

Soulignons d'abord que la SPRL T. a le droit de mettre fin anticipativement aux contrats de crédit ; ce droit n'est pas menacé. Son droit n'est pas de ne pas devoir payer une indemnité de remploi supérieure à 6 mois d'intérêts lors du remboursement anticipé ; le paiement d'une indemnité de remploi est en effet un droit dans le chef de la banque et une obligation dans le chef du crédit. Par ailleurs, la limite à l'indemnité de remploi fixée par l'article 1907bis du Code civil ne s'applique que « *lors du remboursement total ou partiel d'un prêt à intérêt* » et pas avant ce remboursement. Ensuite, la SPRL T. prétend être dans l'impossibilité de procéder au remboursement anticipé à défaut de pouvoir obtenir un refinancement englobant l'indemnité réclamée, mais elle n'en apporte pas la preuve ; elle ne prouve d'ailleurs pas davantage qu'un refinancement lui aurait été accordé si les indemnités de remploi avaient été limitées à six mois d'intérêts, la pièce 14 de son dossier est insuffisante à le démontrer, outre que l'offre de la banque CBC n'était valable que jusqu'au 24 avril 2017.

D'autre part, il est constant que la SPRL T. honore ses engagements vis-à-vis de la SA BNP PARIBAS FORTIS dans le cadre des contrats litigieux.

Dès lors, il n'existe aucune menace grave et sérieuse que ces contrats soient dénoncés unilatéralement par celle-ci et qu'elle exige en conséquence le paiement d'une indemnité de remploi ou de « *funding loss* » dont le montant pourrait être supérieur à six mois d'intérêts.

A ce stade, la SPRL T. n'est redevable d'aucune indemnité de remploi.

En réalité, elle n'entend pas présentement se prémunir contre les agissements de la SA BNP PARIBAS FORTIS, mais elle désire obtenir une décision de justice ayant autorité de chose jugée lui permettant d'apprécier en parfaite connaissance de cause s'il est ou non opportun, possible ou financièrement intéressant pour elle de mettre un terme anticipé aux contrats qui la lient à la banque. Elle tente, par son action, de se prémunir des conséquences d'un acte qu'elle n'a pas posé et qu'elle ne posera peut-être pas. Comme il a déjà été relevé ci-dessus, il n'est ni certain ni probable que, même si la SPRL T. obtenait une décision favorable sur le fond, elle procéderait au remboursement anticipé des crédits.

Sa demande principale de qualification des contrats litigieux d'où découlent ses autres demandes constitue ni plus ni moins une demande de consultation juridique au tribunal puis à la cour.

3. Il résulte des considérations qui précèdent que l'action originaire de la SPRL T. est irrecevable.

Sa demande nouvelle, qui découle de sa demande relative à la qualification des contrats, est donc également irrecevable.

PAR CES MOTIFS,

Vu l'article 24 de la loi du 15 juin 1935,

LA COUR,

statuant contradictoirement,

Dit l'appel principal recevable et fondé,

Dit l'appel incident et la demande nouvelle recevables, mais non fondés,

Réforme le jugement entrepris,

Dit l'action de la SPRL T. irrecevable.

(...)

Note – L'intérêt à agir en (re)qualification du contrat de crédit avant son remboursement anticipé

1. Des questions controversées – Les indemnités de remploi ou de « *funding loss* »¹⁴, réclamées par les banques lors du remboursement anticipé d'un crédit professionnel, défraient depuis quelque années la chronique judiciaire. Il s'agit d'une des conséquences de la baisse des taux d'intérêt constatée durant la dernière décennie : les emprunteurs sont incités à refinancer leurs emprunts à des taux plus avantageux que ceux qu'ils avaient obtenus lors de la conclusion de leur contrat, ou à modifier les conditions auxquelles ils ont contracté à l'origine. Une des questions fréquemment soumises aux cours et tribunaux dans ce contexte est celle de l'application, au contrat de crédit professionnel qui est l'objet d'un remboursement anticipé, de l'article 1907bis du Code civil¹⁵. En vertu de cette disposition, l'indemnité de remploi réclamée par la banque lors du remboursement, total ou partiel, du prêt à intérêt ne peut excéder un montant supérieur à six mois d'intérêts. Les prêteurs et les emprunteurs sont le plus souvent en litige s'agissant de l'application de cette disposition aux conventions qualifiées d'ouvertures de crédit mais qui présentent, selon les emprunteurs, toutes les caractéristiques d'un contrat de prêt. La question est importante pour l'emprunteur : si le contrat est (re)qualifié en contrat de prêt, il est soumis à la limitation de l'article 1907bis du Code civil¹⁶, tandis que, si le juge lui maintient sa qualification contractuelle d'ouverture de crédit, les indemnités de remploi ou de « *funding loss* » qui sont réclamées par les organismes bancaires atteignent(-aient)¹⁷ ?) des sommes parfois aussi

14. Sur la différence entre indemnité de remploi et « *funding loss* », voir p. ex. C. BIQUET-MATHIEU, « Crédit, remboursement anticipé et indemnité de remploi », *Rev. not. belge*, 2006/8, p. 514.

15. Les crédits octroyés aux particuliers ne sont pas concernés par la controverse liée à l'application de l'article 1907bis du Code civil et sa limitation à six mois d'intérêts. Le particulier consommateur dispose, en effet, d'un droit impératif au remboursement anticipé de son crédit (art. VII.96 (crédit à la consommation) et VII.147/11 (crédit hypothécaire) C.D.E.), et le prêteur ne peut réclamer qu'une indemnité de remploi plafonnée à 1 % du capital remboursé, pour les crédits à la consommation (art. VII.97 C.D.E.), ou à trois mois d'intérêts, pour les crédits hypothécaires (art. VII.147/12 C.D.E.). S'agissant des crédits professionnels, la controverse est limitée aux crédits octroyés aux grosses entreprises pour des montants importants : la loi du 21 décembre 2013 sur le financement des petites et moyennes entreprises (dite loi « Laruelle » ; art. 9) a en effet instauré un droit impératif au remboursement anticipé pour les crédits octroyés aux PME, et

a plafonné le montant de l'indemnité de remploi pouvant être réclamée à six mois d'intérêts pour les crédits aux PME octroyés après le 10 janvier 2014 (date d'entrée en vigueur de la loi) pour un montant n'excédant pas 1 000 000 €. La loi a ensuite été modifiée par une loi du 21 décembre 2017 pour étendre cette protection aux crédits octroyés aux PME d'un montant de 2 000 000 € au maximum qui ont été octroyés après le 8 janvier 2018 (date de l'entrée en vigueur de la loi modificatrice). Seuls les crédits professionnels « anciens » ou portant sur des sommes importantes échappent à la protection mise en place par la loi Laruelle, et leurs emprunteurs peuvent donc avoir intérêt à les voir (re)qualifier en contrats de prêt, soumis à la limitation de l'article 1907bis du Code civil.

16. Afin de ne pas alourdir le texte, le lecteur voudra bien lire, dans les lignes qui suivent, la référence à l'article 1907bis du Code civil comme renvoyant à l'article 1907bis de l'ancien Code civil.

17. Voir note (15).

élevées que le capital emprunté (les banques réclament(-aient) généralement l'écart entre le taux d'intérêt contractuel et le taux actuariel interbancaire, pour la durée résiduelle du contrat ou jusqu'à la prochaine modification du taux d'intérêt)¹⁸.

Une autre question occupe également les juridictions de l'ordre judiciaire, en parallèle à celle qui précède : l'emprunteur qui souhaite rembourser anticipativement son crédit professionnel, par exemple en empruntant auprès d'un autre organisme les sommes nécessaires au remboursement anticipé du crédit originaire¹⁹, peut-il, avant de résilier – et de rembourser – ce crédit, agir en justice dans le but de voir trancher la question de l'application, au contrat remboursé anticipativement, de la limitation de l'article 1907bis du Code civil ? Nombre d'emprunteurs, après avoir notifié à la banque leur souhait de rembourser anticipativement le crédit et d'obtenir un décompte des indemnités dues, face au refus de la banque d'appliquer la limitation de l'article 1907bis aux indemnités de emploi élevées qu'elle réclame, se sont en effet adressés aux tribunaux afin de les voir confirmer qu'en cas de remboursement anticipé des sommes empruntées, cette disposition devrait trouver à s'appliquer. Mais ont-ils intérêt, au sens des articles 17 et 18 du Code judiciaire, à introduire une telle action, avant de résilier le contrat ?

De nombreuses décisions dénie à l'emprunteur tout intérêt à agir dans un tel cas de figure. L'arrêt de la Cour d'appel de Liège du 6 mars 2019, que nous analysons, en fait partie.

1. Résumé des faits et des questions posées

2. Un emprunteur souhaite rembourser anticipativement son crédit professionnel – Les faits ayant donné lieu à cette décision sont classiques : une banque a consenti un crédit professionnel à une SRL en 2009, contractuellement qualifié d'ouverture de crédit utilisable sous forme de trois crédits d'investissement en 2009, 2010 et 2013, destinés à financer respectivement la construction d'une habitation, les travaux de finition, et la T.V.A. sur la construction. Les trois crédits d'investissement autorisaient leur remboursement

anticipé, moyennant le paiement d'une indemnité de emploi²⁰. Sept ans après la conclusion de l'ouverture de crédit, la SRL a informé la banque de son souhait de rembourser anticipativement les trois crédits d'investissement, et la banque lui a adressé un décompte des indemnités de emploi réclamées (elle réclamait initialement un peu plus de 115 000 €, pour une dette totale d'un montant principal de 500 000 € ; elle avait ensuite consenti un geste commercial et ramené le montant dû à titre d'indemnités de emploi à un peu plus de 80 000 €). La SRL a contesté le décompte et s'est prévalu de l'article 1907bis du Code civil et de sa limitation à six mois d'intérêts. La banque a maintenu sa position. Avant de confirmer la résiliation du contrat, et tout en continuant à rembourser les crédits aux conditions contractuelles, la SRL a saisi le tribunal de l'entreprise de Liège, division Namur. Elle soutenait que l'ouverture de crédit et ses utilisations devaient être qualifiées de prêts à intérêt, et elle demandait, en substance, que la banque soit condamnée à respecter l'article 1907bis et à limiter l'indemnité de emploi à six mois d'intérêts maximum²¹.

3. Cet emprunteur n'aurait aucun intérêt à agir en qualification du contrat et en contestation du montant de l'indemnité avant d'avoir remboursé le crédit...

– Les premiers juges ont fait droit à la demande de la SRL, après l'avoir déclarée recevable. C'est cette décision qui est réformée par la Cour d'appel de Liège, dans l'arrêt annoté, au terme d'une motivation identique à celle qui avait fondé son arrêt du 26 octobre 2017, rendu dans une affaire similaire²². Après avoir rappelé les principes applicables à la recevabilité de l'action en justice sous l'angle de l'intérêt à agir, la cour d'appel considère, en résumé, que :

- La demande la SRL n'aurait un intérêt pour elle que dans l'hypothèse où elle rembourserait les crédits d'investissement, ce qui n'est pas certain. L'intérêt de la SRL serait donc éventuel, ce qui rendrait son action irrecevable, sur pied de l'article 18, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire.
- L'action de la SRL serait aussi irrecevable sur pied de l'article 18, alinéa 2, du Code judiciaire, qui autorise les actions préventives et déclaratoires, à défaut de menace grave et sérieuse. L'arrêt considère

18. Sur le champ d'application de l'article 1907bis et la distinction entre ouverture de crédit et prêt à intérêt, voir p. ex., parmi la doctrine abondante, A. ANDRÉ-DUMONT et Th. MALENGREAU, « Contentieux de la funding loss : la Cour de cassation pose des jalons », *Dr. banc. fin.*, 2020/3, pp. 183 et s. ; J. BENOOT, « De achterliggende economische principes bij een 'funding loss'-vergoeding », note sous Bruxelles, 22 janvier 2018, *R.A.B.G.*, 2019/5, p. 429 ; C. BIQUET-MATHIEU, « Prêt versus ouverture de crédit – Confrontation d'un arrêt rendu par la Cour d'appel de Liège avec l'enseignement découlant des arrêts de la Cour de cassation des 27 avril 2020 et 18 juin 2020 », note sous Cass., 27 avril 2020 et 18 juin 2020 et Liège, 6 mars 2019, *R.G.D.C.*, 2020/9, pp. 515 et 516 ; de la même auteure, « Jurisprudence contrastée pour les indemnités de funding loss », note sous Mons, 29 janvier 2018, Gand, 17 janvier 2017 et Bruxelles, 13 mars 2018, *R.D.C.*, 2019/2, pp. 267 et s. ; D. BLOMMAERT et J. VANNEROM, « Kroniek gereguleerd kredietrecht 2010-2016 », *Dr. banc. fin.*, 2016/2 pp. 96 et s. ; L. FRANKIGNOUL, « Indemnité et remboursement anticipé d'un prêt à intérêt. La Cour de cassation confirme l'application de l'article 1907bis du Code civil », *J.T.*, 2017, pp. 292 et s. ; G. LAGUESSE et P. PROESMANS, « Baromètre de jurisprudence en droit bancaire : 2019 », *D.A.O.R.*, 2021/1, n° 137, pp. 3 et s. ; V. WASTIAUX et M. WEINBERGER, « Indemnités de remboursement

anticipé : la jurisprudence belge s'affine sans s'unifier », *D.F.E.*, 2020/7, pp. 2 et s. ; M. WEINBERGER, « Funding loss... in translation », *Dr. banc. fin.*, 2014/1-2, pp. 3 et s.

19. Ou grâce au prix de vente de l'immeuble lorsque le crédit professionnel a été utilisé afin d'acquies un immeuble, qui est ensuite vendu.

20. Les contrats de crédits ne prévoient pas toujours une telle faculté de remboursement anticipé. Lorsque ce n'est pas le cas, la banque accepte ou non le remboursement anticipé, et impose, le cas échéant, ses conditions et une « funding loss » très élevée, ce qui donne également lieu à des contestations devant les cours et tribunaux relatives à l'application, à l'indemnité réclamée, de la limite prévue à l'article 1907bis du Code civil. Voir à ce sujet Cass., 24 novembre 2016, C.15.0409 (« La limitation à six mois d'intérêts calculés sur la somme remboursée au taux fixé par la convention s'applique à toute indemnité réclamée par le prêteur en cas de remboursement anticipé total ou partiel d'un prêt à intérêt »).

21. Les emprunteurs poursuivent généralement aussi la condamnation de la banque à donner mainlevée de ses garanties, ce que la SRL demandera également en degré d'appel.

22. Liège, 26 octobre 2017, *J.L.M.B.*, 2018/21, p. 987.

que la SRL peut rembourser anticipativement les crédits d'investissement, et que ce droit n'est pas menacé ; par ailleurs, la SRL continue à rembourser les crédits d'investissement, en sorte qu'il n'existerait aucune menace que les contrats soient dénoncés par la banque et que celle-ci réclame des indemnités de remploi.

- La SRL n'était, au moment où l'action a été formée, redevable d'aucune indemnité de remploi ; sa demande viserait uniquement à lui permettre d'apprécier s'il est opportun et financièrement intéressant de résilier anticipativement les contrats ; la SRL chercherait « à se prémunir des conséquences d'un acte qu'elle n'a pas posé et qu'elle ne posera peut-être pas » (i.e. le remboursement anticipé de l'ouverture de crédit). La cour en déduit que la demande de la SRL constitue une demande de consultation juridique, laquelle doit être déclarée irrecevable.

4. ... parce que les cours et tribunaux n'auraient pas la mission de donner des consultations juridiques afin, pour le demandeur, de se prémunir des conséquences de ses actes – Il s'agit du raisonnement qui a été suivi par d'autres juridictions, dans des affaires similaires, pour rejeter l'action comme irrecevable. Ainsi, le Tribunal de commerce de Liège, division Liège, a pu considérer qu'« *il n'existe pas de ruling judiciaire permettant à une partie d'opter ou non pour un comportement déterminé et de connaître à l'avance les conséquences qui en découlent* »²³ ; le Tribunal de commerce francophone de Bruxelles a décidé que « *l'existence d'un intérêt dans le chef des demanderesses requiert qu'elles aient fait part à la banque de leur décision claire et définitive de renoncer aux crédits conclus entre parties ou qu'en ne respectant plus les termes convenus, elles auraient amené la banque à dénoncer les contrats en question. À défaut, aucune indemnité de remploi n'est due, aucun litige ne peut en conséquence opposer les parties quant à sa détermination* »²⁴ ; le Tribunal de l'entreprise néerlandophone de Bruxelles a jugé que « *de vordering tot kwalificatie van de financieringsovereenkomsten (...) is voor de rechtbank een actio ad futurum. Er is niet voldaan aan de vereiste van art. 18 Ger. W. omdat aan*

de rechtbank gevraagd wordt standpunt in te nemen betreffende een onzeker toekomstig proces. Eiseres bewijst niet dat zij een reeds verkregen en dadelijk belang heeft. De rechterlijke verklaringen die worden nagestreefd komen neer op een eenvoudige juridische consultatie hetgeen niet toelaatbaar is »²⁵ ; le Tribunal de l'entreprise de Liège, division Namur a lui aussi considéré que « *sous peine d'opérer un renversement du contentieux et de détourner le juge de sa mission, il convient de distinguer la situation de quelqu'un gravement menacé de la violation d'un de ses droits par les agissements d'un tiers, de celle de ce tiers qui entend se prémunir des propres conséquences de ses actes. L'article 18, alinéa 2, du Code judiciaire ne fonde pas une partie à obtenir une assistance juridictionnelle quant à la régularité de son propre comportement* »²⁶.

Ces décisions, qui renvoient généralement à la motivation de l'arrêt, précurseur, de la Cour d'appel de Liège du 26 octobre 2017 que l'arrêt analysé reprend également à son compte, décident ainsi toutes que tant que le contrat de crédit n'est pas résilié, aucune indemnité de remploi ou de « *funding loss* » n'est due, et l'emprunteur n'aurait pas intérêt à agir en qualification du contrat et en détermination du montant d'une indemnité qu'il ne doit pas encore – et ne devra peut-être jamais – payer.

5. Rappel des principes applicables – Voilà l'occasion de rappeler les principes applicables en matière d'intérêt à agir en justice, ce que l'arrêt analysé avait fait correctement, et d'examiner les conséquences pratiques que la cour d'appel en déduit en l'espèce.

II. Qu'implique la condition de l'intérêt à agir ?

6. L'intérêt est l'avantage recherché, l'utilité de la demande pour le demandeur – L'intérêt à agir, au sens de l'article 17, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire, consiste, selon la définition généralement admise, en l'avantage – qui peut être matériel comme moral – que le demandeur espère retirer de sa demande²⁷. Cet intérêt doit s'apprécier au jour où la demande est formée²⁸. On ajoute que la partie au procès qui se prétend titulaire d'un droit subjectif a intérêt à agir, même si

23. Comm. Liège (div. Liège), 24 juin 2016, R.G. A/15/03070, inédit.

24. Comm. Bruxelles fr., 15 mai 2018, J.T., 2019, p. 74. Voir aussi Comm. Bruxelles fr., 22 octobre 2018, R.G. A/17/02835, inédit (« *Son action vise en réalité à obtenir un blanc-seing préalable de la part du tribunal quant aux modalités et conséquences de la résiliation anticipée du crédit à laquelle elle a envisagé de procéder* ») et Entr. Bruxelles fr., 2 juin 2020, R.G. A/17/01054, inédit (« *[L'emprunteur] ne souhaite rembourser anticipativement le crédit qu'à la condition que celui-ci soit qualifié de prêt. À défaut d'avoir concrétisé son intention de rembourser le crédit, aucune indemnité de remploi n'est due (...). S'il existe effectivement un différend entre les parties quant à la qualification du contrat qui les lie, son incidence reste théorique à ce stade et ne pose pas de difficulté actuelle dans l'exécution de ce contrat (...). Ce n'est que dans l'hypothèse où le contrat serait effectivement résilié que le désaccord qui oppose les parties quant à sa qualification ferait naître un contentieux recevable* »). On peut

aussi citer les décisions suivantes, inédites, prononcées par le Tribunal de commerce francophone de Bruxelles, qui rejettent toutes la demande, pour le motif que le demandeur ne pourrait se prévaloir ni d'un intérêt né et actuel, ni de la menace grave de la violation d'un droit ouvrant la voie de l'action déclaratoire : Comm. Bruxelles fr., 28 novembre 2017, R.G. A/16/04482 ; 1^{er} janvier 2018, R.G. A/16/01585 ; 4 janvier 2018, R.G. A/15/07158 ; 6 février 2018, R.G. A/16/05695 ; 28 juin 2018, R.G. A/17/00451 et A/16/06457 (deux décisions).

25. Comm. Bruxelles néerl., 22 mars 2018, R.G. A/17/01162, inédit.

26. Entr. Liège (div. Namur), 30 avril 2019, R.G. A/18/00928, inédit.

27. Ch. VAN REEPINGHEN, « Rapport sur la réforme judiciaire », *Doc. parl.*, Sénat, 1963-1964, n° 60, p. 23.

28. Cass., 4 décembre 1989, 6848, *Pas.*, 1990, I, p. 414 ; Cass., 24 avril 2003, C.00.0567 et C.01.0004, *Pas.*, 2003, p. 854.



ce droit est contesté. L'examen de l'existence et de la portée du droit subjectif que cette partie invoque relève du fondement de la demande, et non de sa recevabilité^{29 30}.

L'intérêt à agir est ainsi l'avantage, l'utilité, que le demandeur espère pouvoir obtenir de l'action qu'il introduit. Il suffit au demandeur de se prétendre titulaire d'un droit.

7. Tout intérêt n'est pas recevable – Il n'est évidemment pas question de gaspiller le temps des magistrats et les finances de l'État en acceptant toute action présentant un intérêt quelconque pour celui qui la forme³¹. L'intérêt à agir est balisé : pour rendre l'action recevable, l'intérêt doit répondre à plusieurs conditions, issues du Code judiciaire et de la jurisprudence³².

8. L'intérêt doit être concret ; il ne peut pas être théorique – L'action ne peut tendre à obtenir un avis juridique en dehors de toute contestation ; le juge ne peut être saisi d'une question uniquement théorique^{33 34}. L'accueil éventuel de la demande par le juge qui en est saisi doit avoir une incidence concrète sur la situation du demandeur³⁵, fût-elle potentielle³⁶.

Ne serait, ainsi, pas recevable l'action tendant à obtenir l'avis du juge sur la qualification d'un contrat de crédit présentant telle et telle caractéristique, en dehors de toute contestation existant entre un prêteur

et un emprunteur (comparer *infra*, n^{os} 21 et s.), en quelque sorte par amour du droit. L'intérêt serait ici, tout au plus, scientifique, mais ne serait pas concret.

L'intérêt peut évidemment être concret tout en étant moral. Il ne doit pas avoir une dimension patrimoniale^{37 38}.

9. L'intérêt doit être personnel et direct. Le demandeur doit aussi avoir un intérêt propre : la procédure doit lui procurer un avantage personnel. On ne peut, en principe, agir au profit de quelqu'un d'autre³⁹.

Il s'agit là de la distinction entre les contentieux subjectif et objectif. Avoir un intérêt personnel et direct suppose que soient invoqués des droits subjectifs. Cette condition a principalement des conséquences sous l'angle du droit d'action des personnes morales pour obtenir la réparation d'un préjudice causé à leurs membres ou affectant le but pour la défense duquel elles ont été constituées⁴⁰.

10. L'intérêt doit être né et actuel – L'article 18, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire impose également que l'intérêt soit né et actuel. Ces conditions impliquent que l'utilité du procès ne peut être éventuelle ; elle doit exister au moment où l'action est formée. L'actualité de l'intérêt suppose donc qu'au jour de l'introduction de la demande, il existe un trouble, un litige déjà né⁴¹.

29. Cass., 26 février 2004, C.01.0402, *Pas.*, 2004, p. 335 ; Cass., 11 février 2005, C.03.0545, *Pas.*, 2005, p. 350 ; Cass., 28 septembre 2007, C.06.0180, *Pas.*, 2007, p. 1658 ; Cass., 11 janvier 2017, P.16.0703 ; Cass., 29 octobre 2015, *Pas.*, 2015, p. 2437 ; Cass., 26 janvier 2017, C.16.0291 ; Cass., 15 septembre 2017, C.16.0491.
30. Revenant explicitement sur l'enseignement unanime et constant selon lequel la condition de l'intérêt à agir relève de l'ordre public procédural, Cass., 22 février 2007, *J.T.*, 2007, p. 482 et note J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Le défaut d'intérêt : une fin de non-recevoir hybride ». Voir également Cass., 18 octobre 2012, *Pas.*, 2012, p. 1944, dans lequel la Cour réitère la jurisprudence aux termes de laquelle elle considère nouveau, et partant, irrecevable, le moyen invoquant pour la première fois en cassation le défaut d'intérêt du demandeur, sans plus se prononcer sur l'appartenance de la condition de l'intérêt à l'ordre public procédural mais fondant à nouveau sa décision sur la circonstance que le relevé d'office de la fin de non-recevoir constitue une faculté, et non une obligation, dans le chef du juge du fond. Voir encore, cependant, Cass., 14 février 2014, *Pas.*, 2014, p. 429, concl. Av. gén. A. HENKES, et Cass., 4 septembre 2017, *J.T.*, 2017, p. 794, où la Cour réaffirme que les articles 17 et 18 du Code judiciaire ne sont ni d'ordre public ni impératifs. Enfin, continuant à affirmer le caractère d'ordre public de la condition d'intérêt, voir Av. gén. A. HENKES, concl. précédant Cass., 18 octobre 2012, *J.T.*, 2013, p. 62, ainsi que concl. précédant Cass., 14 février 2014, *Pas.*, 2014, p. 429.
31. On pourrait en effet trouver un intérêt partout. D. MOUGENOT cite ainsi l'exemple, caricatural mais authentique, de l'action d'un téléspectateur introduite à la suite de la diffusion d'une émission qui lui paraissait outrager l'histoire napoléonienne (*Principes de droit judiciaire privé*, Tiré à part du Répertoire notarial, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2020, p. 103, n^o 43).
32. Il faut ajouter aux trois conditions qui suivent une quatrième : celle de la légitimité de l'intérêt, qui est appréciée dans une mesure limitée au stade de la recevabilité de la demande. Nous ne l'examinons pas ici. Voir DE LEVAL, G. et BOULARBAH, H., « Chapitre 1 – L'action en justice » in DE LEVAL, G. (dir.), *Droit judiciaire – Tome 2 : Procédure civile – Volume 1 : Principes directeurs du procès civil. Compétence-Action-Instance-Jugement*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 244, n^o 3.8, et les réf. citées.
33. D. MOUGENOT, *Principes de droit judiciaire privé*, op. cit., p. 103, n^o 43.
34. Voir d'ailleurs art. 297 C. jud.
35. H. REGHIF, « L'action en justice », in *Droit judiciaire. Commentaire pratique*, Liège, Kluwer, 2007, 1.2-2.
36. Voir pour un exemple Cass., 13 octobre 2014, *Pas.*, 2014, p. 2169 : l'admission d'une créance dans un plan de réorganisation judiciaire ne prive pas

- d'intérêt l'action du créancier sursitaire tendant à obtenir un titre exécutoire, les droits n'étant fixés par le plan que sous la condition qu'il soit mené à son terme.
37. G. DE LEVAL et H. BOULARBAH, « Chapitre 1 – L'action en justice », op. cit., p. 246, n^o 3.9.
38. Sous réserve de l'abus de droit, il n'existe pas davantage d'intérêt « notoirement insignifiant ». Voir C. DE BOE, « Le défaut d'intérêt né et actuel », *Ann. dr.*, 2006, p. 29, n^o 18 ; F. BALOT, « Des conditions de l'action », in J.-S. LENAERTS (coord.) et P. MOREAU (dir.), *Principes généraux. L'organisation judiciaire*, coll. « La jurisprudence du Code judiciaire commentée », Bruxelles, La Charte, 2021, p. 44. Comparer J.P. Namur (2^e cant.), 9 juin 2020, *J.L.M.B.*, 2020, p. 1335, où le juge de paix, après avoir au passage proclamé l'appartenance de la fin de non-recevoir déduite du défaut d'intérêt à l'ordre public procédural pour en justifier le relevé malgré le défaut du défendeur, infère du caractère abusif d'une demande ayant pour objet le recouvrement d'une créance dérisoire – un montant en principal de 3,00 EUR à majorer des intérêts, frais et dépens totalisant la somme de 222,33 EUR – l'absence d'intérêt à l'action, et donc, son irrecevabilité, et J.P. Namur (2^e cant.), 17 mars 2020, *J.L.M.B.*, 2020, p. 1333, où, en l'absence du demandeur, il déduit de circonstances comparables la recevabilité de la demande, mais conclut à son non-fondement.
39. P. VANLERSBERGHE, « Art. 18 Ger.W. », in *Gerechtigd recht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, I, Deel I, Hfdst. II, Malines, Kluwer, 31 juillet 2002, p. 97.
40. Cette question ne nous intéresse pas non plus ici. À ce sujet, voir not. DE LEVAL, G. et BOULARBAH, H., « Chapitre 1 – L'action en justice », op. cit., pp. 246 et s., n^o 3.10 et s., et les réf. citées.
41. S. BEERNAERT, « Het belang als ontvankelijkheidsvereiste bij de gewone rechter, de Raad van Staat en het Arbitrage Hof », *R.D.J.P.*, 2000, p. 158, n^o 9 ; B. MAES, *Inleiding tot het gerechtelijkprivaatrecht*, 3^e éd., Bruges, La Charte, 2001, p. 113 ; du même auteur, *Gerechtigd privaatrecht*, Bruges, La Charte, 2014, p. 153 ; J. LAENENS et alii., *Handboek gerechtelijk recht*, Anvers, Intersentia, 2012, p. 81, n^o 148 ; P. MOREAU, « Quand un juge du fond, saisi par voie de requête unilatérale, accepte de déclarer une donation notariée nulle et de nul effet », *J.L.M.B.*, 2014/37, p. 1786, n^o 8 ; P. VANLERSBERGHE, « Art. 18 Ger.W. », op. cit. (« De vereiste van een reeds verkregen en dadelijk belang veronderstelt, m.a.w., dat er beweerd wordt dat een rechtsschending heeft plaatsgehouden of dat er een geschil of betwisting bestaat. Bestaat er geen geschil tussen partijen, dan is er niets te beslechten en heeft de eiser per definitie geen belang bij het voeren van een geding ») ; J. VERLINDEN, « Het belang als ontvankelijkheidsvoorwaarde voor de rechtsvordering », *Jura Falconis*, 1987-88, p. 26.



Un litige est un désaccord ou un conflit entre plusieurs personnes concernant l'existence ou l'exercice d'un droit⁴². Un trouble est une atteinte portée à un droit ou une liberté⁴³.

On refuse ainsi un intérêt né et actuel à agir, par exemple, à une association de pêcheurs qui invoque un dommage hypothétique causé par une éventuelle pollution des eaux ; ou à un travailleur qui agit en réclamation d'une indemnité de licenciement, alors que son employeur n'a pas encore décidé s'il allait le réintégrer⁴⁴.

Dans de telles hypothèses, il n'y a pas encore de litige, le droit subjectif invoqué (*i.e.* le droit à la réparation, le droit à l'indemnité) n'est pas encore troublé. L'intérêt à agir n'est pas né et actuel.

11. L'intérêt né et actuel ne suppose pas que le demandeur ait subi un dommage ou ait payé une indemnité – La Cour de cassation a eu l'occasion de rappeler que l'exigence d'un intérêt né et actuel comme condition de recevabilité de l'action n'implique pas que le demandeur ait subi un dommage ou ait payé une indemnité à un tiers⁴⁵.

III. Quelles sont les contours de l'action préventive, en particulier déclaratoire ?

12. Par dérogation à l'exigence d'un intérêt né et actuel, le juge peut être saisi d'une action préventive ou déclaratoire... – L'article 18, alinéa 2, du Code judiciaire, admet deux exceptions à l'exigence de l'actualité de l'intérêt à agir : l'action préventive au sens strict, dite *actio ad futurum*, et l'action déclaratoire⁴⁶.

L'action préventive est celle qui tend à prévenir un danger ou un dommage qui pourrait se réaliser dans l'avenir, par l'octroi de mesures immédiates. Les cas

les plus classiques sont les actions visant l'obtention de mesures d'instruction à titre préventif⁴⁷, ou les actions en cessation⁴⁸. L'action déclaratoire (qui est une sorte d'action préventive, entendue dans un sens plus large)⁴⁹ vise quant à elle à faire reconnaître l'existence ou l'inexistence d'un droit ou d'une situation juridique, en l'absence de contestation actuelle⁵⁰, et sans porter de condamnation^{51 52}.

Le juge n'intervient donc pas uniquement après coup. Il lui est permis, à certaines conditions, de prévenir ou d'indiquer un comportement pour l'avenir, afin d'empêcher un dommage imminent (action préventive) ou de mettre un droit à l'abri d'une contestation ultérieure (action déclaratoire)⁵³.

13. ... À deux conditions – Les conditions auxquelles ces actions préventives doivent répondre pour être recevables sont au nombre de deux⁵⁴ :

- Le demandeur doit démontrer l'existence d'une menace qui est à ce point grave et sérieuse qu'elle crée un trouble précis. La condition de l'actualité de la contestation cède la place au caractère sérieux de la menace de litige. Le demandeur doit avoir la crainte, sérieuse, que son droit est gravement menacé et qu'il faut en prévenir la violation. Il ne peut s'agir de potentialité et de suppositions.
- La décision que le demandeur demande au juge de prononcer doit lui offrir une utilité concrète. Il s'agit, ici aussi, d'éviter que l'action vise à obtenir une consultation juridique d'un intérêt uniquement théorique.

14. Le jugement se prononçant à titre déclaratoire ou préventif a autorité de chose jugée – L'action préventive et l'action déclaratoire donnent lieu à une décision qui est revêtue de l'autorité de la chose jugée. Le

42. E.-U. GOÛT et F.-J. PANSIER, *Petit lexique juridique*, 4^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2020.

43. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 2020.

44. Voir C. DE BOE, « Le défaut d'intérêt né et actuel », *op. cit.*, pp. 116 et s., n° 27 et s. et spéc. p. 117, n° 28, et les réf. citées. Voir aussi J. VAN COMPERNOLLE et G. CLOSSET-MARCHAL, « Examen de jurisprudence (1985 à 1996). Droit judiciaire privé », *R.C.J.B.*, 1997, p. 512, n° 27.

45. Cass., 5 septembre 2018, P.18.0208. Voir déjà Cass., 29 février 1996, C.93.0511, *Pas.*, 1996, I, p. 224.

46. Le juge compétent pour connaître de ces actions est celui du lieu où le dommage risque de se produire (Cass., 20 septembre 2019, C.18.0420).

47. Il est ainsi admis que le juge des référés, sur pied de l'article 584, du Code judiciaire, ou le juge du fond, sur pied de l'article 19, alinéa 3, du même Code, puissent ordonner une enquête *ad futurum*, lorsque le retard à entendre les témoins fait craindre qu'ils ne puissent plus être entendus ultérieurement (on pense au témoin âgé ou malade, ou résidant à l'étranger). C'est ce que prévoit d'ailleurs l'article 584, alinéa 5, 4^e, du Code judiciaire. En cas de menace objective et actuelle d'un litige, le juge peut également être saisi d'une demande ayant pour seul objet la désignation d'un expert, parfois même en extrême urgence, pour que les constatations puissent être effectuées sans subir l'évolution de la situation de fait (art. 962, al. 1^{er}, C. jud.). Sur tout ceci, éloigné des indemnités de remploi, et pour d'autres exemples, voir not. G. DE LEVAL, G. et H. BOULARBAH, « Chapitre 1 – L'action en justice », *op. cit.*, p. 257, n° 3.12 ; P. VANLERSBERGHE, « Art. 18 Ger.W. », *op. cit.*, p. 96.

48. D. MOUGENOT, *Principes de droit judiciaire privé*, *op. cit.*, p. 108, n° 51.

49. Puisqu'elles tendent à prévenir un litige, elles constituent une sorte d'action préventive. Elles n'ont toutefois pas pour but de préparer un procès en s'assurant une preuve, mais de couper court à un procès qui est

susceptible d'être engagé par autrui (S. GUINCHARD, *Droit et pratique de la procédure civile*, Paris, Dalloz, 2002, p. 10, n° 26).

50. L. SEGUR, « L'action déclaratoire », *J.C.P.*, 1965, I, 1902, n° 1 ; H. SOLUS et R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, t. I, Paris, Sirey, 1961, p. 209, n° 233 ; G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, Collection Thémis, P.U.F., 1958, p. 355, n° 82.

51. P. ROUARD, *Traité élémentaire de droit judiciaire privé*, *op. cit.*, p. 140, n° 114 ; H. SOLUS et R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, pp. 209-210, n° 233 ; *Pandectes belges*, v° Action, n° 1, Ch. VAN REEPINGHEN, « L'action préventive en droit belge », *Rev. dr. intern. comp.*, 1958, p. 182.

52. Les actions déclaratoires avaient déjà été admises dans notre droit par un arrêt de la Cour de cassation du 12 juin 1919, *Pas.*, 1919, I, p. 56 (« Les tribunaux n'ont pas pour mission de donner des consultations, mais de trancher ce qui est contentieux entre les parties ; encore suffit-il d'une prétention immédiate et actuelle annonçant ou faisant présager d'une manière suffisamment probable et sérieuse la mise en péril d'un droit ou la réalisation d'un dommage pour qu'on puisse se pourvoir devant eux et réclamer leur intervention. (...) Il entre dans la mission exclusive du juge du fond d'apprécier le caractère plus ou moins sérieux de la menace dirigée contre un droit ainsi mis en péril et d'estimer si les prétentions affichées par un adversaire constituent de simples éventualités ou si, au contraire, elles peuvent être envisagées comme la violation d'une obligation » ; le soulignement est ajouté).

53. P. ROUARD, *Traité élémentaire de droit judiciaire privé*, t. préliminaire, *Introduction générale*, vol. I, Bruxelles, Bruylant, 1979, p. 141, n° 120 ; C. CAMBIER, « Le Code van Reepinghen et l'accélération de l'administration de la justice », *J.T.*, 1968, p. 358.

54. D. MOUGENOT, *Principes de droit judiciaire privé*, *op. cit.*, p. 108, n° 51 ; H. REGHIF, « L'action en justice », in *Droit judiciaire. Commentaire pratique*, *op. cit.*, I-2-6 ; P. VANLERSBERGHE, « Art. 18 Ger.W. », *op. cit.*, p. 94. Voir aussi Bruxelles, 1^{er} février 2007, *R.D.J.P.*, 2007, p. 50 ; Comm. Bruxelles, 18 novembre 1993, *Rev. prat. soc.*, 1994, p. 174, note I. CORBISIER.



juge dit le droit de manière définitive, et sa décision lie les parties pour l'avenir – sous réserve des voies de recours dont elle ferait l'objet⁵⁵.

IV. L'action déclaratoire est recevable en dehors de toute contestation actuelle

15. La finalité de l'action déclaratoire – À l'inverse de l'action préventive, il existe peu de jurisprudence publiée relative à l'action déclaratoire. Les professeurs van Compernelle et Closset-Marchal relevaient déjà, dans leur examen de jurisprudence de 1997, que « *les virtualités de [l'article 18, alinéa 2] paraissent peu exploitées* »⁵⁶. On la retrouve principalement en matière d'état des personnes, de legs et de baux⁵⁷.

Le vœu des rédacteurs du Code judiciaire était pourtant clair : « *Prévenir un dommage imminent, mettre un droit menacé à l'abri, c'est, quoi que l'on veuille, entreprendre sur l'avenir (...). La justice doit tendre à l'efficacité, à peine de ne point répondre aux besoins des hommes. On se félicitera donc que des droits puissent être mis à l'abri de contestations ultérieures dès lors qu'existe un différend dont l'échéance seulement se trouve différée* »⁵⁸.

16. L'action déclaratoire vise à obtenir une norme de comportement – À côté de leur mission habituelle de trancher des litiges déjà nés, les tribunaux ont donc, aussi, celle d'indiquer aux justiciables leur comportement pour l'avenir, afin de mettre un droit à l'abri d'une contestation ultérieure, par une décision ayant autorité de chose jugée⁵⁹.

L'action déclaratoire permet de mettre fin aux incertitudes juridiques pesant sur le demandeur. Il n'est pas rare qu'en raison de la complexité d'une situation juridique, ou des controverses partageant la doctrine et la jurisprudence, les justiciables soient dans l'ignorance légitime de leurs droits. Leur interdire de recourir au juge pour qu'il les éclaire et leur dicte leur comportement pour l'avenir risquerait de les inciter à l'inaction, de peur de voir leurs agissements ultérieurement sanctionnés ou de subir un préjudice. L'action déclaratoire permet d'éviter une paralysie préjudiciable aux intérêts du demandeur. Lorsque le péril est imminent, elle permet de prévenir plutôt que guérir, sans attendre

que le dommage se soit effectivement réalisé. L'action déclaratoire assure le développement des rapports juridiques, et elle prévient les actes fautifs en donnant aux parties une norme pour leur conduite à venir⁶⁰.

17. L'action déclaratoire ne doit pas viser à résoudre un litige actuel... – La friabilité décelable dans la pratique judiciaire face à l'action déclaratoire vient, à notre sens, de ce que, dans le cadre de cette action, il n'existe pas de contestation actuelle entre les parties, ou de préjudice déjà subi par le demandeur.

Il n'y a pourtant pas à craindre, malgré ce que certaines décisions citées ci-avant ont pu estimer, que l'action déclaratoire mène à un « *renversement du contentieux* », en ce sens que le contrôle judiciaire aurait lieu *a priori* et non plus *a posteriori*, dans le but de « *se prémunir des conséquences de ses actes* ». Cette crainte peut en effet être écartée par les deux balises encadrant l'action déclaratoire de l'utilité concrète pour le demandeur de la décision qui est attendue et de la menace sérieuse devant peser sur les droits du demandeur, engendrant une incertitude grave. L'action déclaratoire doit, évidemment, être reçue avec circonspection. En appliquant, dans le cadre de son pouvoir souverain d'appréciation des faits de la cause, ces deux conditions, le juge ne peut jamais être consulté à des fins purement théoriques, et sans utilité individuelle.

18. ... mais elle doit présenter une utilité pour le demandeur – Ainsi, l'action déclaratoire doit être rejetée chaque fois qu'il est certain que l'action restera dépourvue de toute utilité pratique, en ce sens qu'il est certain que le demandeur ne tirera aucune conséquence de la décision indicative de comportement qu'il demande au juge de prononcer⁶¹. Dans le cadre de l'action déclaratoire, le justiciable demande au juge de dire quels sont ses droits et ses obligations dans un cas précis et actuel : le problème soumis au juge se pose au moment où la demande est formée et, avant d'agir ou de refuser d'agir dans un sens déterminé, le justiciable lui demande de préciser la conduite à tenir. Les parties évitent ainsi de prendre une mauvaise décision, elles ne risquent pas d'engager leur responsabilité sans avoir la certitude que cette décision est conforme à la règle de droit⁶².

55. Voir P. ROUARD, *Traité élémentaire de droit judiciaire privé*, op. cit., p. 156, n° 129 ; Ch. VAN REEPINGHEN, « Rapport sur la réforme judiciaire », op. cit., p. 24, n° 60 ; Civ. Liège (réf.), 1^{er} février 1971, J.L., 1971-1972, p. 38.

56. J. VAN COMPERNELLE et G. CLOSSET-MARCHAL, « Examen de jurisprudence (1985 à 1996). Droit judiciaire privé », R.C.J.B., 1997, p. 513, n° 28.

57. Voir C. DE BOE, « Le défaut d'intérêt né et actuel », op. cit., pp. 127 à 129, n° 42 et 43, et les réf. citées. Pour quelques exemples plus récents, voir Trav. Liège (div. Namur), 5 janvier 2021, J.L.M.B., 2021/15, p. 666 : « [La travailleuse, dont le contrat a été suspendu à la suite d'une incapacité de travail] n'est pas actuellement écartée de ses fonctions par le CHU. Cependant, ce dernier a manifesté à diverses reprises (...) qu'il n'était pas disposé à lui permettre de reprendre ses fonctions au sein de la maternité à la fin de son incapacité de travail, mais qu'elle pourrait accomplir son travail d'aide-soignante dans les autres services de la clinique (...) [La travailleuse] peut ainsi se prévaloir de ce que le droit qu'elle invoque est gravement menacé et sa demande de voir condamner le CHU à la réintégrer au sein de la maternité lorsque son incapacité de travail aura pris fin peut être admise à titre déclaratoire » ; voir aussi Civ. Liège (sais.), 27 mai 2009, J.L.M.B., 2009/35, p. 1671 (dans lequel le juge

devait se prononcer sur le caractère exécutoire de conventions préalables à divorce, pour mettre un terme à la menace pesant sur le droit de saisir de l'épouse) ; Comm. Gand, 24 juin 2010, ICIP, 2010/4, p. 579 (en matière de brevet) ; Civ. Arlon, 13 novembre 2007, Rev. not. belge, 2008/3017, p. 160 ; Civ. Arlon, 23 juillet 2003, J.L.M.B., 2003/32, p. 1407 (tous les deux en matière de bail).

58. Ch. VAN REEPINGHEN, « L'action préventive en droit belge », op. cit., pp. 182-183.

59. P. ROUARD, *Traité élémentaire de droit judiciaire privé*, op. cit., p. 141, n° 120.

60. J. HÉRON et T. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, 2^e éd., Paris, Montchrestien, 2002, p. 57, n° 68.

61. J. HÉRON, *Droit judiciaire privé*, op. cit., p. 59, n° 70.

62. P. ROUARD, *Traité élémentaire de droit judiciaire privé*, op. cit., p. 141, n° 115 ; Civ. Liège (réf.), 1^{er} février 1971, J.L., 1971-1972, p. 38 (« Le justiciable, placé dans la nécessité de prendre une attitude lourde de conséquences sur le plan financier et juridique, peut user de la faculté que lui donne l'article 18, alinéa 2 du Code judiciaire en introduisant l'action déclaratoire »).

Mais on insiste : au regard du but même de l'institution de l'action déclaratoire, qui peut viser à « *clarifier une situation, [...] mettre un terme à la menace qui a justifié l'action ou [...] faire reconnaître l'existence ou l'inexistence d'un droit* »⁶³, on ne saurait hypertrophier le principe voulant que l'article 18, alinéa 2, du Code judiciaire, ne peut être utilisé pour obtenir une simple consultation juridique pour dénier au demandeur la recevabilité de son action, au seul prétexte que le litige n'est pas actuel.

V. L'emprunteur peut-il agir en justice avant de se voir réclamer une indemnité de remploi ?

19. Analyse de la décision annotée – Que faut-il alors penser de la décision annotée ? A notre estime, la Cour d'appel de Liège se méprend sur plusieurs points.

20. L'intérêt à agir de la SRL emprunteuse – Par son arrêt, la cour ne remet pas en cause l'existence, par principe, d'un intérêt – c'est-à-dire de l'utilité de la demande pour la SRL demanderesse. Elle le reconnaît d'ailleurs, en soulignant que l'on peut concevoir « *qu'il serait intéressant pour [la SRL] d'obtenir une décision en ce sens, puisque cela lui permettrait peut-être, dans l'éventualité où elle trouverait de meilleures conditions de crédits auprès d'une autre banque, par exemple, de mettre un terme à ces contrats à moindre coût* ».

21. Il existait un litige entre la banque et la SRL, ce qui suffit pour la SRL à avoir intérêt né et actuel à agir – Ce que la cour dénie en premier lieu à la SRL emprunteuse, dans l'espèce qui lui était soumise, est de pouvoir se prévaloir d'un intérêt né et actuel au sens de l'article 18, al. 1^{er}, du Code judiciaire, parce que, dit la cour, les demandes « *en ce qu'elles tendent à entendre limiter l'indemnité de remploi, lever les garanties et rembourser les intérêts* », ne présenteraient un intérêt que dans l'hypothèse où la SRL rembourserait anticipativement les crédits litigieux, ce qui ne constituerait qu'une éventualité.

Sur ce point, l'arrêt de la Cour d'appel de Liège nous paraît critiquable. L'actualité de l'intérêt suppose l'existence d'un litige, d'un différend entre les parties concernant l'existence d'un droit. Le demandeur ne doit pas avoir payé une indemnité ou subi un préjudice (*supra*, n° 11). Or, il ressort des faits relatés par l'arrêt analysé que la SRL et la banque étaient en désaccord sur la qualification des crédits et sur l'application de l'article 1907bis du Code civil, revendiquée par la SRL emprunteuse. La SRL revendiquait le droit de se prévaloir de la limitation à six mois d'intérêts prévue à l'article 1907bis du Code civil. Ce droit,

dont la SRL se prétendait titulaire, étant contesté par la banque, cela suffisait à conférer à la SRL un intérêt né et actuel à agir.

22. La question litigieuse était celle de la qualification du contrat – Plus précisément, le raisonnement de la cour nous paraît spécieux, en ce qu'elle se prononce sur l'intérêt de la SRL au regard de ses demandes tendant à entendre limiter l'indemnité de remploi, lever les garanties et rembourser les intérêts. C'est parce qu'au regard du dossier et de l'argumentation des parties, elle a constaté que le remboursement anticipé des sommes empruntées, et donc l'application de l'article 1907bis du Code civil, n'était qu'une éventualité que la cour d'appel a considéré que sa décision n'aurait pas nécessairement un impact sur la situation des parties, et a conclu à l'éventualité de l'intérêt de ces demandes : à supposer même qu'elle consacre l'application de l'article 1907bis du Code civil, rien ne garantissait selon elle que le bénéfice de cette décision soit invoqué, la SRL pouvant encore librement rembourser le montant des sommes empruntées jusqu'au terme du contrat, en fonction, notamment, des possibilités de remboursement dont elle disposerait alors.

Autrement dit, la cour d'appel décrète l'absence d'intérêt né et actuel à formuler des demandes quant aux conséquences d'un remboursement anticipé du fait du caractère éventuel de ce remboursement anticipé lui-même.

Or, selon nous, la question litigieuse autour de laquelle le litige entre les parties s'est cristallisé, que la cour avait au premier plan à trancher et au regard de laquelle devaient s'apprécier les qualités de l'intérêt, était celle de la qualification du contrat⁶⁴. C'est parce que la SRL estimait avoir conclu un contrat de prêt qu'elle revendiquait l'application de l'article 1907bis ; c'est parce que la banque estimait quant à elle avoir consenti une ouverture de crédit qu'elle a refusé de limiter les indemnités de remploi au montant correspondant à six mois d'intérêts. Les positions des parties quant à la qualification de leur convention étaient donc opposées : le litige existait, l'intérêt était né. Les conséquences liées à un remboursement anticipé, sur lesquelles la cour semble se focaliser, étaient subalternes à la réponse apportée à la question de la qualification.

Au regard de cette question litigieuse, la situation était simple à décrire. Si la SRL succombait, elle allait être face à une alternative : rembourser anticipativement son crédit au tarif fixé par la banque, ou poursuivre

63. G. DE LEVAL et H. BOULARBAH, « L'action en justice », in *Droit judiciaire*, t. 2, *Procédure civile*, vol. 1, *Principes directeurs du procès civil – Compétence – Action* Instance – Jugement, coll. Fac. dr. Liège, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 257, n° 3.12.

64. Elle le constate du reste expressément : « Les demandes formulées par la SRL nécessitent, au premier chef, que le juge qualifie les contrats de prêts à intérêts soumis à l'article 1907bis du Code civil ou décide que ces contrats sont soumis à l'arrêté royal du 7 janvier 1936 réglementant les prêts hypothécaires et organisant le contrôle des entreprises de prêts hypothécaires ».

l'exécution du contrat. En revanche, si la SRL triomphait dans sa demande, sa situation allait être effectivement, immédiatement et avantageusement modifiée : l'une des deux branches de son alternative lui aurait été plus favorable qu'avant que la décision n'intervienne, ce qui aurait influencé l'appréciation qu'elle pouvait avoir de son meilleur intérêt. L'intérêt était donc actuel.

Pour le dire encore autrement, avant que la cour d'appel ne tranche le litige opposant les parties en requalifiant, le cas échéant, la convention d'ouverture de crédit en prêt, le dommage de la SRL n'était pas éventuel : elle était *a priori* privée du droit, qu'elle revendiquait mais dont l'existence était encore à établir⁶⁵, de rembourser son crédit au tarif légalement limité par l'article 1907*bis* du Code civil, par hypothèse plus favorable que celui initialement imposé par la banque. La décision éventuellement favorable qu'elle obtiendrait restaurerait ce droit ; partant, elle améliorerait concrètement sa situation.

D'aucuns font valoir, à cet égard, que l'emprunteur n'est, en pareil cas, pas entravé dans sa faculté de résiliation anticipée, puisqu'il lui est en fait loisible de ne payer à la banque que les sommes incontestablement dues⁶⁶. Il en va là, à notre estime, d'une bien curieuse conception de la Justice, qui veut que l'on reproche à cette partie de ne pas s'être arrogé de force des droits dont elle ne dispose pas *prima facie*, la qualification originaire de la convention les rendant incertains, pour subir ensuite, de manière quasi certaine, une procédure tendant au paiement du solde, adoptant ainsi tour à tour une attitude cavalière puis attentiste. « *Le fait d'agir en justice constitue l'exercice d'un droit, lequel est la contrepartie de l'interdiction de se faire justice à soi-même* »⁶⁷ ; il nous paraît préférable de consacrer le droit de l'emprunteur à obtenir *a priori* la clarification de sa relation contractuelle, plutôt que d'encourager la commission de voies de fait.

Par ailleurs, à supposer que la qualification d'ouverture de crédit doive *in fine* être retenue, et partant, l'application de l'article 1907*bis* exclue, l'emprunteur se trouverait alors dans l'inconfortable situation de devoir rembourser le solde impayé, sans que la banque en tire quant à elle le moindre avantage par rapport à la situation qui eût été la sienne si le contrat avait été exécuté jusqu'à son terme. Autoriser l'action en requalification *a priori* rencontre donc les intérêts de l'emprunteur, tandis que l'empêcher ne profite à aucune des parties.

23. L'utilité de la demande réside dans la sécurité juridique recherchée par la SRL emprunteuse – La SRL avait donc, à notre avis, bel et bien un intérêt né et actuel à la requalification du contrat d'ouverture de crédit en contrat de prêt, cet intérêt résidant dans les conséquences s'y attachant en cas de résiliation anticipée et qui changeait la situation de la SRL dans son appréciation de l'opportunité ou non de rembourser anticipativement les sommes empruntées.

Cette position nous paraît pouvoir s'autoriser de la tendance récente observée en jurisprudence française à accueillir « *certaines actions fondées sur l'existence d'un intérêt né et actuel à faire cesser une incertitude juridique (intérêt que l'on qualifie parfois d'"intérêt de sécurité juridique")* »⁶⁸.

Un arrêt rendu le 9 juin 2011 par la Cour de cassation française⁶⁹, notamment⁷⁰, illustre cette tendance.

Dans cette affaire, une veuve avait introduit une action pour voir constater la prescription de la créance d'une banque sur son mari décédé, garantie par plusieurs hypothèques. Le juge d'appel a considéré que cette action n'avait pas un caractère déclaratoire, mais bien une utilité pratique sérieuse en ce que l'incertitude aurait une incidence sur l'appréciation de la consistance du patrimoine hérité, et l'a déclarée recevable. La banque a introduit un pourvoi en cassation contre cet arrêt : elle soutenait qu'à défaut d'un litige né et actuel, puisque la banque n'avait émis aucune prétention, la cour d'appel « *n'a pas donné de base légale à sa décision au regard de l'article 31 du Code de procédure civile* »⁷¹. La Cour de cassation française a rejeté le pourvoi, au terme de la motivation suivante : « *après avoir retenu que, même en dehors de tout litige, Mme Y. avait intérêt à faire constater la prescription de la créance de la banque afin de lui permettre de connaître la consistance exacte du patrimoine dont elle avait hérité et l'étendue des droits dont elle pouvait disposer compte tenu des hypothèques garantissant cette créance, c'est à bon droit que la cour d'appel a déclaré l'action recevable* ».

Avec R. Perrot⁷², nous estimons que cette solution doit être approuvée : lorsque l'incertitude sur le sort d'un rapport juridique est de nature à avoir dès à présent des incidences sur les droits d'une partie, elle justifie d'un intérêt de sécurité qui, lui, est né et actuel.

65. Ce qui, on l'a dit, relève de l'examen du fondement de la demande, mais non de sa recevabilité ; voir les références citées à la note (29).

66. Voir not. Entr. Bruxelles fr., 28 janvier 2021, R.G. n° A/19/02066, inédit.

67. G. DE LEVAL et H. BOULARBAH, « L'action en justice », *op. cit.*, p. 237, n° 3.2.

68. C. CHAINAIS, Fr. FERRAND, L. MAYER et S. GUINCHARD, *Procédure civile*, 35^e éd., Paris, Dalloz, 2020, p. 162, n° 187. Les auteurs observent à juste titre qu'accepter ainsi que la menace d'un trouble suffit ne revient pas tant à admettre une exception à l'exigence d'un intérêt né et actuel qu'à en faire une correcte application.

69. *Procédures*, août-septembre 2011, p. 11, et note R. PERROT.

70. Voir également Cass. fr., 21 septembre 2011, *Rev. trim. dr. civ.*, 2012, p. 146, obs. R. PERROT.

71. En vertu de cette disposition, « l'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention, sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre un intérêt déterminé ».

72. Voir note (69).

Dans l'arrêt annoté, ce que les juges d'appel semblent remettre en question, c'est l'utilité pratique, pour la SRL demanderesse – et donc le caractère concret de son intérêt –, de la décision qu'ils seront amenés à prononcer, parce qu'il n'est pas certain qu'elle remboursera les crédits et résiliera les contrats. Mais pourquoi leur décision n'aurait-elle une utilité que dans un tel cas de figure ? Ne peut-on pas envisager que la décision du juge, en tranchant la question de l'application au contrat de l'article 1907bis du Code civil, présenterait une utilité pour la SRL demanderesse, simplement parce qu'elle pourra décider sereinement si elle rembourse et/ou refinance le contrat, ou non, en fonction des pénalités qui lui seront réclamées ? L'utilité est concrète, puisque la décision procure une sécurité juridique aux parties ; il ne s'agit pas de consultation juridique. Par ailleurs, la considération par laquelle les juges d'appel estiment que l'action de la SRL emprunteuse n'avait que pour objectif de se prémunir des conséquences de ses actes, comme si elle s'apprêtait à commettre une faute, est tout à fait hors de propos : le droit au remboursement anticipé du crédit, quand il n'est pas imposé par la loi, est souvent reconnu par le contrat de crédit. C'était le cas en l'espèce, et la SRL emprunteuse n'entendait qu'exercer un de ses droits contractuels, dont les contours et les limites étaient contestés entre elle et la banque. Il en va de même de la considération selon laquelle il n'était pas certain que la SRL procéderait au remboursement des contrats de crédit une fois tranchée la question de l'application de l'article 1907bis. À notre sens, elle ne fait pas perdre son caractère sérieux à la menace pesant sur le droit au paiement d'une indemnité de emploi limitée, invoqué par la SRL. Ce n'est que s'il est certain que la décision qui est souhaitée sera dépourvue de toute utilité pratique que le caractère concret de l'intérêt pourrait être contesté ; ce n'est pas ce que constate la cour dans l'arrêt annoté.

Pour ces raisons, nous approuvons le jugement prononcé par le tribunal de l'entreprise du Hainaut, division Mons, le 24 mai 2018, dans une affaire presque identique à celle ayant mené à l'arrêt analysé :

« Selon l'article 18 du Code judiciaire, l'intérêt à agir en justice doit être né et actuel.

Il faut entendre par là que, lors de l'introduction de la demande, il doit exister un litige. Il n'est pas requis que le demandeur ait subi un dommage ou ait payé une indemnité.

Un litige est un différent, un désaccord, un conflit... [Les parties] (...) sont en désaccord sur le montant de l'indemnité de emploi qui serait due, si [la société emprunteuse] remboursait son crédit. Ce différent s'est marqué par des échanges de correspondances et la saisine de l'ombudsfin.

Il existe donc une véritable contestation entre les parties, dans l'état actuel des choses.

D'autres auteurs exposent que l'actualité de l'intérêt suppose un trouble (...). Dès lors que [la société emprunteuse] estime ne pas devoir payer une indemnité de emploi de plus de six mois et que [la banque] le conteste, le droit allégué de [la société emprunteuse] à limiter l'indemnité de emploi à six mois d'intérêts, tiré de l'article 1907bis du Code civil, est donc méconnu.

[La société emprunteuse] dispose donc d'un intérêt né et actuel à agir pour faire fixer le montant de l'indemnité de emploi »⁷³.

24. L'action pouvait aussi être reçue au titre d'action déclaratoire – Si le demandeur a intérêt né et actuel à agir en justice au sens de l'article 18, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire – en ce sens qu'il peut se prévaloir d'une contestation existante à propos d'un des droits dont il prétend être titulaire – il satisfait, selon nous, *ipso facto* aux conditions pour agir à titre déclaratoire, sur pied de l'alinéa 2 de la même disposition, qui atténue les exigences de l'alinéa 1^{er} : la contestation de ses droits implique une menace sérieuse de litige autorisant le demandeur à solliciter un jugement déclaratoire, indicatif de comportement. Qui peut le plus, peut le moins. La question de la recevabilité de l'action formée à titre déclaratoire ne se pose donc que lorsque le demandeur ne peut se prévaloir d'une contestation actuelle entre le défendeur et lui. Admettons donc – mais l'intérêt n'est ici que théorique, et non concret... – que la cour d'appel ait pu constater qu'il n'existait pas de contestation actuelle entre la SRL emprunteuse et la banque à propos de la qualification du contrat et de l'application de l'article 1907bis du Code civil. La SRL emprunteuse aurait-elle alors pu former son action à titre déclaratoire ?

Dans l'arrêt annoté, la cour l'exclut, d'abord, au motif que le droit de la SRL de mettre anticipativement fin aux contrats de crédit ne serait pas menacé. On a toutefois vu que le droit qui était menacé, et dont se prévalait la SRL, était celui tiré de l'article 1907bis du Code civil, et non celui de pouvoir procéder à un

73. R.G. n° A/17/00699, inédit. Dans le même sens, Mons, 29 janvier 2018, R.G. n° 2017/RG/164, J.L.M.B., 2019/4, p. 162 (« En effet, dans son exposé des faits, Fortis reconnaît que G. a pris, en 2014, la décision de rembourser anticipativement le crédit afin de bénéficier de la baisse générale des taux d'intérêts, mais que, compte tenu de la sûreté prise par la banque, l'accord de cette dernière était nécessaire pour donner mainlevée de l'hypothèque et qu'elle a calculé l'indemnité de emploi due à 258.203,76 euros. Il résulte de l'échange de correspondances intervenu avant l'introduction de la demande par citation du 10 septembre 2015, que Fortis a exigé, pour satisfaire à la demande de remboursement anticipé de G. et accorder la mainlevée de l'hypothèque, le paiement d'une indemnité substantielle, qu'elle a accepté de limiter, à titre commercial, à 190.000 euros, soit un montant près de quinze fois supérieur à celui résultant du montant maximal prévu par l'article 1907bis du Code civil.

Malgré les demandes répétées de G., la banque a, par ses courriers, clairement refusé de faire application de l'article 1907bis du Code civil dont elle a contesté l'application. Il existait donc bien un litige entre parties quant au montant de l'indemnité de emploi réclamée, dont l'importance empêchait G. de négocier valablement un nouveau crédit afin de refinancer l'opération, malgré la diminution des taux d'intérêts afférents aux crédits hypothécaires. Il est vrai que cette indemnité n'a pas été payée à la banque, G. exposant que c'est précisément le caractère exorbitant de l'indemnité réclamée par Fortis qui l'a contrainte à poursuivre le paiement des mensualités du crédit et l'a empêchée de procéder à son remboursement anticipé, le but de sa demande étant de pouvoir y procéder. Si l'intérêt doit être né et actuel dès l'introduction de la demande, il n'est cependant pas requis qu'à ce moment, le demandeur ait subi un dommage ou ait payé une indemnité ».

remboursement anticipé, qui n'était pas contentieux entre les parties. La cour d'appel se méprend, selon nous, lorsqu'elle décide que le droit de la SRL emprunteuse « *n'est pas de ne pas devoir payer une indemnité de emploi supérieure à six mois d'intérêts lors du remboursement anticipé ; le paiement d'une indemnité de emploi est en effet un droit dans le chef de la banque, et une obligation dans le chef du crédit* ». Le droit menacé par la banque, invoqué par la SRL, était précisément celui de la limitation à six mois d'intérêts fixée pour les indemnités de emploi réclamées dans le cadre des prêts à intérêts. La circonstance, relevée par l'arrêt, que cette limite ne s'applique que lors du remboursement est sans incidence sur l'existence de ce droit ou la menace pesant dessus. L'absence de risque d'une dénonciation unilatérale du contrat en raison du respect par la SRL emprunteuse de ses obligations ne pouvait pas non plus suffire à écarter la recevabilité de l'action déclaratoire.

Selon nous, la cour d'appel ne peut pas non plus être suivie lorsqu'elle écarte, ensuite, l'application de l'article 18, alinéa 2, du Code judiciaire, au motif que l'action de la SRL tendrait à obtenir une décision lui permettant d'apprécier l'opportunité de résilier les contrats de crédit. Obtenir une décision indicative de comportement pour l'avenir est le propre de l'action déclaratoire, pour autant que les deux conditions qui l'encadrent (l'existence d'une menace sérieuse et l'utilité concrète pouvant être retirée de la demande) soient rencontrées. Or, tel nous paraît être le cas en l'espèce : la banque avait contesté à plusieurs reprises l'application de l'article 1907bis, ce qui constituait une menace sérieuse du droit que la SRL emprunteuse prétendait en tirer, et la décision sur l'application de

l'article 1907bis présentait une utilité concrète pour l'emprunteuse, qui aurait pu adapter son comportement en fonction de celle-ci. L'action déclaratoire, contrairement à ce que le Tribunal de commerce de Liège a pu décider⁷⁴, s'apparente bien à un « *ruling* » judiciaire.

25. Conclusion – En d'autres termes, dans l'espèce qui était soumise à la cour d'appel, à notre avis, la SRL demanderesse avait un intérêt né et actuel à obtenir la requalification de son contrat en contrat de prêt, dont découlait la question qu'elle voulait voir trancher de l'application de l'article 1907bis du Code civil aux contrats de crédits qu'elle souhaitait rembourser. Son action était tout autant recevable sous l'angle de l'action déclaratoire, puisque son droit de se prévaloir de l'article 1907bis du Code civil était sérieusement menacé et que l'application de cette disposition présentait pour elle une utilité concrète, en lui permettant de prendre position.

26. Reste l'appréciation souveraine du juge – Il faut évidemment garder à l'esprit qu'en cette matière, tout est toujours affaire de circonstances, et que ces circonstances factuelles relèvent, sauf le contrôle marginal de la Cour de cassation, du pouvoir souverain d'appréciation du juge du fond.

Cécile DE BOE

Avocate au Barreau de Bruxelles

Maître de conférences invitée à l'UCLouvain

Antoine GILLET

Avocat au Barreau du Brabant wallon

Assistant à l'UCLouvain et à l'Université Saint-Louis

74. Voir note (23).