

principe traditionnel antérieur au Code civil. Cette dernière justification est étrange si l'on se rappelle que dans l'ancien droit, le mandat était essentiellement gratuit. Les anciens parlements français s'autorisaient toutefois à réduire le salaire de certains agents d'affaires (35) notamment en matière immobilière — lesquels n'étaient pas des mandataires proprement dits puisqu'ils étaient rémunérés (36). Et chose frappante, c'est surtout dans le domaine du courtage que la jurisprudence fait application de ces principes, quitte à passer par une disqualification artificielle du contrat en mandat. Van Ryn et Heenen décrivait parfaitement le phénomène en y voyant une caractéristique du courtage (37).

Fr. Glansdorff a récemment montré (38) que la jurisprudence avait tendance à étendre ce contrôle non seulement aux honoraires convenus avec un avocat (39) (ce qui est conforme à une certaine tradition et, sinon à la lettre, du moins à l'esprit de l'article 459 du Code judiciaire), mais encore à la rémunération d'un expert-comptable (40) ou d'un géométriste (41), ce qui n'est pas véritablement choquant si l'on garde à l'esprit la jurisprudence antérieure au Code civil. Sans aller jusqu'à soulever, comme Fr. Glansdorff, l'extension de ce principe à tous les contrats de services — en ce compris la construction ou le façonnage (42) — il me semble que cette jurisprudence témoigne en tout cas de la reconstruction de principes communs à tous les contrats portant sur des prestations de services d'ordre intellectuel et participant à l'idée du « mandat » au sens premier du terme.

14. — Le même phénomène peut être observé à propos des conséquences de la résiliation unilatérale de certains contrats de services qui constituent des entreprises suivant les critères du droit positif, comme par exemple, le courtage. Fr. Glansdorff observait à cet égard au terme d'un examen fouillé de la doctrine et de la jurisprudence que l'indemnisation du manquant à gagner est « inapplicable à la plupart des professions qui fournissent des services intellectuels » (43). C'est donc le droit du mandat qui, une fois encore, investit les contrats relatifs à ce type de services.

Si l'on ajoute que la plupart de ces contrats présentent un caractère *intuitu personae* plus ou moins marqué, on conçoit d'autant plus l'attraction sur ceux-ci du droit du mandat, contrat *intuitu personae* par excellence.

On constate par conséquent l'émergence, au-delà des clivages du droit positif de corps de règles communes à deux types de contrats de services : les devis et marchés traditionnels du Code civil, d'une part, et, les contrats de prestations de services d'ordre intellectuel, d'autre part.

15. — Que conclure au terme de ces quelques observations si ce n'est qu'au-delà de textes qui paraissent immuables, le domaine des contrats de services est en réalité depuis deux cents ans en pleine transformation ? Cette transformation n'est pas achevée. On peut voir poindre certaines tendances. Un point est cependant évident : cette véritable reconstruction du droit des contrats de services fait fi des catégories classiques.

P.-A. FORIERS

Avocat

Professeur ordinaire à l'U.L.B.

(35) Voy. récem., P. Wéry, *op. cit.*, *Rép. not.*, n° 173 et réf.

(36) Et ne le sont pas davantage aujourd'hui, l'objet essentiel de leur mission ne portant pas sur des actes juridiques.

(37) J. Van Ryn et J. Heenen, *Principes de droit commercial*, t. IV, 2^e éd., n° 162.

(38) Fr. Glansdorff, *op. cit.*, *Aspects récents du droit des contrats*, n° 4 et s., pp. 69 et s.

(39) Comm. Bruxelles, 6 mars 2001, inédit cité par Fr. Glansdorff, *op. cit.*, *Aspects récents du droit des contrats*, n° 6, p. 72.

(40) A. Benabent, *op. cit.*, n° 666, p. 351 et n° 568, p. 298.

(41) *R.T.D. civ.*, 1998, p. 901.

(42) La théorie de la lésion qualifiée suffirait, à mon sens, à sauvegarder les intérêts du maître de l'ouvrage.

(43) *Op. cit.*, *Aspects récents du droit des contrats*, n° 11, p. 77.

DU PRÊT

Livre III - Titre X

I. — INTRODUCTION

Lorsque la Belgique devint indépendante, le Code civil des Français, voté près de trente ans plus tôt, était en vigueur sur son territoire. Les constituants décidèrent de le conserver, à tout le moins provisoirement (1). Le provisoire dure encore. On le sait, des pans entiers de ce Code ont été modifiés. Approche-t-on pour autant du « jour où le texte même du Code sera menacé de disparaître sous les modifications et additions successives » (2) ? Nous nous livrons à l'exercice à propos du contrat de prêt.

II. — DES RÈGLES STABLES ET GÉNÉRALES

1. — Les textes

Le titre X du livre III du Code civil est consacré au contrat de prêt. Promulgué le 19 mars 1804, il n'a subi que peu de remaniements. Deux des quarante et un articles originaires ont été modifiés (art. 1904 et 1907). Deux nouveaux articles ont été ajoutés (art. 1907bis et 1907ter).

La première modification a été apportée à l'article 1904 par une loi du 1^{er} mai 1913 (3). Le point de départ des intérêts dus par l'emprunteur est fixé, depuis lors, au jour de la *somation* et non plus de la *demande en justice*. On retrouve pareille modification à l'article 1153. Les autres changements, tous introduits dans le chapitre consacré au prêt à intérêt, concernent le taux de l'intérêt (art. 1907), l'indemnité de remploi (art. 1907bis) et la lésion qualifiée (art. 1907ter). La version actuelle de l'article 1907 date de 1934 (4). C'est également en 1934 que fut inséré l'article 1907bis (5). L'article 1907ter a, quant à lui, été inséré par un arrêté royal de pouvoirs spéciaux de 1935 (6).

2. — Une physionomie générale inaltérée

Du constat que la partie du Code civil relative au prêt n'a subi que très peu de changements, à l'affirmation que la physionomie générale de ce contrat n'a pas subi les outrages du temps, il n'y a *a priori* qu'un pas. Rappelons, si besoin en est, que le prêt est ce contrat par lequel une chose est temporairement mise à la disposition d'autrui pour que celui-ci s'en serve. Selon que l'emprunteur est tenu d'exécuter son obligation de restitution *in individuo* ou *in specie*, le prêt sera qualifié de prêt à usage (ou commodat) ou de prêt de consommation (ou simple prêt).

Mise à disposition d'une chose, usage et restitution sont les trois éléments essentiels du contrat de prêt. Sans qu'y soit adjointe la gratuité, ils ne permettraient toutefois pas toujours de distinguer le prêt du bail. La gratuité caractérise le prêt. Elle le fait cependant à des degrés divers :

(1) Hanssens, « Le Code civil en Belgique », in *Le Code civil 1804-1904 - Livre du centenaire*, La société d'études législatives (éd.), t. 2, Paris, Arthur Rousseau, 1904, spéc. pp. 681 et 682.

(2) A. Esmein, « L'originalité du Code civil », in *Le Code civil 1804-1904 - Livre du centenaire*, La société d'études législatives (éd.), t. 2, Paris, Arthur Rousseau, 1904, p. 21.

(3) Art. 7 de la loi du 1^{er} mai 1913 sur le crédit des petits commerçants et artisans et sur les intérêts moratoires, *M.B.*, 2 et 3 mai 1913.

(4) Art. 1^{er} de la loi du 27 juill. 1934, *M.B.*, 29 juill. 1934.

(5) Art. 2 de la loi du 27 juill. 1934, *M.B.*, 29 juill. 1934.

(6) Art. 3 de l'A.R. n° 148 du 18 mars 1935, *M.B.*, 20 mars 1935.

le prêt à usage est *essentiellement* gratuit (7) alors que le prêt de consommation ne l'est que *naturellement*. Autrement dit, elle est une exigence dans le premier cas, mais pas dans le second. Le prêt de consommation peut être rémunéré, sans risque de confusion cette fois avec le bail qui ne peut porter que sur des choses non consommables.

3. — Une hésitation toutefois persistante : le sort du prêt à usage intéressé

A suivre les travaux préparatoires du Code civil, qui se réfèrent notamment à R.-J. Pothier, le prêt à usage est un contrat de bienfaisance (8). Le désintéressement du prêteur serait absolu (9). Conclu moyennant le paiement d'un prix, il est disqualifié en louage de chose. L'idée de gratuité, inhérente au prêt à usage, est si bien acquise, que la doctrine actuelle, essentiellement française, marque une hésitation lorsque la mise à disposition, apparemment gratuite, a lieu dans le cadre de *relations d'affaires*. Serait-il, en effet, raisonnable, dans l'esprit du Code civil, de qualifier de prêt la mise à disposition non rémunérée de cuves à des pompistes par des sociétés pétrolières, celle de chariots à des clients par des commerçants, ou encore celle de pompes à bière à des cafetiers par des brasseurs (10)? Faut-il accepter ou rejeter l'idée de prêt dans pareilles hypothèses? Et dans le premier cas, faut-il voir une évolution dans la conception du prêt? Des nuances au désintéressement n'étaient-elles pas déjà admises par les anciens?

Au cours du siècle dernier, deux courants ont vu le jour. Certains conçoivent la gratuité dans un sens large. Parce que le prêt serait un contrat de bienfaisance participant de l'idée de service d'ami, il serait incompatible avec une opération d'affaire, par nature intéressée. Dans cette optique, la mise à disposition d'un bien par un commerçant ne serait jamais que l'accessoire d'un contrat principal (la vente de carburant, de marchandises ou de bière par exemple) ou constituerait, éventuellement, un contrat innomé (11). Il ne serait en tout cas pas question de prêt. D'autres conçoivent la gratuité dans un sens plus étroit, le fait que la mise à disposition émane d'un professionnel n'étant alors pas exclusive de l'idée de prêt (12). On observe toutefois que, dans ce dernier courant, une frange retient la qualification de prêt tout en admettant une certaine souplesse dans l'application des règles (13). Faut-il donner la préférence à un courant sur l'autre? Si la qualification de prêt est retenue, faut-il y voir un prêt dénaturé?

Confrontée à des situations dans lesquelles le prêt est le fait d'un professionnel, la jurisprudence belge est hésitante, pour ne pas dire divergente. Sans procéder à une analyse exhaustive, relevons un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles qui exclut l'idée du prêt dans une relation nouée entre un artiste et un organisateur d'expositions. L'artiste avait mis à la disposition de l'organisateur ses toiles. La cour ne retint pas la qualification de prêt au motif que l'exposition des tableaux devait procurer à l'artiste une certaine renommée et donc, la possibilité de les vendre (14). Relevons, également, un arrêt de la cour d'appel de Mons qui, de la même manière, écarte la qualification de prêt dans une espèce où un garagiste avait essayé la voiture d'un particulier. Celui-ci lui aurait, en effet, confié son véhicule, non pas pour rendre service au garagiste, mais pour éprouver un plaisir personnel à faire apprécier par un connaisseur la bonne marche de sa voiture (15). Quelques années plus tard, cette même cour retient cette fois le prêt pour qualifier la relation contractuelle entre le propriétaire et le garagiste à qui fut confié un véhicule, pour essai, dans le but d'une vente éventuelle (16). Par le passé, la cour d'appel de Bruxelles avait, elle aussi, retenu l'idée du prêt à propos de la mise à disposition de matériel d'imprimerie en vue de l'exécution de commandes (17).

L'hésitation dont témoigne la jurisprudence nous paraît provenir d'une confusion entre l'intérêt au contrat et la gratuité de celui-ci, entendue dans le sens étroit d'absence de contrepartie directe. Le droit romain, dont nous vient en droite ligne le commodat, admettait le *prêt intéressé*, c'est-à-dire le prêt conclu tant dans l'intérêt de l'emprunteur que dans celui du prêteur (18). Troplong, qui fait référence aux jurisconsultes romains, envisage même des hypothèses où le seul intérêt du prêteur est la cause déterminante du contrat (19). Que celui-ci tire un intérêt de l'opération ne devrait, dès lors, pas constituer un argument en défaveur systématique du prêt (20). Si, « en général, il est une libéralité dont le but est de rendre service à autrui, et non pas de faire quelque chose de profitable à soi-même » (21), le prêt « ne répugne cependant pas à son essence que cette libéralité ait pour mobile l'intérêt commun du prêteur et de l'emprunteur » (22). La jurisprudence, dit encore Troplong, « ne déclassa pas le contrat de prêt, alors que dans certains cas particuliers, la pensée qui porte un homme à prêter a été mêlée d'un retour sur soi-même, ou d'une vue secondaire d'utilité; par cela seul que l'utilité n'est pas le but primitif, principal, le contrat reste dépendant de la catégorie des contrats de bienfaisance » (23). La libéralité que constitue, pour l'emprunteur, la remise de la chose, est donc une libéralité qui diffère fondamentalement de la donation. Outre, comme on vient de le voir, qu'elle peut profiter au prêteur lui-même, elle ne durera, en toutes hypothèses, qu'un temps.

Dans ces conditions, il nous paraît que la qualification de prêt n'est pas incompatible avec le caractère commercial du contexte dans lequel il prend place. Comme l'écrivait P. Pont, « bienveillance et gratuité (...) peuvent n'être pas exemptes d'un certain calcul. Celui qui prête peut

(7) Art. 1876, C. civ.

(8) « Exposé de motifs fait par M. Galli », in Locré, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France, ou commentaire et complément des Codes français*, t. XV, Paris, Treuttel et Würtz, 1828, p. 35; « Rapport fait au Tribunal par M. Boutteville », in Locré, *ibidem*, p. 44. Voy. aussi, L. Guillaouard, *Traité du prêt, du dépôt et du séquestre*, Paris, A. Durand et Pedone-Lauriel (éd.), 1892, p. 14, n° 11.

(9) « Rapport fait au Tribunal par M. Boutteville », in Locré, *op. cit.*, p. 46.

(10) Ces exemples sont empruntés à A. Bénabent, *Droit civil - Les contrats spéciaux*, Paris, Montchrestien, 1993, p. 231, n° 412. Les mêmes exemples sont donnés par Fr. Collart Dutilleul et Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, 5^e éd., Paris, Dalloz, 2001, p. 481, n° 605.

(11) N. Decoopman, « La notion de mise à disposition », *Rev. trim. dr. civ.*, 1981, spéc. p. 320, n° 45 (à propos de la mise à disposition de *caddies*). Cet auteur parle parfois de simple concession d'usage (p. 320, n° 46). Voy. aussi, Ph. Malaurie et L. Aynès, *Cours de droit civil - Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 10^e éd., Paris, Cujas, 1997, p. 522, n° 911 *in fine*.

(12) Fr. Collart Dutilleul et Ph. Delebecque, *op. cit.*, p. 481, n° 605. Voy. aussi, J.-A. Dupeyroux, *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, préf. de J. Maury, Paris, L.G.D.J., 1955, p. 101.

(13) J. Huet, « Les principaux contrats spéciaux », 2^e éd., in *Traité de droit civil*, sous la dir. de J. Ghestin, Paris, L.G.D.J., 1996, p. 919, n° 22109 : « Dans ces différents cas, on admet volontiers que l'opération constitue un véritable prêt, même si l'on infléchit parfois les règles de ce contrat pour tenir compte du contexte intéressé dans lequel il s'inscrit, notamment afin de rendre plus stricte la responsabilité de celui qui met ainsi une chose à la disposition d'autrui ». Voy. aussi, R. Fabre, « Le prêt à usage en matière commerciale », *Rev. trim. dr. civ.*, 1977, spéc. pp. 217 à 238.

(14) Bruxelles, 6^e ch., 22 juin 1989, *Pas.*, 1990, II, p. 54.

(15) Mons, 1^{re} ch., 10 févr. 1976, *Pas.*, 1977, II, p. 14.

(16) Mons, 7^e ch., 23 avril 1993, *Pas.*, 1992, II, p. 184.

(17) Bruxelles, 3^e ch., 7 déc. 1977, *J.T.*, 1978, p. 330. Dans le même sens, voy. Civ. Namur, 2^e ch., 23 avril 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 658 (somm.).

(18) R. Fabre, *op. cit.*, p. 199. Citant di Marino, il donne l'exemple du dîner « donné par deux personnes à un ami commun, dîner à l'occasion duquel l'une d'entre elles prêtait à l'autre son argenterie » (G. di Marino, *J.-Cl. civ.*, « Prêt à usage et prêt de consommation » (art. 1874 et s.), fasc. B, § 58, qui cite L. 18 praem. I.I.).

(19) Troplong, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code - Du prêt, du dépôt et du séquestre et des contrats aléatoires*, Bruxelles, Société typographique belge, 1845, p. 2, n° 3. Il cite l'exemple du fiancé qui prête des bijoux à sa promise voulant que celle-ci paraisse plus parée. Cet exemple est l'un de ceux donnés par Ulpien (voy., L. Guillaouard, *op. cit.*, p. 15, n° 11).

(20) Dans son traité, L. Guillaouard se range finalement à cette idée (*op. cit.*, p. 14, n° 11, comp. les premiers et les derniers mots).

(21) Troplong, *op. cit.*, p. 1, n° 22.

(22) *Ibidem*.

(23) *Ibidem*, p. 2, n° 3.

avoir une arrière-pensée » (24). Observons, du reste, que les auteurs belges ont marqué un étonnement appuyé lorsque la Cour de cassation ajouta à la définition du prêt l'idée que le prêteur avait la volonté de rendre service à l'emprunteur sans en obtenir aucun avantage (25). La qualification de prêt pourrait ainsi être retenue toutes les fois qu'une chose sera remise à la disposition de l'un des contractants en guise d'accessoire utile ou nécessaire (26) et pour autant, devrions-nous sans doute ajouter, qu'elle ne conduise pas à un dépeçage contractuel artificiel. Autre chose serait toutefois de se demander si la nature du prêt intéressé ne justifie pas que lui soient appliquées des règles particulières (27). Cette suggestion, n'est sans doute pas, à ce stade, l'objet d'une réflexion aboutie. Il nous paraît, en tout cas, utile de garder le droit romain en ligne de mire pour éclairer le débat sur la portée qu'il convient de donner à la notion de gratuité.

4. — Un corps de règles stables

Partant du principe que le Code ne devait contenir « que des règles éternelles » (28), les constituants n'ont pas souhaité y introduire des données par trop variables. En matière de prêt, ce principe fut appliqué au taux de l'intérêt légal « qui est variable par nature » (29). Il fut toutefois décidé de laisser au législateur le soin de le fixer (30). L'article 1907, alinéa 1^{er}, aux termes duquel, notamment, « l'intérêt légal est fixé par la loi », appelait donc, dès l'origine, un complément. Ce complément lui fut donné par une loi du 3 septembre 1807 qui fixa l'intérêt légal à 5% en matière civile et à 6% en matière commerciale (31). Aujourd'hui encore, le taux de l'intérêt est fixé dans une loi particulière (32). Il est désormais identique en matières civile et commerciale (33). Depuis 1970, le régime de modification du taux est assoupli puisqu'il « peut être modifié par arrêté royal délibéré en conseil des ministres » (34).

5. — Un corps de règles générales

La rédaction du Code civil doit beaucoup au travail des juristes français qui créèrent un droit commun coutumier « en réduisant dans la mesure du possible et déconsidérant les règles particulières » (35). A propos du prêt à tout le moins, l'idée selon laquelle le Code civil constitue le droit commun paraît subsister. Si ce droit se morcelle au fil du temps (36), c'est en dehors du Code civil que prennent place les législations particulières. Certaines d'entre elles sont inspirées du travail législatif européen (37). L'importance de ces législations spécifiques est

loin d'être négligeable (38). Bien que le contrat de prêt soit le soutien du droit du crédit, c'est en dehors du Code civil qu'a pris place la réglementation de ce droit. Non intégrées dans le Code civil, les législations particulières n'ont donc pas porté atteinte à la cohérence de son titre X. Encore faut-il que l'on ait pu parler de cohérence... Nous y venons.

III. — DES RÈGLES IMPARFAITES ET UN CHAPITRE PERFECTIBLE

6. — Un solide édifice?

Le titre X du Code civil n'a pas subi de profondes modifications. La partie consacrée au commodat n'en a même subi aucune. Et pourtant, le travail des commissaires du Consulat, parfois décrit comme un « solide édifice » (39), n'était sans doute pas parfait.

7. — Des textes trompeurs

On relève, tout d'abord, dans le titre X, certains textes trompeurs. L'apparente tromperie provient de ce que des textes ne concernent que le *quod plerumque fit*. Ainsi, les articles 1874 et 1892 qui donnent à penser que le prêt à usage porte sur des choses non consomptibles et le prêt de consommation sur des choses consomptibles, alors que c'est la fongibilité qui, en réalité, constitue le critère de distinction entre les deux types de prêt. La volonté des parties est, en effet, le premier élément à prendre en considération en vue de déterminer la nature du prêt. La nature de la chose prêtée n'intervient qu'à titre subsidiaire (40). Ainsi encore, l'article 1877 qui précise que le prêteur demeure propriétaire de la chose prêtée. Sans doute, ce texte a-t-il pour vocation première de mettre en évidence le caractère non translatif du prêt. Il ne faudrait toutefois pas en déduire que seul le propriétaire a la capacité requise pour prêter. On peut, en effet, prêter la chose d'autrui (41).

8. — Des textes imparfaits

Quelques articles donnent encore lieu à discussions aujourd'hui, en raison d'une rédaction imparfaite. Ainsi, l'article 1855 qui précise que « l'emprunteur ne peut pas retenir la chose par compensation de ce que le prêteur lui doit ». H. De Page, par exemple, parle d'une « disposition étrange, qui se conçoit sur le terrain de la délicatesse (...), mais qui est beaucoup plus malaisée à expliquer sur le terrain du droit » (42). L'article traite-t-il de compensation ou de rétention? N'écarte-t-il pas plutôt l'*exceptio non adimpleti contractus*? Si les commentateurs s'accordent à dire que la compensation est naturellement inapplicable dans le contexte du prêt, parce que les dettes ne sont pas fongibles, l'unanimité disparaît en ce qui concerne le droit de rétention. Exclu pour certains (43),

(24) P. Pont, *Explication théorique et pratique du Code civil*, t. VIII, Paris, Delamotte et fils, 1877, p. 11, n° 21.

(25) L. Simont, J. De Gavre et P. A. Foriers, « Examen de jurisprudence (1976 à 1980) - Les contrats spéciaux (3^e partie) », *R.C.J.B.*, 1986, p. 362, n° 190, à propos de Cass., 29 nov. 1963, *Pas.*, 1964, I, p. 342.

(26) R. Fabre, *op. cit.*, p. 216, n° 35.

(27) En ce sens, voy. R. Fabre, *op. cit.*, spéc. pp. 217 à 238; J. Huet, *op. cit.*, p. 919, n° 22109; Ph. Rémy, « Jurisprudence française en matière de droit civil - Contrats spéciaux », *Rev. trim. dr. civ.*, 1984, p. 122, n° 4.

(28) Locré, *op. cit.*, p. 69.

(29) *Ibidem*.

(30) *Ibidem*.

(31) Cette loi est notamment publiée in Locré, *op. cit.*, p. 65. Elle a été modifiée à plusieurs reprises (voy., par ex., l'article 1^{er} de la loi du 20 décembre 1890, *M.B.*, 25 déc. 1890 et l'article 1^{er} de la loi du 30 décembre 1925, *M.B.*, 2-3 janv. 1926).

(32) Loi du 5 mai 1865 relative au prêt à intérêt, *M.B.*, 7 mai 1865.

(33) Art. 2 de la loi du 5 mai 1865.

(34) *Ibidem*.

(35) A. Esmein, *op. cit.*, p. 18.

(36) P. Wéry, « La loi du 2 août 2002 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales et ses incidences sur le régime des clauses pénales », *J.T.*, 2003, p. 882, n° 32.

(37) Voy. notamment la directive 87/102/C.E.E. du Conseil du 22 décembre 1986 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et

administratives des Etats membres en matière de crédit à la consommation, *J.O.C.E.*, n° L 042, 12 févr. 1987, pp. 48 à 53.

(38) On pense essentiellement à deux lois : la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation et la loi du 4 août 1992 relative au crédit hypothécaire.

(39) A. Esmein, *op. cit.*, p. 18.

(40) G. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, t. III, 6^e éd., Paris, Librairie de la société du « Recueil général des lois et des arrêts », 1898, p. 506, n° 803 et p. 516, n° 822; M. Clavie, « Le prêt », in *Les contrats spéciaux*, Liège, Formation permanente C.U.P., vol. XXXIV, nov. 1999, p. 73, n° 2; H. De Page et R. Dekkers, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1975, p. 122, n° 114 et p. 133, n° 120; J. Huet, *op. cit.*, p. 922, n° 22113; P. Pont, *op. cit.*, pp. 4 à 6, spéc. n° 11.

(41) Troplong, *op. cit.*, p. 14, n° 38 et p. 32, n° 106.

(42) H. De Page et R. Dekkers, *op. cit.*, p. 140, n° 133.

(43) Bruxelles, 7 déc. 1977, *J.T.*, 1978, p. 330. P. Van Ommeslaghe parle, à propos de cette décision, d'une interprétation extensive de l'article 1885 du

il subsiste pour d'autres (44). L'exposé de motifs fait par M. Galli n'est pas éclairant (45). Par contre, le discours prononcé par M. Albisson, le 9 mars 1804, donne à penser que l'article 1855 du Code ne serait qu'une redite de l'article 1293 et ne renfermerait qu'une exception au principe de compensation (46). A s'en tenir à ce discours, il conviendrait donc de reconnaître effectivement à l'emprunteur un droit de rétention sur la chose prêtée. Mais tous les commentateurs ne s'y sont pas tenus, avec pour conséquence les divergences d'interprétation que l'on connaît.

Quoique plus récents, les alinéas 2 et 4 de l'article 1907 donnent aussi lieu à discussions. Une controverse est née quant à leur exacte portée. L'alinéa 4 constitue-t-il une disposition autonome applicable à tous les prêts à intérêts ou doit-il être lu comme constituant la sanction de l'obligation contenue à l'alinéa 2? Dans ce cas, il ne concernerait que les conventions de prêts remboursables au moyen d'annuités (47). A cet égard, le texte original de l'article 1907, plus concis, était aussi plus clair : « le taux de l'intérêt conventionnel doit être fixé par écrit ». En France, ce texte est encore d'application (48). Ne faudrait-il pas, en Belgique aussi, en revenir à un texte plus clair (49)?

9. — Des textes nébuleux

Il y a aussi certaines dispositions nébuleuses. Ainsi, en va-t-il de l'article 1906 qui empêche l'emprunteur de répéter des intérêts payés, qui n'étaient pas stipulés. Les commentateurs ont donné à ce texte au moins deux fondements distincts. Pour certains, le texte serait l'expression d'une obligation naturelle. Pour d'autres, il serait le reflet d'une convention tacite sur les intérêts (50). Dans sa thèse de doctorat, Chr. Biquet a expliqué pourquoi sa préférence allait à la seconde conception. Elle a aussi montré que le choix d'une conception, au détriment de l'autre, avait des incidences, à son sens, sur l'obligation de poursuivre le paiement des intérêts futurs (51). A cet égard, le travail de la doctrine était sans doute inévitable. Les travaux préparatoires, fort laconiques et obscurs, n'aident, en effet, pas à la compréhension du texte. Pourquoi le législateur ne l'éclairerait-il pas une fois pour toutes?

10. — Des textes égarés

Il a y enfin des textes dont la place dans le titre consacré au contrat de prêt est discutable. Le principe du nominalisme monétaire, contenu dans l'article 1895 du Code, concerne, par exemple, toute obligation de restitution ou de paiement d'une somme d'argent (52). L'article 1907

est, lui aussi, mal placé. Comme l'a fait observer Chr. Biquet, « la vocation supplétive du taux légal relève de la théorie générale des obligations et, partant, déborde largement la matière du prêt à intérêt » (53). Il en va de même de la légitimité de l'intérêt ou de la liberté dans la fixation de l'intérêt conventionnel (54). Le plus surprenant, pour un lecteur contemporain, reste toutefois la place des articles 1909 à 1914. Ces six dispositions concernent la rente perpétuelle et la rente viagère (55). La constitution d'une rente n'est pas, à proprement parler, même si elle s'en rapproche, un prêt et ce n'est que parce qu'à une époque, antérieure au Code civil, elle servait de substitut au prêt à intérêt, alors interdit, qu'elle s'en est trouvée rapprochée (56). Le déplacement de ces quelques articles ne serait-il pas heureux?

IV. — DES RÈGLES ET DES CARACTÉRISTIQUES DÉSUÈTES

11. — Le poids des ans

Outre les imperfections qui, dès l'origine, affectèrent le titre X du Code civil, celui-ci s'est aussi ridé avec les années. L'obsolescence se fait sentir çà et là. Au-delà des dispositions dépassées, on relève aussi quelques principes traditionnels susceptibles d'être remis en cause.

12. — Quelques dispositions désuètes

Ce sont essentiellement des dispositions relevant du chapitre consacré au prêt à intérêt qui font aujourd'hui l'objet de critiques. Nous relevons, à cet égard, des observations que suscitent les articles 1907 et 1907bis.

13. — L'article 1907

Premièrement, l'article 1907 dispose, en son alinéa 1^{er}, inchangé depuis 1804, que « l'intérêt conventionnel peut excéder celui de la loi toutes les fois que la loi ne le prohibe pas ». Ce fut l'affirmation, timide a-t-on écrit (57), de la liberté du taux du loyer de l'argent. On se souvient qu'en autorisant le prêt à intérêt, le Code civil rompait avec l'ancien droit. C'est, du reste, cette rupture qui occupe l'essentiel des travaux préparatoires consacrés au prêt. On sait aussi qu'en permettant qu'une loi limite le taux de l'intérêt conventionnel, les constituants tentaient un compromis entre les partisans et adversaires de la permission générale de stipuler des intérêts. Et dans un premier temps, une loi a effectivement plafonné au taux légal le taux de l'intérêt conventionnel (58). Cette restriction a été abrogée. Le taux de l'intérêt conventionnel peut donc aujourd'hui excéder le taux de l'intérêt légal. Là, réside d'ailleurs l'intérêt de le stipuler. Concevrait-on toutefois encore aujourd'hui qu'une loi interdise de convenir d'un taux d'intérêt supérieur au taux de l'intérêt légal, censé refléter le taux d'intérêt ordinaire (59). Dans cette mesure, l'alinéa 1^{er}, *in fine*, doit-il encore être maintenu? N'est-il pas devenu obsolète?

(53) Chr. Biquet-Mathieu, *op. cit.*, p. 94, n° 48.

(54) *Ibidem*, p. 732.

(55) L'article 1914 ne fait, en réalité, qu'effleurer la rente viagère puisqu'il renvoie au titre des contrats aléatoires.

(56) H. De Page et R. Dekkers, *op. cit.*, p. 186, n° 176; J. Huet, *op. cit.*, p. 913, n° 22100; B. Vanbrabant, « La rente et la galette : à propos du remboursement anticipé d'un crédit », *Rev. not.*, 2002, p. 15, note 27.

(57) V. Thiry, *Cours de droit civil*, t. 4, Paris-Liège, 1893, p. 156, n° 168, cité par Chr. Biquet-Mathieu, *op. cit.*, p. 98, n° 51.

(58) Art. 1^{er} de la loi du 3 septembre 1807.

(59) Chr. Biquet-Mathieu, *op. cit.*, pp. 100 et 101, n° 51.

Code civil (« La sanction de l'inexécution du contrat », in *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Jeune barreau, 1984, p. 237, n° 43bis). En doctrine, voy. H. De Page et R. Dekkers, *op. cit.*, p. 140, n° 133; Troplong, *op. cit.*, p. 39, n° 127 (excepté le cas des impenses faites pour améliorer ou conserver la chose, p. 39, n° 128).

(44) P. Coppens et Fr. T'Kint, « Examen de jurisprudence (1974 à 1979) - Les faillites et les concordats », *R.C.J.B.*, 1979, p. 391, n° 63; J. Huet, *op. cit.*, p. 967, n° 22160; B. Tillemans et F. Baudoncq, « Deel 2. Bijzondere overeenkomsten. C. Bruikleen, bewaargeving en sekwestering », in *Beginselen van Belgisch privaatrecht - X. Overeenkomsten*, Anvers, E. Story-Scientia, 2000, p. 436, n° 927 et p. 607, n° 1296.

(45) « Exposé de motifs par M. Galli », in Locré, *op. cit.*, pp. 34 et s.

(46) « Discours prononcé par M. Albisson », in Locré, *op. cit.*, p. 58.

(47) Pour rappel, l'alinéa 4 de l'article 1907, introduit en 1934, réduit le taux de l'intérêt au taux légal, à défaut de détermination du taux conventionnel dans une clause spéciale de la convention de prêt.

(48) Chr. Biquet-Mathieu, *Le sort des intérêts dans le droit du crédit - Actualité ou désuétude du Code civil?*, Liège, éd. Collection scientifique de la Faculté de droit de Liège, 1998, p. 580, n° 326; J. Huet, *op. cit.*, p. 598, n° 22518.B.

(49) Pour de nouvelles propositions, voy. Chr. Biquet-Mathieu, *op. cit.*, p. 595.

(50) Chr. Biquet-Mathieu, *op. cit.*, pp. 61 à 87, spéc. n° 29 à 33.

(51) *Ibidem*, spéc. le n° 44.

(52) M. Clavier, *op. cit.*, p. 92, n° 22; H. De Page et R. Dekkers, *op. cit.*, p. 150, n° 145; J. Huet, *op. cit.*, p. 913, n° 22100.

14. — L'article 1907bis

L'article 1907bis du Code civil concerne l'hypothèse d'un remboursement total ou partiel, mais *anticipé*, du prêt. Il réglemente plus précisément l'indemnité de remploi qui peut être réclamée à cette occasion, en la plafonnant à six mois d'intérêts, calculés d'une manière bien précise. Le texte doit manquer de clarté : il suscite la polémique. Certains voient dans l'indemnité de remploi une clause pénale, là où d'autres parlent du prix de l'exercice d'une faculté de remboursement anticipé (60). On sait que la Cour de cassation distingue les deux institutions (61). Au-delà de la question de qualification, au demeurant importante compte tenu de la réglementation applicable aux clauses pénales, se pose celle de la nécessité de maintenir dans le Code civil, une disposition plafonnant de manière uniforme pour tous les crédits le dommage que subit le prêteur du fait du remboursement anticipé. Cette question se pose d'autant plus que la durée d'improductivité fixée par l'article 1907bis paraît aujourd'hui largement excessive (62). Ne conviendrait-il pas d'envisager une réforme de l'article 1907bis?

15. — Quelques caractéristiques susceptibles d'être remises en cause

Le contrat de prêt est régi par les dispositions du titre X du Code civil, mais aussi par quelques principes qui n'y figurent pas *expressis verbis*. Ces principes découlent du caractère juridique que l'on attribue traditionnellement au contrat de prêt : celui-ci serait un contrat réel (63). Ce caractère réel du contrat de prêt, écrit-on généralement, est consacré par les articles 1875 et 1892 du Code (64). Dès lors qu'il ne se formerait que par la remise de la chose, le prêt serait un contrat unilatéral, se substituant, au besoin, à une promesse bilatérale de prêt. C'est cette dernière qualification que devrait recevoir l'accord des parties tant que la chose n'a pas été remise à l'emprunteur. Et puisqu'il constitue un contrat unilatéral, le prêt ne serait pas susceptible de résolution judiciaire (65). Indépendamment du bien-fondé de cette deuxième conséquence et de sa remise en cause éventuelle (66), le caractère artificiel de la substitution, relevé ci-dessus, ne devrait-il pas au moins conduire à une étude approfondie de la *réalité* qui colle au contrat de prêt? En guise d'incitants à l'initiative de pareille étude, relevons les premières étapes d'une remise en cause du caractère réel du contrat de prêt par la Cour de cassation

française (67), ainsi que la disparition de ce caractère dans les prêts régis par la loi sur le crédit à la consommation (68). Les contrats régis par cette loi sont consensuels et formels (69). Au terme de cette étude, on en viendrait peut-être à conclure que le caractère réel du contrat de prêt est une idée obsolète (70). A moins qu'il ne faille se ranger à l'idée que la *traditio* n'est chassée que là où s'installe un certain formalisme protecteur de l'emprunteur (71)?

V. — SYNTHÈSE ET PERSPECTIVES

16. — Synthèse

On peut résumer en trois temps les quelques considérations qui précèdent. Premièrement, l'œuvre des constituants fut, *a priori*, de bonne facture : peu de changements ont été apportés aux textes. Les idées directrices des constituants et de leurs prédécesseurs ont été sauvegardées : le Code civil est un corps de règles stables et générales. A ce premier constat, une réserve toutefois : des hésitations sont apparues concernant la véritable portée de la gratuité inhérente au commodat. Deuxièmement, l'édifice, apparemment solide, présentait toutefois, dès l'origine, des faiblesses : textes trompeurs, imparfaits, nébuleux, voire égarés, maculent le titre X du Code. Troisièmement, avec le temps, quelques textes sont, par ailleurs, devenus obsolètes. Il pourrait aussi en aller ainsi du caractère réel attaché au prêt.

17. — Perspectives

Compte tenu de ce qui précède, il nous paraît, très modestement, que le titre X du livre III du Code civil a encore de belles années devant lui, pour autant peut-être qu'on lui apporte quelques retouches. Il s'agirait de remédier à certaines imperfections qui l'affectent depuis 1804 et à la désuétude qui s'est installée çà et là. Devrait être gardée à l'esprit l'idée que le Code est un corps de règles suffisamment stables et générales. Ces modifications pourraient, par ailleurs, être l'occasion d'une remise en cause de la *réalité* que l'on prête, de trop longue date peut-être, au contrat... de prêt.

Isabelle DURANT

Avocat au barreau de Bruxelles
Assistante à l'U.C.L.

(60) L. Simont et P. A. Foriers, « Examen de jurisprudence (1981 à 1991) — Les contrats spéciaux », *R.C.J.B.*, 2001, p. 486, n° 248, et réf. cit. Pour sa part, Chr. Biquet-Mathieu adopte l'une ou l'autre qualification selon que le remboursement anticipé fait suite à la déchéance du terme ou à une fin volontaire du contrat (*op. cit.*, p. 616, n° 341).

(61) M. Clavie et I. Durant, « Des zones d'ombre déjà anciennes aux interrogations nouvelles ou quelques questions relatives à l'article 1794 du Code civil », in *Contrat d'entreprise et droit de la construction*, M. Vanwijck-Alexandre (éd.), Liège, Formation permanente C.U.P., vol. 63, 2003, p. 241, n°s 31 et s.

(62) Chr. Biquet-Mathieu, *op. cit.*, spéc. p. 640.

(63) H. De Page et R. Dekkers, *op. cit.*, p. 125, n° 116; P. Pont, *op. cit.*, p. 7, n° 12; L. Simont et P. A. Foriers, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 2001, p. 474, n° 241; Trop-long, *op. cit.*, p. 3, n° 6; A. Verbeke, « Actualia lening en bewaargaving », in *Bijzondere overeenkomsten - Themis. Vormingsonderdeel 14*, Bruges, Die Keure, 2003, p. 34.

(64) H. De Page et R. Dekkers, *op. cit.*, p. 126, n° 117; Ph. Malaurie et L. Aynès, *Droit civil - Les obligations*, 7^e éd., Paris, Cujas, 1996, p. 192, n° 327; S. Piedelièvre, « Vers la disparition des contrats réels? », note sous Cass. fr., 1^{re} ch. civ., 28 mars 2000, *Le Dalloz*, 2000, jur. - comm., p. 43.

(65) M. Clavie, *op. cit.*, p. 102; S. Michaux, « Le prêt », in *Les contrats spéciaux - Chronique de jurisprudence : 1996-2000*, Bruxelles, Larcier, 2002, p. 76, n° 111.

(66) Certains auteurs sont favorables à l'idée d'une résolution judiciaire des contrats de prêt, en tout cas, dans l'hypothèse du prêt à intérêt. L'existence d'obligations corrélatives constituerait un fondement suffisant à l'application de l'article 1184 du Code civil. Voy. notam. à ce sujet, S. Stijns, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Anvers, Maklu, 1994, p. 154, n° 99 et p. 159, n° 100, Voy. aussi, Ph. Malaurie et L. Aynès, *Droit civil - Les obligations*, *op. cit.*, p. 423, n° 739.

(67) Dans un premier temps, la Cour de cassation française a dit qu'étaient des contrats consensuels les crédits immobiliers régis par la loi sur le crédit à la consommation (Cass. fr., 1^{re} ch., 27 mai 1998, *Defrénois*, 1999, p. 21, note S. Piedelièvre; *Rec. D.*, 1999, somm. comm., p. 28, note M.-N. Jobard-Bachelier; *J.C.P.*, 2000, jur., n° 10296, concl. J. Sainte-Rose; *R.D.C.*, 2000, p. 227, note B. Du Laing, « Naar een veralgemeende afwijzing van het zakelijk karakter van de geldlening? »). Plus récemment, la haute juridiction française a dit du prêt consenti par un professionnel du crédit qu'il n'était pas un contrat réel (Cass. fr., 1^{re} ch., 28 mars 2000, *Le Dalloz*, 2000, jur. - comm., p. 482, note S. Piedelièvre, « Vers la disparition des contrats réels? »). En doctrine, voy. aussi, M.-N. Jobard-Bachelier, « Existe-t-il encore des contrats réels en droit français? Ou la valeur des promesses de contrat réel en droit positif », *Rev. trim. dr. civ.*, 1985, pp. 1 à 62. En Belgique, voy. A.-M. Stranart-Thilly, « Le gage, contrat réel : une fiction? », *J.T.*, 1976, spéc. p. 239. Cet auteur ne réserve la qualification de contrat réel qu'au don manuel et à la vente à tempérament.

(68) E. Balate, P. Dejemeppe et Fr. de Patoul, *Le droit du crédit à la consommation*, Bruxelles, De Boeck, 1995, p. 56, n° 63.

(69) Y. Merchiers, *Bijzondere overeenkomsten*, 7^e éd., Anvers, Kluwer, 2000, p. 332.

(70) J. Huet, *op. cit.*, p. 937, n° 22129; B. Tilleman, *op. cit.*, p. 428, n° 906.

(71) S. Piedelièvre, *op. cit.*, *Defrénois*, 1999, p. 23.