. 5, 1975, p. 167, note 2 ; voy. aussi p. 166, n° 158, C, d : « Il est clair qu'un intérêt de 50 ou de 100 p.c. doit être considéré, sans plus, comme illicite, et, partant, usuraire, même dans un régime qui admet l'article 1134 du Code civil » ; en faveur d'une notion autonome d'usure contraire aux bonnes mœurs, voy. aussi Y. HANNEQUART, « La protection des emprunteurs en dehors de la loi sur les ventes à tempérament », note sous Comm. Liège, 20 janvier 1959, *R.C.J.B.*, 1960, p. 51 ; pour une hypothèse, postérieure à 1935, où l'usure contraire aux bonnes mœurs est constatée, voy. J.P. Nivelles, 15 décembre 1949, *J.J.P.*, 1950, p. 307 ; pour deux cas où l'usure contraire aux bonnes mœurs n'est pas reconnue *in casu*, sans que le concept lui-même ait été mis en cause, voy. Comm. Bruxelles, 8 février 1950, *Rev. prat. soc.*, 1951, p. 264 et Civ. Bruxelles, 25 novembre 1966, *J.T.*, 1967, p. 333 ; une façon de justifier la survivance de la notion d'usure contraire aux bonnes mœurs à une époque où le recours aux articles 6 et 1131 du Code civil pour fonder la théorie de la lésion qualifiée est de plus en plus critiqué (voy. *infra* numéro suivant) serait peut-être d'insister sur ce qu'à l'inverse de la théorie de la lésion qualifiée, l'usure contraire aux bonnes mœurs provient bien moins du comportement du prêteur que du résultat de la convention.

(1735) C'est parce que la notion d'usure contraire aux bonnes mœurs fait nécessairement appel au pouvoir d'appréciation du juge que nous écrivons que ce moyen *peut* – et non *doit* – être soulevé d'office par le juge.

(1736) Sur l'obligation pour le juge d'offrir aux parties la possibilité d'en débattre préalablement, cf. l'article 774, alinéa 2, du Code judiciaire ; de ce que l'usure contraire aux bonnes mœurs relève de l'ordre public *sensu stricto*, il résulte aussi que l'emprunteur ne peut jamais y renoncer valablement même en connaissance de cause et que la prescription de l'action est soumise au délai général de trente ans, lequel vient toutefois d'être ramené en principe à dix ans, s'agissant des actions personnelles ; voy. *supra* n° 221.

(1737) Voy., en ce sens, Ch. DEL MARMOL, *op. cit.*, 1943, p. 398, n° 387 ; voy., toutefois, en sens contraire, H. DE PAGE et R. DEKKERS, *op. cit.*, t. 5, 1975, p. 171, n° 158 a, *in fine*, qui, invoquant l'article 494, alinéa 3, du Code pénal, se prononcent non pas dans le sens de la nullité du prêt mais dans le sens de la réduction de l'intérêt excessif ; on observe, en outre, que ces deux derniers auteurs refusent d'appliquer la notion d'usure contraire aux bonnes mœurs en dehors du prêt d'une somme d'argent (n° 159), ce qui est peu compréhensible dès lors que cette notion est fondée sur les articles 6 et 1131 du Code civil qui concernent les obligations en général et pas seulement le prêt à intérêt.

adaptée. Le juge pourrait toutefois recourir à l'adage « *Nemo auditur...* » pour refuser la restitution du capital prêté (1738).

303. – De l'article 1907ter à la théorie de la lésion qualifiée. – S'appuyant sur la jurisprudence antérieure à l'article 1907ter, jurisprudence qui faisait appel aux notions de bonnes mœurs et de cause illicite pour sanctionner civilement l'usure (1739), et sur l'article 1907ter lui-même, qui, loin de réprover pareille jurisprudence l'a en quelque sorte entérinée (1740), la doctrine a développé la théorie de la lésion qualifiée pour l'appliquer à tous les contrats (1741). Pour justifier l'accès de la lésion qualifiée au rang de théorie, il est encore fait état du souci du législateur du XX^e siècle de combattre, au travers de nombreuses dispositions protectrices, les abus de la liberté contractuelle (1742).

Aujourd'hui reçue par la doctrine et la jurisprudence, la théorie de la lésion qualifiée a lieu de s'appliquer chaque fois qu'un contractant abuse de l'état d'infériorité de son cocontractant pour se faire promettre une prestation manifestement disproportionnée par rapport à celle qu'il assume lui-même. Comme il en va pour l'article 1907ter, c'est l'élément subjectif de la lésion qualifiée, à savoir l'exploitation de l'infériorité du cocontractant, qui permet de concilier cette théorie avec le principe de la

(1738) Au sujet de cet adage, voy. spéc. Y. HANNEQUART, « L'adage 'Nemo auditur' », *Ann. dr. Liège*, 1956, pp. 163 et s., et *Les Nouvelles, Droit civil*, t. 4, vol. 1, 1957, pp. 573 et s., n^{os} 1915 et s.; voy. aussi Cass., 8 décembre 1966, préc. concl. proc. gén. R. HAYOIT DE TERMICOURT, *Pas.*, 1967, I, p. 434, *R.C.J.B.*, 1967, p. 5, et note J. DABIN; Cass., 24 septembre 1976, *Pas.*, 1977, I, p. 101; à cet égard, on observe que, si le juge est admis, sur le fondement des adages, à refuser purement et simplement la restitution du capital prêté, il peut également, pensons-nous, autoriser l'emprunteur à procéder à une restitution échelonnée, ce qui est moins grave pour le prêteur que d'être privé de toute restitution.

(1739) Voy. Ch. DEL MARMOL, *op. cit.*, 1943, p. 392, n^o 383; A. DE BERSAQUES, « L'œuvre prétorienne de la jurisprudence en matière de lésion », in *Mélanges J. DABIN*, t. 2, 1963, p. 495, n^o 8; E. VIEUJEAN, « Chronique de droit belge », *Rev. trim. dr. civ.*, 1964, p. 408, n^o 3; W. DE BONDT, *De leer der gekwalificeerde benadeling*, 1985, pp. 49 et s.

(1740) Voy. A. DE BERSAQUES, « L'œuvre prétorienne de la jurisprudence en matière de lésion », *op. cit.*, p. 497, n^o 9.

(1741) A titre de comparaison, voy. le § 138 du Code civil allemand et l'article 21 du Code suisse des obligations qui envisagent expressément la notion de lésion qualifiée dans la théorie générale des obligations ainsi que l'article 44-4 du Livre 3 du nouveau Code civil néerlandais où il est question d'abus des circonstances; pour un aperçu de la théorie de la lésion qualifiée en droit comparé, voy. W. DE BONDT, *op. cit.*, 1985, pp. 74 et s.

(1742) Voy. A. DE BERSAQUES, « L'œuvre prétorienne de la jurisprudence en matière de lésion », *op. cit.*, p. 492, n^o 6.

liberté des conventions et l'interdiction de la prise en considération de la lésion dans l'article 1118 du Code civil (1743).

Pendant longtemps, les tribunaux ont fondé la théorie de la lésion qualifiée sur les articles 6 et 1131 du Code civil mais, outre que l'on peut contester que l'intérêt général soit ici toujours concerné au premier degré (1744), la sanction de la nullité absolue à laquelle conduisent ces dispositions n'est guère adaptée (1745).

Aussi, sous l'influence de A. DE BERSAQUES, la doctrine a-t-elle plutôt tendance aujourd'hui à asseoir la théorie de la lésion qualifiée sur l'article 1382 du Code civil, envisagé sous l'angle de la *culpa in contrahendo* ou de l'abus du droit de contracter (1746). Grâce à ce fondement, le cocontractant, victime de la lésion qualifiée, est en droit d'obtenir la réparation la plus adéquate du préjudice qu'il a subi et spécialement la réduction de son engagement excessif ; une telle sanction permet de maintenir la convention en rétablissant l'équilibre qui aurait existé entre les engagements réciproques en l'absence de lésion qualifiée (1747).

A cet égard, l'article 1907^{ter} se distingue de la théorie de la lésion qualifiée, puisqu'il fixe de façon forfaitaire l'étendue de la réduction (1748) ; en

(1743) Voy. A. DE BERSAQUES, « L'œuvre prétorienne de la jurisprudence en matière de lésion », *op. cit.*, p. 491, n° 5, p. 500, n° 13, pp. 513 et s., n°s 29 et 30.

(1744) Voy. W. DE BONDT, *op. cit.*, 1985, pp. 144 et s. ; voy. aussi E. VIEUJEAN, *op. cit.*, p. 409, n° 3, qui observe que sans doute la lésion qualifiée constitue, à l'image du dol ou de la violence, un comportement immoral ; mais qu'elle « ne rend pas pour autant le contrat illicite au sens des articles 6, 1131 et 1133 du C. civ., car les conventions contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs ne sont pas, dans notre droit, celles dont la conclusion résulte du comportement illicite de l'une des parties à l'égard de l'autre, mais celles qui produisent un résultat illicite au détriment de la société elle-même ».

(1745) Voy. A. DE BERSAQUES, « La lésion qualifiée et sa sanction », note sous Comm. Bruxelles, 20 février 1970, *R.C.J.B.*, 1977, p. 23, n°s 16 et s.

(1746) Voy. A. DE BERSAQUES, « L'œuvre prétorienne de la jurisprudence en matière de lésion », *op. cit.*, p. 503, n°s 17 et s., qui fait état à la fois de la *culpa in contrahendo* et de l'abus du droit de contracter ; W. DE BONDT, *op. cit.*, 1985, pp. 157 et s., qui rejette le fondement déduit de la *culpa in contrahendo*, lequel est incompatible avec l'appréciation marginale requise par la théorie de la lésion qualifiée, et qui, partant, cantonne exclusivement la théorie de la lésion qualifiée dans le giron de la théorie de l'abus droit, en l'occurrence, l'abus du droit de contracter ; cette position – et la conception de l'abus de droit qu'elle implique – est toutefois critiquée par L. CORNELIS dans sa recension de l'ouvrage de W. DE BONDT, in *R.W.*, 1988-1989, pp. 1382 et 1383 ; voy. encore E. VIEUJEAN, *op. cit.*, p. 410, n° 3, et J.F. ROMAIN, « Regain de la théorie de la lésion qualifiée en droit des obligations », *J.T.*, 1993, p. 752, n° 3, qui fondent la théorie de la lésion qualifiée sur la *culpa in contrahendo*.

(1747) Voy. A. DE BERSAQUES, « La lésion qualifiée et sa sanction », *op. cit.*, p. 31, n° 27.

(1748) Voy. *supra* n° 299.

vertu de l'article 1907*ter*, le taux excessif doit être réduit au taux de l'intérêt légal et non, comme il en va dans la théorie de la lésion qualifiée, fondée sur l'article 1382 du Code civil, au taux qui aurait normalement dû être stipulé en l'absence d'abus.

304. – Evolution de la sanction de la réduction dans la loi relative au crédit à la consommation. – L'article 87 de la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation sanctionne civilement le dépassement des taux maxima prévus par cette législation en disposant que « les obligations du consommateur sont réduites *de plein droit au prix au comptant du bien ou du service ou au montant emprunté* » (1749).

Outre l'appréhension purement mathématique de l'usure que nous allons examiner dans la section qui suit, on constate une évolution dans le choix de la sanction ; ainsi, la sanction prévue par l'article 87 de la loi relative au crédit à la consommation est autrement draconienne que celle qui est prévue par l'article 1907*ter* du Code civil, puisqu'elle consiste dans la suppression pure et simple des charges du crédit et non point seulement dans la réduction de celles-ci à l'intérêt légal.

Par ailleurs, contrairement à ce qui a lieu pour l'article 1907*ter*, on s'accorde généralement à décider que l'obligation de respecter les taux maxima prévus par la loi relative au crédit à la consommation relève de l'ordre public *sensu stricto* (1750). On en déduit que le juge doit soulever d'office, dans le respect des droits de la défense (1751), le moyen déduit

(1749) L'article 87 de la loi relative au crédit à la consommation (de même d'ailleurs que les autres dispositions de cette loi qui prévoient la sanction de la réduction) précise que « le consommateur conserve le bénéfice de l'échelonnement des paiements » ; il nous paraît que telle est une conséquence qui s'attache nécessairement à la sanction de la réduction, qui, à l'inverse de la nullité, n'a pas pour effet d'anéantir le contrat (voy. *supra* n° 299) ; notons encore que le dépassement des taux maxima prévus par la loi relative au crédit à la consommation est également passible de sanctions pénales (article 101, § 1^{er}, 4^o, qui ne requiert pas l'habitude) et administratives (article 106).

(1750) Voy., notamment, en ce sens, P. VAN DER WIELEN et A. WALLEMACQ, « La valeur contraignante de la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation » in *La nouvelle loi sur le crédit à la consommation*, éd. Créadif, 1992, p. 29, n° 5 ; P. LETTANY, *Het consumentenkrediet*, 1993, p. 141, n° 165 ; E. BALATE, P. DEJEMPEPE et FT. DE PATOUL, *Le droit du crédit à la consommation – Commentaires de la loi du 12 juin 1991 sur le crédit à la consommation*, De Boeck Université, 1995, p. 124, n° 149.

(1751) Sur l'obligation de respecter les droits de la défense, lorsque le juge vérifie d'office si une disposition d'ordre public a été respectée, voy. Cass., 21 octobre 1996, *Bull. et Pas.*, 1996, I, p. 1010, rendu en matière d'accidents du travail.

de la violation des taux maxima et, partant, appliquer, même en l'absence de demande du consommateur, la sanction prévue par l'article 87 (1752).

En conséquence, lorsqu'un crédit soumis à la loi relative au crédit à la consommation a été consenti à un *taux qui excède le maximum prévu par cette législation* et à supposer même que la stipulation d'un tel taux procède d'un abus de l'infériorité de l'emprunteur, la réduction au taux légal prévue par l'article 1907ter du Code civil se voit supplantée par la réduction de plein droit au montant emprunté édictée par l'article 87 de la loi relative au crédit à la consommation (1753).

Section II. – La difficulté d'appréhender le critère de l'usure

305. – Des incertitudes qui entourent l'application de l'article 1907ter ou le recours à la théorie de la lésion qualifiée. – Ainsi que nous l'avons vu, l'article 1907ter, comme d'ailleurs la théorie de la lésion qualifiée, s'inscrit dans un régime de liberté du taux de l'intérêt et des autres charges du crédit ; par cette disposition, il s'agit non de réguler le marché mais de sanctionner les abus de la liberté contractuelle.

La difficulté de prouver l'élément subjectif que constitue l'abus de l'infériorité de l'emprunteur, de même que l'absence de critère chiffré pour cibler la disproportion manifeste rendent cependant son application extrêmement délicate. A cela s'ajoute la question controversée de l'admissibilité d'un taux particulièrement élevé mais proportionné aux risques de défaillance de l'emprunteur (1754).

Bref, l'article 1907ter ou le recours à la théorie de la lésion qualifiée pour appréhender l'usure sont considérés par d'aucuns, tantôt comme une porte ouverte à l'« arbitraire » des juges dans une matière qui leur est peu

(1752) Ce que semble d'ailleurs corroborer l'expression « *de plein droit* » utilisée dans l'article 87 pour qualifier la réduction prévue par cette disposition, à moins que cette expression « *de plein droit* » n'indique que le juge n'a pas le pouvoir de moduler la sanction de la réduction, contrairement à ce qui a lieu dans l'article 86 qui prévoit que le juge annule le contrat ou réduit les obligations du consommateur « *au maximum* » jusqu'au montant emprunté.

(1753) Voy. notamment, en ce sens, A. DE CALUWE, *Les ventes, les prêts et prêts personnels à tempérament*, 1965, p. 247, n° 200 ; I. MOREAU-MARGREVE, « La loi du 5 mars 1965 et le régime des prêts personnels à tempérament », *J.T.*, 1966, p. 737, n° 32, note 67 ; L.-M. HENRION et E. BALATE, « Le contrôle judiciaire du loyer de l'argent », *Rev. dr. comm. b. – dossier n° 2*, 1995, p. 41, n° 74 ; est, en revanche, controversée la question si l'article 1907ter pourrait encore trouver à s'appliquer à l'égard d'un prêt régi par la loi relative au crédit à la consommation qui a été consenti *dans les limites du taux maximum applicable* en exécution de cette législation ; voy. *infra* n° 306.

(1754) Voy. *supra* n° 294.

familière (1755), tantôt comme un « leurre juridique » « toujours à la recherche de ses moyens de contrôle et sensible à ne rien bousculer » dans l'ordre des choses bien établi (1756). C'est surtout sous ce dernier aspect que la théorie de la lésion qualifiée ou les dispositions qui s'en inspirent ont été critiquées, que ce soit en Belgique (1757), en France (1758) ou plus récemment en Italie (1759). En Allemagne, en revanche, il semble que la jurisprudence ait su se forger des critères pour apprécier le niveau des taux

(1755) Voy., en ce sens, C. GAVALDA et J. STOUFFLET, « La limitation des taux d'intérêts conventionnels par la loi n° 66-1010 du 28 décembre 1966 sur l'usure », *J.C.P.*, 1968, I, 2171, n° 3, qui, s'ils n'utilisent pas le mot « arbitraire », émettent cette crainte à propos d'un ancien décret-loi français de 1935 qui reposait sur l'appréciation des juges.

(1756) Voy., en ce sens, L.-M. HENRION et E. BALATE, « Le contrôle judiciaire du loyer de l'argent », *Rev. dr. comm. b. – dossier n° 2*, 1995, p. 42, n° 77, p. 44, n° 80.

(1757) Voy., Fr. DOMONT-NAERT, *Consommateurs défavorisés : crédit et endettement – Contribution à l'étude de l'efficacité du droit de la consommation*, Story-Scientia, 1992, p. 220.

(1758) Ainsi, en France, un ancien décret-loi de 1935 qui appréhendait l'usure comme le fait de consentir un « prêt conventionnel... à un taux effectif dépassant de plus de moitié le taux moyen pratiqué dans les mêmes conditions par des prêteurs de bonne foi pour des opérations de crédit comportant les mêmes risques » n'avait guère « fait obstacle à l'activité des usuriers » en raison du caractère fuyant de la notion ; ainsi, « la détermination du taux moyen posait... aux tribunaux de réelles difficultés, car ils devaient, dans chaque cas, se livrer à des enquêtes et à des expertises compliquées pour rechercher quel était » ce taux moyen ; voy. G. MORIN, « Les prêts usuraires », *Defrénois*, 1967, art. 28948, p. 227, n° 2 ; voy., dans le même sens, C. GAVALDA et J. STOUFFLET, *op. cit.*, 1968, nos 3 et 29.

(1759) Ainsi, en Italie, l'appréhension de l'usure via une disposition qui requérait, d'une part, l'*abus des besoins* et, d'autre part, des intérêts et autres avantages *démesurés*, est restée lettre morte en raison de ses difficultés d'application et notamment de la difficulté de faire la preuve de l'abus des besoins (voy. Commission européenne, Service Politique des Consommateurs, *Rapport sur l'application de la directive 87/102/CEE relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de crédit à la consommation*, COM (95) 117, p. 83, n° 278) ; l'usure semble y être devenue un véritable fléau social qui touche aussi bien les ménages que le petit commerce ; aussi, un front anti-usure s'est-il constitué pour réclamer une nouvelle législation qui appréhende l'usure de façon purement objective avec des maxima fixés de façon claire et transparente (voy. P. LANDI, « La situation en Italie », in *Crédit, endettement et surendettement des ménages en Europe*, Colloque organisé par l'Observatoire du Crédit et de l'Endettement, 1995, p. 164) ; finalement, une loi du 29 février 1996 est intervenue en sens ; elle définit le taux d'usure comme le taux qui dépasse de 50 % le taux moyen global appliqué par les banques et les institutions financières, le délit d'usure étant constitué par le seul fait du dépassement de ce maxima (voy. P. MARTINELLO in *Rev. eur. dr. cons.*, 1996, p. 174).

pratiqués dans le domaine particulièrement sensible des crédits consentis aux consommateurs (1760).

306. – L'appréhension de l'usure par la fixation de taux maxima : une réponse apportée aux incertitudes qui entourent le recours à la théorie de la lésion qualifiée. – L'objectif normalement poursuivi dans un système qui appréhende l'usure par le recours à des taux maxima est d'accroître la protection de l'emprunteur. En effet, dès lors que le plafond légal est dépassé, l'application de la sanction est automatique, le juge n'ayant plus à s'interroger ni sur le caractère normal du taux stipulé, ni sur l'existence d'un abus de l'infériorité de l'emprunteur. En outre, la fixation de taux maxima permet un contrôle *a priori* des taux pratiqués, contrôle qui peut être opéré par l'Administration de façon systématique, ce qui entraîne un assainissement du marché.

Par ailleurs, la fixation de taux maxima peut répondre à un autre objectif, à savoir renforcer la sécurité juridique de la convention en donnant l'assurance au prêteur qu'il ne risque pas de se voir soumis à l'« arbitraire » des juges, si le taux qu'il a stipulé est en deçà du plafond légal. En ce cas, le plafond légal se confond avec le « seuil de l'usure » (1761) ou le « taux de l'usure » (1762) ; en dessous de ce seuil, le taux stipulé ne saurait être considéré comme excessif ; ainsi, les taux pratiqués par les prê-

(1760) En Allemagne où l'usure est appréhendée via le § 138 du B.G.B., dans lequel il est question, de façon générale, de contrariété aux bonnes mœurs et de lésion qualifiée, la jurisprudence a réagi face aux taux très élevés qui étaient quelquefois pratiqués pour les crédits consentis aux consommateurs ; pour ce faire, la jurisprudence a élaboré au fil du temps des critères lui permettant d'apprécier le niveau des taux stipulés ; ainsi, par exemple, les juges allemands considèrent que le taux contractuel qui s'élève à plus du double du taux moyen pratiqué par les banques pour les crédits de même type (ces taux moyens résultent des statistiques de la Bundesbank) constitue un indice important de disproportion flagrante ; voy. U. REIFNER, « Private Indebtedness and Consumer Credit Regulation in Germany », in *Crédit, endettement et surendettement des ménages en Europe, op. cit.*, pp. 63 et s., ainsi que W. HADDING, « Le crédit à la consommation en République Fédérale allemande », *Rev. banq.*, 1990, n° 2, p. 79, n° 2.1.

(1761) Pour cette expression, voy. M. VION, « Le nouveau critère de l'usure », *Deffrénois*, 1990, art. 34824, p. 923, n° 1 et p. 926, n° 6 ; J. DUBOS, « Intérêts et commissions – Fixation des taux d'intérêts », in *Juris-classeur commercial, Banque et crédit*, Fasc. 510, 1994, p. 18, n° 76 ; C. GAVALDA, « Usure », in *Répertoire Dalloz de droit commercial*, t. 5, 1994, p. 8, n° 64.

(1762) Pour cette expression, voy. l'intitulé de la sous-section qui comporte les articles 313-3 et suivants relatifs à l'usure dans le Code de la consommation français.

teurs français sont en quelque sorte légitimés par le seul fait qu'ils sont seulement inférieurs de 0,001 % par rapport au « taux de l'usure » (1763).

En Belgique, il est recouru à la fixation de taux maxima pour les crédits régis par la loi relative au crédit à la consommation (1764) ; un tel système existait déjà dans l'ancienne législation relative aux opérations à tempérament et, au cours des travaux préparatoires de celle-ci, la question si le respect des plafonds légaux immunisait les prêteurs de toute remise en cause des charges stipulées sur le fondement de l'article 1907^{ter} avait donné lieu à des débats passionnés (1765) ; la question est toujours actuellement pendante, le législateur ne l'ayant expressément tranchée ni dans un sens, ni dans l'autre (1766).

(1763) Voy. M. CABRILLAC et J.-L. RIVES-LANGE, « Les problèmes juridiques et réglementaires posés par les intérêts dans les crédits bancaires », in *Responsabilité professionnelle du Banquier : Contribution à la protection des clients de Banque*, 1978, p. 9, qui écrivent : « certaines banques appliquent un taux d'intérêt le plus élevé possible, approchant de 0,001 % le taux autorisé » et qui, loin de s'interroger, à tout le moins *de lege ferenda*, sur le bien-fondé d'un tel système, en tirent argument pour plaider en faveur d'un maximum de précisions dans la détermination des taux usuraires, puisqu'il suffit « de la plus petite erreur, de la plus petite incertitude soit dans la détermination du taux plafond, soit dans le calcul du taux effectivement pratiqué » pour que le prêteur soit sanctionné.

(1764) Voy. l'article 21 de la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation ; à titre de comparaison, on observe qu'« aux Pays-Bas, il n'y a pas de référence législative à la notion d'usure, mais il existe une réglementation administrative du prix des crédits à la consommation. Cette réglementation se présente sous la forme d'une grille de taux maxima en fonction de la durée et du montant du crédit. Ce barème est déterminé par trois composantes : une relative aux conditions de financement, une relative aux frais de gestion variables et une relative aux frais de gestion fixes » ; voy. le Rapport précité de la Commission européenne, p. 84, n° 279.

(1765) Voy. I. MOREAU-MARGREVE, « La loi du 5 mars 1965 et le régime des prêts personnels à tempérament », *J.T.*, 1966, p. 737, n° 32, et références citées.

(1766) Dans le sens du maintien de l'appréciation prévue par l'article 1907^{ter} lorsque les plafonds légaux ont été respectés, voy. I. MOREAU-MARGREVE, *op. cit.*, p. 737, n° 32, note 66 ; *R.P.D.B.*, compl. 1969, v° « Abus de confiance », n° 141 ; E. CEREXHE et B. VERSTRAETE, *La vente à tempérament et son financement dans le marché commun*, t. II, *Les droits belges et luxembourgeois*, 1971, p. 215, n° 267 ; H. VAN LIER, « Chronique de jurisprudence : Les opérations à tempérament visées par la loi du 9 juillet 1957 (1957 à 1982) », *J.T.*, 1983, p. 60, n° 35 ; P.A. FORIERS et A.-F. DELWAIDE, « La sanction des manquements de l'emprunteur : les montants dus en cas d'inexécution du contrat », in *Le crédit à la consommation*, éd. Jeune barreau de Bruxelles, 1997, p. 174, n° 43, ces deux derniers auteurs estimant que « les dispositions relatives à l'usure ne sont [pas] inconciliables avec les dispositions spécifiques de la loi relative au crédit à la consommation » ; Matthias E. STORME, « Vragen rond rente », *J.J.P.*, 1997, p. 197, n° 2, qui, semble-t-il, se prononce également en ce sens ; dans le sens du rejet pur et simple de l'application de l'article 1907^{ter} pour les opérations qui sont soumises à des taux maxima, voy. A. DE CALUWE, *Les ventes, les prêts et prêts personnels à tempérament*, p. 269, n° 201, in

(voy. la page suivante pour la suite de la note tronquée...)

A notre avis, même si les taux maxima sont fixés par l'Administration en fonction des différents types de crédits et sont régulièrement actualisés, il n'est pas sain que l'approche réglementaire, qui a nécessairement lieu *in abstracto*, se substitue entièrement à l'approche individuelle requise par l'article 1907ter – ou par la théorie de la lésion qualifiée – qui commande d'apprécier le taux stipulé en fonction des risques de chaque crédit considéré isolément et notamment de la solvabilité de l'emprunteur et des garanties qu'il a effectivement fournies. A cet égard, nous songeons notamment au crédit à la consommation garanti par une hypothèque pour toutes sommes constituée pour la sûreté d'un crédit antérieur et remboursé (1767).

C'est pourquoi il nous paraît que les taux maxima qui sont fixés par l'Administration en exécution de la loi relative au crédit à la consommation laissent subsister l'appréciation judiciaire requise par l'article 1907ter pour les prêts consentis en deçà des plafonds réglementaires. Il ne s'agit pas là d'ériger le juge « en censeur de l'Exécutif » (1768), puisque l'appréciation de l'un et de l'autre repose sur des critères distincts ; dans l'application de l'article 1907ter, le juge recherche si le prêteur a abusé de l'infériorité de l'emprunteur pour se faire promettre un taux qui excède manifestement le taux normal compte tenu des risques du prêt, tandis qu'en application de la loi relative au crédit à la consommation, l'Exécutif fixe des taux qui ne peuvent en aucun cas être dépassés, taux maxima que la loi interdit d'ailleurs de présenter comme des taux normaux dans les

(suite de la note tronquée à la page précédente)

fine ; J. VAN DEN BERGH et A. DE CALUWE, *Afbetalingsovereenkomsten*, A.P.R., Story-Scientia, Gent-Leuven, 1975, pp. 474 à 476, n^{os} 1206 et 1207 ; V. VERCAMMEN-VAN DEN VONDER, « Lening op interest », in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 1985, article 1907ter-3 ; I. DEMUYNCK, « Conventionele (schade)vergoedingsregelingen en de Wet op het consumentenkrediet », *J.J.P.*, 1994, p. 6, n^o 4, et p. 40, n^o 100 ; L.-M. HENRION et E. BALATE, *op. cit.*, p. 42, n^o 76 ; M.-Fr. DE POVER, « Les contrats spéciaux – Chronique de jurisprudence (1988-1995) », *Dossiers J.T.*, n^o 13, 1997, p. 64, n^o 20 ; Civ. Cour-trai, 29 avril 1994, *J.J.P.*, 1995, p. 130.

(1767) Cf. I. MOREAU-MARGREVE, « L'hypothèque pour toutes sommes », *J.T.*, 1996, p. 187, qui écrit que la pratique de l'hypothèque pour toutes sommes peut « produire un effet bénéfique, même pour les particuliers, dans la mesure où les crédits accordés ultérieurement par le bénéficiaire de l'hypothèque doivent normalement l'être moyennant un intérêt moins élevé » mais qui observe opportunément que « cet avantage n'est assuré que si le candidat au crédit se rappelle, lors de sa demande de crédits nouveaux, que l'hypothèque anciennement constituée le garantit, dans la mesure où le crédit antérieur a été remboursé ».

(1768) Voy. L.-M. HENRION et E. BALATE, *op. cit.*, p. 42, n^o 76, qui n'admettent pas que le juge puisse « s'ériger en censeur de l'Exécutif ».

publicités (1769). Aussi, loin de constituer un « instrument de normalisation » (1770), la fixation de taux maxima dans la loi relative au crédit à la consommation a pour objet de renforcer la lutte contre l'usure et non, pensons-nous, de l'amoinrir en accordant une sorte de « sauf-conduit » aux prêteurs qui respectent les plafonds légaux, plafonds légaux qui ne sont que des maxima fixés *in abstracto*. Quant au risque d'« arbitraire » des juges, il nous paraît fortement atténué par l'obligation de motivation qui leur incombe en lien avec la réunion des différents éléments constitutifs requis par l'article 1907ter (1771).

(1769) Voy. l'article 6 de la loi relative au crédit à la consommation qui interdit toute publicité « qui, en se référant au taux annuel effectif global maximum ou à la légalité des taux appliqués, donne l'impression que ces taux sont les seuls à pouvoir être appliqués » ; dans le projet initial, il avait même été question d'interdire purement et simplement toute référence au taux annuel effectif global maximum car « une telle comparaison pouvait être trompeuse quand le taux maximum se situait bien au-delà du taux du marché, et que le prêteur soulignait la différence comme un avantage accordé au consommateur » (voy. E. BALATE, P. DEJEMEPPE et Fr. DE PATOUL, *Le droit du crédit à la consommation*, 1995, p. 144, n° 179) ; aussi, nous ne pouvons pas approuver L.-M. HENRION et E. BALATE (*op. cit.*, p. 42, n° 76) lorsqu'ils écrivent : « L'arbitre de la normalité ne devient-il pas l'Exécutif et cette normalité ne se confond-elle pas avec la légalité du taux pour les opérations réglementées ? ».

(1770) Voy. toutefois L.-M. HENRION et E. BALATE, *op. cit.*, p. 42, n° 76, qui estiment qu'« en déléguant à l'Exécutif le soin de fixer le taux annuel effectif global maximum, [le législateur] entend bien mettre à la disposition des prêteurs et des emprunteurs un instrument de normalisation ».

(1771) Certes, on peut regretter deux décisions (voy. J.P. Courtrai, 22 juin 1993, *J.J.P.*, 1994, p. 65, et J.P. Courtrai, 27 juillet 1993, *D.C.C.R.*, n° 25, 1994-1995, p. 63) qui chiffrent les charges du crédit effectivement stipulées en additionnant pêle-mêle les charges prévues à titre de contrepartie du crédit et les clauses pénales, sans vérifier si le prêteur a spéculé, lors de la conclusion du prêt, sur l'application des clauses pénales (voy. *supra* n° 293) et en faisant comme s'il était prévisible que le paiement des sommes réclamées lors de la dénonciation du prêt aurait lieu immédiatement dès la dénonciation, ce qui est rarement le cas en l'absence de garanties conséquentes ; aussi, les taux de 55 % ou 40 % qui résultent d'une telle appréciation sont-ils largement exagérés ; la première décision citée (J.P. Courtrai, 22 juin 1993) est encore critiquable en ce qu'elle retient le taux de l'intérêt légal fixé à titre supplétif comme mesure des charges du prêt en arguant de l'article 494 du Code pénal qui énonce ce critère en cas d'abus habituel des faiblesses des emprunteurs, alors qu'en l'espèce, on se trouvait en présence d'un prêt isolé, qui, partant, relevait de l'article 1907ter ; fort heureusement, de telles décisions ne sont pas légion ; la première décision citée (J.P. Courtrai, 22 juin 1993) a d'ailleurs été réformée (par Civ. Courtrai, 29 avril 1994, *J.J.P.*, 1995, p. 130, mais pour le motif que les articles 1907ter du Code civil et 494 du Code pénal ne sont pas applicables en matière de crédit à la consommation, *quod non* à notre estime) et, dans la seconde (J.P. Courtrai, 27 juillet 1993), le juge a considéré qu'il n'était pas démontré que le taux de $\pm 40\%$ auquel il avait abouti excédait le taux normal et la couverture des risques du prêt.

307. – Nécessité d'un instrument permettant de chiffrer le coût total du crédit. – Un système qui aborde l'usure par la fixation de taux maxima n'est efficace que s'il existe un instrument de nature à chiffrer de façon précise les charges stipulées pour le crédit. A défaut d'un tel instrument, les incertitudes resurgissent et l'automatisme qui caractérise le contrôle du coût du crédit par rapport au taux maximum applicable s'en trouve grippé.

Dans la loi relative au crédit à la consommation, cet instrument qui permet de chiffrer les charges stipulées est le taux annuel effectif global qui englobe, en principe, non seulement l'intérêt *sensu stricto* mais aussi tous les frais afférents au crédit (1772). Un arrêté royal s'efforce de préciser la composition du coût total du crédit, de même qu'il détermine la formule mathématique qui permet de traduire le coût total du crédit en un taux annuel (1773). En France, on parle de taux effectif global, qui est également un taux tout compris (1774). Dans l'un comme dans l'autre cas, il existe certaines zones d'ombre sur la composition exacte du coût total du crédit et plus précisément sur les éléments qui peuvent ou non en être exclus, notamment dans le cas des ouvertures de crédit en compte (1775).

308. – A la recherche des critères permettant de fixer les taux maxima. – Dans un système qui appréhende l'usure par la fixation de taux maxima, la question la plus délicate réside essentiellement dans la détermination de ceux-ci. Le risque d'« arbitraire » est d'autant plus grand que les plafonds légaux agissent comme des couperets inéluctables.

Comme le taux qui doit être comparé au plafond légal est un taux tout compris, ce plafond légal doit être déterminé en tenant compte tout à la fois du coût des ressources des prêteurs, de leur marge, du risque d'insol-

(1772) Voy. les articles 1, 5°, et 1, 6°, de la loi relative au crédit à la consommation.

(1773) Voy. l'arrêté royal du 4 août 1992 relatif aux coûts, aux taux, à la durée et aux modalités de remboursement du crédit à la consommation ; au sujet de cette notion de taux annuel effectif global, voy. aussi *infra* n° 322.

(1774) Voy. l'article 313-1 du Code de la consommation ; à cet égard, la Cour de cassation française a décidé qu'il entrerait dans l'office du juge de rechercher le taux effectif global du prêt et de le comparer au taux maximum autorisé ; l'emprunteur qui allègue le caractère usuraire du taux du prêt n'est donc pas obligé de procéder aux calculs nécessaires pour démontrer l'usure (voy. Cass. civ. fr., 22 avril 1997, *Bull. civ.*, 1997, p. 83, n° 124, *Dall. aff.*, 1997, p. 698).

(1775) En Belgique, voy. et comp. P. LETTANY, *Het consumentenkrediet*, 1993, p. 137, n° 157, et E. BALATE, P. DEJEMEPPE et Fr. DE PATOUL, *Le droit du crédit à la consommation*, 1995, p. 97, n° 116 ; en France, voy. J. DUBOS, « Intérêts et commissions – Fixation des taux d'intérêts », in *Juris-classeur commercial*, Banque et crédit, Fasc. 510, 1994, p. 15, n°s 58 et s. ; C. GAVALDA, « Usure », in *Répertoire Dalloz de droit commercial*, t. 5, 1994, p. 6, n°s 41 et s. ; Th. BONNEAU, *Droit bancaire*, 1996, p. 41, n° 70.

vabilité des emprunteurs ainsi que des frais et autres coûts, fixes et variables, afférents au crédit. Comme ces éléments varient selon le type, le montant ou la durée du crédit, force est de déterminer une gamme de taux maxima.

Plutôt que de déterminer les taux maxima à partir des différents éléments qui concourent à la formation du coût du crédit, une autre solution consiste à se référer aux taux moyens pratiqués par les établissements de crédit dans leurs rapports avec leur clientèle. Ainsi, en a décidé le législateur français : « constitue un prêt usuraire tout prêt conventionnel qui excède, au moment où il est consenti, de plus d'un tiers, le taux effectif moyen pratiqué au cours du trimestre précédent par les établissements de crédit pour des opérations de même nature comportant des risques analogues » (1776). Les taux moyens pratiqués et les taux maxima sont recensés et calculés par la Banque de France, en vue de leur publication au *Journal Officiel*. Force a cependant été de prévoir une soupape de sûreté pour faire face à des variations exceptionnelles du coût des ressources des établissements de crédit ; aussi, les taux effectifs moyens observés par la Banque de France peuvent être corrigés par les autorités pour tenir compte d'une variation exceptionnelle (1777).

Dans le système français, « c'est la loi du groupe des financiers professionnels qui détermine la gamme des taux de référence » (1778), puisque c'est à partir des taux moyens dans les différents types de crédits qu'ils offrent à leur clientèle que sont déterminés les différents plafonds légaux (1779). Un tel système n'est admissible que s'il existe une réelle

(1776) Voy. l'article 313-3 du Code de la consommation ; comp., en Italie, la loi du 29 février 1996 qui définit le taux usuraire comme le taux qui dépasse de 50 % le taux moyen global appliqué par les banques et les institutions financières (voy. P. MARTINELLO in *Rev. eur. dr. cons.*, 1996, p. 174).

(1777) Voy. J. DUBOS, *op. cit.*, p. 18, n° 76 ; C. GAVALDA, *op. cit.*, 1994, p. 8, n° 65 et 66.

(1778) Voy. C. GAVALDA et J. STOUFFLET, « La limitation des taux d'intérêts conventionnels par la loi n° 66-1010 du 28 décembre 1966 sur l'usure », *J.C.P.*, 1968, I, 2171, n° 43 ; voy. encore J. HUET, *op. cit.*, 1996, p. 897, n° 22532, qui observe qu'« il y a là comme un cercle vicieux » et qui ajoute que « la loi permet, en fait, d'imposer des taux passablement élevés : de l'ordre de 20 à 30 %, en matière de crédit mobilier, ce qui ne donne guère de protection aux emprunteurs ».

(1779) En pratique, il semble d'ailleurs que les dispositions françaises qui fixent le seuil de l'usure en augmentant d'un tiers les taux moyens pratiqués par les établissements de crédit ne trouvent réellement à s'appliquer qu'aux prêts consentis par des particuliers ou par des officines de prêt qui n'ont pas la qualité d'établissements de crédit ; voy. Fédération hypothécaire auprès de la CE, *La protection de l'emprunteur hypothécaire dans les pays de la Communauté européenne*, 1992, p. 88, n° 5.3. ; Th. DAVO, « Plafond de l'intérêt par l'Etat », *Rev. jur. comm.*, 1994, p. 281, et aussi C. GAVALDA et J. STOUFFLET, *op. cit.*, 1968, n° 5, qui observent que telle est « la finalité évidente » de cette législation.

concurrence entre les établissements de crédit (1780) ; il convient encore de vérifier dans quelle mesure des marges très importantes sur certains types de crédits ne servent pas à compenser les marges trop réduites sur certains autres (1781). Aussi, on peut s'interroger sur la protection ainsi conférée aux emprunteurs, surtout lorsque les plafonds légaux constituent en même temps le « seuil de l'usure » (1782). A la vérité, ce mode de fixation des taux maxima par référence aux taux pratiqués par les établissements de crédit n'est peut-être pas étranger au fait que la réglementation française relative à l'usure a été conçue pour s'appliquer abstraction faite de la qualité de l'emprunteur et, partant, n'a pas été limitée à certains secteurs sensibles comme les crédits consentis aux consommateurs (1783).

En Belgique, la fixation des taux maxima qui, il faut y insister, ne concerne que les crédits régis par la loi sur le crédit à la consommation,

(1780) Voy. déjà *supra* n° 297 les réserves que nous émettons quant à la référence par le juge aux taux pratiqués par les établissements de crédit pour apprécier le caractère normal du taux stipulé.

(1781) A cet égard, on peut citer J.P. ABRAHAM (« La formation des taux d'intérêt en Belgique – Le point de vue économique », *J.J.P.*, 1995, p. 62) qui observe que « les marges restent très importantes sur les débits accidentels, autorisés ou non ; par contre, elles ne rémunèrent pas suffisamment le risque et le coût des straight loans aux grandes entreprises ».

(1782) D'ailleurs, dans un premier temps, conscient des limites d'un tel système, le législateur français avait prévu, à côté des taux maxima déterminés par référence aux taux moyens pratiqués par les établissements de crédit, un second taux butoir qui ne pouvait pas non plus être dépassé ; ce second taux butoir était égal au double du taux de rendement des obligations émises au cours du semestre précédent et avait pour fonction de tempérer le premier ; toutefois, à la suite de la baisse du rendement des obligations consécutive à une diminution de l'inflation, nombre d'établissements de crédit spécialisés dans le crédit à la consommation avaient estimé qu'ils ne pouvaient plus accorder des prêts de faible montant ou de courte durée ou à risque élevé, car leur rémunération, sauf à excéder le second taux butoir, était insuffisante ; aussi, ce second taux butoir a-t-il été majoré d'un montant de perceptions forfaitaires destinées à tenir compte des frais fixes élevés auxquels la distribution de ces crédits donnait lieu ; eu égard à son caractère artificiel, ce second taux butoir a finalement été abandonné, le législateur français ayant estimé que les conditions étaient réunies pour que les taux pratiqués par les établissements de crédit « résultent d'une concurrence réelle entre prêteurs et qu'ainsi il soit possible de s'y fier pour déterminer les seuils de l'usure » ; voy. M. VION, « Le nouveau critère de l'usure », *Defrénois*, 1990, art. 34824, p. 923, n° 1.

(1783) Observons toutefois que le fait que les dispositions relatives à l'usure ont été reprises dans les articles 313-3 et suivants du Code de la consommation lors de l'élaboration de celui-ci a fait naître une controverse sur leur champ d'application ; voy. Th. DAVO, « Plafond de l'intérêt par l'Etat », *Rev. jur. comm.*, 1994, p. 281 ; J. HUET, *op. cit.*, 1996, p. 895, note 143 ; Th. BONNEAU, *op. cit.*, 1996, p. 41, note 33.

a lieu par arrêté royal (1784) sur proposition du Ministre des Finances et du Ministre des Affaires économiques, après consultation du Conseil de la Consommation et de la Banque Nationale (1785). En vue de la fixation des taux maxima, les prêteurs sont tenus de communiquer au Ministère des Affaires économiques non seulement le taux annuel effectif global qu'ils appliquent et les éléments qui composent celui-ci, à savoir le taux d'intérêt et les différents frais réclamés mais aussi « les données financières et économiques se rapportant aux opérations effectuées » (1786). La loi ne prescrit aucune méthode pour la détermination de ces taux maxima qui relève, en définitive, du seul pouvoir d'appréciation de l'Administration ; la loi formule toutefois le vœu que les taux maxima soient revus au minimum tous les six mois (1787) et ce, « afin de pouvoir adapter régulièrement ces taux à l'évolution du marché de crédit, et veiller à une saine concurrence entre les prêteurs » (1788).

A l'inverse du système français, la détermination des taux maxima dans la législation belge relative au crédit à la consommation se caractérise donc par sa souplesse (1789), d'aucuns diront par l'« arbitraire » de l'Exécutif. L'Exécutif est donc à même d'exercer un contrôle sur les frais et la prime de risque que les prêteurs intègrent dans le taux qu'ils réclament à leur clientèle. Il peut donc refuser des taux considérables bien que proportionnés au risque d'insolvabilité de certaines franges de consommateurs (1790). Cependant, d'aucuns dénoncent, ainsi que nous allons le voir, les effets « pervers » d'un tel contrôle.

(1784) Voy. les annexes II, III et IV de l'arrêté royal du 4 août 1992 relatif aux coûts, aux taux, à la durée et aux modalités de remboursement du crédit à la consommation, telles qu'elles ont été remplacées, pour l'annexe III, par l'arrêté royal du 21 mars 1996, *Mon.*, 30 mars 1996, p. 7395, et, pour les annexes II et IV, par l'arrêté royal du 17 mars 1997, *Mon.*, 27 mars 1997, p. 7315.

(1785) Voy. les articles 115 et 116 de la loi relative au crédit à la consommation.

(1786) Voy. l'article 75, § 3, 4°, de la loi relative au crédit à la consommation.

(1787) Voy. l'article 21 de la loi relative au crédit à la consommation.

(1788) Voy. Projet de loi relatif au crédit à la consommation, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 1989-1990, n° 916/1, p. 23 ; sous l'ancienne législation relative aux opérations à tempérament, à laquelle la loi relative au crédit à la consommation a succédé, il était, en effet, reproché au système des taux de chargement maxima, outre l'absence de transparence dans la détermination de ceux-ci, le fait que leur adaptation ne suivait pas ou seulement avec beaucoup de retard l'évolution des taux du marché ; voy. Association Belge des Banques, *Aspects et Documents*, n° 136, « La formation des taux », 1992, p. 23.

(1789) Il ne faut cependant pas s'y tromper ; si la détermination des taux maxima peut s'opérer avec plus ou moins de souplesse, une fois fixés, les taux maxima agissent comme des couperets inéluctables ; voy. *supra* n° 306 et s. et aussi *infra* n° 310.

(1790) Alors que cette question est controversée dans le cadre de l'application de l'article 1907ter, voy. *supra* n° 294.

309. – Des effets « pervers » de la réglementation relative à l'usure. – Sous peine d'engendrer des effets pervers, les maxima légaux ne doivent être ni trop élevés, ni trop bas. Si les plafonds sont trop élevés, par exemple trois ou quatre fois les taux habituellement pratiqués, ils ne permettent d'appréhender l'usure que dans une faible mesure et, à supposer que ces plafonds constituent en même temps le « seuil » de l'usure, ils légitiment des taux qui, dans nombre de cas, pourraient être considérés comme anormaux.

A l'inverse, si les maxima légaux sont trop bas, ils constituent un élément perturbateur du marché ; on peut alors redouter que les prêteurs traditionnels se détournent de certains crédits à risques qui n'offrent plus guère de perspectives de rentabilité pour les banques et que l'activité de certaines entreprises s'en trouve paralysée, faute d'avoir encore accès au crédit (1791).

A la vérité, l'argument déduit de ce que la fixation de taux maxima trop bas pourrait inciter les banques à se détourner de certains types de crédits particulièrement risqués (1792) ou pour de faibles montants (1793) est souvent invoqué en lien avec le crédit à la consommation, la crainte étant

(1791) Encore qu'il ne soit peut-être pas souhaitable qu'une entreprise pallie ses faiblesses structurelles par le recours au crédit.

(1792) Voy. Commission européenne, Service Politique des Consommateurs, *Rapport sur l'application de la directive 87/102/CEE relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de crédit à la consommation*, COM (95) 117, p. 86, n° 295 : « les conséquences d'une réglementation de l'usure suscitent certaines critiques, et notamment celles qui soulignent la restriction du marché du crédit. Certains estiment que le marché du crédit serait fermé à ceux qui en ont le plus besoin, à des populations qui ont besoin du crédit pour vivre, aux personnes qui ne pourraient s'équiper sans un crédit à un taux très élevé. La réglementation des taux maxima conduirait à interdire l'octroi de crédit aux personnes à risques ».

(1793) Voy., en ce sens, Association Belge des Banques, *Aspects et Documents*, n° 136, « La formation des taux », 1992, pp. 23 et 24, dont l'auteur a écrit sous l'empire de l'ancienne législation sur les opérations à tempérament (remplacée par la loi relative au crédit à la consommation) : « Dans la pratique, la fixation de taux de chargement maxima a plutôt des conséquences négatives pour le consommateur. Un grand nombre d'institutions n'octroient plus de crédit à la consommation pour des petits montants puisque cette forme de crédit devient non rentable par l'imposition de ces maxima. Un certain nombre de demandeurs de crédit sont totalement exclus du crédit. D'autres demandeurs de crédit se voient contraints de faire appel à des donneurs de crédit qui ne sont pas agréés, et, partant, pas contrôlés par les pouvoirs publics. Ces donneurs de crédit appliquent souvent des taux très élevés ».

que ces crédits soient distribués à des taux prohibitifs dans le cadre d'un marché noir (1794).

A notre avis, bien qu'elles se présentent souvent de façon simultanée, il convient de distinguer la question des frais fixes qui viennent grossir le taux des petits crédits de celle des risques élevés de défaillance qui caractérisent certaines franges de débiteurs, risques élevés qui, en termes purement économiques, appellent des taux considérables.

En lien avec la première question, on observe que les frais fixes qui sont intégrés dans le coût total du crédit font nécessairement apparaître des taux plus élevés pour les petits crédits qui sont consentis sur une durée limitée que pour les crédits qui portent sur des montants plus conséquents et dont la durée s'étend sur plusieurs années. Aussi, dès lors que ces frais fixes sont normaux et justifiés, nous pensons que les taux plus élevés qui en résultent pour les petits crédits doivent être admis.

En revanche, en ce qui concerne les risques considérables de défaillance qui caractérisent certaines franges de la population qui ne sont pas en mesure de fournir la moindre garantie sérieuse, il ne nous paraît pas souhaitable d'admettre des taux considérables, sous prétexte qu'il convient de conserver à tout prix l'accès à de tels crédits. Sous peine de paraître rétrograde à une époque qui n'a de cesse de banaliser le crédit que ce soit pour effectuer les achats les plus divers ou même pour soulager des fins de mois difficiles, nous pensons qu'il est malsain de laisser prospérer sur le marché des crédits pour lesquels le taux de défaillance est tel que les prêteurs qui les pratiquent sont obligés d'exiger des taux considérables (1795). Quant aux situations de détresse, ce n'est pas, croyons-nous, du marché du crédit

(1794) Voy., outre la référence citée à la note précédente, Fr. DOMONT-NAERT, *Consommateurs défavorisés : crédit et endettement*, 1992, p. 220, et surtout R. SIMPSON, « In defence of unfair competition », in *Crédit, endettement et surendettement des ménages en Europe*, Colloque organisé par l'Observatoire du Crédit et de l'Endettement, 1995, pp. 226 et s., qui, alors pourtant que le Royaume-Uni connaît des taux particulièrement élevés pour les petits crédits consentis aux ménages (jusque 300 % chez des prêteurs agréés, jusque 1000 % au marché noir), estime que la fixation de maxima légaux ne ferait qu'accroître le recours au marché noir et, partant, ne résoudrait en rien le problème ; aussi, l'auteur prône-t-il une « concurrence déloyale » qui consiste à développer des sociétés mutuelles de crédit qui octroient à leurs membres des crédits à des taux modérés, sociétés mutuelles qui seraient, le cas échéant, subsidiées.

(1795) S'il émet une opinion beaucoup plus nuancée que la nôtre, le Rapport précité de la Commission européenne (p. 86, n° 296) relève quand même que la critique déduite de ce que l'imposition de taux maxima conduirait à exclusion du marché du crédit les personnes à risques « pose, en fait, la question de la fonction du crédit dans la société. Dans certaines situations, le crédit sert à compenser une carence du pouvoir d'achat mais il ne peut en aucun cas pallier à un manque structurel de ressources. Il faut donc se demander s'il y a un niveau de crédit normalement inacceptable ».

qu'elles relèvent mais de l'aide sociale ou, le cas échéant, de sociétés mutuelles de crédit qui seraient subsidiées à cet effet. Certes, il est à craindre que de tels crédits risqués qui ne seraient plus pratiqués par les banques en raison de l'application de taux maxima donnent lieu à l'émergence d'un marché noir, par définition, incontrôlé, et moyennant des taux plus considérables encore. Sans minimiser ce danger, nous pensons toutefois que l'Etat doit se donner les moyens de réprimer efficacement une telle criminalité qui s'attaque aux plus faibles ; surtout, il ne suffit pas de brandir le spectre d'un circuit de crédit parallèle et incontrôlé pour légitimer n'importe quelle pratique. Il convient donc, nous paraît-il, de tarir la source des crédits à ce point risqués qu'ils ne peuvent être consentis que moyennant des taux considérables (1796). Cela étant, il n'en reste pas moins que, même pour le crédit aux particuliers, la fixation de taux maxima se révèle un exercice redoutable (1797).

310. – Du domaine de la réglementation relative à l'usure. – En droit civil, l'appréhension de l'usure par le recours à la théorie de la lésion qualifiée ne connaît aucune restriction, puisque cette théorie, qui déborde largement d'ailleurs la matière du crédit, a une portée générale (1798). Ainsi, l'application de la théorie de la lésion qualifiée ne dépend-elle pas de la qualité de l'emprunteur, particulier ou professionnel, puisqu'il ne peut *a priori* être exclu qu'un commerçant ou un professionnel soit dans une situation d'infériorité dont son cocontractant abuse pour se faire promettre des prestations manifestement disproportionnées. C'est précisément cet élément externe, cette exigence d'un abus de l'infériorité d'une partie par l'autre qui permet de concilier la théorie de la lésion qualifiée avec le principe de la liberté des conventions (1799), plus spécialement, en l'occurrence, avec le principe de la liberté du taux de l'intérêt (1800).

(1796) Voy. toutefois, en sens contraire, R. SIMPSON, *op. cit.*, pp. 227 et 228, qui estime qu'il n'y a plus moyen de faire marche arrière dès lors que les ménages se sont habitués à recourir au crédit pour faire face à des situations d'urgence, par exemple pour payer une facture d'électricité.

(1797) Ainsi, en Suède, « des prêts à des taux de 45 % sont octroyés à la satisfaction des clients. Ce sont généralement des prêts de faibles montants et remboursés rapidement. Pour le gouvernement suédois, il s'agit d'un sujet complexe qui dépasse la seule question du niveau d'intérêt appliqué » ; voy. le Rapport précité de la Commission européenne, p. 85, n° 287.

(1798) En revanche, eu égard à l'interprétation stricte de la loi pénale, le siège pénal de l'usure, tel qu'il est actuellement défini dans l'article 494 du Code pénal, est limité au prêt d'une somme d'argent.

(1799) Voy. A. DE BERSAQUES, « L'œuvre prétorienne de la jurisprudence en matière de lésion », in *Mélanges J. DABIN*, t. 2, 1963, p. 491, n° 5, p. 500, n° 13, pp. 513 et s., n°s 29 et 30.

(1800) Voy. aussi Rapport PIRMEZ, p. 587, n° 46, qui souligne l'importance de cet élément extrinsèque mais qui n'admettait cependant que l'abus des passions, des faiblesses ou de l'ignorance de l'emprunteur, à l'exclusion de l'abus de ses besoins.

A l'inverse, l'appréhension purement mathématique de l'usure par la fixation de taux maxima implique une altération du principe de la liberté des conventions. En outre, parce qu'ils agissent comme des couperets inéluçables, les plafonds légaux – dont la détermination est, au demeurant, extrêmement délicate et requiert une actualisation constante – s'accommodent mal avec la souplesse de la vie des affaires. Aussi, sauf à fixer des maxima extrêmement élevés, ce qui leur ferait perdre la plus grande partie de leur utilité, le recours à un tel système n'est souhaitable, croyons-nous, que dans les secteurs les plus sensibles dans lesquels il existe un risque sérieux d'abus de l'infériorité de l'emprunteur.

Ainsi en va-t-il, croyons-nous, en matière de crédit à la consommation où les taux pratiqués sont souvent plus élevés qu'ailleurs et où l'emprunteur ne dispose généralement pas d'un véritable pouvoir de négociation. N'était la concurrence effrénée qui existe actuellement dans ce secteur, du moins à certaines époques de l'année, on pourrait songer à étendre la fixation de taux maxima aux crédits hypothécaires consentis à des particuliers en vue de l'acquisition ou de la conservation de droits réels immobiliers, ces crédits étant régis, du moins en Belgique, non par la loi relative au crédit à la consommation mais par la loi relative au crédit hypothécaire (1801).

On pourrait encore songer à étendre la fixation de taux maxima aux crédits consentis aux petits commerçants, ceux-ci ne disposant pas plus que les particuliers d'un véritable pouvoir de négociation avec leur banquier. Avant toute chose, il s'imposerait toutefois de vérifier le niveau des taux qui sont généralement réclamés aux petits commerçants. Ce n'est, croyons-nous, que si des abus réels étaient mis à jour (1802) qu'il y aurait

(1801) A notre sens, une telle extension s'imposerait assurément si la conservation dont il est question dans la loi relative au crédit hypothécaire devait être interprétée dans le sens non seulement de la conservation matérielle mais aussi juridique de droits réels immobiliers, puisqu'alors seraient régis par la loi relative au crédit hypothécaire, à l'exclusion de la loi relative au crédit à la consommation, les crédits hypothécaires consentis à des particuliers, titulaires de droits réels, en vue d'opérer un *regroupement de dettes*, opérations dans lesquelles l'emprunteur est particulièrement désarmé ; la tendance actuelle des banques est d'ailleurs de faire souscrire, quand cela est possible, des mandats ou même simplement des promesses d'hypothèque en vue d'essayer de se placer dans le champ d'application de la loi relative au crédit hypothécaire et, partant, de tenter d'échapper à l'application de la loi relative au crédit à la consommation, qui est beaucoup plus sévère à leur égard ; sur cette question relative aux champs d'application respectifs de la loi relative au crédit hypothécaire et de la loi relative au crédit à la consommation, voy. notre article intitulé « Articulation des réglementations en matière de crédit hypothécaire » in *Rev. dr. comm. b. – dossier n° 2*, 1995, p. 63, n° 20, p. 102, n°s 101 et s.

(1802) Comme cela semble être le cas en Italie ; voy. P. LANDI, « La situation en Italie », in *Crédit, endettement et surendettement des ménages en Europe*, 1995, p. 163 ; P. MARTINELLO in *Rev. eur. dr. cons.*, 1996, p. 174.

lieu d'agir par voie réglementaire pour fixer des taux maxima en ce domaine. Encore faudrait-il définir la notion de petits commerçants ou de petits indépendants, ce qui n'est certainement pas une chose aisée mais une telle définition s'imposerait si de trop nombreux abus étaient détectés. Enfin, surtout, il conviendrait d'éviter les effets « pervers » d'une réglementation trop rigide qui se retournerait contre les petits commerçants eux-mêmes.

311. – L'usure dans le cadre de l'Union monétaire. – Dans son rapport sur l'application de la directive relative au crédit à la consommation, la Commission européenne « souhaite que le débat sur l'usure soit traité au niveau communautaire. Dans le cadre de l'Union monétaire, c'est-à-dire quand les prêteurs se fourniront sur le marché de [l'euro], il serait logique qu'une réglementation sur l'usure, si elle est nécessaire, soit de niveau communautaire » (1803).

Pour autant que l'harmonisation des règles relatives à l'usure ne consiste pas à adopter la législation nationale la moins soucieuse des intérêts des emprunteurs, consommateurs ou non, nous ne pouvons que partager un tel souhait (1804). On peut toutefois se demander si l'adoption de l'euro gommara en un instant les différences et les problèmes spécifiques à certains pays de l'Union, permettant ainsi une appréhension uniforme de l'usure.

Aussi, si, en raison des disparités régionales, il n'est pas possible de procéder, au sein de l'Union, à une uniformisation des législations sur l'usure, il nous paraîtrait nécessaire d'adopter une règle de conflit qui désignerait la législation nationale applicable en matière d'usure, non point par référence au principe du *home country control*, mais par référence au pays de la résidence ou du siège de l'emprunteur.

Section III. – De l'avenir de l'article 1907ter

312. – De la nécessité de maintenir l'appréciation de l'usure sur le fondement de la théorie de la lésion qualifiée. – Nonobstant l'appréciation délicate qu'elle implique, le recours à la théorie de la lésion qualifiée ne saurait être totalement remplacé par l'appréhension purement mathématique de l'usure qui découle de la fixation de taux maxima.

(1803) Voy. le Rapport précité, p. 87, n° 297.

(1804) On pourrait songer à étendre à tous les pays de l'Union le recours à la lésion qualifiée pour appréhender l'usure ; il s'imposerait, en outre, de fixer des taux maxima pour les matières les plus sensibles dans lesquelles les emprunteurs sont les plus vulnérables ; encore faudrait-il évidemment que les maxima ainsi fixés ne soient pas trop élevés car, sinon, la protection qui en résulterait pour les emprunteurs ne serait qu'un leurre.

Sans doute, la théorie de la lésion qualifiée repose sur l'appréciation des juges, ce qui peut faire craindre un risque d'« arbitraire » ou, à l'inverse, une trop grande réserve de ceux-ci (1805). Néanmoins, les mêmes reproches d'« arbitraire » ou de « laxisme » peuvent être adressés aux plafonds légaux selon que leur détermination dépend en définitive du seul pouvoir d'appréciation de l'Exécutif ou selon que l'on augmente d'une marge plus ou moins grande les taux moyens pratiqués par les établissements de crédit pour les différents types de crédits qu'ils offrent à leur clientèle (1806). Nous avons également souligné les effets « pervers » que peut engendrer une fixation réglementaire inadéquate – vers le haut comme vers le bas – des taux maxima (1807).

Certes, la théorie de la lésion qualifiée nécessite, outre la preuve d'un taux excessif, celle de l'abus de l'infériorité de l'emprunteur, ce qui, il faut le reconnaître, n'est pas chose aisée. Néanmoins, sauf à fixer des taux maxima très élevés qui, partant, seraient privés de la plus grande partie de leur utilité, l'abus de l'infériorité de l'emprunteur ne saurait être présumé de façon générale. Aussi, ce n'est, à notre estime, que dans les situations où les abus sont le plus à redouter que l'instauration de taux maxima se justifie pour renforcer la lutte contre l'usure. Tel est le cas en matière de crédit à la consommation où les taux sont traditionnellement élevés sans que généralement l'emprunteur dispose d'une véritable marge de négociation (1808).

Enfin, il ne nous paraît pas souhaitable que les taux maxima, lorsqu'ils se justifient, constituent en même temps le seuil de l'usure en sorte qu'il ne soit plus permis d'invoquer la théorie de la lésion qualifiée pour contester des taux égaux ou à peine inférieurs aux maxima légaux. Par leur nature même de maxima, les plafonds légaux ne peuvent s'identifier aux taux normaux ; en outre, leur mode de fixation réglementaire a pour conséquence qu'ils sont fixés *in abstracto*, alors que l'appréciation du juge sur le fondement de la théorie de la lésion qualifiée a lieu *in concreto* par rapport à la solvabilité de l'emprunteur et aux garanties dont dispose le prêteur (1809). En conséquence, il nous paraît que l'appréhension individuelle de l'usure par le biais de la lésion qualifiée vient adéquatement

(1805) Voy. *supra* n° 305.

(1806) Voy. *supra* n° 308.

(1807) Voy. *supra* n° 309.

(1808) Voy. *supra* n° 310.

(1809) Voy. *supra* n° 306.

compléter la fixation de taux maxima qui a nécessairement lieu pour une généralité de cas (1810).

313. – Modifications proposées à l'article 1907ter. – Tout d'abord, en ce qu'il ne vise que le prêt d'une somme d'argent (1811), l'article 1907ter comporte une restriction difficilement admissible, puisqu'ainsi que l'observait déjà Ch. DEL MARMOL en 1943, loin d'être limité au prêt d'une somme d'argent, le « siège contractuel de l'usure » s'étend à toutes les opérations de crédit (1812). A cela, on ajoute que cette restriction est d'autant plus anachronique – et est d'ailleurs battue en brèche – à une époque qui admet la portée générale de la théorie de la lésion qualifiée, théorie dont cette disposition constitue précisément une concrétisation (1813). Aussi, conviendrait-il d'étendre l'application de l'article 1907ter à tous les types de crédits.

Ensuite, en ce qui concerne les situations d'abus appréhendées par cette disposition, il serait préférable, croyons-nous, – même si cette observation est tout à fait secondaire – que l'article 1907ter se réfère, comme dans la théorie de la lésion qualifiée, à l'abus de l'infériorité de l'emprunteur en général (1814), les circonstances de l'abus des besoins, des faiblesses, des passions ou de l'ignorance de l'emprunteur n'étant plus citées qu'à titre exemplatif (1815).

Surtout, l'énoncé des termes de la comparaison qui permet de déduire l'existence de l'élément objectif de la lésion demande à être reformulé, puisque, pris à la lettre, il aboutit à comparer des choses non compa-

(1810) Voy. toutefois L.-M. HENRION et E. BALATE, « Le contrôle judiciaire du loyer de l'argent », *Rev. dr. comm. b. – dossier n° 2*, 1995, p. 42, n° 76, qui estiment que la « simplicité du contrôle » opéré par le biais de l'instauration de taux maxima et « l'avantage qu'en retire l'emprunteur » sont « suffisants ».

(1811) Voy. *supra* n° 291.

(1812) Voy. Ch. DEL MARMOL, *op. cit.*, 1943, p. 464, n° 463.

(1813) Voy. *supra* n° 303.

(1814) Voy. A. DE BERSAQUES, « La lésion qualifiée et sa sanction », note sous *Comm. Bruxelles*, 20 février 1970, *R.C.J.B.*, 1977, spéc. p. 12, n° 3 et p. 36, n° 31, qui envisage « l'exploitation de l'infériorité d'une des parties par son partenaire » ; voy. aussi J.F. ROMAIN, « Regain de la théorie de la lésion qualifiée en droit des obligations », *J.T.*, 1993, p. 752, n° 4, qui estime que « l'abus doit porter sur les passions, la faiblesse, l'imprudence, l'inexpérience ou les besoins du contractant » ; « en d'autres mots », écrit l'auteur, « il faut qu'il ait impliqué une exploitation de l'infériorité du cocontractant » ; voy. encore W. DE BONDT, *De leer der gekwalificeerde benadeling*, 1985, pp. 86 et s. qui, tout en distinguant différents types de situations d'infériorité dont il peut être abusé, estime qu'une énonciation limitative de celles-ci n'est pas souhaitable.

(1815) En citant encore ces circonstances à titre exemplatif, nous rencontrons l'argument de Ch. DEL MARMOL (*op. cit.*, 1943, p. 471, n° 470) qui estime qu'« il est préférable de maintenir la terminologie en vigueur afin de garder le bénéfice de l'héritage d'interprétations légué par les cours et tribunaux ».

rables ; en effet, le premier terme de la comparaison commande de retenir l'intérêt et tous les autres avantages promis en raison du prêt, tandis que le second terme de la comparaison ne vise que l'intérêt normal et la couverture des risques du prêt, sans qu'il y soit question des frais normaux et justifiés pas plus d'ailleurs que de la marge bénéficiaire du prêteur (1816).

A notre estime, il importe de maintenir la référence à la couverture des risques du crédit, en vue d'obliger le juge à prendre en compte, pour l'appréciation du taux stipulé, cet élément primordial que constitue la solvabilité de l'emprunteur et les garanties fournies. A cet égard, Ch. DEL MARMOL suggère toutefois de laisser au juge le pouvoir de refuser une majoration considérable du taux de l'intérêt même si celle-ci est proportionnée au risque élevé de défaillance de l'emprunteur : « Un taux de 50 p. c. consenti à un commerçant à la veille d'une faillite devient *normal*, si l'on tient compte des risques. Est-il *légitime* ? Non, car il dépasse les limites naturelles permises » (1817). A notre avis, bien qu'une telle situation ne fasse pas apparaître une disproportion entre les prestations et, partant, ne relève pas à proprement parler de la théorie de la lésion qualifiée, elle soulève néanmoins, sinon la question de la conformité d'un tel crédit aux bonnes mœurs, du moins celle de la responsabilité du prêteur qui pratique ce genre d'opération (1818). Aussi, plutôt que de renvoyer à une appréciation du juge fondée sur l'une ou l'autre de ces deux notions, il nous paraît plus simple – même si nous éprouvons quelques hésitations sur ce point – de prévoir, au sein même de l'article 1907^{ter}, la possibilité pour le juge d'apprécier le caractère légitime des risques assumés et, partant, le caractère légitime de la couverture de ceux-ci.

Par ailleurs, en ce qui concerne la sanction prévue par l'article 1907^{ter}, il nous paraît que la réduction des obligations de l'emprunteur au remboursement du capital prêté et au paiement de l'intérêt légal doit être maintenue. Certes, une réduction au taux qui aurait normalement dû être stipulé en l'absence d'abus serait plus conforme à la théorie de la lésion qualifiée ; cependant, la prise en compte de l'intérêt légal fixé à titre supplétif plutôt que du taux qui aurait normalement dû être stipulé présente l'avantage évident de la simplicité (1819). En revanche, dès lors que l'on admet la théorie de la lésion qualifiée, la limite déduite du délai de trois

(1816) Voy. *supra* n° 296.

(1817) Voy. Ch. DEL MARMOL, *op. cit.*, 1943, p. 469, n° 467.

(1818) Voy. *supra* n° 294.

(1819) Voy. toutefois, en sens contraire, Ch. DEL MARMOL, *op. cit.*, 1943, p. 473, n° 474, qui se prononce en faveur de la réduction des obligations de l'emprunteur « à ce que le juge croit être légitimement dû ».

ans à partir du paiement pour tenter l'action en réduction paraît désuète et devrait, partant, être supprimée (1820).

Il serait également souhaitable, croyons-nous, que le texte de l'article 1907ter ne fasse plus référence à la « demande de l'emprunteur » ; sans doute, ces termes rappellent-ils l'article 1138, 2°, du Code judiciaire qui interdit, à juste titre, au juge de se prononcer sur des choses non demandées ; toutefois, la référence à « la demande de l'emprunteur » pourrait, en outre, être interprétée comme faisant interdiction au juge d'introduire l'article 1907ter dans le débat judiciaire et ce, quand bien même les faits qui lui sont soumis révéleraient une hypothèse de lésion qualifiée (1821). Loin de nous l'idée d'exclure toute possibilité de renonciation par l'emprunteur au bénéfice de l'article 1907ter ou de permettre à n'importe quelle personne intéressée de réclamer l'application de cette disposition au profit de l'emprunteur ; il nous paraît, au contraire, que l'article 1907ter doit conserver son caractère de disposition simplement impérative par opposition aux dispositions qui ressortissent à l'ordre public *sensu stricto*. Dès lors, le but que nous poursuivons, en suggérant de supprimer la référence à la « demande de l'emprunteur » dans le texte de l'article 1907ter, est uniquement de permettre au juge, sur la base des faits qui lui sont soumis, de soulever le moyen déduit de la lésion qualifiée pour que les parties puissent en débattre dans le respect des droits de la défense ; on éviterait ainsi que l'emprunteur perde le bénéfice de l'article 1907ter pour la seule raison qu'il en ignorait l'existence, ce qui serait un comble pour une disposition qui est précisément censée le protéger (1822).

Notons encore, à propos de la formule par laquelle l'article 1907ter débute (1823), que la réserve relative aux dispositions protectrices des incapables nous paraît former une redondance avec celle qui a trait aux dispositions relatives à la validité des conventions. En outre, il serait peut-être souhaitable de réserver expressément l'application des dispositions

(1820) Voy. toutefois Ch. DEL MARMOL, *op. cit.*, 1943, p. 473, n° 475, qui, à une époque où la théorie de la lésion qualifiée n'avait pas encore acquis ses lettres de noblesse, propose, au contraire, de maintenir le délai de trois ans et de faire courir ce délai non pas à partir du paiement mais « à dater de la conclusion du prêt ou de l'octroi du crédit ».

(1821) Cf. *supra* n° 300 et note 1722.

(1822) Force est toutefois d'admettre que l'unité est loin de régner sur la façon de concilier le principe dispositif, qui confie aux parties le soin de définir l'objet et la portée de leurs prétentions, avec l'obligation pour le juge d'appliquer le droit aux faits qui lui sont soumis ; voy. *supra* n° 60 et références citées où nous évoquons cette question.

(1823) « Sans préjudice de l'application des dispositions protectrices des incapables ou relatives à la validité des conventions ».

particulières qui conditionnent la validité des charges du crédit ou seulement de certaines d'entre elles (1824).

En conséquence, eu égard aux considérations qui précèdent, l'article 1907^{ter} pourrait être libellé comme suit :

« Sans préjudice de l'application des dispositions relatives à la validité des conventions en général ou de l'application des dispositions particulières relatives à la validité des charges du crédit, si une partie, abusant de l'infériorité et notamment des besoins, des faiblesses, des passions ou de l'ignorance de son cocontractant, s'est fait promettre, en raison d'un crédit consenti sous quelque forme que ce soit, pour elle-même ou pour autrui, un intérêt ou d'autres avantages excédant manifestement la rémunération normale du crédit compte tenu notamment de la couverture légitime des risques de celui-ci, les obligations de la partie lésée sont réduites au remboursement du capital prêté et au paiement de l'intérêt légal » (1825) (1826).

Enfin, en ce qui concerne la situation de l'article 1907^{ter} dans le Code civil, il ne nous paraît pas que cette disposition doive être déplacée dans la partie du Code qui traite des obligations en général et ce, pour la raison que certaines des règles que l'article 1907^{ter} comporte relativement à l'appréhension de la lésion qualifiée et à sa sanction sont spécifiques aux opérations de crédit ; nous pensons spécialement à l'obligation pour le juge de prendre en compte la couverture légitime du risque d'insolvabilité du débiteur ainsi qu'à l'absence de pouvoir d'appréciation du juge pour moduler la sanction de la réduction qui consiste nécessairement dans la réduction des charges du crédit à l'intérêt légal. Toutefois, dans la mesure où on adopterait les modifications que nous suggérons et où, partant, on élargirait le champ contractuel de l'article 1907^{ter} à toutes les opérations

(1824) Voy. *supra* n° 301.

(1825) Quant à Ch. DEL MARMOL (*op. cit.*, 1943, p. 474, n° 476), il propose la rédaction suivante, dont nous nous sommes en partie inspirée :

« Sans préjudice de l'application des dispositions protectrices des incapables ou relatives à la validité des conventions, si, une partie, abusant des besoins, des faiblesses, des passions ou de l'ignorance de l'autre, s'est fait en raison d'un prêt ou d'un crédit consenti sous quelque forme que ce soit, promettre pour elle ou pour autrui, un intérêt ou d'autres avantages, excédant manifestement la rémunération légitime du prêt ou du crédit, le juge, sur la demande de la partie lésée, réduit ses obligations à ce qu'il croit être légitimement dû.

La demande en réduction doit être intentée dans les trois ans à dater de la conclusion du prêt ou de l'octroi du crédit ».

(1826) Par voie de conséquence, il y aurait lieu, tout en maintenant la condition d'habitude, de définir le délit pénal d'usure visé à l'article 494 du Code pénal selon les mêmes critères que ceux qui viennent d'être suggérés pour l'article 1907^{ter} ; une telle révision de l'article 494 du Code pénal permettrait, en outre, de faire disparaître l'anomalie que renferme cette disposition, anomalie qui consiste en ce que, pour que l'abus habituel *des faiblesses et des passions* de l'emprunteur soit sanctionné pénalement, il suffit que *l'intérêt stipulé excède l'intérêt légal* ; voy. *supra* note 1660.

de crédit et pas seulement à celles qui peuvent recevoir la qualification de prêt ou s'analyser en la mise à la disposition du débiteur d'une somme remboursable (1827), il serait souhaitable de compléter l'intitulé du chapitre du prêt à intérêt, qui pourrait devenir : « Prêt à intérêt et autres crédits ».

Synthèse du chapitre II

314. – L'article 1907^{ter} ou la nécessité de maintenir une disposition qui appréhende l'usure par le biais de la théorie de la lésion qualifiée. – L'article 1907^{ter} du Code civil constitue une application légale de ce que l'on nomme aujourd'hui la théorie de la lésion qualifiée (1828). Le principe demeure la liberté de fixer le taux de l'intérêt et les autres charges du prêt ; néanmoins, la validité du taux de l'intérêt et des autres charges du prêt est subordonnée à l'absence de lésion qualifiée. L'élément subjectif de la lésion qualifiée réside dans l'abus de l'infériorité de l'emprunteur, qu'il s'agisse non seulement de l'abus des faiblesses ou des passions mais aussi de l'abus des besoins ou de l'ignorance de ce dernier (1829). Quant à l'élément objectif de la lésion qualifiée, il est défini par l'article 1907^{ter} comme la disproportion manifeste entre, d'une part, l'intérêt et les autres avantages promis et, d'autre part, l'intérêt normal et la couverture des risques du prêt, définition qui ne va pas sans poser quelques difficultés (1830). Enfin, la sanction prévue par cette disposition consiste non point dans la nullité du prêt mais dans la réduction des obligations de l'emprunteur au remboursement du capital prêté et au paiement de l'intérêt légal (1831).

Que ce soit au moyen de la théorie de la lésion qualifiée ou par le recours à un système de taux maxima, qui est quelquefois présenté comme la panacée, l'appréhension du critère de l'usure n'est pas chose aisée (1832). A cet égard, nous avons observé que les mêmes reproches d'« arbitraire » ou de « laxisme » peuvent être adressés aux deux systèmes (1833). Nous avons également souligné les effets pervers que peut engendrer une fixation réglementaire inadéquate – vers le haut comme vers le bas – des taux maxima (1834).

(1827) Pour cette dernière expression, voy. *supra* n° 274 à propos de la nouvelle mouture de l'article 1905 que nous suggérons d'adopter.

(1828) Voy. *supra* n° 303.

(1829) Voy. *supra* n° 292.

(1830) Voy. *supra* nos 293 et s.

(1831) Voy. *supra* n° 299.

(1832) Voy. *supra* nos 297 et 308.

(1833) Voy. *supra* nos 305 et 308.

(1834) Voy. *supra* n° 309.

Si le recours à un système de taux maxima pour appréhender l'usure se justifie dans les situations où les abus sont le plus à redouter – ainsi en va-t-il en matière de crédit à la consommation –, en revanche, il ne nous paraît pas souhaitable de généraliser un tel système, l'abus de l'infériorité de l'emprunteur ne pouvant être présumé de façon générale (1835). D'ailleurs, dans le cas même où l'appréhension de l'usure par le recours à des taux maxima se justifie, il ne nous paraît pas sain que ceux-ci constituent en même temps le seuil de l'usure en sorte qu'il ne soit plus permis d'invoquer la théorie de la lésion qualifiée pour contester des taux égaux ou à peine inférieurs aux maxima légaux (1836).

En conséquence, nous sommes parvenue à la conclusion que, nonobstant l'appréciation délicate qu'elle implique, la théorie de la lésion qualifiée ne saurait être totalement remplacée par l'appréhension purement mathématique de l'usure qui découle de la fixation de taux maxima. Partant, il ne nous paraît pas que l'article 1907^{ter} constitue une disposition obsolète (1837).

Il conviendrait toutefois, croyons-nous, d'apporter certaines modifications au texte de la disposition ; les deux plus importantes concernent, d'une part, l'élargissement du siège contractuel de l'usure à toutes les opérations de crédit et, d'autre part, la nécessité de reformuler la définition de l'élément objectif de la lésion qualifiée qui se trouve inscrite dans l'article 1907^{ter} (1838).

(1835) Voy. *supra* n° 310.

(1836) Voy. *supra* n° 306.

(1837) Voy. *supra* n° 312.

(1838) Voy. *supra* n° 313.

CHAPITRE III

Les alinéas 2 et 4 de l'article 1907 ou la question de l'information de l'emprunteur sur le coût de son crédit

315. – **Les alinéas 2 et 4 de l'article 1907 : une exigence au contour incertain qu'il conviendrait de supprimer du Code civil ?** – Lorsqu'à l'occasion de la révision de l'article 1907 du Code civil, le législateur de 1934 a rédigé les alinéas 2 et 4 de la disposition, son intention était sans aucun doute d'améliorer l'information de l'emprunteur sur le taux d'intérêt qui résulte de la convention de prêt. Cependant, la rédaction de ces deux alinéas a eu lieu dans une totale confusion, si bien qu'il est extrêmement délicat de saisir la portée exacte des exigences actuellement formulées par le Code en lien avec l'information de l'emprunteur sur le taux de l'intérêt (Section I).

Par ailleurs, il y a lieu de tenir compte des évolutions qui ont vu le jour en vue de protéger les consommateurs dans le domaine du crédit. A cet égard, la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation et la loi du 4 août 1992 relative au crédit hypothécaire traitent de l'information du consommateur non seulement à propos de l'intérêt *sensu stricto* mais aussi à propos des autres charges du crédit (Section II).

Aussi, *de lege ferenda*, se pose la question de l'utilité d'encre prévoir, dans le Code civil, des mentions obligatoires en vue d'éclairer l'emprunteur sur le taux d'intérêt ou plus généralement sur le coût de son crédit. Autrement dit, on se demande si les alinéas 2 et 4 de l'article 1907 ne devraient pas purement et simplement être abrogés ou si, à l'inverse, il ne conviendrait pas d'y insérer des dispositions visant à assurer un seuil minimum de transparence dans toutes les conventions de crédit (Sections III et IV).

**Section I^{re}. – La mention du taux de l'intérêt
dans l'article 1907, tel qu'il a été revu en 1934**

316. – Les alinéas 2 et 4 de l'article 1907. – L'article 1907 du Code civil, tel qu'il a été révisé par une loi du 27 juillet 1934 (1839), dispose en ses alinéas 2 et 4 :

« Dans les conventions de prêts remboursables au moyen d'annuités, le taux de l'intérêt et le taux stipulé pour reconstituer le capital, doivent être fixés par clauses distinctes de l'acte. »

« A défaut de détermination du taux de l'intérêt par une clause spéciale de la convention de prêt, ce taux sera celui fixé par la loi et il ne sera dû par l'emprunteur aucune somme à titre de commissions ou de rémunérations accessoires. »

D'emblée, on observe que ces deux alinéas ne se suivent pas, alors pourtant qu'ils traitent tous les deux de la détermination du taux de l'intérêt par une clause spéciale de la convention de prêt ; ce défaut de coordination est dû à la confusion qui a entouré la rédaction de l'article 1907, les différents alinéas disparaissant et reparaissant au point que les parlementaires eux-mêmes se perdaient dans ce dédale (1840).

Dans un souci de clarté, nous commençons par expliciter l'alinéa 2, en ce qu'il requiert, en sus de la mention du taux de l'intérêt, celle du « taux stipulé pour reconstituer le capital ».

Une fois ce point éclairci, nous envisageons la question essentielle que suscite la lecture de ces deux alinéas, à savoir s'ils imposent de mentionner le taux de l'intérêt dans toutes les conventions de prêt, quels que soient le type de prêt en cause ou la technique à laquelle il est recouru ; nous traitons aussi des conséquences qui s'attachent à l'absence de pareille mention.

317. – Le manque de transparence de la technique de la reconstitution du capital à l'origine de l'exigence de la mention du taux de reconstitution. – Logiquement, lorsqu'un crédit est remboursable par termes périodiques, les versements en capital effectués par l'emprunteur emportent une diminution progressive du capital prêté et, partant, une diminution progressive de la base de calcul des intérêts ; c'est ce qu'on appelle la technique de l'amortissement du capital.

Vers la fin de la première guerre, on assiste toutefois au développement d'une autre technique en matière de prêt hypothécaire, à savoir la recons-

(1839) « Modifiant et complétant l'article 1907 du Code civil en ce qui concerne l'intérêt conventionnel », *Mon.*, 29 juillet 1934, p. 4145.

(1840) Voy. Y. HANNEQUART, « La protection des emprunteurs en dehors de la loi sur les ventes à tempérament », note sous *Comm. Liège*, 20 janvier 1959, *R.C.J.B.*, 1960, p. 52.

titution du capital et spécialement la reconstitution du capital au moyen de la simple capitalisation des versements effectués (1841). En ce cas, les versements en capital effectués par l'emprunteur ne sont pas immédiatement imputés à due concurrence sur le capital prêté ; pendant la durée du prêt, ces versements et les intérêts qui leur sont servis par le prêteur ou le tiers reconstituant s'accumulent en vue de former un capital qui, au terme du prêt, permettra de désintéresser le prêteur (1842). A moins que l'emprunteur n'effectue un remboursement anticipé, ce n'est qu'au terme du prêt que le capital reconstitué vient se compenser avec le capital prêté.

Il en résulte que les intérêts sont calculés pendant toute la durée du prêt sur l'intégralité du capital prêté nonobstant les versements en capital périodiquement effectués par l'emprunteur. Certes, les versements en capital effectués par l'emprunteur ne restent pas improductifs mais le taux qui leur est bonifié par le prêteur ou par le tiers reconstituant est souvent inférieur à celui que l'emprunteur est tenu de servir sur l'intégralité du capital prêté. Il en résulte que le taux effectivement supporté par l'emprunteur dans un prêt avec reconstitution du capital est en réalité bien plus élevé que le taux de l'intérêt auquel le prêt lui est apparemment consenti (1843).

(1841) Au sujet de la reconstitution du capital par simple capitalisation des versements reconstitutifs qui, à l'époque, était généralement pratiquée dans le cadre de prêts par intervention, voy. le Rapport au Roi précédant l'arrêté royal n° 225, *Mon.*, 6-7 janvier 1936, spéc. pp. 56 et 57 ; L. MAINGIE et R. FEYAERTS, *Commentaire de l'arrêté royal n° 225 réglementant les prêts hypothécaires et organisant le contrôle des entreprises de prêts hypothécaires*, 1938, pp. 72 et s., n°s 12 et s. ; P. WATELET, « Le prêt par intervention », *Ann. not. enr.*, 1938, pp. 596 et s. ; P. DESTEXHE, « Prêts hypothécaires, dits par intervention », *Rev. prat. not. b.*, 1938, pp. 401 et s. ; L. SILANCE, « Prêts hypothécaires par intervention », *Rev. prat. not. b.*, 1966, pp. 394 et s. ; les travaux du Comité d'études et de législation, Dossier n° 4142-4143, 1983, pp. 199 et s. ; J.-L. LEDOUX et E. VAN HOVE, « Conséquences de la faillite d'une société de prêts par intervention sur les droits et obligations des emprunteurs et prêteurs », *Rev. prat. not. b.*, 1984, p. 24, M. LENS, « Le prêt hypothécaire », in *L'achat et la vente d'un immeuble*, 1993, p. 174, n° 562, pp. 179 et 180, n°s 580 et s., pp. 188 et s., n°s 605 et s. ; H. COUSY, « Le statut juridique du crédit hypothécaire et le contrôle des entreprises » in *Le crédit hypothécaire de l'indépendance de la Belgique à la Communauté européenne*, éd. Association Belge du Crédit Immobilier, 1992, p. 140.

(1842) Les intérêts qui sont bonifiés à l'emprunteur sur les versements reconstitutifs qu'il effectue sont « capitalisés » périodiquement en vue de produire à leur tour des intérêts mais, si l'on admet l'interprétation que nous avons proposée pour délimiter le champ d'application de l'article 1154 du Code civil, cette disposition n'est pas applicable en l'espèce, puisque c'est le prêteur ou le tiers reconstituant qui promet l'anatocisme, c'est-à-dire une institution privée qui fait métier d'emprunter ; voy. *supra* n° 156.

(1843) Pour un exemple, voy. M. DE BRUYN, « Het financiële aspect van verschillende leningen », in *Kredietverlening en hypotheekleningen – Recyclagedagen 1992 van de Nederlandstalige Regionale Raad*, éd. Fédération Royale des Notaires de Belgique, Kluwer, p. 44.

En vue d'attirer l'attention de l'emprunteur sur la distorsion qui existe souvent entre, d'une part, le taux d'intérêt qu'il est tenu de servir au prêteur sur l'intégralité du capital prêté pendant toute la durée du prêt et, d'autre part, le taux qui est bonifié aux versements reconstitutifs qu'il doit effectuer périodiquement, le législateur de 1934 a entendu que l'un et l'autre de ces taux soient mentionnés par des clauses distinctes (1844).

Cette exigence est inscrite dans l'alinéa 2 de l'article 1907 du Code civil :

« Dans les conventions de prêts remboursables au moyen d'annuités, le taux de l'intérêt et le taux stipulé pour reconstituer le capital, doivent être fixés par clauses distinctes de l'acte. »

Habituellement, la notion de « prêts remboursables par annuités » évoque celle de prêts remboursables par versements périodiques, lesquels intègrent, outre le paiement des intérêts échus, le versement d'un montant de capital en vue du remboursement du prêt. Dans les prêts remboursables par annuités, il peut donc en principe être recouru aussi bien à la technique de l'amortissement qu'à celle de la reconstitution (1845). Toutefois, l'exigence de la mention du taux de reconstitution est étrangère à la technique de l'amortissement du capital, puisqu'en ce cas, la partie des annuités affectée à l'amortissement est immédiatement déduite du capital prêté et, partant, n'a pas lieu d'être capitalisée en attendant l'échéance finale du prêt.

La reconstitution du capital se conçoit non seulement au moyen de la simple capitalisation de la portion en capital des annuités stipulées en vue du remboursement du crédit mais aussi au moyen d'un contrat adjoint, spécialement au moyen d'un contrat adjoint d'assurance-vie mixte (1846). A cet égard, on observe que l'adjonction d'un contrat d'assurance-vie mixte sert non seulement à reconstituer le capital prêté, en lieu et place de l'amortissement du capital, mais aussi à garantir l'emprunteur contre les risque décès ; partant, ce mode de reconstitution se distingue nettement de la simple capitalisation des versements effectués, qui est le seul mode de reconstitution auquel les travaux préparatoires ont eu égard. Aussi, on peut douter que l'article 1907, alinéa 2, impose de mentionner dans le

(1844) Voy. *Ann. parl.*, Ch. représ., sess. ord. 1933-1934, pp. 1406 et 1407, pp. 1537 et 1538, pp. 1694 à 1696, et spécialement les interventions du député KOELMAN sur l'insistance duquel, les députés ont finalement admis, après moult discussions, qu'il convenait d'exiger, dans l'article 1907 du Code civil, en sus de la mention du taux de l'intérêt, celle du taux de reconstitution pour les prêts qui font appel à cette technique.

(1845) Voy. L. MAINGIE et R. FEYAERTS, *op. cit.*, pp. 50 et s.

(1846) Voy. J.-L. LEDOUX, « Assurance-vie et prêts hypothécaires », in *Droit notarial de l'assurance-vie - Aspects patrimoniaux - Aspects fiscaux*, vol. I, coll. Patrimoine, vol. VII, Academia, Bruylant, 1989, p. 170, n° 12, et *Tout savoir sur le crédit*, 1997, p. 66.

contrat de prêt le taux technique pris en compte pour le calcul des primes d'assurance-vie qui servent à reconstituer le capital prêté.

Quant à la reconstitution au moyen d'un contrat adjoint de capitalisation ou d'épargne, si ce n'est l'idée que la reconstitution est organisée par un contrat distinct de la convention de prêt, nous n'apercevons pas clairement en quoi elle diffère de la reconstitution au moyen de la simple capitalisation des versements effectués (1847). Toutefois, la notion d'« annuités » à laquelle se réfère l'article 1907, alinéa 2, notion qui évoque des versements qui comportent à la fois le paiement des intérêts et le versement d'une portion de capital, risque d'être interprétée comme étant étrangère à l'hypothèse dans laquelle l'emprunteur verse, d'une part, les intérêts et, d'autre part, une prime en exécution du contrat adjoint de capitalisation ou d'épargne.

Aussi, même si cela peut paraître regrettable, pourrait-on soutenir que l'article 1907, alinéa 2, qui a trait aux « prêts remboursables par annuités », n'impose pas d'indiquer, dans le contrat de prêt, le taux d'intérêt qui est pris en compte pour calculer le montant des primes affectées à la reconstitution du capital en exécution d'un contrat adjoint d'assurance-vie mixte, de capitalisation ou d'épargne ; partant, l'article 1907, alinéa 2, ne concernerait que l'hypothèse dans laquelle la reconstitution a lieu au moyen de la simple capitalisation des versements effectués.

A cet égard, on observe que le recours à la technique de la reconstitution au moyen de la simple capitalisation des versements reconstitutifs s'est considérablement amenuisé au fil du temps ; en raison de son manque de transparence, cette technique a même fait l'objet d'une interdiction pure et simple pour les prêts régis par la loi du 4 août 1992 relative au crédit hypothécaire (1848).

(1847) A cet égard, E. CASIER (*Artikelsgewijze Commentaar Wet van 4 augustus 1992 op het hypotheecair krediet*, OHRF, 1994, art. 5-17, n° 17) observe, en lien avec l'article 5, 2°, de la loi du 4 août 1992 relative au crédit hypothécaire, qui prohibe la reconstitution au moyen de la simple capitalisation des versements reconstitutifs mais qui autorise la reconstitution au moyen d'un contrat adjoint de capitalisation : « *Wiskundig gezien is de techniek van het kapitalisatiecontract sterk verwant met de verboden techniek van de eenvoudige kapitalisatie van een deel van de annuïteit. Om de ondoorzichtigheid van dit laatste systeem te vermijden, moet de kapitalisatie evenwel afzonderlijk gebeuren in een toegevoegd kapitalisatiecontract* » ; nous avouons toutefois ne pas comprendre en quoi le recours à un contrat adjoint permet d'éviter le grief d'absence de transparence du coût du crédit.

(1848) Voy. Projet de loi relatif au crédit hypothécaire, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. représ., sess. ord. 1990-1991, n° 1742/1, p. 2 : « *La nécessité d'une information claire et aussi complète que possible a entraîné l'interdiction, dans cette nouvelle législation, de l'usage de la technique de reconstitution par simple capitalisation des versements reconstitutifs. Il faut d'ailleurs faire observer que ce produit n'est justifié par aucune base ou nécessité financières et qu'il n'est même plus considéré, par*

(*voy. la page suivante pour la suite de la note tronquée...*)

Aussi, dans la mesure où la mention du taux de reconstitution visée par l'article 1907, alinéa 2, ne concerne que l'hypothèse de la reconstitution au moyen de la simple capitalisation des versements effectués, l'exigence de pareille mention ne semble plus guère présenter qu'un intérêt historique.

Pour en terminer avec la reconstitution du capital, notons encore que si la loi du 4 août 1992 relative au crédit hypothécaire interdit de recourir à la technique de la reconstitution du capital au moyen de la simple capitalisation des versements reconstitutifs, elle permet toutefois d'utiliser la technique de la reconstitution du capital au moyen d'un contrat adjoint d'assurance-vie mixte, de capitalisation ou même d'un contrat adjoint relatif à une autre forme d'épargne (1849). Pourtant, les mêmes reproches d'absence de transparence du coût du crédit – ainsi d'ailleurs que des décomptes (1850) – peuvent être formulés à l'encontre de la reconstitution au moyen d'un contrat adjoint (1851), en sorte que l'on s'explique mal que la loi relative au crédit hypothécaire, qui entend pourtant protéger les particuliers, spécialement lorsqu'ils cherchent à obtenir le financement de

(suite de la note tronquée à la page précédente)

certain, comme une technique de gestion ; cette interdiction n'est donc pas de nature à troubler la concurrence. Cette technique était réglée par l'article 7 de l'arrêté royal n° 225, elle consiste en la capitalisation de versements périodiques de sorte que le capital est reconstitué au terme du crédit et affecté à ce moment par compensation à un remboursement unique. *Comme la capitalisation de ces versements s'effectue généralement à un taux d'intérêt autre que le taux d'intérêt du crédit, le système manque de transparence et l'emprunteur se trouve souvent dans l'impossibilité de comparer le coût d'un tel crédit avec celui d'un crédit avec amortissement du capital. L'introduction de la variabilité des taux d'intérêt aurait compliqué davantage cette situation* » (C'est nous qui soulignons).

(1849) Voy. l'article 5, 2°, alinéas 2 et 3, de la loi du 4 août 1992 relative au crédit hypothécaire ; sur ce point, voy. M. LENS, « Soorten hypothecaire krediet », in *De nieuwe Wet op het Hypothecair Krediet*, Kluwer, 1993, pp. 128 et s., n° 4 et s. ; E. CASIER, *op. cit.*, art. 5.11, n° 13 et s.

(1850) Voy. notre exposé intitulé « Crédit hypothécaire : retard d'exécution et dénonciation », in *Le surendettement civil*, Formation permanente Commission Université-Palais, Vol. I, 9 juin 1995, pp. 159 et s.

(1851) L'absence de transparence du taux du crédit résulte ici aussi du fait que le taux qui est bonifié aux primes versées par l'emprunteur dans le cadre du *contrat adjoint de capitalisation ou d'une autre forme d'épargne* est généralement inférieur au taux d'intérêt que l'emprunteur supporte pendant toute la durée du crédit sur l'intégralité du capital prêté ; le même grief d'absence de transparence peut encore être formulé à l'égard de la reconstitution au moyen d'un *contrat adjoint d'assurance-vie mixte*, puisque le taux technique qui sert de base au calcul des primes ne peut en principe excéder 4,75 % (voy. l'article 22, § 2, de l'arrêté royal du 17 décembre 1992 relatif à l'activité d'assurance sur la vie ; notons qu'il serait question de ramener ce taux de 4,75 % à 3,75 %) et qu'en outre, la prime sert non seulement à reconstituer le capital mais intègre aussi le risque décès ; voy. notre exposé in *Chronique de droit à l'usage du notariat – Crédit hypothécaire*, Université de Liège – Faculté de Droit, Vol. XVIII, 21 octobre 1993, p. 205, n° 8.

l'acquisition ou la transformation de leur habitation, n'ait pas interdit purement et simplement toute forme de reconstitution.

318. – L'intention du législateur de 1934 était d'imposer la mention du taux de l'intérêt dans toutes les conventions de prêt. – Pour en revenir à l'article 1907, on observe que c'est de l'exigence de la mention du taux de l'intérêt dans toutes les conventions de prêt qu'il est question à l'origine de la révision de la disposition. Ainsi, les membres de la Commission, qui déplorent que l'« on trompe sciemment la population sur le taux de l'intérêt » (1852), proposent de réactualiser cette exigence qui se trouvait déjà inscrite, depuis 1804, dans l'alinéa 2 de l'article 1907 (1853) ; pour ce faire, la Commission suggère de préciser que la mention du taux de l'intérêt doit figurer « dans une clause spéciale de l'acte » (1854).

L'exigence de la mention du taux de l'intérêt dans une clause spéciale de la convention de prêt ne rencontre aucune résistance (1855). Au contraire, le député KOELMAN estime qu'elle éclaire insuffisamment l'emprunteur quand il est fait appel à la technique de la reconstitution du capital ; dès lors, lorsque cette technique est appliquée, il propose de compléter la mention du taux de l'intérêt par celle du taux de reconstitution (1856). Telle est l'origine de l'alinéa 2 de l'article 1907, tel qu'il a été revu en 1934 (1857).

(1852) Voy. l'intervention du rapporteur de la Commission, M. MICHAUX, au cours de la discussion générale à la Chambre sur la proposition de loi organisant un moratoire hypothécaire, *Ann. parl.*, Ch. représ., sess. ord. 1933-1934, p. 1386 ; voy. aussi le Rapport MICHAUX, *Doc. parl.*, Ch. représ., sess. ord. 1933-1934, n° 120, p. 4, qui dénonce les abus qui se pratiquaient en matière hypothécaire.

(1853) En 1804, l'alinéa 2 de l'article 1907 était rédigé comme suit : « *Le taux de l'intérêt conventionnel doit être fixé par écrit* » ; au sujet de cette disposition et de l'interprétation « souple » à laquelle elle a donné lieu, voy. *supra* n°s 53 et 54 ; au sujet de son interprétation actuelle en France, voy. *infra* n° 326.

(1854) Voy. le Rapport MICHAUX précité, p. 6, qui propose de compléter l'alinéa 2 de l'article 1907 comme suit : « *Le taux de l'intérêt conventionnel doit être fixé par écrit dans une clause spéciale de l'acte* » ; la Commission propose, en outre, d'y adjoindre un alinéa 3 libellé comme suit : « Toute autre stipulation, ayant pour objet la détermination d'une annuité comprenant à la fois l'intérêt et un amortissement sur le capital, doit faire l'objet d'une disposition spéciale de l'acte de prêt, distincte de la stipulation prévue à l'alinéa premier ».

(1855) Voy. *Ann. parl.*, Ch. représ., sess. ord. 1933-1934, pp. 1406 et 1407, pp. 1537 et 1538, pp. 1694 à 1696.

(1856) L'amendement proposé par le député KOELMAN, amendement qui avait été adopté par la chambre lors de l'examen en première lecture du projet de loi modifiant et complétant l'article 1907, était libellé comme suit : « *Toute convention de prêt d'argent à intérêt et toute convention de reconstitution du capital emprunté doit fixer par écrit et dans une clause spéciale de l'acte le taux de l'intérêt stipulé pour rémunérer le capital, celui stipulé pour le reconstituer, ainsi que les commissions et rémunérations accessoires convenues* » (pp. 1537 et 1538) ; cet amendement

(voy. la page suivante pour la suite de la note tronquée et pour la note 1857...)

Aussi, si, sur l'insistance du député KOELMAN, le législateur de 1934 a entendu accroître la protection de l'emprunteur dans les prêts avec reconstitution du capital, il ne s'en déduit pas que, du même coup, il ait voulu supprimer l'exigence de la mention du taux de l'intérêt pour les autres types de prêts (1858).

Dans le cas contraire, on ne s'expliquerait pas la généralité des termes de l'alinéa 4 de l'article 1907 :

« A défaut de détermination du taux de l'intérêt par une clause spéciale de la convention de prêt, ce taux sera celui fixé par la loi et il ne sera dû par l'emprunteur aucune somme à titre de commissions ou de rémunérations accessoires. »

A la vérité, cette disposition ne constitue rien d'autre que la sanction tirée d'un amendement qui imposait la mention du taux de l'intérêt « *dans toute convention relative à un prêt d'argent, ... alors même que l'intérêt serait compris dans des versements à faire périodiquement en vue d'assurer tout à la fois la rémunération et le remboursement du capital prêté* » (1859). Or, si cet amendement a été rejeté par le député KOELMAN, c'est unique-

(suite de la note tronquée à la page précédente)

a été critiqué par le rapporteur de la Commission, M. MICHAUX, non pas en ce qu'il imposait la mention du taux de l'intérêt dans toute convention de prêt d'argent mais en ce qu'il imposait, en outre, la mention du taux de reconstitution pour les prêts qui relèvent de cette technique.

(1857) Le texte finalement adopté en seconde lecture est dû à la plume du Ministre BOVESSE qui reprochait à l'amendement du député KOELMAN non point d'exiger la mention du taux de l'intérêt pour toutes les conventions de prêt d'argent mais au contraire d'être trop restrictif en ce qu'il ne visait « que le prêt d'argent, alors que l'article 1907 du Code civil est un texte général » ; à la vérité, le Ministre reprochait surtout à l'amendement du député KOELMAN d'exiger la mention des commissions et rémunérations accessoires, « qui font l'objet ou peuvent faire l'objet d'une convention spéciale, étrangère à celle qui intervient entre le créancier et le débiteur » (voy. *Ann. parl.*, Ch. représ., sess. ord., 1933-1934, p. 1695).

(1858) Voy., en ce sens, Y. HANNEQUART, « La protection des emprunteurs en dehors de la loi sur les ventes à tempérament », note sous Comm. Liège, 20 janvier 1959, *R.C.J.B.*, 1960, pp. 52 et s. ; voy., toutefois, en sens contraire, L. GRAULICH, *Etude particulière de certains contrats*, 1954, p. 59, qui estime qu'aussi bien l'alinéa 2 que l'alinéa 4 de l'article 1907 ne concernent que « les prêts comportant 'reconstitution' du capital au moyen d'annuités non libératoires », ce qui nous paraît exact en ce qui concerne l'exigence de la mention du taux de reconstitution mais que nous contestons en ce qui concerne la mention du taux de l'intérêt ; voy. aussi le numéro suivant dans lequel nous envisageons plus avant les divergences qui ont surgi dans l'interprétation de ces deux dispositions.

(1859) L'amendement déposé par le député BRUNET, qui disposait du soutien de la Commission, avait pour but de contrer l'amendement du député KOELMAN, adopté en première lecture, qui exigeait la mention du taux de reconstitution en sus de celle du taux de l'intérêt ; l'amendement du député BRUNET était libellé comme suit :

(voy. la page suivante pour la suite de la note tronquée...)

ment en ce que cet amendement n'imposait pas la mention du taux de reconstitution pour les prêts qui se fondent sur cette technique et certainement pas en ce qu'il imposait la mention du taux de l'intérêt dans toutes les conventions de prêt, ce qui explique que l'on ait conservé la sanction contenue dans cet amendement.

Dans cette analyse, l'alinéa 4 de l'article 1907 ne se contente pas de réaffirmer la vocation supplétive du taux légal ; sa portée est bien plus importante ; il est conçu comme une « sanction » de l'absence de mention du taux de l'intérêt dans « une *clause spéciale* de la convention de prêt » ; cette « sanction » – c'est ainsi que l'alinéa 4 a été qualifié au cours de la discussion (1860) –, consiste dans la réduction des charges du prêt à l'intérêt légal. La réduction n'atteint pas uniquement l'intérêt stipulé mais toutes les charges du prêt, puisqu'à défaut de mention du taux de l'intérêt, aucune commission ou rémunération accessoire ne peut être exigée en sus de l'intérêt légal. Il s'en déduit que la mention du taux de l'intérêt constitue une condition de validité, et non simplement de preuve, du taux de l'intérêt conventionnel et des autres charges stipulées en contrepartie d'un prêt. En outre, parce que le taux de l'intérêt doit être mentionné dans la convention de prêt, il ne saurait, en l'absence de pareille mention, être déterminé par référence à un usage.

Certes, la révision de l'article 1907 a été suscitée par les abus qui avaient été constatés en matière de prêt hypothécaire (1861), en sorte que l'on pourrait être tenté de restreindre aux seuls prêts hypothécaires le champ d'application de la mention du taux de l'intérêt ainsi d'ailleurs que des autres modifications qui ont été apportées à cette disposition. Cependant, même s'il a été beaucoup question de la protection de l'emprunteur hypothécaire au cours des discussions, une telle restriction ne s'impose absolu-

(suite de la note tronquée à la page précédente)

« Dans toute convention de prêt relative à un prêt d'argent, le taux de l'intérêt doit être expressément indiqué ainsi que le montant des commissions et rémunérations accessoires, alors même que l'intérêt serait compris dans des versements à faire périodiquement en vue d'assurer tout à la fois la rémunération et le remboursement du capital.

Il en sera ainsi même si la convention est réalisée en divers actes.

A défaut de détermination du taux de l'intérêt par une clause spéciale de la convention du prêt ce taux sera celui fixé par la loi et il ne sera dû par l'emprunteur aucune somme à titre de commissions ou de rémunérations accessoires » (voy. *Ann. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1933-1934, p. 1694).

(1860) Voy. *Ann. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1933-1934, p. 1695.

(1861) Voy. le Rapport MICHAUX, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1933-1934, n° 120, p. 5 ; voy. aussi le Rapport de la Commission de la Justice du Sénat, *Doc. parl.*, Sénat, sess. 1933-1934, n° 165, p. 2, qui observe que la loi en projet concerne « principalement les prêts hypothécaires remboursables par amortissements et annuités » ; il est à noter toutefois que le Rapport dit « principalement » et non « exclusivement ».

ment pas. Au contraire, le Ministre BOVESSE, à qui l'on doit la rédaction actuelle de l'alinéa 2 de l'article 1907, avait insisté sur ce que « l'article 1907 du Code civil est un texte général » (1862) et, à aucun moment, le terme « hypothécaire » n'est apparu dans les textes qui ont été successivement proposés. Au demeurant, la loi de 1934 a été baptisée de façon générale : « Loi modifiant et complétant l'article 1907 du Code civil *en ce qui concerne l'intérêt conventionnel* », intitulé qui n'a jamais varié au cours de la discussion (1863).

Aussi, dans l'analyse que nous défendons, la qualification de prêt constitue le seul critère à prendre en considération pour délimiter le champ d'application de la mention du taux de l'intérêt prévue à peine de réduction. A cet égard, nous avons déjà évoqué, sans pour autant prétendre l'épuiser, la délicate question de la distinction entre le prêt, contrat réel au sens du Code civil, et l'avance consentie en vertu d'une ouverture de crédit (1864). Comme nous l'avons dit, nous ne croyons pas que ces deux catégories soient à ce point étanches qu'une avance consentie en vertu d'une ouverture de crédit ne puisse jamais recevoir la qualification de prêt ; tel est, en tout cas, notre sentiment en ce qui concerne les prélèvements opérés en vertu d'une ouverture de crédit à la construction dépourvue de caractère revolving ou encore à propos des avances consenties en vertu d'une ouverture de crédit cadre dont l'utilisation nécessite chaque fois un nouvel accord des parties. En revanche, nous marquons une hésitation certaine à imprimer la qualification de prêt aux prélèvements qui sont opérés unilatéralement sur un découvert en compte courant en exécution d'une ouverture de crédit revolving dont l'utilisation ne dépend pas d'un nouvel accord entre les parties ; aussi, nous inclinons plutôt à penser que de telles ouvertures de crédit en compte courant échappent à l'exigence de la mention du taux de l'intérêt que le législateur de 1934 a voulu,

(1862) Voy. *Ann. parl.*, Ch. représ., sess. ord. 1933-1934, p. 1695.

(1863) Aussi, on s'accorde généralement pour considérer que les modifications que la loi de 1934 a introduites dans le Code civil (articles 1907 et 1907bis) ne concernent pas uniquement les prêts hypothécaires ; voy. *Comm. Bruxelles*, 16 mai 1938, *Jur. comm. Brux.*, 1939, p. 193 ; Ch. DEL MARMOL, *op. cit.*, 1943, p. 115, n° 73, p. 424, n° 421 ; J.P. Borgerhout, 20 août 1970, *R.W.*, 1970-1971, col. 1153 et note H. SCHILTZ ; Bruxelles, 23 novembre 1972, *R.W.*, 1972-1973, col. 812 ; A. BRUYNEEL, « Observations sur la réforme (1988-1993) du droit bancaire et financier belge », in *Hommage à J. HEENEN*, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 62, note 126, qui estime que les articles 1907 et 1907bis, bien qu'ils aient « été modifiés en 1934 essentiellement en considération des prêts hypothécaires », sont « d'application à tous les prêts à intérêt » mais qui appelle de ses vœux une réforme de ces dispositions ; voy. toutefois, en sens contraire, l'avis du ministère public qui précède Gand, 14 avril 1970, *Jur. comm. Belg.*, 1970, I, p. 572, qui estime que ces dispositions ne concernent que les seuls prêts hypothécaires.

(1864) Voy. *supra* n° 269.

nous paraît-il, imposer, à peine de réduction, dans toutes les conventions de prêt (1865).

319. – La rédaction imprécise des alinéas 2 et 4 de l'article 1907 à l'origine de controverses. – S'il nous paraît que l'intention du législateur de 1934 était bien d'imposer, dans toutes les conventions de prêt, la mention du taux de l'intérêt sous peine de la réduction des charges du prêt à l'intérêt légal (1866), force est cependant de reconnaître que cette volonté a été imparfaitement traduite dans les textes.

En effet, l'alinéa 2 de l'article 1907 vise les « prêts remboursables par annuités », qui, normalement, s'entendent aussi bien des prêts remboursables par amortissement du capital que des prêts remboursables par reconstitution du capital, mais cet alinéa 2 impose, en sus de la mention du taux de l'intérêt, l'indication du taux de reconstitution, notion qui est étrangère aux prêts avec amortissement du capital (1867). Quant à l'alinéa 4, qui vise le cas dans lequel le taux de l'intérêt n'est pas déterminé par une clause spéciale de la convention de prêt, il avait été conçu, à l'origine, pour sanctionner une disposition qui imposait la mention du taux de l'intérêt dans toutes les conventions de prêt, disposition qui n'a toutefois pas été reprise comme telle dans le texte de l'article 1907 (1868).

Aussi, ne faut-il pas s'étonner que la doctrine et la jurisprudence ne s'accordent pas sur la portée exacte de l'article 1907, en tant qu'il prescrit de déterminer le taux de l'intérêt par une clause spéciale de la convention de prêt. A cet égard, on distingue deux grandes tendances, qui comportent, chacune, des restrictions par rapport à l'analyse que nous défendons.

(1865) Voy., en ce sens, C.-G. WINANDY, « Les comptes en banque et les intérêts », in *La banque dans la vie quotidienne*, 1986, p. 39, n° 32, qui estime qu'« une solution concevable serait d'admettre... que l'article 1907 C.C. n'est pas applicable aux intérêts produits par un compte courant » mais qui, de toute façon, si nous comprenons bien, ne semble pas assimiler l'obligation de fixer le taux de l'intérêt dans la convention à l'obligation de mentionner le pourcentage de l'intérêt sous peine de réduction des charges du prêt ou du crédit à l'intérêt légal ; sur cette question, voy. encore A. DIERYCK, *Les ouvertures de crédit*, 1945, p. 96, n° 87, A. VAN MAELE, « L'ouverture de crédit », in *Les Nouvelles – Droit bancaire*, 1951, p. 213, n° 90, et L. FREDERICQ, *op. cit.*, t. 9, 1952, p. 95, n° 44, qui paraissent admettre l'application de l'article 1907 au contrat d'ouverture de crédit mais qui ne voient ou, du moins, ne semblent voir dans l'exigence de la mention du taux de l'intérêt (pour qu'un intérêt supérieur au taux légal puisse être appliqué) qu'une exigence tenant à la preuve du taux stipulé ou même simplement la réaffirmation de la vocation supplétive du taux légal.

(1866) Voy., en ce sens, Y. HANNEQUART, « La protection des emprunteurs en dehors de la loi sur les ventes à tempérament », note sous Comm. Liège, 20 janvier 1959, *R.C.J.B.*, 1960, pp. 52 et s.

(1867) Voy. *supra* n° 317.

(1868) Voy. *supra* n° 318.

Dans une première tendance, l'alinéa 4 concerne tous les prêts à intérêt et, partant, déborde la matière des prêts remboursables par annuités ainsi que des prêts avec reconstitution du capital expressément visés dans l'alinéa 2. Cependant, les auteurs de cette tendance sont souvent très discrets sur les obligations qui en résultent pour le prêteur (1869) ; ainsi, par exemple, H. DE PAGE et R. DEKKERS se contentent-ils d'écrire : « Il faut une clause spéciale pour qu'un taux d'intérêt autre que l'intérêt légal soit dû » (1870), si bien que, pour ces auteurs, l'exigence qui en découle ne semble guère avoir plus de portée qu'une condition tenant à la détermination et à la preuve des obligations de l'emprunteur, l'application du taux légal ne paraissant être envisagée qu'à titre supplétif pour le seul cas où les obligations de l'emprunteur n'ont pas été déterminées par la convention des parties (1871). Aussi, on peut douter que les auteurs qui impriment une portée générale à l'alinéa 4 analysent cette disposition comme faisant obligation au prêteur de faire figurer dans une clause spéciale de la convention de prêt *la mention du taux de l'intérêt, entendu comme un pourcentage* (1872). De même, lorsque l'intérêt a été intégré dans les mon-

(1869) Voy. notamment *R.P.D.B.*, t. 10, 1939, v^o « Prêt », p. 152, n^o 211 : « Le taux de l'intérêt conventionnel doit être déterminé par une clause spéciale de la convention de prêt... Si le taux de l'intérêt n'est pas déterminé par une clause spéciale de la convention de prêt, le taux sera, lorsqu'il sera dû des intérêts, celui qui est fixé par la loi » ; pour une formulation analogue, voy. E. SMT, « Les comptes d'associés », *D.A.O.R.*, n^o 34, 1995, p. 45, n^o 3B ; voy. aussi I. DEMUYNCK, « De gereguleerde intresten inzake kredietovereenkomsten », *J.J.P.*, 1995, p. 69, n^o 5 : « Bij gebreke van andersluidende schriftelijke en bijzondere bepaling, geldt de wettelijke intrestvoet ».

(1870) Voy. H. DE PAGE et R. DEKKERS, *op. cit.*, t. 5, 1975, p. 159, n^o 153B ; pour la même formule, voy. A. VAN MAELE, « L'ouverture de crédit », *op. cit.*, 1951, p. 213, n^o 90 ; L. FREDERICQ, *op. cit.*, t. 9, 1952, p. 95, n^o 44 ; G. JAKHIAN, *Le crédit hypothécaire - Examen de la loi du 4 août 1992*, Bruxelles, Larcier, 1994, p. 26, n^o 43.

(1871) Alors que, dans l'opinion que nous défendons, le taux légal a également lieu de s'appliquer, à titre de *sanction*, dès lors que fait défaut la mention du taux de l'intérêt, entendu comme un *pourcentage*, la mention du taux de l'intérêt étant une *condition de validité* des charges du prêt.

(1872) Voy. C.-G. WINANDY, « Les comptes en banque et les intérêts », *op. cit.*, 1986, p. 40, n^o 32, qui estime que l'article 1907 « ne requiert pas... la fixation, par écrit, d'un taux précis. Il suffit que la convention prévoie, au lieu du taux légal, un taux conventionnel, et qu'elle permette de déterminer quel sera le taux » ; à la vérité, l'auteur envisage le problème de la mention du taux de l'intérêt en lien avec la question de la variabilité du taux ; à notre estime, l'exigence de la mention d'un pourcentage dans le contrat ne fait pas obstacle à la variabilité du taux ; en ce cas, il convient, nous paraît-il, de mentionner dans le contrat le pourcentage d'intérêt qui est ou serait applicable lors de la conclusion du crédit et de prévoir, en outre, la possibilité de faire varier ce taux selon des critères qui ne dépendent pas de la volonté arbitraire du dispensateur de crédit - même si sa volonté peut intervenir dans l'appréciation de ces critères - ; l'article 1907 emporte alors, pensons-nous, l'obligation de communiquer le nouveau taux applicable lors de chaque variation.

tants dus par l'emprunteur, on peut douter que, pour ces auteurs, l'absence de mention du taux de l'intérêt emporte la *réduction* des charges convenues à l'intérêt légal (1873). Au contraire, il semble que nombre d'auteurs envisagent la « détermination du taux de l'intérêt par une clause spéciale de la convention de prêt », non point comme une condition tenant à la validité des charges du prêt, mais uniquement comme une condition tenant à la preuve du taux de l'intérêt (1874), voire comme la simple réaffirmation de la vocation supplétive du taux légal, à défaut d'accord des parties sur le taux de l'intérêt.

Dans une seconde tendance, l'alinéa 4 n'est pas une disposition autonome ; il constitue la sanction de l'alinéa 2, qui prescrit de mentionner et le taux de l'intérêt et le taux de reconstitution dans les prêts remboursables par annuités (1875). Dans cette seconde interprétation, l'alinéa 4 est

(1873) Voy. toutefois Ch. DEL MARMOL, *op. cit.*, 1943, p. 425, n° 424, qui qualifie de « formalité » l'obligation de déterminer le taux de l'intérêt par une clause spéciale de la convention de prêt et qui estime que l'article 1907, alinéa 4, « sanctionne la non-observance de cette formalité par une double pénalité », à savoir l'application du taux légal et la suppression de toute commission ou rémunération accessoire ; l'auteur écrit encore : « La loi veut supprimer toute équivoque et mettre un terme au procédé trompeur qui englobe dans un même chiffre l'intérêt, les commissions et les rémunérations accessoires. L'art. 1907 al. 4 est également applicable à l'hypothèse où l'intérêt n'est pas stipulé et où il n'apparaît que par la comparaison entre le chiffre dont l'emprunteur se reconnaît débiteur et le montant effectivement reçu » ; Y. HANNEQUART, « La protection des emprunteurs en dehors de la loi sur les ventes à tempérament », note sous Comm. Liège, 20 janvier 1959, *R.C.J.B.*, 1960, pp. 52 à 54, qui estime que l'application de la « sanction » prévue à l'alinéa 4 de l'article 1907 consiste dans la « réduction » des intérêts au taux légal ; voy. également V. VERCAMMEN-VAN DEN VONDER, « Lening op interest », in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 1985, art. 1907-6 : « Deze bepaling strekt tot bescherming van de lener, zodat wanneer de rentevoet van de lening niet door een bijzondere clause van het leningscontract is vastgesteld, enkel en alleen de wettelijke interest van toepassing is en de lener bijgevolg geen commissie of bijkomende vergoeding meer verschuldigd zal zijn » ; il n'est toutefois pas clair si, pour cet auteur, l'alinéa 4 et, partant, l'exigence de la mention du taux de l'intérêt trouve à s'appliquer en dehors des prêts remboursables par annuités.

(1874) Voy., en ce sens, A. DIERYCK, *Les ouvertures de crédit*, 1945, p. 96, n° 87 : « La loi n'a pas entendu ériger la stipulation du taux de l'intérêt en contrat solennel et la preuve par aveu, serment, interrogatoire sur faits et articles est admissible » ; il s'agit là d'une position qui était couramment défendue sous l'empire de l'article 1907, alinéa 2 ancien, du Code civil, voy. *supra* n° 53.

(1875) Voy., en ce sens, pour la jurisprudence, Comm. Liège, 4 octobre 1948, *J.L.*, 1948-1949, p. 277 ; Comm. Gand, 27 janvier 1968 confirmé par Gand, 14 avril 1970, préc. avis conforme du ministère public, *Jur. comm. Belg.*, 1970, I, p. 572 ; J.P. Borgerhout, 20 août 1970, *R.W.*, 1970-1971, col. 1153 et note H. SCHILTZ ; Bruxelles, 23 novembre 1972, *R.W.*, 1972-1973, col. 812 et note H. SCHILTZ ; pour la doctrine, L. GRAULICH, *Etude particulière de certains contrats*, 1954, pp. 59 et s. ; (voy. la page suivante pour la suite de la note tronquée...)

perçu comme une véritable sanction de l'absence de mention du taux de l'intérêt ; ainsi, lorsque l'intérêt a été intégré dans les « annuités » stipulées en vue du remboursement du prêt sans que la convention comporte l'indication du taux de l'intérêt, entendu cette fois comme un pourcentage, les obligations de l'emprunteur sont réduites au remboursement du capital prêté et au paiement de l'intérêt légal (1876).

Cette seconde interprétation se subdivise elle-même en deux branches ; ainsi, l'alinéa 4, qui, dans cette seconde interprétation, n'a pas d'existence autonome en dehors de l'alinéa 2, tantôt ne concerne que « les prêts comportant 'reconstitution' du capital au moyen d'annuités non libératoires » (1877), tantôt s'applique aussi bien aux prêts avec reconstitution du capital qu'aux prêts avec amortissement du capital, pour autant toutefois que ces prêts soient « remboursables par annuités » (1878).

Dans cette dernière opinion, est encore controversée la question si l'expression « prêts remboursables par annuités » doit être entendue dans son sens technique (1879), à savoir comme englobant tous les prêts remboursables par des versements successifs intégrant à la fois les intérêts et une portion du capital, quelle que soit la périodicité de ces versements (1880),

(suite de la note tronquée à la page précédente)

C. PAULUS, « Lening », in *Lexicon voor privaatrecht. Gebruikelijke contracten*, 1982, p. 43, n° 91 ; voy. aussi R. DEKKERS, *op. cit.*, t. 2, 1955, p. 693, n° 1184, et M. LENS, « Le prêt hypothécaire », in *L'achat et la vente d'un immeuble*, 1993, p. 181, n°s 584 et 585, qui n'envisagent, semble-t-il, l'alinéa 4 de l'article 1907 qu'à propos des prêts remboursables par annuités ; voy. encore V. VERCAMMEN-VAN DEN VONDER, « Lening op interest », *op. cit.*, 1985, art. 1907-3, qui, lorsqu'elle commente l'alinéa 2 de l'article 1907, semble restreindre l'exigence de la mention du taux de l'intérêt aux prêts remboursables par versements périodiques par opposition aux prêts remboursables à terme fixe mais qui, en revanche, lorsqu'elle commente l'alinéa 4 de l'article 1907 (art. 1907-6), ne fait état d'aucune restriction quant au champ d'application de l'exigence de la mention du taux de l'intérêt.

(1876) Voy. spécialement, en ce sens, la jurisprudence citée à la note précédente.

(1877) Voy., en ce sens, L. GRAULICH, *Etude particulière de certains contrats*, 1954, p. 59.

(1878) Mis à part par L. GRAULICH, c'est l'opinion défendue par ceux qui ne voient dans l'alinéa 4 qu'un complément nécessaire de l'alinéa 2 ; voy. *supra* note 1875.

(1879) Voy. L. MAINGIE et R. FEYAERTS, *Commentaire de l'arrêté royal n° 225 réglementant les prêts hypothécaires et organisant le contrôle des entreprises de prêts hypothécaires*, 1938, p. 5, n° 1, et p. 7, n° 4, qui, dans leur introduction mathématique, opposent le « prêt remboursable par annuités » au « prêt à terme fixe » et qui estiment qu'« une annuité peut donc être annuelle, semestrielle, trimestrielle. La période peut être quelconque : 66 jours, 7 mois, 13 mois, 18 mois ».

(1880) Voy., en ce sens, pour la jurisprudence, Comm. Liège, 4 octobre 1948, *J.L.*, 1948-1949, p. 277 ; J.P. Borgerhout, 20 août 1970, *R.W.*, 1970-1971, col. 1153

(voy. la page suivante pour la suite de la note tronquée...)

ou si, au contraire, cette expression ne recouvre que les prêts remboursables au moyen de versements annuels, à l'exclusion de toute autre périodicité ; dans cette dernière interprétation par trop réductrice, les prêts remboursables par mensualités ne seraient pas concernés par l'exigence de la mention du taux de l'intérêt (1881).

En conséquence, eu égard à la confusion qui règne sur la portée exacte de l'article 1907, en tant qu'il a trait à la « détermination du taux de l'intérêt par une clause spéciale de la convention de prêt », il s'impose, à tout le moins, de revoir la rédaction de ce texte et d'indiquer clairement le lien que l'alinéa 4 entretient avec l'alinéa 2.

**Section II. – De la mention du taux de l'intérêt
dans l'article 1907 à l'appréhension du coût du crédit
dans les législations à vocation protectrice**

320. – Des différentes façons d'appréhender la notion de taux et de régler les charges additionnelles à l'intérêt. – Avant d'envisager l'avenir qu'il conviendrait de réserver à l'article 1907, il y a lieu d'observer que tant la loi relative au crédit à la consommation que celle relative au crédit hypothécaire visent à assurer, par une réglementation détaillée, l'information du consommateur sur le coût de son crédit ; comme nous allons le constater, on est bien loin, dans ces législations à vocation protectrice, de la simple mention du taux de l'intérêt non autrement défini par l'article 1907.

Cependant, si ces deux législations visent à assurer l'information du consommateur sur le coût de son crédit, elles divergent sur bien des points et spécialement sur la notion de taux qui les sous-tend, ainsi que nous nous proposons de l'exposer brièvement.

(suite de la note tronquée à la page précédente)

et note H. SCHILTZ ; Bruxelles, 23 novembre 1972, *R.W.*, 1972-1973, col. 812 et note H. SCHILTZ ; pour la doctrine, Y. HANNEQUART, « La protection des emprunteurs en dehors de la loi sur les ventes à tempérament », note sous *Comm. Liège*, 20 janvier 1959, *R.C.J.B.*, 1960, p. 54 ; L. SIMONT et J. DE GAVRE, « Les contrats spéciaux – Examen de jurisprudence (1969-1975) », *R.C.J.B.*, 1977, p. 372, n° 245 ; C. PAULUS, « Lening », *op. cit.*, 1982, p. 43, n° 91 ; V. VERCAMMEN-VAN DEN VONDER, « Lening op interest », *op. cit.*, 1985, art. 1907-3.

(1881) Voy., en ce sens, *Comm. Gand*, 27 janvier 1968 confirmé par *Gand*, 14 avril 1970, préc. avis conforme du ministère public, *Jur. comm. Belg.*, 1970, I, p. 572.

321. – Notion de taux d'intérêt au sens de l'article 1907 et absence de réglementation des autres charges stipulées en contrepartie du prêt. – Le législateur de 1934 n'a apporté aucune précision sur ce qu'il convient d'entendre par la notion même de « taux d'intérêt ». Aussi, convient-il de se reporter au sens commun de cette expression, à savoir le rapport, exprimé sous la forme d'un pourcentage, entre le montant qui est dû au titre de l'intérêt pour une certaine période et le capital dont l'emprunteur dispose effectivement pour la même période (1882).

Il en résulte, nous paraît-il, que, hormis le cas de la reconstitution du capital (1883), l'article 1907 commande d'avoir égard à la diminution du capital au fur et à mesure des versements en capital ; autrement dit, le taux d'intérêt, dont il est question dans l'article 1907 est destiné, nous semble-t-il, à être appliqué au capital restant dû, compte tenu des amortissements effectués (1884).

(1882) Comp. G. CORNU (sous la direction de), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, 1994, p. 801, qui définit le taux d'intérêt comme « le pourcentage déterminé par la loi (taux légal) ou par la convention pour être appliqué au montant du capital, qui sert de base au calcul des intérêts ».

(1883) Auquel cas la mention du taux de l'intérêt doit être complétée par la mention du taux de reconstitution.

(1884) Certes, dans l'ancienne législation de 1957 sur les opérations à tempérament, il était question de la mention d'un taux mensuel de chargement exprimé sans tenir compte de la dégressivité du montant du capital au fur et à mesure des remboursements (voy. les articles 3, 7 et 9^{ter} de l'arrêté royal du 23 décembre 1957) ; toutefois, le législateur de 1957 avait estimé que la protection du consommateur était suffisamment assurée – et que, partant, l'absence de la mention du « taux réel de l'intérêt » était en quelque sorte compensée – par la fixation de taux maxima et par le contrôle administratif qui avait été instauré sur les vendeurs et prêteurs à tempérament (voy. le Rapport de la Commission spéciale, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 1956-1957, n° 91, pp. 27 et 32, ainsi qu'en annexe à ce Rapport, l'avis du Conseil central de l'Economie, p. 69 et la note du Ministre, p. 94) ; *il en résulte a contrario que pour les prêts qui ne connaissent pas de taux maxima, ni de contrôle administratif, est insuffisante la mention d'un taux qui ne tient pas compte de la dégressivité du capital prêté au fur et à mesure des remboursements* ; d'ailleurs, conscient du manque de transparence des anciens taux mensuels de chargement (pour une critique, voy. spéc. J. ROCHETTE, « Réflexions sur le calcul des charges d'emprunt », *Rev. banq.*, 1967, p. 354, qui écrit : « L'expérience démontre... que la plupart des emprunteurs se laissent induire en erreur par la référence au taux de chargement. Ils imaginent fréquemment que le taux d'intérêt annuel s'obtient en multipliant le taux de chargement par douze. L'erreur peut être catastrophique puisqu'on n'obtient ainsi qu'un taux fictif à peine supérieur à la moitié du taux d'intérêt véritable »), le législateur avait complété, en 1974, les articles 3, 7 et 9^{ter} de l'arrêté royal du 23 décembre 1957 en imposant que soit également mentionné dans le contrat à tempérament le taux annuel réel de chargement déterminé selon la méthode dite de l'échéance moyenne ; enfin, cette ancienne notion de taux mensuels de chargement calculés sans tenir compte de la décroissance du capital prêté

(voy. la page suivante pour la suite de la note tronquée...)

Dès lors que le législateur de 1934 a entendu éviter que l'emprunteur ne soit trompé sur le taux de l'intérêt, la mention d'un taux purement fictif ne rencontre pas l'exigence posée par l'article 1907 et, partant, équivaut à l'absence de mention du taux de l'intérêt, en sorte que la sanction prévue à l'alinéa 4 a lieu de s'appliquer, à savoir la réduction des charges du prêt à l'intérêt légal.

Ainsi, pour reprendre l'exemple donné à l'époque par le rapporteur MICHAUX (1885), le taux de 3 % que l'on mentionnerait dans un prêt remboursable en 10 annuités semestrielles équivalentes chacune à 13 % du capital emprunté est un taux purement fictif, puisque ce taux de 3 % est un taux semestriel calculé comme si aucun versement en capital n'était effectué pendant le cours du prêt. Dans cet exemple, si le capital emprunté s'élève à 1.000.000 francs, le taux semestriel s'établit en réalité à 4,235 %, ce qui, dans une conversion proportionnelle, donne 8,47 % l'an.

A défaut de précision dans l'article 1907 sur la notion de taux requise par cette disposition, il ne peut toutefois être question d'aller au-delà de cette exigence de bon sens qui veut que le taux exprimé au contrat tienne compte de la diminution du capital prêté au fur et à mesure des remboursements effectués. Ainsi, l'article 1907 n'impose pas, nous paraît-il, de tenir compte de l'époque du paiement des intérêts dans l'expression du taux.

Par ailleurs, en édictant l'article 1907, le législateur de 1934 n'a pas entendu réglementer la déduction des commissions et rémunérations accessoires convenues, ni d'ailleurs l'information de l'emprunteur au sujet de celles-ci ; le Ministre BOVESSE s'y est opposé au motif que « ces rémunérations et commissions font l'objet ou peuvent faire l'objet d'une convention spéciale, étrangère à celle qui intervient entre le créancier et le débiteur » (1886). On suppose que le Ministre songeait spécialement aux commissions et rémunérations diverses réclamées lors de la conclusion du prêt

(suite de la note tronquée à la page précédente)

au fur et à mesure des remboursements a été définitivement abandonnée par la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation, qui lui a préféré la notion de taux annuel effectif global (voy. *infra* n° 322).

(1885) « Combien de fois nous a-t-il été donné de devoir ouvrir les yeux à des malheureux qui croyaient obtenir des fonds au taux de 3 p. c. l'an, alors qu'il s'agissait pour eux d'un prêt remboursable par dix annuités égales à 13 p.c. chacune du capital emprunté » ; selon le rapporteur MICHAUX, « l'annuité convenue... faisait ressortir le taux réel d'intérêt à un pourcentage de plus de 8 p.c. l'an » (voy. *Ann. parl.*, Ch. représ., sess. ord. 1933-1934, p. 1387).

(1886) Voy. *Ann. parl.*, Ch. représ., sess. ord. 1933-1934, p. 1695.

et, dans cette mesure, on peut comprendre qu'il ait considéré qu'il s'agissait là d'une question distincte de la mention du taux de l'intérêt (1887).

322. – Notion de taux et réglementation des charges additionnelles à l'intérêt dans la loi relative au crédit à la consommation. – La loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation entend protéger les consommateurs lorsqu'ils contractent avec des professionnels ; à la différence des alinéas 2 et 4 de l'article 1907 du Code civil qui ne concernent que le prêt (1888), la loi relative au crédit à la consommation appréhende le crédit de façon globale, quelle qu'en soit la forme : vente à tempérament, crédit-bail, prêt à tempérament, ouverture de crédit ou toute autre forme de crédit. Certaines exceptions sont cependant prévues ; ainsi, les crédits hypothécaires réglementés par la loi du 4 août 1992 (1889) ne sont pas visés par la loi relative au crédit à la consommation (1890).

Contrairement à l'article 1907 du Code civil, la loi relative au crédit à la consommation envisage le coût total du crédit et pas seulement l'intérêt *sensu stricto* (1891) ; bien plus, dans cette législation, la notion d'intérêt se voit supplantée, du moins en grande partie (1892), par celle de coût total

(1887) Néanmoins, si le prêteur réclame directement ou indirectement, par le biais d'un intermédiaire, des frais de dossier et de négociation nettement exagérés, on pourrait faire état du fait que ceux-ci dissimulent pour partie un complément d'intérêt pour convaincre le juge que le taux d'intérêt mentionné au contrat est un taux qui ne reflète pas la réalité, en sorte qu'il n'est pas satisfait à l'exigence de la mention du taux de l'intérêt requise par l'article 1907.

(1888) A propos de la question de la distinction entre l'avance consentie en vertu d'une ouverture de crédit et le prêt, contrat réel au sens du Code civil ; voy. *supra* n° 269 les quelques pistes de réflexion que nous proposons.

(1889) Ou par l'arrêté royal n° 225.

(1890) Au sujet du champ d'application de cette législation, voy. les articles 1 à 3 de la loi ; pour la doctrine, voy. notamment, P. LETTANY, *Het consumentenkrediet*, 1993, pp. 4 et s., n°s 4 et s. ; D. BLOMMAERT et F. NICHELS, *Artikelsgewijze Commentaar Wet van 12 juni 1991 op het Consumentenkrediet*, 1993-1994, art. 1-1 et s. ; E. BALATE, P. DEJEMEPPE et Fr. DE PATOUL, *Le droit du crédit à la consommation*, 1995, pp. 32 et s., n°s 32 et s. ; voy. aussi notre commentaire de la loi in *Act. dr.*, 1993, p. 51, n°s 5 et s.

(1891) Sur la notion de coût total du crédit, voy. l'article 1, 5°, de la loi ainsi que l'article 2 de l'arrêté royal du 4 août 1992 relatif aux coûts, aux taux, à la durée et aux modalités de remboursement du crédit à la consommation.

(1892) La loi relative au crédit à la consommation n'abandonne pas totalement la notion d'intérêt ; il en va ainsi non seulement en matière d'ouverture de crédit où, à côté du taux annuel effectif global, il est question de « taux débiteur » ainsi que des frais récurrents et non-récurrents (voy. les articles 57 et s. de la loi) mais aussi dans les autres formes de crédit comme en témoignent les articles 19, alinéa 4, et 93 de la loi, qui prévoient que l'intérêt dû en vertu du contrat de crédit ne prend cours qu'à dater de la notification au prêteur que le bien financé a été livré ou que le service financé a été presté.

du crédit. Il en résulte que le taux qu'elle impose de mentionner dans l'offre de crédit qui, une fois signée, devient le contrat de crédit, est non point un taux d'intérêt *sensu stricto* mais un taux tout compris (1893). Le principe est donc l'intégration de tous les frais relatifs au crédit dans le taux qui doit être communiqué à l'emprunteur.

Il est cependant des exceptions à ce principe ; ainsi, en va-t-il des frais afférents aux sûretés réelles qui ne doivent pas être intégrés dans le coût total du crédit (1894), ce qui se comprend puisque les frais afférents aux sûretés réelles sont totalement extérieurs au prêteur ou à l'intermédiaire de crédit ; partant, ils sont nettement distincts de l'intérêt et ne sont pas susceptibles d'abus.

Il est des cas où l'on peut hésiter sur la composition du coût total du crédit (1895). Ainsi, lorsque le prêteur oblige le consommateur à contracter une assurance pour garantir le bien financé par le crédit, on se demande dans quelle mesure les primes qui doivent être payées en vertu d'une telle assurance doivent être intégrées dans le coût total du crédit. Si l'on se réfère au seul article 31 de la loi relative au crédit à la consommation, il suffit que le consommateur dispose du libre choix de l'assureur pour que de telles primes ne doivent pas être intégrées dans le coût total du crédit (1896). Il semble toutefois résulter de l'article 2, § 3, de l'arrêté

(1893) Voy. l'article 14, § 3, 5°, de la loi.

(1894) Voy. l'article 2, § 2, 2°, de l'arrêté royal du 4 août 1992 précité ; selon le Rapport au Roi qui précède cet arrêté (*Mon.*, 8 septembre 1992, p. 19527), le mandat hypothécaire constitue une sûreté personnelle et non une sûreté réelle, en sorte que les frais notariés afférents au mandat hypothécaire devraient être intégrés dans le coût total du crédit (voy. P. LETTANY, *op. cit.*, p. 130, n° 155), mais cette analyse du mandat hypothécaire en une sûreté personnelle est contestable si l'on admet encore qu'une sûreté personnelle consiste nécessairement dans l'obligation d'une personne de payer la dette d'autrui ; ce qui est exact seulement c'est que le mandat hypothécaire *comme tel* ne confère pas non plus une sûreté réelle ; il se rapproche toutefois plus d'une sûreté réelle que d'une sûreté personnelle.

(1895) A cet égard, on observe que la composition du coût total du crédit telle qu'elle résulte de l'article 2 de l'arrêté royal du 4 août 1992 précité n'est pas identique à celle qui est prévue par l'article *1bis* de la directive européenne 87/102/CEE du 22 décembre 1986 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de crédit à la consommation, telle qu'elle a été complétée par la directive 90/88/CEE du 22 février 1990 (et encore récemment modifiée par la directive 98/7/CE du 16 février 1998) ; pour une comparaison, voy. E. BALATE, P. DEJEMEPPE et Fr. DE PATOUL, *op. cit.*, p. 94, n°s 112 et s.

(1896) En vertu de l'article 31 de la loi : « Il est interdit au prêteur et à l'intermédiaire de crédit d'imposer au consommateur, lors de la conclusion d'un contrat de crédit, de souscrire un autre contrat *auprès du prêteur, de l'intermédiaire de crédit ou auprès d'une tierce personne désignée par ceux-ci*, sauf si les frais y relatifs sont inclus dans le coût total du crédit. Toute clause contraire est réputée non écrite » ;

(voy. la page suivante pour la suite de la note tronquée...)

royal du 4 août 1992 relatif aux coûts, aux taux, à la durée et aux modalités de remboursement du crédit à la consommation, tel qu'il a été complété par l'arrêté royal du 29 avril 1993, que, *excepté le cas où le crédit revêt la forme d'un crédit-bail*, les primes relatives à l'assurance du bien financé imposée par le prêteur doivent être intégrées dans le coût total du crédit, alors même que le consommateur disposerait du libre choix de l'assureur (1897). On peut encore hésiter sur la composition du coût total du crédit dans une autre hypothèse ; tel est le cas pour l'ouverture de crédit en compte à vue ; parce que le compte à vue peut fonctionner en dehors de toute ouverture de crédit, on se demande dans quelle mesure les frais afférents à l'ouverture et à la gestion du compte à vue interviennent dans le coût total du crédit (1898).

En revanche, en ce qui concerne les frais d'intermédiation, les frais de dossier et les frais de négociation du crédit, il ne fait aucun doute que la loi relative au crédit à la consommation impose de les intégrer dans le

(suite de la note tronquée à la page précédente)

il résulte *a contrario* de cette disposition qu'il est permis au prêteur d'imposer au consommateur la conclusion d'un contrat lié au crédit tout en laissant au consommateur le libre choix de son cocontractant et qu'en ce cas, les frais afférents au contrat lié ne doivent pas être intégrés dans le coût total du crédit.

(1897) Contrairement à ce qu'il nous semblait avant que la publication de l'arrêté du 29 avril 1993 n'intervienne (voy. notre rapport intitulé « La loi du 12 juin 1991 et les 'clauses abusives' en matière de crédit à la consommation », in *La promotion des intérêts des consommateurs au sein d'une économie de marchés*, Commission Droit et Vie des Affaires, XLIII^e Séminaire, Story-Scientia, 1993, p. 558, n^o 59), il paraît se dégager de la modification apportée par cet arrêté du 29 avril 1993 que la condition que « le consommateur dispose d'une liberté de choix raisonnable en la matière » énoncée par l'article 3, § 3, de l'arrêté royal du 4 août 1992 est plus sévère que la condition que le consommateur dispose de la liberté du choix de son cocontractant énoncée par l'article 31 de la loi ; en effet, en vertu de l'arrêté modificatif du 29 avril 1993 et des considérants qui le précèdent (*Mon.* 8 juin 1993, p. 13961), pour que les frais d'assurance du bien financé ne doivent pas être intégrés dans le coût total du crédit, il suffit, en matière de crédit-bail que la condition du libre choix de l'assureur prévue par l'article 31 soit respectée, la condition que « le consommateur dispose d'une liberté de choix raisonnable en la matière » n'étant pas requise en matière de crédit-bail, parce qu'une telle assurance est généralement imposée dans ce type de crédit ; il en résulte, semble-t-il, *a contrario* que la condition que « le consommateur dispose d'une liberté de choix raisonnable en la matière », à laquelle il est dérogé uniquement pour les frais d'assurance du bien financé par un crédit-bail, signifie que le consommateur doit avoir le choix de conclure ou non le contrat d'assurance et non pas seulement le libre choix de son cocontractant ; on se demande toutefois dans quelle mesure le Roi était autorisé à définir la notion de coût total du crédit de façon plus sévère que la loi elle-même en son article 31 ; on se demande encore s'il était judicieux de prévoir une composition différente du coût total du crédit selon que l'on est en présence d'un contrat de crédit-bail ou d'un autre contrat de crédit à la consommation.

(1898) Sur cette question, voy. et comp. P. LETTANY, *op. cit.*, pp. 133 et s., n^o 157, et E. BALATE, P. DEJEMPEPE et FR. DE PATOUL, *op. cit.* p. 97, n^o 116.

coût total du crédit qui doit être communiqué au consommateur (1899). Bien plus, cette loi interdit à l'intermédiaire de crédit de se faire rémunérer par le consommateur (1900) et le prêteur lui-même ne peut réclamer aucun paiement – notamment des frais de dossier ou de négociation – au consommateur préalablement à la conclusion du contrat de crédit (1901).

La loi relative au crédit à la consommation règle non seulement la composition du taux du crédit, qui est, en principe, un taux tout compris mais aussi le mode d'expression de ce taux, qui est qualifié de taux annuel effectif global (1902). Le taux annuel effectif global doit avoir égard aux époques auxquelles les intérêts et les frais doivent être payés par le consommateur (1903). Le taux annuel effectif global variera donc selon que les intérêts sont payables d'avance ou à terme échu ; il variera encore selon que les intérêts sont payables chaque année ou à des termes plus rapprochés.

Ainsi, si la seule charge supportée par le consommateur consiste dans le paiement d'intérêt à la fin de chaque mois à raison de 1 % sur le capital restant dû, le taux annuel effectif global s'établit, non pas à 12 % mais à 12,682 % et si, au lieu d'être payables à terme échu, les intérêts mensuels sont payables d'avance, le taux annuel effectif global passe de 12,682 % à 12,816 %. Il en résulte qu'un taux annuel effectif d'intérêt n'est pas égal au taux mensuel multiplié par 12 ; de même, dans ce système, un taux annuel effectif d'intérêt ne peut simplement être divisé par 12 pour trouver le taux mensuel correspondant (1904).

A la vérité, le taux annuel effectif global est bien plus un outil de mesure ou de photographie du coût du crédit à partir des paiements

(1899) Voy. l'article 2, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 4 août 1992 précité.

(1900) L'intermédiaire de crédit ne peut avoir pour seul débiteur de sa rémunération que le prêteur, à l'exclusion du consommateur ; voy. l'article 65 de la loi.

(1901) Voy. l'article 16 de la loi : « *Tant que l'offre n'est pas acceptée, aucun paiement ne peut être effectué*, ni par le prêteur au consommateur ou pour le compte de celui-ci, ni *par le consommateur au prêteur* » ; voy. aussi l'article 13 de la loi : « Si le crédit est refusé, aucune indemnité, de quelque nature qu'elle soit, ne peut être réclamée au consommateur, à l'exception des frais de consultation de la banque centrale de données, déterminés conformément à l'article 71, § 4 ».

(1902) Voy. l'article 1, 6^o de la loi.

(1903) L'article 3, alinéa 1, de l'arrêté royal du 4 août 1992 précité définit le taux annuel effectif global comme « le taux à exprimer en pourcent qui rend égales, sur une base annuelle, les valeurs actuelles de l'ensemble des engagements existants ou futurs, pris par le prêteur et par le consommateur » ; l'article 4, § 1^{er}, de cet arrêté détermine l'équation à utiliser pour le calcul du taux annuel effectif global, équation qui nous paraît correspondre à celle qui est prévue par la directive européenne 87/102/CEE du 22 décembre 1986, telle qu'elle a été complétée par la directive 90/88/CEE du 22 février 1990 et encore récemment modifiée par la directive 98/7/CE du 16 février 1998.

(1904) Au sujet de la conversion équivalente du taux de période en un taux annuel, voy. encore *infra* n° 357, où nous envisageons cette question en lien avec l'anatocisme.

réclamés au consommateur qu'un instrument permettant de calculer les sommes qui doivent être payées par le consommateur en exécution de son contrat de crédit (1905). Force est d'ailleurs dans les ouvertures de crédit qui se caractérisent par leur souplesse non seulement quant à la date des prélèvements mais aussi des remboursements, de recourir à un exemple représentatif si l'on veut calculer le taux annuel effectif global *a priori*, c'est-à-dire avant toute utilisation de l'ouverture de crédit (1906).

Pour les crédits régis par la loi relative au crédit à la consommation, c'est donc non point le taux de l'intérêt *sensu stricto* qui doit être mentionné dans l'offre qui, une fois signée, deviendra le contrat de crédit mais bien le taux annuel effectif global (1907). La sanction est à la fois plus sévère et plus souple que celle qui est prévue par l'article 1907 du Code civil, puisqu'à l'inverse de l'article 1907, qui prévoit, en l'absence de mention du taux de l'intérêt, la réduction des charges du prêt à l'intérêt légal, l'article 86 de la loi relative au crédit à la consommation prévoit qu'en cas de non-respect de la mention du taux annuel effectif global dans l'offre de crédit, « le juge annule le contrat ou réduit les obligations du consommateur au maximum jusqu'au prix au comptant ou au montant emprunté ». L'application de l'article 1907 du Code civil, en tant qu'il

(1905) Comp. P. LETTANY, *op. cit.*, p. 154, n° 176, qui oppose sur ce point la notion de taux annuel effectif global en matière d'ouverture de crédit à la notion de taux annuel effectif global dans les autres formes de crédit à la consommation : « Merk trouwens op dat, in tegenstelling tot de lening op afbetaling en de andere kredietvormen, het jaarlijks kostenpercentage van een kredietopening niet gebruikt wordt om effectief te berekenen welke sommen de consument op een gegeven ogenblik aan de kredietgever verschuldigd is » ; à notre estime, même pour les prêts à tempérament et les autres formes de crédit, les charges du crédit ne sont pas nécessairement calculées à partir du taux annuel effectif global ; certes, le prêteur calcule les mensualités du crédit à partir d'un taux d'intérêt donné mais, à supposer même qu'il ait converti le taux annuel en taux mensuel selon une base équivalente et non proportionnelle, il se pourrait, par exemple, que, pour le calcul des mensualités, il ait pris en compte un montant supérieur au capital effectivement remis à l'emprunteur, la différence s'expliquant par la volonté du prêteur de récupérer immédiatement les frais afférents à la conclusion du contrat de crédit ; or, pour calculer le taux annuel effectif global, il s'impose de tenir compte du montant effectivement prêté, en sorte que, dans notre exemple, le taux annuel effectif global sera supérieur au taux d'intérêt dont le prêteur s'est servi pour calculer les mensualités du crédit.

(1906) Voy. les articles 5, § 2, et 14, § 3, 5°, de la loi ainsi que les articles 4, § 3, et 7, § 1 et 2, de l'arrêté royal du 4 août 1992 ; sur la nécessité de recourir à un exemple représentatif pour calculer à l'avance le taux annuel effectif global afférent à une ouverture de crédit, voy. aussi P. LETTANY, *op. cit.*, p. 150, n° 176.

(1907) Voy. l'article 14, § 3, 5°, de la loi ; en outre, comme l'observe P. LETTANY (*op. cit.*, p. 90, n° 107), à la différence de l'article 1907, auquel il déroge en matière de prêt, l'article 14, § 3, 5°, de la loi relative au crédit à la consommation n'impose pas de mentionner le taux du crédit dans une clause spéciale du contrat ; le taux annuel effectif global peut donc être mentionné dans une clause qui comporte l'indication d'autres données financières.

prescrit d'indiquer le taux de l'intérêt *sensu stricto* sous peine de réduction des charges du prêt à l'intérêt légal, est donc ici écartée (1908).

On remarque aussi que ce n'est pas uniquement au travers des mentions de l'offre que la loi relative au crédit à la consommation se préoccupe de l'information du consommateur. Ainsi, « toute publicité indiquant un taux d'intérêt ou tout autre chiffre portant sur le coût du crédit, doit également mentionner, de manière apparente, le taux annuel effectif global » (1909). Par ailleurs, au-delà des mentions obligatoires dans l'offre de crédit ainsi que dans la publicité, la loi relative au crédit à la consommation impose encore une obligation générale d'information à charge du prêteur ou de l'intermédiaire de crédit (1910). Il leur revient donc d'éclairer le consommateur au sujet du coût du crédit qui lui est proposé ainsi qu'au sujet des différents montants qui lui seront réclamés en vertu du contrat de crédit. Enfin, rappelons qu'en vertu de la loi relative au crédit à la consommation, le taux annuel effectif global ne peut excéder les plafonds fixés par arrêté royal (1911).

323. – Notion de taux et réglementation des charges additionnelles à l'intérêt dans la loi relative au crédit hypothécaire. – La loi du 4 août 1992 relative au crédit hypothécaire (1912) régleme, en ses titres I et II, les prêts et ouvertures de crédit hypothécaires qui sont consentis à un particulier donc à un consommateur, en vue de l'acquisition ou de la conservation de droits réels immobiliers (1913).

(1908) Il convient cependant de réserver les prêts qui ne sont que partiellement réglementés par la loi relative au crédit à la consommation, par exemple, les prêts qui portent sur un montant supérieur à 860.000 francs et qui sont constatés par acte authentique (voy. l'article 3, § 2, 2°, de la loi) ; ces prêts n'étant pas concernés par l'obligation d'indiquer le taux annuel effectif global dans l'offre de crédit, il n'est donc pas dérogé pour ceux-ci à l'obligation de mentionner le taux de l'intérêt *sensu stricto* prévue par l'article 1907 du Code civil.

(1909) Voy. l'article 5, § 2, de la loi.

(1910) Voy. l'article 11, 1°, de la loi.

(1911) Voy. *supra* nos 306 et s.

(1912) Laquelle a été modifiée en dernier lieu par une loi du 13 mars 1998, *Mon.*, 9 avril 1998, p. 10785.

(1913) Au sujet du champ d'application des titres I et II de cette législation, voy. les articles 1, 2 et 37 de la loi ; pour la doctrine, voy. spécialement les contributions de J. CATTARUZZA, Ph. D'HAEN et P. JOISTEN, in *Chronique de droit à l'usage du notariat – Crédit hypothécaire*, Université de Liège – Faculté de Droit, Vol. XVIII, 21 octobre 1993, pp. 41 et s. ; P. SOURBRON, D. MEULEMANS et M. DAMBRE, in *De nieuwe Wet op het Hypothecair Krediet*, Kluwer, 1993, pp. 19 et s. ; G. JAKHIAN, *Le crédit hypothécaire*, 1994, pp. 5 et s. ; E. CASIER, *Artikelsgewijze Commentaar Wet van 4 augustus 1992 op het hypothecair krediet*, OHRF, 1994, art. 1-1 et s. ; T. BROEKMANS, « Het toepassingsgebied van de wet op het hypothecair krediet », *Limb. rechtsl.*, 1995, p. 117 ; voy. aussi notre article intitulé « Articulation des réglementations en matière de crédit hypothécaire » in *Rev. dr. comm. b. – dossier n° 2*, 1995, pp. 59 et s.

Cette législation maintient le recours à la notion de taux d'intérêt et n'appréhende pas le coût du crédit sous la forme d'un taux tout compris. Toutefois, en vue d'assurer une certaine transparence dans l'appréhension du coût du crédit, le législateur a entendu faire obstacle à la dissémination des charges qui servent de contrepartie au crédit. A cet effet, la loi relative au crédit hypothécaire énumère de façon exhaustive les charges afférentes à la conclusion et à l'exécution normale du crédit qui peuvent être réclamées en sus de l'intérêt et elle limite aussi les contrats qui peuvent être liés au contrat de crédit.

Peuvent évidemment être réclamés à l'emprunteur, en sus de l'intérêt, les « frais légaux inhérents à l'hypothèque » ainsi que « ce qui pourrait être dû en vertu d'autres dispositions légales ou réglementaires » (1914), puisqu'en ce cas, il n'y a pas de risque que ces frais comprennent pour partie un intérêt déguisé.

En dehors de ces frais légaux, seuls deux types de frais peuvent être mis à charge de l'emprunteur en lien avec la négociation et la conclusion du contrat de crédit ; ce sont les frais d'expertise des biens offerts en garantie et les frais de constitution de dossier. Si ces frais peuvent être réclamés à l'emprunteur préalablement à l'expertise ou à la remise d'une offre de crédit, ils ne sont effectivement dus, pour ce qui concerne les frais d'expertise, que si une expertise a véritablement eu lieu et, pour ce qui concerne les frais de dossier, que si une offre de crédit a été remise à l'emprunteur ; dans le cas contraire, ces frais, s'ils ont été avancés par l'emprunteur, doivent lui être remboursés. En toute hypothèse, le montant de ces frais doit être communiqué au préalable à l'emprunteur (1915).

En lien avec la conclusion du crédit, le prêteur ne peut mettre à charge de l'emprunteur que les frais de dossier et d'expertise, à l'exclusion de tous autres frais ou indemnités (1916). Quant aux intermédiaires de crédit, ils ne peuvent réclamer aucune commission de négociation à l'emprunteur. Comme dans la loi relative au crédit à la consommation, les intermédiaires à la conclusion d'un contrat de crédit hypothécaire ne peuvent pas être rémunérés, ni même être défrayés par l'emprunteur, seul le prêteur pouvant être leur débiteur (1917).

En lien avec l'exécution normale du contrat de crédit, une seule indemnité peut être stipulée par le prêteur en sus de l'intérêt ; il s'agit de l'indemnité pour mise à disposition du capital sur la fraction non prélevée du

(1914) Voy. l'article 11, alinéa 1^{er}, de la loi.

(1915) Voy. l'article 11 de la loi ; en outre, si le prêteur est une entreprise hypothécaire, ces frais doivent être mentionnés dans un formulaire de demande signé par l'emprunteur (article 47, § 3, de la loi).

(1916) Voy. les articles 11 et 13 de la loi.

(1917) Voy. les articles 13 et 48 de la loi.

crédit dans le cadre d'une ouverture de crédit (1918). En dehors de celle-ci, aucun autre frais ou indemnité afférent à l'exécution normale du crédit ne peut être réclamé à l'emprunteur (1919). Ainsi, des frais de gestion ou d'administration normale du crédit hypothécaire ne peuvent être mis à charge de l'emprunteur en sus de l'intérêt (1920).

En ce qui concerne les contrats liés, la loi relative au crédit hypothécaire admet qu'il soit recouru à la technique de la reconstitution du capital en lieu et place de l'amortissement du capital (1921) ; en ce cas, les primes dues en vertu du contrat adjoint d'assurance-vie mixte, de capitalisation ou d'épargne se substituent à l'amortissement du capital. Toutefois, ainsi que nous l'avons déjà dit, il en résulte un manque de transparence du taux du crédit dès lors que les primes destinées à reconstituer le capital au terme du crédit sont calculées sur la base d'un taux d'intérêt inférieur au taux d'intérêt que l'emprunteur est tenu de servir pendant toute la durée du crédit sur l'intégralité du capital prêté (1922).

Les contrats adjoints doivent être distingués des contrats d'assurance qui peuvent être annexés au contrat de crédit hypothécaire ; alors que les primes dues en vertu des contrats adjoints se substituent à l'amortissement du capital, les primes qui résultent des contrats annexés se cumulent avec l'amortissement du capital.

Les contrats d'assurance dont le prêteur peut exiger l'annexion au contrat de crédit hypothécaire sont limités au nombre de trois ; il s'agit de l'assurance solde restant dû couvrant le risque décès, de l'assurance couvrant le risque de dégradation de l'immeuble offert en garantie et de l'assurance caution (1923). La loi précise toutefois que si le prêteur peut imposer la conclusion et le maintien en vigueur de l'un de ces trois types de contrats, il doit laisser à l'emprunteur le libre choix de l'assureur (1924). Cependant, comme la loi ne parle de « contrat annexé » qu'à

(1918) Voy. l'article 12, § 1^{er}, de la loi.

(1919) Voy. l'article 13 de la loi.

(1920) Voy. Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. représ., sess. ord. 1990-1991, n° 1742/1, p. 14.

(1921) Voy. l'article 5, 2^o, de la loi.

(1922) Voy. *supra* n° 317.

(1923) Voy. l'article 6, § 1^{er}, de la loi.

(1924) Voy. l'article 6, § 2, alinéa 2, de la loi : « Il est interdit au prêteur d'obliger *directement ou indirectement* l'emprunteur à souscrire le contrat annexé auprès d'un assureur désigné par le prêteur » ; se pose la question si l'article 6, § 2, alinéa 2, garantit également le libre choix de l'intermédiaire d'assurance ; certes, le texte ne parle que du libre choix de l'assureur mais, comme il veille à ce que ce choix ne soit entravé *ni directement, ni indirectement*, il garantit également, nous paraît-il, le libre de choix de l'intermédiaire d'assurance ; voy., semble-t-il, en ce sens, P. DE VROEDE, « Het gezamenlijk aanbod van verzekeringen en een hypotheccair krediet »,

(*voy. la page suivante pour la suite de la note tronquée...*)

propos de l'hypothèse dans laquelle « l'emprunteur souscrit ou maintient en vigueur un contrat d'assurance, en exécution d'une condition du crédit dont le non-respect pourrait entraîner l'exigibilité de la créance » (1925), d'aucuns ont défendu l'idée que le principe du libre choix de l'assureur n'a pas lieu de s'appliquer lorsque l'obligation de maintenir en vigueur le contrat d'assurance est sanctionnée non pas par la dénonciation du crédit mais par la suppression d'une réduction d'intérêt (1926). Cette interprétation restrictive, que l'on aurait pu songer à contester (1927), a peut-être été corroborée par la loi du 13 mars 1998 (1928) qui a introduit, presque à la sauvette, la notion de « réduction conditionnelle » dans la loi relative au crédit hypothécaire. Ainsi, la loi fait désormais allusion (1929) à l'éventualité pour l'emprunteur de perdre le bénéfice d'une réduction d'intérêt, s'il ne remplit plus les conditions de celle-ci. On pourrait, dès lors, en déduire, du moins pour les crédits futurs (1930), que le prêteur est en droit de soumettre une réduction d'intérêt à la condition de contracter et de maintenir auprès d'un assureur donné le contrat d'assurance annexé au crédit ; il est vrai cependant que cette exception au libre choix de l'assu-

(suite de la note tronquée à la page précédente)

note sous Bruxelles, 20 octobre 1993, *D.C.C.R.*, n° 24, 1993-1994, p. 737, n° 5 ; Ph. COLLE et R. STRUBBE, « Juridische problemen aangaande de (verplichte) koppeling van verzekeringen aan een hypothecair krediet », note sous Bruxelles, 20 octobre 1993, *Bull. ass.*, 1994, p. 42, n° 13 ; voy. toutefois, en sens contraire, J. CATTARUZZA, « Taux de faveur – Légalité », *Chronique de droit à l'usage du notariat – Crédit hypothécaire*, Université de Liège – Faculté de Droit, Vol. XVIII, 21 octobre 1993, p. 155, n° 4, qui estime que le principe du libre choix de l'assureur énoncé par l'article 6, § 2, alinéa 2, de la loi relative au crédit hypothécaire n'a pas pour corollaire le principe du libre choix du courtier ; l'auteur réserve toutefois l'hypothèse dans laquelle le courtier ne travaillerait qu'avec quelques compagnies d'assurance.

(1925) Voy. l'article 6, § 1^{er}, de la loi.

(1926) Voy., en ce sens, J. CATTARUZZA, *op. cit.*, p. 155, n° 3 ;

(1927) A la vérité, les travaux préparatoires de la loi de 1992 sont pour le moins confus à cet égard ; ainsi, il a été insisté sur ce que l'octroi d'un crédit hypothécaire ne peut servir de prétexte à imposer « toutes sortes d'assurances » « pour des raisons commerciales » mais il a aussi été précisé que la loi n'interdit pas « d'accorder des réductions du taux d'intérêt en fonction du maintien en vigueur d'un contrat d'assurance ou de capitalisation ou de la constitution d'une épargne » (voy. Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. représ., sess. ord. 1990-1991, n° 1742/1, pp. 4, 5, 9 et 10 ; Rapport DE CLERCK, *Doc. parl.*, Ch. représ., sess. extr. 1991-1992, n° 375/8, pp. 26, 27).

(1928) *Mon.*, 9 avril 1998, p. 10785.

(1929) Non pas, comme on aurait pu s'y attendre, aux articles 6, 18 ou 19, qui traitent des contrats liés, mais par le biais des articles 9, § 1, 6° et 7°, et 21, § 1, *in fine*, qui réglementent, le premier, la variabilité du taux et, le second, l'obligation de fournir un tableau d'amortissement.

(1930) En effet, l'article 8 de la loi modificative du 13 mars 1998 dispose qu'« elle ne s'applique pas aux contrats conclus avant son entrée en vigueur », c'est-à-dire aux contrats conclus avant le 1^{er} septembre 1998.

reur, libre choix énoncé par ailleurs dans la loi, n'a pas été envisagée dans les travaux préparatoires de la modification de 1998, étrangement silencieux sur ce point.

La loi relative au crédit hypothécaire précise encore que, en dehors de l'hypothèse de la reconstitution du capital et des trois types de contrats d'assurance qui peuvent être annexés au contrat de prêt, il est interdit de subordonner « l'octroi d'un crédit hypothécaire » « à l'obligation de souscrire un contrat d'assurance ou de capitalisation ou à la constitution d'une épargne » (1931). Toutefois, comme la loi ne parle que de « l'octroi d'un crédit hypothécaire » et non du taux du crédit hypothécaire, d'aucuns ont estimé que cette règle n'empêche pas que l'octroi et le maintien d'une réduction d'intérêt soient subordonnés à l'obligation de contracter et de servir les primes d'un contrat d'assurance ou de capitalisation auprès du prêteur ou d'un tiers déterminé ou encore à l'obligation de constituer et de maintenir une épargne auprès du prêteur ou d'un tiers déterminé (1932). Cette interprétation restrictive, que l'on aurait pu songer à discuter, semble avoir été corroborée par la loi modificative du 13 mars 1998, s'agissant en tout cas de l'obligation de fournir « un effort d'épargne particulier » pour conserver le bénéfice d'une réduction d'intérêt ; c'est là, en effet, le seul cas vaguement évoqué dans l'exposé des motifs (1933) pour illustrer la notion de « réduction conditionnelle » qui vient d'être introduite, par la petite porte, dans la loi relative au crédit hypothécaire (1934).

La loi relative au crédit hypothécaire limite encore la possibilité de subordonner le crédit à l'acquisition de valeurs mobilières ; à cet égard, la loi n'autorise que la souscription aux parts de la société coopérative ou mutuelle qui accorde le crédit et encore à la condition que le montant de la souscription ou du versement n'excède pas 2 % du capital du crédit (1935). De l'interdiction de subordonner le crédit à la souscription de valeurs mobilières semble résulter l'interdiction de soumettre une réduction d'intérêt à l'acquisition d'actions, d'obligations, de SICAV ou de

(1931) Voy. l'article 19, alinéa 1^{er}, de la loi ; l'article 19, alinéa 2, admet, certes, qu'un capital d'assurance, de capitalisation ou d'épargne soit affecté à titre de garantie complémentaire du crédit, autrement que sur la base d'un contrat adjoint, mais il précise qu'il ne peut « s'ensuivre d'obligation de payer des primes ou d'effectuer des opérations d'épargne ».

(1932) Voy., en ce sens, J. CATTARUZZA, *op. cit.*, p. 154, n° 2 ; A. VAN INGELGHEM, *Artikelsgewijze Commentaar Wet van 4 augustus 1992 op het hypothecair krediet*, OHRF, 1994, art. 19-6, n° 5.

(1933) Voy. *Doc. parl.*, Ch. représ., sess. ord. 1996-1997, n° 946/1, p. 9.

(1934) Et plus précisément en ses articles 9, § 1, 6° et 7°, et 21, § 1, *in fine*, tels qu'ils viennent d'être modifiés par la loi du 13 mars 1998.

(1935) Voy. l'article 18 de la loi.

bons de caisse (1936). Mais encore faut-il se demander dans quelle mesure le législateur de 1998 n'aurait pas entendu valider une telle pratique – ce qui toutefois, eu égard au caractère risqué de certains placements, serait pour le moins curieux –, lorsqu'il a subrepticement introduit la notion de « réduction conditionnelle » dans la loi relative au crédit hypothécaire (1937).

Quant aux contrats liés qui ne sont pas visés par la loi relative au crédit hypothécaire, notamment lorsque l'octroi du crédit (1938) est lié à l'ouverture ou au maintien d'un compte à vue auprès du prêteur avec l'obligation de domicilier ses revenus sur ce compte, on se reportera aux articles 54 et 55 de la loi sur les pratiques du commerce et sur la protection et l'information du consommateur qui règlent les offres conjointes (1939). Le principe énoncé par l'article 54 est l'interdiction des offres conjointes aux

(1936) Voy., en ce sens, A. VAN INGELGHEM, *op. cit.*, art. 19-8, n° 6 ; voy. toutefois, en sens contraire, J. CATTARUZZA, *op. cit.*, p. 157, n° 7, qui ne pose pas la question au regard de l'article 18 de la loi relative au crédit hypothécaire – disposition qui semble interdire une telle pratique – mais qui envisage la question au regard de l'article 54 de la loi sur les pratiques du commerce, qui, il est vrai, ne s'applique pas aux valeurs mobilières.

(1937) Et plus précisément en ses articles 9, § 1, 6° et 7°, et 21, § 1, *in fine*, tels qu'ils viennent d'être modifiés par la loi du 13 mars 1998.

(1938) Nous disons « l'octroi du crédit », parce que s'agissant des réductions conditionnelles de taux, la loi modificative du 13 mars 1998 (qui, toutefois, ne régit que les contrats de crédit hypothécaire conclus après son entrée en vigueur) pourrait bien avoir pour effet d'écarter la réglementation des offres conjointes inscrite dans la loi sur les pratiques du commerce ; voy. nos explications *infra* au texte.

(1939) Pour les contrats conclus avant l'entrée en vigueur de la loi modificative du 13 mars 1998 (soit avant le 1^{er} septembre 1998), la licéité de la pratique des réductions conditionnelles d'intérêts qui n'étaient pas interdites par la loi relative au crédit hypothécaire sans cependant être expressément autorisées par celle-ci – bref, la licéité de la pratique des réductions conditionnelles de taux à propos desquelles la loi relative au crédit hypothécaire était muette – doit également être envisagée au regard des articles 54 et 55 de la loi sur les pratiques du commerce (l'application d'une législation spécifique au crédit n'excluant l'application de la loi sur les pratiques du commerce que dans la mesure où la première déroge à la seconde ; voy. sur ce point notre article intitulé « Articulation des réglementations en matière de crédit hypothécaire » in *Rev. dr. comm. b. – dossier n° 2*, 1995, p. 110, n° 125) ; ainsi, dans la mesure où l'on considérerait que, (déjà) avant la loi modificative, les articles 6 et 19 de la loi relative au crédit hypothécaire étaient étrangers à l'hypothèse dans laquelle ce n'est pas l'octroi et le maintien du crédit mais uniquement l'octroi et le maintien d'un *taux promotionnel* qui sont subordonnés à l'obligation de contracter et de servir les primes d'un contrat d'assurance ou de capitalisation auprès du prêteur ou d'un tiers déterminé ou encore à l'obligation de constituer et de maintenir une épargne auprès du prêteur ou d'un tiers déterminé, il faudrait envisager la licéité de cette pratique au regard des articles 54 et 55 de la loi sur les pratiques du commerce.

consommateurs (1940). Toutefois, en vertu de l'article 55, 1, « il est permis d'offrir conjointement, pour un prix global des produits et des services constituant un ensemble » ; à cet égard, on attend toujours que le Roi désigne, en application de cette disposition, « les services offerts dans le secteur financier qui constituent un ensemble ». La question est si la notion de contrats liés, c'est-à-dire de contrats dont le prêteur impose la conclusion à l'emprunteur en sus du crédit, est couverte par la notion d'offre conjointe telle qu'elle est définie dans l'article 54 de la loi sur les pratiques du commerce. Le doute provient de ce que, à l'origine, l'offre conjointe semblait plutôt perçue comme un avantage promis au consommateur en vue de l'inciter à contracter et non comme une charge supplémentaire ainsi qu'il en va pour les contrats imposés à l'emprunteur hypothécaire en sus de son crédit (1941). Il nous paraît cependant que l'objectif de transparence des prix qui est poursuivi par l'interdiction des offres conjointes comme aussi la définition large dont elles font l'objet dans l'article 54 de la loi sur les pratiques du commerce plaident pour l'extension de la notion d'offre conjointe à la pratique des contrats liés (1942). Il en

(1940) L'article 54 de la loi sur les pratiques du commerce est ainsi libellé :

« Il y a offre conjointe au sens du présent article, lorsque l'acquisition, gratuite ou non, de produits, de services, de tous autres avantages, ou de titres permettant de les acquérir, est liée à l'acquisition d'autres produits ou services, même identiques.

Sauf les exceptions précisées ci-après, toute offre conjointe au consommateur effectuée par un vendeur est interdite. Est également interdite toute offre conjointe au consommateur effectuée par plusieurs vendeurs agissant dans une unité d'intention ».

Pour une appréciation critique de l'interdiction de principe des offres conjointes aux consommateurs, voy. J. STUYCK et G. STRAETMANS, *Financiële diensten en de consument*, Kluwer, 1994, pp. 131 et s., n^{os} 383 et s.

(1941) Voy. le pourvoi introduit par le prêteur contre l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 20 octobre 1993 (*D.C.C.R.*, n^o 24, 1993-1994, p. 731, *Rev. dr. comm. b.*, 1994, p. 628, *Bull. ass.*, 1994, p. 33), pourvoi qui a été rejeté par l'arrêt de la Cour de cassation du 4 septembre 1997 (*Rev. dr. comm. b.*, 1998, p. 53, *R.W.*, 1997-1998, p. 1076) ; dans cette affaire (où la loi relative au crédit hypothécaire – et spécialement son article 6 – n'était pas encore d'application, en sorte que la question se posait exclusivement au regard de la réglementation des offres conjointes), il était reproché au prêteur d'avoir subordonné l'octroi d'un taux avantageux à la souscription, par son intermédiaire, d'une assurance incendie et d'une assurance solde restant dû ; en première instance, le prêteur avait prétendu, mais sans succès non plus, qu'il n'y avait qu'une seule offre (voy. *Comm. Bruxelles (prés.)*, 4 mars 1993, *D.C.C.R.*, n^o 20, 1992-1993, p. 355).

(1942) Voy., en ce sens, l'arrêt précité de la Cour de cassation du 4 septembre 1997 et l'arrêt précité de la cour d'appel de Bruxelles du 20 octobre 1993 ; les notes, sous ce dernier arrêt, de P. DE VROEDE, « Het gezamenlijk aanbod van verzekeringen en een hypotheckair krediet », *D.C.C.R.*, n^o 24, 1993-1994, p. 736, n^o 2, et de Ph. COLLE et R. STRUBBE, « Juridische problemen aangaande de (verplichte) koppeling van verzekeringen aan een hypotheckair krediet », *Bull. ass.*, 1994, p. 39, n^{os} 3

(voy. la page suivante pour la suite de la note tronquée...)

résulte que les contrats liés à propos desquels la loi relative au crédit hypothécaire est muette sont en principe interdits (1943). Certes, il y a lieu de réserver l'hypothèse dans laquelle le contrat lié formerait un ensemble avec le crédit, puisque l'article 55, 1, permet d'offrir conjointement des produits et des services qui forment un ensemble (1944) ; toutefois, il ne faudrait pas négliger que l'article 55, 1, énonce une autre condition, à

(suite de la note tronquée à la page précédente)

et 4 ; G. JAKHIAN, « Ristourne et réduction d'intérêts dans le crédit hypothécaire : l'état provisoire de la question – L'offre conjointe et le crédit hypothécaire », obs. sous Conseil d'Etat, 3 juin 1996, *Rev. dr. comm. b.*, 1998, p. 237, n° 2.5 ; voy. encore, en ce sens, P. LETTANY, « Contract van hypothecair krediet. Leidraad bij het opstellen van de akte », in *De nieuwe Wet op het Hypothecair Krediet*, 1993, p. 323, n° 20 : « Het lijkt vrij evident dat het verlenen van kortingen op krediettarieven ten gevolge van het aanwenden door de consument van andere diensten of produkten aan deze definitie beantwoordt », mais qui réserve l'hypothèse où le contrat lié formerait un ensemble avec le crédit hypothécaire au sens de l'article 55, 1, sans toutefois mentionner l'autre condition prévue par cette disposition, à savoir que les produits qui forment un ensemble soient offerts pour un *prix global*.

(1943) N'est pas à considérer comme un contrat lié, ni comme une offre conjointe, une ristourne ou une réduction d'intérêt qui est octroyée à un client déjà existant pour le récompenser de sa fidélité passée, pour autant évidemment que le maintien du bénéfice de ce taux avantageux ne soit pas subordonné à l'obligation de maintenir en vigueur les contrats déjà existants (compte à vue – épargne – assurances) ; comp. Comm. Bruxelles (prés.), 4 décembre 1996, *A.J.T.*, 1996-1997, p. 370, qui estime que l'octroi d'une ristourne à des clients déjà existants ne comporte pas une offre double ou plurale et ne constitue pas, par conséquent, une offre conjointe ; toutefois, il ne semble pas que le président du tribunal émet la même réserve que nous, à savoir qu'il y aurait quand même offre conjointe si le maintien de la ristourne était subordonné à l'obligation de maintenir en vigueur les contrats déjà existants ; dans cette affaire, le président du tribunal ne sanctionne par un ordre de cessation pour violation de l'interdiction des offres conjointes prévue par l'article 54 de la loi sur les pratiques du commerce que l'offre d'une ristourne liée à une épargne *future*, via un compte ou un livret d'épargne ou via un *nouveau* contrat d'assurance-vie.

(1944) Voy., en ce sens, G. STRAETMANS, « De toepassing van algemene en sectoriële bepalingen inzake gezamenlijk aanbod op financiële diensten », note sous Bruxelles, 20 octobre 1993, précité, *Rev. dr. comm. b.*, 1994, p. 633, n° 10, qui estime qu'un contrat d'assurance incendie et un contrat d'assurance solde restant dû forment un ensemble avec un crédit hypothécaire et que, partant, il est permis, en vertu de l'article 55, 1, de la loi sur les pratiques du commerce, de les offrir conjointement ; voy. aussi, en ce sens, J. CATTARUZZA, *op. cit.*, p. 157, n° 8 et 9, qui estime, en outre, que l'article 55, 1, de la loi sur les pratiques du commerce permet également de coupler un crédit hypothécaire avec l'ouverture et le maintien d'un compte à vue auprès de l'organisme prêteur ; par ailleurs, bien qu'il ait plutôt tendance à se prononcer pour l'affirmative, J. CATTARUZZA est plus réservé en ce qui concerne la possibilité de coupler, au regard de l'article 55, 1, le crédit hypothécaire avec la constitution d'une épargne et la domiciliation de revenus ; enfin, toujours au regard de l'article 55, 1, J. CATTARUZZA se prononce contre la possibilité de coupler le crédit hypothécaire avec l'obligation d'acquiescer une ou plusieurs cartes de crédit ou de débit ou encore avec l'obligation de souscrire un autre crédit.

savoir qu'un *prix global* ait été stipulé pour ces produits et ces services qui forment un ensemble, ce qui impliquerait que les frais afférents au contrat lié aient été intégrés dans le taux de l'intérêt du crédit hypothécaire ; or, si la pratique des contrats liés pose problème en matière de crédit hypothécaire, c'est précisément parce que les frais afférents aux contrats imposés à l'emprunteur en sus de son crédit ne sont pas intégrés dans le taux de l'intérêt, en sorte que l'exception prévue par l'article 55, 1, n'est d'aucune utilité à cet égard (1945).

Cependant, s'agissant des contrats liés qui s'analysent en une condition non pas du crédit lui-même mais d'une réduction de taux, il y a lieu, encore une fois, de tenir compte, pour les contrats futurs, de la modification qui vient d'être apportée à la loi relative au crédit hypothécaire, laquelle fait désormais allusion à la notion de « réduction conditionnelle » de taux (1946). Il faudrait peut-être en déduire que des réductions conditionnelles de taux peuvent désormais être annoncées, en matière de crédit hypothécaire, sans que la réglementation des offres conjointes doive être respectée, c'est-à-dire non seulement en dehors de tout *prix global* mais encore sans que soit requise la condition que les produits ou les services offerts conjointement forment un ensemble (1947) ; il convient néanmoins de rester prudent, les travaux préparatoires de la modification de 1998 n'ayant même pas envisagé la question, laquelle était pourtant sous les feux de l'actualité judiciaire.

En ce qui concerne l'expression du taux, la loi modificative de 1998 a clairement condamné la pratique qui consiste à accorder des ristournes sur les mensualités du crédit, sans que la diminution des charges du prêt qui en résulte soit répercutée dans le taux de l'intérêt, ni, partant, dans le tableau d'amortissement (1948). Autrement dit, les récompenses de fidélité

(1945) Voy., en ce sens, P. DE VROEDE, *op. cit.*, p. 736, n° 3 ; Ph. COLLE et R. STRUBBE, *op. cit.*, p. 41, n° 12.

(1946) C'est-à-dire à une réduction dont l'emprunteur peut perdre le bénéfice en cours de crédit s'il ne remplit plus les conditions de celle-ci ; voy. les articles 9, § 1, 6° et 7°, et 21, § 1, *in fine*, de la loi relative au crédit hypothécaire, tels qu'ils viennent d'être modifiés par la loi du 13 mars 1998.

(1947) En effet, ainsi que nous venons de le voir, l'exigence d'un *prix global* pour les produits ou les services offerts conjointement est incompatible avec la pratique des réductions conditionnelles de taux, laquelle pourrait bien avoir été discrètement validée par la modification apportée à la loi relative au crédit hypothécaire ; partant, la réglementation des offres conjointes ne régirait plus les réductions de taux en matière de crédit hypothécaire.

(1948) Déjà avant la modification de 1998, on se demandait si cette pratique, qui avait pour effet de retarder la diminution du solde restant dû et de court-circuiter la réglementation de la variabilité du taux, était bien conforme à l'exigence de la mention du taux et plus généralement à l'objectif de transparence poursuivi par la loi spécialement lorsqu'elle oblige le prêteur à dresser un tableau d'amortisse-

(voy. la page suivante pour la suite de la note tronquée...)

ou autres diminutions des montants à payer doivent impérativement être reprises dans le taux de l'intérêt et dans le tableau d'amortissement (1949) ; conséquemment, elles doivent nécessairement prendre la forme d'une réduction du taux de l'intérêt lui-même, à l'exclusion de celle d'une ristourne d'un montant payé (1950).

Toujours en ce qui concerne l'expression du taux, observons que la loi relative au crédit hypothécaire a égard, comme en matière de crédit à la consommation, à l'époque du paiement de l'intérêt. Toutefois, le taux d'intérêt qui doit être exprimé dans l'offre de crédit et dans l'acte constitutif du contrat de crédit hypothécaire n'est pas un taux annuel effectif mais un taux de période, à savoir « le taux, exprimé en pourcentage par période, auquel les intérêts sont calculés pour la même période » (1951). La loi relative au crédit hypothécaire interdit, en outre, « d'exiger ou de faire payer » « des intérêts avant l'expiration de la période pour laquelle ils sont calculés » ou encore « des intérêts par fractions de périodes pour lesquelles ils sont calculés » (1952).

En conséquence, si les parties ont prévu des paiements mensuels, c'est un taux d'intérêt mensuel qui doit être mentionné dans l'offre de crédit. Il n'est pas question non plus de stipuler un taux annuel et de calculer le

(suite de la note tronquée à la page précédente)

ment ; à quoi sert-il, en effet, de réglementer de façon drastique et l'expression du taux et le mode de calcul de celui-ci, si on permet, par ailleurs, d'exprimer dans le contrat ou dans la publicité un taux d'intérêt qui ne correspond pas aux charges effectivement supportées par l'emprunteur ? Il est vrai que la notion même de ristourne avait été avalisée, de façon incidente, par l'article 12, 3^o, *in fine*, de l'arrêté royal du 5 février 1993 portant diverses dispositions d'exécution de la loi du 4 août 1992 relative au crédit hypothécaire et même de façon directe par l'arrêté ministériel du 24 avril 1995 approuvant le règlement n^o 10 du 1^{er} mars 1995 de l'Office de Contrôle des Assurances relatif aux récompenses de fidélité accordées par une entreprise hypothécaire (*Mon.*, 20 juillet 1995, p. 19896) ; toutefois, se posait la question de la compatibilité de ces arrêtés avec la loi du 4 août 1992.

(1949) Voy. les articles 4, 4^o, et 21, § 1, alinéa 3, de la loi relative au crédit hypothécaire, tels qu'ils viennent d'être modifiés par la loi du 13 mars 1998 ; précisons que dans le cas où la réduction viendrait à disparaître ou, du moins, à subir une modification parce que l'emprunteur ne remplirait plus tout ou partie des conditions de celle-ci, l'article 21, § 1, alinéa 3, impose la communication d'un nouveau tableau d'amortissement.

(1950) Voy. les rapports présentés à la Chambre, *Doc. parl.*, Ch. représ., sess. ord. 1996-1997, n^o 946/7, p. 20, sess. ord. 1997-1998, n^o 946/13, p. 3, et le rapport présenté au Sénat, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 1997-1998, n^o 393/4, pp. 2 et 24 ; puisque le législateur a entendu interdire la pratique des ristournes, c'est à dessein qu'il ne les réglemente pas ; aussi, contrairement à ce que l'on a pu écrire (voy. G. JAKHIAN, *op. cit.*, *Rev. dr. comm. b.*, 1998, p. 236), il n'y a aucune inconséquence de la part du législateur à réglementer les réductions à l'exclusion des ristournes, puisque ces dernières sont interdites.

(1951) Voy. l'article 4, 4^o, de la loi.

(1952) Voy. l'article 10, alinéa 3, de la loi.

montant des intérêts dû mensuellement en appliquant ce taux annuel divisé par douze au capital restant à rembourser. De même, il est interdit de calculer le montant annuel de l'annuité et de le diviser simplement par douze sans tenir compte du paiement anticipé du capital et des intérêts compris dans les onze premières mensualités de l'année.

La loi relative au crédit hypothécaire ne prévoit pas de sanction spécifique à défaut pour le prêteur d'avoir mentionné le taux de période, le plus souvent le taux mensuel de l'intérêt, dans le contrat de crédit. Il est vrai que la loi relative au crédit hypothécaire énonce une sanction générale en cas de méconnaissance de ses dispositions, à savoir la possibilité pour l'emprunteur d'effectuer un remboursement anticipé sans être tenu d'aucune indemnité de remploi (1953). Toutefois, cette sanction « ne porte pas préjudice aux autres droits et recours que l'emprunteur peut faire valoir » (1954). Or, parmi les autres droits et recours que l'emprunteur peut faire valoir, il faut signaler la sanction prévue par l'article 1907, alinéa 4, du Code civil à défaut de détermination du taux de l'intérêt par une clause spéciale de la convention de prêt (1955). En conséquence, en présence d'un prêt hypothécaire (1956), il nous paraît qu'à défaut de mention du taux de l'intérêt dans une clause spéciale de la convention, il y a lieu de réduire, en vertu de l'article 1907, alinéa 4, le taux de l'intérêt à l'intérêt légal ainsi que de supprimer les commissions et rémunérations accessoires.

En ce qui concerne l'information de l'emprunteur dans la publicité, la législation relative au crédit hypothécaire abandonne la notion de taux de période pour lui substituer celle de taux d'intérêt annuel effectif ou « actuariel », c'est-à-dire d'un taux annuel exprimé, comme dans la loi relative au crédit à la consommation, en tenant compte de l'époque du paiement des intérêts (1957). Le but est évidemment d'assurer une saine

(1953) Voy. l'article 28 de la loi.

(1954) Voy. l'article 28, § 2, de la loi.

(1955) Sur ce que la loi relative au crédit hypothécaire ne déroge pas à l'article 1907, en sorte qu'il s'impose de mentionner le taux de l'intérêt dans une clause spéciale de la convention, voy. P. LETTANY, « Contract van hypotheecair krediet. Leidraad bij het opstellen van de akte », *op. cit.*, p. 321.

(1956) Rappelons, à cet égard, qu'il ne nous paraît pas hérétique d'admettre la qualification de prêt pour les avances qui sont consenties en vertu d'une ouverture de crédit à la construction dépourvue de caractère revolving ou encore en présence d'une avance consentie en vertu d'une ouverture de crédit hypothécaire cadre dont l'utilisation requiert chaque fois un nouvel accord des parties ; voy. *supra* n° 269.

(1957) Voy. l'article 10 de l'arrêté royal du 5 février 1993 portant diverses dispositions d'exécution de la loi du 4 août 1992 relative au crédit hypothécaire ; nous mettons le terme « actuariel » entre guillemets car il ne s'agit ici que de répercuter, dans l'expression du taux, l'époque du paiement des intérêts (à l'exclusion notamment d'autres flux comme ceux qui résultent des versements reconstitutifs) ; au sujet de la conversion équivalente du taux de période en un taux annuel, voy. encore *infra* n° 357, où nous envisageons cette question en lien avec l'anatocisme.

concurrence entre les prêteurs et de permettre aux emprunteurs de comparer efficacement les différents taux proposés, alors même que les intérêts obéiraient à des modalités de paiement distinctes.

Nonobstant toutes ces précautions, la comparaison des taux d'intérêt hypothécaires n'est guère aisée (1958). Il faut, en effet, compter non seulement avec la reconstitution du capital mais aussi avec la possibilité de stipuler différents taux fixes qui se succèdent dans le temps (1959) et surtout avec la variabilité des taux (1960). Or, si nous ne contestons pas la légitimité de la variabilité des taux, il n'en demeure pas moins qu'il n'existe pas de formule mathématique qui permette de comparer un taux variable tous les trois ans par rapport aux OLO à trois ans avec un taux variable après cinq ans par rapport aux OLO à cinq ans (1961). La comparaison aurait été encore plus difficile si l'on avait admis le recours simultané à différents taux d'intérêts variables ou encore à une combinaison de taux fixes et de taux variables, c'est pourquoi de telles possibilités sont expressément écartées par la loi (1962).

Enfin, la comparaison était d'autant plus ardue qu'en pratique, les prêteurs combinaient la variabilité du taux avec un système de réductions ou plutôt de ristournes tantôt temporaires, tantôt subordonnées à l'exécution d'un autre contrat auprès du prêteur ou d'un tiers déterminé ; en ce cas, le montant des charges supportées par l'emprunteur était soumis à deux types de variables qui se cumulaient, à savoir, d'une part, l'indice de référence et, d'autre part, la perte ou le risque de perte de la ristourne ou de

(1958) Comp. J.-L. LEDOUX, *Tout savoir sur le crédit*, 1997, p. 57, qui écrit, à propos de la loi relative au crédit hypothécaire : « la transparence voulue ne semble pas avoir été au rendez-vous ».

(1959) Ou encore différents taux fixes par tranche de capital ; voy. l'article 8 de la loi.

(1960) Voy. l'article 9 de la loi, tel qu'il vient d'être modifié par la loi du 13 mars 1998 ; cet article avait déjà été modifié par une loi du 13 avril 1995 mais la modification ainsi apportée à la disposition n'est jamais entrée en vigueur en raison des oppositions qu'elle a suscitées ; c'est pourquoi une nouvelle mouture de l'article 9 vient d'être adoptée.

(1961) Par OLO à trois ou cinq ans, nous désignons la moyenne des taux de rendement d'application, sur le marché secondaire, aux obligations linéaires exprimées en francs belges et dont la durée résiduaire est égale à trois ou cinq ans (voy. l'arrêté royal du 11 janvier 1993 fixant les indices de références pour les taux d'intérêt variables en matière de crédits hypothécaires, *Mon.*, 9 février 1993, p. 2882) ; précisons que l'article 9 de la loi, tel qu'il vient d'être modifié par la loi du 13 avril 1998, impose de choisir l'indice de référence « en fonction de la durée des périodes de variation du taux d'intérêt ».

(1962) Voy. l'article 9, tel qu'il vient d'être modifié par la loi du 13 mars 1998 ; déjà, dans sa version initiale, l'article 9 n'envisageait que l'hypothèse dans laquelle « un taux d'intérêt variable a été stipulé » ; en outre, la possibilité de combiner un ou plusieurs taux fixes avec un ou plusieurs taux variables semblait déjà interdite par l'article 7 de la loi, qui dispose : « Le taux d'intérêt est fixe ou variable ».

la réduction. A cet égard, la loi modificative de 1998 a clairement condamné, ainsi que nous l'avons déjà dit, la pratique des ristournes pour ne plus admettre que celle des réductions de taux ; en outre, lorsqu'un taux variable a été stipulé, les réductions temporaires sont expressément interdites ; la loi relative au crédit hypothécaire permet toutefois que des réductions conditionnelles soient couplées avec la variabilité du taux (1963).

Le prospectus qui est obligatoirement émis par les entreprises hypothécaires (1964) doit décrire, au moyen d'exemples représentatifs, les différents types de crédits qu'elles offrent ainsi que les choix possibles qu'elles laissent à l'emprunteur en ce qui concerne le taux et sa variabilité (1965). Ces exigences suffiront-elles pour éclairer l'emprunteur hypothécaire sur le coût de son crédit et l'effort de clarification entrepris par le législateur portera-t-il ses fruits nonobstant la complexification croissante de ce type de produit ? On peut sérieusement se poser la question.

**Section III. – Abrogation des alinéas 2 et 4
de l'article 1907 ou extension à toutes les conventions
de crédit de mesures telles que la mention
d'un taux tout compris ?**

324. – Dès lors que le consommateur est protégé par des lois spéciales, n'est-il pas superfétatoire d'encore prévoir, dans le Code civil, des dispositions visant à assurer l'information de l'emprunteur sur le coût de son cré-

(1963) Voy. l'article 9 de la loi, tel qu'il vient d'être modifié par la loi du 13 mars 1998 ; désormais, il est expressément prévu que la notion de « taux initial » (notion qui intervient pour le calcul du nouveau taux à l'expiration des périodes déterminées pour la variabilité) doit intégrer les réductions de taux éventuellement consenties ; ce n'est que si une réduction conditionnelle a été accordée et que l'emprunteur ne respecte plus les conditions de celle-ci que le taux initial hors réduction peut être pris en considération pour le calcul du taux applicable à l'expiration des périodes déterminées pour la variabilité.

(1964) Voy. l'article 47, § 2, de la loi ; assez curieusement, depuis qu'il a été modifié par la loi du 13 mars 1998, cet article 47, § 2, fait mention expresse de la possibilité pour l'entreprise hypothécaire de consentir des réductions hors tarifs ; c'est qu'il avait été question, au cours des travaux préparatoires de la loi de 1998, d'interdire les réductions *hors tarifs, même accordées en cours de contrat*, interdiction qui fort heureusement n'a finalement pas été adoptée ; dans le passé, l'Office de Contrôle des Assurances avait d'ailleurs déjà tenté d'imposer l'interdiction des réductions et des ristournes *hors tarifs* mais le Conseil d'Etat avait jugé que la loi relative au crédit hypothécaire ne permettait pas à l'Office de prendre une telle mesure, voy. Conseil d'Etat (sect. adm.), 3 juin 1996, *Rev. not. b.*, 1996, p. 392 ; *Rev. dr. comm. b.*, 1998, p. 231, et obs. G. JAKHIAN.

(1965) Voy. l'article 12 de l'arrêté royal du 5 février 1993 portant diverses dispositions d'exécution de la loi du 4 août 1992 relative au crédit hypothécaire.

dit ? – Lorsque le législateur de 1934 a réformé l'article 1907, il avait principalement en vue les abus qui se commettaient en matière de prêts hypothécaires ; or, ainsi que nous venons de le voir, il existe actuellement une réglementation détaillée du crédit hypothécaire consenti aux consommateurs en vue de l'acquisition et de la conservation de droits réels immobiliers (1966). Bien plus, tous les autres crédits consentis par un professionnel à un consommateur tombent, en principe, dans le champ d'application de la loi relative au crédit à la consommation, laquelle régit l'information de l'emprunteur et la détermination des charges du crédit de façon bien plus sévère encore (1967). Aussi, pourrait-on songer à supprimer du Code civil toute exigence en lien avec l'information de l'emprunteur au sujet du coût de son crédit (1968).

Si une telle solution était adoptée, les crédits qui ne sont pas concernés par la stricte réglementation prévue par ces deux législations, à savoir essentiellement les crédits consentis à des débiteurs agissant à des fins professionnelles (1969), seraient dépourvus de tout formalisme en lien avec l'information de l'emprunteur sur le coût de son crédit ; ils obéiraient uniquement au droit commun qui requiert que le montant des charges du crédit soit déterminé ou déterminable. Une telle solution permettrait assurément de préserver la souplesse nécessaire à la vie des affaires, laquelle constitue un impératif que l'on ne peut négliger.

Pourtant, nous ne sommes pas convaincue du bien-fondé d'une telle solution qui tend à bannir toute règle générale en lien avec l'information de l'emprunteur au sujet du coût de son crédit. Si les crédits consentis à des consommateurs méritent assurément une protection spéciale, nous ne voyons pas pourquoi un minimum de transparence ne pourrait pas être assuré pour les autres crédits, ne fût-ce que dans les décomptes auxquels ils donnent lieu. Parce que le calcul des charges d'un crédit donné est nécessairement fonction de diverses variables dont la moindre n'est pas le taux de l'intérêt, il nous paraît souhaitable que l'emprunteur dispose des éléments nécessaires à la compréhension des montants qui lui sont réclamés en exécution de son contrat de crédit. Encore faut-il définir ce

(1966) Voy. *supra* n° 323.

(1967) Voy. *supra* n° 322.

(1968) Toutefois, comme la loi relative au crédit hypothécaire ne comporte pas de sanction spécifique de l'absence de mention du taux de l'intérêt et qu'il y a lieu de se référer, sur ce point, à l'alinéa 4 de l'article 1907 (voy. *supra* n° 323), il conviendrait, en cas de suppression de cette disposition du Code civil, de transposer la sanction qu'elle comporte dans la loi relative au crédit hypothécaire.

(1969) Nous disons « essentiellement » parce qu'en raison des exclusions prévues par l'article 3 de la loi relative au crédit à la consommation, il est des crédits consentis à des consommateurs qui échappent, en tout ou en partie, au formalisme prévu par cette législation.

seuil de transparence qu'il conviendrait de garantir à tous les emprunteurs.

325. – De l'inopportunité de prévoir pour tous les crédits, abstraction faite de la qualité du débiteur, une limitation des différents types de frais qui peuvent être réclamés en sus de l'intérêt. – Disons-le d'emblée, ce seuil minimum de transparence applicable à tous les crédits ne saurait être concrétisé par une disposition qui restreindrait les différents types de frais qui peuvent être réclamés en sus de l'intérêt. Ainsi, s'agissant des intermédiaires à la conclusion du contrat de crédit, l'interdiction qui leur est faite, dans les législations à vocation protectrice, de se faire payer par le consommateur pour leur intervention (1970) est assurément justifiée par les trop nombreux abus qui ont été commis à l'égard des consommateurs ; à la vérité cependant, une telle interdiction est contraire à la réalité économique, puisqu'elle fait obstacle à ce que le prix d'une prestation soit imputé directement à son bénéficiaire (1971) ; aussi, une telle interdiction ne saurait, à notre sens, être généralisée.

De même, en ce qui concerne les charges additionnelles à l'intérêt qui sont réclamées par les dispensateurs de crédit, il n'est pas possible, ni même souhaitable croyons-nous, de réglementer, de façon générale, une matière en constante évolution. Certes, la multiplication des postes de frais imputés aux débiteurs dans le cadre des ouvertures de crédit en compte ne leur permet pas d'avoir une idée globale du coût de leur crédit, certaines commissions constituant d'ailleurs un « complément d'intérêts déguisés » (1972), mais, en l'absence d'abus, ce seul constat ne saurait justifier une intervention générale du législateur. C'est aux parties et non au législateur qu'il appartient de concevoir et de construire la relation contractuelle, l'intervention de ce dernier ne se justifiant, selon nous, que dans les matières particulièrement sensibles.

Pour la même raison, il ne nous paraît pas souhaitable que le législateur instaure une réglementation des contrats liés offerts aux débiteurs professionnels. Sous peine de scléroser le monde des affaires, les différents mon-

(1970) Voy. *supra* n^{os} 322 et 323.

(1971) Nous disons « directement », puisqu'il va de soi que le prêteur répercute la commission qu'il paie à l'intermédiaire dans le taux de ses crédits, en sorte qu'*in fine*, c'est l'emprunteur qui supporte la rémunération de l'intermédiaire.

(1972) Voy. J. DUBOS, « Intérêts et commissions – Fixation des taux d'intérêts », in *Juris-classeur commercial*, Banque et crédit, Fasc. 510, 1994, p. 11, n^o 38, qui, en matière de découvert en compte, qualifie de « compléments d'intérêts déguisés », la commission qui est due sur le plus fort découvert du mois ou du trimestre enregistré sur le compte, la commission dite d'immobilisation ou de permanence sur les comptes fonctionnant uniquement en lignes débitrices et la commission de dépassement sur les soldes débiteurs en dépassement par rapport au montant du découvert autorisé.

tages financiers imaginés par la pratique ne sauraient, d'emblée, être suspectés (1973).

Aussi, pourrait-on songer non point à limiter les différents types de frais qui sont réclamés en sus de l'intérêt mais à généraliser l'exigence de la mention d'un taux tout compris. A cet égard, on observe que, dans l'état actuel de la jurisprudence française, c'est non seulement le taux de l'intérêt mais aussi le taux effectif global qui doivent être fixés par écrit pour toutes les conventions de prêt, en ce compris pour les découverts en compte courant. Cependant, l'expérience française en ce domaine incite à la prudence.

326. – Dans l'état actuel de la jurisprudence française, le taux de l'intérêt et le taux effectif global doivent être fixés par écrit pour toutes les conventions de prêt, en ce compris pour les découverts en compte courant. – Le système français, qui connaît aussi des législations protectrices en matière de crédit à la consommation et de crédit immobilier consentis aux particuliers (1974), se distingue par le fait que, parallèlement à ces législations, ont été imposées, sous l'action conjuguée du législateur et de la jurisprudence, des mentions, requises à titre de validité du taux, en vue d'informer la généralité des emprunteurs.

Ainsi, l'alinéa 2 de l'article 1907 du Code civil qui, en France, est demeuré inchangé depuis 1804 et qui dispose toujours à l'heure actuelle que « le taux de l'intérêt conventionnel doit être fixé par écrit » a été redécouvert en 1981. Après plusieurs hésitations (1975), la Cour de cassation française a estimé que la mention du taux de l'intérêt, envisagé comme un *pourcentage*, est une formalité tenant à la validité de la stipulation du taux de l'intérêt, dont le non-respect est sanctionné par l'application du taux légal.

Pour ce faire, elle a visé non seulement le texte de la finale de l'article 1907 mais aussi l'article 4 de la loi n° 66-1010 du 28 décembre 1966 relative à l'usure, aux prêts d'argent et à certaines opérations de démar-

(1973) Dans tous ces cas, il convient bien évidemment de réserver l'application de la théorie de la lésion qualifiée et de l'usure ; à cet égard, si la complexité du montage financier n'est pas en elle-même suspecte, il ne peut toutefois être question pour le prêteur ou pour l'intermédiaire de se retrancher derrière pareille complexité pour justifier tout et n'importe quoi, même à l'égard de commerçants ou de professionnels, puisqu'une telle qualité n'est pas exclusive de la notion d'abus.

(1974) Aujourd'hui intégrées dans les articles 311-1 et suivants du Code de la consommation.

(1975) Au sujet de l'évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation française sur cette question, voy. Ph. REMY, obs. sous Cass. civ. fr., 24 juin 1981, *Rev. trim. dr. civ.*, 1982, p. 429 ; I. PETEL-TEYSSIE, « Prêt à intérêt », in *Juris-classeur civil*, 1990, art. 1905 à 1908, Fasc. 1, p. 22, n° 145 ; C. GAVALDA, « Intérêts des capitaux », in *Répertoire Dalloz de droit commercial*, t. 4, 1994, p. 7, n° 66.

chage et de publicité, qui dispose : « Le taux effectif global déterminé comme il est dit ci-dessus doit être mentionné dans tout écrit constatant un contrat de prêt régi par la présente loi » (1976) ; la Cour de cassation française ne s'est donc pas fondée uniquement sur l'article 1907, alinéa 2, ce qui se comprend, si l'on se réfère à l'interprétation antérieure de la doctrine et de la jurisprudence (1977).

Pour la Cour de cassation française, « il résulte de la combinaison de ces textes que, en matière de prêt d'argent, l'exigence d'un écrit mentionnant le taux de l'intérêt conventionnel est une condition de validité de la stipulation d'intérêt » (1978) ; il résulte également de la combinaison de ces textes « qu'en matière de prêt d'argent l'exigence d'un écrit mentionnant le taux effectif global est une condition de la validité de la stipulation d'intérêt » ; à propos de la sanction, la Cour précise en visant les articles 1134 et 1907 « qu'en matière de prêt d'argent consenti à titre onéreux, et à défaut de validité de la stipulation conventionnelle d'intérêts, il

(1976) Cette disposition a, depuis lors, été retirée de la loi de 1966 et intégrée dans l'article 313-2 du Code de la consommation porté par la loi n° 93-949 du 26 juillet 1993 (*Daloz*, 1993, *Lég.*, p. 411) mais le Ministre a déclaré au cours des travaux préparatoires que la codification n'avait pas pour effet de restreindre le champ d'application des dispositions qui étaient autrefois prévues par la loi de 1966 ; nonobstant cette déclaration, se pose toutefois la question de l'application de ces dispositions, et notamment de l'exigence de la mention du taux effectif global, aux crédits qui ne sont pas consentis à des consommateurs, crédits qui, en principe, ne relèvent pas du champ d'application du Code de la consommation (voy., sur ce point, D. BUREAU, « Remarques sur la codification du droit de la consommation », *Daloz*, 1994, *Chron.*, p. 294, n° 15) ; par ailleurs, à propos de la notion de taux effectif global actuellement reçue en France, on observe que la conversion du taux de période en taux annuel a lieu de façon proportionnelle et non de façon équivalente (au sujet de cette distinction, voy. *supra* n°s 322 et 323 et *infra* n° 357) ; toutefois, en ce qui concerne le crédit à la consommation, la France va devoir s'aligner sur la formule de la directive européenne 90/88/CEE du 22 février 1990, qui retient la méthode équivalente (voy. le Rapport de la commission européenne sur l'application de cette directive, COM (96) 79 final, pp. 18 et s., n°s 76 et s. et surtout la directive 98/7/CE du 16 février 1998 ; voy. encore C. GAVALDA, « Intérêts des capitaux », in *Répertoire Dalloz de droit commercial*, t. 4, 1994, p. 3, n°s 20 et s.)

(1977) Voy. *supra* n° 54.

(1978) Voy. Cass. civ. fr., 24 juin 1981, 1^{re} espèce, *Daloz*, 1982, *Jur.*, p. 397 et note M. BOIZARD, *J.C.P.*, 1982, II, 19713 et obs. M. VASSEUR, *Banq.*, 1982, p. 236 et obs. L.-M. MARTIN, *Rev. trim. dr. civ.*, 1982, p. 430 et obs. Ph. REMY ; F. PELTIER observe : « Il faut lire ici stipulation de taux d'intérêt, c'est-à-dire fixation de taux et non stipulation d'intérêt. Le caractère onéreux du prêt n'est en aucun cas remis en cause par l'absence d'écrit pour la fixation du taux. La preuve en est la sanction appliquée à l'absence d'écrit, c'est-à-dire la transformation du taux conventionnel en taux légal » ; voy. F. PELTIER, « Le droit positif des taux d'intérêt conventionnels », *Banque & Droit*, n° 18, 1991, p. 128.

convient de faire application du taux d'intérêt légal à compter de la date du prêt » (1979).

En 1988, la Cour de cassation française a étendu au *compte courant* l'exigence de l'écrit pour la fixation du taux de l'intérêt, ce qui n'a pas manqué de bouleverser la pratique bancaire ; la Cour de cassation française a, en effet, estimé que « le taux de l'intérêt conventionnel doit être fixé par écrit ; que cette règle, prescrite pour la validité même de la stipulation d'intérêt, est d'application générale et qu'il ne peut y être dérogé même en matière d'intérêts afférents au solde débiteur d'un compte courant » (1980).

S'en est suivi un long contentieux qui est loin d'être tari. Pour couvrir l'absence des mentions obligatoires et, partant, échapper à la réduction au taux légal, les banques ont tenté de se prévaloir du paiement des intérêts (1981) ainsi que de la réception sans protestation, ni réserve, des arrêts qui constataient l'inscription en compte des intérêts et commissions, mais elles ont échoué (1982).

(1979) Voy. Cass. civ. fr., 24 juin 1981, 2^e espèce, *Dalloz*, 1982, Jur., p. 397 et note M. BOIZARD, *J.C.P.*, 1982, II, 19713 et note M. VASSEUR, *Banq.*, 1982, p. 236 et obs. L.-M. MARTIN, *Rev. trim. dr. civ.*, 1982, p. 430 et obs. Ph. REMY.

(1980) Afin de tempérer l'effet « rétroactif » de sa jurisprudence, la Cour de cassation française précise toutefois que cette règle n'a pris cours, à propos des découverts en compte, qu'à dater de l'entrée en vigueur du décret du 4 septembre 1985 pris en application de la loi précitée du 28 décembre 1966, décret dont l'article 2 détermine le mode de calcul du taux effectif global lorsqu'il s'agit d'un découvert en compte (et qui a, depuis lors, été inséré dans la partie réglementaire du Code de la consommation, articles R. 313-1 et s., en application du décret n° 97-298 du 27 mars 1997 relatif au code de la consommation, *Dall. aff.*, 1997, p. 543) ; voy. Cass. civ. fr., 9 février 1988 et Cass. comm. fr., 12 avril 1988, *J.C.P.*, 1988, II, 21026, et obs. C. GAVALDA et J. STOUFFLET ; voy. aussi au sujet de ces deux arrêts, M. VASSEUR, « La fixation du taux d'intérêt et du taux effectif global en matière de découvert en compte », *Dalloz*, 1988, Chron., p. 157 ; pour une appréciation critique, voy. H. CROZE, « La stipulation de l'intérêt et de son taux », *Rev. jur. comm.*, 1994, pp. 285 et s.

(1981) A cet égard, elles invoquaient l'article 1906 du Code civil qui dispose : « L'emprunteur qui a payé des intérêts qui n'étaient pas stipulés, ne peut ni les répéter ni les imputer sur le capital » ; au sujet de cette disposition, voy. *supra* n^{os} 28 et s., spéc. n° 35.

(1982) Voy. Cass. comm. fr., 23 octobre 1990, *Dalloz*, 1991, Jur., p. 73 et note C. GAVALDA, *J.C.P.*, 1991, II, p. 274, n° 21710 et obs. J. STOUFFLET, *Rev. trim. dr. comm.*, 1991, p. 269 et obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIE ; Cass. comm. fr., 9 avril 1991, *Dalloz*, 1991, Jur., p. 385 et note M. VASSEUR ; Cass. comm. fr., 4 mai 1993, *Bull. civ.*, 1993, IV, p. 118, n° 170 ; Cass. comm. fr., 9 novembre 1993, *Dalloz*, 1993, I.R., p. 257 ; Cass. comm. fr., 29 mars 1994, *Dalloz*, 1994, Jur., p. 611, et note C. GAVALDA, *Rev. trim. dr. comm.*, 1994, p. 534 et obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIE ; Cass. comm. fr., 10 mai 1994, *Dalloz*, 1994, Jur., p. 550, et note D.R. MARTIN ; Cass. civ. fr., 8 juin 1994, *J.C.P.*, 1994, IV, p. 263 ; Cass. comm. fr., 13 décembre 1994, *Bull. civ.*, 1994, IV, p. 315 ; Cass. comm. fr., 18 juin 1996, *Dall. aff.*, 1996, p. 1030.

A l'heure actuelle, on se demande si les mentions du taux de l'intérêt et du taux effectif global doivent nécessairement figurer dans le contrat d'ouverture de crédit en compte ou dans un document annexe reçu voire signé par le débiteur ou s'il suffit de faire figurer ces mentions sur les arrêtés de compte ; à cet égard, il faut tenir compte, d'une part, de la variabilité du taux de l'intérêt applicable aux découverts en compte et, d'autre part, de l'impossibilité de calculer le taux effectif global *a priori*, sauf à faire appel à un exemple représentatif, puisque le taux effectif global dépend de l'utilisation qui est effectivement faite de l'ouverture de crédit (1983).

(1983) Il n'est pas aisé de saisir la portée exacte des arrêts rendus par la Cour de cassation française sur ces questions – et encore moins de les concilier –, la doctrine étant, d'ailleurs, loin de s'accorder sur l'interprétation de ces arrêts (cf. Th. BONNEAU, *Droit bancaire*, 1996, p. 221, n° 371) ; voy. Cass. comm. fr., 10 mai 1994, *Dalloz*, 1994, Jur., p. 550, et note D.R. MARTIN, qui a jugé : « la réception sans protestation ni réserve, par le titulaire du compte, des relevés qui lui sont adressés, ne peut suppléer l'absence de fixation préalable, par écrit, du taux de l'intérêt conventionnel » ; Cass. civ. fr., 17 janvier 1995, *Dalloz*, 1995, Jur., p. 213, et note D.R. MARTIN, *Banq.*, 1995, n° 558, p. 92 et obs. J.-L. GUILLOT, *Defrénois*, 1995, p. 743, et obs. D. MAZEAUD, *Rev. trim. dr. comm.*, 1995, p. 630, et obs. M. CABRILLAC, dans lequel la Cour commence par rappeler qu'il « résulte de l'article 1907, alinéa 2, du Code civil, qu'en matière de prêt d'argent, l'exigence d'un écrit mentionnant le taux de l'intérêt conventionnel est une condition de validité de la stipulation d'intérêt », pour ensuite décider : « en l'absence d'un accord écrit sur ce point, l'indication du taux d'intérêt sur les relevés de compte ne répond pas à cette exigence, lors même qu'elle ne ferait pas l'objet d'une protestation de la part du client » (comp. Cass. comm. fr., 18 février 1997, *Dall. aff.*, 1997, p. 474, qui a trait à une ouverture de crédit dans laquelle les parties avaient prévu que « le taux d'intérêt serait stipulé spécialement pour chacun des concours mis à la disposition de l'emprunteur, sans que celui-ci puisse excéder » un plafond déterminé et d'où il semble résulter que la lettre de la banque qui, en exécution de l'ouverture de crédit, avait fixé le taux d'intérêt du « concours » peut constituer l'écrit requis par l'article 1907, alinéa 2, sans qu'il soit besoin d'une acceptation écrite de l'emprunteur) ; voy. encore Cass. comm. fr., 18 juin 1996, *Dall. aff.*, 1996, p. 1030 : une cour d'appel avait refusé de réduire les intérêts au taux légal au motif que les relevés de compte adressés trimestriellement au débiteur « indiquaient les échelles d'intérêts débiteurs, le montant des intérêts débiteurs, le montant des commissions de compte et de découvert y compris le calcul de la TVA » mais cet arrêt encourt la censure de la Cour de cassation française qui lui reproche d'avoir statué ainsi « sans établir que les relevés portaient l'indication du taux effectif global » ; Cass. comm. fr., 9 juillet 1996, *J.C.P.*, 1996, II, 22721, p. 428 et note J. STOUFFLET, 22747bis, p. 496, *Dall. aff.*, 1996, p. 1029, *Rev. trim. dr. comm.*, 1996, p. 699, et obs. M. CABRILLAC, *Banq.*, 1996, n° 576, p. 91 et obs. J.-L. GUILLOT ; dans cet arrêt, la Cour de cassation française fait grief à la cour d'appel de ne pas « avoir constaté qu'outre la mention, à titre indicatif, dans la convention d'ouverture de crédit ou dans tout autre document, d'un taux effectif global correspondant à des exemples chiffrés, le taux effectif global appliqué figurait sur les relevés périodiques du compte, reçus » par le débiteur ; (voy., dans le même sens, semble-t-il, Cass. comm. fr., 15 octobre 1996, *Rev. trim. dr.* (voy. la page suivante pour la suite de la note tronquée...))

Enfin, même si les procès ne paraissent pas s'être multipliés ces dernières années sur ce point, il ne faut pas négliger la difficulté de déterminer la composition exacte du taux effectif global ; certes, le principe est l'intégration dans le taux effectif global de tous les coûts relatifs au crédit mais il est des frais afférents à l'utilisation du compte courant dont on peut raisonnablement se demander s'ils ont trait ou non au crédit dont dispose le titulaire via la possibilité de se mettre à découvert (1984).

327. – A notre estime, la mention d'un taux tout compris requiert une réglementation bien trop sophistiquée pour songer à l'étendre à tous les types de crédits, abstraction faite de la qualité du débiteur. – A la vérité, l'exigence de la mention d'un taux tout compris pour tous les types de prêts et d'ouvertures de crédit, en ce compris pour les soldes débiteurs en matière de compte courant, nécessite une réglementation particulièrement détaillée, que ce soit en ce qui concerne la composition de ce taux tout compris, sa formule de calcul ou encore l'époque à laquelle ce taux doit être calculé et les documents dans lesquels il doit figurer.

Or, si la mention d'un taux tout compris permet à l'emprunteur de se faire une idée globale du coût de son crédit et, partant, de disposer d'un outil de comparaison, la seule indication d'un taux tout compris ne permet pas, s'agissant en particulier des ouvertures de crédit en compte, de calculer les montants dus par le débiteur ; pour cela, il faut connaître le taux d'intérêt appliqué ainsi que les modalités de calcul des autres charges afférentes au crédit (1985).

En conséquence, parce que la mention d'un taux tout compris n'est qu'une photographie du coût du crédit et que pareille exigence suppose le respect d'une réglementation technique extrêmement précise et détaillée, il

(suite de la note tronquée à la page précédente)

comm., 1997, p. 126, et obs. M. CABRILLAC) ; Cass. comm. fr., 24 juin 1997, *Dall. aff.*, 1997, p. 959, *Rev. trim. dr. comm.*, 1997, p. 658, et obs. M. CABRILLAC, où la Cour de cassation française fait grief à la cour d'appel de ne pas « avoir constaté qu'outre l'indication, sur les relevés périodiques du compte reçus par le débiteur, du taux effectif global appliqué, la mention du taux effectif global correspondant à des exemples chiffrés figurait, à titre indicatif, dans la convention d'ouverture de crédit ou dans tout autre document reçu par le débiteur préalablement à la perception des agios » (voy., dans le même sens, semble-t-il, Cass. comm. fr., 21 octobre 1997, *Banq.*, 1998, n° 588, p. 82 et obs. J.-L. GUILLOT ; Cass. comm. fr., 5 mai 1998, *J.C.P.*, 1998, IV, 2402).

(1984) Voy. J. DUBOS, « Intérêts et commissions – Fixation des taux d'intérêts », in *Juris-classeur commercial*, Banque et crédit, Fasc. 510, 1994, p. 15, n°s 58 et s. ; C. GAVALDA, « Usure », in *Répertoire Dalloz de droit commercial*, t. 5, 1994, p. 6, n°s 41 et s.

(1985) Voy. *supra* n° 322.

n'est pas opportun, nous paraît-il, de l'imposer de façon systématique (1986).

En revanche, comme nous allons l'expliquer dans la section suivante, l'indication du taux de l'intérêt ainsi que du montant ou des modalités de calcul des autres charges nous paraît constituer un minimum qui devrait concerner tous les crédits.

Section IV. – De l'avenir des alinéas 2 et 4 de l'article 1907

328. – La révision des alinéas 2 et 4 de l'article 1907. – Comme nous l'avons souligné, la rédaction actuelle des alinéas 2 et 4 de l'article 1907 du Code civil n'est guère satisfaisante ; obsolète en ce qui concerne la mention du taux de reconstitution (1987), imprécise en ce qui concerne la mention du taux de l'intérêt (1988), elle demande assurément à être revue.

A cet égard, nous nous sommes déjà prononcée contre l'abrogation pure et simple de l'article 1907 en tant qu'il vise à assurer une information à l'emprunteur sur le coût de son prêt (1989). En sens inverse, nous avons également rejeté les solutions qui consisteraient à imposer, pour toutes les conventions de crédit, abstraction faite de la qualité du débiteur, une limitation des différents types de frais qui peuvent être réclamés en sus de l'intérêt ou encore la mention d'un taux tout compris (1990).

C'est donc vers l'indication du taux de l'intérêt ainsi que du montant ou des modalités de calcul des autres charges que nous proposons de nous diriger ; il s'agit d'une exigence minimale qui devrait concerner tous les crédits, abstraction faite de la qualité du débiteur et du type de crédit en cause.

Cependant encore faut-il éviter tout à la fois une interprétation trop souple qui viderait une telle exigence de sa substance et l'instauration d'un formalisme trop rigoureux qui entraverait la vie des affaires. Aussi, proposons-nous de distinguer selon que les décomptes sont ou non opérés à l'avance et, dans un cas comme dans l'autre, de veiller à une plus grande transparence dans les décomptes produits en justice.

(1986) Certes, parce que les consommateurs sont particulièrement désarmés pour apprécier le coût de leur crédit, nous concevons aisément la mention d'un taux tout compris dans les législations à vocation protectrice ; à cet égard, on pourrait d'ailleurs songer à étendre l'exigence de la mention d'un taux annuel effectif global aux crédits qui sont régis par la loi relative au crédit hypothécaire.

(1987) Voy. *supra* n° 317.

(1988) Voy. *supra* nos 318 et 319.

(1989) Voy. *supra* n° 324.

(1990) Voy. *supra* nos 325 et s.

329. – Crédits dont les décomptes sont opérés à l'avance. – L'indication des bases de calcul retenues par le prêteur dans le calcul des annuités, mensualités et autres montants chiffrés à l'avance se révèle particulièrement utile pour dresser un tableau d'amortissement, lequel permet de déterminer, en cas de remboursement anticipé, volontaire ou forcé, le solde restant dû en capital. En cas de remboursement anticipé, il s'impose, en effet, de distinguer parmi les montants réclamés, d'une part, ce qui est dû au titre des arriérés et du solde restant dû en capital et, d'autre part, ce qui est dû au titre d'indemnité de emploi ou de clause pénale (1991).

Aussi, dans les crédits pour lesquels les décomptes sont effectués à l'avance, notamment les crédits remboursables par versements périodiques, il nous paraît adéquat d'obliger le prêteur à énoncer dans la convention (1992) les modalités de calcul des annuités, mensualités ou autres montants chiffrés que l'emprunteur s'engage à payer, à savoir le taux de l'intérêt retenu ainsi que, le cas échéant, les frais et commissions divers intégrés dans ces montants (1993).

Il s'agit d'une information minimale ; si elle ne peut évidemment être fantaisiste – ainsi le taux d'intérêt exprimé au contrat doit-il tenir compte de la décroissance du capital au fur et à mesure des amortissements (1994) –, cette information n'implique pas la mention d'un taux actuariel, et encore moins d'un taux tout compris ; elle ne concerne d'ailleurs pas les frais relatifs à la négociation ou à la conclusion du crédit qui font l'objet d'un paiement antérieur ou concomitant à la conclusion du contrat.

En cas d'omission de la mention du taux de l'intérêt ou des autres frais retenus par le prêteur pour calculer les versements à effectuer par l'emprunteur, nous proposons de maintenir la sanction actuellement prévue par l'article 1907, alinéa 4, à savoir la réduction des obligations de l'em-

(1991) L'indemnité de emploi étant, ainsi que nous allons le voir, *infra* n^{os} 340 et s., actuellement limitée à six mois d'intérêts par l'article 1907*bis* du Code civil et la clause pénale devant, selon la jurisprudence de la Cour de cassation belge, revêtir un caractère indemnitaire ; à cet égard, nous pensons qu'en cas de remboursement anticipé, volontaire ou forcé, les intérêts futurs ne sont plus dus en tant que tels mais bien, le cas échéant, au titre d'indemnité de emploi ou de clause pénale ; voy. *infra* n^o 344.

(1992) Et, le cas échéant, dans un document annexe en cas de modification ultérieure du taux d'intérêt.

(1993) Pareilles mentions viendraient adéquatement compléter celle du taux annuel effectif global en matière de crédit à la consommation ; en effet, parce qu'il ne constitue qu'une photographie du coût du crédit, la seule mention du taux annuel effectif global ne permet pas d'opérer les décomptes en cas de dénonciation du crédit.

(1994) Voy. *supra* n^o 321.

prunteur au remboursement du capital et au paiement de l'intérêt légal (1995).

330. – Crédits dont les décomptes ne sont pas opérés à l'avance et comptes bancaires. – En ce qui concerne les crédits dont les décomptes ne sont pas opérés à l'avance, notamment les ouvertures de crédit qui se matérialisent par le droit pour le débiteur de se mettre à découvert sur son compte bancaire, les parties doivent nécessairement s'accorder, à défaut d'usage sur ce point, sur les conditions de la débiton et le mode de calcul des différentes rémunérations, commissions ou frais afférents au crédit ou au compte. Puisque, par hypothèse, les décomptes ne sont pas opérés à l'avance, il faut bien que les parties s'entendent sur la façon dont les charges du crédit seront calculées. Il s'agit là d'une exigence du droit commun qui subordonne l'existence d'une obligation à l'accord des parties sur celle-ci (1996).

Toutefois, en matière de compte courant bancaire et de compte à vue, le taux d'intérêt se caractérise par sa variabilité, avec cette particularité que la convention prévoit que le taux est modifié par le banquier, non point selon une formule préétablie par les parties, mais en fonction des conditions du marché telles qu'il les apprécie ; il en résulte que le banquier dispose d'une marge d'appréciation dans la modification du taux d'intérêt afférent au solde débiteur du compte (1997).

(1995) Voy. *supra* n° 318.

(1996) Exigence qui est cependant amenuisée en ce qui concerne le taux de l'intérêt, puisqu'à défaut d'accord des parties sur le taux et en l'absence d'usage sur ce point, le taux légal, fixé à titre supplétif par la loi, vient compléter la convention des parties ; voy. *supra* n°s 50 et 280.

(1997) Parce que le droit de fixer le taux des intérêts – droit que le banquier tient de la convention – n'est pas arbitraire et que son exercice dépend des conditions du marché, nous le croyons compatible avec la déterminabilité de l'objet et, par conséquent, avec les exigences de l'article 1129 du Code civil ; voy., en ce sens, I. CORBISIER, « La validité de la clause de révision unilatérale des taux d'intérêt en Europe », *Rev. aff. eur.*, 1993, n° 3, p. 28, n°s 7 et s. ; J.-P. BUYLE, « Les fluctuations du loyer de l'argent », in *Droit bancaire et financier au Grand-Duché de Luxembourg*, vol. 2, 1994, p. 826, n° 4 ; D. PHILIPPE, « Dates de valeur et taux d'intérêt variable », *J.J.P.*, 1995, p. 118 ; A. SERGYSLS, « Les clauses de modification unilatérale dans les conditions générales bancaires », *Rev. banq.*, 1996, p. 499, qui propose de faire ressortir cet élément de référence aux conditions du marché dans la clause de modification du taux de l'intérêt ; Mons, 13 décembre 1996, *J.T.*, 1997, p. 410, *J.L.M.B.*, 1997, p. 1201 ; voy. toutefois, en sens contraire, Civ. Bruxelles, 5 mai 1995, *Rev. gén. dr. civ.*, 1996, p. 156 ; ce jugement se réfère à la jurisprudence de la Cour de cassation de France mais, comme nous allons le voir, cette dernière vient d'opérer un revirement remarquable quant à la déterminabilité du prix ; voy. aussi Civ. Nivelles, 17 novembre 1992, *Rev. gén. dr. civ.*, 1993, p. 179 ; Civ. Nivelles, 4 mai 1993, *Rev. gén. dr. civ.*, 1995, p. 143 ; Civ. Nivelles, 19 avril 1994, *Rev. dr. comm. b.*, 1994, p. 1070, obs. crit. J.-P. BUYLE et X. THUNIS ; ces trois der-

(voy. la page suivante pour la suite de la note tronquée...)

Un tel pouvoir, dont le banquier ne peut user de façon arbitraire sous peine de violer le principe d'exécution de bonne foi (1998), suppose que, lors de chaque modification, le nouveau taux en vigueur soit communiqué au débiteur (1999). Il en va de même en cas de modification de tous autres

(suite de la note tronquée à la page précédente)

niers jugements considèrent que l'on est en présence d'un « taux variable purement potestatif » dans le chef du banquier et que la dérogation ainsi apportée aux articles 1129 et 1174 du Code civil n'est plus justifiée après la cessation du compte courant, le taux légal devant être appliqué à partir de cette époque, mais cette jurisprudence a été condamnée par la cour d'appel de Bruxelles (voy. Bruxelles, 8 septembre 1995, *Rev. dr. comm. b.*, 1996, p. 1032, et obs. J.-P. BUYLE et X. THUNIS ; Bruxelles, 21 novembre 1996, *Rev. dr. comm. b.*, 1997, p. 745, et obs. J.-P. BUYLE et M. DELIERNEUX). Par ailleurs, si la Cour de cassation française avait dénié, sur le fondement de l'article 1129, la validité de la clause qui faisait varier le taux des intérêts en compte en fonction du taux de base de la banque (voy. Cass. civ. fr., 2 mai 1990, *Dalloz*, 1991, Jur., p. 41, note C. GAVALDA, *J.C.P.*, 1991, II, 117, n° 21655, note J. STOUFFLET ; Cass. comm. fr., 9 juin 1992, préc. concl. Avocat général J. CURTI, *J.C.P.*, 1992, II, p. 254, n° 21892, *Dalloz*, 1992, Jur., p. 529 et note C. GAVALDA ; voy. aussi D.R. MARTIN, « Le taux de base », *Dalloz*, 1991, Chron., p. 125), elle a opéré un revirement en 1995 en décidant que l'article 1129 « n'est pas applicable à la détermination du prix » (voy. Cass. fr. ass. plén., 1^{er} décembre 1995, 2^e espèce, préc. concl. prem. av. gén. JEOL, *Dalloz*, 1996, Jur., p. 13, et note L. AYNES, *J.C.P.*, 1996, II, 22565, p. 21, et note J. GHESTIN), en sorte que cette disposition ne fait plus obstacle à ce que le taux des intérêts en compte suive l'évolution du taux de base de la banque (voy. Cass. comm. fr., 9 juillet 1996, *J.C.P.*, 1996, II, 22721, p. 428 et note J. STOUFFLET, 22747bis, p. 496, *Dall. aff.*, 1996, p. 1029, *Rev. trim. dr. comm.*, 1996, p. 699, et obs. M. CABRILLAC, *Banq.*, 1996, n° 576, p. 91 et obs. J.-L. GUILLOT) ; notons que, si nous n'approuvons pas la conception trop étroite de la déterminabilité de l'objet autrefois adoptée par la Cour de cassation française, il nous paraît que le revirement opéré va trop loin ; en effet, contrairement à la position actuelle de la Cour de cassation française, nous pensons que l'exigence de déterminabilité de l'objet inscrite dans l'article 1129 du Code civil vise, en raison de sa généralité même, la fixation du prix ; ainsi, devrait, nous paraît-il, encourir la nullité, sur le fondement de l'article 1129 du Code civil, la clause qui prévoirait que le taux de l'intérêt variera ultérieurement selon la volonté arbitraire de l'une des parties, sans que celle-ci soit obligée de se référer à un critère objectif même entendu largement comme les conditions du marché.

(1998) Voy. J. RONSE, « Marginale toetsing in het privaatrecht », *T.P.R.*, 1977, pp. 212 et s. ; P.A. FORIERS, « L'objet et la cause du contrat », in *Les obligations contractuelles*, éd. Jeune Barreau de Bruxelles, 1984, p. 137, n° 15, et aussi « L'objet », in *Les obligations en droit français et en droit belge – Convergences et divergences*, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 73, n° 12 ; Matthias STORME, « De bepaling van het voorwerp van een verbintenis bij partijbeslissing », *T.P.R.*, 1988, p. 1263, n° 4 et s., ainsi que les références citées par ces auteurs ; voy. aussi Cass. fr. ass. plén., 1^{er} décembre 1995, précité, qui réserve expressément « l'abus dans la fixation du prix ».

(1999) Ainsi, selon J. VAN RYN et J. HEENEN (*op. cit.*, t. 4, 1988, p. 381, n° 505), la pratique qui confère au banquier le droit de modifier unilatéralement le taux de l'intérêt dû sur le découvert en compte est contestable si ce droit est inconditionnel

(voy. la page suivante pour la suite de la note tronquée...)

rémunérations, commissions ou frais afférents au crédit ou au compte. A cet égard, une communication par voie de presse ou par voie d'affichage dans les locaux de l'agence bancaire nous paraît insuffisante (2000), elle doit être personnelle au débiteur (2001). Cette obligation d'information préalable à toute modification unilatérale découle du principe de l'exécution de bonne foi, principe sans lequel il ne serait pas possible de valider la clause de modification unilatérale.

En outre, comme les décomptes s'établissent au fur et à mesure de la vie du crédit ou du compte, il s'impose que ceux-ci fassent l'objet de communications claires et précises au débiteur pour que ce dernier soit à même de les contrôler (2002). A cet égard, la communication du seul montant des intérêts et autres frais portés en compte nous paraît insuffisante pour pouvoir considérer que le silence du débiteur vaut approbation du prélèvement opéré et du taux appliqué (2003) ; pour qu'il en soit ainsi, il

(suite de la note tronquée à la page précédente)

mais est, au contraire, « admissible si le client, informé du nouveau taux, a la faculté de résilier le contrat dans un certain délai, ainsi que le prévoient certains 'règlements' ».

(2000) Voy. toutefois, en sens contraire, L. FREDERICQ, *op. cit.*, t. 9, 1952, p. 231, n° 130 ; Civ. Courtrai, 11 octobre 1994, *Rev. dr. comm. b.*, 1995, p. 1008.

(2001) Voy., en ce sens, J.-P. BUYLE et X. THUNIS, observations sous Comm. Ypres, 5 décembre 1994, *Rev. dr. comm. b.*, 1995, p. 1012 : « Indépendamment de la publication par voie de presse ou de l'affichage dans les locaux de la banque, des taux d'intérêts et de leur variation, il est impérieux que le titulaire du compte soit informé des taux et de leur modification personnellement et préalablement » ; voy., dans le même sens, A. SERGYSELS, « Les clauses de modification unilatérale dans les conditions générales bancaires », *Rev. banq.*, 1996, p. 498 : « En toute hypothèse, un simple affichage ou la disponibilité d'une brochure ne suffisent pas, puisque le client n'a pas en principe l'obligation de s'informer. Il nous semble indiqué d'avertir les clients par courrier, éventuellement en utilisant pour ce faire les extraits de compte, afin d'assurer l'opposabilité de la modification ».

(2002) Voy., en ce sens, H. CROZE, note sous Cass. comm. fr., 9 décembre 1986, *J.C.P.*, 1988, II, 20918, n° 9, et note 20, qui écrit : le client « doit recevoir sur chaque opération une information claire et complète qui lui permette de juger de sa régularité et de son bien-fondé. En particulier, il est souhaitable que se développe l'information sur la manière dont est fixé le taux d'intérêt et dont les agios sont calculés ».

(2003) Comp. J. STOUFFLET, note sous Cass. civ. fr., 23 juillet 1974, *Dalloz*, 1975, Jur., p. 589, qui écrit, à une époque où la Cour de cassation française n'imposait pas encore la mention, à titre de condition de validité, du taux de l'intérêt et du taux effectif global en matière de compte courant, que, pour « les découverts, les intérêts sont seulement portés à la connaissance du client sous forme d'une écriture au relevé périodique du compte. L'approbation de ce relevé peut-elle être interprétée comme incluant les intérêts ? Une première raison de douter provient de ce que le relevé de compte ne porte pas l'indication des bases de calcul des intérêts. Le taux appliqué (pas forcément uniforme pour toute la période), n'est pas, en pratique, mentionné. Peut-on parler d'approbation de l'intérêt prélevé par la banque,

(voy. la page suivante pour la suite de la note tronquée...)

faudrait encore que le décompte explicite les modalités de calcul des intérêts et frais portés en compte et, surtout, qu'il attire l'attention du débiteur en cas de modification intervenue dans la tarification, si celle-ci ne lui a pas été communiquée précédemment (2004). Néanmoins, l'approbation tacite des arrêtés de compte étant une question de fait (2005), on peut admettre qu'à l'égard de certains débiteurs parfaitement au courant des techniques de calcul en comptes bancaires – et pour lesquels retrouver le taux appliqué à partir du montant des intérêts prélevés est un jeu d'enfant, essentiellement dans les relations interbancaires –, l'approbation implicite des relevés de compte ne nécessite pas une information aussi détaillée à propos du taux de l'intérêt et des commissions portées en compte.

On le voit, l'information du débiteur dont il est ici question déborde le seul cadre du crédit et s'étend aux comptes bancaires (2006). A cet égard,

(suite de la note tronquée à la page précédente)

alors que l'information du client n'est pas assurée ? » ; par souci de réalisme, J. STOUFFLET approuve toutefois la solution retenue alors par la Cour de cassation française (Cass. comm. fr., 14 avril 1975, *Dalloz*, 1975, Jur., p. 596), à savoir que « les juges du fond ont pu considérer que l'approbation du relevé de compte était efficace malgré le défaut de communication au client des conditions de calcul des intérêts, dès lors qu'ils constatent que, selon un usage général, les banques ne fournissent ce renseignement que sur demande spéciale du client » ; en revanche, en ce qui concerne l'application du taux pour le futur, J. STOUFFLET est d'avis que « l'approbation donnée expressément ou tacitement, par le silence conservé, au prélèvement d'intérêts » ne peut être interprétée comme une approbation du taux appliqué pour les opérations futures « que si le client a pu connaître ou déterminer aisément le taux de l'intérêt, ce qui », observe-t-il prudemment, « n'est pas toujours le cas ».

(2004) Voy., en ce sens, J.-P. BUYLE, « Les fluctuations du loyer de l'argent », in *Droit bancaire et financier au Grand-Duché de Luxembourg*, vol. 2, 1994, p. 833, n° 8 : « les débits enregistrés unilatéralement doivent faire l'objet d'une information... claire et... complète et permettre au client de les comprendre aisément. Il en est particulièrement ainsi du prélèvement d'intérêts débiteurs (taux, période visée, etc.), des frais (assurance, tenue de compte, envoi, etc.) ou des commissions. En matière de taux d'intérêt, il convient par exemple que l'extrait communiqué permette au client de connaître le montant prélevé, la période visée par la comptabilisation (le nombre de jours ouvrés) et, particulièrement lorsqu'il est modifié, le taux de référence utilisé (à moins que, par exemple, le taux ait été fixé par le contrat ou que ses variations aient été préalablement communiquées par la voie d'avis intégré, ce qui est souvent le cas lorsqu'un crédit est lié au compte). En matière de frais et de commissions, la nature et le montant de ceux-ci seront précisés » ; il est vrai que l'auteur envisage la question « essentiellement dans les limites d'une relation contractuelle banque/consommateur » (p. 822, n° 1) ; cependant, il nous paraît que ces principes méritent d'être généralisés.

(2005) Voy., en ce sens, J. VAN RYN et J. HEENEN, *op. cit.*, t. 4, 1988, p. 317, n° 436 ; J.M. NELISSEN, *De rekening courant*, 1976, p. 360, n° 161.

(2006) En effet, un solde débiteur en compte peut exister en dehors de l'octroi, exprès ou tacite, d'un crédit.

il serait indiqué, nous paraît-il, d'inscrire, dans le Code civil (2007), cette conséquence déduite du principe de l'exécution de bonne foi qui veut que le débiteur, consommateur ou non, soit averti personnellement et préalablement des intérêts, commissions et frais applicables ainsi que de toute modification ultérieure dans la tarification (2008). Pour ne pas tomber

(2007) Si l'on choisissait de faire figurer la disposition en question dans le chapitre du prêt à intérêt, il conviendrait de modifier l'intitulé de ce chapitre qui deviendrait par exemple : « prêt à intérêt, autres crédits et comptes en banque ».

(2008) A cet égard, on observe que la loi relative au crédit à la consommation précise que le consommateur doit être informé, clairement et préalablement au moyen d'un relevé de compte, de toute modification du taux débiteur (voy. les articles 59, § 2, et 60 ; à défaut d'information préalable, la loi relative au crédit à la consommation prévoit deux sanctions qu'il n'est pas aisé de concilier : le taux précédemment en vigueur reste applicable [article 60, alinéa 2] et le consommateur est relevé des intérêts pour les sommes débitées [article 91]) ; toutefois, le champ d'application de cette obligation légale d'information est relativement limité, puisque la loi relative au crédit à la consommation ne protège que les consommateurs et, en outre, exclut certaines relations de son domaine d'application parmi lesquelles « les ouvertures de crédit remboursables dans un délai ne dépassant pas trois mois et portant sur un montant inférieur à 50.000 francs » (article 3, § 1^{er}, 4^o) ; au demeurant, comme son intitulé l'indique, la loi relative au crédit à la consommation ne régit que le crédit et est, partant, étrangère aux soldes débiteurs en compte qui existent en dehors de l'octroi, exprès ou tacite, d'un crédit (voy. notre exposé sur cette question à l'occasion de la *Chronique de droit à l'usage des juges de paix et de police consacrée à l'application de la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation*, Cahier n° 9, 1994, pp. 93 et s.). Aussi, on comprend que l'obligation de tenir les consommateurs informés, même en cours de contrat, de la tarification des services financiers vient de faire l'objet d'un arrêté beaucoup plus large, l'arrêté royal du 1^{er} mars 1998 (*Mon.*, 11 mars 1998, p. 6464), qui complète l'arrêté royal du 23 mars 1995 « relatif à l'indication des tarifs des services financiers homogènes » ; dans cet arrêté, qui ne protège que les consommateurs, le principe est également l'information préalable à toute modification ; une exception est cependant prévue pour les taux d'intérêt ; ainsi, sauf lorsqu'il s'agit d'un solde débiteur régi par la loi relative au crédit à la consommation, « une modification des taux d'intérêt est communiquée au consommateur dans le plus bref délai possible après la modification » (article 7, § 1^{er}) ; en outre, le consommateur doit obtenir chaque année la communication du tarif de certains services de base (compte à vue, dépôt d'épargne, courrier, compte à terme et opérations à distance) (article 7, § 2) ; chaque année, il doit également recevoir un document justificatif reprenant les frais et le total des intérêts imputés au cours de l'année écoulée (article 10). Précisons encore qu'un projet de loi « portant obligation d'information quant aux intérêts débiteurs dus sur les comptes ouverts auprès des établissements de crédit ou d'autres personnes morales » vient d'être voté au Sénat (*Doc. parl.*, Sénat, sess. 1997-1998, n° 676/8) et à la Chambre (*Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. 1997-1998, n° 1317/17) et est actuellement soumis à la sanction royale ; l'hypothèse visée est celle dans laquelle un compte à vue présente un solde débiteur ; en ce cas, les extraits de compte devraient mentionner le taux débiteur annuel pratiqué et ce, jusqu'à la disparition du découvert ; à défaut, aucun intérêt ne pourrait être « imputé pour la période pendant laquelle l'infraction a été commise » ; ne seraient cependant pas visés les soldes débiteurs régis par la loi relative au crédit à la consommation ; en revanche, peu importe, dans ce projet, que le titulaire possède ou non la qualité de consommateur.

dans le piège d'un formalisme excessif, il conviendrait toutefois que la disposition insérée à cet effet dans le Code civil précise que le défaut de communication préalable peut, le cas échéant, être couvert par le silence conservé par le débiteur lors de la réception ultérieure d'un relevé de compte, pour autant que ce relevé fasse clairement état du taux appliqué et des modifications intervenues à cet égard (2009), cette dernière condition n'étant cependant pas requise dans les relations interbancaires.

Quant à l'approbation implicite des relevés ou des arrêtés de compte, il faut insister sur ce qu'elle ne saurait porter, en tout état de cause, que sur des éléments dont le débiteur a connaissance (2010). Ce principe élémentaire de bon sens n'est cependant pas toujours, loin de là, mis en exergue dans ce que d'aucuns nomment la théorie de l'approbation implicite des arrêtés de compte (2011). Il serait, dès lors, peut-être opportun de l'inscrire aussi dans un article du Code civil.

(2009) Remarquons que la loi relative au crédit à la consommation est muette – ce que l'on peut regretter – sur la question si le défaut d'information préalable du consommateur peut, le cas échéant, être couvert par le silence conservé lors de la réception ultérieure d'un relevé de compte qui fait clairement état du taux débiteur appliqué.

(2010) A cet égard, une clause insérée dans les conditions générales est, à notre estime, impuissante à réputer connu et approuvé un élément dont le débiteur n'a pas connaissance lors de la réception du relevé de compte.

(2011) A cet égard, on épingle la jurisprudence de la Cour de cassation française pour la période antérieure à l'entrée en vigueur du décret du 4 septembre 1985, période au cours de laquelle, selon la Cour de cassation française, la mention du taux de l'intérêt n'était pas encore exigée à titre de condition de validité de la stipulation du taux sur les découverts en compte ; plusieurs cours d'appel avaient estimé que le fait de ne pas avoir protesté au reçu des relevés de compte qui ne précisaient pas le taux d'intérêt appliqué, ne valait pas acceptation du taux de ces intérêts, la banque ne démontrant pas ainsi qu'il y avait eu accord des parties sur le taux ; cependant, la Cour de cassation française censure un tel raisonnement par un attendu devenu de style : « en recevant sans protestation les relevés de compte qui lui avaient été adressés le titulaire de celui-ci avait accepté tacitement le taux des intérêts prélevés par la banque » (voy. Cass. comm. fr., 21 novembre 1989, *Banq.*, 1990, p. 93, et obs. J.-L. RIVES-LANGE ; Cass. comm. fr., 30 janvier 1990, *Banq.*, 1990, p. 425, et obs. J.-L. RIVES-LANGE ; Cass. comm. fr., 17 juillet 1990, *Banq.*, 1990, p. 871, et obs. J.-L. RIVES-LANGE ; Cass. comm. fr., 5 mars 1991, *Bull. civ.*, 1991, IV, p. 64 ; Cass. comm. fr., 9 avril 1991, *Deffrénois*, 1991, p. 815, et obs. G. VERMELLE, Cass. comm. fr., 22 mai 1991, *Banq.*, 1991, p. 758 et obs. J.-L. RIVES-LANGE, *Dalloz*, 1991, Jur., p. 428 et note C. GAVALDA) ; on relève toutefois un arrêt isolé qui décide : « ayant... fait ressortir que le débiteur n'avait pas approuvé un taux d'intérêt que les documents transmis par la banque ne lui permettaient pas de connaître, la cour d'appel, abstraction faite des motifs erronés par lesquels elle fait application de l'article 4 de la loi du 28 décembre 1966 avant l'entrée en vigueur du décret du 4 septembre 1985, a légalement justifié sa décision » d'appliquer le taux légal, à défaut d'accord des parties sur le taux (voy. Cass. comm. fr., 23 octobre 1990, *Dalloz*, 1991, Jur., p. 73 et note C. GAVALDA, *J.C.P.*, 1991, II, p. 274, n° 21710 et obs. J. STOUFFLET, *Banq.*, 1991, p. 93, et obs. J.-L. RIVES-LANGE).

331. – Pour la clarté des décomptes produits en justice. – Enfin, nous ne pouvions terminer ce chapitre sans appeler de nos vœux une plus grande transparence dans les décomptes produits en justice, s’agissant en particulier des kyrielles de chiffres que les demandeurs eux-mêmes ont quelquefois de la peine à expliquer (2012).

Une condamnation ne saurait être prononcée sur la base d’une justification imprécise : il y va d’un principe élémentaire de saine justice. Il appartient, dès lors, aux parties de fonder leurs prétentions sur des décomptes clairs, précis et détaillés et il est du devoir du juge d’exiger qu’il en soit ainsi.

Synthèse du chapitre III

332. – Les alinéas 2 et 4 de l’article 1907 ou la nécessité de prévoir un seuil minimum de transparence applicable à tous les crédits. – La rédaction actuelle des alinéas 2 et 4 de l’article 1907 du Code civil est à la fois obsolète et imprécise. Elle est *obsolète* en ce qu’elle impose la mention d’un *taux de reconstitution* dans les prêts remboursables par annuités, alors que la technique de la reconstitution du capital au moyen de la simple capitalisation des versements reconstitutifs intégrés dans les annuités n’est plus guère usitée (2013) ; aussi, se justifie-t-il, soit de gommer cette exigence de l’article 1907, soit de l’étendre aux formes de reconstitution actuellement

(2012) A cet égard, L.-M. HENRION et E. BALATE (« Le contrôle judiciaire du loyer de l’argent », *Rev. dr. comm. b. – dossier n° 2*, 1995, p. 13, n° 25) observent que « peu courants sont les décomptes dont les postes soient définis, les calculs produits avec leurs paramètres et les montants justifiés en spécifiant les clauses contractuelles ou les dispositions légales sur lesquelles ils se fondent. Rares sont les explications fournies à l’audience sur les clarifications demandées par le tribunal » ; voy., dans le même sens, B. CUKIER, « L’anatocisme. Obsolète et Nocif ? – Les prêts d’argent – La présentation des décomptes d’impayés doit-elle être réglementée ? », *Gazette du palais*, 1991, Doctr., p. 417 (dans l’édition non reliée : 9-10 août, p. 9) ; pour une plus grande « transparence », voy. aussi R. PERROT, *Les intérêts*, 1990, p. 130 : « Les praticiens, les avocats et les huissiers de justice notamment, peuvent y contribuer, en demandant aux organismes de crédit qui sollicitent leur ministère de mieux expliciter et d’exposer clairement leurs calculs, au lieu de les ‘balancer’ comme une évidence qui ne se discute pas. Et cela pour que, de leur côté, les praticiens soient mieux à même de les faire comprendre aux juges qui doivent statuer, et aux débiteurs qui doivent payer » ; voy. encore P. VAN DEN EYNDE et Fr. BOUCKAERT, « Le rôle actif du notaire en matière de crédit », in *Tabellio aut ombudsman ?*, Fédération des Notaires de Belgique, Dinant, 1996, p. 156, qui déplorent que le notaire ne dispose pas des documents et des données indispensables pour vérifier les décomptes de remboursement qui leur sont adressés par les dispensateurs de crédit.

(2013) Voy. *supra* n° 317.

usitées, qu'il s'agisse de la reconstitution au moyen d'un contrat adjoint d'assurance-vie mixte, de capitalisation ou d'épargne.

Surtout, la rédaction actuelle des alinéas 2 et 4 de l'article 1907 est *imprécise* en ce qui concerne la *mention du taux de l'intérêt*. On se demande si cette exigence qui, selon nous, touche à la validité de la stipulation du taux et est sanctionnée par la réduction des charges du prêt à l'intérêt légal, concerne, comme nous le croyons, tous les types de prêts (2014) ou si elle doit être cantonnée aux prêts remboursables par « annuités » (2015) ; pour certains, il ne faudrait même y voir que la réaffirmation de la vocation supplétive du taux légal (2016), ce qui, à la vérité, n'est guère compatible avec les travaux préparatoires. Aussi, s'impose-t-il assurément de reformuler l'article 1907.

Toutefois, l'information de l'emprunteur sur le coût de son crédit – et pas seulement sur le taux de l'intérêt *sensu stricto* comme il en va actuellement dans l'article 1907 du Code civil – a été considérablement renforcée dans les législations à vocation protectrice. Nous voulons parler des lois relatives au crédit à la consommation et au crédit hypothécaire qui visent à assurer la protection du consommateur en matière de crédit (2017). Aussi, dès lors que le consommateur est protégé par des législations spéciales, se pose la question s'il n'est pas superfétatoire d'encore prévoir, au sein même du Code civil, des dispositions visant à assurer l'information de l'emprunteur sur le coût de son crédit.

A cette question, nous répondons par la négative, estimant qu'il convient d'assurer un minimum de transparence à tout débiteur, consommateur ou non, au sujet du coût de son crédit. Néanmoins, parce qu'elles supposent une réglementation extrêmement sophistiquée ou qu'elles présentent un caractère trop dirigiste voire anti-économique, nous ne croyons pas qu'il soit opportun de systématiser dans le Code civil des mesures telles que l'exigence de la mention d'un taux tout compris ou la limitation des différents types de frais qui peuvent être réclamés en sus de l'intérêt (2018).

En revanche, l'indication du taux de l'intérêt ainsi que du montant ou des modalités de calcul des autres charges constitue, selon nous, un minimum qui devrait concerner tous les crédits ; mais encore faut-il éviter tout à la fois une interprétation trop souple qui viderait une telle exigence de sa substance et l'instauration d'un formalisme trop rigoureux qui entrave-

(2014) Voy. *supra* n° 318.

(2015) Ou même, selon un auteur, aux seuls « prêts comportant 'reconstitution' du capital au moyen d'annuités non libératoires » ; voy. *supra* n° 319.

(2016) Voy. *supra* n° 319.

(2017) Voy. *supra* n^{os} 322 et 323.

(2018) Voy. *supra* n^{os} 324 et s.

rait la vie des affaires. Aussi, proposons-nous de distinguer selon que les décomptes sont ou non opérés à l'avance.

Dans les crédits pour lesquels les décomptes sont effectués à l'avance, notamment les crédits remboursables par versements périodiques, il nous paraîtrait souhaitable d'obliger le prêteur à énoncer dans la convention les modalités de calcul des annuités, mensualités ou autres montants chiffrés que l'emprunteur s'engage à payer, à savoir le taux de l'intérêt retenu ainsi que, le cas échéant, les frais et commissions divers intégrés dans ces montants, une telle obligation étant sanctionnée par la réduction des obligations de l'emprunteur au remboursement du capital prêté et au paiement de l'intérêt légal (2019).

S'agissant des crédits dont les décomptes ne sont pas opérés à l'avance, spécialement les ouvertures de crédit qui se matérialisent par le droit pour le débiteur de se mettre à découvert sur son compte bancaire et même les comptes bancaires en général, il serait indiqué, à notre sens, d'inscrire, dans le Code civil, cette conséquence déduite du principe de l'exécution de bonne foi qui veut que le débiteur, consommateur ou non, soit averti personnellement et préalablement des intérêts, commissions et frais applicables ainsi que de toute modification ultérieure dans la tarification. Pour ne pas tomber dans le piège d'un formalisme excessif, il conviendrait toutefois que la disposition insérée à cet effet dans le Code civil précise que le défaut de communication préalable peut, le cas échéant, être couvert par le silence conservé par le débiteur à la réception ultérieure d'un relevé de compte, pour autant que ce relevé fasse clairement état du taux appliqué et des modifications intervenues à cet égard (2020).

(2019) Voy. *supra* n° 329.

(2020) Cette dernière condition n'étant cependant pas requise dans les relations interbancaires ; voy. *supra* n° 330 ; voy. aussi *supra* n° 331, où nous plaçons pour une plus grande transparence dans les décomptes produits en justice.

CHAPITRE IV

Les articles 1907, alinéa 3, et 1907bis ou la question de la limitation légale des pénalités ou indemnités

333. – **Les articles 1907, alinéa 3, et 1907bis : opportunité de plafonner, dans le Code civil, les pénalités ou indemnités dues en cas de défaillance ou de remboursement anticipé ?** – Lorsqu'en 1934 et 1935, le législateur a réformé le chapitre du prêt à intérêt, il ne s'est pas uniquement préoccupé de la question de l'usure et de la mention du taux de l'intérêt rémunérateur dans la convention de prêt. Il a aussi veillé à contenir, dans une limite raisonnable, des pénalités ou indemnités qui ne s'analysent pas en la contrepartie du prêt mais qui sont, au contraire, prévues pour le cas où la convention ne recevrait pas l'exécution que les parties avaient programmée lors de sa conclusion.

Ainsi, par la loi du 27 juillet 1934 « modifiant et complétant l'article 1907 du Code civil en ce qui concerne l'intérêt conventionnel » (2021), ont été insérés un alinéa 3 dans l'article 1907 en vue de limiter la « majoration du taux de l'intérêt pour retard de paiement » et un article 1907bis en vue de limiter le montant de l'indemnité de remploi en cas de remboursement anticipé.

Comme il en va, à notre estime, pour la mention du taux de l'intérêt qui découle de la même loi du 27 juillet 1934, les restrictions ainsi prévues ont lieu de s'appliquer à tous les types de prêts, qu'il s'agisse de prêts remboursables par annuités ou de prêts à terme fixe, qu'il soit fait appel à la technique de l'amortissement du capital ou à celle de la reconstitution du capital, qu'une hypothèque ait ou non été constituée en garantie du prêt (2022).

(2021) *Mon.*, 29 juillet 1934, p. 4145.

(2022) *Voy. supra* n° 318 et références citées ; observons, en outre, qu'aucun des auteurs qui limitent – à tort selon nous – le champ d'application de l'article 1907, alinéas 2 et 4, relatifs à la mention du taux de l'intérêt, aux prêts remboursables par annuités ou même aux prêts par annuités qui font appel à la technique de la reconstitution du capital (*voy. supra* n° 319), ne fait état d'une telle limitation à propos des articles 1907, alinéa 3, et 1907bis ; sur ce que l'article 1907, alinéa 3, s'applique à tous les types de prêt, *voy. spécialement* *Comm. Bruxelles*, 16 mai 1938, *Jur. comm. Brux.*, 1939, p. 193.

Quant aux avances consenties en vertu d'une ouverture de crédit, ce n'est que dans la mesure où elles peuvent recevoir la qualification de prêt qu'elles sont concernées par les restrictions ainsi prévues aux articles 1907, alinéa 3, et 1907*bis*. A cet égard, nous avons déjà évoqué, sans pour autant prétendre l'épuiser, la délicate question de la distinction entre le prêt, contrat réel au sens du Code civil, et l'avance consentie en vertu d'une ouverture de crédit (2023). Nous ne croyons pas que ces deux catégories soient à ce point étanches qu'une avance consentie en vertu d'une ouverture de crédit ne puisse jamais recevoir la qualification de prêt ; tel est, en tout cas, notre sentiment en ce qui concerne les prélèvements opérés en vertu d'une ouverture de crédit à la construction dépourvue de caractère revolving ou encore à propos des avances consenties en vertu d'une ouverture de crédit cadre dont l'utilisation nécessite chaque fois un nouvel accord des parties. En revanche, nous marquons une hésitation certaine à imprimer la qualification de prêt aux prélèvements qui sont opérés unilatéralement sur un découvert en compte courant en exécution d'une ouverture de crédit revolving dont l'utilisation ne dépend pas d'un nouvel accord entre les parties ; aussi, nous inclinons plutôt à penser que de telles ouvertures de crédit en compte courant échappent aux restrictions prévues aux articles 1907 et suivants (2024).

Dans les lignes qui suivent, nous envisageons d'abord la limitation qui est apportée par l'article 1907, alinéa 3, à la « majoration du taux de l'intérêt pour retard de paiement » (Section I) et ensuite le plafond auquel l'article 1907*bis* soumet l'indemnité de rempli (Section II).

Ces deux dispositions posent, en fait, la même question, à savoir, au-delà de la question de l'opportunité des limites qu'elles fixent, celle de l'opportunité de leur insertion dans le Code civil à l'heure actuelle, où, parallèlement aux dispositions du Code civil, coexistent des législations qui ont pour vocation de protéger les emprunteurs consommateurs. Autrement dit, on se demande si de telles dispositions qui tendent à plafonner certaines pénalités ou indemnités ne devraient pas être abrogées dans le Code civil, pour le cas échéant, être insérées dans les lois relatives au crédit à la consommation et au crédit hypothécaire.

(2023) Voy. *supra* n° 269.

(2024) Envisageant l'application de l'article 1907, alinéa 3, aux ouvertures de crédit en compte, P. LETTANY est plutôt d'avis que cette disposition ne concerne pas les ouvertures de crédit (voy. P. LETTANY, *Het consumentenkrediet*, 1993, p. 159, n° 183, qui écrit aussi [p. 156, n° 179] que, dans la mesure où l'article 1907, alinéa 3, s'appliquerait quand même aux ouvertures de crédit en compte, le plafond prévu par cette disposition serait de toute façon étranger à la fixation du taux applicable aux dépassements de la limite de crédit accordée initialement, sans que cet auteur distingue selon que le dépassement en cause se fait ou non avec l'accord du banquier) ; sur cette question, voy. aussi les références citées *supra* n° 269.

**Section I^{re}. – L'article 1907, alinéa 3, ou la limitation
de la « majoration du taux de l'intérêt pour retard de paiement »**

334. – L'article 1907, alinéa 3. – L'article 1907, alinéa 3, du Code civil est ainsi libellé :

« En aucun cas, la majoration du taux de l'intérêt pour retard de paiement, ne peut dépasser un demi pour cent l'an sur le capital restant dû ».

Parce que la majoration du taux de l'intérêt réglementée par cette disposition a lieu de s'appliquer en cas de retard de paiement, elle constitue, sans aucun doute, une clause pénale, c'est-à-dire une pénalité ou une indemnité conventionnelle appelée à sanctionner l'inexécution éventuelle de ses obligations par le débiteur.

A cet égard, on sait que la Cour de cassation belge a imprimé aux clauses pénales un caractère purement indemnitaire, à l'exclusion de toute fonction coercitive (2025). Dans la suite de nos propos, nous ne discutons pas de la justesse ni de l'opportunité de la position ainsi adoptée par la Cour de cassation belge depuis 1970 (2026) ; écartant le sujet qui mériterait à lui seul une thèse, nous prenons pour acquise la position de la Cour, en dégageant les suites logiques qu'elle est de nature à entraîner pour la matière qui nous retient.

De la jurisprudence de la Cour, il découle que, pour vérifier si une clause pénale présente bien un caractère indemnitaire, le juge doit apprécier

(2025) Au sujet des clauses pénales et de la jurisprudence de la Cour de cassation les concernant, voy. notamment I. MOREAU-MARGREVE, « Une institution en crise : la clause pénale » et l'arrêt qui précède, Cass., 17 avril 1970, *R.C.J.B.*, 1972, p. 454 ; I. MOREAU-MARGREVE, « Encore la clause pénale : nouvelle phase d'une crise » et l'arrêt qui précède, Cass., 24 novembre 1972, *R.C.J.B.*, 1973, p. 302 ; J. VAN RYN, « Nature et fonction de la clause pénale selon le Code civil », *J.T.*, 1980, p. 557 ; pour la jurisprudence plus récente, voy. R. KRUIHOF, H. BOCKEN, F. DE LY et B. DE TEMMERMAN, « Verbintenissen – Overzicht van rechtspraak (1981-1992) », *T.P.R.*, 1994, pp. 663 et s., n^{os} 352 et s. ; S. STIJNS, D. VAN GERVEN, P. WERY, « Chronique de jurisprudence – Les obligations : Les sources (1985-1995) », *J.T.*, 1996, p. 735, n^{os} 134 et s. ; I. MOREAU-MARGREVE, Ch. BIQUET-MATHIEU et A. GOSSELIN, « Grands arrêts récents en matière d'obligations », *Act. dr.*, 1997, pp. 11 et 12, n^o 2, p. 44, n^o 14.

(2026) Cf., sur ce point, spécialement I. MOREAU-MARGREVE et J. VAN RYN, cités à la note précédente ; notons qu'en France, le rôle tout à la fois indemnitaire et coercitif de la clause pénale est admis par l'article 1152 du Code civil français qui a été modifié par la loi n^o 75-597 du 9 juillet 1975 (et aussi par la loi n^o 85-1097 du 11 octobre 1985) pour reconnaître aux juges un pouvoir de révision tant d'ailleurs en moins qu'en plus (sur ce point, lisez D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale*, Paris, L.G.D.J., 1992) ; observons encore qu'aux Pays-Bas, l'article 91 du livre 6 du nouveau Code civil néerlandais admet également le caractère coercitif de la clause pénale, un pouvoir de révision étant octroyé au juge par l'article 94 (sur ce point, lisez C. ASSER'S, *Handleiding tot de beoefening van het nederlands burgerlijk recht – Verbintenissenrecht*, t. 1, 10^e éd., par A.S. HARTKAMP, 1996, p. 294, n^{os} 388 et s.).

cier le montant de la clause pénale par rapport au préjudice prévisible lors de l'accord des parties et non par rapport au préjudice effectivement subi (2027). S'il parvient à la conclusion que le montant prévu est supérieur au préjudice prévisible et que, partant, la clause pénale est dépourvue de caractère indemnitaire, le juge peut l'annuler sur la base des articles 6 et 1131 du Code civil (2028). Si, au contraire, le juge estime que le montant prévu dans la clause correspond au dommage prévisible, il doit faire application de la clause en vertu de l'article 1152 du Code civil. Le juge n'a pas, en principe, le pouvoir de procéder à la révision de la clause pénale qui lui est soumise (2029) (2029bis).

(2027) Voy. notamment Cass., 15 janvier 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 574, qui décide que, pour reconnaître un caractère indemnitaire à la clause pénale, « il n'est pas requis que le juge constate le montant du dommage réellement subi » ; Cass., 3 février 1995, *Bull. et Pas.*, 1995, I, p. 130, qui casse la décision du juge du fond pour la raison que le créancier qui a stipulé une clause pénale « ne peut être obligé de démontrer qu'il a réellement subi un dommage » ; Cass., 17 février 1995, *Bull. et Pas.*, 1995, I, p. 189, qui est également un arrêt d'où il ressort que le juge du fond ne peut, pour le seul motif que la clause pénale est « excessive », décider que la clause n'est pas une clause pénale et accorder ensuite une somme inférieure à celle qui avait été stipulée ; pour un arrêt nuancé, voy. Cass., 29 février 1996, *Bull. et Pas.*, 1996, I, p. 221, d'où il résulte que si « toute somme stipulée au titre de clause pénale ne peut constituer que l'indemnité forfaitaire relative au dommage susceptible d'être subi par le créancier ensuite de l'inexécution de la convention », *il n'est pas interdit au juge de prendre « en considération des éléments concernant le dommage réel aux fins d'apprécier le dommage éventuel visé par les parties lors de la conclusion du contrat »*.

(2028) Notons qu'une telle clause pénale dépourvue de caractère indemnitaire devrait, le cas échéant, être annulée sur le fondement de l'article 32, 21, de la loi sur les pratiques du commerce et sur la protection et l'information du consommateur, qui, dans les relations entre professionnels et consommateurs, prohibe, au titre de clause abusive, la clause qui a pour objet de « fixer des montants de dommages et intérêts réclamés en cas d'inexécution ou de retard dans l'exécution des obligations de l'acheteur qui dépassent manifestement l'étendue du préjudice susceptible d'être subi par le vendeur » ; l'article 32, 15, de la même loi prohibe encore la clause pénale qui a pour objet de « déterminer le montant de l'indemnité due par le consommateur qui n'exécute pas ses obligations, sans prévoir une indemnité de même ordre à charge du vendeur qui n'exécute pas les siennes » ; en outre, il y a lieu de tenir compte de la définition générale des clauses abusives que cette loi énonce en son article 31 en vue de protéger les consommateurs dans les relations qu'ils entretiennent avec des professionnels ; cette définition générale des clauses abusives vise : « toute clause ou condition qui à elle seule ou combinée avec une ou plusieurs autres clauses ou conditions, crée un déséquilibre manifeste entre les droits et les obligations des parties ». En lien avec les clauses abusives, signalons qu'en vue de mettre la réglementation belge en conformité avec la directive 93/13/CEE du 5 avril 1993, la Chambre vient d'adopter un projet de loi qui modifie la loi sur les pratiques du commerce, *Doc. parl.*, Ch. Représ., sess. ord. 1997-1998, n° 1565/4.

(2029) Pour les crédits qui sont régis par la loi relative au crédit à la consommation, il y a cependant lieu de tenir compte de l'article 90, alinéa 2, de cette loi, qui
(*voy. la page suivante pour la suite de la note tronquée et pour la note 2029bis...*)

Le recours à la théorie de l'abus de droit en matière contractuelle est venu quelque peu nuancer le régime de droit commun des clauses pénales issu de l'arrêt du 17 avril 1970 ; dans son arrêt du 18 février 1988 (2030), la Cour de cassation a, en effet, reconnu au juge, nonobstant l'article 1152, un pouvoir de réduction des clauses pénales, lorsqu'il constate et à la condition cependant qu'il constate que le créancier abuse de son droit en réclamant l'application de la clause, par hypothèse reconnue indemnitaire au sens de l'arrêt du 17 avril 1970.

(suite de la note tronquée à la page précédente)

déroge au droit commun tel qu'il est interprété par la Cour de cassation belge en ce sens qu'une clause pénale indemnitaire, c'est-à-dire une clause pénale dont le montant correspond au préjudice prévisible lors de l'accord sur cette clause pénale, peut être réduite par le juge qui estime que, nonobstant son caractère indemnitaire, le montant de la clause pénale est excessif ou injustifié par rapport dès lors au préjudice effectivement subi par le créancier du fait de l'inexécution ou même, selon une certaine jurisprudence, eu égard à des circonstances externes au contrat, notamment à la situation malheureuse du débiteur de bonne foi (Voy. H. VAN LIER, « Chronique de jurisprudence : Les opérations à tempérament visées par la loi du 9 juillet 1957 (1957 à 1982) », *J.T.*, 1983, p. 61, n^{os} 41 et s. ; M. DAMBRE, *Consumentenkrediet – Een commentaar op de nieuwe reglementering*, éd. Mys & Breesch, Gand, 1993, p. 57, n^o 120 et la note 200 ; I. DEMUYNCK, « Conventionele (schade-)vergoedingsregelingen en de Wet op het consumentenkrediet », *J.J.P.*, 1994, p. 30, n^o 72 ; pour une appréciation critique de cette façon de procéder, voy. E. WYMEERSCH, « De betwistingen rond het strafbeding : Een stand van de zaken », *Jur. comm. Belg.*, 1982, p. 449, n^o 56 ; P. LETTANY, *Het consumentenkrediet*, 1993, p. 413, n^o 497bis) ; à cet égard, on observe qu'en France, où le juge dispose d'un pouvoir de révision des clauses pénales « manifestement excessives ou dérisoires » sur le fondement de l'article 1152 du Code civil ainsi modifié, le juge n'est pas admis à réduire la clause pénale en se déterminant « par des motifs tirés du comportement du débiteur de la pénalité, impropres à justifier à eux seuls le caractère manifestement excessif du montant de la clause, sans se fonder sur la disproportion manifeste entre l'importance du préjudice effectivement subi et le montant conventionnellement fixé » (voy. Cass. comm. fr., 11 février 1997, *Dall. aff.*, 1997, p. 372, obs., *Deffrénois*, 1997, p. 740, n^o 75, et obs. Ph. DELEBECQUE, *Rev. trim. dr. civ.*, 1997, p. 654, et obs. J. MESTRE) ; de même, si, aux Pays-Bas, le juge est admis, lorsque l'équité l'exige manifestement, à modérer la peine stipulée, l'article 94 du livre 6 du nouveau Code civil néerlandais précise expressément que le juge ne peut pas accorder au créancier, relativement à un manquement dans l'exécution, moins que la réparation légale du dommage.

(2029bis) Alors que notre livre était déjà sous presse, nous avons pris connaissance du projet de loi « modifiant le Code civil en ce qui concerne la clause pénale et les intérêts moratoires » adopté par la Chambre le 16 juillet 1998 (*Doc. parl.*, Ch. Représ., sess. ord. 1997-1998, n^o 1373/6). Ce projet imprime un caractère exclusivement indemnitaire à la clause pénale ; toutefois, la sanction ne serait pas la nullité mais la possibilité pour le juge de modérer la clause pénale sans cependant que son montant puisse être réduit à une « somme inférieure à celle qui aurait été due en l'absence de clause pénale » ; ainsi notamment, le taux des intérêts moratoires ne pourrait être réduit par le juge à un taux inférieur au taux légal.

(2030) *Pas.*, 1988, I, p. 732.

L'article 1907, alinéa 3, déroge au droit commun en ce sens que la majoration du taux de l'intérêt qu'il régit ne peut dépasser 0,5 % l'an sur le capital restant dû, et ce alors même qu'une majoration plus élevée ne priverait pas la clause pénale de caractère indemnitaire ou que l'exercice du droit qui en résulte ne serait pas constitutif d'un abus de droit (2031).

Contrairement à ce que laisse penser la lecture de ce texte, il ne vise pas uniquement ou même, selon certains, ne vise pas du tout à limiter le taux des intérêts moratoires qui sont prévus pour le cas de retard de paiement de tout ou partie du capital. Aussi, convient-il d'explicitier d'abord les clauses pénales qui sont appréhendées par l'article 1907, alinéa 3. Nous envisageons ensuite l'opportunité de la limite qu'il fixe.

335. – L'article 1907, alinéa 3, régit la stipulation que l'intérêt en souffrance se recalculera selon un taux majoré. – L'article 1907, alinéa 3, régit, sans aucun doute, la clause qui prévoit, en cas de retard de paiement des intérêts rémunérateurs, une majoration du taux de l'intérêt pour recalculer l'échéance d'intérêt en souffrance (2032). A cet égard, peu importe qu'au lieu de prévoir une majoration du taux en cas de retard de paiement, les parties aient prévu une réduction de l'intérêt en cas de paiement ponctuel (2033). Comme cela ressort clairement des travaux prépara-

(2031) Le texte est muet sur la sanction qu'il convient d'appliquer en présence d'une clause qui prévoirait une majoration supérieure à 0,5 % l'an sur le capital restant dû ; à cet égard, on peut hésiter entre la nullité d'une telle clause et la réduction de la majoration au maximum légal de 0,5 % l'an ; eu égard à la formulation du texte qui s'attache plus à contenir la majoration dans une limite raisonnable qu'à la clause qui la renferme, nous nous prononcerions plutôt en faveur de la réduction, même si, en l'occurrence, la nullité de la clause eût été préférable pour l'emprunteur ; dans le sens de la réduction à la majoration maximale de 0,5 % l'an, voy. Comm. Liège, 20 janvier 1959, *R.C.J.B.*, 1960, p. 41, et J.P. Borgerhout, 20 août 1970, *R.W.*, 1970-1971, col. 1153.

(2032) Ou, pour le dire plus simplement, l'article 1907, alinéa 3, vise assurément la clause qui prévoit que l'échéance d'intérêt sera recalculée à un taux plus élevé si l'emprunteur est en retard de l'honorer ; voy. P. LETTANY, « Contract van hypothecair krediet. Leidraad bij het opstellen van de akte », in *De nieuwe Wet op het Hypothecair Krediet*, 1993, p. 329, n° 32 : « De toepassing van deze regel komt erop neer dat de kredietgever, met betrekking tot de met vertraging betaalde vervalddag, de verschuldigde intresten herberekent tegen het conventioneel tarief verhoogd met maximum 0,5 % » (c'est nous qui soulignons le mot *herberekent*).

(2033) Il semble d'ailleurs que c'est sous cette dernière forme que la clause était souvent libellée avant qu'elle ne soit réglementée par l'article 1907, alinéa 3 ; voy. Civ. Bruges, 19 juillet 1916, *Pas.*, 1915-1916, III, p. 365, qui constate « qu'il avait été stipulé entre parties que les intérêts sur la somme prêtée seraient payés à raison de 5 p.c. l'an, mais seraient réduits à 4 p.c. en cas de paiement dans le mois de leur échéance ; que pareille stipulation, portant en réalité à 5 p.c. l'intérêt si le paiement n'est pas effectué dans le mois de l'échéance, constitue, sous une forme déguisée, une véritable pénalité pour le cas du retard dans l'exécution de payer les intérêts

(voy. la page suivante pour la suite de la note tronquée...)

toires, dans les deux cas, la différence entre le taux applicable en cas de paiement ponctuel et le taux applicable en cas de retard de paiement ne peut excéder 0,5 % l'an sur le capital restant dû (2034).

Ainsi, par exemple, on rencontre fréquemment, en matière de crédit hypothécaire, une clause du type de celle qui suit :

« *En cas de défaut de paiement d'un montant en intérêts à l'échéance convenue*, la Banque est en droit, sans préjudice de tout autre droit ou action qu'elle pourrait faire valoir, de majorer, pour cette échéance, le taux d'intérêt conventionnel de 0,041 % par mois » (2035).

Pour illustrer son application, imaginons un prêt de 3.400.000 francs remboursable en 180 mensualités de 34.243 francs ; le taux mensuel de ce prêt est de 0,740 % par mois (2036). L'emprunteur accuse un défaut de paiement pour la 13^e mensualité, laquelle comporte 9.924 francs de capital et 24.319 francs d'intérêt calculé à raison de 0,740 % sur 3.286.450 francs, c'est-à-dire sur le capital restant dû après le paiement de la 12^e mensualité. La sanction prévue par cette clause consiste à *recalculer* l'intérêt compris dans cette mensualité à raison de 0,781 % (0,740 + 0,041) au lieu de

(suite de la note tronquée à la page précédente)

dans le mois qui suit leur échéance » ; pour le même type de clause prévoyant une réduction du taux applicable en cas de paiement ponctuel, voy. encore Gand, 8 novembre 1919, *Pas.*, 1920, II, p. 21, et Bruxelles, 10 juillet 1929, *Pandectes périodiques*, 1929, p. 409.

(2034) Voy. le Rapport COENEN, *Doc. parl.*, Sénat, sess. 1933-1934, n° 165 : « La Commission a tenu à ce qu'il soit précisé que la limite qu'elle a fixée à la majoration du taux de l'intérêt pour retard de paiement, s'applique aussi bien aux clauses portant réduction en cas de paiement dans un délai déterminé qu'aux clauses portant majoration de l'intérêt en cas de non-paiement dans un délai déterminé. Il s'agit donc de la majoration du taux de l'intérêt normal » ; ainsi, selon H. DE PAGE, sont réglementées par l'article 1907, alinéa 3, les deux clauses suivantes : « l'intérêt est de x p.c., réduit à $x - y$ p.c. en cas de paiement dans les quinze jours de l'échéance » ou « l'intérêt est de x p.c., porté à $x + y$ p.c. en cas de non-paiement dans les quinze jours de l'échéance » ; voy. H. DE PAGE, *op. cit.*, t. 3, 1967, p. 152, n° 117, p. 179, n° 143, C ; H. DE PAGE et R. DEKKERS, t. 5, 1975, p. 159, n° 154, 2° ; voy. aussi, pour des clauses de même type, L. MAINGIE et R. FEYAERTS, *Commentaire de l'arrêté royal n° 225 réglementant les prêts hypothécaires et organisant le contrôle des entreprises de prêts hypothécaires*, 1938, pp. 150 et s. ; E. VIEUJEAN, « Le terme de droit suspensif », in *Les Nouvelles, Droit civil*, t. 4, vol. 2, 1958, p. 620, n° 806 ; H. VERSCHRAEGEN, H. VAN OVERLOOP et L. LAMOT, « Kritische analyse van gebruikelijke clausules in leningsakten », in *Kredietverlening en hypotheekleningen – Recyclagedagen 1992 van de Nederlandstalige Regionale Raad*, p. 149.

(2035) Cette clause est généralement stipulée en sus de la clause d'intérêts moratoires prévue pour le cas de retard dans le paiement d'un montant en capital (voy. *infra* n° 336) ainsi que de la clause d'anatocisme prévue pour le cas où l'emprunteur serait en retard de paiement quant aux intérêts d'une année entière (voy. *supra* n° 130).

(2036) Ce qui, selon la formule de conversion *équivalente* inscrite dans l'article 10 de l'arrêté royal du 5 février 1993 portant diverses dispositions d'exécution de la loi du 4 août 1992 relative au crédit hypothécaire, correspond à un taux annuel effectif de 9,25 %.

0,740 % sur le capital restant dû, ce qui donne 25.667 francs d'intérêt au lieu de 24.319 francs d'intérêt, *soit une pénalité de 1348 francs*.

Contrairement aux intérêts moratoires dont le montant est proportionnel à la durée de la défaillance, cette pénalité reste *identique* quel que soit le retard avec lequel l'emprunteur s'acquitte de son échéance d'intérêt (2037) ; ainsi, dans notre exemple, cette pénalité s'élève à 1348 francs, que les intérêts compris dans la mensualité impayée soient acquittés avec vingt jours, un mois, trois mois ou six mois de retard (2038). Aussi, lorsque l'emprunteur défaillant s'exécute finalement dans un délai relativement court, la pénalité qui consiste à recalculer les intérêts impayés à un taux plus fort, pénalité qui avait été imaginée dans l'Ancien Droit pour tourner la prohibition de l'anatocisme (2039), est plus sévère que la déduction d'intérêts moratoires sur les échéances d'intérêt impayées (2040).

336. – A notre estime, l'article 1907, alinéa 3, plafonne également le taux des intérêts moratoires destinés à s'appliquer sur le capital en souffrance. – Se pose la question si, au-delà de la clause qui consiste à majorer le taux du prêt en vue de recalculer les échéances d'intérêt en souffrance, l'article 1907, alinéa 3, limite également le taux des intérêts moratoires sur le capital en souffrance (2041) ; s'il en est ainsi, le taux des intérêts mora-

(2037) Voy. J. CATTARUZZA, « Le crédit bancaire », in *Guide juridique de l'entreprise*, 1995, p. 27, n° 230.

(2038) Si l'emprunteur accuse un retard de paiement de plusieurs échéances d'intérêts avant de subir la déchéance du terme, la majoration du taux de l'intérêt peut être appliquée rétroactivement pour chacune de ces échéances devenues exigibles avant la déchéance du terme.

(2039) Voy. POTHIER, *Traité du contrat de constitution de rente*, *op. cit.*, t. 1, p. 866, n°s 88 et s., qui envisage l'hypothèse d'une rente de 40 livres par an constituée en échange d'une somme de 1.000 livres, « avec la clause que faute de payer dans les trois jours de l'échéance, je serai tenu de payer pour l'année d'arrérages la somme de 50 livres » et qui admet la validité d'une telle clause au motif que « l'intérêt de 50 livres stipulé en cas de retard dans le paiement de l'intérêt de 40 livres, n'est pas un intérêt de cet intérêt de 40 livres... mais un intérêt du principal de 1.000 livres ».

(2040) Voy. *infra* n° 359, où nous développons cette question dans le cadre de nos réflexions prospectives en matière d'anatocisme.

(2041) Il importe de bien distinguer la portée de ces deux clauses qui peuvent se cumuler ; ainsi, à titre d'illustration, on rencontre, en matière de crédit hypothécaire, à côté de la clause de majoration des échéances d'intérêt impayées que nous avons examinée au numéro précédent, une clause d'intérêts moratoires du type de celle qui suit : « *En cas de défaut de paiement d'un montant en capital à l'échéance convenue*, la Banque est en droit, sans préjudice de tout autre droit ou action qu'elle pourrait faire valoir, d'exiger le paiement d'un intérêt de retard, calculé au taux conventionnel majoré de 0,041 % par mois, sur le capital impayé et ce, depuis l'échéance jusqu'à la date du paiement effectif du dit capital » ; reprenons les données de l'exemple proposé au numéro précédent et imaginons que l'emprunteur accuse 2 mois de retard pour le paiement de sa mensualité sans avoir encouru la

(voy. la page suivante pour la suite de la note tronquée...)

toires ne peut dépasser de plus de 0,5 % l'an le taux des intérêts rémunérateurs applicable en cas d'exécution normale du prêt.

Pour refuser d'appliquer la limite prévue par l'article 1907, alinéa 3, aux intérêts moratoires, H. DE PAGE estime que l'article 1907 pris « dans son ensemble », ne vise que le « cas du non-paiement des *intérêts* à l'échéance, et non du capital » (2042). Pour notre part, nous ne voyons pas en quoi le rapprochement des différents alinéas de l'article 1907 est de nature à justifier cette interprétation (2043) ; il nous paraît que la thèse restrictive se heurte directement au libellé de l'alinéa 3, qui vise de façon générale « la majoration du taux de l'intérêt pour retard de paiement ».

(suite de la note tronquée à la page précédente)

déchéance du terme ; la clause d'intérêts moratoires autorise le prêteur à réclamer un intérêt de retard de 0,781 % par mois (c'est-à-dire le taux conventionnel de 0,740 % majoré de 0,041 %) sur la partie en capital de la mensualité impayée, soit, dans notre exemple, $9.924 \times 2 \times 0,781 : 100 = 155$ francs d'intérêts moratoires ; imaginons maintenant que l'emprunteur encoure la sanction de la déchéance du terme, alors qu'il doit encore 3.286.450 francs au titre du capital ; en ce cas, l'intérêt moratoire de 0,781 % sera appliqué sur 3.286.450 francs pendant tout le temps où ce montant restera impayé, ce qui donnera 25.667 francs d'intérêts moratoires par mois tant que le solde en principal n'aura pas diminué.

(2042) Voy. H. DE PAGE, *op. cit.*, t. 3, 1967, p. 157, n° 121^{ter}, 2°, p. 176, n° 142, p. 179, n° 143, C, 1°, qui, partant, restreint l'application de l'article 1907, alinéa 3, à la clause prévoyant qu'en cas de retard de paiement des intérêts, l'échéance d'intérêt impayée est recalculée à un taux plus fort que le taux normal ; voy., dans le même sens, L. MAINGIE et R. FEYAERTS, *op. cit.*, 1938, p. 151 ; R. VANDEPUTTE, *op. cit.*, 1977, p. 249 ; G. JAKHIAN, « Ristourne et réduction d'intérêts dans le crédit hypothécaire », obs. sous Conseil d'Etat, 3 juin 1996, *Rev. dr. comm. b.*, 1998, p. 235.

(2043) On cherche en vain, dans le rapprochement des différents alinéas de l'article 1907, un élément qui indiquerait que le législateur ne se serait préoccupé que de la majoration pour retard de paiement des intérêts (à l'exclusion de la majoration pour retard de paiement du capital) ; la thèse restrictive ne peut pas non plus trouver appui dans le rapprochement des différents alinéas du texte initialement proposé par la commission ; dans le projet de la commission, l'actuel alinéa 3 était précédé de deux alinéas qui étaient libellés comme suit :

« Le taux de l'intérêt conventionnel doit être fixé par écrit dans une clause spéciale de l'acte.

Toute autre stipulation, ayant pour objet la détermination d'une annuité comprenant à la fois l'intérêt et un amortissement sur le capital, doit faire l'objet d'une disposition spéciale de l'acte de prêt, distincte de la stipulation prévue à l'alinéa premier » (voy. le Rapport MICHAUX, *Doc. parl.*, Ch. représ., sess. ord. 1933-1934, n° 120, p. 6) ; comme l'observe Y. HANNEQUART, « puisqu'on venait de parler de la déduction d'annuités comportant à la fois un paiement d'intérêts et un remboursement de capital, le retard de paiement envisagé concernait normalement chacune de ces deux hypothèses » ; voy. Y. HANNEQUART, « La protection des emprunteurs en dehors de la loi sur les ventes à tempérament », note sous Comm. Liège, 20 janvier 1959, *R.C.J.B.*, 1960, p. 52 ; voy., dans le même sens, L.-M. HENRION et E. BALATE, « Le contrôle judiciaire du loyer de l'argent », *Rev. dr. comm. b. - dossier n° 2*, 1995, p. 29, n° 50.

Quant aux travaux préparatoires, s'ils sont de peu d'utilité à cet égard, l'alinéa 3 ayant été approuvé sans discussion, ils nous révèlent cependant que l'objectif du législateur de 1934 était de « rendre impossibles tous les abus en matière d'intérêts conventionnels » (2044). Or, qu'il s'agisse de majorer le taux du prêt pour recalculer les échéances d'intérêts en souffrance ou qu'il s'agisse de majorer le taux du prêt en vue de la fixation du taux des intérêts moratoires sur le principal en souffrance, on est bien en présence, dans les deux cas, d'une augmentation conventionnelle de la charge en intérêts de l'emprunteur (2045).

En conséquence, il nous paraît que l'article 1907 interdit également de majorer de plus de 0,5 % l'an le taux des intérêts du prêt en vue de la fixation du taux des intérêts moratoires sur le capital en souffrance (2046).

(2044) Voy. l'intervention du rapporteur MICHAX, *Ann. parl.*, Ch. représ., sess. ord. 1933-1934, p. 1538, qui, en vue d'écarter un amendement du député KOELMAN (qui voulait que le taux de reconstitution soit mentionné en sus du taux de l'intérêt ; voy. *supra* n° 318), disait ceci : « Je prie la Chambre de s'en tenir pour le moment au texte de la commission, qui constitue un progrès énorme sur la situation actuelle et qui rend désormais impossibles tous les abus en matière d'intérêts conventionnels ».

(2045) D'ailleurs, la différence dans la sévérité de ces deux clauses a tendance à s'estomper, sinon à s'inverser, au fur et à mesure que le retard s'étale dans le temps, puisque la majoration de l'échéance d'intérêt en souffrance a lieu une fois pour toutes, tandis que les intérêts moratoires courent jusqu'au paiement effectif.

(2046) Voy., en ce sens, Comm. Bruxelles, 16 mai 1938, *Jur. comm. Brux.*, 1939, p. 193, qui réduit à 0,5 % l'an l'« amende » de 0,5 % par mois qui était appelée à se cumuler, en cas de retard de paiement du capital, avec l'intérêt moratoire fixé au taux conventionnel du prêt ; Ch. DEL MARMOL, *op. cit.*, 1943, p. 168, n° 133, p. 424, n° 423, et L. GRAULICH, *Etude particulière de certains contrats*, 1954, p. 58, qui se prononcent dans le même sens que la décision précitée ; Comm. Liège, 20 janvier 1959, et note précitée de Y. HANNEQUART, *R.C.J.B.*, 1960, p. 41, qui réduit la majoration des intérêts de retard sur le capital à 0,5 % l'an ; L.-M. HENRION et E. BALATE, *op. cit.*, p. 29, n° 50 ; I. DEMUYNCK, « De gereguleerde intresten inzake kredietovereenkomsten », *J.J.P.*, 1995, p. 69, n° 7, p. 81, n° 30 ; P.A. FORIERS et A.-F. DELWAIDE, « La sanction des manquements de l'emprunteur : les montants dus en cas d'inexécution du contrat », in *Le crédit à la consommation*, 1997, p. 154, n° 23, p. 163, n° 31, p. 180, n° 48, ces auteurs estimant que l'article 1907, alinéa 3, régit les intérêts moratoires ; P. LETTANY, « Contract van hypotheek krediet. Leidraad bij het opstellen van de akte », *op. cit.*, p. 329, n° 32, qui envisage l'article 1907, alinéa 3, sous le titre « Nalatigheidsintresten » et qui, après avoir rappelé la possibilité de recalculer l'échéance d'intérêt impayée à un taux majoré de maximum 0,5 % l'an, écrit : « Dit verhoogd tarief zal verder toegepast worden met betrekking tot de periode die zich bevindt tussen de contractuele vervaldag en de dag van effectieve betaling » ; voy. encore J.P. Borgerhout, 20 août 1970, note H. SCHILTZ, *R.W.*, 1970-1971, col. 1153, qui a jugé que l'article 1907, alinéa 3, vise non seulement les intérêts moratoires mais aussi toute clause pénale pour le cas de retard de paiement ; cette extension de l'article 1907, alinéa 3, à toutes les clauses pénales est, si nous comprenons bien, combattue par C. PAULUS, « Lening », in *Gebruikelijke contracten. Lexicon voor privaatrecht*, 1982, p. 40, n° 85.

Une nuance s'impose cependant ; ainsi, lorsque le taux du prêt, même augmenté de 0,5 % l'an, est inférieur au taux légal, il convient, nous paraît-il, de réserver l'application de l'article 1153 du Code civil, qui prévoit la déduction des intérêts moratoires au taux légal à partir de la mise en demeure. Il est, en effet, peu probable que le législateur de 1934, qui voulait combattre tous les abus en matière d'intérêts conventionnels, ait entendu plafonner les intérêts moratoires à un taux inférieur au taux légal, lequel détermine le taux des intérêts moratoires en l'absence de prévision des parties (article 1153) ou encore lorsque les parties ont fixé le taux du crédit à un taux inférieur au taux légal (2047).

337. – Appréciation critique du recalcul des intérêts en souffrance selon un taux majoré et de sa réglementation par l'article 1907, alinéa 3. – En ce qui concerne la première des deux clauses réglementées par l'article 1907, alinéa 3, nous avons souligné le caractère invariable de la pénalité qui découle de l'application d'un taux plus fort pour recalculer les échéances d'intérêt en souffrance ; à cet égard, il nous paraît plus sain d'indemniser le défaut de paiement des échéances d'intérêt par la déduction d'intérêts moratoires sur celles-ci, ce qui suppose une réforme de l'article 1154 du Code civil, au moins en ce qu'il interdit l'anatocisme infra-annuel (2048).

Il est vrai cependant que les prêteurs qui recourent à la clause de majoration des intérêts impayés, n'en connaissent plus, à l'heure actuelle, l'origine et la considèrent sans plus comme une pénalité ou une indemnité, si bien qu'il n'est pas certain qu'ils abandonneraient cette clause, s'il leur était possible d'obtenir des intérêts moratoires sur les échéances d'intérêt impayées.

Pour justifier le maintien de cette clause en sus de la déduction des intérêts moratoires sur les échéances d'intérêt impayées, ils argueraient sans aucun doute des frais internes à l'entreprise engendrés par le défaut de paiement, argumentation qui sous-tend également un autre type de clause pénale extrêmement répandue, à savoir la clause de majoration forfaitaire

(2047) Cette dernière circonstance ne pouvant pas raisonnablement laisser supposer que les parties ont renoncé à l'application du taux légal pour le calcul des intérêts moratoires postérieurement à la mise en demeure ; en revanche, si les parties ont fixé le taux du crédit à un taux supérieur au taux légal et qu'elles n'ont rien dit quant au taux des intérêts moratoires, il y a tout lieu de penser qu'il était dans leur intention que le taux du crédit demeure applicable, par dérogation à l'article 1153, jusqu'au remboursement effectif (et ce, sans qu'il soit besoin d'une mise en demeure pour la période qui suit l'échéance ou la déchéance du terme ; sur cette question controversée, voy. *supra* n° 236 et références citées).

(2048) Voy. *infra* n° 359.

de la créance, par exemple 10 ou 15 % du montant impayé (2049). Jusqu'à présent, en effet, nous n'avons jamais constaté que pareille clause de majoration forfaitaire de 10 ou 15 % du montant impayé soit stipulée concurremment avec la clause qui permet de recalculer les échéances d'intérêt impayées à un taux plus fort, ce qui est logique, si elles poursuivent, en fait, le même but.

Ceci nous conduit à nous demander s'il suffit, pour échapper à la limitation prévue par l'article 1907, alinéa 3, de stipuler une majoration de 10 ou 15 % du montant impayé en lieu et place de la majoration du taux de l'intérêt destinée à recalculer les échéances d'intérêt impayées.

A cet égard, on observe que, si, comme cela semble généralement être admis, la clause de majoration forfaitaire de 10 ou 15 % du montant impayé n'est pas visée par l'article 1907, alinéa 3 (2050), l'utilité de la disposition est extrêmement réduite, puisqu'il suffit alors pour s'y soustraire de majorer les montants impayés autrement qu'en recalculant les intérêts en souffrance à un taux plus fort.

En conséquence, il nous paraît que la limite de 0,5 % l'an sur le capital restant dû au moyen de laquelle l'article 1907, alinéa 3, plafonne la péna-

(2049) Au sujet de la justification de cette dernière clause, voy. notamment E. WYMEERSCH, « De betwistingen rond het strafbeding : Een stand van de zaken », *Jur. comm. Belg.*, 1982, p. 440, n° 35 ; Comm. Bruxelles, 6 mai 1977, *Jur. comm. Belg.*, 1977, p. 416 ; Anvers, 7 juin 1977, *R.W.*, 1977-1978, col. 1593 ; Comm. Charleroi, 20 septembre 1977, *Jur. comm. Belg.*, 1978, p. 244 ; Mons, 13 mars 1979, *J.T.*, 1980, p. 376 ; Comm. Liège, 3 juin 1982, *J.T.*, 1982, p. 802 ; Comm. Courtrai, 17 mai 1991, *R.W.*, 1991-1992, p. 619 ; Liège, 22 octobre 1991, *J.T.*, 1992, p. 440 ; Civ. Verviers, 17 février 1992, *J.L.M.B.*, 1993, p. 587 ; Anvers, 12 janvier 1993, *Turnhouts rechtsleven*, 1993, p. 65 ; Liège, 25 mai 1993, *Rev. dr. comm. b.*, 1994, p. 1066 ; Bruxelles, 26 juin 1996, *A.J.T.*, 1996-1997, p. 265 ; J.P. Gand, 17 octobre 1995, *R.W.*, 1996-1997, p. 1375 ; Bruxelles, 6 mai 1997, *J.T.*, 1997, p. 565 ; Liège, 16 octobre 1997, *J.L.M.B.*, 1997, p. 1538 ; encore que cette question soit le plus souvent résolue dans le sens de l'affirmative par la doctrine et la jurisprudence, on peut douter de la licéité de la clause de majoration forfaitaire de la créance eu égard à l'article 1023 du Code judiciaire ; voy. I. MOREAU-MARGREVE, « Pour un certain pouvoir de révision des clauses pénales », *J.T.*, 1976, pp. 638 et s., qui, *de lege ferenda*, cependant, critique cette disposition légale !

(2050) Voy., en ce sens, semble-t-il, C. PAULUS, « Lening », *op. cit.*, 1982, p. 40, n° 85 ; V. VERCAMMEN-VAN DEN VONDER, « Lening op interest », in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 1985, art. 1907-3, qui estiment que la clause de majoration du taux de l'intérêt ne doit pas être confondue avec la clause pénale qui est parfois insérée dans le contrat et qui prévoit une indemnité fixe au cas où l'emprunteur resterait en défaut de payer un des termes à l'échéance ; voy. toutefois, en sens contraire, J.P. Borgerhout, 20 août 1970, *R.W.*, 1970-1971, col. 1153 ; voy. aussi P.A. FORIERS et A.-F. DELWAIDE, *op. cit.*, p. 156, n° 25, qui estiment que « la clause pénale ne pourrait aboutir à tourner l'article 1907[bis], al. 3 du Code civil. La prudence s'impose donc de préciser qu'elle ne couvre pas le retard dans l'exécution » (C'est nous qui mettons le mot « bis » entre crochets).

lité qui découle de l'application d'un taux plus fort pour recalculer les échéances d'intérêt impayées ne saurait avoir de sens que si elle s'inscrivait dans un système qui réglemente de façon limitative le nombre et le type de clauses pénales qui sont autorisées dans tel ou tel contrat de crédit.

Or, une telle réglementation ne saurait être édictée de façon générale, abstraction faite du type de crédit en cause ou de la qualité des parties. Pareille réglementation ne peut dès lors trouver sa place que dans les législations à vocation protectrice. Aussi, à tout le moins en ce qu'il réglemente la pénalité qui résulte de l'augmentation du taux pour recalculer les échéances d'intérêt impayées, l'alinéa 3 de l'article 1907 devrait être abrogé du Code civil.

Cela étant, même si une réglementation complète et détaillée de toutes les clauses pénales que l'on peut rencontrer en matière de crédit n'a pas sa place en dehors des législations à vocation protectrice, il convient de garder à l'esprit que l'appréciation du caractère indemnitaire des clauses pénales qu'implique la jurisprudence de la Cour de cassation (2051) ou, à tout le moins, l'interdiction pour le créancier de spéculer sur l'inexécution du débiteur, concernent, elles, tous les types de contrats. A cet égard, il convient de démêler les différentes pénalités prévues et surtout de ne pas limiter l'examen de celles-ci à l'énoncé d'un pourcentage fixe (2052) mais de s'attacher aussi aux montants cumulés susceptibles de résulter de leur application conjuguée (2053).

(2051) Voy. *supra* n° 334.

(2052) A propos du mode de calcul de la clause de majoration forfaitaire qui consiste à appliquer un pourcentage donné au montant de la créance, on peut douter que le préjudice susceptible d'être subi en raison du recouvrement nécessité par la défaillance du débiteur soit exclusivement fonction du montant de la créance ; à cet égard, E. WYMEERSCH observe que les frais en cas d'inexécution ne sont pas cent fois plus élevés pour une créance qui est cent fois plus grande ; voy. E. WYMEERSCH, « De betwistingen rond het strafbeding : Een stand van de zaken », *Jur. comm. Belg.*, 1982, pp. 441 et 442, n° 41 ; pour des applications jurisprudentielles de cette idée, voy. *Comm. Courtrai*, 20 avril 1995, *A.J.T.*, 1994-1995, p. 575 ; *J.P. Gand*, 17 octobre 1995, *R.W.*, 1996-1997, p. 1375 ; *Bruxelles*, 26 juin 1996, *A.J.T.*, 1996-1997, p. 265 ; comp. toutefois *Gand*, 20 novembre 1996, *A.J.T.*, 1996-1997, p. 396, qui estime que la circonstance qu'une clause de majoration forfaitaire (15%) ne prévoit pas de montant maximum pour son application n'est pas en soi une preuve que la clause excède le dommage prévisible lors de la conclusion du contrat.

(2053) A titre d'illustration d'une appréhension globale des clauses pénales, voy. notamment *Gand*, 26 septembre 1980, *R.W.*, 1981-1982, col. 1026 ; *Comm. Charleroi*, 26 juin 1984, *Rev. dr. comm. b.*, 1986, p. 66 ; *Liège*, 9 mai 1989, *J.T.*, 1990, p. 24, *Ann. dr. Liège*, 1990, p. 49 et notre note ; *Liège*, 19 décembre 1989, *Act. dr.*, 1993, p. 167 ; *Civ. Neufchâteau*, 29 janvier 1992, *J.L.M.B.*, 1992, p. 1030 ; *Civ. Verviers*, 17 février 1992, *J.L.M.B.*, 1993, p. 587 ; voy. aussi Y. HANNEQUART, « La protection des emprunteurs en dehors de la loi sur les ventes à tempérament », note sous *Comm. Liège*, 20 janvier 1959, *R.C.J.B.*, 1960, p. 48.

338. – Appréciation critique de l'interdiction de majorer de plus de 0,5 % l'an le taux normal du prêt en vue de la fixation du taux des intérêts moratoires. – Dans une conception indemnitaire de la clause pénale, qui est celle de la Cour de cassation belge, l'idée de plafonner le taux des intérêts moratoires en prenant comme référence le taux applicable en cas d'exécution normale du prêt n'est pas dépourvue de justification. De prime abord, on ne voit pas pourquoi, en effet, le loyer de l'argent devrait notablement augmenter pour la période postérieure à l'échéance ou à la déchéance du terme.

Ceci suppose évidemment que le taux du crédit ne soit pas inférieur au taux légal (2054). De façon plus générale, ceci suppose que le prêteur n'ait pas consenti un taux de faveur à l'emprunteur mais encore faut-il s'entendre sur la notion de taux de faveur (2055). Un tel raisonnement suppose également qu'il n'ait pas été dans l'intention du prêteur d'intégrer les frais relatifs à l'inexécution dans le taux de l'intérêt moratoire, puisque, dans le cas contraire, une majoration supérieure à 0,5 % l'an pourrait, le cas échéant, se justifier (2056). On peut encore imaginer que le prêteur préfère déterminer le taux des intérêts moratoires par rapport à un autre indice que le taux de crédit, par exemple par rapport au taux de l'intérêt légal majoré d'un certain nombre de points.

On le voit, si la limitation de la majoration du taux du crédit pour le calcul des intérêts moratoires paraît, de prime abord, s'expliquer, elle rencontre des objections, d'autant que pareille réglementation est nécessairement incomplète, puisqu'il est généralement stipulé d'autres clauses pénales en sus de la clause d'intérêts moratoires (2057).

En conséquence, il conviendrait de se diriger, *de lege ferenda*, vers la suppression dans le Code civil de la limitation du taux des intérêts moratoires applicable en matière de prêt, pareille limitation relevant alors des seules législations à vocation protectrice.

(2054) A cet égard, rappelons, que, même *de lege lata*, nous ne croyons pas que l'article 1907, alinéa 3, emporte une dérogation à l'article 1153, voy. *supra* n° 336, *in fine*.

(2055) Ainsi, dès lors qu'il est dans les habitudes d'un prêteur de consentir à tous les candidats emprunteurs des réductions par rapport aux taux affichés dans ses tarifs, le seul fait qu'un emprunteur bénéficie d'une réduction par rapport aux taux affichés n'est pas de nature à conclure à l'existence d'un véritable taux de faveur.

(2056) Sous réserve, toutefois, de la licéité, au regard de l'article 1023 du Code judiciaire, d'une telle majoration visant à récupérer les frais judiciaires engendrés par la récupération de la créance; voy. *supra* note 2049, *in fine*.

(2057) Or, ainsi que nous l'avons dit au numéro précédent, une réglementation complète et détaillée de toutes les clauses pénales que l'on peut rencontrer en matière de crédit n'a pas sa place dans le Code civil.

339. – Incidence de l'abrogation éventuelle de l'article 1907, alinéa 3, sur la loi relative au crédit hypothécaire et comparaison avec la loi relative au crédit à la consommation. – A l'image de l'arrêté royal n° 225 auquel elle succède (2058), la loi relative au crédit hypothécaire s'articule en quelque sorte sur l'article 1907, alinéa 3, auquel elle fait expressément référence en son article 45 (2059). Aussi, sous peine d'amenuiser la protection des emprunteurs hypothécaires concernés par cette législation, l'abrogation de l'article 1907, alinéa 3, du Code civil devrait nécessairement aller de pair avec l'insertion d'une disposition analogue dans la loi relative au crédit hypothécaire.

Corrélativement à l'abrogation de l'article 1907, alinéa 3, du Code civil, il s'imposerait donc d'intégrer dans la loi relative au crédit hypothécaire une disposition qui limite le taux des intérêts moratoires ainsi qu'une disposition qui limite la majoration du taux de l'intérêt en vue de recalculer les échéances d'intérêt impayées, cette dernière clause pénale, étant de style dans la plupart des contrats de crédit hypothécaires réglementés.

Il conviendrait aussi que le législateur se prononce clairement sur la façon de concilier les limites ainsi prévues avec la pratique des réductions conditionnelles de taux (2060), lesquelles visent, au-delà du paiement

(2058) Il ressort clairement du Rapport au Roi précédant l'arrêté royal n° 225 (*Mon.*, 6-7 janvier 1936, p. 54) que cet arrêté était destiné à s'articuler sur l'article 1907, tel qu'il venait d'être modifié par la loi du 27 juillet 1934, laquelle, « quoique le texte en fût général, visait spécialement le prêt hypothécaire ».

(2059) Aux termes de l'article 45 de la loi relative au crédit hypothécaire :

« En cas de défaut de paiement d'une somme due, l'entreprise hypothécaire doit, dans les trois mois de l'échéance, faire parvenir à l'emprunteur un avertissement envoyé par lettre recommandée à la poste reprenant les conséquences du non-paiement.

En cas d'inobservation de cette obligation, *la majoration contractuelle du taux d'intérêt pour retard de paiement telle que prévue à l'article 1907 du Code civil ne peut pas être appliquée sur ladite échéance ; en outre, pour cette échéance, un délai de paiement de six mois sans frais ni intérêts complémentaires doit être accordé ; ce délai prend cours le jour de l'échéance non payée.* »

(2060) Pratique des réductions conditionnelles de taux à laquelle la loi relative au crédit hypothécaire fait allusion depuis qu'elle a été modifiée par la loi du 13 mars 1998 ; voy. *supra* n° 323, où nous avons vu également que la loi du 13 mars 1998 a clairement condamné la pratique des « ristournes » ; à la différence de la réduction de taux, la ristourne laissait les échéances inchangées mais une partie de celles-ci était ristournée au client à titre de récompense de fidélité ; dès lors, d'aucuns estimaient que la ristourne n'avait aucune influence sur le taux de l'intérêt et que, partant, l'article 1907, alinéa 3, qui vise « la majoration du *taux de l'intérêt pour retard de paiement* », ne réglementait, en aucune manière, le droit de supprimer une ristourne en cas de retard de paiement (voy., en ce sens, J. CATTARUZZA, « Verordening nr. 10 van 1 maart 1995 van de controledienst voor de verzekeringen betreffende de beloningen voor getrouwheid toegekend door een hypotheekonderneming », in *Praktijk gids voor de vastgoedmakelaar*, afl. 4, 1995, p. 34, n° 4.1 ; voy.

(voy. la page suivante pour la suite de la note tronquée...)

ponctuel des charges du crédit (2061), à récompenser l'emprunteur pour sa fidélité, notamment en fonction de son effort d'épargne auprès de l'entreprise hypothécaire ou d'un tiers déterminé. On doit se demander, en effet, si l'entreprise hypothécaire est en droit de sanctionner la défaillance de l'emprunteur *tout à la fois* par la majoration du taux de l'intérêt de 0,5 % l'an – soit le maximum qui est actuellement admis par l'article 1907, alinéa 3 – et par la suppression d'une réduction conditionnelle de taux (2062).

En revanche, en ce qui concerne la loi relative au crédit à la consommation, l'abrogation éventuelle de l'article 1907, alinéa 3, ne nécessiterait

(suite de la note tronquée à la page précédente)

aussi G. JAKHIAN, *op. cit.*, *Rev. dr. comm. b.*, 1998, p. 235, qui est cependant beaucoup moins affirmatif ; il est vrai cependant que la pratique des ristournes, en lieu et place des réductions de taux, était déjà sujette à caution avant la modification de 1998 ; on se demandait, en effet, dans quelle mesure la pratique des ristournes accordées sur les mensualités du crédit, sans que la diminution des charges du crédit qui en résulte soit intégrée dans le taux de l'intérêt, ni dans le tableau d'amortissement, ne se heurtait pas précisément à l'exigence de la mention du taux de l'intérêt et à l'obligation de dresser un tableau d'amortissement.

(2061) On sait que l'article 1907, alinéa 3, régit assurément la suppression d'une réduction de taux accordée pour le cas de paiement dans un délai déterminé, pareille suppression ne pouvant aboutir à majorer de plus de 0,5 % l'an le taux applicable en cas d'exécution ponctuelle du prêt ; on lit, en effet, dans les travaux préparatoires de l'article 1907, alinéa 3 : « La Commission a tenu à ce qu'il soit précisé que la limite qu'elle a fixée à la majoration du taux de l'intérêt pour retard de paiement, s'applique aussi bien aux clauses portant réduction en cas de paiement dans un délai déterminé qu'aux clauses portant majoration de l'intérêt en cas de non-paiement dans un délai déterminé. Il s'agit donc de la majoration du taux de l'intérêt normal » (voy. le Rapport COENEN, *Doc. parl.*, Sénat, sess. 1933-1934, n° 165).

(2062) Partant vraisemblablement de l'idée que tous les contrats de crédit hypothécaire offerts par une entreprise hypothécaire au sens de la loi du 4 août 1992 comportent déjà une clause qui majore, à raison de 0,5 % l'an sur le capital restant dû, le taux de l'intérêt en cas de retard de paiement, l'article 3 du règlement n° 10 du 1^{er} mars 1995 de l'Office de Contrôle des Assurances (relatif aux récompenses de fidélité accordées par une entreprise hypothécaire, *Mon.*, 20 juillet 1995, p. 19896) prévoit qu'« une récompense de fidélité peut être revue et même supprimée mais sans que la révision ou la suppression puissent trouver leur origine dans le défaut de paiement d'un montant exigible en vertu du contrat de crédit... ». Dans son commentaire précité (p. 35, n°s 4.1 et 4.3), J. CATTARUZZA regrette qu'une réduction conditionnelle de taux ne puisse pas être supprimée en raison du retard de paiement d'un montant dû en vertu du contrat de crédit hypothécaire lui-même, alors que la suppression d'une réduction conditionnelle de taux est, au contraire, permise en raison de l'inexécution par l'emprunteur d'un autre contrat lié au crédit hypothécaire, par exemple un contrat d'épargne ou d'assurance auprès du prêteur ou d'un tiers déterminé. A notre avis, il serait souhaitable que le législateur lui-même assure un minimum de cohérence entre, d'une part, la possibilité de prévoir des réductions conditionnelles de taux et, d'autre part, l'interdiction de majorer le taux de l'intérêt de plus de 0,5 % l'an en cas de retard de paiement.

aucune mesure d'accompagnement pour les crédits régis par cette législation.

Tout d'abord, la clause qui prévoit la majoration du taux de l'intérêt pour recalculer les échéances d'intérêt impayées n'est guère usitée en matière de crédit à la consommation. Il est cependant fréquemment recouru, en cette matière, à la clause de majoration forfaitaire de la créance, à raison par exemple de 10 ou 15 % du montant impayé. Aussi, on pourrait envisager de réglementer la clause de majoration forfaitaire en prévoyant une fourchette dans laquelle les pourcentages maxima diminueraient au fur et à mesure que le montant de la créance impayée augmente ; il serait, en outre, prévu un montant maximum que la majoration forfaitaire encourue ne pourrait, en aucun cas, excéder (2063).

Ensuite, la loi relative au crédit à la consommation réglemente le taux des intérêts moratoires de façon bien plus draconienne que l'article 1907, alinéa 3. En effet, l'article 28 de la loi relative au crédit à la consommation plafonne le taux des intérêts de retard à « la moyenne entre le taux d'intérêt légal et le taux annuel effectif global convenu » et, lorsque, comme c'est très souvent le cas, le taux annuel effectif global convenu est supérieur au taux de l'intérêt légal, une telle limite aboutit à limiter le taux des intérêts de retard à un taux inférieur au taux annuel effectif global convenu, ce qui, de prime abord, semble constituer une véritable prime à l'inexécution (2064). Il serait, dès lors, indiqué de revoir ou, à tout le

(2063) Comme nous l'avons déjà dit *supra* note 2052, on peut, en effet, douter que les frais internes à l'entreprise suscités par la défaillance soient exclusivement fonction du montant impayé ; si, toutefois, comme cela a été suggéré (voy. la proposition de loi modifiant la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation en vue de réglementer les conséquences financières de la non-exécution d'un contrat déposée par MM. M. DIGHNEEF et L. TOUSSAINT, *Doc. parl.*, Ch. représ., sess. 1995-1996, n° 560/1 ainsi que la proposition de loi modifiant la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation déposée par M. SANTKIN, *Doc. parl.*, Sénat, sess. 1996-1997, n° 540/1), on devait se diriger vers une limitation de la clause de majoration forfaitaire à « 10 % du capital restant dû », il conviendrait assurément de maintenir le pouvoir de réduction des clauses pénales (qui est octroyé au juge par l'article 90, alinéa 2, de la loi relative au crédit à la consommation) à l'égard des clauses de majoration forfaitaires qui respecteraient une telle limitation ; nous doutons, en effet, que les *frais internes* à l'entreprise nécessités pour la récupération d'une somme de 1.000.000 francs s'élèvent à 100.000 francs.

(2064) Au sujet de cette disposition, voy. notre exposé in *Chronique de droit à l'usage des juges de paix et de police consacrée à l'application de la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation*, Cahier n° 9, 1994, pp. 34 et s., n°s 16 et s., et références citées ; voy. aussi P.A. FORIERS et A.-F. DELWAIDE, *op. cit.*, p. 160, n°s 29 et s.

moins, d'expliciter le maximum qui est assigné aux intérêts de retard par cette législation (2065).

Enfin, pour que les limites assignées aux clauses pénales tant dans la loi relative au crédit à la consommation que dans la loi relative au crédit hypothécaire ne soient pas des leurres (2066), il conviendrait que ces deux législations à vocation protectrice réglementent de façon limitative le nombre et le type de clauses pénales qui peuvent être stipulées dans le contrat de crédit (2067).

Section II. – L'article 1907*bis* ou la limitation du montant de l'indemnité de emploi

340. – L'article 1907*bis* : une disposition qui vise assurément l'hypothèse du remboursement volontaire anticipé. – Lorsque, dans un prêt à intérêt, le terme est stipulé non seulement en faveur de l'emprunteur mais également

(2065) Dans les deux propositions de loi précitées de M. DIGHNEEF et L. TOUSSAINT et de M. SANTKIN, il est suggéré de plafonner le taux des intérêts moratoires au taux du crédit pour la période qui suit la dénonciation du crédit ; en l'absence de dénonciation du crédit, il est suggéré de plafonner le taux des intérêts moratoires (sur les mensualités impayées) à l'intérêt légal.

(2066) Voy. *supra* n° 337.

(2067) Dans le sens d'une telle réglementation, voy. les deux propositions de loi précitées de M. DIGHNEEF et L. TOUSSAINT et de M. SANTKIN qui visent à préciser les conséquences financières de l'inexécution du contrat de crédit à la consommation ; ces deux propositions concernent essentiellement les crédits remboursables au moyen de versements successifs ; il conviendrait, en outre, de régler la question pour les ouvertures de crédit en compte, spécialement en ce qui concerne le taux de l'intérêt et les commissions qui peuvent être stipulées en cas de retard de paiement ainsi qu'en cas de dépassement de la limite de crédit autorisée. Par ailleurs, en ce qui concerne la loi relative au crédit hypothécaire, il existe une controverse au sujet de la question si l'énumération exhaustive, par les articles 11 à 13, des frais et indemnités qui peuvent être mis à charge de l'emprunteur concerne également les frais et indemnités consécutifs à la défaillance de l'emprunteur ; au sujet de cette controverse, voy. notre exposé intitulé « Crédit hypothécaire : retard d'exécution et dénonciation », in *Le surendettement civil*, Formation permanente Commission Université-Palais, Vol. I, 9 juin 1995, pp. 155 et s. et références citées ainsi que A. VAN INGELGHEM, *Artikelsgewijze Commentaar Wet van 4 augustus 1992 op het hypothecair krediet*, OHRF, 1994, art. 11.

au profit du prêteur, ce que l'article 1187 du Code civil autorise expressément (2068), le remboursement anticipé est, en principe, interdit (2069).

Toutefois, plutôt que d'interdire purement et simplement tout remboursement anticipé, il arrive souvent que le prêteur subordonne un tel rem-

(2068) Contrairement à J. HUET (*op. cit.*, 1996, p. 914, n° 22550), nous ne pensons pas qu'il puisse être déduit de l'article 1250, 2°, du Code civil, qu'en matière de prêt, le terme devrait impérativement être stipulé au profit du seul emprunteur et que, partant, le remboursement anticipé serait, nonobstant toute clause contraire, toujours de droit pour l'emprunteur, sans qu'aucune indemnité de emploi puisse être mise à sa charge ; cette dérogation à l'article 1187 du Code civil que prétend déduire l'auteur de l'article 1250, 2°, du Code civil reposerait sur l'origine de cette dernière disposition, à savoir un édit de Henry IV datant de 1609 qui, en vue de faciliter le rachat de sa rente par le débiteur au moyen d'une autre rente contractée à un taux plus avantageux, avait prévu la possibilité d'imposer la subrogation au créancier originaire, ce qui permettait de maintenir, au profit du nouveau créancier et contre la volonté du créancier originaire, l'hypothèque affectée en garantie de la rente originaire et surtout le rang de cette hypothèque ; toutefois, ce n'est pas parce que les auteurs du Code civil ont intégré dans l'article 1250, 2°, le droit pour le débiteur d'imposer la subrogation au créancier originaire qu'il en découle nécessairement qu'ils ont voulu faire du prêt à intérêt, à l'image des rentes perpétuelles de l'Ancien Droit, un contrat « essentiellement rachetable » ; au contraire, les auteurs du Code civil ont consacré la légitimité du prêt à intérêt, sans la subordonner à un quelconque droit au remboursement anticipé ; au demeurant, même en ce qui concerne les rentes perpétuelles, le droit au remboursement peut désormais être modulé, puisque, contrairement à ce qui avait lieu dans l'Ancien Droit, l'article 1911, alinéa 2, du Code civil autorise les parties à prévoir une *interdiction de racheter la rente durant les dix premières années* ; c'est donc bien la preuve que, même en matière de rentes perpétuelles, un droit *inconditionnel* au remboursement ne saurait être déduit de l'article 1250, 2° ; en conséquence, si l'article 1250, 2°, autorise le débiteur à imposer la subrogation au créancier originaire, c'est uniquement dans la mesure où le débiteur est en droit de le forcer à recevoir paiement, soit parce que le remboursement anticipé lui est permis, soit parce que sa dette est échue ; voy., en ce sens, H. DE PAGE, *op. cit.*, t. 3, 1967, p. 537, notes 4 et 6 ; J. MESTRE, *La subrogation personnelle*, Paris, L.G.D.J., 1979, p. 87, note 42 ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, *op. cit.*, *Les obligations*, 1998, p. 715, n° 1209 ; voy. toutefois Fr. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit.*, 1996, p. 1018, n° 1273, qui considèrent, à tort selon nous, que l'application de l'article 1250, 2°, peut aboutir à priver le créancier originaire du bénéfice du terme, pourtant convenu en sa faveur, mais qui, à l'inverse de J. HUET, ne contestent pas, en ce cas, la déduction de l'indemnité de emploi (p. 1018, note 5).

(2069) Si, en revanche, le terme est uniquement stipulé en faveur de l'emprunteur, à l'exclusion du prêteur, peu importe pour le prêteur l'époque à laquelle il reçoit le paiement dès lors que le terme prévu n'a pas été excédé ; ainsi, pour les ouvertures de crédit qui se caractérisent non seulement par la souplesse quant aux prélèvements mais aussi par la souplesse quant aux remboursements, l'obligation de zéroter le compte tous les trois mois ou encore l'obligation d'apurer une portion du capital prélevé tous les mois en sus du paiement des intérêts est une obligation minimale pour le débiteur, qui a, partant, la possibilité de rembourser, à tout moment, l'intégralité du capital prélevé sans être astreint à supporter une quelconque indemnité de ce chef.

boursement au paiement d'une somme. Cette somme a pour but de réparer le préjudice qui découle de l'anticipation sur le terme convenu. C'est là l'objet de l'indemnité de remploi (2070).

En vue d'éviter les abus dans la fixation du montant de cette indemnité, le législateur de 1934 a introduit un article 1907*bis* dans le Code civil, disposition qui est libellée comme suit :

« 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 ».

Dans un premier temps, nous procédons à l'analyse de cette disposition et nous évoquons le régime de l'indemnité de remploi dans les législations à vocation protectrice. Ensuite, nous examinons l'opportunité de la limite ainsi établie.

341. – A notre estime, la limite fixée par l'article 1907*bis* à l'indemnité de remploi s'applique aussi en cas de déchéance du terme. – Lorsque l'emprunteur défaillant se voit sanctionné par la déchéance du terme (2071), il est dans l'obligation de rembourser anticipativement le capital restant dû. Or, dès lors que le prêteur subit un préjudice en raison de ce remboursement anticipé et que ce remboursement anticipé est la conséquence de

(2070) Parce que l'indemnité de remploi a pour objet de réparer le préjudice que cause au prêteur l'*anticipation sur le terme convenu*, ne saurait être qualifiée telle une somme qui serait due en cas de *remboursement au terme convenu*, une telle somme s'additionnant en réalité à l'intérêt stipulé à titre de contrepartie du crédit et, partant, ressortissant au contrôle de l'article 1907*ter* fondé sur la lésion qualifiée ; de même, ne saurait être qualifiée d'indemnité de remploi et ressortirait également à l'article 1907*ter*, l'indemnité qui serait mise à charge de l'emprunteur au cas où le prêteur aurait le droit de dénoncer le crédit sans que cette dénonciation soit motivée par la défaillance de l'emprunteur ; comp. H. DE PAGE et R. DEKKERS, *op. cit.*, t. 5, 1975, pp. 175 et 176, n° 164, C, qui estiment que dans l'une et l'autre de ces deux hypothèses, l'indemnité de remploi serait nulle pour défaut de cause ; comp. aussi le Rapport au Roi précédant l'arrêté royal n° 225 relatif aux prêts hypothécaires, *Mon.*, 6-7 janvier 1936, p. 60, qui justifiait de la façon suivante l'article 31 de cet arrêté qui frappait de nullité toute indemnité de remploi ou autre qui aurait été prévue pour le cas d'un remboursement au terme fixé ou pour le cas d'une exigibilité anticipée du capital prêté non motivée par le fait de l'emprunteur : « Il ne peut y avoir indemnité là où il n'y a pas de préjudice et il ne peut y avoir préjudice si ce que le prêteur a stipulé à son profit ou pour la défense de ses intérêts se réalise ».

(2071) Ou de façon plus générale par la dénonciation du prêt, laquelle peut aussi bien résulter de la déchéance du terme que de la résolution du prêt ; c'est parce que l'expression « déchéance du terme » évoque plus nettement la sanction de la défaillance de l'emprunteur que nous la préférons ici à celle de « dénonciation du prêt » et ce, en vue de bien marquer la différence avec l'hypothèse du remboursement volontaire anticipé à l'initiative de l'emprunteur, dont il est également question dans cette section.

la défaillance de l'emprunteur, le prêteur est, en principe, en droit d'en obtenir la réparation intégrale selon les principes de base de la responsabilité contractuelle, lesquels supposent que soient prouvés l'existence et le montant du préjudice encouru (2072). Fréquemment, cependant, le prêteur stipule une indemnité de remploi forfaitaire en ce compris pour le cas où le remboursement anticipé découlerait de la déchéance du terme (2073) ; à cet égard, on observe que, lorsqu'il est appelé à jouer en cas de déchéance du terme, le forfait stipulé à titre d'indemnité de remploi sanctionne l'inexécution de ses obligations par l'emprunteur et, partant, constitue une clause pénale (2074), qui, selon la jurisprudence de la Cour de cassation, doit revêtir un caractère indemnitaire (2075).

Est controversée la question si, au-delà de l'indemnité de remploi qui est prévue en cas de remboursement volontaire anticipé, l'article 1907*bis*

(2072) Voy. P.A. FORIERS et A.-F. DELWAIDE, *op. cit.*, p. 143, n^{os} 8 et s., p. 152, n^o 19.

(2073) J. CATTARUZZA (« Le crédit bancaire », *op. cit.*, p. 40, n^o 390) observe que l'indemnité de remploi stipulée est généralement « due dès qu'il y a remboursement anticipé, quelle qu'en soit la cause. En d'autres termes, elle s'applique non seulement au cas où c'est l'emprunteur qui prend l'initiative de rembourser anticipativement le solde restant dû de son crédit mais aussi si ce remboursement advient suite à la dénonciation du crédit pour défaut d'exécution par l'emprunteur de ses obligations ».

(2074) Voy. P.A. FORIERS et A.-F. DELWAIDE, *op. cit.*, p. 155, n^{os} 24 et 25 ; la qualification d'indemnité de remploi, laquelle vise un préjudice particulier, à savoir celui qui résulte ou pourrait résulter de l'anticipation sur le terme convenu, n'est pas, en effet, exclusive de la qualification de clause pénale, qui, elle, vise la débetion d'une prestation supplémentaire, fixée conventionnellement de façon forfaitaire, pour le cas où l'emprunteur serait défaillant ; voy., semble-t-il, en ce sens, H. VERSCHRAEGEN, H. VAN OVERLOOP et L. LAMOT, « Kritische analyse van gebruikelijke clausules in leningsakten », *op. cit.*, pp. 133, 134 et 267 (mais qui semblent exclure [p. 133] que le juge puisse remettre en cause le caractère indemnitaire d'une indemnité de remploi convenue dans le respect du maximum légal) ; voy. toutefois, en sens contraire, Civ. Bruxelles (sais.), 7 juillet 1987, *Rev. not. b.*, 1988, p. 107, qui non seulement estime que la qualification d'indemnité de remploi est exclusive de celle de clause pénale mais qui admet, en outre, que puisse être qualifiée d'indemnité de remploi l'indemnité qui est prévue pour le cas où le remboursement serait effectué non point avant mais après le terme convenu ; selon le tribunal, puisqu'il s'agit d'une indemnité de remploi (*quod non* à notre estime, puisque pareille indemnité n'avait pas pour objet de réparer un préjudice lié à l'anticipation sur le terme convenu), elle ne sanctionne pas l'inexécution de ses obligations par l'emprunteur (*quod non*, à notre estime, puisque l'indemnité était prévue pour le cas de retard de paiement) et, partant, ne constitue pas une clause pénale ; il en résulte, selon le tribunal qu'une mise en demeure préalable n'était pas nécessaire pour que la soi-disant indemnité de remploi puisse être appliquée.

(2075) Voy. *supra* n^o 334 ; sur la question si ce contrôle du caractère indemnitaire de l'indemnité de remploi ne devrait pas (également) être exercé à propos de l'indemnité de remploi qui est due en cas de remboursement *volontaire* anticipé, voy. *infra* n^o 348.

plafonne également l'indemnité de emploi qui est due à raison d'un remboursement anticipé qui fait suite à la déchéance du terme (2076).

Dans le sens de l'affirmative, on invoque le fait que, dans l'un et l'autre cas, l'indemnité de emploi poursuit le même but, à savoir réparer le préjudice qui découle de l'anticipation sur le terme convenu, en sorte que l'on ne comprendrait pas que le plafond fixé par l'article 1907*bis* puisse être dépassé en cas de déchéance du terme. On ajoute que le législateur de 1934 est loin d'être resté insensible au sort des emprunteurs défaillants ; ainsi, il a veillé à limiter la majoration du taux de l'intérêt pour retard de paiement (2077) ou encore à rendre possible l'octroi de termes et délais aux emprunteurs hypothécaires, nonobstant la clause de voie parée qui était généralement intégrée dans les prêts hypothécaires (2078).

(2076) Dans le sens de l'affirmative, voy. L. BAILLON et L. GROGNARD, *Vente à tempérament et financement - Loi du 9 juillet 1957*, Larcier, 1958, p. 81, n° 80 ; J. VAN DEN BERGH et A. DE CALUWE, *Afbetalings-overeenkomsten*, 1975, p. 369, n° 933 ; A. DE CALUWE, *Les ventes, les prêts et prêts personnels à tempérament*, 1965, p. 120, n° 95, qui admettent l'application de l'article 1907*bis* du Code civil en cas de remboursement anticipé contraint ; voy. toutefois, en sens contraire, Liège, 9 mai 1989, *J.T.*, 1990, p. 24, *Ann. dr. Liège*, 1990, p. 49 ; P.A. FORTIERS et A.-F. DELWAIDE, *op. cit.*, p. 146, n° 12, p. 156, n° 25, qui reconnaissent cependant que « les termes larges » de la disposition « laissent place au doute » (p. 173, note 118, p. 180, n° 47) ; dans le sens de l'inapplication de la limite prévue par l'article 1907*bis* lorsque le remboursement anticipé a lieu ensuite de la dénonciation du prêt à l'initiative du prêteur, certains auteurs citent H. DE PAGE et R. DEKKERS, *op. cit.*, t. 5, 1975, p. 176, n° 164, C (voy. J. PETIT, *Interest*, 1995, p. 14, n° 19 ; J. CATTARUZZA, « Le crédit bancaire », *op. cit.*, p. 40, n° 390, et vraisemblablement aussi, bien qu'il ne soit pas aisé de saisir la pensée de l'auteur sur cette question, Y. HANNEQUART, « La protection des emprunteurs en dehors de la loi sur les ventes à tempérament », note sous Comm. Liège, 20 janvier 1959, *R.C.J.B.*, 1960, p. 54) ; toutefois, à cet endroit de leur traité, H. DE PAGE et R. DEKKERS précisent qu'une indemnité de emploi n'est jamais due lorsque le « remboursement a lieu avant terme conformément à la volonté du prêteur agissant en vertu d'une clause spéciale du contrat. Il n'y a exception que pour le pacte comissoire exprès (résolution pour inexécution fautive) » ; il en résulte donc que, pour H. DE PAGE et R. DEKKERS, une indemnité de emploi peut être valablement stipulée pour le cas où le remboursement anticipé aurait lieu ensuite de la dénonciation du crédit motivée par la défaillance de l'emprunteur et non point qu'en ce cas, l'indemnité de emploi ne serait pas soumise au plafond fixé par l'article 1907*bis*.

(2077) Voy. *supra* nos 334 et s. l'article 1907, alinéa 3.

(2078) Voy. la loi du 27 juillet 1934 permettant d'accorder termes et délais aux débiteurs hypothécaires, *Pasin.*, 1934, p. 254 ; cette loi, qui préfigurait l'actuel article 1244, alinéa 2, du Code civil, a été adoptée le même jour que celle qui a complété l'article 1907 et introduit l'article 1907*bis* dans le Code civil, les travaux préparatoires relatifs à ces deux législations ayant d'ailleurs été menés parallèlement ; voy. spéc. le Rapport MICHAUX sur la proposition de loi organisant un moratoire hypothécaire, *Doc. parl.*, Ch. représ., sess. ord. 1933-1934, n° 120, et la discussion générale à la Chambre sur ce rapport, *Ann. parl.*, Ch. représ., sess. ord.

(voy. la page suivante pour la suite de la note tronquée...)

Au demeurant, le souci du législateur de 1934, lorsqu'il plafonne l'indemnité de emploi, n'est pas de rendre effectif un quelconque droit au remboursement anticipé (2079) mais seulement de lutter contre les indemnités de emploi exorbitantes, lesquelles peuvent se rencontrer aussi bien dans le cas d'un remboursement volontaire anticipé que dans le cas d'un remboursement anticipé qui fait suite à la déchéance du terme. Il nous paraît donc que la limite établie par l'article 1907*bis* concerne les deux hypothèses. Le texte légal corrobore d'ailleurs cette interprétation ; en effet, outre qu'il ne fait aucune distinction, eu égard à l'expression « en aucun cas » qui y est contenue, il englobe toutes les hypothèses de remboursement anticipé.

342. – Eu égard à sa généralité, l'article 1907*bis* limite l'indemnité de emploi, abstraction faite de son mode de fixation. – L'article 1907*bis* régleme l'indemnité de emploi qui peut être « réclamée » à l'emprunteur lors du remboursement anticipé de son prêt ; il précise qu'« en aucun cas », elle ne peut excéder le maximum qui lui est assigné. Partant, la limite établie par l'article 1907*bis* concerne, nous paraît-il, non seulement l'indemnité de emploi qui est *stipulée* de façon forfaitaire et préalable dans la convention de prêt mais aussi plus généralement toute indemnité de emploi qui est « réclamée » à l'emprunteur lors du remboursement anticipé de son prêt (2080).

Ainsi, à supposer qu'en vertu de la convention de prêt, l'emprunteur ne soit pas admis à se libérer anticipativement durant les cinq premières années du prêt mais que, nonobstant cette interdiction, le prêteur accepte quand même un remboursement anticipé après trois ans moyennant la

(suite de la note tronquée à la page précédente)

1933-1934, pp. 1383 et s. ; remarquons que la clause de voie parée est aujourd'hui interdite par l'article 1626 du Code judiciaire.

(2079) Il ne résulte ni des travaux préparatoires, ni du texte de la disposition que l'article 1907*bis* reconnaît à l'emprunteur le droit d'opérer un remboursement anticipé nonobstant toute clause contraire ; voy. toutefois P.A. FORIERS et A.-F. DELWAIDE, *op. cit.*, p. 146, note 37, qui se demandent « si l'article 1907*bis* ne reconnaît pas implicitement un droit de remboursement anticipé, moyennant paiement d'une indemnité ».

(2080) De l'utilisation des termes « en aucun cas » et « réclamé », il nous semble également se déduire que la clause qui ne respecterait pas le prescrit de l'article 1907*bis* devrait être sanctionnée par la réduction de l'indemnité de emploi au plafond légal plutôt que par l'annulation de la clause ; dans le sens de la sanction de la réduction, voy. H. DE PAGE et R. DEKKERS, *op. cit.*, t. 5, 1975, p. 175, n° 164, C ; dans le sens de la nullité, voy. L. GRAULICH, *op. cit.*, 1954, pp. 58 et 59 : « Toute stipulation contraire serait nulle et l'emprunteur disposerait, le cas échéant, soit d'une exception, soit d'une action en répétition ».

débiton d'une indemnité de emploi (2081), cette indemnité de emploi qui n'avait pas été stipulée dans la convention de prêt mais au paiement de laquelle le prêteur conditionne le remboursement anticipé est régie par l'article 1907*bis*, qui n'établit aucune distinction (2082).

De même, eu égard à la généralité de ses termes, l'article 1907*bis* plafonne l'indemnité de emploi qui serait calculée non point selon des bases déterminées de façon forfaitaire mais bien en fonction du préjudice effectivement subi par le prêteur à la suite du remboursement anticipé. Il en résulte que la limite ainsi établie peut, le cas échéant, faire obstacle à la réparation intégrale du préjudice dont souffre le prêteur en raison de l'anticipation sur le terme convenu, ce qui, pourtant, dépasse de loin le souci du législateur de 1934 qui était de faire obstacle aux indemnités de emploi exorbitantes (2083).

343. – Précisions quant au mode de calcul du montant maximum qui peut être réclamé à titre d'indemnité de emploi en vertu de l'article 1907*bis*. – Le montant maximum assigné à l'indemnité de emploi par l'article 1907*bis* est de « six mois d'intérêts calculés sur la somme remboursée au taux fixé par la convention ».

Par l'expression « somme remboursée », il faut entendre « somme remboursée anticipativement », en sorte que les arriérés éventuellement dus ne font pas partie de la base de calcul de l'indemnité de emploi maximale. Précisons encore qu'en cas de remboursement anticipé partiel, lequel est expressément visé par la disposition, la base de calcul de l'indemnité de emploi maximale est constituée de la seule portion de capital remboursée

(2081) Comme J. CATTARUZZA (« Le crédit bancaire », *op. cit.*, p. 40, n° 390), nous pensons que le prêteur qui a le droit, en vertu de la convention, de refuser un remboursement anticipé a *a fortiori* le droit de subordonner un tel remboursement au paiement d'une indemnité de emploi ; à notre estime, de ce que la convention de prêt ne prévoit la débiton d'une indemnité de emploi que dans l'hypothèse où le remboursement anticipé est autorisé, à savoir après les cinq premières années, il ne peut pas être déduit, qu'il était dans l'intention des parties, lorsqu'elles ont conclu le prêt, d'exclure la débiton d'une indemnité de emploi pour le cas où le prêteur accepterait quand même un remboursement anticipé à une époque où il est interdit par la convention de prêt, c'est-à-dire avant les cinq premières années (voy. toutefois, semble-t-il, en sens contraire, Bruxelles, 25 juin 1986, *R. W.*, 1987-1988, p. 477) ; pour savoir si une indemnité de emploi est due en ce cas, il convient de vérifier si, lorsqu'il a accepté, nonobstant la convention de prêt, qu'un remboursement anticipé intervienne avant les cinq premières années, le prêteur a conditionné un tel remboursement à la débiton d'une indemnité de emploi ou si, au contraire, il a renoncé à exiger pareille indemnité.

(2082) Voy., semble-t-il, en ce sens, L. GRAULICH, *op. cit.*, 1954, p. 59, qui écrit que l'article 1907*bis* « s'applique aux remboursements anticipatifs, aussi bien s'ils sont librement acceptés par le créancier que s'ils lui sont imposés par la convention ou par la loi ».

(2083) Voy., en ce sens, J. CATTARUZZA, *op. cit.*, p. 40, n° 390.

anticipativement, à l'exclusion de la portion du capital qui ne fait pas l'objet d'un remboursement anticipé (2084).

En ce qui concerne le taux applicable pour calculer les six mois d'intérêts qui constituent l'indemnité de emploi maximale, l'article 1907*bis* se réfère au « taux fixé par la convention ». Sous peine de vider l'article 1907*bis* de toute utilité, ceci doit s'entendre du taux fixé par la convention pour le calcul des intérêts, à l'exclusion de tout autre taux qui aurait été spécialement prévu par les parties pour le calcul de l'indemnité de emploi.

Plus sérieusement, se pose la question si le taux auquel il est fait référence dans l'article 1907*bis* est, en cas de retard de paiement, le taux normal ou le taux majoré de 0,5 % l'an, lorsque les parties ont prévu une telle majoration. Dans le sens de l'application du taux non majoré, même lorsque le remboursement anticipé fait suite à la déchéance du terme, on pourrait arguer de ce que l'indemnité de emploi a pour objet de réparer le préjudice résultant de l'anticipation sur le terme initialement prévu et non de compenser le fait que les pénalités ne pourront plus être infligées pour la période postérieure au remboursement.

344. – De l'article 1907*bis*, il résulte que les intérêts à échoir ne sont plus dus en tant que tels postérieurement au remboursement anticipé. – L'article 1907*bis* limite l'indemnité de emploi, « indépendamment du capital remboursé et des intérêts échus » (2085) ; il en résulte *a contrario* que les intérêts stipulés pour la période postérieure au remboursement anticipé ne sont plus dus en tant que tels.

(2084) En cas de reconstitution du capital (sur cette notion, voy. *supra* n° 317), se pose la question si la base de calcul de l'indemnité de emploi maximale fixée par l'article 1907*bis* comprend ou non le capital déjà reconstitué que l'emprunteur est en droit d'affecter au remboursement anticipé ; selon L. MAINGIE et R. FEYAERTS (*op. cit.*, 1938, p. 89, n° 35), l'article 1907*bis* commande de prendre en compte la « partie remboursée du capital prêté », y compris le capital reconstitué, tandis que selon le Rapport au Roi précédant l'arrêté royal n° 225 (p. 61), il s'agit d'une question controversée sous l'empire de l'article 1907*bis* ; en matière de prêts hypothécaires, cette question a été résolue, tant par l'arrêté royal n° 225 que par la loi relative au crédit hypothécaire qui lui a succédé, dans le sens du rejet de la prise en compte du capital déjà reconstitué pour le calcul de l'indemnité de emploi.

(2085) Par « intérêts échus », il faut non seulement entendre les intérêts échus et exigibles au jour du remboursement anticipé mais aussi les intérêts qui, quoique n'étant normalement pas encore exigibles à ce jour, ont effectivement couru, depuis la dernière échéance, sur la partie du capital remboursée anticipativement ; s'il s'agit du remboursement anticipé d'un prêt progressif, l'emprunteur doit, en outre, payer, au titre des « intérêts échus », les intérêts déjà courus dont le paiement aurait été reporté à des échéances ultérieures, ceux-ci s'analysant comme la contrepartie du crédit et non comme une indemnité de emploi ou comme une clause pénale ; voy., en ce sens, Cass. civ. fr., 7 février 1995, *Bull. civ.*, 1995, I, p. 55, n° 76 ; voy. aussi *supra* n° 179 et références citées.

Il n'y a là rien de très surprenant ; en effet, si les intérêts à échoir intégrés dans les annuités futures restaient dus au titre de contrepartie du prêt nonobstant le remboursement anticipé, on ne comprendrait pas pourquoi, dans le silence de la convention sur la possibilité d'opérer un remboursement anticipé, il est souvent déduit de la circonstance qu'un intérêt a été prévu que le terme a été stipulé en faveur du prêteur et que, partant, ce dernier a le droit de s'opposer à un remboursement anticipé (2086). En réalité, si, dans le silence de la convention, on considère généralement que le prêteur a le droit de s'opposer au remboursement anticipé, c'est parce qu'un tel remboursement a pour effet d'arrêter le cours des intérêts et, partant, de priver le prêteur du bénéfice du placement qu'il a effectué (2087). On ajoute que l'indemnité de remploi n'aurait aucune raison d'être si les intérêts à échoir restaient acquis au prêteur à titre de contrepartie du prêt nonobstant le remboursement anticipé, puisque c'est précisément parce que le remboursement anticipé a pour effet d'arrêter le cours des intérêts qu'il y a lieu de réparer le préjudice résultant de l'anticipation sur le terme prévu (2088). Ce préjudice est plafonné par l'article 1907*bis* à six mois d'intérêts ; il n'est donc pas permis au prêteur de réclamer l'intégralité des intérêts à échoir à titre d'indemnité de remploi.

(2086) Voy. L. LAROMBIERE, *op. cit.*, t. 1, 1862, article 1187, p. 501, n° 5 ; F. LAURENT, *op. cit.*, t. 17, 1878, pp. 194 et 195, n°s 180 et 182 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE, *op. cit.*, t. 23, par A. WAHL, 1907, p. 454, n° 776 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *op. cit.*, t. 11, par A. ROUAST, R. SAVATIER, J. LEPARGNEUR et A. BESSON, 1954, p. 475, n° 1146*bis* ; H. DE PAGE et R. DEKKERS, *op. cit.*, t. 5, 1975, p. 157, n° 151 ; Fr. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit.*, 1996, p. 891, n° 1106 ; voy. aussi C. DEMOLOMBE, *op. cit.*, t. 25, p. 596, n° 629, et E. VIEUJEAN, « Le terme de droit suspensif », in *Les Nouvelles, Droit civil*, t. 4, vol. 2, 1958, pp. 510 et s., n°s 193 et s., qui reproduisent cette opinion généralement répandue mais qui contestent que l'on puisse inférer de la seule stipulation de l'intérêt que la présomption établie par l'article 1187 du Code civil est renversée.

(2087) Voy., en ce sens, A. BENABENT, *op. cit.*, 1995, p. 489, n° 859 ; voy. aussi J. DUBOS, « Intérêts et commissions – Cours, capitalisation et paiement des intérêts », in *Juris-classeur commercial*, Banque et crédit, Fasc. 511, 1994, p. 4, n° 18 : « Les intérêts étant dus jusqu'à l'extinction de la dette, le remboursement anticipé du capital met fin à leur cours, mais le terme étant stipulé en faveur des deux parties, une clause expresse est nécessaire. En son absence, le prêteur serait logiquement en droit de refuser le remboursement par anticipation (qui lui cause un dommage, ne lui garantissant plus le rendement du capital prêté sur lequel il comptait jusqu'à l'échéance) » ; voy. encore Ph. PETEL, « L'allègement ou la suppression des intérêts », *Rev. jur. comm.*, 1994, p. 328, n° 5, qui estime que « le remboursement anticipé d'un prêt fait perdre au prêteur le bénéfice d'une partie de sa rémunération » et qui considère qu'un moyen d'y remédier est d'« interdire le remboursement anticipé ».

(2088) Comp. Ph. PETEL, *op. cit.*, p. 328, n° 5, qui estime que « le remboursement anticipé d'un prêt fait perdre au prêteur le bénéfice d'une partie de sa rémunération » et qui considère qu'un autre moyen d'y remédier est de stipuler le versement par l'emprunteur d'une indemnité.

Par ailleurs, s'agissant de la déchéance du terme qui donne lieu au remboursement anticipé, elle a pour effet, nous paraît-il, de changer la nature des intérêts qui sont dus au prêteur (2089). Avant la déchéance du terme, les intérêts du prêt intégrés dans les annuités s'analysent comme la contrepartie du crédit. Après la déchéance du terme, ces intérêts rémunérateurs cèdent la place aux intérêts moratoires (2090). Il ne peut, en effet, être question pour le prêteur de réclamer, durant une *même période* de temps, deux fois des intérêts (2091) sur un *même capital* (2092).

En conséquence, il y a lieu de considérer que le maintien conventionnel, nonobstant la déchéance du terme, de la déduction de l'intégralité des intérêts à échoir intégrés dans les annuités futures constitue non point la contrepartie du prêt mais une clause pénale (2093) qui vient se cumuler

(2089) Etant entendu que, si les parties ont fixé le taux de l'intérêt du prêt à un taux supérieur au taux légal et qu'elles n'ont rien dit quant au taux des intérêts moratoires, il y a tout lieu de penser qu'il était dans leur intention que le taux d'intérêt du prêt demeure applicable, par dérogation à l'article 1153, jusqu'au remboursement effectif (et ce, sans qu'il soit besoin d'une mise en demeure pour la période qui suit l'échéance ou la déchéance du terme ; sur cette question controversée, voy. *supra* n° 236 et références citées).

(2090) Voy. notre exposé sur les clauses pénales et la dénonciation du crédit in *Chronique de droit à l'usage des juges de paix et de police consacrée à l'application de la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation*, Cahier n° 9, 1994, spéc. p. 65, n° 49, et p. 69, n° 55.

(2091) A savoir, d'une part, les intérêts rémunérateurs intégrés dans les annuités à échoir postérieurement à la déchéance du terme et, d'autre part, les intérêts moratoires sur le capital devenu exigible.

(2092) Voy. toutefois J.P. Bastogne, 23 avril 1993, *J.J.P.*, 1993, p. 316, où on peut lire qu'« il n'y a pas d'anatocisme [il semble qu'il faille lire 'double emploi'] entre l'intérêt compris dans le taux de chargement et l'intérêt de retard réclamé car ce taux couvre le loyer de l'argent avancé, et que, réclamer ce taux par l'effet de l'exigibilité immédiate revient à indemniser le prêteur de l'impossibilité qu'il a de ne pouvoir faire fructifier l'argent des mensualités qu'il devait normalement recevoir ; quant à l'intérêt de retard, il vise à réparer le préjudice subi en raison du non-remboursement à la date contractuellement prévue » (à la lecture de cette décision, il n'est pas clair si cette considération émane de Famibanque ou du juge ; pour un cas où le juge adopte une telle opinion, voy. Civ. Louvain, 20 avril 1994, *R.W.*, 1994-1995, p. 718, *A.J.T.*, 1994-1995, p. 166, *Rev. dr. comm. b.*, 1995, p. 1005, obs. J.P. BUYLE et X. THUNIS ; J.P. Gand, 17 octobre 1995, *R.W.*, 1996-1997, p. 1375) ; pourtant, « le préjudice subi en raison du non-remboursement à la date contractuellement prévue », qui est réparé par l'allocation d'intérêts de retard en faveur du prêteur, réside précisément dans « l'impossibilité pour le prêteur de faire fructifier l'argent des mensualités qu'il devait normalement recevoir » ; aussi, nous ne pouvons souscrire à pareille assertion.

(2093) Voy., en ce sens, Y. HANNEQUART, « La protection des emprunteurs en dehors de la loi sur les ventes à tempérament », note sous Comm. Liège, 20 janvier 1959, *R.C.J.B.*, 1960, p. 48 ; Gand, 22 février 1979, *R.W.*, 1979-1980, col. 2600 ; Gand, 26 septembre 1980, *R.W.*, 1981-1982, col. 1026 ; Comm. Charleroi, 26 juin

(voy. la page suivante pour la suite de la note tronquée...)

avec la clause pénale d'intérêts moratoires et, le cas échéant, la clause de majoration forfaitaire. Ainsi combinée avec la clause d'intérêts moratoires et la clause de majoration forfaitaire, il y a lieu, nous paraît-il, de considérer que la clause qui maintient la déduction de l'intégralité des intérêts à échoir, nonobstant la déchéance du terme, ne constitue rien d'autre qu'une indemnité de emploi, en sorte que son montant doit être réduit au maximum prescrit par l'article 1907*bis* (2094). Au demeurant, on peut sérieusement s'interroger sur le caractère indemnitaire de ces trois clauses pénales ainsi cumulées (2095).

345. – Comparaison avec le régime de l'indemnité de emploi pour les crédits soumis à la loi relative au crédit hypothécaire. – Contrairement à l'article 1907*bis* du Code civil, la loi relative au crédit hypothécaire donne le droit à l'emprunteur d'opérer à tout moment un remboursement anti-

(suite de la note tronquée à la page précédente)

1984, *Rev. dr. comm. b.*, 1986, p. 66 ; Trib. gr. inst. Tours, 10 septembre 1985, *Gazette du Palais*, 1985, Jur., p. 683 ; Liège, 9 mai 1989, *J.T.*, 1990, p. 24, *Ann. dr. Liège*, 1990, p. 49 et notre note ; J.-Ch. BOULAY, « Réflexion sur la notion d'exigibilité de la créance », *Rev. trim. dr. comm.*, 1990, p. 346, note 35 ; E. WYMEERSCH, « Strafbedingen o.m. inzake enkele kredietovereenkomsten », in *Liber Amicorum E. Krings*, 1991, p. 927, n^{os} 10 et s. ; P.A. FORTIERS et A.-F. DELWAIDE, *op. cit.*, p. 167, n^o 36, p. 168, n^o 37, p. 176, n^o 45 ; Matthias E. STORME, « Vragen rond rente », *J.J.P.*, 1997, p. 201 ; voy. aussi Trib. gr. inst. Rennes, 27 avril 1973, *Dalloz*, 1974, Jur., p. 768, note H. HOVASSE, où la nature de clause pénale que revêt la déduction conventionnelle des intérêts à échoir nonobstant la déchéance du terme résultait directement de la convention des parties qui disposait qu'en cas d'exigibilité anticipée, « la totalité du montant des mensualités ainsi devenues exigibles par anticipation, sera due à la créancière, quelle que soit la date de cette exigibilité, le surplus des intérêts courus lui étant, en sus du capital, acquis à titre d'indemnité forfaitaire pour la réparation du préjudice que pourra occasionner au créancier, le fait ou la faute qui aura motivé l'exigibilité anticipée » ; voy. encore les références citées *infra* n^o 346 à propos des crédits régis par la loi relative au crédit à la consommation, crédits à propos desquels la question de la déduction, nonobstant la déchéance du terme, des intérêts à échoir intégrés dans les mensualités futures est controversée.

(2094) Qui, selon nous, s'applique aussi bien au remboursement volontaire anticipé qu'au remboursement qui fait suite à la déchéance du terme ; au sujet de cette question controversée, voy. *supra* n^o 341.

(2095) Voy. les références citées *supra* note 2093 ; voy. aussi E. WYMEERSCH, « De betwistingen rond het strafbeding : Een stand van de zaken », *Jur. comm. Belg.*, 1982, p. 446, n^o 50, qui estime qu'il n'est pas prévisible que le dommage couvert par l'indemnité de emploi puisse englober le montant total de tous les intérêts encore à échoir ; au sujet de la jurisprudence de la Cour de cassation qui imprime un caractère exclusivement indemnitaire aux clauses pénales, voy. *supra* n^o 334.

cipé, total ou partiel, du capital emprunté (2096) (2097). En ce cas, l'indemnité de emploi n'est pas due de plein droit ; elle doit être stipulée dans l'acte constitutif (2098).

En outre, dans la loi relative au crédit hypothécaire, le plafond assigné à l'indemnité de emploi est non point de six mois mais de trois mois d'intérêts, calculés au taux d'intérêt du crédit, sur le montant du capital remboursé anticipativement (2099). Comme c'est le cas pour l'article 1907*bis*, on peut hésiter sur le taux à prendre en considération en cas de retard de paiement, lorsque les parties ont prévu une majoration de 0,5 % l'an (2100). Les choses se compliquent encore au cas où sont pratiquées des réductions conditionnelles d'intérêt ; on se demande, en effet, si le taux à prendre en considération pour le calcul de l'indemnité de emploi est le

(2096) Voy. l'article 26, § 1^{er}, de la loi ; une nuance doit néanmoins être apportée en ce sens que l'article 26, § 1^{er}, autorise les parties à restreindre le droit pour l'emprunteur d'effectuer un remboursement anticipé *partiel*, sans cependant « exclure un remboursement partiel une fois par année civile, ni le remboursement d'un montant égal à un minimum de 10 % du capital ».

(2097) A notre estime, ce n'est pas parce qu'une législation protectrice accorde à l'emprunteur le droit d'opérer un remboursement anticipé qu'il en résulte nécessairement que le terme est réputé stipulé en faveur de l'emprunteur, à l'exclusion du prêteur (voy. toutefois, en sens contraire, le Rapport au Roi précédant l'arrêté royal n° 225, *Mon.*, 6-7 janvier 1936, p. 64 ; H. DE PAGE et R. DEKKERS, *op. cit.*, t. 5, 1975, p. 157, n° 151, p. 181, n° 169) ; en effet, si tel était le cas, on ne s'expliquerait pas que ces législations admettent la déduction d'une indemnité de emploi, laquelle a précisément pour fonction de réparer le préjudice que le prêteur subit à raison de l'anticipation sur le terme convenu, préjudice qui n'est guère concevable que si le terme a également été stipulé en faveur du prêteur ; voy., semble-t-il, en ce sens, H. VERSCHRAEGEN, H. VAN OVERLOOP et L. LAMOT, « Kritische analyse van gebruikelijke clausules in leningsakten », *op. cit.*, p. 134.

(2098) Voy. l'article 12, § 1^{er} et § 3 de la loi ; l'article 12, § 1, alinéa 6, interdit toutefois de prévoir une indemnité de emploi ou autre pour le cas d'un remboursement anticipé « consécutif au décès, en exécution d'un contrat annexé ou adjoint ».

(2099) Voy. l'article 12, § 1^{er}, de la loi, qui précise, encore, que, dans le cas d'un crédit hypothécaire avec reconstitution du capital (sur cette notion, voy. *supra* n° 317), la partie du capital reconstitué qui est affectée ou qui aurait pu être affectée au remboursement anticipé n'est pas prise en compte dans la base de calcul de l'indemnité de emploi.

(2100) Voy. *supra* n° 343 ; sans toutefois envisager directement cette question, des auteurs écrivent que le taux d'intérêt du crédit qui est visé par l'article 12 pour le calcul de l'indemnité de emploi est le taux d'intérêt qui est d'application au moment où le remboursement anticipé est effectivement exécuté ; voy. D. MEULEMANS, « De vervroegde terugbetaling », in *De nieuwe Wet op het Hypothecair Krediet*, Kluwer, 1993, p. 112, n° 15 ; A. VAN INGELGHEM, *Artikelsgewijze Commentaar Wet van 4 augustus 1992 op het hypothecair krediet*, OHRF, 1994, art. 12-6, n° 9.

taux réduit ou le taux plein (2101). Nous avouons notre préférence pour le taux réduit, dès lors que c'est là le taux auquel le prêteur a effectivement placé son capital (2102).

Enfin, comme il en va pour la limite qui est fixée par l'article 1907*bis* (2103), il nous paraît que la limite qui est assignée à l'indemnité de remploi par la loi relative au crédit hypothécaire a lieu de s'appliquer, par identité de motifs, non seulement en cas de remboursement volontaire anticipé mais aussi lorsque le remboursement anticipé est la conséquence de la déchéance du terme (2104).

(2101) Au sujet des questions suscitées par la pratique des réductions d'intérêt, voy. *supra* n° 323 et n° 339 ; rappelons que la loi relative au crédit hypothécaire, telle qu'elle a été modifiée par la loi du 13 mars 1998, condamne nettement désormais la pratique des « ristournes », pour ne plus admettre que celle des réductions qui portent sur le taux même de l'intérêt ; la loi est muette à propos de la question qui nous occupe, à savoir si c'est le taux réduit ou le taux plein qu'il faut retenir pour le calcul de l'indemnité de remploi.

(2102) Se pose encore la question du mode de conversion, proportionnel ou équivalent, du taux du crédit hypothécaire pour calculer l'indemnité de remploi ; on se demande si, pour calculer l'indemnité de remploi, il convient de multiplier le taux mensuel du crédit par 3 ou de diviser le taux annuel correspondant par 4 ou encore s'il convient de convertir le taux du crédit en un taux trimestriel selon une méthode non point proportionnelle mais équivalente ; le doute provient de ce que la loi relative au crédit hypothécaire impose de mentionner, dans l'acte constitutif, un taux qui correspond à la période pour lesquels les intérêts sont payés (comme les intérêts sont généralement payés tous les mois, il s'agit le plus souvent d'un taux mensuel) et, dans la publicité, un taux annuel effectif qui prend en considération l'époque du paiement des intérêts ; autrement dit, la loi relative au crédit hypothécaire tient compte, pour l'expression du taux de l'intérêt, de la période pour laquelle ils doivent être payés (voy. *supra* n° 323) et on se demande, s'il doit également en être ainsi pour le calcul de l'indemnité de remploi.

(2103) Voy. *supra* n° 341.

(2104) En ce sens, on fait encore valoir que, dans une autre disposition, à savoir l'article 26, § 2 et 3, qui précise les modalités du remboursement anticipé en cas de reconstitution, la loi relative au crédit hypothécaire mêle également les deux hypothèses du remboursement anticipé (à cet égard, on observe d'ailleurs que l'article 26, § 3, qui restreint le droit du prêteur de stipuler à son profit le rachat du contrat adjoint conclu en vue de la reconstitution du capital, n'a véritablement de sens que lorsqu'il a lieu de s'appliquer en cas de déchéance du terme et même de réalisation forcée de l'immeuble ; voy. notre exposé in *Chronique de droit à l'usage du notariat - Crédit hypothécaire*, Université de Liège - Faculté de Droit, Vol. XVIII, 21 octobre 1993, p. 214, n° 3) ; dans le sens de l'application du plafond fixé par l'article 12 pour l'indemnité de remploi aussi bien en cas de remboursement anticipé volontaire que dans le cas où le remboursement anticipé fait suite à la déchéance du terme, voy. H. VAN THEMSCHE, « Indemnité de remploi - Limitation légale », in *Chronique de droit à l'usage du notariat - Crédit hypothécaire*, *op. cit.*, p. 193 ; voy. aussi A. VAN INGELGHEM, *op. cit.*, art. 12-6, n° 8, qui estime que l'article 12 ne fait aucune distinction entre le remboursement anticipé volontaire et le remboursement anticipé motivé par la défaillance de l'emprunteur, par exemple,

(voy. la page suivante pour la suite de la note tronquée...)

346. – Comparaison avec le régime de l'indemnité de emploi pour les crédits soumis à la loi relative au crédit à la consommation. – Dans la loi relative au crédit à la consommation, le consommateur a le droit, à tout moment, « de satisfaire par anticipation aux obligations qui découlent pour lui d'un contrat de crédit ». Toutefois, il n'a droit à une « réduction » du montant total à payer qu'« en cas de paiement intégral anticipé » et encore « à condition qu'il avise le prêteur de son intention par lettre recommandée à la poste, un mois avant le remboursement intégral » (2105).

De prime abord, la « réduction » ainsi octroyée au consommateur, réduction qui « doit atteindre 75 % au moins du coût total du crédit ayant trait au paiement anticipé », se présente comme un avantage pour le consommateur. Mais ce n'est là qu'un leurre, puisque le recours à ce système de « réduction » camoufle, en réalité, la déduction d'une indemnité de emploi à charge du consommateur (2106), indemnité de emploi qui, à

(suite de la note tronquée à la page précédente)

ensuite de la dénonciation du crédit par application de la clause d'exigibilité anticipée, mais qui se demande (art. 12-4, n° 6) s'il n'est pas possible de contourner (« omzeilen ») l'article 12 en stipulant une clause pénale, ce qui, à notre estime, ne peut être admis ; en effet, abstraction faite de la question si les articles 11 et 13 de la loi relative au crédit hypothécaire limitent de façon générale le nombre et le type de clauses pénales qui peuvent être stipulées, une clause pénale distincte de l'indemnité de emploi, ne saurait, en tout état de cause, que viser un préjudice distinct de celui qui résulte de l'antériorité sur le terme convenu, lequel est couvert, de manière forfaitaire, par l'indemnité de emploi telle qu'elle est plafonnée par l'article 12.

(2105) Voy. l'article 23 de la loi ; le Rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 4 août 1992 relatif aux coûts, aux taux, à la durée et aux modalités de remboursement du crédit à la consommation (*Mon.*, 8 septembre 1992, p. 19529) propose une interprétation souple du formalisme auquel l'article 23 subordonne l'octroi de la « réduction » au consommateur qui effectue un remboursement anticipé intégral ; on peut, en effet, lire dans le Rapport au Roi que la lettre recommandée à la poste « n'est pas prescrite sous peine de nullité » mais constitue uniquement un moyen de preuve pour le consommateur, en sorte que la « réduction » doit également être appliquée lorsque le prêteur donne suite à la volonté manifestée par le consommateur d'effectuer un remboursement anticipé qui n'aurait pas été formulée par lettre recommandée ou encore lorsque le prêteur réceptionne effectivement tous les montants des termes non encore échus ; on peut toutefois lire dans ce rapport que la « réduction » n'a pas lieu d'être appliquée en cas de déchéance du terme.

(2106) Ainsi, selon les travaux préparatoires, « la partie non remboursée des charges » relatives au solde restant dû « peut être considérée comme une indemnité de emploi au profit du prêteur » ; voy. Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 1989-1990, n° 916/1, p. 24 ; voy. dans le même sens, P. LETTANY, *Het consumentenkrediet*, 1993, p. 168, n° 195, p. 171, n° 197 ; M. DAMBRE, *Consumentenkrediet*, 1993, p. 42, n° 86 ; J.-L. LEDOUX, *Tout savoir sur le crédit*, 1997, p. 48, n° 1 ; en raison de ce paradoxe qui consiste à octroyer, en cas de remboursement anticipé, une « réduction » qui n'a de réduction que le nom, le législateur a estimé utile de

(voy. la page suivante pour la suite de la note tronquée...)

l'inverse de ce qui est prévu pour les crédits soumis à la loi relative au crédit hypothécaire, est automatiquement due au prêteur en cas de remboursement anticipé sans qu'il soit besoin d'une clause à cet effet (2107).

Ce système de « réduction » minimale pour calculer les obligations du consommateur en cas de remboursement anticipé n'est cependant pas applicable aux crédits qui, bien que rentrant dans le champ d'application de la loi relative au crédit à la consommation, ne sont que partiellement réglementés par celle-ci (2108). Aussi, lorsque ces crédits s'analysent en un prêt (2109), il convient de se reporter à l'article 1907*bis* du Code civil qui limite à six mois d'intérêts l'indemnité de emploi qui peut être réclamée en sus du capital restant dû et des intérêts échus (2110).

Pour en revenir à la loi relative au crédit à la consommation, observons encore que la question de la débiton, en cas de déchéance du terme, des intérêts à échoir intégrés dans les mensualités futures est controversée (2111). D'aucuns estiment que ceux-ci sont automatiquement

(suite de la note tronquée à la page précédente)

préciser, dans l'article 23 de la loi, que cette « réduction » en cas de remboursement anticipé n'est pas accordée dans l'hypothèse où les obligations de l'emprunteur ont préalablement été réduites au montant financé par application de la sanction de la réduction prévue aux articles 85 et suivants pour le cas où le prêteur ne respecterait pas certaines prescriptions établies par cette législation.

(2107) Il est vrai qu'en matière de vente à tempérament, de crédit-bail et de prêt à tempérament, l'offre de crédit et, partant, le contrat de crédit, doit mentionner les modalités de calcul de la « réduction » (articles 41, 8°, 49, 8°, et 56, 6°, de la loi) mais cela n'est guère de nature à faire prendre conscience au consommateur que ce système de « réduction » minimale prévu par la loi camoufle en réalité une indemnité de emploi.

(2108) Parce que, par exemple, ils portent sur un montant supérieur à 860.000 francs et sont constatés par acte authentique (voy. l'article 3, § 2, 2°, de la loi).

(2109) Au sujet de la délicate question de la distinction entre le prêt, contrat réel au sens du Code civil, et l'avance consentie en vertu d'une ouverture de crédit, voy. *supra* n° 269.

(2110) Dans la mesure où la limite prévue par l'article 1907*bis* serait supprimée (voy. *infra* n° 347), il conviendrait, dès lors, de prévoir un plafond pour l'indemnité de emploi applicable aux crédits qui ne sont que partiellement réglementés par la loi relative au crédit à la consommation parce qu'ils portent sur un montant supérieur à 860.000 francs et sont constatés par acte authentique ; à cet égard, il nous paraîtrait logique de soumettre l'indemnité de emploi qui est due pour ceux-ci au même régime que celui qui est prévu par la loi relative au crédit hypothécaire, laquelle ne concerne que les crédits hypothécaires consentis à des particuliers en vue de l'acquisition ou de la conservation de droits réels immobiliers.

(2111) Il n'est pas possible d'analyser ici les nombreux arguments qui sont invoqués de part et d'autre ainsi que les différentes solutions qui sont proposées pour régler la question du cumul des clauses pénales en matière de crédit à la consommation, aussi, pour de plus amples développements, nous renvoyons à notre exposé sur cette question in *Chronique de droit à l'usage des juges de paix et de police consa-*

(voy. la page suivante pour la suite de la note tronquée...)

dus (2112), tandis que d'autres, parmi lesquels nous sommes, pensent qu'en matière de crédit à la consommation également (2113), la clause qui maintient la déduction, nonobstant la déchéance du terme, de l'intégralité des intérêts à échoir intégrés dans les mensualités futures s'analyse en une clause pénale, à propos de laquelle le juge dispose du pouvoir de réduction qui lui est spécialement octroyé par l'article 90 de la loi relative au crédit à la consommation pour les crédits soumis à cette législation (2114). Lors-

(suite de la note tronquée à la page précédente)

créée à l'application de la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation, Cahier n° 9, 1994, pp. 10 et s.

(2112) Voy. A. DE CALUWE, *Les ventes, les prêts et prêts personnels à tempérament*, 1965, pp. 86 et 87, n°s 73bis et s., p. 135, n° 117, p. 182, n°s 148 et 149 ; P. LETTANY, *Het consumentenkrediet*, 1993, p. 170, n° 197, p. 191, n° 212, qui estime que c'est là la seule explication au fait que l'article 28 de la loi relative au crédit à la consommation limite le taux des intérêts de retard à un taux qui sera généralement inférieur au taux annuel effectif global convenu ; I. BRONKAERT, « L'article 38 de la loi du 12.06.91 sur le crédit à la consommation », in *Le surendettement civil*, Formation permanente Commission Université-Palais, Vol. I, 9 juin 1995, pp. 130 et 132 ; pour la jurisprudence, voy. notamment, en ce sens, J.P. Dinant, 24 septembre 1993, *J.J.P.*, 1996, p. 111 ; Civ. Louvain, 20 avril 1994, *R.W.*, 1994-1995, p. 718, *A.J.T.*, 1994-1995, p. 166, *Rev. dr. comm. b.*, 1995, p. 1005 ; Civ. Liège, 3 octobre 1995, *J.L.M.B.*, 1996, p. 1060 ; J.P. Gand, 17 octobre 1995, *R.W.*, 1996-1997, p. 1375 ; J.P. Huy, 1^{er} mars 1996, *J.J.P.*, 1997, p. 383.

(2113) Pour ce qui concerne les crédits qui ne sont pas régis par la loi relative au crédit à la consommation, voy. *supra* n° 344 et références citées.

(2114) Voy. spécialement Cass., 20 mars 1998, n° C.96.0454.F ; voy. encore, en ce sens, D. BLOMMAERT et F. NICHELS, « Enkele knelpunten in het consumentenkrediet », in *Handels – Economisch en Financieel Recht*, Postuniversitaire Cyclus Willy Delva 1994/1995, éd. Mys & Breesch, p. 402, n° 39, qui sont approuvés sur ce point par G. STRAETMANS, dans sa recension de l'ouvrage in *T.P.R.*, 1995, p. 1849 ; J.-M. JACQUEMIN, « Le contrôle des clauses pénales dans les contrats de crédit à la consommation », note sous J.P. Messancy, 12 juin 1996, *D.C.C.R.*, 1996, p. 244 ; pour la jurisprudence, voy., en ce sens, Liège, 19 décembre 1989, *Act. dr.*, 1993, p. 167 ; Civ. Verviers, 17 février 1992, *J.L.M.B.*, 1993, p. 587 ; Liège, 22 juin 1992, *J.L.M.B.*, 1993, p. 87 ; Liège, 14 janvier 1993, *Rev. dr. comm. b.*, 1994, p. 1059 ; J.P. Barvaux, 23 novembre 1993, *J.L.M.B.*, 1995, p. 637 ; J.P. Comines, 8 mai 1995, *J.J.P.*, 1996, p. 144 ; Civ. Tournai, 24 octobre 1995, *J.J.P.*, 1997, p. 354 ; Civ. Marche-en-Famenne, 18 janvier 1996 *J.L.M.B.*, 1996, p. 1061 ; voy. encore P.A. FORIERS et A.-F. DELWAIDE, *op. cit.*, p. 176, n° 45, qui estiment qu'avant d'exercer le pouvoir de réduction que lui confère l'article 90, alinéa 2, de la loi relative au crédit à la consommation, le juge se doit d'abord d'apprécier la validité des clauses pénales au regard du droit commun ; aussi, ces auteurs proposent-ils, en matière de crédit à la consommation également, d'annuler, sur le fondement de la jurisprudence de la Cour de cassation relative au caractère indemnitaire des clauses pénales (voy. *supra* n° 334), la clause qui maintient la déduction des intérêts à échoir nonobstant la déchéance du terme, du moins lorsque cette clause est couplée avec une clause d'intérêts de retard et une clause de majoration forfaitaire.

que cette clause s'analyse en une indemnité de emploi (2115), elle doit en tout cas, croyons-nous, être réduite au maximum prescrit par l'article 1907bis du Code civil (2116). On observe toutefois qu'il n'est pas rare que les juges ne tempèrent qu'indirectement la clause qui maintient la débiton, nonobstant la déchéance du terme, de l'intégralité des intérêts à échoir ; pour ce faire, ils agissent, isolément ou tout à la fois, sur la clause de majoration forfaitaire (en la réduisant ou en en relevant entièrement le consommateur) ou sur les intérêts de retard (en en réduisant le taux à l'intérêt légal ou en en reportant la prise de cours) (2117).

Eu égard à l'éclectisme qui règne dans la jurisprudence (2118), le législateur devrait régler une fois pour toutes cette question des conséquences

(2115) Et que l'on se trouve en présence d'un prêt ; au sujet de la délicate question de la distinction entre le prêt, contrat réel au sens du Code civil, et l'avance consentie en vertu d'une ouverture de crédit, voy. *supra* n° 269.

(2116) Qui, selon nous, s'applique aussi bien au remboursement volontaire anticipé qu'au remboursement anticipé qui fait suite à la déchéance du terme ; au sujet de cette question controversée, voy. *supra* n° 341.

(2117) Voy. J.P. Tubize, 12 mai 1992, *J.J.P.*, 1994, p. 52 ; J.P. Gand, 23 novembre 1992, *J.J.P.*, 1993, p. 22 ; J.P. Zottegem, 1^{er} avril 1993, *J.J.P.*, 1996, p. 109 ; J.P. Molenbeek Saint-Jean, 6 avril 1993, *J.J.P.*, 1994, p. 57 ; Civ. Courtrai, 9 avril 1993, *J.J.P.*, 1994, p. 45 ; J.P. Molenbeek Saint-Jean, 13 avril 1993, *J.J.P.*, 1994, p. 60 ; J.P. Menin, 12 mai 1993, *J.J.P.*, 1994, p. 61 ; J.P. Wellin, 1^{er} septembre 1993, *D.C.C.R.*, n° 25, 1994-1995, p. 56 ; J.P. Beveren, 19 avril 1994, *J.J.P.*, 1996, p. 126 ; J.P. Anderlecht, 14 décembre 1994, *J.T.*, 1997, p. 29, *J.J.P.*, 1997, p. 350 ; J.P. Kontich, 6 janvier 1995, *J.J.P.*, 1996, p. 133 ; J.P. Beveren, 28 février 1995, *J.J.P.*, 1997, p. 360 ; J.P. Gand, 6 juin 1995, *J.J.P.*, 1996, p. 154 ; Civ. Gand, 18 décembre 1995, *J.J.P.*, 1997, p. 356 ; J.P. Messancy, 12 juin 1996, *D.C.C.R.*, 1996, p. 238 ; J.P. Jumet, 2 décembre 1996, *Rev. rég. dr.*, 1997, p. 44 ; J.P. Gand, 10 janvier 1997, *J.J.P.*, 1997, p. 407 ; J.P. Beveren, 28 janvier 1997, *A.J.T.*, 1996-1997, p. 460 ; J.P. Soignies, 29 mai 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 276 ; en doctrine, pour la solution qui consiste à tempérer la débiton des intérêts à échoir par l'annulation de la clause de majoration forfaitaire et par la réduction des intérêts de retard au taux légal, voy. F. EVERS, « De (vrede)rechter en de wet op het consumentenkrediet », *J.J.P.*, 1993, pp. 75 et 76, nos 11.4.2 à 11.4.4 ; pour la solution qui consiste à tempérer la débiton des intérêts à échoir par le report de la prise de cours des intérêts de retard à la date d'échéance finale du prêt, voy. H. REGHIF, « La loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation et la loi du 4 août 1992 relative au crédit hypothécaire - Aspects procéduraux », *Cah. dr. jud.*, n° 14, 1993, p. 70 ; voy. aussi E. BALATE, P. DEJEMEPPE et Fr. DE PATOUL, *Le droit du crédit à la consommation*, 1995, p. 293, n° 418, qui, tout en reconnaissant que cette solution se heurte à des obstacles juridiques, estiment que la solution idéale consisterait à maintenir artificiellement le terme pour le calcul des intérêts de retard dont, par tant, la prise de cours serait reportée, nonobstant la déchéance du terme, à l'échéance normale de chaque mensualité.

(2118) Voy. encore, sur cette question, I. DEMUYNCK, « Conventionele (schade)vergoedingsregelingen en de Wet op het consumentenkrediet », *J.J.P.*, 1994, p. 31, nos 74 et s., ainsi que le document intitulé : *L'application des clauses pénales dans les contrats de crédit à la consommation*, diffusé en avril 1996 par l'Observatoire du Crédit et de l'Endettement.

financières qui s'attachent à la déchéance du terme en matière de crédit à la consommation. A cet égard, on pourrait s'inspirer de l'article 311-30 du Code de la consommation français qui dispose :

« En cas de défaillance de l'emprunteur, le prêteur pourra exiger le remboursement immédiat du capital restant dû, majoré des intérêts échus mais non payés. Jusqu'à la date du règlement effectif, les sommes restant dues produisent les intérêts de retard à un taux égal à celui du prêt. En outre, le prêteur pourra demander à l'emprunteur défaillant une indemnité qui, dépendant de la durée restant à courir du contrat et sans préjudice de l'application des articles 1152 et 1231 du code civil, sera fixée suivant un barème déterminé par décret » (2119).

347. – Appréciation critique des limites assignées à l'indemnité de emploi, spécialement par l'article 1907bis, à l'aune du préjudice susceptible de résulter de l'anticipation sur le terme convenu. – Dans une opinion traditionnelle, qui avait cours à l'époque où l'article 1907bis a été introduit dans le Code civil, le propre de l'indemnité de emploi était de réparer le préjudice qui découle de l'improductivité du capital durant le délai néces-

(2119) Pour la bonne compréhension de cette disposition, il faut savoir qu'en France, l'article 1152 du Code civil a été modifié en vue d'octroyer au juge un pouvoir de révision des clauses pénales « manifestement excessives [ou dérisoires] » ; observons également que l'article 311-30 du Code de la consommation français est complété par un article 311-32, qui précise qu'aucune indemnité ni aucun autre coût ne peuvent être mis à charge de l'emprunteur défaillant, si ce n'est « le remboursement des frais taxables... », à l'exclusion de tout remboursement forfaitaire de frais de recouvrement » ; en faveur d'une réforme inspirée du système français, voy. E. BALATE, P. DEJEMPE et Fr. DE PATOUL, *op. cit.*, p. 297, n° 422 ; dans le même ordre d'idée, voy. encore la proposition de loi modifiant la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation en vue de réglementer les conséquences financières de la non-exécution d'un contrat déposée par MM. M. DIGHNEEF et L. TOUSSAINT, *Doc. parl.*, Ch. représ., sess. 1995-1996, n° 560/1, ainsi que la proposition de loi modifiant la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation déposée par M. SANTKIN, *Doc. parl.*, Sénat, sess. 1996-1997, n° 540/1, qui ont pour objet de limiter les prétentions du prêteur en cas de déchéance du terme aux postes suivants : « le remboursement du capital restant dû », « les intérêts échus mais non payés », « les intérêts de retard » ainsi qu'à « une indemnité qui ne peut être supérieure à 10 % du capital restant dû » ; ces deux propositions de loi précisent encore que « le capital et les intérêts restant dus produisent des intérêts de retard à un taux qui ne peut être supérieur à celui du prêt jusqu'à la date du règlement effectif » ; pour un aperçu des différentes solutions en vigueur au sein de l'Union européenne, voy. E. BALATE, « Analyse juridique des dispositions légales au sein de l'Union européenne en matière d'inexécution des contrats de crédit à la consommation », in *Le crédit à la consommation*, éd. Jeune barreau de Bruxelles, 1997, pp. 183 et s.

saire au réemploi (2120). Aussi, la limite de six mois d'intérêts assignée par l'article 1907*bis* à l'indemnité de remploi est-elle vraisemblablement fondée sur l'idée que le délai maximum pour faire emploi d'un capital est de six mois, idée que l'on rencontre également dans l'article 455 du Code civil qui donne un délai de six mois au tuteur pour employer l'excédent des revenus sur les dépenses. Dans la loi relative au crédit hypothécaire qui fixe l'indemnité maximale de remploi à trois mois d'intérêts, ce délai serait de trois mois.

A l'heure actuelle, on peut toutefois douter qu'un délai de six mois ou même de trois mois soit nécessaire pour opérer le placement de son capital ; à cet égard, J. ROCHETTE écrivait, déjà en 1967, à propos des prêts personnels à tempérament, que « la période d'improductivité ne dépasse en fait jamais 30 jours » (2121).

Aussi, dans une conception plus moderne de l'indemnité de remploi, celle-ci a-t-elle surtout pour objet de compenser, outre les frais afférents au remboursement anticipé (2122), « l'écart entre le taux du prêt et celui

(2120) Ainsi, on peut lire dans le Rapport au Roi précédant l'arrêté royal n° 225 du 7 janvier 1936 relatif aux prêts hypothécaires (*Mon.*, 6-7 janvier 1936, p. 60) : « Le propre de l'indemnité de remploi est d'indemniser le prêteur de la perte de revenu provoquée par le délai qui lui est nécessaire pour retrouver un placement adéquat des sommes que l'emprunteur aurait remboursées anticipativement » ; voy., dans le même sens, H. DE PAGE et R. DEKKERS, *op. cit.*, t. 5, 1975, p. 175, n° 164 ; L. GRAULICH, *op. cit.*, 1954, p. 58 ; C. PAULUS, « Lening », *op. cit.*, 1982, p. 42, n° 90 ; V. VERCAMMEN-VAN DEN VONDER, « Lening op interest », *op. cit.*, 1985, art. 1907*bis*.

(2121) Voy. J. ROCHETTE, « Réflexions sur le calcul des charges d'emprunt », *Rev. banq.*, 1967, p. 358 ; dans cette conception traditionnelle, on pourrait encore contester qu'une indemnité de remploi soit due pour le cas où le prêt est *remboursé anticipativement au moyen d'un prêt consenti par le même prêteur*, puisqu'en ce cas, le capital est remplacé sans délai ; voy., en ce sens, Comm. Saint-Nicolas, 13 février 1968, *Jur. comm. Belg.*, 1968, I, p. 8, qui estime qu'il n'est pas admissible que le prêteur exige une indemnité de remploi à cause du remboursement d'un capital qu'il a remis immédiatement à la disposition du même emprunteur ; toutefois, nonobstant cette considération, le tribunal condamne quand même l'emprunteur à payer la partie du chargement représentant le « gain » du prêteur intégré dans les mensualités à échoir du prêt remboursé anticipativement, en sorte que, ce faisant, le tribunal admet quand même qu'une indemnité de remploi, certes limitée au gain du prêteur intégré dans les mensualités à échoir, soit allouée au prêteur.

(2122) A cet égard, I. DEMUYNCK, « Conventionele (schade)vergoedingsregelingen en de Wet op het consumentenkrediet », *J.J.P.*, 1994, p. 32, n° 77, considère qu'en cas de déchéance du terme, la frontière entre l'indemnité de remploi et la clause de majoration forfaitaire, qui est, le cas échéant, insérée dans le contrat, est très étroite, eu égard au fait que les deux indemnités poursuivent l'indemnisation de frais extraordinaires.

du emploi par le prêteur des fonds remboursés au cas où ce dernier taux serait inférieur au premier » (2123).

A cet effet, des clauses du type de celle qui suit ont été imaginées :

« Si, au jour du remboursement, le taux d'intérêt consenti par le Prêteur pour les prêts de même nature, est inférieur au taux du crédit, l'indemnité qui sera due au Prêteur sera calculée en appliquant au principal remboursé par anticipation et jusqu'aux dates contractuelles fixées pour le paiement dudit principal, un taux annuel égal à la différence entre les deux taux sus-visés » (2124) (2125).

(2123) Voy. D. MAZEAUD, obs. sous Cass. civ. fr., 11 octobre 1994, *Defrénois*, 1995, p. 761 ; Th. BONNEAU, *Droit bancaire*, 1996, p. 313, n° 513 ; voy., dans le même sens, P. LETTANY, *Het consumentenkrediet*, 1993, p. 168, n° 195, qui définit, de cette façon, une des composantes du préjudice que subit le prêteur en cas de remboursement anticipé et qui précise ensuite que le prêteur a droit à une indemnité de remploi équitable, dont il est permis de penser, nous semble-t-il, qu'elle a précisément pour fonction de réparer ce préjudice ; voy. encore, en ce sens, L. MAINGIE et R. FEYAERTS, *op. cit.*, p. 90, n° 36 ; E. WYMEERSCH, « De betwistingen rond het strafbeding : een stand van de zaken », *Jur. comm. Belg.*, 1982, p. 446, n° 50 ; P.A. FORIERS et A.-F. DELWAIDE, *op. cit.*, p. 143, n° 8 et 9, p. 180, n° 47 ; ces deux derniers auteurs ajoutent qu'il convient d'actualiser le montant des intérêts perdus en raison de la différence entre le taux prévu par le contrat et le taux auquel le prêteur pourra replacer les fonds.

(2124) Voy. Cass. comm. fr., 15 décembre 1992, *Rev. jur. dr. aff.*, 1993, p. 284, *Defrénois*, 1993, p. 310, et obs. J.-L. AUBERT, arrêt qui, toutefois, n'admet pas, au regard de l'article 1129 du Code civil, la validité de ce type de clause qui fait référence, pour le calcul de l'indemnité de remboursement anticipé, à un taux « fixé unilatéralement » par le prêteur (voy., dans le même sens que l'arrêt précité, Cass. civ. fr., 22 juin 1994, *Dalloz*, 1995, *Jur.*, p. 368, et note A. PENNEAU ; Cass. civ. fr., 9 mai 1996, *Dall. aff.*, 1996, p. 839) mais cette jurisprudence nous paraît périmée (voy. toutefois, en sens contraire, D. MAZEAUD, « Requiem pour l'article 1129 du code civil : couac ou bémol ? », obs. sous Cass. civ. fr., 9 mai 1996, *Dalloz*, 1997, *somm. comm.*, p. 176, n° 10) depuis que la Cour de cassation française a décidé que l'article 1129 « n'est pas applicable à la détermination du prix » (voy. Cass. fr. ass. plén., 1^{er} décembre 1995, 2^e espèce, préc. concl. prem. av. gén. JEOL, *Dalloz*, 1996, *Jur.*, p. 13, et note L. AYNES, *J.C.P.*, 1996, 22565, p. 21, et note J. GHESTIN) et surtout depuis qu'elle a admis que l'article 1129 ne fait plus obstacle à ce que le taux des intérêts en compte suive l'évolution du taux de base de la banque (voy. Cass. comm. fr., 9 juillet 1996, *J.C.P.*, 1996, II, 22721, p. 428 et note J. STOFFLET, 22747bis, p. 496, *Dall. aff.*, 1996, p. 1029, *Rev. trim. dr. comm.*, 1996, p. 699, et obs. M. CABRILLAC, *Banq.*, 1996, n° 576, p. 91 et obs. J.-L. GUILLOT ; sur cette question de la déterminabilité du taux des intérêts en compte, voy. *supra* n° 330 et spéc. note 1997) ; c'est donc sur le terrain du principe de l'exécution de bonne foi qu'il faut se placer pour contrôler l'application d'une telle clause qui détermine le mode de calcul de l'indemnité de remploi en se référant à la différence entre le taux du crédit remboursé anticipativement et le taux des crédits de même nature offerts par le prêteur à l'époque du remboursement anticipé ; ainsi, abstraction faite d'une disposition légale qui fixerait un plafond à l'indemnité de remploi et des réserves que l'on peut émettre à propos de l'application de pareille clause aux crédits à long

(voy. la page suivante pour la suite de la note tronquée et pour la note 2125...)

Il s'agit, en d'autres mots, de faire en sorte que les emprunteurs ne profitent pas d'une baisse des taux pour remplacer leur crédit en cours par un crédit moins onéreux (2126). Un tel raisonnement doit être admis dans la mesure où le prêteur n'a pas le pouvoir de renégocier les conditions des emprunts interbancaires ou autres qu'il a lui-même contractés ou des placements, bons de caisse ou autres, qu'il a émis auprès des épargnants en vue de se procurer les ressources nécessaires pour consentir le crédit (2127). En revanche, un tel raisonnement ne convainc pas entièrement

(suite de la note tronquée à la page précédente)

terme (voy. *infra* au texte), une telle clause doit recevoir pleine application lorsque, pour la détermination du taux applicable à l'époque du remboursement anticipé, le prêteur ne se démarque pas de « l'état du marché de l'emprunt » (voy. A. PENNEAU, note sous Cass. civ. fr., 22 juin 1994, *Dalloz*, 1995, Jur., p. 370) ; en revanche, son application pourrait être contestée, nous paraît-il, lorsque, la baisse des taux appliqués par le prêteur résulte, en tout ou en partie, du fait qu'en vue de gagner des parts de marché, le prêteur a considérablement réduit sa marge, en sorte que les taux qu'il propose à l'époque du remboursement anticipé ne sont plus guère supérieurs au coût de ses ressources ; en ce cas, en effet, la différence entre le taux du crédit remboursé anticipativement et les taux en vigueur chez le prêteur à l'époque du remboursement anticipé est, en tout ou en partie, le fruit d'une politique délibérée du prêteur, c'est-à-dire d'un élément purement subjectif, et non de l'évolution des taux du marché ; comp. P.A. FORIERS et A.-F. DELWAIDE, *op. cit.*, p. 144, n° 9, qui estiment que le prêteur ne saurait prétendre à l'indemnisation du dommage qui résulte « d'un choix délibéré » de sa part et que, partant, il convient « de comparer le contrat résolu avec les prêts de même nature que le prêteur aurait pu raisonnablement conclure, tant sur le plan du taux, que du délai de emploi ».

(2125) Cette clause dont il est question dans l'arrêt précité rendu par la Cour de cassation française le 15 décembre 1992 poursuit comme suit : « En toute hypothèse, l'indemnité due au prêteur sera au moins égale à six mois d'intérêts calculés sur le principal remboursé par anticipation si le remboursement intervient dans un délai de deux ans à compter des présentes et à trois mois d'intérêts si le remboursement intervient après la deuxième année » ; par là, la convention vise spécialement l'hypothèse où les taux n'auraient pas diminué entre l'époque de la conclusion du crédit et celle du remboursement anticipé ; en ce cas, il est prévu que l'emprunteur sera tenu de payer une indemnité de six ou trois mois d'intérêts selon l'époque à laquelle intervient le remboursement anticipé, ce qui nous paraît beaucoup si les parties visent par là le seul préjudice résultant de l'improductivité du capital durant le délai nécessaire au réemploi.

(2126) Selon J. HUET (*op. cit.*, 1996, p. 915, note 238), une indemnité de emploi qui poursuit un tel objet est illicite, parce que, d'après cet auteur, l'article 1250, 2°, du Code civil donnerait à l'emprunteur le droit de procéder, nonobstant toute clause contraire, à un remboursement anticipé en vue de pouvoir bénéficier d'une baisse de taux ; toutefois, ainsi que nous l'avons expliqué *supra* note 2068, tel n'est pas l'objet de l'article 1250, 2°, du Code civil.

(2127) Selon J. CERASANI (« La variation du taux », *Rev. jur. comm.*, 1994, p. 311) : « Il convient... de souligner que, contrairement à d'autres agents économiques, la banque peut rarement renégocier les conditions des financements qui lui ont été consentis ou des sommes qui lui ont été confiées par les épargnants ».

dans la mesure où le prêteur se finance au moyen de dépôts à vue qu'il rémunère à un taux qu'il fait lui-même varier selon l'état du marché.

Aussi, parce qu'elle ne permet pas toujours, loin de là, de prendre en compte le préjudice qui pourrait résulter d'une baisse de taux pour le emploi, préjudice qui ne peut être nié dès lors que le prêteur n'a pas la possibilité de renégocier le taux auquel il s'est lui-même financé, la limite fixée par l'article 1907*bis* révèle une conception surannée de l'indemnité de emploi (2128), en sorte que pareille limite demande assurément à être revue, sinon à être supprimée du Code civil.

A la vérité, c'est dans cette dernière voie que nous suggérons au législateur de s'engager, tant il nous paraît délicat de fixer, de façon systématique pour tous les types de crédits, des crédits les plus modestes aux plus sophistiqués consentis par des consortium bancaires, une limite qui ne pourrait, en aucun cas, être dépassée pour l'indemnité de emploi.

En revanche, s'agissant des crédits consentis aux consommateurs, lesquels ne sont pas sujets à une si grande diversité, il nous paraît que le maintien d'une disposition qui plafonne l'indemnité de emploi est assurément justifié par les trop nombreux abus auxquels a pu donner lieu le calcul du solde restant dû en cas de remboursement anticipé. Il convient cependant d'éviter qu'aussi bien les prêteurs que les emprunteurs ne pâtissent d'une telle limite.

A cet égard, le plafond de trois mois d'intérêts qui est assigné à l'indemnité de emploi par la loi relative au crédit hypothécaire est critiquable dans la mesure où il n'est pas de nature à assurer une indemnisation suffisante du prêteur en cas de baisse des taux (2129). Toutefois, dans le cas où l'on réformerait ce plafond, il conviendrait de ne pas tomber dans le travers inverse. Ainsi, dans les crédits hypothécaires à long terme, la formule qui permet au prêteur de faire supporter à l'emprunteur la perte de taux pour le emploi *jusqu'au terme initialement prévu pour le prêt* n'échappe pas non plus à toute critique. Tout d'abord, dans le cas où le taux varie en fonction d'un indice de référence, cette perte ne nous paraît pouvoir être mise à la charge de l'emprunteur que jusqu'à la date prévue pour l'adaptation du taux et non jusqu'à l'échéance finale initialement

(2128) Pour une critique analogue non seulement à propos de la limite fixée par l'article 1907*bis* mais aussi à propos du plafond fixé à l'indemnité de emploi par l'arrêté royal n° 225 relatif aux prêts hypothécaires (en principe six mois d'intérêts comme dans l'article 1907*bis*) ou par la loi relative au crédit hypothécaire (trois mois d'intérêts), voy. L. MAINGIE et R. FEYAERTS, *op. cit.*, p. 90, n° 36 ; A. VAN INGELGHEM, *op. cit.*, 1994, art. 12-4, n° 5.

(2129) Voy., outre les références citées à la note précédente, P. LETTANY, « Contract van hypotheecair krediet. Leidraad bij het opstellen van de akte », *op. cit.*, 1993, p. 337, n° 49, qui, semble-t-il, n'émet cette critique qu'à propos des crédits hypothécaires à taux fixe.

prévue pour le prêt. Ensuite, pour les prêts hypothécaires consentis à terme fixe ou semi-fixe (pas d'adaptation du taux avant dix ans), le taux supporté par l'emprunteur est plus élevé que pour les prêts dont le taux est adapté tous les trois ans ou tous les cinq ans, car il intègre une prime de risque pour le cas où le coût des ressources du prêteur deviendrait plus onéreux. Un prêt à long terme consenti à un taux fixe ou semi-fixe est, en effet, généralement conçu comme un avantage pour l'emprunteur et comme un risque pour le prêteur dès lors que celui-ci finance les prêts à long terme qu'il consent en recourant à des ressources à court ou à moyen terme. C'est d'ailleurs essentiellement en vue de mieux ajuster le taux des crédits hypothécaires à long terme au coût de leurs ressources à moyen ou à court terme que les prêteurs n'ont eu de cesse de réclamer – et qu'ils ont d'ailleurs obtenu – la variabilité des taux dans la loi relative au crédit hypothécaire (2130). Aussi, eu égard au fait que les sources de financement des prêteurs ne couvrent généralement pas toute la durée des crédits à long terme qu'ils octroient à leur clientèle et que, partant, ils doivent de toute façon se refinancer en cours de crédit, il serait illogique qu'en cas de baisse des taux, l'emprunteur, même lorsqu'il a contracté à un taux fixe ou semi-fixe – ce qui d'ailleurs lui coûte plus cher qu'un taux variable après trois ou cinq ans –, soit amené à supporter, au titre d'indemnité de rempli, la différence de taux *jusqu'à la date initialement prévue pour la dernière échéance*, c'est-à-dire pendant dix ou quinze ans, alors qu'endéans ce délai le prêteur se serait refinancé à moindre coût. Pour les prêts hypothécaires à long terme qui sont consentis à terme fixe ou semi-fixe, il conviendrait donc, à tout le moins, de limiter la durée pendant laquelle la différence entre le taux du crédit et le taux du rempli peut être prise en compte dans le calcul de l'indemnité de rempli.

(2130) Voy. Association Belge des Banques, *Aspects et Documents*, n° 86, « Taux d'intérêt hypothécaires – La variabilité en Belgique : une priorité ! », 1989, p. 7 ; Rapport DE CLERCK au sujet de la loi du 4 août 1992 relative au crédit hypothécaire, *Doc. parl.*, Ch. représ., sess. extr. 1991-1992, n° 375/8, p. 5, pp. 36 à 38 ; sous l'empire de l'arrêté royal n° 225, la possibilité de stipuler un taux variable était discutée et les prêteurs avaient recours à un « subterfuge » dont la validité avait finalement été admise par la Cour de cassation (voy. Cass., 15 février 1991, *Pas.*, 1991, I, p. 580) ; ce « subterfuge » consistait dans la stipulation d'une clause d'exigibilité périodique du capital prêté avec la possibilité pour l'emprunteur, si le remboursement du capital lui était réclamé en vertu de cette clause, de continuer le prêt moyennant une adaptation du taux en fonction des taux pratiqués à ce moment par le prêteur pour les crédits du même type ; sur cette question de la variabilité du taux sous l'empire de l'arrêté royal n° 225, voy. J. CATTARUZZA, « Validité des clauses prévoyant l'adaptation du taux d'intérêt d'un prêt hypothécaire », *Ann. dr. Liège*, 1987, p. 375 ; P. COTTIN, « La clause de révision quinquennale », *Rev. not. b.*, 1987, p. 386 ; F. MOERMAN, « Interestvastheid en hypotheecaire leningen », *Rev. dr. comm. b.*, 1987, p. 84, ainsi que les références citées par ces auteurs.

348. – Régime de droit commun de l'indemnité de emploi en l'absence de plafond légal. – Comme nous l'avons déjà dit, lorsque le forfait prévu à titre d'indemnité de emploi a lieu de s'appliquer en cas de remboursement anticipé qui fait suite à la déchéance du terme, il sanctionne assurément l'inexécution de ses obligations par l'emprunteur et, partant, constitue une clause pénale (2131), qui, selon la jurisprudence de la Cour de cassation belge, doit revêtir un caractère indemnitaire (2132).

En revanche, lorsque l'indemnité de emploi a lieu de s'appliquer en cas de remboursement volontaire anticipé, elle constitue la contrepartie de l'exercice d'une faculté par l'emprunteur, en sorte que, de prime abord, elle n'a rien de commun avec une clause pénale et, partant, ne semble pas devoir obéir au régime de celle-ci (2133).

On a cependant fait valoir, à juste titre, que l'emprunteur qui a le choix ou de respecter le terme initialement prévu ou de rembourser anticipativement moyennant la déduction d'une indemnité de emploi ne se trouve pas en présence d'une véritable obligation alternative. En ce cas, en effet, il existe un mode principal d'exécution voulu par les parties et un mode subsidiaire d'exécution « toléré mais pénalisé » (2134). Or, qu'il s'agisse d'un

(2131) Voy. *supra* n° 341.

(2132) Voy. *supra* n° 334.

(2133) Voy., en ce sens, J.-L. RIVES-LANGE, obs. crit. sous Trib. gr. inst. Tours, 4 juin 1987, *Banq.*, 1987, p. 725 ; Paris, 16 mai 1989, *Dalloz*, 1990, Jur., p. 121, note G. PAISANT, *Banq.*, 1989, p. 1201, obs. J.-L. RIVES-LANGE ; Paris, 3 juillet 1990, *Banq.*, 1990, p. 1214 et obs. J.-L. RIVES-LANGE ; D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale*, 1992, p. 241, n°s 427 et s., p. 247, n° 438 ; H. VERSCHRAEGEN, H. VAN OVERLOOP et L. LAMOT, « Kritische analyse van gebruikelijke clausules in leningsakten », *op. cit.*, pp. 134 et 267 ; Cass. civ. fr., 24 novembre 1993, *Defrénois*, 1994, p. 800 et obs. D. MAZEAUD ; voy. aussi Cass., 8 décembre 1988, *Pas.*, 1989, I, p. 389 ; Cass., 6 décembre 1996, *Bull. et Pas.*, 1996, I, p. 1241, *A.J.T.*, 1997-1998, p. 102, et note R. PASCARIELLO « De verbrekingsvergoeding als tegenprestatie voor het eenzijdig beëindigingsrecht van de schuldenaar » ; Bruxelles, 2 octobre 1991, *Rev. dr. comm. b.*, 1992, p. 267, arrêts qui dénie la qualification de clause pénale, au sens de l'article 1229 du Code civil, à une indemnité de résiliation qui constitue la contrepartie d'une faculté de résiliation unilatérale prévue par le contrat ; à propos de l'indemnité de résiliation, voy. encore R. KRUTHOF, H. BOCKEN, F. DE LY et B. DE TEMMERMAN, « Verbintenissen – Overzicht van rechtspraak (1981-1992) », *T.P.R.*, 1994, p. 683, n° 359, et S. STIJNS, D. VAN GERVEN, P. WERY, « Chronique de jurisprudence – Les obligations : Les sources (1985-1995) », *J.T.*, 1996, p. 735, n° 133 et références citées.

(2134) Voy., en ce sens, J. MESTRE, obs. sous Trib. gr. inst. Tours, 4 juin 1987, *Rev. trim. dr. civ.*, 1988, p. 113, et obs. sous Paris, 16 mai 1989, *Rev. trim. dr. civ.*, 1990, p. 75, qui, partant, estime que le pouvoir de révision des clauses pénales qui est prévu en France par l'article 1152 du Code civil a également lieu de s'appliquer à l'égard d'une indemnité de emploi qui est stipulée pour le cas où le débiteur exercerait la faculté de remboursement anticipé que lui offre la convention de prêt ; voy. aussi G. PAISANT, note sous Paris, 16 mai 1989, *Dalloz*, 1990, Jur., p. 123, n°s 4

(voy. la page suivante pour la suite de la note tronquée...)

remboursement volontaire anticipé qui n'est que toléré ou, au contraire, d'un remboursement anticipé qui fait suite à la déchéance du terme, l'indemnité de emploi aboutit, dans les deux cas, à mettre à charge du débiteur une prestation supplémentaire en raison de l'anticipation sur le terme convenu (2135). Aussi, la différence de régime selon que l'indemnité de emploi a lieu de s'appliquer dans l'une ou l'autre hypothèse n'est-elle guère satisfaisante (2136).

En conséquence, même s'il est vrai que cette question n'est pas spécifique à l'indemnité de emploi, on pourrait suggérer que l'abrogation de la limite édictée par l'article 1907*bis* du Code civil s'accompagne d'une disposition qui alignerait le régime de l'indemnité de emploi en cas de remboursement volontaire anticipé sur celui des clauses pénales auxquelles la Cour de cassation belge a imprimé un caractère indemnitaire (2137).

(suite de la note tronquée à la page précédente)

et 5, qui semble admettre que l'on se trouve en présence d'une clause pénale susceptible d'être révisée par le juge en vertu de l'article 1152 tel qu'il a été réformé en France, lorsque l'indemnité de emploi stipulée pour le cas de remboursement volontaire anticipé est fixée de façon telle qu'elle constitue en réalité un moyen de pression destiné à inciter l'emprunteur à respecter l'intégralité des échéances convenues ; voy. encore, en ce sens, J. HUET, *op. cit.*, 1996, p. 913, note 230.

(2135) Comp. Paris (somm.), 19 décembre 1991, *Dalloz*, 1992, I.R., p. 87, qui estime : « Lorsqu'un contrat de prêt laisse à l'emprunteur la faculté d'y mettre fin avant le terme prévu, moyennant le paiement d'une indemnité dont le mode de calcul est explicité au moment de la formation de la convention et qui est destinée à couvrir le risque d'abaissement du taux de l'intérêt lors du emploi des fonds par le prêteur, cette disposition n'a pas, à la différence d'une clause pénale, pour finalité d'inciter le débiteur à exécuter ses obligations contractuelles ou de sanctionner l'inexécution de celles-ci, mais offre au contraire à son choix une modalité, certes subsidiaire, d'exécution de la convention à charge pour lui de supporter le risque de variation du taux » mais qui ajoute : « Toutefois, lorsque la convention prévoit que 'tout remboursement anticipé, volontaire ou non' donnera lieu au paiement de l'indemnité, l'indication d'un remboursement non volontaire ne peut que renvoyer à l'exigibilité anticipée des sommes restant dues dans l'un des cas où le prêteur est fondé à exciper de la déchéance du terme. L'indemnité pour remboursement anticipé détermine bien alors par avance un forfait de dommages et intérêts pour inexécution et constitue une peine, le juge pouvant alors, en application de l'art. 1152 c. civ., réduire cette indemnité si elle est manifestement excessive ».

(2136) Voy., en ce sens, E. WYMEERSCH, « Strafbedingen o.m. inzake enkele kredietovereenkomsten », in *Liber Amicorum E. Krings*, 1991, p. 926, n° 7, Matthias E. STORME, « Vragen rond rente », *J.J.P.*, 1997, p. 200, qui envisagent les indemnités de résiliation en général.

(2137) Voy. *supra* n° 334 ; nous rappelons que nous raisonnons dans l'optique de la jurisprudence de la Cour de cassation belge, sans préjuger de la justesse ni de l'opportunité de son refus de reconnaître un rôle coercitif aux clauses pénales ; de toute façon, s'agissant des indemnités qui sont prévues pour le cas où le débiteur exercerait une faculté que la convention lui offre, elles remplissent nécessairement une fonction exclusivement indemnitaire, puisque leur reconnaître, en outre, une

(voy. la page suivante pour la suite de la note tronquée...)

Ainsi, plutôt que de fixer un maximum à l'indemnité de emploi, l'article 1907*bis* octroierait, en toute hypothèse, au juge le pouvoir de vérifier le caractère indemnitaire du montant stipulé à titre d'indemnité de emploi, en se plaçant au moment de l'accord sur celle-ci et, partant, en tenant compte du préjudice prévisible à cette époque (2138). A cet égard, il y aurait lieu de préciser que l'annulation éventuelle de la clause qui fixe l'indemnité de emploi laisserait intacte la faculté de remboursement anticipé prévue au contrat ; il y aurait également lieu de prévoir qu'en cas d'annulation de la clause fixant l'indemnité de emploi, le prêteur aurait droit à une indemnité correspondant au préjudice effectivement subi.

Un tel contrôle nous paraît d'autant plus nécessaire que l'indemnité de emploi, même lorsqu'elle est due en cas de remboursement volontaire anticipé, n'en reste pas moins une prestation accessoire qui ne s'analyse pas comme la contrepartie du crédit. Il en résulte qu'à moins que le prêteur n'ait spéculé sur le remboursement anticipé, l'indemnité de emploi n'entre pas en ligne de compte pour l'appréciation des conditions du crédit au regard de l'article 1907*ter* et de la théorie de la lésion qualifiée (2139).

Synthèse du chapitre IV

349. – Les articles 1907, alinéa 3, et 1907*bis* : des plafonds légaux qu'il conviendrait de supprimer du Code civil. – En limitant « la majoration du taux de l'intérêt pour retard de paiement » à 0,5 % l'an sur le capital restant dû, l'article 1907, alinéa 3, réglemente, à notre estime, deux types de clauses pénales.

Ainsi, est réglementée par l'article 1907, alinéa 3, la clause qui consiste à majorer le taux de l'intérêt rémunérateur pour recalculer les échéances d'intérêt impayées ; il en résulte que la majoration prévue pour recalculer

(suite de la note tronquée à la page précédente)

fonction coercitive conduit à mettre en doute l'existence de la faculté que la convention offre au débiteur.

(2138) Pour une appréciation de ce type, *de lege lata*, voy. Bruxelles, 12 décembre 1995, *R.W.*, 1996-1997, p. 985, et note K. VAN RAEMDONCK, « Einde van de omzeiling van het verbod op strafbedingen via de bedongen vergoeding voor de uitoefening van een contractueel eenzijdig verbrekinsrecht bij overeenkomsten met opeenvolgende prestaties ? », où il s'agissait d'une indemnité de résiliation prévue pour le cas où serait exercée la faculté de rompre anticipativement une convention de location d'une installation téléphonique ; Mons, 2 décembre 1996, *J.T.*, 1997, p. 341, où il s'agissait d'une indemnité de dédit en cas de renonciation à une convention portant sur la réalisation d'une véranda.

(2139) Voy. *supra* n° 293, où nous émettons des considérations analogues en lien avec la clause pénale.

les échéances d'intérêt impayées ne peut dépasser 0,5 % l'an sur le capital restant dû (2140).

Est également réglementée, nous paraît-il, par l'article 1907, alinéa 3, la clause qui fixe le taux des intérêts moratoires appelés à s'appliquer en cas de retard dans le paiement d'un montant en principal ; il en résulte que le taux des intérêts moratoires ne peut dépasser de plus de 0,5 % l'an le taux du prêt (2141).

A la vérité, l'utilité des plafonds établis par cette disposition est extrêmement réduite, puisqu'il est possible de prévoir d'autres clauses pénales – spécialement une clause de majoration forfaitaire, par exemple 10 ou 15 % du montant impayé – qui, est-il généralement admis, échappent à la réglementation de l'article 1907, alinéa 3. Aussi, de telles limitations légales n'auraient-elles vraiment un sens que si elles s'inscrivaient dans un système qui régleme de façon limitative le nombre et le type de clauses pénales autorisées dans tel ou tel contrat de crédit. Toutefois, un tel système ne saurait être édicté de façon générale, abstraction faite du type de crédit en cause ou de la qualité des parties. Une telle réglementation ne saurait, dès lors, trouver sa place que dans les législations à vocation protectrice. Aussi, nous prononçons-nous en faveur de l'abrogation de l'article 1907, alinéa 3, en tant qu'il figure dans le Code civil (2142).

A cet égard, on observe que la loi relative au crédit hypothécaire s'articule en quelque sorte sur l'article 1907, alinéa 3, auquel elle fait expressément référence en son article 45. Aussi, il conviendrait, sous peine d'amoindrir la protection des emprunteurs hypothécaires visés par cette législation, que l'abrogation de l'article 1907, alinéa 3, du Code civil s'accompagne de l'insertion d'une disposition analogue dans la loi relative au crédit hypothécaire (2143).

En revanche, s'agissant de la loi relative au crédit à la consommation, l'abrogation éventuelle de l'article 1907, alinéa 3, ne nécessiterait aucune mesure d'accompagnement pour les crédits régis par cette législation. Encore conviendrait-il cependant de revoir le régime des clauses pénales édicté par celle-ci, spécialement le maximum qu'elle assigne à l'intérêt de retard (2144), comme aussi de régler la question controversée de la déduction, en cas de déchéance du terme, des intérêts à échoir intégrés dans les mensualités futures (2145).

(2140) Voy. *supra* n° 335.

(2141) Voy. *supra* n° 336.

(2142) Voy. *supra* nos 337 et 338.

(2143) Voy. *supra* n° 339.

(2144) Voy. *supra* n° 339.

(2145) Voy. *supra* n° 346.

Quant à l'article 1907*bis*, il plafonne à six mois d'intérêts le montant de l'indemnité de emploi qui peut être réclamée en cas de remboursement anticipé (2146). Cette limitation vise, à notre estime, aussi bien le remboursement volontaire anticipé que le remboursement anticipé qui fait suite à la déchéance du terme (2147). Peu importe encore le mode de fixation de l'indemnité de emploi ; ainsi, le plafond établi par l'article 1907*bis* concerne, nous paraît-il, non seulement l'indemnité de emploi qui est *stipulée* de façon forfaitaire et préalable dans la convention de prêt mais aussi plus généralement toute indemnité de emploi qui est « *réclamée* » à l'emprunteur lors du remboursement anticipé de son prêt (2148).

De la rédaction de l'article 1907*bis* qui vise l'indemnité de emploi qui peut être réclamée en sus des « *intérêts échus* », il résulte encore que les intérêts ne sont plus dus en tant que tels pour la période postérieure au remboursement anticipé, ce qui nous paraît absolument logique (2149).

La philosophie de l'article 1907*bis* se retrouve dans la loi relative au crédit hypothécaire, à la différence toutefois que le maximum qui est fixé à l'indemnité de emploi par cette législation protectrice est de trois mois d'intérêts et non pas de six mois comme il en va dans l'article 1907*bis* (2150).

Dans une ancienne conception de l'indemnité de emploi, celle-ci est destinée à compenser l'improductivité du capital durant le délai nécessaire au réemploi ; toutefois, à l'heure actuelle, on peut douter qu'il faille six mois ou même trois mois pour replacer adéquatement un capital. Aussi, la philosophie qui semble étayer l'adoption de telles limites est-elle surannée.

Dans une conception plus moderne, l'indemnité de emploi est, en effet, destinée à compenser, outre les frais afférents au remboursement anticipé, l'écart qui surviendrait, en cas de baisse des taux, entre le taux du crédit remboursé anticipativement et le taux du emploi.

Aussi, parce qu'elles ne permettent pas toujours, loin de là, de prendre en compte le préjudice qui pourrait résulter d'une baisse de taux pour le emploi, préjudice qui ne peut être nié dès lors que le prêteur n'a pas la possibilité de renégocier le taux auquel il s'est lui-même financé, les limites

(2146) Voy. *supra* n° 340 ; pour des précisions quant au mode de calcul du montant maximum qui peut être réclamé à titre d'indemnité de emploi en vertu de l'article 1907*bis*, voy. *supra* n° 343.

(2147) Voy. *supra* n° 341.

(2148) Voy. *supra* n° 342.

(2149) Voy. *supra* n° 344.

(2150) Voy. *supra* n° 345 ; en ce qui concerne le régime de l'indemnité de emploi dans la loi relative au crédit à la consommation, voy. *supra* n° 346.

édictees par l'article 1907*bis* et par la loi relative au crédit hypothécaire demandent à être revues (2151).

Si, en ce qui concerne les crédits consentis aux consommateurs, il nous paraît que le maintien d'une disposition qui plafonne l'indemnité de emploi est assurément justifié, en revanche, nous sommes plutôt d'avis qu'une telle limitation légale n'a pas sa place dans le Code civil, tant il nous paraît délicat de fixer, de façon systématique pour tous les types de crédits, des crédits les plus modestes aux plus sophistiqués consentis par des consortium bancaires, un plafond qui ne pourrait, en aucun cas, être dépassé pour l'indemnité de emploi (2152).

Aussi, plutôt que de fixer, dans l'article 1907*bis* du Code civil, un plafond légal à l'indemnité de emploi, nous proposons, *de lege ferenda*, de calquer, en cas de remboursement volontaire anticipé, le contrôle de l'indemnité de emploi sur celui qui s'exerce aujourd'hui sur les clauses pénales.

Si notre suggestion était adoptée, il en résulterait que l'appréciation judiciaire qui repose sur la jurisprudence de la Cour de cassation belge relative au caractère indemnitaire des clauses pénales aurait lieu de s'appliquer non seulement lorsque l'indemnité de emploi constitue une clause pénale parce qu'elle est prévue pour le cas d'un remboursement anticipé consécutif à la déchéance du terme mais aussi lorsque l'indemnité de emploi est prévue pour le cas d'un remboursement volontaire anticipé et, partant, ne constitue pas à proprement parler une clause pénale. Eu égard à la conception indemnitaire des clauses pénales actuellement reçue par la Cour de cassation belge, un tel système présenterait assurément le mérite de la cohérence (2153).

(2151) Encore convient-il, pour les crédits qui sont régis par la loi relative au crédit hypothécaire, de tenir compte de certaines spécificités des crédits à long terme pour l'appréciation du préjudice susceptible de résulter d'une baisse des taux pour le emploi ; voy. *supra* n° 347.

(2152) Voy. *supra* n° 347 ; la suppression, dans le Code civil, de tout plafond légal pour l'indemnité de emploi aurait pour conséquence que les crédits qui ne sont que partiellement réglementés par la loi relative au crédit à la consommation et qui, partant, ne sont pas concernés par la protection que cette loi institue en cas de remboursement anticipé, ne connaîtraient plus de plafond pour l'indemnité de emploi ; il conviendrait, dès lors, de réglementer l'indemnité de emploi qui pourrait être réclamée pour ces crédits qui ne sont que partiellement réglementés par la loi relative au crédit à la consommation ; voy. *supra* note 2110.

(2153) Voy. *supra* n° 348.

