



Indemnités de emploi et clause de « funding loss » Quelles indemnités les banques peuvent-elles prélever en cas de remboursement anticipé d'un crédit professionnel ?

Thameur ELLOUZE, avocat

Les indemnités de emploi et plus particulièrement les indemnités dites de «funding loss» constituent une source fréquente de conflits entre emprunteurs professionnels et établissements de crédits. Il est en effet fréquent qu'un professionnel décide pour diverses raisons de procéder au remboursement anticipé de son crédit. Quelle n'est pas à sa surprise lorsqu'il se voit alors réclamer le paiement d'une indemnité dite de «funding loss» dont la raison est souvent ignorée et incomprise par les crédités.

Cette variété d'indemnité de emploi calculée de façon à indemniser les prêteurs en tenant compte de l'écart entre le taux du crédit et le taux du emploi peut dépasser très largement les limites de trois mois ou six mois d'intérêts prévues par la loi sur le crédit hypothécaire et l'article 1907bis du Code civil. D'où la question de savoir si ces législations protectrices des emprunteurs peuvent être évoquées pour contester ces indemnités.

L'emprunteur professionnel peut-il invoquer la limite des 3 mois d'intérêts de l'article 12 de la loi du 4 août 1992 relative au crédit hypothécaire ?

L'article 12 de la loi de 4 août 1992 relative au crédit hypothécaire stipule qu'en cas de remboursement anticipé total ou partiel une indemnité de emploi peut être réclamée par l'établissement de crédit mais sans être supérieure à trois mois d'intérêts sur le capital remboursé anticipativement.

Toutefois cette limite impérative ne bénéficie qu'aux consommateurs privés puisque les crédits hypothécaires concernés sont d'ordre non professionnels.

Effectivement, la loi s'applique «au crédit hypothécaire ayant pour objet le financement de l'acquisition ou la conservation de droits réels immobiliers, consenti à une personne physique qui agit principalement dans un but pouvant être considéré comme étranger à ses activités commerciales, professionnelles (...).»

Dans certains cas, lorsque le crédit octroyé est mixte, l'emprunteur professionnel pourra tout de même prétendre que son crédit, conformément à l'article premier de la loi, s'inscrit «principalement dans un but pouvant être considéré comme étranger à ses activités commerciales, professionnelles ou artisanales» et dès lors bénéficier des termes de la loi du 4 août 1992.

Si cette problématique existe dans certains cas limites où la destination du crédit dépend d'un examen circonstancié de la situation concrète, la CBFA a indiqué dans sa circulaire du 15 octobre 2003, qu' «elle entend par «principalement» un crédit hypothécaire servant, à plus de 50 %, à des fins privées.»

Il arrive que dans de pareilles situations, l'établissement de crédit préfère scinder l'opération en deux crédits distincts afin d'éviter tout litige postérieur. Cette méthode a été avalisée par la jurisprudence¹.

L'emprunteur professionnel peut-il invoquer la limite de 6 mois d'intérêts prévu par l'article 1907bis du Code civil ?

1. L'article 1907bis et les avances logées au sein d'une ouverture de crédit

L'article 1907bis du Code civil stipule que *«lors du remboursement total ou partiel d'un prêt à intérêt il ne peut en aucun cas être réclamé au débiteur, indépendamment du capital remboursé et des intérêts échus, une indemnité de remploi d'un montant supérieur à six mois d'intérêts calculés sur la somme remboursée au taux fixé par la convention.»*

Il n'est pas contestable que cette disposition générale s'applique à tous les prêts y compris ceux destinés aux professionnels et aux entreprises. Toutefois, l'article ne régit que les crédits consentis sous forme de prêt ce qui exclut les ouvertures de crédit.

Toutefois une ouverture de crédit peut tout à fait loger des prêts à intérêts.

Ainsi, a été analysé comme un prêt le crédit d'investissement professionnel, non réutilisable sans l'accord du banquier, dont le capital est libéré progressivement au cours d'une période dite de prélèvement, celui-ci étant obligatoire ; alors que ne sera pas qualifié de prêt l'ouverture de crédit réalisable par découvert en compte courant réutilisable, à la meilleur convenance du crédit, sans qu'un nouvel accord du banquier ne soit requis.

2. Application de l'article 1907bis lorsque le contrat interdit toute possibilité de remboursement anticipé ?

L'article 1907bis est considéré par certaines décisions judiciaires comme uniquement applicable aux indemnités de remploi conventionnellement prévues dans le contrat de crédit. Il serait donc totalement inapplicable dans les hypothèses où le remboursement anticipé est expressément exclu par les cocontractants.

En effet, dans de tels cas, il convient d'admettre une indemnité équivalente au préjudice effectivement subi par l'établissement de crédit, généralement supérieur au plafond imposé par l'article 1907bis.

Même si cette question fait débat au sein de la doctrine, la jurisprudence a déjà consacré cette thèse à plusieurs reprises.

Lorsque le contrat interdit complètement le remboursement anticipatif et ne prévoit pas les conséquences financières du non-respect de cette interdiction, l'établissement de crédit se trouve alors en position de force et pourrait simplement, sous réserve de l'abus de droit, refuser tout remboursement avant terme.

¹ Liège, 28 janvier 2010, R.G.D.C., 2010, p.475.

La banque est en effet en droit, dans une telle situation, d'attendre que sa contrepartie exécute ses obligations.

Néanmoins, généralement, l'établissement de crédit n'agira pas de la sorte et acceptera un remboursement anticipé. Mais la banque est dans ce cas en position de réclamer, en contrepartie, une indemnisation pour couvrir ses «funding loss».

3. La clause «Funding loss» peut- elle tomber sous le coup de la réduction des clauses pénales ?

Une clause dite de «funding loss» permet au crédité de procéder anticipativement au remboursement du crédit en contrepartie de quoi il s'acquitte d'une indemnité de emploi déterminée ou déterminable sur base d'éléments objectifs.

Dans une telle hypothèse, aucune faute n'est commise par le crédité, il ne fait qu'user d'une potentialité offerte par le contrat. Par conséquent, il ne s'agit guère d'une réparation du dommage puisqu'aucune inexécution fautive n'existe.

Mais une telle clause peut-elle être assimilée à une clause pénale au sens de l'article 1226 du Code civil ?

L'enjeu est de savoir si le juge dispose de la faculté de réduire la somme due lorsque les montants calculés en application de cette clause sont « manifestement excessifs » suivant les termes de l'article 1231 du Code civil.

La jurisprudence estime que lorsqu'une clause permet un remboursement anticipé moyennant le paiement d'une indemnité « *il n'appartient pas, en règle, au juge d'apprécier le rapport entre le montant convenu et le dommage susceptible d'être causé par cette résiliation unilatérale* ».

4. La sanction applicable en cas de manquement au devoir d'information peut-elle aboutir à écarter les clauses de «Funding loss» ?

L'établissement de crédit a une obligation d'information vis-à-vis du client afin de l'informer sur l'opération, ses caractéristiques et, si besoin, sa technique.

L'étendue de ce devoir d'information dépend évidemment de la personnalité de l'emprunteur de sorte que plus le candidat emprunteur est expérimenté et familier avec l'opération qu'il se prête à conclure, moins l'on se montrera exigeant au niveau de l'information que la banque devra lui communiquer.

Le libellé d'une clause prévoyant la faculté pour le crédité de rembourser anticipativement le crédit doit permettre au crédité de déterminer, au moment de la conclusion du contrat, la portée de l'obligation qu'il assumerait en cas de remboursement prématuré de son crédit.

Lorsque l'établissement de crédit a manqué à son devoir d'information, il s'agira de constater et d'évaluer le dommage issu de ce manquement.

La réparation vise à remettre la victime de la faute dans la situation qui aurait été la sienne si la faute n'avait pas été commise. Il aurait pu par exemple voir d'autres établissements ou discuter les conditions du crédit.

Selon la jurisprudence il s'agira alors de procéder à une évaluation *ex aequo et bono* du dommage subi.