



HAL
open science

La réception par la jurisprudence de la législation sur le crédit à la consommation

Patricia Franc

► **To cite this version:**

Patricia Franc. La réception par la jurisprudence de la législation sur le crédit à la consommation. Droit. Université Jean Monnet - Saint-Etienne, 2015. Français. NNT : 2015STETT117 . tel-01378007v1

HAL Id: tel-01378007

<https://theses.hal.science/tel-01378007v1>

Submitted on 8 Oct 2016 (v1), last revised 11 Oct 2016 (v2)

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITÉ JEAN MONNET DE SAINT-ÉTIENNE

FACULTÉ DE DROIT

École doctorale ED 492

Centre de recherches critiques sur le droit – CERCRID

*La réception par la jurisprudence de la législation sur le crédit
à la consommation*

Thèse de doctorat de droit privé

dirigée par Monsieur le Professeur Pascal ANCEL

présentée et soutenue publiquement le 14 décembre 2015

par Madame Patricia FRANC

Devant un jury composé de :

Madame le Professeur Hélène CLARET, Université de Savoie

Madame le Professeur Laurène GRATTON, Université de Saint-Etienne

Madame le Professeur Élise POILLOT, Université du Luxembourg

Monsieur le Professeur Pascal ANCEL, Université du Luxembourg

« La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur »

Je souhaiterais adresser ma gratitude la plus vive au Professeur Pascal Ancel, qui a rendu possible la réalisation de ce travail et m'a accompagnée avec bienveillance durant ces années, ainsi qu'aux membres du jury, qui ont accepté de juger le résultat de ces recherches.

Merci à mes proches, qui m'ont entourée avec beaucoup de constance et de chaleur, et plus particulièrement à Jeanne, ma filleule, à Charlotte, pour sa relecture et ses encouragements.

Merci enfin à Agathe, Charles, Flavie, Eugène, mes enfants. Avec votre affection et votre confiance en étendard, j'ai pu mener le combat jusqu'au bout !

À la mémoire de Marie-Louise Franc, de l'Abbé Mûre et de Titus.

SOMMAIRE

INTRODUCTION

PARTIE I

LA RÉCEPTION DE LA LÉGISLATION SPÉCIALE DE L'INTENTION DE CONTRACTER À L'ÉCHANGE DES CONSETEMENTS

Titre I : L'appréciation du champ d'application de la législation spéciale

Chapitre I : L'appréciation des exclusions en lien avec la notion de consommateur

Section I : L'appréciation de la notion d'activité professionnelle

Section II : L'appréhension des prêts aux personnes morales

Chapitre II : L'appréciation des exclusions liées aux seuils

Section I : L'appréciation des seuils temporels

Section II : L'appréciation des seuils monétaires

Titre II : Le rôle décisif de la jurisprudence dans l'élaboration d'une obligation d'information

Chapitre I : L'information de l'emprunteur

Section I : L'obligation d'information précontractuelle, d'une construction jurisprudentielle audacieuse à une injonction légale

Section II : L'articulation des différentes obligations d'information et la sanction des manquements

Chapitre II : L'information de la caution

Section I : L'information dérivée du droit commun, l'audace de la Cour de cassation

Section II : L'information issue du droit spécial, l'attitude pragmatique de la Première Chambre civile

PARTIE II
LA RÉCEPTION DE LA LÉGISLATION SPÉCIALE À PARTIR DE
L'ÉCHANGE DES CONSENTEMENTS

Titre I : La faculté de repentir de l'emprunteur

Chapitre I : Le délai de repentir

Section I : Les contours du délai de repentir

Section II : Le régime du délai de rétractation

Chapitre II : Le support du repentir

Section I : Les précisions de la Première Chambre civile quant à l'utilisation du bordereau de rétractation

Section II : Les précisions de la Première Chambre civile sur la question de la preuve et sur celle de la sanction

Titre II : Les questions en lien avec le droit processuel

Chapitre I : L'application large du délai biennal et ses conséquences

Section préliminaire : La nature du délai d'action

Section I : La soumission de tous les acteurs au délai biennal

Section II : Le choix du point de départ du délai d'action

Chapitre II : Les enjeux du relevé d'office

Section I : Les contours du relevé d'office et les réticences de la Cour de cassation

Section II : Les efforts conjugués des juges du fond et de la Cour de justice des communautés européennes pour élargir l'usage du relevé d'office

CONCLUSION

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS ET LOCUTIONS

A

Ab initio : dès le début

A contrario : par le contraire

act. : actualité

Adde : ajouter

Ad probationem : pour la preuve

Ad validitatem : pour la validité

A fortiori : *a fortiori ratione* : à plus forte raison

al. : alinéa

AN : Assemblée nationale

a posteriori : après coup

a priori : préalablement

art. : article

Ass. plén. : Assemblée plénière de la Cour de cassation

B

Banque : Revue Banque

Banque et Droit : Revue banque et droit

BICC : Bulletin d'information de la Cour de cassation

BOCCRF : Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes

Bull. : Bulletin

Bull. civ. : Bulletin civil de la Cour de cassation

Bull. civ. I ou Bull. I : Bulletin civil de la Cour de cassation (Première Chambre civile)

Bull. civ. II ou Bull. II : Bulletin civil de la Cour de cassation (Deuxième Chambre civile)

Bull. civ. III ou Bull. III : Bulletin civil de la Cour de cassation (Troisième Chambre civile)

Bull. civ. IV ou Bull. IV : Bulletin civil de la Cour de cassation (Chambre commerciale)

C

Cass. civ. 1^{ère} : Première Chambre civile de la Cour de cassation

Cass. civ. 2^{ème} : Deuxième Chambre civile de la Cour de cassation

Cass. civ. 3^{ème} : Troisième Chambre civile de la Cour de cassation

Cass. com. : Chambre commerciale de la Cour de cassation

C. : code

CA : Cour d'appel

CCC : Revue Contrats Concurrence Consommation

CEDH : Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales

CES : Conseil économique et social

Ch. mixte : Chambre mixte de la Cour de cassation

Chron. : chronique

CJCE : Cour de justice des Communautés européennes

CJUE : Cour de justice de l'Union européenne

CMF : Code monétaire et financier

CNIL : Commission nationale de l'informatique et des libertés

COJ : Code de l'organisation judiciaire

Comm. : commentaire

Contra. : en sens contraire

Contra legem : à l'encontre de la loi

CPC : Code de procédure civile

D

D. : Recueil Dalloz

D. Affaires : Dalloz affaires

Defrénois : Répertoire du notariat Defrénois

DGCCRF : Direction Générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes

DH : Recueil hebdomadaire de jurisprudence Dalloz (avant 1941)

DIRECCTE : Direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi

E

Éd. : éditions

éd. : édition

F

FICP : fichier national recensant les informations sur les incidents de paiement caractérisés liés aux crédits accordés aux personnes physiques pour des besoins non professionnels

G

GAJC : Grands arrêts de la jurisprudence civile

Gaz. Pal. : La Gazette du Palais

I

Ibid. : *ibidem* (au même endroit, sous-entendu : que le passage cité précédemment)

i. e. : *id est* : c'est à dire

In : dans

Infra petita : en-deçà de la demande

In fine : à la fin

IR : information rapide

J

J.-Cl. : Juris-classeur

JCP ou JCP G : La semaine juridique, édition générale

JCP E : La semaine juridique, édition entreprise

JCP N : La semaine juridique, édition notariale

JEX : juge de l'exécution

JO : Journal officiel

JORF : Journal officiel de la République française
JOCE : Journal officiel des Communautés européennes
JOUE : Journal officiel de l'Union européenne
Jur. ou jurisp. : jurisprudence

L

LGDJ : Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA : Les Petites Affiches

N

n° : numéro

O

Obs. : observations
Op. cit. : *opere citato* (déjà cité : article ou ouvrage déjà cité)

P

p. : page
Pan. : panorama de jurisprudence
PUF : Presses Universitaires de France

R

RD bancaire et bourse : Revue de droit bancaire et de la bourse (jusqu'en 1999)
RD bancaire et financier : Revue de droit bancaire et financier (depuis 1999)
RDC : Revue des contrats
Rev. Conc. Consom. : Revue de la concurrence et de la consommation
RJDA : Revue de jurisprudence de droit des affaires
RJJ : Revue de la recherche juridique
RLC : Revue Lamy de la concurrence
RLDC : Revue Lamy droit civil
RTD civ. : Revue trimestrielle de droit civil
RTD com. : Revue trimestrielle de droit commercial

S

s. : et suivant(s, es)

R. S. ou S. : Recueil Sirey (jusqu'en 1965)

S : Sénat

SARL : société à responsabilité limitée

somm. : sommaire

supra : plus haut

T

t. : tome

TAEG : taux annuel effectif global

TEG : taux effectif global

TGI : Tribunal de grande instance

Th. : thèse

TI : Tribunal d'instance

TUE : Traité sur l'Union européenne

TFUE : Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

U

UFC : Union fédérale des consommateurs Que choisir ?

Ultra petita : au-delà de la demande

V

V. : voir

v. : volume

INTRODUCTION

1. Le Code civil de 1804 est souvent présenté comme conçu autour d'une idée mère, celle de l'égalité des contractants. Une formule restée célèbre¹, « Qui dit contractuel dit juste »², va dans le même sens. Deux idées sous-tendent cette proposition. La première, qu'une personne n'est jamais obligée de contracter, c'est le principe de la liberté contractuelle. Si elle le fait, c'est qu'elle y trouve, nécessairement, un intérêt. La seconde, que le simple consentement suffit à engager, c'est le principe du consensualisme. L'engagement donne force obligatoire au contrat. Et réciproquement, le contrat n'engage les parties que parce qu'elles y consentent librement. En 1804, il existe peu de possibilités de remettre en cause le contrat, dès lors que le consentement n'a pas été vicié.

2. Peu à peu, cette vision égalitaire des rapports contractuels a toutefois cédé du terrain. L'essor industriel a bouleversé les modes de productions. Les biens sur le marché sont devenus plus nombreux, plus variés. Après la seconde guerre mondiale, une société dite « de consommation » a vu le jour dans les pays industrialisés, générant des relations économiques plus complexes. La liberté contractuelle a reculé. Certains contrats, dits « forcés », ont été imposés par la loi. Ainsi, le locataire d'un immeuble d'habitation est-il obligé de souscrire une assurance-habitation, le propriétaire d'un véhicule terrestre à moteur, obligé de l'assurer. Certains contrats ont été dictés par le mode de vie moderne, notamment en matière d'énergie, de téléphonie. La possibilité de négocier le contenu du contrat est devenue illusoire dans les contrats d'adhésion, très nombreux en pratique. La seule liberté reste alors celle de contracter ou non. Certains secteurs sont concurrentiels, d'autres non, ou moins, ce qui limite la liberté de choisir son cocontractant.

¹ Formule d' Alfred FOUILLÉE, in « *La science sociale contemporaine* », 2^{ème} éd., 1885, Paris, Hachette et Cie, p. 410.

² V. supra. Chapitre VI, Synthèse de la justice et de la fraternité : « Nous sommes frères parce que nous acceptons volontairement un même idéal en entrant dans la société et que nous nous obligeons à former une même famille ; nous sommes frères aussi parce que nous sommes naturellement membres d'un même organisme, parce que nous ne pouvons vivre ou nous développer les uns sans les autres, parce que notre moralité même est liée à l'état social et à la moralité de l'ensemble. En définitive, l'idée d'un organisme contractuel est identique à celle d'une fraternité réglée par la justice, car qui dit organisme dit fraternité, et *qui dit contractuel dit juste.* »

3. Le constat d'un déséquilibre, économique ou intellectuel, entre certains contractants, s'est progressivement imposé. Les pièges de la société de consommation ont été pointés du doigt par des philosophes³ et des économistes⁴, au départ aux États-Unis⁵. En droit, une nécessité est apparue, celle de protéger la partie en situation de faiblesse. Même si, en France, quelques lois étaient venues, dans la première moitié du XX^{ème} siècle⁶, tenter de corriger certains déséquilibres, la prise de conscience se fit surtout au cours des années 1970.

4. Le Code civil, bien qu'il proposât des mécanismes correcteurs, comme la théorie des vices du consentement ou le devoir d'exécuter les obligations de bonne foi, fut jugé insuffisant pour assurer une protection correcte de la partie victime du déséquilibre⁷. Selon Marie-Stéphane PAYET⁸ : « (...) le système juridique est construit sur le postulat de l'égalité de droit des personnes juridiques. » L'auteur ajoute ensuite : « À l'égalité de droit des sujets paraît s'opposer la reconnaissance de leur inégalité concrète ; au principe de l'autonomie de la volonté, la puissance économique. » Il a paru injuste de laisser perdurer ces inégalités. Et, si l'on veut bien se souvenir des propos du Doyen GÉNY⁹, cela semble justifié : « (...) la notion de justice, qui permet seule d'établir l'ordre et la paix dans la vie

³ MARCUSE Herbert, « *L'homme unidimensionnel* », 1968.

⁴ GALBRAITH John Kenneth, « *L'ère de l'opulence* » (trad. en français), 1972, BPI ; PACKARD Vance, « *La persuasion clandestine* », 1958.

⁵ Ralph NADER, avocat et homme politique américain né en 1934, a particulièrement œuvré pour la défense des consommateurs et l'émergence d'un droit de la consommation, notamment au sein de l'association *Public Citizen*. Il est à l'origine des principes directeurs des Nations-Unies relatifs à la protection des consommateurs.

⁶ Loi du 1^{er} août 1905 sur les fraudes et falsifications en matière de produits ou de services, JO du 5 août 1905 ; loi n°53-1090 du 5 novembre 1953 interdisant les procédés de vente dits « à la boule de neige », sous l'article L. 122-6 et s. du Code de la consommation ; décret n°53-968 du 30 septembre 1953 relatif à la vente à crédit des véhicules automobiles.

⁷ Pour le crédit à la consommation : STOUFFLET Jean et GAVALDA Christian, « *Droit bancaire* », Lexis Nexis, 9^{ème} éd., 2015, n°737.

⁸ PAYET Marie-Stéphane, « *Droit de la concurrence et de la consommation* », Thèse, Dalloz, 2001, p. 257.

⁹ GÉNY F., « *Science et technique en droit privé positif* », t. 2, Sirey, 1915, n°166, p. 369.

sociale ». Selon Jean STOUFFLET¹⁰, « La nécessité d'une protection du consommateur contre son cocontractant professionnel, mais aussi et surtout contre lui-même, est devenue pour de multiples opérations plus évidente et plus pressante. » L'utilité d'une protection autonome avait fait son chemin. Un nouveau droit vit le jour. Il prit le nom de droit de la consommation. Il fut, au départ, uniquement d'origine nationale.

5. Le droit européen s'associa ensuite à ce mouvement, mais avec une finalité différente, celle de concourir à la réalisation du marché intérieur : « Il reste que la conception européenne de la protection du consommateur qui transparaît dans les actuelles directives d'harmonisation maximale demeure, par son assujettissement au marché, étrangère aux finalités initiales du droit de la consommation français. »¹¹ Le Traité de Rome¹² ne contenait aucune disposition relative à la protection du consommateur. Il « se donnait pour objectif d'établir un marché commun par un rapprochement progressif des politiques économiques nationales. »¹³ Il fallut attendre une résolution de 1975 pour assister à un premier pas en faveur des consommateurs¹⁴. Des directives de protection des consommateurs furent par la suite adoptées, sur le fondement de l'article 100 du Traité de Rome. Les directives récentes sont adoptées sur le fondement de l'article 95 TCE, désormais article 114 TFUE. Plus récemment, la Charte des droits fondamentaux¹⁵ a érigé

¹⁰ STOUFFLET Jean, « *La protection du consommateur faisant appel au crédit – Premières réflexions sur la loi n°78-22 du 10 janvier 1978* », in Études offertes au Professeur Émérentienne de LAGRANGE, LGDJ 1978, p. 225 à 245.

¹¹ STOUFFLET Jean, « *La protection du consommateur faisant appel au crédit – Premières réflexions sur la loi n°78-22 du 10 janvier 1978* », in Études offertes au Professeur Émérentienne de LAGRANGE, LGDJ 1978, p. 225 à 245.

¹² Traité de Rome instituant la Communauté européenne, signé le 25 mars 1957.

¹³ SAUPHANOR-BROUILLAUD Natacha, POILLOT Élise, AUBERT de VINCELLES Carole, BRUNAUX Geoffroy, sous la direction de Jacques GHESTIN, « *Les contrats de consommation, règles communes* », Traité de droit civil, LGDJ, 2013, p. 3.

¹⁴ Résolution du Conseil du 14 avril 1975 concernant un programme préliminaire de la CEE pour une politique de protection et d'information des consommateurs, JOCE n° C 92/1 du 25 avril 1975.

¹⁵ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne proclamée le 7 décembre 2000 lors du Conseil européen de Nice.

la protection des consommateurs en droit fondamental. Le juge national peut invoquer cette Charte pour « interpréter le droit européen en faveur du consommateur »¹⁶.

6. Au plan international, il convient de souligner l'existence de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles¹⁷. Elle privilégie, à défaut de choix d'une autre loi par le consommateur, la loi de sa résidence habituelle si la conclusion du contrat a été précédée dans ce pays d'une proposition ou d'une publicité, si le consommateur a accompli dans ce pays les actes nécessaires à la conclusion du contrat ou si la commande du consommateur a été reçue dans ce pays. La Première Chambre civile a par ailleurs eu l'occasion d'affirmer, dans un arrêt du 19 octobre 1999, au visa de l'article 3 du Code civil et de la loi du 10 janvier 1978, que lorsque les conditions d'application de la Convention de Rome n'étaient pas réunies - en l'espèce elle n'était pas encore en vigueur - la législation consumériste sur le crédit à la consommation devait être appliquée en tant que loi de police¹⁸. Le règlement Rome I¹⁹ a repris avec quelques aménagements la Convention de Rome. Il en résulte que la loi du pays de résidence habituelle du consommateur est applicable si le professionnel exerce son activité dans ce pays ou s'il dirige son activité, par tous moyens, vers ce pays. Les parties peuvent choisir une autre loi mais ce choix ne doit pas conduire à offrir une protection moindre au consommateur.

7. Au plan national, les premiers textes consuméristes remontent au début des années 1970. Jusqu'en 1993, ils étaient dispersés, ce qui rendait leur diffusion et leur utilisation plus difficiles. Pour pallier cet inconvénient, une codification fut lancée. Elle se

¹⁶ SAUPHANOR-BROUILLAUD Natacha, POILLOT Élise, AUBERT de VINCELLES Carole, BRUNAUX Geoffroy, sous la direction de Jacques GHESTIN, « *Les contrats de consommation, règles communes* », Traité de droit civil, LGDJ, 2013, p. 5.

¹⁷ STOUFFLET Jean et GAVALDA Christian, « *Droit bancaire* », Lexis Nexis, 9^{ème} éd., 2015, n°740.

¹⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 19 octobre 1999, n°97-17650, Bull. I, n°281, p. 183 : « (...) la convention de Rome du 19 juin 1980 n'étant pas encore en vigueur, la loi française sur le crédit à la consommation du 10 janvier 1978 était d'application impérative pour le juge français (...) »

¹⁹ Règlement (CE) n°593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I).

fit en deux temps, la partie législative, par la loi du 26 juillet 1993²⁰, et la partie réglementaire, par le décret du 27 mars 1997²¹. Le premier Code de la consommation vit ainsi le jour en 1993. L'idée d'une codification *ab initio* avait un temps été évoquée, seule susceptible d'offrir une rédaction harmonieuse et cohérente de la matière. Jean CALAIS-AULOY rendit à ce sujet, en 1984 et 1985, deux rapports tendant à l'élaboration d'un Code de la consommation construit et rédigé, mais ses propositions ne furent pas retenues par les gouvernants d'alors et ce fut finalement la codification à droit constant qui l'emporta. Le législateur ne fit donc pas œuvre de création, au sens propre du terme. Il regroupa les dispositions existantes, éparses, les ordonna autour d'un plan, mais la matière, à proprement parler, ne fut pas modifiée. Il a souvent été reproché au Code de la consommation de manquer de lisibilité, d'unité, ce qui est souvent le cas des codes réalisés à droit constant. La reprise de dispositions issues d'autres codes, sous d'autres numéros, a aussi été critiquée, car susceptible de générer confusion et erreurs. Certains semblent le voir comme un fourre-tout pathétique et sans cohérence. Ces critiques sont certes fondées mais il serait dommage de ne pas souligner les aspects positifs de l'initiative. Le Code de la consommation²² a tout d'abord le mérite d'exister, sous un nom simple, explicite. Il a aussi le mérite de regrouper, en un seul ouvrage, une législation foisonnante, pour ne pas dire tentaculaire. Conçu avant tout pour être pratique, ce code offre aux consommateurs ou – soyons réalistes – plus probablement aux praticiens du droit de la consommation, un ensemble organisé de textes susceptibles de leur être utiles. L'ouvrage est ainsi un joyeux capharnaüm où se côtoient dispositions sur le courtage matrimonial, normes de fabrication du chocolat ou encore définition du magret de canard. Il est permis d'y voir un outil pragmatique et utile.

8. Les contrats soumis au Code de la consommation sont extrêmement variés. Peuvent-ils être regroupés sous le nom générique de « contrats de consommation » ?

²⁰ Loi n° 93-949 du 26 juillet 1993 relative au Code de la consommation (partie législative).

²¹ Décret n° 97-298 du 27 mars 1997 relatif au Code de la consommation (partie réglementaire).

²² Le Code de la consommation est divisé en cinq livres. Le troisième livre, consacré à l'endettement, comprend les dispositions relatives au crédit à la consommation qui nous intéressent.

Certains auteurs estiment que non. Ainsi, Stéphane PIÉDELIÈVRE²³ écrit-il que « (...) même si le législateur a essayé de remédier à cette question, il n'existe pas de définition pertinente du consommateur pas plus qu'il n'existe de contrats spécifiques de consommation. » De même, dans sa thèse, Nathalie RZEPECKI²⁴ soutient-elle : « Le contrat de consommation n'existe pas. Que l'on cherche à le caractériser par la qualité des parties au contrat ou que l'on s'attache à sa nature, tant économique que juridique, on aboutit à un échec. Il n'y a que des contrats de consommation, se ressemblant certes, mais non réductibles à une même espèce, voire à un même genre. » À l'inverse, Natacha SAUPHANOR, Élise POILLOT, Carole AUBERT de VINCELLES et Geoffray BRUNAUX²⁵ défendent l'idée d'un contrat de consommation, corroborée par l'existence de règles communes aux différents contrats de consommation : « La mise en lumière de l'existence de règles du Code de la consommation communes à tous les contrats de consommation permet d'en déduire l'existence d'un genre, au singulier, le contrat de consommation. » Ces auteurs soulignent aussi : « L'expression « contrat de consommation » ne figure dans aucune disposition du Code de la consommation. »²⁶ Pour Denise POMBIELH²⁷, « la dénomination « contrat de consommation » correspond à une réalité (...) : celle d'un contrat conclu par un consommateur et soumis, de ce fait, aux dispositions spéciales du droit de la consommation ». Il s'agit d'une catégorie « qui n'est pas définie en tant que telle par le législateur mais qui se présente comme un critère d'application de dispositions du Code de la consommation (...) »²⁸. Selon Guy

²³ PIÉDELIÈVRE Stéphane, « *Droit de la consommation* », Economica, 2^{ème} éd., 2014.

²⁴ RZEPECKI Nathalie, « *Droit de la consommation et théorie générale du contrat* », Thèse, Strasbourg, 1998, PUAM, 2002. Il convient de souligner que cette thèse a été soutenue en 2002, à une époque où les règles communes aux différents contrats de consommation étaient moins nombreuses.

²⁵ SAUPHANOR-BROUILLAUD Natacha, POILLOT Élise, AUBERT de VINCELLES Carole, BRUNAUX Geoffray, sous la direction de Jacques GHESTIN, « *Les contrats de consommation, règles communes* », Traité de droit civil, LGDJ, 2013, notamment n°82.

²⁶ Ibid, n°9.

²⁷ POMBIELH Denise, « *L'incidence du droit de consommation sur l'évolution du droit des contrats* », Thèse, Université de Pau, 2002.

²⁸ SAUPHANOR-BROUILLAUD Natacha, POILLOT Élise, AUBERT de VINCELLES Carole, BRUNAUX Geoffray, sous la direction de Jacques GHESTIN, « *Les contrats de consommation, règles communes* », Traité de droit civil, LGDJ, 2013, n°11.

RAYMOND²⁹, la catégorie de « contrat de consommation » a « désormais acquis droit de cité. »

9. La notion de consommateur n'a, quant à elle, été définie que très tardivement par le législateur français. Dans le langage courant, le consommateur est une « personne qui achète pour son usage des biens - denrées, marchandises - et des services. »³⁰ Dans le langage juridique, il serait « celui que protège le droit de la consommation (parce qu'il est profane) ; celui que défendent les associations de consommateurs (parce qu'il est isolé) »³¹. En 1993, le Code de la consommation ne proposa pas de définition du consommateur, dans quelque acte de consommation qu'il fût engagé. Il fallut attendre la loi du 28 janvier 2005³² tendant à conforter la confiance et la protection du consommateur, dite loi CHATEL I³³, pour qu'une loi française propose une première définition du consommateur : les personnes physiques en dehors de leurs activités professionnelles. Le consommateur fut alors clairement identifié comme une personne physique, reprenant en cela la restriction issue du droit communautaire. Cette première définition ne fut néanmoins pas intégrée au Code de la consommation, mais au Code des assurances. L'emblématique Code de la consommation ne contenait toujours pas de définition de celui auquel il était dédié. Il fallut encore attendre la loi du 1^{er} juillet 2010³⁴, qui transposa la directive du 23 avril 2008 sur le crédit à la consommation³⁵, pour qu'il accueille sa première définition du consommateur, en l'occurrence un emprunteur, qui sera l'objet de toute notre attention³⁶. La loi transposa ici fidèlement la directive, restreignant la notion

²⁹ RAYMOND Guy, « *Droit de la consommation* », Lexis Nexis, 3^{ème} éd., 2015, n°58.

³⁰ Le grand Larousse illustré 2014.

³¹ CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2013, p. 248.

³² Loi n°2005-67 du 28 janvier 2005, tendant à conforter la confiance et la protection du consommateur, dite loi CHATEL I, article 2, JORF du 1^{er} février 2005.

³³ Luc CHATEL est un homme politique français né en 1964, membre du Parti Les Républicains. Il était député et rapporteur de ce projet de loi.

³⁴ Loi n°2010-737 du 1^{er} juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation, JORF du 2 juillet 2010.

³⁵ Directive 2008/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs et abrogeant la directive 87/102/CEE du Conseil.

³⁶ Article L311-1 du Code de la consommation.

aux seules personnes physiques agissant dans un but étranger à leur activité commerciale ou professionnelle. La formule est regrettable car elle offre, à l'image de toutes les directives consuméristes, une approche restrictive de la notion de consommateur. La mention « toute personne physique » exclut toutes les personnes morales, sans distinction. Pourtant, la directive, si elle était d'harmonisation totale, n'en autoriserait pas moins les législations nationales à élargir son champ d'application³⁷. Cela mérite d'être souligné car, comme le précise Hélène CLARET³⁸ à propos des directives : « (...) ces dernières, principal instrument de l'harmonisation, n'emportaient plus seulement (contrairement à ce qu'implique leur définition) une obligation de moyens mais une obligation de résultat. » L'auteur ajoute un peu plus loin : « (...) elles se présentent comme des directives d'harmonisation totale ne laissant aux États membres que très peu de marge de manœuvre pour préserver, par exemple, des dispositions nationales offrant un niveau de protection supplémentaire aux consommateurs³⁹. » Le législateur français a ici fait le choix de suivre à la lettre la définition contenue dans la directive. Positionnée au début du code, cette définition aurait irradié tous les contrats de consommation. Ce ne fut cependant pas le cas. Cantonnée aux contrats de crédit à la consommation, elle laissa une fois encore le code sans définition générale du consommateur. Compte tenu des réserves qui viennent d'être formulées, il était permis de ne pas le regretter. Ultime pierre à l'édifice, l'article 2

³⁷ Directive 2008/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs et abrogeant la directive 87/102/CEE du Conseil, considérant n°10, (partie) : « Les définitions contenues dans la présente directive déterminent la portée de l'harmonisation. L'obligation qui incombe aux Etats membres de mettre en œuvre les dispositions de la présente directive devrait, dès lors, être limitée au champ d'application de la présente directive, tel qu'il résulte de ces définitions. Toutefois, la présente directive devrait être sans préjudice de l'application par les Etats membres, conformément au droit communautaire, (...) des dispositions de la présente directive à des domaines qui ne relèvent pas de son champ d'application. *Dès lors, un Etat membre pourrait maintenir ou introduire des dispositions nationales correspondant aux dispositions de la présente directive ou à certaines de ses dispositions pour les contrats de crédit n'entrant pas dans le champ d'application de la présente directive, par exemple les contrats de crédit dont le montant est inférieur à 200 EUR ou supérieur à 75 000 EUR. En outre, les Etats membres pourraient également appliquer les dispositions de la présente directive au crédit lié qui ne relève pas de la définition du contrat de crédit lié figurant dans la présente directive. Par conséquent, les dispositions sur le contrat de crédit pourraient être appliquées aux contrats de crédit qui ne servent qu'en partie à financer un contrat relatif à la fourniture de biens ou la prestation de services. »*

³⁸ CLARET Hélène, « *Le défi du langage (Déterminabilité d'un droit européen des contrats et pluralisme linguistique)* », in « *Les défis de l'harmonisation européenne du droit des contrats* », Université de Savoie, Lextenso, 2012, p. 46 s.

³⁹ Ibid. L'auteur cite la directive relative au crédit aux consommateurs (Dir. 2008/48 du 23 avril 2008).

de la directive du 25 octobre 2011⁴⁰ relative aux droits des consommateurs, selon lequel le consommateur est « toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale. » Là encore, la formule offre une énumération malvenue car incomplète, ne mentionnant pas l'activité agricole. Et là encore, la référence à une personne physique est regrettable car elle exclut expressément du champ d'application l'ensemble des personnes morales. Cette directive a été transposée par la loi du 17 mars 2014⁴¹ relative à la consommation, dite loi HAMON⁴². Dans le dossier législatif, l'avis formulé au nom de la Commission des lois du Sénat indique, au sujet de l'article 3 consacré à la définition du consommateur⁴³ : « Contrairement au droit français, le droit communautaire procède très souvent à base de définition des termes qu'il emploie, afin de fixer clairement son champ d'application. En l'espèce, concernant le droit de la consommation, caractérisé par une forte emprise du droit communautaire, il peut paraître utile d'intégrer dans le Code de la consommation une définition du consommateur, afin de clarifier le champ des personnes protégées par ce code, sous réserve de l'appréciation de la jurisprudence, étant entendu en outre que cette définition générale du consommateur ne s'appliquera pas à l'ensemble des dispositions du code, car certaines comportent une définition particulière, par exemple en matière de clauses abusives ou de crédit à la consommation ». Il ressort du même avis, un peu plus loin : « En d'autres termes, le législateur national pourrait donner un effet aux dispositions de transposition au-delà du seul champ de la directive. S'agissant des droits des consommateurs, il serait donc loisible au législateur d'étendre certaines dispositions à des personnes physiques agissant dans un cadre professionnel voire à des personnes morales. Il a semblé préférable à votre rapporteur, dans un souci de clarté, de laisser le soin au juge, s'il y a lieu, d'attribuer le bénéfice des droits des consommateurs dans certains cas particuliers à des professionnels personnes physiques ». Par ces mots, le

⁴⁰ Directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs.

⁴¹ Loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, dite « loi HAMON ».

⁴² Benoît HAMON est un homme politique français, membre du Parti Socialiste, qui fut Ministre délégué à l'économie sociale et solidaire et à la consommation du 16 mai 2012 au 31 mars 2014.

⁴³ Dossier législatif de la loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, consulté sur le site www.senat.fr

rapporteur réaffirme bien la latitude du législateur français d'étendre le champ d'application de la directive, mais il semble suggérer de ne pas l'utiliser et de laisser le juge étendre « s'il y a lieu » le dispositif à des professionnels personnes physiques. Le rapporteur ne se prononce en revanche pas sur l'extension à certaines personnes morales. C'est dommage. Pourquoi ne pas donner dès la loi, dans la loi, des moyens au juge en adoptant une définition large de la notion de consommateur, c'est à dire en supprimant toute référence à la notion de personne physique. Cela aurait permis d'ouvrir la protection à certaines personnes morales et à certains professionnels personnes physiques. C'est sûrement une occasion manquée d'affirmer la spécificité de la conception française en matière de droit de la consommation⁴⁴. La France avait été un moteur en cette matière, bien avant que la Communauté européenne ne s'y intéresse, et elle a entendu largement la notion de consommateur. En adoptant cette définition, issue du droit communautaire, elle a rebroussé chemin. C'est aussi, peut-être, une occasion manquée pour le législateur de manifester sa confiance envers les juges du fond et leur Cour régulatrice. Qui mieux que les juges du fond, sous le contrôle de la Cour de cassation, serait à même d'adapter la généralité bienvenue de la loi aux cas d'espèce ? L'article 3 de la loi du 17 mars 2014 offre donc une définition générale décevante du consommateur, insérée dans le Code de la consommation, juste avant le livre 1^{er}, dans un article préliminaire : « Au sens du présent code, est considérée comme un consommateur toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale. » Le positionnement de cette définition générale en préambule du Code de la consommation et son application, dès lors, à tous les contrats de consommation⁴⁵, amplifie la déception.

10. Comme nous venons de le voir, le droit de la consommation est né d'une volonté de rééquilibrer les forces en présence dans des contrats devenus par nature déséquilibrés. La nécessité d'une protection de la partie victime du déséquilibre est

⁴⁴ Rapport fait au nom de la Commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire sur la proposition de loi (n°1141) de MM. Luc-Marie CHATEL et Jacques BARROT, tendant à redonner confiance au consommateur, par M. Luc-Marie CHATEL, député, I B – La force du droit de la consommation français.

⁴⁵ Sauf ceux qui relèvent, comme le crédit à la consommation, d'une définition spécifique.

apparue. Cette nécessité, selon Jean STOUFFLET, « (...) est particulièrement accusée lorsque le consommateur fait appel au crédit qui a pour double conséquence d'accroître la technicité de l'opération et, par conséquent, ses risques et d'affaiblir la défense du consommateur contre les séductions et services qui lui sont offerts puisque disparaît le frein que constitue l'obligation du paiement au comptant.»⁴⁶ Le consommateur-emprunteur est donc un consommateur particulièrement vulnérable.

11. Le site du ministère de l'Économie donne du crédit à la consommation la définition suivante : « Le crédit à la consommation est le crédit, accordé par un établissement de crédit, qui permet à un particulier de financer ses achats de biens et de services, avec affectation ou non à une dépense précise. »⁴⁷ Selon un rapport du Conseil économique et social⁴⁸ : « Le crédit à la consommation « recouvre les crédits accordés par les banques, établissements financiers ou établissements à statut spécifique, aux particuliers en vue de financer soit leurs dépenses courantes, soit des achats de biens durables. » Il s'agit d'un mode de financement de dépenses de la vie courante que le Code de la consommation distingue très nettement des crédits souscrits en vue d'acquiescer un bien immobilier, aussi les expressions de « crédit mobilier » et « crédit immobilier » ont-elles cours. Il ne sera pas question dans cette étude de la législation sur le crédit immobilier. Toutefois, les décisions transposables au crédit à la consommation, ou susceptibles d'apporter un éclairage bienvenu, seront évoquées. L'actuel article L311-1, 4^o du Code de la consommation donne une définition du crédit à la consommation : « une opération ou un contrat par lequel un prêteur consent ou s'engage à consentir à l'emprunteur un crédit sous la forme d'un délai de paiement, d'un prêt, y compris sous forme de découvert ou de toute autre facilité de paiement similaire, à l'exception des contrats conclus en vue de la fourniture d'une prestation continue ou à exécution successive de services ou de biens de même nature et aux termes desquels l'emprunteur en règle le coût par paiements échelonnés pendant toute la durée de la fourniture ». Sont

⁴⁶ STOUFFLET Jean, « *La protection du consommateur faisant appel au crédit – Premières réflexions sur la loi n°78-22 du 10 janvier 1978* », in Études offertes au Professeur Émérentienne de LAGRANGE, LGDJ 1978, p. 225 à 245.

⁴⁷ Définition donnée sur le site www.economie.gouv.fr

⁴⁸ Rapport du Conseil économique et social, n°3, 1983.

potentiellement visés : la vente à crédit ou à tempérament, la location-vente, la location avec option d'achat, le prêt personnel, le découvert, le crédit renouvelable, s'ils rentrent dans le champ d'application de la loi spéciale. Ce champ d'application, et son appréciation par la jurisprudence, feront l'objet de développements qui leur seront dédiés.

12. Le crédit à la consommation s'est développé dès le début du XXe siècle. Les grands magasins parisiens, comme La Samaritaine, ont très tôt proposé des systèmes de paiement échelonné à leurs clients. L'industrie automobile, florissante dans l'entre-deux guerres, a utilisé les mêmes leviers⁴⁹. La société dite « de consommation » s'est ensuite développée, le crédit du même nom en favorisant l'essor. Des organismes spécialisés⁵⁰ ont vu le jour et les établissements bancaires ayant déjà pignon sur rue se sont mis, eux aussi, à proposer des solutions de financement. Le recours au crédit pour financer l'achat de biens et de services s'est banalisé. Le crédit à la consommation est aujourd'hui au cœur des enjeux économiques⁵¹. Même si la société de consommation a démontré ses limites, même si d'autres voix s'élèvent, prônant d'autres manières de consommer, d'envisager le rapport aux choses et, par là même, aux êtres, un constat s'impose : notre économie actuelle repose en grande partie sur la consommation. Les données statistiques sur la consommation des ménages sont attendues fiévreusement et commentées largement, tant par les politiques que par les journalistes. La consommation augmente la croissance et la

⁴⁹ La SOVAC, établissement de crédit, est créé en 1920 par Citroën ; la DIAC est créée en 1928 par Renault.

⁵⁰ Pour exemples : la SOFINCO – Société de financement industriel et commercial –, créée en 1951 par la fédération nationale de l'ameublement, est aujourd'hui une filiale du Crédit Agricole ; la CETELEM – Compagnie pour le financement des équipements électro-ménagers -, créé en 1953, est une filiale de la banque BNP Paribas.

⁵¹ Crédit à la consommation, actualité T2 2015, mis en ligne le 24/09/2015 sur le site www.banque-france.fr : La reprise du crédit à la consommation se poursuit. L'encours de crédit à la consommation aux ménages (particuliers et entrepreneurs individuels) poursuit sa hausse en France à un rythme annuel proche de 2% depuis octobre 2014 (+2,1% en juin 2015). Le crédit à la consommation progresse également en Italie (+10,3%), en Espagne (+1,7%) et en Allemagne (+1,7%). Les taux d'intérêt des prêts amortissables français demeurent sensiblement inférieurs à ceux observés dans la zone euro (4,4% contre 6,0%). La croissance des crédits de trésorerie aux seuls particuliers (+2,6%) est tirée par tous les types de prêts, hormis les crédits renouvelables, qui continuent à se contracter. En juin 2015, le total des crédits à la consommation des particuliers représente en France 148,3 milliards d'euros : 72,3 M€ pour les prêts personnels non affectés, 15,1 M€ pour les prêts affectés, 7,6 M€ pour les découverts et 20,2 M€ pour les crédits renouvelables.

croissance sauvegarde l'emploi. Le citoyen est prévenu. Toute l'ambiguïté de la législation sur le crédit à la consommation vient aussi de là : le législateur doit, tout à la fois, protéger le consommateur des dangers que recèle le crédit, et encourager le marché qui ne saurait vivre sans consommation. En réalité, l'expression même de protection du consommateur recèle plusieurs sens. Entendue dans un sens large, elle vise l'ensemble des règles qui structurent la marche de l'économie, qui vise à assainir le marché. Dans ce cas, la protection du consommateur n'est qu'indirecte. Entendue dans un sens étroit, elle vise cette fois les règles qui cherchent à protéger le consommateur, directement.

13. La première loi relative au crédit à la consommation fut, au plan national, la loi du 10 janvier 1978⁵², dite loi SCRIVENER I⁵³, relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit. Une première directive européenne sur le crédit à la consommation fut adoptée en 1986⁵⁴. Vinrent ensuite la loi du 31 décembre 1989⁵⁵, dite loi NEIERTZ I⁵⁶ relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles, la loi du 8 février 1995⁵⁷ concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et social, la loi du 1^{er} août 2003⁵⁸ de sécurité financière, la loi du 28 janvier 2005⁵⁹ tendant à conforter la confiance et la protection du

⁵² Loi n°78-22 du 10 janvier 1978 relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit, JORF du 11 janvier 1978.

⁵³ Christiane SCRIVENER est une femme politique française libérale née en 1925. Elle a été Secrétaire d'État à la consommation sous plusieurs gouvernements, de 1976 à 1978, avant d'embrasser une carrière de député européen.

⁵⁴ Directive 87/102/CEE du 22 décembre 1986 relative au rapprochement des dispositions légales, réglementaires et administratives des États membres en matière de crédit à la consommation.

⁵⁵ Loi n°89-1010 du 31 décembre 1989, relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles, JORF du 2 janvier 1990.

⁵⁶ Véronique NEIERTZ est une femme politique française, membre du Parti Socialiste, née en 1942. Son nom est notamment associé à la lutte contre le surendettement, la publicité comparative, l'affichage des prix.

⁵⁷ Loi n°95-96 du 1^{er} février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et social, JORF du 22 février 1995.

⁵⁸ Loi n°2003-706 du 1^{er} août 2003 de sécurité financière, JORF du 2 août 2003.

⁵⁹ Loi n°2005-67 du 28 janvier 2005 tendant à conforter la confiance et la protection du consommateur, JORF du 1^{er} février 2005.

consommateur, dite loi CHATEL I et la loi du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs⁶⁰. La directive de 1986 fut ensuite abrogée et remplacée par une directive de 2008⁶¹, transposée en droit français par la loi du 1^{er} juillet 2010⁶² portant réforme du crédit à la consommation. Enfin, une directive de 2011⁶³ relative aux droits des consommateurs fut transposée par la loi du 17 mars 2014, dite loi HAMON, relative à la consommation⁶⁴. Le droit français adopta donc, dès 1978, une législation propre au crédit à la consommation, qui fut fréquemment modifiée et subit l'influence croissante du droit européen. Ces dispositions sont d'ordre public⁶⁵. Comme le suggère Gérard CORNU⁶⁶, l'ordre public vise tantôt la protection de l'intérêt général, tantôt la protection d'une catégorie particulière de citoyens. Partant de ce constat, la doctrine a proposé de distinguer l'ordre public de direction et l'ordre public de protection. L'ordre public de direction vient protéger l'intérêt général tandis que l'ordre public de protection protège, lui, un intérêt particulier⁶⁷. La violation d'une règle relevant de l'ordre public de direction est sanctionnée par la nullité absolue de l'acte. Cette nullité peut être invoquée par toute personne y compris le juge. La violation d'une règle relevant d'un ordre public de protection est sanctionnée, elle, par la nullité relative de l'acte. Elle ne peut en principe être invoquée que par la personne que la règle tend à protéger. En droit international privé, la notion d'ordre public permet d'évincer une loi étrangère, désignée par la règle de conflit de lois, mais qui serait en contradiction avec les conceptions

⁶⁰ Loi n°2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs, JORF du 4 janvier 2008.

⁶¹ Directive 2008/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs et abrogeant la directive 87/102/CEE du Conseil.

⁶² Loi n°2010-737 du 1er juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation, JORF du 2 juillet 2010.

⁶³ Directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs.

⁶⁴ Loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, JORF du 18 mars 2014.

⁶⁵ Article L313-17 du Code de la Consommation (anciennement article L313-16).

⁶⁶ CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2013, p. 718.

⁶⁷ COUTURIER Gérard, « *L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve* », in Études offertes à Jacques FLOUR, 1979, Répertoire du notariat Defrénois, p. 95 s. : « L'ordre public de protection » est très généralement présenté comme une sous-catégorie à l'intérieur de l'ensemble plus vaste que constitue l'ordre public économique ».

fondamentales de la loi du for. La protection du consommateur procède de ces deux variantes de l'ordre public. Parce que les consommateurs constituent une catégorie particulière d'individus, les règles qui les protègent émanent d'un ordre public de protection. Et parce qu'à travers leur protection, c'est aussi la protection du marché qui est recherchée, ces mêmes règles émanent d'un ordre public de direction.

14. La nécessité d'une protection particulière ayant été exposée, il convient de présenter maintenant celui qui en est le bénéficiaire. Comme nous avons pu le voir, le consommateur-emprunteur n'a été que très récemment défini dans le droit français. La loi du 10 janvier 1978 excluait tous les prêts « destinés à financer les besoins d'une activité professionnelle, ainsi que les prêts aux personnes morales de droit public ». Par ces deux exclusions, l'une concernant les personnes morales, l'autre visant le financement d'une activité professionnelle, la loi modelait le visage du consommateur emprunteur. Peu après l'adoption de cette loi, Jean STOUFFLET soulignait : « Il apparaît que si les rédacteurs de la loi ont fait un réel effort pour délimiter avec clarté son domaine d'application, ils n'ont pu éviter toute incertitude. Il ne faut pas s'en étonner. Dès l'instant que l'on renonce à des critères juridiques éprouvés au profit de concepts socio-économiques sans traduction juridique comme celui de consommateur (non exprimé mais présent dans les articles 2 et 3), on s'expose à de telles difficultés ». La loi du 1^{er} juillet 2010⁶⁸, qui a transposé la directive du 23 avril 2008 sur le crédit à la consommation⁶⁹, est venue offrir au Code de la consommation sa toute première définition du consommateur, en l'occurrence un emprunteur. Cette définition n'est donc pas une définition générale. Elle est aujourd'hui présente à l'article L311-1 : « Toute personne physique qui est en relation avec un prêteur, dans le cadre d'une opération de crédit réalisée ou envisagée dans un but étranger à son activité commerciale ou professionnelle. » La loi a ici fidèlement transposé la directive du 23 avril 2008, restreignant la notion de consommateur aux seules personnes physiques agissant dans un but étranger à leur activité commerciale ou professionnelle. Nous avons déjà souligné combien cette acception restrictive de la notion de consommateur nous

⁶⁸ Loi n°2010-737 du 1^{er} juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation, JORF du 2 juillet 2010.

⁶⁹ Directive 2008/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs et abrogeant la directive 87/102/CEE du Conseil.

semblait regrettable. Une question préjudicielle fut posée à la Cour de justice de l'Union européenne au sujet du caractère approprié ou non de la transposition d'une directive d'harmonisation complète en matière de contrats de crédit aux consommateurs. Dans sa réponse, la CJUE affirma, au travers de son arrêt *Volksbank Romania* du 12 juillet 2012⁷⁰, que les États membres pouvaient appliquer des dispositions de cette directive à des domaines qui ne relevaient pas de son champ d'application. Le législateur français n'était donc pas contraint de recourir à la formule « toute personne physique ». Il aurait pu s'abstenir, s'en tenir à une nécessaire absence de professionnalité et laisser une porte ouverte à l'appréciation des juges du fond, au cas par cas.

15. Le contrat de crédit à la consommation, nous l'avons vu, occupe une place importante dans la vie de nombreux citoyens. Il est au cœur des enjeux économiques. C'est un sujet au carrefour de différentes disciplines⁷¹, qui a déjà fait l'objet d'un certain nombre d'études, en droit bien sûr, mais aussi en sociologie, en psychologie, en sciences de gestion et en sciences économiques. En droit, cinq thèses soutenues lui sont dédiées. La toute première, celle de Nicole CHARDIN, envisage les liens entre le crédit à la consommation et la théorie de l'autonomie de la volonté. Deux autres thèses ont comme terrain d'étude un droit étranger. Une quatrième propose une étude de droit comparé. Enfin, la thèse de Camille ALLIEZ traite du rôle du juge, de manière générale. Ce travail propose de traiter le sujet du crédit à la consommation sous un angle nouveau, au travers de la lecture qu'en fait, ou a pu en faire, la jurisprudence. Il est intitulé : « La réception par

⁷⁰ CJUE, 12 juillet 2012, *Volksbank Romania*, affaire C-602/10 : « L'article 22, paragraphe 1, de la directive 2008/48/CE du Parlement européen et du Conseil, du 23 avril 2008, concernant les contrats de crédit aux consommateurs et abrogeant la directive 87/102/CEE du Conseil, doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à ce qu'une mesure nationale visant à transposer cette directive en droit interne incluse dans son champ d'application matériel des contrats de crédit, tels que ceux en cause au principal, ayant pour objet l'octroi d'un crédit garanti par un bien immobilier, alors même que de tels contrats sont expressément exclus du champ d'application matériel de ladite directive en vertu de l'article 2, paragraphe 2, sous a), de celle-ci. »

⁷¹ CHARDIN Nicole, « *Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté* », Thèse, 1987 ; XIAOHONG Ren, « *Responsabilité du prêteur vis-à-vis du consommateur en droit américain* », Thèse, 2005 ; BOUKNANI Ahmed, « *Le crédit à la consommation en droit marocain* », Thèse, 2006 ; ALLIEZ Camille, « *L'office du juge en matière de crédit à la consommation* », Thèse, 2008 ; PEREIRA Wellerson Miranda, « *La protection des consommateurs dans les opérations de crédit - étude de droit comparé franco-brésilien* », Thèse, 2010. Source : www.theses.fr

la jurisprudence de la législation sur le crédit à la consommation ». En voici maintenant la genèse.

16. Selon notre postulat de départ, qui se nourrissait de constatations, le droit du crédit à la consommation était un droit spécialement dédié au consommateur de crédit, un droit jeune, foisonnant, qui semblait être une mécanique de précision, était souvent ajusté, faisait l'objet d'une volonté politique forte, était présenté comme performant. L'hypothèse de départ était alors celle d'un droit spécial efficace, c'est à dire parvenant à assurer, à lui seul, une protection effective du consommateur-emprunteur. L'approfondissement de la matière amena toutefois à un constat « intermédiaire » plus nuancé. La volonté de protéger le consommateur sans brusquer le marché rendait cette législation sensible politiquement et sujette aux pressions. Le droit spécial du crédit à la consommation semblait, après une étude plus fine, présenter des failles, des faiblesses rédactionnelles ou de fond. En somme, des défauts grippaient le système. De plus, ce droit pourtant jeune était instable, car trop fréquemment modifié. L'hypothèse de départ évolua elle aussi. Elle n'était plus celle d'un droit spécial performant mais celle d'un droit spécial présentant des lacunes. Il fallait découvrir si le droit spécial du crédit à la consommation était aussi protecteur de l'emprunteur que l'on pouvait de prime abord l'imaginer. Pour y parvenir, plusieurs méthodes pouvaient être envisagées. Il était possible de faire une étude de la législation spéciale en elle-même afin d'y déceler les protections mises à la disposition du consommateur-emprunteur, d'analyser leur cohérence, leur pertinence. Cela permettait de répondre à la question de la protection du consommateur-emprunteur dans la loi⁷². Mais cela ne permettait pas de répondre à celle de sa protection *effective*. Il manquait le versant lié à l'application de la loi par le juge. Il sembla alors intéressant de se tourner vers une étude de la jurisprudence, pour chercher comment elle faisait vivre ce droit spécial bien singulier. Il fallait déterminer quel type de jurisprudence allait être le matériau de cette étude. Pourquoi ne pas étudier les décisions rendues par les juges du fond - Tribunaux d'instance et Cours d'appel - sur le sujet ? La démarche permettait de se pencher sur l'application très concrète de la législation consumériste, de serrer au plus près les réalités

⁷² Une étude d'impact de la loi n°2010-737 du 1^{er} juillet 2010 a par ailleurs été réalisée par le cabinet Athling à la demande du CCSF (Comité Consultatif du Secteur Financier). Elle a été rendue en septembre 2012. Elle est consultable sur le site www.banque-france.fr

du terrain. Mais ce choix se confrontait à deux écueils. Matériellement, il semblait presque impossible de rendre compte de toutes les décisions des juges du fond. De plus, il manquait l'appréciation, le regard unificateur de la Cour de cassation. Seule l'étude de ce regard pouvait permettre de jauger vraiment l'efficacité de la législation spéciale, une fois « digérée » par le circuit judiciaire. Le terrain d'étude s'est alors imposé : il fallait étudier les décisions de la Première Chambre civile, celle des chambres de la Cour de cassation qui comporte, dans ses attributions, les questions en lien avec la « législation en matière de protection des consommateurs, à l'exception du surendettement »⁷³.

17. Quelle était l'attitude de la Première Chambre civile confrontée aux défauts de cette législation spéciale ? Était-elle déroutée, hésitait-elle ? Le droit commun lui était-il d'un quelconque secours ? Confrontée à un droit commun ancien, qui évolue lentement, la Cour de cassation sait adopter des positions assez pérennes, qui évoluent lentement. Mais qu'en est-il, confrontée à un droit jeune et instable comme le droit du crédit à la consommation ? À quoi ressemble ce haut degré de protection revendiqué par le texte spécial une fois passé dans le « laboratoire » de la Première Chambre civile ? De plus, la législation sur le crédit à la consommation, nous l'avons vu, est aujourd'hui fortement imprégnée de droit européen. Bien qu'il ne s'agisse pas d'un travail sur le droit européen, il semblait indispensable de présenter les éclairages qu'avait pu apporter la CJUE sur l'application du droit du crédit à la consommation. Certains tribunaux d'instance n'ayant pas hésité à la solliciter par le biais de questions préjudicielles, le contenu des réponses qu'elle y apporta sera analysé.

18. La problématique servant de fil conducteur à ce travail a donc été la manière dont la jurisprudence de la Première Chambre civile et celle de la CJUE ont reçu, accueilli, le droit spécial du crédit à la consommation, depuis sa récente création. Le but n'était pas de faire une étude systématique de toutes les règles encadrant le contrat de crédit à la consommation. L'objectif était de souligner, de mettre en lumière certains aspects de cette législation qui avaient connu des difficultés d'application et d'observer l'attitude adoptée par la jurisprudence. Une approche partielle s'imposait. La lecture d'écrits sur le sujet et

⁷³ Source : site www.courdecassation.fr

l'examen des arrêts rendus⁷⁴ par la Première Chambre civile a permis d'identifier les éléments de la législation spéciale qui avaient soulevé des difficultés ou révélaient une position marquée de la jurisprudence. Parmi ces éléments, il fallut encore faire des choix. Les thèmes d'étude choisis l'ont alors été en raison d'une difficulté d'application plus grande, d'une résistance particulière des juges du fond, d'un débat doctrinal fort. Il y a aussi eu, il serait vain de le nier, une part de subjectivité dans ces choix : un goût plus prononcé pour une notion ou une curiosité plus vive pour une autre ont certainement pesé dans la balance au moment des arbitrages nécessaires.

19. Lorsque fut venu le temps d'organiser les développements et de choisir un plan, il a tout d'abord été envisagé de distinguer les domaines dans lesquels la jurisprudence semblait accueillir avec bienveillance la législation spéciale et ceux dans lesquels, au contraire, elle semblait en freiner l'application. Cette idée a néanmoins dû être abandonnée car, sur une même question, la jurisprudence pouvait se montrer changeante, sans qu'une logique, une ligne directrice, ne se dégage. Les deux axes s'entremêlaient, risquant d'aboutir à des redites. Un plan distinguant le droit processuel et le droit substantiel a ensuite été expérimenté. Cependant, pour certains éléments, la frontière semblait plus difficile à dessiner. Là encore, les imbrications entre les deux parties risquaient de rendre le découpage aléatoire et les redites, inévitables. L'idée d'un découpage qui suivrait pas à pas le consommateur de crédit, tout au long de son parcours contractuel, s'est alors fait jour. Un découpage chronologique, distinguant la phase précontractuelle, celle précédant le moment de la rencontre des consentements, de la phase contractuelle, a donc finalement été retenu. Ce choix présente l'avantage de la cohérence et de la simplicité. Il permet aussi de « vivre » la relation contractuelle du consommateur de crédit pas à pas, d'en identifier chemin faisant les écueils. Ce choix ne fait toutefois pas ressortir la problématique d'ensemble du travail. Cette problématique sera traitée au travers de chaque question soulevée, au sein même des développements.

⁷⁴ Une étude de toutes les décisions parues depuis l'entrée en vigueur de la loi du 10 janvier 1978 sur le site www.legifrance.fr a permis d'isoler, par les mots-clés utilisés, les points de tension.

20. Il semble, enfin, opportun de préciser qu'à ce jour Cour de cassation n'a pas encore eu à se prononcer sur un contrat de crédit à la consommation souscrit sous l'empire de la loi de 2010. Toutes les décisions étudiées dans ce travail ont donc été rendues sous l'empire des précédentes législations.

21. Examinons maintenant comment la jurisprudence a accueilli la législation sur le crédit à la consommation, celle qui encadre la période précontractuelle (première partie), puis celle qui encadre la période courant à partir de l'échange des consentements (deuxième partie).

PREMIÈRE PARTIE : LA RÉCEPTION DE LA LÉGISLATION SPÉCIALE DE L'INTENTION DE CONTRACTER À L'ÉCHANGE DES CONSENTEMENTS

22. En matière de crédit à la consommation, le souci d'une bonne information de l'emprunteur imprègne fortement la période précontractuelle. Son objectif est d'éclairer le mieux possible l'emprunteur potentiel sur le contrat qu'il envisage de souscrire. Pour y parvenir, le législateur s'est appuyé sur un formalisme informatif très pointilleux, présenté comme une protection efficace du consentement du consommateur. Mais ce formalisme informatif originaire était-il réellement efficace ? A-t-il été suffisant pour apporter cette information à laquelle le consommateur-emprunteur était en droit de prétendre ? Il conviendra de rechercher comment la jurisprudence a fait vivre ce formalisme informatif. Auparavant, il semble opportun de s'arrêter quelques instants sur le champ d'application de la législation spéciale. Comme cela a été souligné en introduction, le visage du consommateur a, au départ, été dessiné en creux, au travers des exclusions posées par la loi. Mais comment la jurisprudence a-t-elle entendu ces exclusions : largement ou au contraire de manière stricte ? De même, tous les crédits ne sont pas soumis à la législation spéciale. Des seuils, monétaires et temporels, viennent border le champ d'application du texte consumériste. Quelle lecture la jurisprudence a-t-elle fait de ces exclusions ? D'une manière générale, a-t-elle cherché à élargir le champ de la législation spéciale ou au contraire à le circonscrire ? À qui et à quels crédits la législation spéciale est-elle destinée ? Dans un premier temps, l'appréciation par la jurisprudence du champ d'application de la loi spéciale sera présentée (titre 1). Puis, dans un second temps, sera présenté le rôle décisif de la jurisprudence dans l'élaboration d'une obligation d'information plus adaptée (titre 2).

Titre 1 : L'appréciation du champ d'application de la législation spéciale

23. Le législateur consumériste a prévu deux sortes d'exclusions pour border le champ d'application de la loi spéciale. Une première série d'exclusions a permis de dessiner le visage du consommateur, celui qui peut souscrire un contrat de crédit à la consommation. Une seconde série d'exclusions a permis de déterminer les crédits pouvant relever de la législation spéciale. Pour répondre à la qualification de crédit à la consommation, et entrer dans le giron de la législation consumériste, le crédit doit avoir été souscrit par un consommateur et ne pas se situer au-delà ou en deçà de seuils fixés par la loi. Mais comment la jurisprudence a-t-elle entendu les exclusions en lien avec la notion de consommateur ? Quel critère a-t-elle utilisé pour déterminer si un prêt relevait, ou non, de la sphère professionnelle ? Quel sort a-t-elle réservé aux personnes morales ? Les petites associations, les syndicats de copropriétaires, ont-ils été admis dans le champ de la législation spéciale ? De même, quelle lecture la jurisprudence a-t-elle fait des seuils fixés ? La loi spéciale a posé des délais, sans toutefois indiquer leur point de départ. Comment la jurisprudence a-t-elle pallié cette carence ? Les développements qui vont suivre permettront de comprendre comment la jurisprudence a fait vivre ces exclusions, ces restrictions posées par la loi spéciale, celles en lien avec la notion de consommateur (chapitre 1), tout d'abord, puis celles résultant de seuils (chapitre 2).

Chapitre 1 : L'appréciation des exclusions en lien avec la notion de consommateur

24. Comme cela a été exposé en introduction, le visage du consommateur emprunteur a évolué depuis la loi SCRIVENER I⁷⁵ du 10 janvier 1978. L'on est passé d'une acception large⁷⁶, issue du droit interne, n'excluant expressément que les personnes morales de droit public et les prêts destinés au financement d'une activité professionnelle, à une acception stricte, fruit d'un texte communautaire⁷⁷, réservée aux seules personnes physiques, en dehors de leur activité professionnelle. Il convient alors d'observer l'accueil réservé par la jurisprudence aux exclusions posées sous l'empire de la première législation. Tout au long de ces années, a-t-elle entendu largement ou, au contraire, de manière restrictive, cette notion de financement des besoins d'une activité professionnelle ? A-t-elle soumis les associations sportives, les syndicats, les sociétés, en somme toutes les personnes morales de droit privé, à la législation spéciale ? La définition plus stricte apparue dans le code des assurances avec la loi dite CHATEL I⁷⁸ de 2005, qui exclut expressément toutes les personnes morales, a-t-elle eu une incidence sur l'acception de la notion de consommateur-emprunteur ? Dans un premier temps, sera étudiée la manière dont la jurisprudence a entendu cette notion de financement d'une activité professionnelle (I), puis, dans un second temps, l'accueil qu'elle a réservé aux prêts souscrits par une personne morale autre que « de droit public » (II).

⁷⁵ Loi n°78-22 du 10 janvier 1978 relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit, JORF du 11 janvier 1978.

⁷⁶ Rapport du Président de la République sur l'ordonnance n°2005-136 du 17 février 2005 relative à la garantie de conformité du bien au contrat due par le vendeur au consommateur, JO du 18 février 2005 : « La France a eu l'occasion d'étendre la notion de consommateur aux professionnels concluant des contrats atypiques ainsi qu'à certaines personnes morales. »

⁷⁷ Directive 2008/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs.

⁷⁸ Loi n°2005-67 du 28 janvier 2005 tendant à conforter la confiance et la protection du consommateur, article 2, JORF du 1^{er} février 2005.

I – L’appréciation de la notion d’activité professionnelle

25. La question du rattachement à la législation spéciale est délicate pour certains crédits en lien avec une activité professionnelle. Doivent-ils en être systématiquement exclus ? Si la réponse est négative, alors quel critère utiliser pour déterminer ceux qui y seront soumis et ceux qui en seront exclus ? L’utilisation réelle des fonds a pu être un critère déterminant pour certaines juridictions du fond⁷⁹, tandis que d’autres ont privilégié la destination contractuelle, la volonté des parties telle qu’elle ressortait du contrat⁸⁰. La Première Chambre civile a, elle aussi, éprouvé des difficultés à choisir un critère (§1), avant de se fixer et d’imposer un formalisme que la loi ne prévoyait pas (§2).

§ 1 – Le choix laborieux d’un critère par la Première Chambre civile

26. La Première Chambre civile s’est au départ focalisée sur la compétence technique de l’emprunteur (A) puis sur la finalité du crédit (B), pour déterminer si ce dernier relevait de la législation spéciale.

A – Le critère de la compétence technique de l’emprunteur

27. Au départ, la Première Chambre civile s’est attachée aux compétences techniques (1) de l’emprunteur, pour déterminer s’il devait ou non bénéficier de la législation spéciale. Elle a ensuite abandonné ce critère (2).

1 - L’admission du critère de la compétence technique

28. La Première Chambre civile admit qu’un professionnel, passant un contrat dans le cadre de sa profession mais dans un domaine où il n’avait aucune lumière, pouvait être considéré comme un consommateur. Cette position jurisprudentielle laissait un large pouvoir d’appréciation aux juges du fond. La souplesse qu’elle générait était intéressante.

⁷⁹ CA Versailles, 1er décembre 1995, rendu après TGI Nanterre, 25 novembre 1992 ; JCP E 1996, n°8, 22 février, pan. 247, pas de pourvoi.

⁸⁰ CA Paris, 29 octobre 1996 ; RJDA 1997, n°238.

L'arrêt de principe fut rendu par la Première Chambre civile le 28 avril 1987⁸¹. Les faits concernaient une agence immobilière, laquelle avait acheté un système d'alarme pour ses locaux. Le système s'avéra défectueux mais certaines clauses du contrat empêchaient sa résolution, de même que la réparation des dommages. L'agence immobilière assigna la société installatrice. Amenée à se prononcer, la Cour d'appel⁸² déclara nulles plusieurs clauses du contrat, sur le fondement consumériste des clauses abusives⁸³. La société installatrice forma un pourvoi, contestant notamment l'application de la législation sur les clauses abusives à un contrat entre professionnels. La Première Chambre civile rejeta le pourvoi et affirma : « les juges d'appel ont estimé que le contrat conclu entre Abonnement téléphonique et la société Pigranel échappait à la compétence professionnelle de celle-ci, dont l'activité d'agent immobilier était étrangère à la technique très spéciale des systèmes d'alarme et qui, relativement au contenu du contrat en cause, était donc dans le même état d'ignorance que n'importe quel autre consommateur ». Elle opéra un contrôle normatif lourd du raisonnement tenu par la Cour d'appel, qu'elle valida. Il ressort de cet arrêt que la législation consumériste devait être appliquée lorsque le professionnel se trouvait dans le même état d'ignorance que n'importe quel autre consommateur. En l'espèce, la compétence de l'agent immobilier ne pouvait aller jusqu'à la technologie des systèmes d'alarme et l'agence devait, de ce fait, être traitée comme un consommateur. La Première Chambre civile confirma cette orientation dans un arrêt de cassation du 25 mai 1992, au visa notamment de la loi du 10 janvier 1978 sur le crédit à la consommation⁸⁴. Il s'agissait là encore de l'achat et du financement d'un système d'alarme, mais pour un magasin de vêtements cette fois. La qualification du prêt était discutée. La Cour d'appel estima que les contrats de vente et de prêt étaient tous deux destinés à des besoins professionnels. Sur pourvoi de l'acquéreur, la Première Chambre civile affirma que le contrat, qui concernait l'installation d'un système d'alarme, échappait à la compétence professionnelle de la commerçante. Elle en déduisit que cette

⁸¹ Cass. civ. 1^{ère}, 28 avril 1987, n°85-13674, Bull. I. n°134, p. 103, rejet, JCP G 1987. II. 20893.

⁸² CA Aix-en-Provence, 19 mars 1985.

⁸³ Loi n°78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services.

⁸⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 25 mai 1992, n°89-15860, Bull. I. n°162, p. 111, cassation pour violation de l'article 3 de la loi n°78-22 du 10 janvier 1978.

commerçante se trouvait dans le même état d'ignorance que n'importe quel autre consommateur et censura le raisonnement de la Cour d'appel⁸⁵. La même vision ressortait encore d'un arrêt rendu par la Première Chambre civile le 20 octobre 1992⁸⁶. Il s'agissait cette fois d'un plombier qui avait souscrit un contrat d'assistance juridique. La Cour de cassation reprit *in extenso* les termes utilisés par le juge du Tribunal d'instance « un artisan plombier chauffagiste ne saurait être considéré comme un professionnel lorsqu'il souscrit un contrat d'assistance juridique par l'intermédiaire d'un professionnel » avant d'ajouter que « le contrat échappait à la compétence professionnelle de M. Y... qui se trouvait ainsi dans le même état d'ignorance que n'importe quel autre consommateur ». Donc, lorsqu'il contractait en dehors de son domaine de compétence traditionnel, le professionnel devait être considéré comme un consommateur et se trouver dans le champ d'application du droit de la consommation. Cette approche permettait d'élargir le champ d'application des dispositions protectrices. Elle avait aussi la grande vertu de laisser une marge d'appréciation aux juges du fond, en fonction des circonstances de l'espèce et sous le contrôle de la Cour régulatrice. Elle faisait de la notion de consommateur une notion souple, aérée. Dans un arrêt du 17 juillet 1996⁸⁷, il était cette fois question d'un prêt, qualifié de professionnel dans le contrat mais accordé à un salarié. Un litige étant survenu, la question du délai d'action du prêteur fut mise en discussion. Qualifié de crédit à la consommation, le prêt était soumis au délai de deux ans et l'action du prêteur était tardive. Dans le cas contraire, il y échappait et l'action du prêteur était recevable. L'emprunteur contestait donc la réalité de la qualification contractuelle. La Cour d'appel d'Angers⁸⁸ la maintint néanmoins. Elle ne rechercha pas, comme cela lui avait été demandé, si le salariat de l'emprunteur, lors de la souscription, ne s'opposait pas à une qualification professionnelle. Elle fut sanctionnée par la Première Chambre civile pour ne pas avoir effectué cette recherche. La qualité de l'emprunteur aurait donc pu être

⁸⁵ CA Rouen, 23 mars 1989.

⁸⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 20 octobre 1992, n°89-16736, inédit, rejet du pourvoi contre TI Saint-Brieuc, 10 octobre 1988.

⁸⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 17 juillet 1996, n°94-18524, inédit.

⁸⁸ CA Angers, 24 mai 1994.

déterminante selon la Première Chambre civile. L'arrêt semblait sous-entendre que le statut de salarié aurait pu chasser la finalité professionnelle.

29. De son côté, la CJCE admit l'acception française large de la notion de consommateur, tout en soulignant que le droit communautaire ne permettait pas d'établir une « distinction entre les actes de pratique courante et ceux qui présentent un caractère exceptionnel »⁸⁹.

30. La Cour de cassation abandonna malheureusement ce critère lié à la personne de l'emprunteur et tira de ses compétences professionnelles.

2 - L'abandon du critère de la compétence technique et la naissance du critère tenant à la finalité du crédit

31. Dans un arrêt rendu le 8 juillet 1997⁹⁰, la Première Chambre civile abandonna le critère tiré de la compétence technique de l'emprunteur, dont elle avait fait usage jusqu'alors, et opta pour le critère de la finalité du crédit, certes plus respectueux des textes. Il s'agissait d'un prêt consenti à une commerçante pour les besoins exclusifs de son activité professionnelle, son conjoint étant co-emprunteur. L'épouse fut placée en redressement judiciaire et l'époux, poursuivi en tant que co-emprunteur. La Cour d'appel⁹¹ accéda à la demande du prêteur. L'époux co-emprunteur se pourvut en cassation, estimant pouvoir bénéficier de la loi du 10 janvier 1978. Il fit valoir qu'il s'était certes engagé en tant que co-emprunteur, mais que le prêt concernait l'activité professionnelle de son épouse et non la sienne. La Première Chambre civile rejeta ses arguments. Selon elle, étaient exclus les prêts « destinés à financer les besoins d'une activité professionnelle ». L'objet du prêt fut déterminant et non la personnalité du co-emprunteur. L'arrêt de la Cour d'appel fut cassé mais, sur ce point, le moyen fut rejeté. Il s'agissait là d'un abandon du critère tiré de la compétence professionnelle de

⁸⁹ CJCE, 14 mars 1991, C-361/89, affaire Di Pinto.

⁹⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 8 juillet 1997, n°95-11500, inédit ; RD bancaire et bourse 1997, p. 163, obs. CRÉDOT et GÉRARD.

⁹¹ CA Bourges, 29 novembre 1994.

l'emprunteur. Il s'agissait aussi d'une position sévère à l'égard des époux co-emprunteurs. En effet, les relations d'affection que le co-emprunteur entretient avec son conjoint peuvent diminuer sa vigilance, sa clairvoyance. Il est nécessairement influencé par ses sentiments, à des degrés variables qui s'égrènent de l'influence très légère et presque inconsciente à la contrainte ou au chantage affectif. Lorsque son activité professionnelle est à des années lumière de celle de son conjoint, il est très peu à même de cerner les enjeux et les risques de l'opération projetée. Certaines juridictions du fond n'avaient d'ailleurs pas hésité à le placer sous le manteau de la loi de 1978, lorsque son activité professionnelle était différente de celle financée par le prêt⁹². D'autres cependant avaient refusé⁹³. La Première Chambre civile fit de même dans cet arrêt, utilisant un critère nouveau, la finalité du crédit. Dans un arrêt du 18 février 2003⁹⁴, la Première Chambre civile fit montre d'une sévérité identique envers le conjoint co-emprunteur et utilisa ce même critère de la finalité du crédit. Une banque avait en l'espèce consenti à des époux, qui s'obligeaient solidairement, deux prêts. L'époux fut défaillant et l'épouse, poursuivie. Elle soutint que le prêteur devait être déchu de son droit aux intérêts car il ne leur avait pas présenté une offre préalable conforme aux exigences des articles L311-8 et suivants du Code de la consommation. La Cour d'appel⁹⁵ estima que les prêts ne présentaient pas un caractère professionnel pour l'épouse, qui était fonctionnaire. Elle appliqua pour la co-emprunteuse le critère de la qualité de la personne. Le prêteur aurait dû respecter à son égard les dispositions relatives au crédit à la consommation. Mais la Cour d'appel constata également que les prêts avaient été souscrits « pour financer les besoins de l'activité professionnelle de l'époux ». Amenée à se prononcer, la Première Chambre civile censura, au visa de l'article L311-3 du Code de la consommation, le raisonnement des juges du fond. Selon elle, la Cour d'appel n'avait « pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations ». Parce que les prêts en cause avaient été consentis pour financer les besoins de l'activité professionnelle de l'époux, ils étaient « exclus du champ d'application

⁹² CA Agen, 5 avril 1995, rendu après TGI Auch, 15 juin 1994 ; CCC 1995, n°171, obs. RAYMOND.

⁹³ CA Nancy, 29 octobre 1996, JCP G 1998. IV. 2357, pas de pourvoi.

⁹⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 18 février 2003, n° n°99-13454, inédit.

⁹⁵ CA Rennes, 14 janvier 1999.

de la législation sur le crédit à la consommation, peu important que cette activité professionnelle ne correspondît pas à celle de l'autre emprunteur ».

32. Le critère de la compétence de l'emprunteur, ou du co-emprunteur, plaçait l'humain, les situations réelles, au cœur de la décision de justice. Il demandait plus de temps, plus de réflexion, plus d'investissement aux magistrats qui n'avaient peut-être pas toujours la latitude de se livrer à un tel exercice. Mais il était aussi le gage d'une justice plus humaine. Et, s'il ne correspondait pas à la lettre du texte, qui évoquait très clairement une destination professionnelle, il correspondait en revanche parfaitement à son esprit.

33. La Cour de cassation avait donc choisi d'utiliser le critère tiré de la destination du crédit. Elle hésita cependant sur l'élément à prendre en compte pour l'utiliser.

B – Les errements de la Première Chambre civile, entre prise en compte de la finalité réelle des fonds empruntés et destination contractuelle

34. Si la lettre de la loi⁹⁶ engageait les juges à prendre en compte la finalité des fonds, elle ne précisait toutefois pas s'il s'agissait de la finalité réelle du crédit ou de la destination ressortant du contrat de prêt. La loi du 1^{er} juillet 2010⁹⁷ n'est d'ailleurs pas plus explicite. Face à cette incertitude, la Première Chambre civile a dû trancher. Elle a tâtonné. Dans un premier temps, elle a rejeté le critère de la destination réelle des fonds empruntés, avant de l'admettre, mais de manière éphémère (1), puis enfin consacrer le critère de la destination contractuelle (2).

⁹⁶ Loi n°78-22 du 10 janvier 1978 relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit, JORF du 11 janvier 1978.

⁹⁷ Loi n°2010-737 du 1^{er} juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation, JORF du 2 juillet 2010.

1 – Le rejet puis l'éphémère admission de la destination réelle des fonds empruntés

a - Le rejet de la destination réelle des fonds empruntés

35. Dans un arrêt du 4 mai 1999⁹⁸, la Première Chambre civile fit prévaloir la destination contractuelle sur l'utilisation réelle des fonds. La présidence de la chambre était assurée par le Président Jacques LEMONTEY. En l'espèce, un couple avait souscrit un emprunt pour l'acquisition d'un véhicule. Il avait par la suite sollicité la commission de surendettement, puis contesté les mesures prises par cette dernière. La Cour d'appel⁹⁹ releva que le contrat mentionnait bien, en objet du prêt, l'acquisition d'un véhicule à usage professionnel, mais que, dans les faits, le véhicule était aussi utilisé par le couple pour son usage personnel. Cet usage mixte n'était du reste pas contesté par le prêteur. Elle plaça le prêt sous le manteau de la législation spéciale et en déduisit que l'action du prêteur était tardive. Le prêteur forma un pourvoi contre cette décision. Au visa de l'article L311-3, 3°, la Première Chambre civile affirma, au travers d'un chapeau, que « sont exclus du champ d'application de la réglementation en matière de crédit à la consommation les prêts, contrats et opérations de crédit destinés à financer les besoins d'une activité professionnelle ». Ce chapeau reprenait d'ailleurs scrupuleusement les termes de l'article visé. La Première Chambre civile censura ensuite sèchement le raisonnement des juges du fond, reprochant à ces derniers d'avoir « méconnu la destination contractuelle du prêt ». L'époux, représentant de commerce, utilisait bien le véhicule pour les besoins de sa profession, mais ce véhicule était aussi le seul dont le couple eût l'usage. La Première Chambre civile aurait pu enjoindre aux juges du fond d'examiner plus précisément la manière dont le véhicule avait été utilisé, de rechercher le volume des déplacements professionnels et privés, ce que faisaient généralement les juridictions du fond¹⁰⁰.

⁹⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 4 mai 1999, n°97-04073, Bull. 1999, I, n°148, p. 98 ; D. 1999, p. 170 ; à rapprocher de Cass. civ. 1^{ère}, 23 mars 1999, D. 1999, IR p. 114.

⁹⁹ CA Dijon, 27 février 1997.

¹⁰⁰ Pour les prêts à usage mixte, professionnel et personnel, les juridictions du fond avaient une approche consensuelle, utilisant le critère du volume affecté aux deux usages, l'accessoire suivant alors le principal :

L'utilisation personnelle fut néanmoins sans influence sur la qualification du contrat. La destination contractuelle prima. L'on pouvait alors se demander si une finalité mixte, mais inscrite au contrat, excluait ou non la législation spéciale.

b - L'éphémère retour à la destination réelle des fonds empruntés

36. Dans un arrêt du 23 mai 2000¹⁰¹, la Première Chambre civile sembla revenir sur ses pas et donner plus de latitude aux juges du fond. La présidence de la chambre était cette fois assurée par le Président Guy CANIVET. Elle affirma que « la Cour d'appel, ayant souverainement apprécié que le prêt litigieux avait été consenti pour les besoins exclusifs d'une activité professionnelle, en a exactement déduit qu'il n'était pas soumis aux dispositions des articles L311-1 et suivants du Code de la consommation ». La Première Chambre civile rejeta le pourvoi de la caution, épouse de l'emprunteur. Elle n'utilisa cependant pas, ici, l'expression « destination contractuelle » mais évoqua une « appréciation souveraine » des juges du fond. Elle sembla donc enjoindre aux juges d'examiner la destination réelle des fonds empruntés, leur offrant par là même un rôle à jouer plus conséquent dans la qualification. Elle sembla aussi ouvrir la porte à une prise en compte de la finalité mixte d'un prêt, ce qui requiert un examen minutieux de la situation et exige du temps. Rechercher la destination contractuelle en exige moins.

37. Mais cette hésitation naissante fit long feu. Les arrêts suivants vinrent asseoir la primauté de la « destination contractuelle » sur l'utilisation réelle du crédit.

CA Paris, 9 novembre 1994, rendu après TGI Paris, 28 juin 1994, pas de pourvoi ; CA Versailles, 9 mai 1997, D. Affaires 1997, p. 828 ; CA Orléans, 22 juillet 1997, pas de pourvoi ; CA Versailles, 19 juin 1998, D. Affaires 1998. 1390, obs. V. AVENA-ROBARDET.

¹⁰¹ Cass. civ. 1^{ère}, 23 mai 2000, n°98-13784, Bull. civ. I, n°154, p. 101, rendu après CA Versailles, 30 janvier 1998.

2 - Le sacre de la destination contractuelle

38. La Première Chambre civile reprocha ainsi aux juges du fond, dans un arrêt du 18 décembre 2001¹⁰², de ne pas avoir recherché la « destination contractuelle du crédit ». La présidence de la chambre était assurée par le Président Jacques LEMONTEY. La Première Chambre civile fit ici un contrôle normatif de motivation et la décision des juges du fond fut cassée pour défaut de base légale. En omettant de faire cette recherche, la Cour d'appel n'avait pas mis la Cour de cassation en mesure d'exercer son contrôle. Elle adressa un reproche identique dans un arrêt du 22 mai 2002¹⁰³, relatif à un crédit-bail. Consenté à une société, il concernait un véhicule automobile. Le crédit-preneur ne s'étant pas acquitté correctement des redevances, le crédit-bailleur se tourna vers les cautions. Une action en justice s'ensuivit. Les premiers juges déboutèrent le crédit-bailleur, lui reprochant de ne pas leur avoir fourni de décompte de créance, omission qui ne leur avait pas permis de vérifier si l'action avait été engagée dans le délai de deux ans. Le crédit-bailleur fit appel. La Cour d'appel¹⁰⁴ de Saint-Denis de la Réunion estima que les premiers juges avaient méconnu le caractère professionnel du prêt. Elle exclut le contrat du champ de la législation sur le crédit à la consommation. Les cautions formèrent un pourvoi en cassation. Amenée à se prononcer, la Première Chambre civile reprocha à la Cour d'appel de ne pas avoir recherché la « destination contractuelle du crédit » et cassa la décision des juges du fond pour défaut de base légale.

39. En enjoignant aux juges du fond de faire cette recherche de la « destination contractuelle du crédit », la Première Chambre civile les contraignit à réduire leur champ d'investigation, ce que le texte ne requérait nullement, évoquant simplement la recherche de la finalité professionnelle du crédit.

¹⁰² Cass. civ. 1^{ère}, 18 décembre 2001, n°99-14544, Bull. civ. I, n°323 p. 205 ; JCP G 2001. IV. 1204, rendu après CA Versailles, 9 mai 1997.

¹⁰³ Cass. civ. 1^{ère}, 22 mai 2002, n°99-19916, inédit.

¹⁰⁴ CA Saint-Denis de la Réunion, 5 mars 1999.

40. Un autre arrêt, rendu le 22 janvier 2002¹⁰⁵, affirma de la même façon la nécessité d'une « destination contractuelle » du crédit mais reconnut aux juges du fond un pouvoir souverain d'appréciation de la « finalité professionnelle ». La présidence de la chambre était cette fois assurée par le Président Jean-Luc AUBERT. La Première Chambre civile affirma : « l'application de l'article L311-3 du Code de la consommation à une opération de crédit dépend de la destination contractuelle de celle-ci ; qu'ayant souverainement relevé que le découvert du compte avait une finalité professionnelle, la Cour d'appel a, par ce seul motif, légalement justifié sa décision ». Si la nécessité de la destination contractuelle est maintenue, la Première Chambre civile semble, ici, donner plus de latitude aux juges du fond, leur reconnaissant une appréciation souveraine de la présence ou non d'une telle destination contractuelle et n'effectuant qu'un contrôle restreint sur cette appréciation.

41. Des nuances d'interprétation sont donc perceptibles. Elles semblent laisser supposer que la personnalité du Président de chambre n'est pas sans incidence sur la teneur des décisions rendues.

42. Dans ces différents arrêts, la qualité des parties, l'utilisation concrète des fonds ou du bien acquis grâce à ces fonds, était indifférente. Seule comptait la « destination contractuelle », autrement dit ce qui ressortait du contrat. Les banquiers eurent dès lors tout intérêt à mentionner clairement dans leurs contrats la destination du crédit lorsqu'elle était professionnelle. Mais ils purent aussi être tentés d'indiquer une destination professionnelle dans le seul but de se soustraire aux rigueurs de la législation spéciale. C'était peut-être l'effet pervers le plus criant de cette position jurisprudentielle. Elle donnait toute puissance à la volonté des parties, qu'elle fût sincère ou non, en tout cas celle « exprimée », celle qui ressortait du contrat. La Cour de cassation est ensuite allée au-delà de ce qu'exigeait la loi, en imposant, à partir de 2003, de manière terriblement hardie et surprenante, un formalisme particulier.

¹⁰⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 22 janvier 2002, n°99-14855, inédit.

§ 2 - La naissance d'un formalisme imposé par la Première Chambre civile

43. Les arrêts cités précédemment imposaient aux juges du fond une recherche de la « destination contractuelle » du crédit sans préciser toutefois si l'expression de cette « destination contractuelle » devait prendre une forme particulière. La Cour de cassation se mit ensuite à exiger une « stipulation expresse » de professionnalité (A). Cette démarche qui, de prime abord, pouvait être perçue comme favorable aux intérêts du consommateur-emprunteur, s'avéra en réalité très contestable (B).

A - La nécessité d'une stipulation expresse

44. Par un arrêt de rejet du 27 mai 2003¹⁰⁶, la Première Chambre civile alla donc plus loin dans son raisonnement. Il s'agissait en l'espèce d'un compte, ouvert à une avocate. La banque lui avait consenti sur ce compte une autorisation de découvert. La destination du crédit n'était pas précisée dans le contrat. Assignée en paiement, l'emprunteuse contesta la compétence du Tribunal de grande instance au profit de celle du Tribunal d'instance. Le Tribunal de grande instance la suivit dans son raisonnement et se déclara incompétent. La banque fit appel de cette décision. Elle estimait que l'autorisation de découvert avait *a minima* une finalité mixte et lui déniait l'application du Code de la consommation. La Cour d'appel¹⁰⁷ jugea que la banque ne pouvait se prévaloir de l'utilisation du papier à en-tête et de l'adresse du cabinet, ni du versement des revenus sur le compte, pour en déduire un caractère professionnel. Elle admit une utilisation mixte du prêt, avant d'affirmer, de manière décisive, qu'aucun document n'en précisait la destination professionnelle. La banque se pourvut en cassation. Elle reprocha à la Cour d'appel de ne pas avoir recherché le volume d'opérations professionnelles, comme le faisaient généralement les juridictions

¹⁰⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 27 mai 2003, n°01-03781, Bull. civ. I n°130, p. 101 ; BONNET D., « *Le crédit à la consommation est présumé être contracté à des fins personnelles* », JCP G 2004, n°14, II, 10050 ; Banque et Droit sept.-oct. 2003. 74, obs. BONNEAU ; RJDA 2003, n°1232 ; Procédures 2003, n°12, 259, note Hervé CROZE.

¹⁰⁷ CA Paris, 24 janvier 2001.

du fond¹⁰⁸. En effet, lorsqu'aucune clause ne venait préciser l'affectation du prêt et que celle-ci était discutée, les juridictions du fond recherchaient le volume de crédit réellement affecté aux nécessités professionnelles. Elles faisaient ensuite application de l'adage *major pars trahit ad se minorem*¹⁰⁹. La destination du découvert était jugée professionnelle si le volume de crédit affecté aux besoins de l'activité professionnelle était supérieur à celui réservé à des fins personnelles¹¹⁰. Elle était jugée non professionnelle dans le sens contraire¹¹¹. Cette façon de procéder était aussi celle des tribunaux allemands qui se déterminaient au regard de la prépondérance de l'usage privé ou professionnel¹¹². En l'espèce, la Cour d'appel s'était contentée de souligner la finalité mixte du prêt, sans apprécier le volume affecté respectivement aux besoins professionnels et personnels, ce qu'évoquait le moyen. Il fut rejeté. La Première Chambre civile affirma que « la destination professionnelle d'un crédit ne peut résulter que d'une stipulation expresse ». En l'espèce, une telle stipulation était absente. Le crédit ne pouvait dès lors pas être professionnel. Elle confirma par cet arrêt que l'utilisation réelle du crédit – ici, mixte sans ambiguïté – était sans incidence sur sa qualification, personnelle ou professionnelle. Mais elle alla aussi plus loin. Les arrêts précédents enjoignaient aux juges du fond de rechercher la « destination contractuelle » du crédit sans préciser si elle devait prendre une forme particulière. L'arrêt du 27 mai 2003 renforça son exigence, réclamant une « stipulation expresse ». La destination contractuelle ne pouvait donc être ni implicite, ni tacite. Elle devait être formellement, explicitement exprimée¹¹³. Un critère formaliste vit le jour avec cet arrêt, nullement prévu par les textes. L'article L311-3, 3° excluait du champ de la législation spéciale les crédits « destinés à financer les besoins d'une activité professionnelle », sans toutefois préciser les critères pour reconnaître un tel crédit ni

¹⁰⁸ CA Paris, 9 novembre 1994, rendu après TGI Paris, 28 juin 1994, pas de pourvoi ; CA Versailles, 9 mai 1997, D. Affaires 1997, p. 828, pas de pourvoi ; CA Orléans, 22 juillet 1997, pas de pourvoi ; CA Versailles, 19 juin 1998, D. Affaires 1998. 1390, obs. V. AVENA-ROBARDET, pas de pourvoi.

¹⁰⁹ Littéralement : la plus grande partie entraîne à elle la moindre.

¹¹⁰ CA Orléans, 22 juillet 1997.

¹¹¹ CA Paris, 9 novembre 1994.

¹¹² OLG Naumburg, décision du 11 décembre 1997, NJW-RR, 1351, relative à l'application de la loi relative au crédit à la consommation aux contrats de leasing d'automobiles.

¹¹³ CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2013.

exiger un quelconque formalisme. La Première Chambre civile ajouta une condition à la loi. Ce principe fut de plus posé en des termes généraux. La formulation ne se limitait pas au cas débattu, celui du crédit mixte. Elle évoquait « un crédit », si bien que tout crédit était potentiellement visé. Cela a amené certains auteurs à affirmer que désormais, tout crédit était présumé souscrit à des fins personnelles, sauf s'il était clairement précisé dans le contrat qu'il était souscrit à des fins professionnelles¹¹⁴. L'exigence de forme posée par la Première Chambre civile tendit à élargir le champ d'application de la législation spéciale. Le droit de la consommation semblait promu au grade de droit commun du crédit. Il devenait un « droit par défaut dans le silence des parties »¹¹⁵, tandis que le droit commun ne trouvait plus à s'appliquer qu'en présence d'une clause contractuelle. Une telle évolution avait d'ailleurs été envisagée par Christophe JAMIN¹¹⁶, qui écrivait en 1995 : « Il n'est en effet pas impossible de penser que le droit engendré par ces multiples directives aboutira à plus ou moins long terme, et par touches successives, à un renversement du modèle de référence en matière contractuelle : l'exception ne sera plus alors le droit de la consommation, mais ce que nous avons encore l'habitude d'appeler le droit commun ». Effectivement, la lecture de cet arrêt conduit à voir dans la stipulation expresse de professionnalité une clause *electio juris*¹¹⁷, seule susceptible de déclencher l'application du droit commun. Le droit commun ne serait donc plus communément appliqué mais d'application seulement résiduelle, sur élection des parties.

45. Un arrêt de cassation rendu le 21 octobre 2003¹¹⁸, au visa de l'article L311-3 du Code de la consommation, offrit à la Première Chambre civile l'opportunité de confirmer

¹¹⁴ BONNET D., « Le crédit à la consommation est présumé être contracté à des fins personnelles », JCP G 2004, n°14, II, 10050.

¹¹⁵ Ibid.

¹¹⁶ JAMIN Christophe, « *Un droit européen des contrats ?* » in *Le droit privé européen*, sous la direction de Pascal de VAREILLES-SOMMIÈRES, Litec, 1995, p. 49 et s., n°12.

¹¹⁷ Littéralement clause de choix de la loi.

¹¹⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 21 octobre 2003, n°02-13026, Bull. civ. I, n°208, p. 164, rendu après CA Aix-en-Provence, 8 janvier 2002 ; CCC 2004, n°1, janvier 2004, comm. 15, Guy RAYMOND ; D. 2003, AJ 2829, obs. Céline RONDEY ; RTD com. 2004. P. 136-137, obs. Dominique LEGEAIS ; DAGORNE-LABBE Yannick, « *La détermination du caractère professionnel du crédit à la consommation* » ; LPA 11 octobre 2004, n° 203, p. 5, obs. Gilles PAISANT ; RDC 2004. 300, obs. BRUSCHI.

son orientation, en coiffant sa décision d'un chapeau. Elle s'en empara et affirma que « si, aux termes de ce texte, sont exclus du champ d'application de la réglementation les prêts, contrats et opérations de crédit destinés à financer les besoins d'une activité professionnelle, la destination formelle d'un crédit, même affecté à un compte professionnel, ne peut résulter que d'une stipulation expresse ». Elle confirma avec cette formule « même affecté à un compte professionnel » que le droit spécial était bien devenu le droit commun en matière de prêt. Les faits concernaient un médecin, titulaire d'un compte alimenté par ses revenus professionnels. La banque lui accorda sur ce compte un découvert, lequel alimenta par la suite un autre compte, personnel cette fois. Défaillant, le médecin fut assigné par la banque en paiement du découvert sur son compte professionnel. Il invoqua la forclusion de l'action de la banque, sur le fondement de la loi de 1978. Amenée à se prononcer, la Cour d'appel estima que le transfert des fonds du compte professionnel au compte personnel n'avait pas modifié la nature du prêt. Le médecin forma un pourvoi en cassation. La Première Chambre civile sanctionna le raisonnement de la Cour d'appel, l'offre préalable d'ouverture du découvert ne mentionnant pas que le crédit était destiné aux besoins de l'activité professionnelle. La Première Chambre civile avait affirmé dans ses arrêts précédents que la destination professionnelle d'un crédit ne pouvait résulter que d'une stipulation expresse. Elle précisa ici que cela valait également pour un prêt « affecté à un compte professionnel ». Cette précision était cependant peut-être un peu redondante. Le simple fait qu'il ait fallu une stipulation expresse démontrait par lui-même que la destination professionnelle du prêt ne pouvait pas être déduite d'autres éléments, l'affectation à un compte professionnel faisant partie de ces autres éléments. Quant à l'expression « destination formelle », au lieu de « destination professionnelle », elle semblait renforcer son exigence de formalisme, insister sur le fait que la « stipulation expresse » attendue était bel et bien une exigence de forme.

46. La Première Chambre civile formula la même exigence d'une « stipulation expresse » dans d'autres arrêts¹¹⁹, avec toujours la même formule lapidaire : « la

¹¹⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 23 mars 2004, n°02-19839, inédit ; Cass. civ. 1^{ère}, 22 novembre 2007, n°05-21714, inédit, rendu après CA Aix-en-Provence, 8 octobre 2004, CCC 2008, n°3, comm. 88, note Guy RAYMOND ; Cass. civ. 1^{ère}, 20 décembre 2007, Bull. civ. I, n°395, rendu après CA Caen, 18 avril 2006, D. 2008, AJ 220,

destination professionnelle d'un crédit ne peut résulter que d'une stipulation expresse ». Un arrêt très récent, rendu le 29 octobre 2014¹²⁰, vient encore en témoigner. Un couple avait été démarché. Il avait conclu un contrat portant sur l'installation de panneaux photovoltaïques et un contrat de crédit accessoire à cette vente. Un litige étant survenu au moment de l'installation, la société contesta alors la soumission du prêt aux dispositions du Code de la consommation. La Première Chambre civile retint que le contrat de crédit accessoire à la vente ne comportait aucune disposition stipulant de manière expresse et dépourvue d'ambiguïté la destination professionnelle du prêt. Elle affirma que la Cour d'appel en avait « exactement déduit que, même si une partie de l'électricité produite pouvait être revendue à un fournisseur d'énergie, le contrat de prêt litigieux était soumis aux dispositions du Code de la consommation ».

47. La Première Chambre civile atténua en revanche son exigence en présence d'un compte courant d'associés. Dans un arrêt du 13 mars 2008¹²¹, rendu au visa de l'article L311-3 du Code de la consommation, elle affirma : « (...) en statuant ainsi sans relever que la destination du crédit en cause dû au fonctionnement du compte en position débitrice résultait d'une stipulation expresse ou sans constater les éléments propres à caractériser l'existence d'un compte-courant, auquel les dispositions du Code de la consommation ne sont pas applicables, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision. » Les juges du fond pouvaient donc exclure un crédit du champ du Code de la consommation, d'une part lorsqu'une stipulation expresse indiquait la professionnalité du prêt, et, d'autre part, lorsqu'il existait des éléments propres à caractériser l'existence d'un compte courant. Il s'en évinçait qu'en présence d'un compte courant, le formalisme de la stipulation expresse n'était plus nécessaire pour démontrer la professionnalité du prêt. Il s'en évinçait également, pour le juge du fond, un pouvoir d'appréciation plus grand des éléments de faits. La Première Chambre civile confirma ce traitement particulier réservé

RTD com. 2008. 407, obs. BOULOC ; Cass. civ. 1^{ère}, 30 septembre 2008, n°04-12457, inédit, rendu après CA Chambéry, 9 décembre 2003, CCC 2008, n°12, décembre 2008, comm. 281, note Guy RAYMOND ; Cass. civ. 1^{ère}, 30 avril 2009, n°08-16167, inédit, rendu après CA Montpellier, 1^{er} avril 2008.

¹²⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 29 octobre 2014, n°13-23113, inédit.

¹²¹ Cass. civ. 1^{ère}, 13 mars 2008, n°07-12524, inédit, rendu après CA Nîmes, 14 novembre 2006 ; RTD com. 2008. 608, obs. LEGEAIS ; RJDA 2008, n°705.

au compte courant dans un arrêt du 6 janvier 2011¹²², affirmant que « si la destination professionnelle d'un crédit doit résulter d'une stipulation expresse, les dispositions régissant le crédit à la consommation ne sont pas applicables à la convention de compte courant à vocation professionnelle ». Soulignons encore une restriction posée par la CJCE le 3 juillet 1997¹²³, qui exclut du champ de la législation spéciale les crédits liés à la constitution d'une société. La question n'a semble-t-il pas été abordée ni en droit français, ni par la Cour de cassation.

48. En présence d'un compte courant, nul besoin donc de stipulation expresse de professionnalité du compte. En revanche, en dehors du compte courant, l'exigence d'une stipulation expresse de professionnalité demeure.

49. Cette rigueur formelle, ajoutée à la loi par la Première Chambre civile, n'est neutre ni pour le consommateur-emprunteur, ni pour les juges du fond. Bien que séduisante de prime abord, car semblant élargir le champ de la législation spéciale, elle distille en réalité peu d'avantages et beaucoup d'inconvénients. Il convient désormais de les analyser.

B – Les avantages et les inconvénients du formalisme imposé par la Première Chambre civile

50. Les rares avantages du formalisme imposé par la Première Chambre civile seront présentés (1) puis ses nombreux inconvénients (2).

1 - Les rares avantages

51. Le formalisme de la « stipulation expresse » est pour certains¹²⁴ gage de clarté. Il oblige les parties à bien spécifier dans le contrat la destination des fonds prêtés et offre

¹²² Cass. civ. 1^{ère}, 6 janvier 2011¹²², n°09-70651, Bull. 2011, I, n°3, rendu après CA Orléans, 22 janvier 2009 ; CCC 2011, n°3, comm. 80, note Guy RAYMOND.

¹²³ CJCE, 3 juillet 1997, C-269/95 – Francesco Benincasa c. Dentalkit Srl.

¹²⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 21 octobre 2003, n°02-13026, Bull. civ. I, n°208, p. 164, rendu après CA Aix-en-Provence, 8 janvier 2002 ; LPA 11 octobre 2004, n° 203, p. 5, « *Chronique de contrats spéciaux* », obs. Gilles PAISANT.

une plus grande sécurité juridique. Il peut effectivement sembler favorable à l'emprunteur puisqu'à défaut de mention expresse dans le contrat de prêt, la législation spéciale trouve à s'appliquer. Pour d'autres¹²⁵, il est aussi plus simple à mettre en œuvre, moins aléatoire pour le juge. Il évite les contestations *a posteriori* sur la nature exacte du prêt, professionnelle ou personnelle. La recherche d'une mention expresse – donc bien visible – dans un contrat est certes moins contraignante pour le juge que la recherche fine, au travers des faits, de la destination réelle du prêt. Elle requiert également moins de temps. Mais elle présente certains inconvénients qui seront développés ci-après. Quant à éviter les contestations *a posteriori*, cela n'est souhaitable que si la destination posée dans le contrat est sincère et conforme à la réalité. Si en revanche, la destination procède d'une manipulation du banquier pour soustraire le prêt aux rigueurs du Code de la consommation, alors il est heureux que l'emprunteur puisse ensuite invoquer la fraude.

2 - Les nombreux inconvénients ou effets pervers de ce formalisme

a - Le risque de stipulations mensongères dans les contrats de prêt

52. Certains prêteurs peuvent être tentés d'insérer des stipulations mentionnant la professionnalité du prêt, uniquement dans le but de se soustraire aux rigueurs de la législation consumériste. Dans ce cas, l'emprunteur perd une protection à laquelle il a pourtant droit. Et c'est à lui qu'il appartient de prouver la fraude en cas d'action en justice. Cette exigence de formalisme, ajoutée à la loi, peut alors devenir un piège pour le consommateur-emprunteur, en encourageant la fraude du banquier.

b - La réduction du rôle des juges du fond

53. Le rôle du juge se limite alors à une vérification de l'existence ou non de la stipulation expresse. Gilles PAISANT¹²⁶ s'interroge en ces termes : « Est-il sain que la prévision écrite l'emporte toujours sur la destination réelle des fonds ? Les juges du fond

¹²⁵ DAGORNE-LABBE Yannick, « *La détermination du caractère professionnel du crédit à la consommation* », LPA 24 juin 2004, n° 126, p. 20.

¹²⁶ LPA 11 octobre 2004, n° 203, p. 5, « *Chronique de contrats spéciaux* », obs. Gilles PAISANT.

n'ont-ils pas justement compétence pour tirer toutes les conséquences juridiques des situations de fait constatées ? » La sagesse de son propos ne peut qu'être louée. Lier les mains du juge n'est pas gage d'une justice humaine, rendue par des hommes, pour des hommes, au regard des circonstances. Cela aboutit à une justice aseptisée et déconnectée des réalités factuelles. Gilles PAISANT souligne aussi l'originalité de cette exigence formaliste. La même Première Chambre civile a su développer, en effet, en matière de démarchage à domicile, une jurisprudence bien différente. Sont exclus du régime protecteur les contrats présentant un « rapport direct » avec l'activité professionnelle de l'intéressé. Dans le silence de la loi, la Cour a considéré que l'existence ou l'absence de ce « rapport direct » relevait de l'appréciation souveraine des juges du fond et non d'une quelconque destination formelle de l'opération. Il pourrait en être de même pour la destination du prêt.

c - Le risque d'une dilution de la protection

54. L'exigence d'une stipulation expresse dans le contrat écarte la vraie question soulevée par la loi, celle de la destination du crédit. La stipulation est insérée à l'origine, dans le contrat. Elle donne certes une image de la destination du prêt, mais une image figée, qui ne correspond pas toujours à la réalité. Laisser aux juges du fond la latitude de déterminer la destination du prêt au regard des faits de l'espèce permet, au contraire, de coller davantage à la réalité, d'observer à quoi ont été concrètement utilisés les fonds prêtés. S'en tenir à une stipulation expresse peut aussi conduire à faire bénéficier de la législation spéciale des emprunteurs qui devraient en être exclus, entraînant une dilution de la protection. Ainsi, un prêt, à destination clairement professionnelle dans les faits, mais dont le contrat ne contient pas de stipulation expresse de professionnalité, se trouve soumis au Code de la consommation. Ce n'est pas sain. Selon Albert SALGUEIRO¹²⁷ : « La législation sur le crédit à la consommation a été édictée pour protéger le consommateur, c'est à dire celui qui contracte pour des besoins personnels, mais non pour sauver ceux ou celles qui, comme en l'espèce, agissent, sans équivoque, pour financer une activité professionnelle ». Pour Jean CALAIS-AULOY et Frank

¹²⁷ SALGUEIRO Albert, « *La destination professionnelle d'un crédit ne peut résulter que d'une stipulation expresse* », JCP E 2008, n°24, 1768, à propos de Cass. civ. 1^{ère}, 20 décembre 2007, n°06-16543.

STEINMETZ¹²⁸, ces personnes « savent en général se défendre contre les pièges du crédit, elles n'ont pas besoin du secours de la loi ».

d - L'ajout d'une condition à la loi

55. L'article L311-3, 3^o ancien excluait les financements à des fins professionnelles, il n'exigeait nullement la présence d'une stipulation expresse dans le contrat¹²⁹. L'examen de l'usage des fonds, de leur utilisation concrète, peut suffire aux juges du fond à révéler la destination professionnelle ou non du crédit. L'exigence d'une stipulation expresse de professionnalité dans le contrat va au-delà de la loi et ajoute une condition qui n'est nullement prévue par le texte.

e - L'émergence d'une clause d'*electio juris*

56. La stipulation expresse de professionnalité du prêt devient, *in fine*, le seul élément susceptible de déclencher l'application du droit commun. En ce sens, elle peut être assimilée à une clause d'*electio juris*, une clause de désignation du droit applicable. Elle vise ici à soustraire un crédit du champ de la législation spéciale et à le soumettre au droit commun du crédit. Lorsqu'elle est présente, un danger est donc latent. Si le crédit est vraiment à finalité professionnelle, la stipulation est alors conforme à la réalité et il n'y a rien à en dire. Le droit commun doit s'appliquer. Si l'utilisation est, en réalité, mixte, cela ne remet pas en cause non plus l'exclusion du droit de la consommation¹³⁰, la Cour de cassation n'ayant de toute façon pas accueilli cette notion, contrairement à la récente directive du 4 février 2014¹³¹. En revanche, si la stipulation professionnelle est fallacieuse -

¹²⁸ CALAIS-AULOY Jean et STEINMETZ Franck, « *Droit de la consommation* », Dalloz, 7^e éd., 2006, n° 348.

¹²⁹ L'actuel article L311-1 issu de la loi n°2010-737 du 1^{er} juillet 2010 ne l'exige pas davantage.

¹³⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 4 mai 1999¹³⁰, n°97-04073, Bull. 1999, I, n°148, p. 98, rendu après CA Dijon, 27 février 1997.

¹³¹ Directive 2014/17/UE du Parlement européen et du Conseil du 4 février 2014 sur les contrats de crédit aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage résidentiel et modifiant les directives 2008/48/CE et 2013/36/UE et le règlement (UE) n°1093/2010. Elle envisage la question du crédit mixte. Elle définit le consommateur à l'article 3, point a) : « toute personne physique qui, pour les transactions régies par la présente directive, agit dans un but étranger à son activité commerciale ou

certain prôteurs pouvant être tentés de faire signer des crédits estampillés « professionnels » à seule fin d'échapper aux rigueurs du code de la consommation - le danger se vérifie. La législation spéciale est écartée. Une simple stipulation vient alors à bout d'une législation d'ordre public, d'application impérative. Faire du droit spécial, censé plus protecteur, le droit commun, recèle en réalité des écueils.

Conclusion de section

57. Lorsque le crédit est souscrit par un particulier, pour ses besoins personnels, la question du rattachement à la législation spéciale ne pose pas de difficulté. Elle est en revanche plus délicate pour les crédits en lien avec une activité professionnelle. La loi exclut les prêts destinés à financer les besoins d'une activité professionnelle, mais ne donne pas le critère susceptible de les caractériser. La Première Chambre civile a, au départ, admis qu'un professionnel passant un contrat dans le cadre de sa profession mais dans un domaine où il n'avait aucune lumière, pouvait être considéré comme un consommateur. C'était le critère de la compétence technique, intéressant parce qu'il laissait un large pouvoir d'appréciation aux juges du fond. Il fut ensuite abandonné au profit de la finalité du crédit. Ce critère, plus conforme à la lettre du texte, laissait aussi un large pouvoir d'appréciation aux juges du fond. Mais la Première Chambre civile lui a ajouté un formalisme que la loi n'exigeait nullement : une stipulation expresse de professionnalité, dans le contrat de prêt. Séduisant de prime abord puisqu'il étend le champ de la législation spéciale, ce formalisme présente à l'étude beaucoup d'inconvénients et très peu d'avantages. Il peut notamment encourager la mauvaise foi, tant du prêteur que de l'emprunteur, et fait de la législation spéciale le droit commun du crédit, ce qui n'est pas nécessairement une bonne chose. Le critère qui semble le plus équilibré reste celui de la destination professionnelle, avec la possibilité d'une prise en

professionnelle ». Mais le considérant 12 ouvre une porte : « La définition du terme « consommateur » devrait englober les personnes physiques qui agissent à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de leur activité commerciale ou professionnelle. Cependant, en cas de contrats à double finalité, lorsque le contrat est conclu à des fins qui n'entrent qu'en partie dans le cadre de l'activité commerciale ou professionnelle de l'intéressé et lorsque la finalité commerciale ou professionnelle est si limitée qu'elle n'est pas prédominante dans le contexte global du contrat, cette personne devrait également être considérée comme un consommateur ». Transposition avant le 21 mars 2016 (article 42 de la directive).

compte par les juges du fond de la finalité réelle des fonds et, le cas échéant de la mixité de cette destination. Sur cette question, l'attitude hésitante de la jurisprudence et l'ajout d'un formalisme nullement exigé par les textes laissent perplexes. Ils semblent souligner une sorte d'inconfort de la Première Chambre civile face aux dispositions du droit spécial.

58. Il convient maintenant d'observer l'accueil réservé par la Première Chambre civile aux prêts souscrits par une personne morale autre que « de droit public ».

II – L'appréhension des prêts aux personnes morales

59. La loi du 10 janvier 1978¹³² excluait de son champ d'application les prêts « destinés à financer les besoins d'une activité professionnelle, ainsi que les prêts aux personnes morales de droit public ». La Directive du 22 décembre 1986¹³³ évoquait de son côté une « personne physique ». La législation française était donc moins restrictive que le droit communautaire, en n'excluant directement que les personnes morales de droit public. Cette exclusion tombait d'ailleurs sous le sens. Une personne morale de droit public peut difficilement revêtir l'habit du consommateur. Mais pourquoi le législateur aurait-il précisé cette évidence, si ce n'était pour ouvrir le droit spécial à certaines personnes morales de droit privé, celles qui n'agissaient pas dans le cadre d'une activité professionnelle ? Les prêts aux associations, syndicats, comités d'entreprise, sociétés, n'étaient donc pas exclus en tant que tels. S'ils n'étaient pas « destinés à financer les besoins d'une activité professionnelle » et s'ils satisfaisaient bien sûr aux autres conditions, alors ils pouvaient, semble-t-il, bénéficier de la législation sur le crédit à la consommation. La première définition du consommateur, issue de la loi CHATEL I du 28 janvier 2005¹³⁴, et intégrée au seul Code des assurances, ne vise plus que les personnes physiques. Et la loi du 1^{er} juillet 2010¹³⁵ qui offre une définition du consommateur-emprunteur exclut

¹³² Loi n°78-22 du 10 janvier 1978, article 3.

¹³³ Directive 87/102/CEE du 22 décembre 1986 relative au rapprochement des dispositions légales, réglementaires et administratives des États membres en matière de crédit à la consommation, article 2 a, JO L 42 du 12 février 1987, p. 48 à 53.

¹³⁴ Loi n°2005-67 du 28 janvier 2005, article 2, JORF du 1^{er} février 2005.

¹³⁵ Loi n°2010-737 du 1^{er} juillet 2010, JORF du 2 juillet 2010.

expressément les personnes morales, sans distinction. Il était dès lors intéressant de se pencher sur l'attitude la Première Chambre civile à l'égard des personnes morales, avant l'adoption de la loi CHATEL I de 2005 (§1), et après l'adoption de cette loi (§2).

§ 1 – L'attitude de la Première Chambre civile avant la loi du 28 janvier 2005

60. La question de la présence, dans le champ de la législation spéciale, des prêts consentis à une personne morale de droit privé a donné lieu à des divergences d'interprétation entre la CJCE - arrêt dit « Idealservice » du 22 novembre 2001 - (A) et la Première Chambre civile (B).

A – L'arrêt de la CJCE du 22 novembre 2001 dit « Idealservice »

61. Avant d'examiner les solutions adoptées par la jurisprudence française, une décision de Cour de justice des Communautés européennes doit être présentée. Il s'agit d'un arrêt rendu le 22 novembre 2001, connu sous le nom d'arrêt Cape ou Idealservice¹³⁶. Il faisait suite à une question préjudicielle posée par un magistrat italien. La question concernait le champ d'application de la directive du 5 avril 1993¹³⁷ sur les clauses abusives. La CJCE, dans sa réponse, consacra une acception stricte de la notion de consommateur : « Aux fins de la présente directive, on entend par : [...] b) consommateur : toute personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle. »

62. La réponse de la CJCE était sans nuance et sans concession. Le consommateur devait être entendu comme une personne physique. Cela excluait *de facto* toute personne morale du champ d'application de la législation spéciale. En l'occurrence, la décision ne concernait que la législation relative aux clauses abusives. Elle fournissait cependant un

¹³⁶ CJCE, 22 novembre 2001, arrêt Cape Snc et Idealservice, C-541/99 et C-542/99 ; RTD com. 2002, n°2, p. 404, obs. Monique LUBY, « *Contrats et clauses abusives* ».

¹³⁷ Directive 93/13/CE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.

éclairage sur l'idée plus générale que la CJCE se faisait du consommateur. Il convient d'observer maintenant les solutions retenues par la Cour de cassation.

B – L'attitude de la Première Chambre civile

63. La Première Chambre civile a eu, assez tôt, l'occasion de se prononcer sur la soumission au droit spécial de crédits contractés par des associations (1) et même des sociétés (2).

1 - Le cas du prêt consenti à une association

64. Dans un arrêt du 10 juin 1997¹³⁸, la Première Chambre civile eut à se prononcer sur la soumission d'un prêt contracté par une association à la législation consumériste. Il s'agissait d'une association équestre, « Cheval Nature », laquelle avait emprunté 30.000 francs pour acheter un cheval et du matériel de sellerie. Défaillante dans ses remboursements, elle fut assignée en paiement. La Cour d'appel estima, dans un arrêt du 22 février 1995¹³⁹, que l'activité de l'association ne pouvait être considérée comme une activité professionnelle. Selon elle, une activité professionnelle correspondait à une activité commerciale, artisanale, industrielle, libérale ou agricole, exercée dans le cadre d'une profession rémunérée. La Cour d'appel conclut à l'application de la législation sur le crédit à la consommation et déclara forclose l'action du prêteur qui était dès lors soumise au délai de deux ans. Le prêteur se pourvut en cassation. Au visa de l'article L311-3, 3° du Code de la consommation, la Première Chambre civile sanctionna le raisonnement des juges du fond. Elle rappela qu'étaient exclus des dispositions applicables en matière de crédit à la consommation, les prêts destinés à financer les besoins d'une activité professionnelle. Elle reprocha ensuite aux juges du fond de ne pas avoir précisé en quoi consistait l'activité de l'association. Cette abstention ne lui avait pas permis d'exercer son contrôle. Plusieurs enseignements pouvaient être tirés de cet arrêt. Le premier concernait directement les juges du fond, invités à rechercher le caractère professionnel ou non du prêt. Pour ce faire, ils devaient observer l'activité exercée par l'association. L'activité était

¹³⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 10 juin 1997, n°95-14456, inédit ; CCC 1997, comm. 156, note Guy RAYMOND.

¹³⁹ CA Metz, 22 février 1995.

donc le critère retenu. C'était là le second enseignement. La Première Chambre civile entendait ensuite exercer un contrôle sur cette qualification. C'était le dernier enseignement. La Cour ne fermait donc pas la porte de la législation spéciale aux associations, pas plus qu'elle n'entendait l'ouvrir de manière systématique. Elle ne se positionna pas par rapport au statut associatif, n'évoqua pas le fait qu'il s'agissait d'une personne morale de droit privé. Elle incita les juges du fond à rechercher la professionnalité ou non de l'activité exercée.

65. Dans un arrêt du 23 mars 1999¹⁴⁰, qui concernait aussi une association, la Première Chambre civile vint préciser ce qu'il convenait d'entendre par activité professionnelle. Il s'agissait d'une association dénommée « Guitare pour tous », à laquelle une banque avait consenti une autorisation de découvert. Une personne physique s'était portée caution. Le remboursement du découvert fut exigé, puis une action engagée par la banque. La caution tenta de placer le prêt dans le champ du Code de la consommation. Amenée à se prononcer, la Cour d'appel¹⁴¹ retint que les sommes perçues par l'association, en contrepartie des prestations fournies, ne généraient aucun profit à son avantage. S'appuyant sur cette absence de but lucratif, elle plaça le prêt dans le champ de la législation spéciale. La banque se pourvut en cassation. La Première Chambre civile, au visa de l'article L311-3 du Code de la consommation, censura le raisonnement des juges du fond. La Cour d'appel avait constaté que l'objet de l'association était l'apprentissage de la guitare et que les statuts prévoyaient la rémunération des enseignements. Il fallait en déduire qu'elle exerçait une activité professionnelle et que les prêts contractés étaient exclus du champ du Code de la consommation.

66. Le statut associatif n'exclut donc, ni n'inclut, la professionnalité du prêt, tout dépend de l'activité exercée par l'association visée. Arrêtons-nous quelques instants sur

¹⁴⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 23 mars 1999, n°97-11392, Bull. 1999, I, n°106, p. 70, « crédit lyonnais c/ association guitare pour tous » ; CCC 1999, comm. 166, note Guy RAYMOND ; D. 2000, somm. p. 41, obs. Jean-Pierre PIZZIO ; RD bancaire et bourse, 1999, p. 71, obs. CRÉDOT et GÉRARD ; Bull. Joly sociétés, 1999, n°7, p. 796, obs. Élie ALFANDARI ; AMLON Guy et *alii*, « *Chronique de droit de l'activité professionnelle (suite et fin)* », LPA 4 mai 2000, p. 9.

¹⁴¹ CA Limoges, 10 octobre 1996.

cette notion d'association. Elle correspond à un groupement qui réunit des membres dans un but autre que le partage de bénéfices. Un arrêt dit « Caisse rurale de Manigod »¹⁴² a défini cette absence de but lucratif comme une absence d'enrichissement matériel des membres. Cette définition a toujours cours alors même que le monde associatif a largement investi le champ économique et se comporte parfois à la manière d'un entrepreneur. Dans l'affaire de l'École de guitare, la Cour d'appel s'en était tenue à cette absence de finalité lucrative pour faire entrer le découvert dans le champ du code de la consommation. Mais la Première Chambre civile ne s'en tint pas à l'absence de profit. Elle examina plus finement l'activité exercée. Il s'agissait en l'occurrence de l'apprentissage de la guitare contre rémunération. La rémunération des leçons semble avoir été décisive pour la Première Chambre civile, même si cette rémunération ne visait pas à générer des profits. Pour reprendre la distinction proposée par Élie ALFANDARI¹⁴³, si la finalité de l'association n'était pas lucrative, car elle ne permettait pas l'enrichissement de ses membres, l'objet de l'association, lui, était bien lucratif, puisqu'il permettait un enrichissement du patrimoine de l'association. Cette position de la Première Chambre civile demeure cependant sévère pour les associations. La recherche d'un profit pour un projet collectif, porté par une association, ne procède pas de la même intention que la recherche d'un profit partagé entre des individus.

67. La Première Chambre civile eut également à se prononcer sur la soumission à la législation spéciale de crédits consentis à des sociétés.

¹⁴² Cass. ch. réunies, 11 mars 1914, D. 1914, I, p. 257, note L. S. : « La société se distingue de l'association en ce qu'elle comporte essentiellement comme condition de son existence la répartition entre associés des bénéfices faits en commun, tandis que l'association l'exclut nécessairement (c. civ. 1832 ; L. 1^{er} juillet 1901, art ; 1^{er}). » ; « Il faut entendre, non seulement d'après l'art. 1832 c. civ., mais encore d'après l'art. 1^{er} de la loi du 1^{er} juillet 1901, par bénéfice un gain pécuniaire ou un gain matériel qui ajouterait à la fortune des associés. » ; « Dès lors, constitue non une société mais une association la société coopérative de crédit à capital variable dont les statuts assurent aux associés comme seul avantage la faculté de lui emprunter des capitaux à un taux d'intérêt aussi réduit que possible. »

¹⁴³ Bull. Joly sociétés, 1999, n°7, p. 796, obs. Élie ALFANDARI.

2 - Le cas du prêt accordé à une société

a – Le prêt à une société commerciale

68. La Chambre commerciale a posé très tôt, dès 1992, le principe selon lequel le prêt consenti à une société commerciale était nécessairement professionnel¹⁴⁴. Il s'agissait en l'espèce d'un prêt consenti à une société à responsabilité limitée pour l'achat d'un véhicule. Le gérant de la société s'était porté caution. Appelé en paiement suite à la liquidation de la société, il tenta de placer le prêt sous le manteau de la loi de 1978. En vain, son pourvoi fut rejeté. La Chambre commerciale affirma que l'activité de cette société « ne pouvait être que professionnelle au sens de l'article 3 de la loi du 10 janvier 1978 ». Elle valida ainsi le raisonnement tenu par la Cour d'appel de Paris et adopta une position sage.

69. Dans un arrêt du 22 mai 2002¹⁴⁵, la Première Chambre civile eut elle aussi à connaître d'un prêt consenti à une SARL. Les SARL sont des sociétés commerciales mais en l'occurrence, le statut de cette SARL était associatif. Le prêt présentait les traits d'un crédit-bail. Il avait pour objet une automobile. La Cour d'appel estima que le prêt était exclu de la législation consumériste en raison de son caractère professionnel. Amenée à se prononcer, la Première Chambre civile aurait pu en profiter pour clarifier sa position sur l'application de la législation spéciale aux personnes morales de droit privé. Ou réaffirmer la jurisprudence développée par la Chambre commerciale en 1992, laquelle excluait *de facto* les prêts aux sociétés commerciales du champ de la législation spéciale. Elle ne fit rien de tel et ne plaça sa décision que sur le terrain de la destination contractuelle, reprochant à la Cour d'appel de ne pas avoir recherché la destination contractuelle du crédit. Elle aurait aussi pu reprendre les motifs de son arrêt du 10 juin 1997¹⁴⁶, rendu à propos d'un centre équestre, et, pour déterminer la nature personnelle ou professionnelle du prêt, rechercher

¹⁴⁴ Cass. com. 4 février 1992, n°89-19773, Bull. 1992, IV, n°61, p. 47, rendu après CA Paris, 5 juillet 1989 ; D. 1992, inf. rap., p. 90.

¹⁴⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 22 mai 2002, n°99-19916, inédit, rendu après CA Saint-Denis de la Réunion, 5 mars 1999.

¹⁴⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 10 juin 1997, n°95-14456, inédit ; CCC 1997, comm. 156, note Guy RAYMOND.

l'activité exercée par l'association. Elle ne le fit pas davantage. Il est vrai que la Première Chambre civile venait de consacrer la destination contractuelle comme critère de professionnalité du prêt¹⁴⁷.

70. La Première Chambre civile dut aussi envisager le cas d'un prêt consenti à une société civile et déterminer s'il pouvait ou non être placé dans le champ d'application de la législation spéciale.

b - Le prêt à une société civile

71. L'arrêt rendu le 18 janvier 2005¹⁴⁸ par la Première Chambre civile concernait un crédit immobilier. Il fournit néanmoins un éclairage intéressant. Un prêt avait été consenti à une société civile immobilière (SCI) pour financer l'acquisition d'un ensemble immobilier et la construction d'un bâtiment à usage mixte. La SCI, emprunteuse, reprocha au prêteur de lui avoir consenti ce prêt sans lui avoir fait parvenir une offre préalable répondant aux exigences des articles L312-7 et suivants du Code de la consommation. Elle l'assigna en déchéance du droit aux intérêts et en restitution des intérêts déjà perçus. La Cour d'appel¹⁴⁹ constata la finalité professionnelle de la SCI. Elle en déduisit que le prêt n'entraînait pas dans le champ d'application des règles sur le crédit immobilier et rejeta la demande de l'emprunteur. L'article L312-3 du Code de la consommation excluait en effet les prêts consentis à des personnes morales de droit public ainsi que les prêts destinés à financer une activité professionnelle. Mais, comme pour le crédit à la consommation, les personnes morales de droit privé n'étaient pas exclues en tant que telles de la législation spéciale. Amenée à se prononcer, la Première Chambre civile rejeta le pourvoi de l'emprunteur. Elle ne s'attacha cependant pas ici à la nature, civile ou commerciale, de la société. Elle ne précisa pas davantage, parmi les personnes morales de droit privé, celles qui pouvaient prétendre à l'application de la législation spéciale. Elle ne dit pas non plus qu'une société civile était nécessairement exclue de la législation spéciale.

¹⁴⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 18 décembre 2001, n°99-14544, Bull. civ. I, n°323 p. 205, rendu après CA Versailles, 9 mai 1997.

¹⁴⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 18 janvier 2005, n°03-16603, inédit.

¹⁴⁹ CA Versailles, 26 juin 2003.

Elle s'attacha à la finalité de l'activité, à ce que la SCI menait concrètement comme opérations. Cette démarche contrastait toutefois avec celle qu'elle avait récemment adoptée en matière de crédit à la consommation, en exigeant la présence d'une mention expresse dans le contrat pour conclure à la professionnalité du prêt¹⁵⁰. Face à deux législations spéciales pourtant très proches, les solutions retenues ne présentaient pas, entre elles, de cohérence, traduisant, là encore, une difficulté de la jurisprudence à manipuler le droit spécial de la consommation.

72. La loi du 28 janvier 2005, influencée par l'arrêt de la CJCE du 22 novembre 2001¹⁵¹, vint donner une première définition du consommateur dans le droit français, définition qui fut intégrée au Code des assurances. Elle pouvait néanmoins déteindre sur l'acception, par la Première Chambre civile, de la notion de consommateur en matière de crédit à la consommation. Cela fut-il le cas ?

§ 2 – L'attitude de la Première Chambre civile après la loi du 28 janvier 2005

73. Les lois du 28 janvier 2005 et du 1^{er} juillet 2010 (A) ont prôné une conception restrictive du consommateur, accueillie de manière mitigée par la Première Chambre civile (B).

A – L'apport de la loi du 28 janvier 2005 et de la loi du 1^{er} juillet 2010

74. La loi du 28 janvier 2005 (1) et celle du 1^{er} juillet 2010 (2) ont toutes deux porté une définition du consommateur.

¹⁵⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 21 octobre 2003, n°02-13026, Bull. civ. I, n°208, p. 164, rendu après CA Aix-en-Provence, 8 janvier 2002 ; CCC 2004, n°1, janvier 2004, comm. 15, Guy RAYMOND ; D. 2003, AJ 2829, obs. Céline RONDEY ; RTD com. 2004. P. 136-137, obs. Dominique LEGEAIS ; LPA 24 juin 2004, note Yannick DAGORNE-LABBE ; LPA 11 octobre 2004, n° 203, p. 5, obs. Gilles PAISANT ; RDC 2004. 300, obs. BRUSCHI.

¹⁵¹ CJCE, 22 novembre 2001, arrêt Cape Snc et Idealservice, C-541/99 et C-542/99, LUBY Monique, « Contrats et clauses abusives », RTD com. 2002, n°2, p. 404.

1 – La définition du consommateur dans la loi du 28 janvier 2005

75. La loi du 28 janvier 2005¹⁵² tendant à conforter la confiance et la protection du consommateur, dite loi CHATEL I¹⁵³, fut la première loi française à contenir une définition du consommateur : « personnes physiques en dehors de leurs activités professionnelles ».

76. Le consommateur est présenté, sans ambiguïté, comme une personne physique, ce qui correspond bien à la restriction issue du droit communautaire. Cette première définition ne fut pas intégrée au Code de la consommation, mais au Code des assurances. Une question parlementaire¹⁵⁴, portant sur cette loi du 28 janvier 2005¹⁵⁵, est venue interroger le Ministre de l'Économie sur cette notion de consommateur et lui demander d'indiquer si les Syndicats de copropriétaires, personnes morales, pouvaient ou non être entendus comme des consommateurs. Dans sa réponse¹⁵⁶, le Ministre de l'Économie précisa que « sous réserve de l'appréciation souveraine des tribunaux, la loi du 28 janvier 2005 visant à renforcer la protection du consommateur a également vocation à s'appliquer aux contrats passés par les Syndicats de copropriété, mandatés par des propriétaires, au demeurant personnes physiques, avec des professionnels prestataires de service ». Ainsi, et sous réserve de l'appréciation qu'en feraient les tribunaux, la loi du 28 janvier 2005 pouvait s'appliquer aux contrats passés par les Syndicats de copropriété avec les professionnels prestataires de service. Le Ministre semblait justifier en partie sa réponse par le fait que les mandants des Syndicats de propriétaires sont des personnes physiques. Ce qui n'est pas nécessairement le cas. Il s'agissait d'une position beaucoup plus souple que celle de la CJCE. Elle était aussi contraire à la lettre de la définition introduite par la

¹⁵² Loi n°2005-67 du 28 janvier 2005 tendant à conforter la confiance et la protection du consommateur, article 2, JORF du 1^{er} février 2005.

¹⁵³ Luc CHATEL est un homme politique français né en 1964, membre du Parti Les Républicains. Il était député et rapporteur de ce projet de loi.

¹⁵⁴ JO AN, 5 avril 2005, p. 3410.

¹⁵⁵ Loi n°2005-67 du 28 janvier 2005 tendant à conforter la confiance et la protection du consommateur, JORF du 1^{er} février 2005.

¹⁵⁶ JO AN, 7 juin 2005.

loi du 28 janvier 2005, laquelle précisait bien « personnes physiques ». Elle était, néanmoins, bienvenue et conforme à l'esprit originel du droit de la consommation français.

77. Le Code de la consommation obtint lui aussi, cinq ans plus tard, sa propre définition du consommateur.

2 – La définition du consommateur emprunteur dans la loi du 1^{er} juillet 2010

78. La loi du 1^{er} juillet 2010¹⁵⁷, venue transposer la directive du 23 avril 2008 sur le crédit à la consommation¹⁵⁸, accueillit la première définition du consommateur destinée à intégrer le Code de la consommation. Il s'agissait d'une définition du consommateur de crédit. Cette définition est aujourd'hui présente à l'article L311-1 : « toute personne physique qui est en relation avec un prêteur, dans le cadre d'une opération de crédit réalisée ou envisagée dans un but étranger à son activité commerciale ou professionnelle ».

79. Là encore, le cantonnement de la loi spéciale aux seules personnes physiques ne semble faire, à la lecture de la loi, aucun doute. Dès lors, comment la jurisprudence accueille-t-elle cette restriction dictée par les textes communautaires, mais aussi cette porte laissée ouverte par le Ministre de l'Économie¹⁵⁹ ?

B – L'accueil mitigé par la Première Chambre civile

80. La Première Chambre civile ayant souhaité maintenir une acception souple de la notion de consommateur (1), la rigueur de certaines solutions étonnent (2).

¹⁵⁷ Loi n°2010-737 du 1^{er} juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation, JORF du 2 juillet 2010.

¹⁵⁸ Directive 2008/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs et abrogeant la directive 87/102/CEE du Conseil.

¹⁵⁹ JO AN, 7 juin 2005, p. 5983 : réponse du Ministre de l'Économie à une question parlementaire.

1 – Le maintien d’une conception souple

a – La notion distincte de non-professionnel

81. En matière de clause abusive, la Première Chambre civile utilisa la notion de non-professionnel, dans un arrêt du 15 mars 2005¹⁶⁰, pour faire bénéficier une personne morale de la protection offerte au consommateur : « si, par un arrêt du 22 novembre 2001, la Cour de justice des Communautés européennes a dit pour droit : « la notion de consommateur, telle que définie à l’article 2, sous b) de la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, doit être interprétée en ce sens qu’elle vise exclusivement les personnes physiques », la notion distincte de non professionnel, utilisée par le législateur français, n’exclut pas les personnes morales de la protection contre les clauses abusives ».

82. La Première Chambre civile reçut donc bien la jurisprudence de la CJUE¹⁶¹ selon laquelle le consommateur est une personne physique mais elle la contourna en utilisant une notion proche, celle de non-professionnel, pour soumettre éventuellement une personne morale à la législation spéciale. La législation interne sur les clauses abusives¹⁶² connaît en effet cette notion voisine de non-professionnel que ne connaît pas la législation sur le crédit à la consommation. Cet arrêt offre néanmoins un éclairage intéressant sur la volonté de la Première Chambre civile de maintenir une certaine ouverture du champ de la législation spéciale.

83. La Première Chambre civile utilisa de la même manière cette notion de non-professionnel dans un arrêt du 23 juin 2011¹⁶³. Il s’agissait en l’espèce d’un Syndicat de copropriétaires, qui avait conclu un contrat d’entretien avec une société de nettoyage. Le

¹⁶⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 15 mars 2005, n°02-13285, Bull. I, n°135, p. 116, Syndicat départemental de contrôle laitier de la Mayenne.

¹⁶¹ CJCE, 22 novembre 2001, arrêt Cape Snc et Idealservice, op. cit..

¹⁶² Article L132-1 et s. du Code de la consommation.

¹⁶³ Cass. civ. 1^{ère}, 23 juin 2011, n°10-30645, Bull. 2011, I, n°122.

syndic fit application de l'article L136-1 du Code de la consommation¹⁶⁴ qui encadre la résiliation des contrats à tacite reconduction, et mit un terme au contrat qui le liait avec la société de nettoyage. Effectivement, cet article vise les consommateurs mais aussi cette catégorie un peu nébuleuse des non-professionnels. La société contesta l'utilisation de cette disposition. Le syndicat était selon elle une personne morale et à ce titre, il ne pouvait pas être assimilé à un consommateur. La Juridiction de proximité¹⁶⁵ fut du même avis. Elle estima que l'article L136-1 visait « exclusivement les personnes physiques ». Elle fut sèchement sanctionnée par la Première Chambre civile : « (...) les personnes morales ne sont pas exclues de la catégorie des non-professionnels bénéficiant des dispositions susvisées (...) ». Encore une fois, la Première Chambre civile a su s'emparer de tout ce qui était à sa portée pour élargir le champ de la législation spéciale.

b – La contestable souplesse envers une société commerciale

84. La Première Chambre civile fit encore une interprétation très large de la notion de consommateur dans un arrêt du 28 mars 2008¹⁶⁶, pour accueillir dans le giron du droit spécial un prêt accordé à une société commerciale. Cette société avait passé commande d'un matériel de vidéo-surveillance à la suite d'un démarchage à son siège social. Le bon de commande mentionnait expressément certaines dispositions de la loi du 22 décembre 1972 relative à la protection des consommateurs en matière de démarchage à domicile. Un contrat de location assurait le financement de l'opération. Des échéances étant demeurées impayées, l'affaire fut portée en justice et la question de l'application du droit spécial, débattue. Le fait que le bon de commande fasse référence aux dispositions sur le démarchage à domicile emportait-il soumission du contrat de vente à ces dispositions ? Cela emportait-il également soumission de l'ensemble de l'opération, donc du crédit, aux dispositions du Code de la consommation ? La Cour d'appel¹⁶⁷ répondit à ces deux questions par l'affirmative et annula tant le contrat de vente que le contrat de crédit-bail.

¹⁶⁴ Issu de la loi n°2008-3 du 3 janvier 2008.

¹⁶⁵ Juridiction de proximité de Paris 13^{ème}, 1^{er} décembre 2009.

¹⁶⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 28 mars 2008, n°04-18724, inédit.

¹⁶⁷ CA Pau, 29 avril 2004.

Amenée à se prononcer, la Première Chambre civile valida la position des juges du fond. Concernant la soumission de la vente aux dispositions sur le démarchage à domicile, elle s'abstint de tout contrôle et reconnut un pouvoir discrétionnaire aux juges du fond. Concernant le contrat de crédit-bail, elle effectua un contrôle lourd du raisonnement suivi par les juges du fond et le valida. L'article L311-21 du Code de la consommation relatif aux crédits à la consommation, en vigueur à ce moment, devait être appliqué. Il prévoyait que l'annulation du contrat de vente emportait résolution de plein droit du contrat de crédit. Le contrat de vente ayant été annulé, le contrat de crédit-bail devait suivre le même chemin. Le pourvoi du crédit-bailleur fut rejeté. Cet arrêt peut laisser perplexe. Il conduit, *in fine*, une société commerciale à bénéficier de dispositions édictées pour la protection du consommateur. La soumission de la vente au droit du démarchage à domicile semble ici pouvoir être qualifiée d'accidentelle. Elle n'était due qu'à la présence dans le contrat de vente de références à la loi de 1972. La Cour d'appel, puis la Première Chambre civile, en ont déduit une application globale de la législation consumériste. Les professionnels de la vente par démarchage furent ainsi très fermement invités à ne pas laisser, par négligence, de clauses inopportunes dans leurs contrats types et à adapter leurs formulaires à leurs différents clients. Le contraire pouvait coûter cher.

85. À côté d'une souplesse qui a pu paraître incongrue envers les sociétés commerciales, la Première Chambre civile a développé une jurisprudence parfois déconcertante de sévérité.

2 – La rigueur étonnante de certaines décisions

a – Le refus du droit spécial à une Fédération sportive et à un Comité d'entreprise

86. Dans un arrêt du 27 septembre 2005¹⁶⁸, la Première Chambre civile refusa à la Fédération française d'athlétisme (FFA) le bénéfice de la législation sur les clauses abusives pour un contrat de prêt, en retenant un rapport direct entre le contrat et l'activité professionnelle de l'association. L'emprunt litigieux avait été contracté pour financer l'acquisition et l'aménagement d'un nouveau siège social, l'association cherchant à

¹⁶⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 27 septembre 2005, n°02-13935, Bull. I, n°347, p. 287.

améliorer les conditions d'exercice de son activité. Pour la Cour de cassation, la Cour d'appel¹⁶⁹ avait bien fait « ressortir l'existence d'un rapport direct entre l'activité professionnelle de cette association et le contrat de prêt litigieux, pour en déduire à bon droit que les dispositions des articles L132-1 et suivants du Code de la consommation n'étaient pas applicables ». Il s'agissait certes d'une Fédération sportive nationale, structure importante, qui emploie de nombreux salariés. Il s'agissait aussi d'un prêt très conséquent puisqu'il était de 14 millions de francs (2.134.286 euros). Mais, comparé à l'arrêt du 28 mars 2008 qui faisait bénéficier une société commerciale de la législation consumériste, cet arrêt fait montre d'une grande rigueur. La différence de traitement reste surprenante.

87. Dans un arrêt du 2 avril 2009¹⁷⁰, la Première Chambre civile dénia l'application de l'article L136-1 du Code de la consommation à une personne morale, en l'espèce un Comité d'entreprise. Ce Comité d'entreprise était lié à une société prestataire de services, par un contrat à tacite reconduction. Une contestation étant née au sujet de cette reconduction, il se prévalut de l'article L136-1 du Code de la consommation. La Juridiction de proximité¹⁷¹ l'entendit. Elle estima qu'il n'était pas un professionnel et bénéficiait, à ce titre, de la qualité de consommateur. Amenée à se prononcer, la Première Chambre civile sanctionna le raisonnement des juges du fond. Elle affirma que cet article s'appliquait « exclusivement au consommateur » et ne concernait que « les personnes physiques ». Cette décision contraste, là encore, avec la souplesse qui avait pu être la sienne en d'autres occurrences.

b – Le pas de la CJUE vers plus de souplesse

88. Dans le cadre d'une question préjudicielle, alors qu'était soulevée l'opportunité de la transposition d'une directive d'harmonisation totale en matière de contrats de crédit

¹⁶⁹ CA Versailles, 31 janvier 2002.

¹⁷⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 2 avril 2009, n°08-11231, inédit.

¹⁷¹ Juridiction de proximité de Longjumeau, 15 mai 2007.

aux consommateurs, la CJUE¹⁷² a affirmé, le 12 juillet 2012 : « Toutefois, ainsi qu'il ressort également du considérant 10 de la directive 2008/48, les États membres peuvent, conformément au droit de l'Union, appliquer des dispositions de cette directive à des domaines qui ne relèvent pas de son champ d'application ». La question préjudicielle était cette fois posée par un magistrat roumain. Le législateur national semble donc autorisé à étendre certaines dispositions au-delà du champ de la directive. Ce n'est pas anodin. Le législateur national peut dès lors étendre le champ de certaines dispositions à des personnes physiques agissant dans un cadre professionnel ou encore à des personnes morales. De même, la Cour de cassation, qui a depuis l'origine du droit de la consommation une acception plutôt large de la notion de consommateur, semble autorisée à aller dans ce sens. Pourtant, le législateur de 2010 a fait le choix d'une définition particulièrement restrictive du consommateur de crédit. Il sera intéressant d'étudier l'impact de cette définition sur la position de la Première Chambre civile.

Conclusion de section

89. La question de l'admission des personnes morales au bénéfice de la législation sur le crédit à la consommation a donné lieu à des appréciations divergentes, desquelles ne ressort malheureusement aucune ligne cohérente. La Cour de cassation n'a pas précisé de manière claire quelles personnes morales étaient susceptibles d'être placées dans le champ de la législation spéciale. L'exclusion d'une association a pu paraître bien sévère au regard de l'admission douteuse et artificielle d'un crédit accordé à une société commerciale. Depuis la loi du 28 janvier 2005 et surtout celle du 1^{er} juillet 2010, la question de l'applicabilité du droit spécial aux personnes morales de droit privé ne se pose en principe plus, l'emprunteur étant désormais, nécessairement, une personne physique¹⁷³. Mais l'arrêt *Volksbank romania* du 12 juillet 2012 et la directive du 4 février 2014 sur le crédit immobilier, semblent pourtant inciter à une certaine souplesse. Il sera dès lors intéressant de suivre les décisions que rendra la Première Chambre civile sur le fondement de la loi du 1^{er} juillet 2010.

¹⁷² Arrêt *Volksbank Romania*, 12 juillet 2012, Affaire C-602/10, point 40.

¹⁷³ Article L311-1 du Code de la consommation.

Conclusion de chapitre

90. Le champ d'application de la législation dédiée au crédit à la consommation est dessiné, en creux, par des exclusions en lien avec la notion de consommateur, qui ont évolué au gré des réformes. Mais de l'absence de définition générale du consommateur ont jailli des difficultés et une jurisprudence instable. Ainsi, la détermination du lien entre le crédit et l'activité professionnelle a-t-elle donné naissance à une exigence *ultra legem*, une mention expresse de professionnalité du crédit, imaginée par la Première Chambre civile. Cette exigence semble faire du droit spécial le droit commun du crédit. Elle n'est pas gage d'une plus grande protection du consommateur de crédit et le risque d'une mise à l'écart de la législation d'ordre public, par une simple mention expresse de professionnalité du prêt, n'est pas négligeable. Le statut du conjoint co-emprunteur, qui finance l'activité professionnelle de son conjoint, mériterait lui aussi d'être revisité et de recevoir un traitement moins sévère. De plus, la question de l'admission de certaines personnes morales dans le champ de la législation consumériste ne semble pas résolue. La jurisprudence interne se montrait globalement plutôt souple mais la loi du 1^{er} juillet 2010¹⁷⁴, transposant fidèlement la directive communautaire sur ce point, laisse présager une évolution de la jurisprudence française vers plus de rigueur. Un avis du Conseil National de la Consommation (CNC), adopté à l'unanimité des collègues professionnels et consommateurs en 2010, confirme cette tendance, les consommateurs sont des « personnes physiques qui agissent à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de leur activité professionnelle »¹⁷⁵. Cette interprétation peut ne pas emporter complètement la conviction. Pourtant, la souplesse, qui semble perdre du terrain en droit français et auprès de la Cour de cassation, paraît renaître, timidement, au sein de l'Union européenne et de la CJUE cette fois, comme en témoignent l'arrêt *Volksbank Romania* de 2012¹⁷⁶ et la

¹⁷⁴ Loi n°2010-151 du 1er juillet 2010, JORF n°151 du 2 juillet 2010.

¹⁷⁵ Avis du CNC relatif à l'information des consommateurs sur la présence de nanomatériaux dans les biens de consommation, adopté le 14 juin 2010, site www.economie.gouv.fr ; le CNC est un organisme paritaire placé sous l'égide du Secrétaire d'État chargé de la consommation.

¹⁷⁶ Arrêt *Volksbank Romania*, 12 juillet 2012, Affaire C-602/10.

récente directive de 2014¹⁷⁷ sur le crédit immobilier, laquelle semble ménager une place au crédit mixte. Un léger mouvement de balancier est perceptible entre les sources communautaires et les sources nationales. Et la « commode inconstance » de la notion de consommateur en droit communautaire¹⁷⁸, évoquée en 2000 par Monique LUBY, est toujours d'actualité.

91. Le champ d'application de la législation propre au crédit à la consommation est aussi bordé par le jeu de seuils.

¹⁷⁷ Directive du Parlement européen et du Conseil n°2014/17/UE du 4 février 2014 sur les contrats de crédit aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage résidentiel et modifiant les directives 2008/48/CE et 2013/36/UE n°1093/2010 : elle envisage la question du crédit mixte.

¹⁷⁸ LUBY Monique, « *La notion de consommateur en droit communautaire : une commode inconstance...* », CCC janvier 2000, chron. n°1.

Chapitre 2 : L'appréciation des exclusions liées aux seuils

92. Les seuils qui viennent border le champ d'application des dispositions relatives au crédit à la consommation sont de deux natures : temporelle et monétaire. Le seuil est une limite, en-deçà ou au-delà de laquelle le contrat de crédit ne sera pas soumis à la législation spéciale. Il s'agit d'une somme, plancher ou plafond¹⁷⁹. Il s'agit aussi d'une durée. L'application de ces seuils a été source de difficultés. Il conviendra donc d'observer, au travers de ces développements, quelle a pu être l'attitude de la Première Chambre civile, notamment pour pallier les silences du législateur consumériste. Seront envisagées les difficultés en lien avec les seuils temporels (I), puis celles en lien avec les seuils monétaires (II).

I – L'appréciation des seuils temporels

93. Les textes spéciaux fixent des durées minimales, sans toutefois préciser l'événement susceptible de les fait courir. La première difficulté est donc née de cette absence de point de départ des durées posées (§ 1). La seconde difficulté est née de l'appréhension par la jurisprudence de certaines opérations de longue durée (§ 2).

§ 1 – L'évolution des seuils temporels et l'absence de point de départ dans la loi spéciale

94. Il convient tout d'abord de présenter les seuils temporels qui se sont succédés depuis la loi du 10 janvier 1978 (A) avant de rechercher comment la jurisprudence a comblé l'absence, dans la loi, de point de départ pour ces délais (B).

A – L'évolution des seuils temporels dans la loi spéciale

95. Après la loi du 10 janvier 1978 (1), les lois du 1^{er} juillet 2010 et 17 mars 2014 (2) ont fait évoluer les seuils temporels imposés par la législation consumériste.

¹⁷⁹ CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, 2013 : le plafond est une limite supérieure, un maximum fixé en général par la loi. Par opposition au plancher, qui est un minimum.

1 – La loi du 10 janvier 1978

96. Sous l'empire de la loi du 10 janvier 1978¹⁸⁰, le seuil de référence était de trois mois. Les crédits consentis à titre onéreux ou à titre gratuit de moins de trois mois étaient exclus. L'on pouvait en déduire, *a contrario*, que tous les crédits supérieurs à trois mois étaient soumis à la loi sur le crédit à la consommation. Pour les crédits inférieurs à trois mois, les mécanismes classiques du crédit jouaient. Des frais et intérêts pouvaient être réclamés, sans procédure d'offre préalable. La durée du crédit permettait, à elle seule, d'inclure ou d'exclure une opération du champ de la législation consumériste.

2 – La loi du 1^{er} juillet 2010 et la loi du 17 mars 2014

a – La loi du 1^{er} juillet 2010

97. La réforme opérée par la loi du 1^{er} juillet 2010¹⁸¹ maintint cette référence au seuil de trois mois et ajouta un autre seuil, de un mois. Elle distilla davantage de complexité, ventilant la question en trois paragraphes distincts. L'exclusion générale des crédits de moins de trois mois disparut. Le champ de l'exclusion se réduisant, certains crédits de moins de trois mois étaient voués à rejoindre le giron de la législation spéciale, ce qui constituait *a priori* une avancée pour le consommateur.

98. Furent premièrement exclus les découverts remboursables dans un délai de un mois¹⁸². Ils devinrent la seule exclusion générale relative à la durée. Furent deuxièmement exclues les opérations de crédit inférieures à trois mois assorties « d'aucun intérêt ou d'aucuns frais ou seulement de frais d'un montant négligeable »¹⁸³. Ces opérations de crédit de trois mois au maximum correspondent très souvent dans la pratique au

¹⁸⁰ Article 3 de la loi n°78-22 du 10 janvier 1978 : sont exclus (les crédits) : « ceux qui sont consentis pour une durée totale inférieure ou égale à trois mois ».

¹⁸¹ Article L311-3 issu de la loi n°2010-737 du 1^{er} juillet 2010.

¹⁸² Article L311-3, 3^o : sont exclues « les opérations consenties sous la forme d'une autorisation de découvert remboursable dans un délai de un mois ».

¹⁸³ Article L311-3, 4^o : sont exclues « les opérations de crédit comportant un délai de remboursement ne dépassant pas trois mois qui ne sont assorties d'aucun intérêt ou d'aucuns frais ou seulement de frais d'un montant négligeable ».

paiement dit « en quatre fois sans frais », cher aux enseignes d'électroménager. Pour ces opérations exclues du champ de la législation consumériste, seuls des frais « négligeables » semblaient pouvoir être perçus. Ce n'est toutefois pas la lecture qu'en firent les banques. Elles détournèrent l'utilisation de la conjonction de coordination « ou » et virent dans cette disposition une autorisation de « proposer des crédits de courte durée à un taux d'intérêt très élevé mais sans frais »¹⁸⁴. De plus, quelle que soit la lecture pernicieuse ou non de ce texte, les notions utilisées restent des notions molles qui devront sans doute être précisées par la jurisprudence. Que doit-on en effet entendre par « frais négligeables » et « intérêts négligeables » ? Enfin, furent troisièmement exclues les cartes proposant un débit différé n'excédant pas quarante jours et n'occasionnant pas d'autres frais que la cotisation versée pour l'utilisation de la carte¹⁸⁵. Le délai de quarante jours ne soulève, *a priori*, pas de difficulté. En revanche, le coût de la cotisation peut faire germer quelques interrogations quant à son montant, qui ne semble faire l'objet d'aucune restriction.

b – La loi du 17 mars 2014

99. La loi du 17 mars 2014¹⁸⁶ apporta une ultime modification et mit un terme à la lecture pernicieuse faite par les établissements de crédit de l'article L311-3, 4°. Les crédits de moins trois mois qui ne sont assortis « d'aucun intérêt *ni* d'aucuns frais ou seulement d'intérêts et de frais d'un montant négligeable » sont désormais exclus du champ du code de la consommation. Mais l'on ne sait toujours pas ce qu'est un « intérêt négligeable », ni des frais « négligeables ». La Première Chambre civile devra, tôt ou tard, préciser où placer le curseur. En matière de loterie publicitaire, le caractère de gratuité semble très vite céder¹⁸⁷, le simple fait d'apposer un timbre sur la réponse ôtant à la loterie sa gratuité. Si

¹⁸⁴ ÉRÉSÉO Nicolas et LASSERRE CAPDEVILLE Jérôme, « *Chronique de droit du crédit aux consommateurs (août 2013-juin 2014)* », LPA, 1^{er} août 2014, n°153, page 6.

¹⁸⁵ Article L311-3, 10° : sont exclues « les cartes proposant un débit différé n'excédant pas quarante jours et n'occasionnant aucuns autres frais que la cotisation liée au bénéfice de ce moyen de paiement ».

¹⁸⁶ Article L311-3, 4° du Code de la consommation issu de la loi n°2014-344 du 17 mars 2014 : sont exclues « les opérations de crédit comportant un délai de remboursement ne dépassant pas trois mois qui ne sont assorties d'aucun intérêt ni d'aucuns frais ou seulement d'intérêts et de frais d'un montant négligeable ».

¹⁸⁷ CA Lyon, 14 mars 1978 ; CA Paris, 18 septembre 1997.

l'on raisonne par analogie, l'espoir d'une rigueur identique envers le caractère « négligeable » des frais et intérêts reste permis.

100. Le crédit de moins de trois mois a échappé de manière générale, pendant de nombreuses années, aux dispositions régissant le crédit à la consommation, mais encore fallait-il savoir à partir de quelle date courait le délai. La loi spéciale n'ayant pas apporté de précision, la Première Chambre civile eut l'occasion de se prononcer sur son point de départ.

B – L'absence de point de départ du délai dans la loi spéciale et les réponses de la Première Chambre civile

101. Les lois qui se sont succédées depuis 1978 ont certes fait évoluer les contours des seuils temporels mais le législateur n'a pas précisé le point de départ à retenir. La Première Chambre civile a dû trancher cette question dans le cas de crédits explicitement prévus (1) mais aussi dans le cas de découverts tacites (2).

1 – Le point de départ du délai dans le cas de crédits explicitement prévus

a - Le point de départ du délai en cas de vente à paiement échelonné

102. La vente avec un paiement échelonné de moins de trois mois correspond très souvent, dans la pratique, au paiement dit « en quatre fois sans frais ». Comme nous venons de le voir, elle échappe à la législation sur le crédit à la consommation. Mais, pour vérifier qu'une opération échappe bien au droit spécial, encore faut-il savoir quand démarre le délai de trois mois ?

103. Lors d'une question au Gouvernement posée le 28 juin 1993, Georges MARCHAIS¹⁸⁸, alors député, attirait l'attention du Ministre de l'Économie sur les pratiques des établissements financiers et des grandes surfaces de distribution concernant la délivrance de crédits gratuits aux consommateurs. Il soulignait que cette pratique

¹⁸⁸ Georges MARCHAIS (1920-1997), homme politique français, membre du Parti Communiste français (PCF), fut député, député européen et Secrétaire général du PCF.

communément appelée « paiement en quatre fois sans frais » constituait un argument de vente. Sa question concernait l'attribution systématique d'une carte d'achat liée à un crédit *revolving* et les dangers qu'une telle pratique recelait. Mais le ministre, dans sa réponse, s'est aussi prononcé sur le point de départ du délai de trois mois : « (...) en outre, si le crédit concerné est consenti pour une durée de plus de trois mois (ce délai courant à compter de la date de la signature du bon de commande), les mesures de protection prévues par la loi n°78-22 du 10 janvier 1978 sur le crédit à la consommation doivent être respectées »¹⁸⁹. Selon le Ministre de l'Économie d'alors, le délai de trois mois prévu par les textes commençait à courir dès la signature du bon de commande. C'était donc très tôt dans le processus contractuel.

104. Dix ans plus tard, dans un arrêt du 4 mars 2003¹⁹⁰, la Première Chambre civile affirma qu'en cas de vente avec paiement échelonné ou différé, le point de départ du délai de trois mois était la livraison du bien objet du contrat. Le propriétaire d'une maison d'habitation avait commandé, le 16 novembre 1998, des photos aériennes pour la somme de 3.400 francs (518 euros). Un litige étant survenu, le Tribunal d'instance de Nantes eut à connaître de l'affaire. Il releva que les parties étaient convenues d'échelonner le paiement jusqu'au 30 mars 1999. Il en déduisit qu'il s'agissait d'une opération de crédit consentie pour une durée supérieure à trois mois et donc soumise aux dispositions du code de la consommation. L'exigence de la remise d'une offre préalable n'ayant pas été satisfaite, il prononça la nullité du contrat. Amenée à se prononcer, la Première Chambre civile sanctionna le raisonnement des juges du fond, au visa de l'article L311-2. Elle lui reprocha de ne pas avoir précisé la date à laquelle le bien, objet du contrat, avait été livré, alors que les obligations de l'emprunteur ne prenaient effet qu'à ce moment. La Première Chambre civile choisit la date de la livraison, point de départ tardif et défavorable à l'emprunteur, sans raison apparente. Elle aurait pu reprendre à son compte l'orientation proposée par le Ministre de l'Économie d'alors et retenir comme point de départ la signature du bon de commande des tirages aériens.

¹⁸⁹ Rép. Min. n°2842 : JOAN Q, 23 août 1993, p. 2630.

¹⁹⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 4 mars 2003, n°01-13503, inédit.

105. Dans un arrêt du 11 mars 2010¹⁹¹, la Première Chambre civile retint comme point de départ du délai de trois mois la date de la première échéance. Il s'agissait d'une offre de paiement échelonné sur trois mois pour l'achat d'un scooter. Le contrat précisait expressément que les dispositions relatives au crédit à la consommation étaient exclues. Un litige étant survenu, le consommateur revendiqua l'application à la convention de ces dispositions. La Juridiction de proximité saisie constata que l'offre de paiement prévoyait le versement de trois mensualités, entre le 30 juillet 2004 et le 30 septembre 2004. L'opération sortait selon elle du champ de la législation spéciale. L'emprunteur se pourvut en cassation. Il indiqua avoir signé l'offre de paiement échelonné le 25 juin 2004. Il fit aussi valoir que le bien financé lui avait été livré le 29 juin 2004. La Première Chambre civile rejeta son pourvoi. Selon elle, la Juridiction de proximité en avait « exactement déduit que le prêt avait été consenti pour une durée totale égale à trois mois, de sorte qu'il n'entraînait pas dans le champ des dispositions relatives au crédit à la consommation ». La Première Chambre civile ne se conforma pas ici à la solution qu'elle avait préconisée dans son arrêt du 4 mars 2003. Si tel avait été le cas, la date retenue comme point de départ du délai de trois mois aurait été la livraison du scooter, soit le 29 juin 2004. La dernière échéance étant prévue pour le 30 septembre 2004, le délai de trois mois aurait alors été dépassé et l'opération, placée sous le manteau du Code de la consommation. La conséquence pratique aurait été, ici, la forclusion de l'action du prêteur. La Première Chambre civile opta ici pour une acception large de l'exclusion, qui peut surprendre. En effet, le contrat de prêt n'est pas un contrat réel mais un contrat consensuel, qui se forme par l'échange des consentements. Le consentement au financement est nécessairement présent au moment de la signature du bon de commande du bien et *a fortiori* au moment de sa livraison. Dans le cas d'espèce, le bon de commande avait été signé le 25 juin, le scooter avait été livré le 29 juin et le dernier versement était prévu le 30 septembre 2004. Si elle s'en était tenue à sa position du 4 mars 2003 ou si elle avait fait sienne la réponse ministérielle de 1993, la Première Chambre civile en aurait conclu que la durée du crédit excédait de une journée au moins les trois mois fatidiques. Retenir la date de la première échéance est défavorable au consommateur mais surtout peu compréhensible d'un point de vue juridique. En effet, le vendeur peut faire miroiter un début de remboursement

¹⁹¹ Cass. civ. 1^{ère}, 11 mars 2010, n°09-65121, inédit.

différé qui éloigne le consommateur de ses préoccupations budgétaires concrètes. Le consommateur peut se laisser tenter et, à partir du moment où il achète le bien, il est lié et tenu de le régler, sans offre préalable et bien sûr sans délai de rétractation.

106. En présence d'un paiement échelonné, le point de départ du seuil de trois mois n'a pas été apprécié de manière constante par la Première Chambre civile. La date de la première échéance, dernier point de départ retenu, est contestable. Cette date est défavorable au consommateur, sans justification juridique apparente. En a-t-il été de même avec l'ouverture d'un crédit indéterminé ?

b - Le point de départ du délai en cas d'ouverture d'un crédit indéterminé

107. Lorsqu'une banque consent un crédit indéterminé à l'un de ses clients, l'indétermination peut concerner la durée du crédit ou son montant, ou même les deux paramètres. Il est dans tous les cas important de savoir à quel moment le montant du crédit sera examiné pour déterminer si l'opération est, ou non, soumise aux dispositions du code de la consommation.

108. La Première Chambre civile a répondu à cette question dans un arrêt du 17 juillet 1996¹⁹². Une banque reprochait aux juges du fond d'avoir pris comme date de référence les premiers mois de fonctionnement du compte pour apprécier le montant du crédit utilisé. Le montant ainsi retenu permettait d'appliquer la loi du 10 janvier 1978, ce que la banque contestait. Selon la banque, le montant à prendre en compte était le solde débiteur au moment de la clôture du compte. Le moyen de la banque fut rejeté. La Première Chambre civile estima que « lorsqu'un établissement de crédit consent une ouverture de crédit indéterminée à l'un de ses clients, le montant du crédit qu'il convient d'apprécier au regard du plafond¹⁹³ fixé réglementairement (...) est celui du découvert atteint à l'issue des trois premiers mois d'utilisation de la faculté ainsi ouverte au client ».

¹⁹² Cass. civ. 1^{ère}, 17 juillet 1996, n°94-13296, Bull. civ. I, n° 330 p. 230, rendu après CA Rennes, 2 mars 1993, CCC 1996, comm. 159, note Guy RAYMOND.

¹⁹³ Plafond fixé réglementairement en application de l'article L311-3, 2° du Code de la consommation.

Le point de départ du délai est donc le jour où le client commence à utiliser la faculté qui lui est consentie par la banque. Cette position paraît sage.

109. La Première Chambre civile resta ensuite sur cette lignée¹⁹⁴, notamment au travers d'un arrêt de cassation, rendu le 9 octobre 2001¹⁹⁵ au visa de l'article L311-3, 2° du Code de la consommation. Le chapeau de cet arrêt reprend scrupuleusement les termes de l'arrêt du 17 juillet 1996. La Chambre commerciale se prononça également dans ce sens¹⁹⁶.

110. L'achat d'un bien à paiement différé et l'ouverture d'un crédit indéterminé sont tous deux explicitement consentis. Mais un crédit peut aussi être tacite. Dès lors, quelle date retenir pour calculer le délai de trois mois ?

2 - Le point de départ du délai dans le cas d'un découvert tacite

111. En acceptant que son client fasse des paiements au-delà de ses possibilités, le banquier accepte tacitement un découvert. Le compte fonctionne alors "en rouge", selon une expression usuelle, et sans convention entre les parties, ce qui explique le terme de « découvert tacite ». Le découvert disparaît lorsque le compte redevient créditeur. Mais lorsqu'il dure plus de trois mois, et ne dépasse pas le plafond réglementaire, il doit être soumis aux règles du droit de la consommation¹⁹⁷. Cette position fut celle retenue par la Cour de cassation lorsqu'elle fut saisie d'une demande d'avis émanant du Tribunal d'instance de Rennes¹⁹⁸, formulée en ces termes : « (...) lorsqu'une banque consent à son client des avances de fonds pendant plus de trois mois, sans convenir avec lui des modalités de remboursement, le solde débiteur du compte entre-t-il dans le champ d'application de la loi n°78-22 du 10 janvier 1978 (...) ? » Répondant sans détour à cette

¹⁹⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 27 mai 1997, n°95-13621, Bull. civ. I, n°174 ; Revue de droit bancaire, 1997, n°62, p. 163, obs. CRÉDOT et GÉRARD ; Cass. civ. 1^{ère}, 30 septembre 1997, n°95-13494, inédit.

¹⁹⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 9 oct. 2001, n°98-21863, Bull. civ. I, n°250, p. 158, rendu après CA Pau, 17 septembre 1996 et 24 septembre 1996.

¹⁹⁶ Cass. com. 20 fév. 2007, n°04-11989, Bull. IV, n°47.

¹⁹⁷ STOUFFLET Jean et GAVALDA Christian, « *Droit bancaire* », Lexis Nexis, 9^{ème} éd., 2015, n°739.

¹⁹⁸ TI Rennes, 7 mai 1992.

question, la Cour de cassation rendit, le 9 octobre 1992¹⁹⁹, l'avis suivant : « (...) lorsqu'une banque consent à son client des avances de fonds pendant plus de trois mois, ce découvert en compte constitue une ouverture de crédit soumise aux dispositions d'ordre public de la loi n°78-22 du 10 janvier 1978, sous réserve des exceptions prévues à son article 3. » Ainsi, le découvert tacite de plus de trois mois tombe-t-il dans le champ du Code de la consommation, le début de l'avance de fonds déterminant le point de départ du délai de trois mois, ce qui semble être une sage position. Le prêteur doit alors présenter une offre préalable en bonne et due forme. Toutefois, le client étant déjà, dans les faits, un emprunteur, le caractère « préalable » de l'offre peut faire sourire. De plus, l'article 7, alinéa 3, de la loi de 1978 précisait, *ab initio*, que tant que l'opération n'était pas définitivement conclue, aucun paiement sous quelque forme et à quelque titre que ce soit, ne pouvait être fait par le prêteur à l'emprunteur, ni par l'emprunteur au prêteur²⁰⁰. Dans les faits objets de l'exemple, des fonds étaient déjà à la disposition de l'emprunteur qui en usait depuis plus de deux mois. Faire souscrire une offre « préalable » dans ces conditions relève de la plus pure fiction juridique.

112. Dans un arrêt du 13 novembre 2002²⁰¹, la Première Chambre civile eut à connaître d'un découvert tacite auquel la banque avait mis fin dans le délai de trois mois, le compte étant malgré tout resté débiteur en raison d'intérêts de retard et de frais de rejet. La Cour d'appel²⁰² avait estimé que ce découvert ne relevait pas des dispositions du Code de la consommation. Elle fut censurée par la Première Chambre civile. Le solde débiteur s'était poursuivi pendant une durée supérieure à trois mois, cette condition était suffisante pour que le découvert tacite fût soumis à la réglementation sur le crédit à la consommation. Cette solution mérite d'être approuvée. La Première Chambre civile

¹⁹⁹ Cass. Avis, 9 oct. 1992, demande n°92-04000, Bull. 1992, avis, n°1, p. 1 ; JCP G n°14 du 7 avril 1993, II, 22024, note Anne-Marijke MORGAN de RIVERY-GUILLAUD ; D. 1992, IR 258 ; JCP E 1993. I. 207, chron. D. MARTIN.

²⁰⁰ Article 7, alinéa 3, de la loi de 1978, devenu article L311-17 du Code de la consommation.

²⁰¹ Cass. civ. 1^{ère}, 13 novembre 2002, n°00-15505, Bull. civ. I, n°269, p. 210, JCPE 2003, n°1, p. 7.

²⁰² CA Bordeaux, 21 septembre 1999.

confirma enfin, dans un arrêt du 22 mars 2012²⁰³, que le solde débiteur d'un compte pouvait tout à fait s'analyser comme un crédit tacite, sans pour autant être soumis aux dispositions du Code de la consommation, s'il n'avait pas duré trois mois, décision sage là encore.

113. La Première Chambre civile a précisé le point de départ du délai de trois mois. Elle a aussi exclu du champ de la législation consumériste des opérations financières comportant un paiement échelonné sur une longue période.

§ 2 – Les restrictions de la Première Chambre civile envers certaines opérations de longue durée

114. Les restrictions observées concernent les locations de longue durée (A) et les ventes de biens ou de prestations de services à exécution successive (B).

A - L'exclusion par la Première Chambre civile des locations de longue durée

115. La Première Chambre civile a eu l'occasion de se prononcer sur la soumission du bail d'un bien de consommation à la législation spéciale sur le crédit à la consommation. Ce type de location peut concerner, par exemple, un véhicule de tourisme, un *mobil-home*, et la durée de location, couvrir plusieurs années. La Première Chambre civile a clairement exclu ces locations du champ de la loi sur le crédit à la consommation.

116. Dans un arrêt du 11 octobre 1989²⁰⁴, la Première Chambre civile devait se prononcer sur le cas d'un *mobil home*. Le modèle, après avoir été choisi par des époux, avait été acheté par un organisme de location. La convention passée entre l'organisme de location et les époux prévoyait le versement d'un loyer pendant six ans, mais aucune

²⁰³ Cass. civ. 1^{ère}, 22 mars 2012, n°11-10199, inédit ; RTD com. 2012. 391, obs. Bernard BOULOC ; LPA 5 novembre 2012, obs. LASSERRE CAPDEVILLE ; Gaz. Pal. 6 septembre 2012, n°250, p. 16, obs. Stéphane PIEDELIÈVRE.

²⁰⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 11 oct. 1989, n°88-14439, Bull. civ. I, n° 317, p. 211 ; D. 1989, n°37, inf. rap. p. 273 ; Gazette du Palais, 18 mars 1990, n°77-79, panorama, p. 20.

option d'achat en cours ou en fin de contrat n'était envisagée. Le *mobil home* ne fut pas livré à la date convenue. Une action en justice fut intentée et la question de la soumission de la convention à la législation consumériste, débattue. Amenée à se prononcer, la Première Chambre civile, après avoir rappelé les termes de l'article 2 de la loi du 10 janvier 1978²⁰⁵, souligna que la société bailleuse s'était bornée à acheter comptant le *mobil home* choisi par les époux et à passer ensuite avec ces derniers une "location de longue durée", ne comportant pas d'option d'achat en fin de bail. Elle confirma la position des juges du fond²⁰⁶, lesquels avaient estimé que l'opération n'entrait pas dans le champ de la loi du 10 janvier 1978, la location ne comportant pas d'option d'achat. Le pourvoi fut donc rejeté sur ce point. Cette exclusion peut néanmoins surprendre car elle permet à des organismes de faire sortir du champ de la législation spéciale des montages financiers qui s'apparentent pourtant à des contrats de crédit. Jean STOUFFLET et Gilbert PARLÉANI ont depuis longtemps souligné la nécessité de soumettre ces locations de longue durée à la législation sur le crédit à la consommation²⁰⁷. Jean CALAIS-AULOY et Henri TEMPLE²⁰⁸ contestent également ce raisonnement : « (...) un contrat de location peut, à notre avis, réaliser une opération de crédit et peut donc être qualifié crédit-bail, même s'il ne comporte aucune promesse de vente au profit du locataire. Le critère essentiel est ici la durée de location : si elle correspond à peu près à la durée moyenne d'utilité de la chose louée, le transfert de propriété en fin de bail ne signifie plus grand chose ». Pascal ANCEL²⁰⁹ souligne également « (...) une confusion manifeste entre deux niveaux de qualification : celui de la technique et celui de la finalité économique. Or, si on considère uniquement ce second niveau, il est tout à fait possible de considérer que la location pure et simple, sans option d'achat, est susceptible, dans

²⁰⁵ L'article 2 de la loi n°78-22 du 10 janvier 1978 ne vise que "les prêts d'argent, les contrats de location-vente, ou de location assortie d'une promesse de vente et toutes les opérations liées à des ventes ou à des prestations de service dont le paiement est échelonné ou différé".

²⁰⁶ CA Lyon, 4 février 1988.

²⁰⁷ STOUFFLET Jean, « *La protection du consommateur faisant appel au crédit – Premières réflexions sur la loi n°78-22 du 10 janvier 1978* », in *Études offertes au Professeur Emérentienne de LAGRANGE*, LGDJ, 1978, p. 231 s. ; D. 1979, p. 642, note Gilbert PARLÉANI, sp. n°14 s.

²⁰⁸ Jean CALAIS-AULOY et Henri TEMPLE, « *Droit de la consommation* », Dalloz, 9^{ème} éd., 2015, n°342.

²⁰⁹ ANCEL Pascal, « *Location mobilière de longue durée sans option d'achat : opération de crédit et/ou bail de droit commun* », D. 1991, n°17, jurispr. p. 225.

certaines circonstances au moins, de constituer une opération de crédit, soumise à ce titre à la réglementation protectrice de la loi de 1978 (...) », avant d'ajouter qu'en l'espèce, la durée de la location correspondait « à la durée normale d'utilisation du bien ». L'ensemble des loyers prévus correspondait à la somme de 141.500 francs (21.571 euros) alors que le *mobil home* avait été acheté 89.000 francs (13.567 euros). L'ensemble des loyers couvrait donc l'équivalent d'un crédit et de ses intérêts. Au regard de la durée d'utilisation du bien et du coût final du montage financier, la position de la Première Chambre civile peut ne pas être partagée.

117. La Cour d'appel de Paris a d'ailleurs tenu une position contraire dans un arrêt du 27 mars 1996²¹⁰. Elle estima, à l'inverse de ce qu'avait affirmé la Première Chambre civile en 1989, que si la durée de location correspondait globalement à celle de l'utilisation du bien loué et que la somme des loyers équivalait au prix du bien augmenté d'intérêts, alors il y avait opération de crédit déguisée. Le juge était invité à rechercher si les parties avaient souhaité ou non soustraire l'opération de crédit à la législation protectrice. Si la dissimulation, l'intention frauduleuse, étaient démontrées, le montage devait relever de la législation consumériste. La Cour d'appel de Paris fit une analyse identique dans un arrêt du 9 octobre 1996²¹¹, estimant que la location d'une automobile pour sept années s'apparentait, *in fine*, à une opération de crédit, peu important que s'ensuive ou non un transfert de propriété. La Cour d'appel de Paris releva, dans la durée de la location, un élément déterminant, soulignant que lorsque la durée de la location équivalait à la durée de vie classique du bien, la question du transfert de propriété du bien en fin de bail était sans incidence. La Cour d'appel de Paris, à l'unisson des positions doctrinales, fit preuve de sagesse.

118. La Première Chambre civile, si elle a exclu fermement du champ de la législation spéciale les locations de longue durée, a également fermé la porte aux ventes et prestations de services à exécution successive.

²¹⁰ CA Paris, 27 mars 1996, RD bancaire et bourse 1997, p. 162, obs. CRÉDOT et GÉRARD.

²¹¹ CA Paris, 9 octobre 1996, RD bancaire et bourse 1997, p. 162, obs. CRÉDOT et GÉRARD.

B – L'exclusion par la Première Chambre civile des ventes et prestations de services à exécution successive

119. Avant la loi du 1^{er} juillet 2010, la législation sur le crédit à la consommation accueillait en son sein les ventes ou prestations de services à exécution successive²¹². L'article L311-20 alors en vigueur prévoyait que les obligations de l'emprunteur débutaient avec la livraison ou la fourniture de la prestation et cessaient en cas d'interruption. Mais étonnamment, si le texte était large, la Première Chambre civile, elle, en faisait une application restrictive. Dans un arrêt du 15 décembre 1993²¹³, elle avait eu à connaître d'un contrat passé entre des parents et un établissement d'enseignement. Les parents s'étaient engagés à régler une partie des frais de scolarité de leur enfant au moment de l'inscription et le solde en trois versements, par trimestre, et d'avance. La Première Chambre civile estima qu'aucun crédit n'avait été consenti. Dans une autre affaire, la Cour d'appel de Paris ne se montra pas plus généreuse. Elle estima, dans un arrêt du 30 juin 1994²¹⁴, que le paiement mensuel d'un contrat d'abonnement à une salle de sport ne constituait pas une opération de crédit. Le contrat devait s'analyser en un contrat successif, le paiement n'étant que la condition de l'exécution des prestations de services proposées. Cette jurisprudence *contra legem* fut probablement à l'origine de la modification législative intervenue au moment de l'adoption de la loi du 1^{er} juillet 2010. L'article L311-1, 4^o, fruit de cette réforme, exclut désormais les contrats « conclus en vue de la fourniture d'une prestation continue ou à exécution successive de services ou de biens de même nature et aux termes desquels l'emprunteur en règle le coût par paiements échelonnés pendant toute la durée de la fourniture ». Cette exception, écho de la jurisprudence qui s'était développée sous l'empire de l'ancienne législation, exclut concrètement du champ du crédit à la consommation le financement d'un abonnement à

²¹² Article L311-20 : « Lorsque l'offre préalable mentionne le bien ou la prestation de services financé, les obligations de l'emprunteur ne prennent effet qu'à compter de la livraison du bien ou de la fourniture de la prestation ; en cas de contrat de vente ou de prestation de services à exécution successive, elles prennent effet à compter du début de la livraison ou de la fourniture et cessent en cas d'interruption de celle-ci. Le vendeur ou le prestataire de services doit conserver une copie de l'offre préalable remise à l'emprunteur et la présenter sur leur demande aux agents chargés du contrôle ».

²¹³ Cass. civ. 1^{ère}, 15 décembre 1993, n°92-10591, Bull. civ. I, n°370.

²¹⁴ CA Paris, 30 juin 1994, JCP 1994. IV. 2450 ; CA Paris, 24 mai 1994, JCP E 1994. Pan. 1084.

un club de sport, d'une prime d'assurance ou de frais de scolarité. Est-ce regrettable ? Sans doute si l'on envisage la finalité de ces montages financiers : permettre à un consommateur de s'engager à un moment donné, alors même qu'il n'a pas les fonds pour le faire, en lui proposant d'échelonner son paiement. Pour le professionnel, l'intérêt est de toucher un public plus large et de faire souscrire un nombre plus important de contrats. Le paiement échelonné est une incitation à consommer. L'on rétorquera qu'il n'y a pas de crédit parce qu'il n'y a pas d'intérêt versé. Certes, mais le professionnel est, dans une certaine mesure, rémunéré pour cette avance par le profit retiré de la vente. S'il ne vend pas, il gagne zéro. S'il vend avec un paiement échelonné, une partie de son gain couvrira le loyer de l'argent prêté. Mais *in fine*, il y aura bien eu crédit. À ce titre, pourquoi ne pas faire entrer ce genre de montage dans le champ de la législation consumériste, comme le faisait d'ailleurs la loi originelle ? L'exclusion ne paraît légitime que si le consommateur est libre d'interrompre le contrat quand il le souhaite, s'il n'est pas « tenu » pendant une durée fixe, pour reprendre l'exemple de l'abonnement à un club de sport.

Conclusion de section

120. La législation spéciale a posé dès 1978 un seuil temporel en deçà duquel un crédit n'est pas soumis à ses dispositions. Elle a cependant omis d'en indiquer le point de départ. Il est donc revenu à la Première Chambre civile de pallier ce manque. La Première Chambre civile s'est montrée hésitante. Ainsi, dans le cadre des paiements dits « en quatre fois sans frais », le point de départ n'a-t-il pas été apprécié de manière constante par la Cour de cassation. Le dernier point de départ retenu, la date de la première échéance, est défavorable au consommateur, sans toutefois être justifié juridiquement. De même, l'exclusion de la législation consumériste des ventes de biens ou prestations de services à exécution successive et celle des locations de longue durée, n'empêche pas la conviction.

121. Pour intégrer le champ de la législation spéciale, un crédit doit aussi respecter des seuils monétaires. Quelle appréciation la jurisprudence a-t-elle fait de ces seuils ?

II – L’appréciation des seuils monétaires

122. Pour intégrer le champ de la législation consumériste, un contrat de crédit doit être passé entre un consommateur et un prêteur professionnel. Il doit aussi durer un certain temps, et ne pas dépasser un certain montant. Les seuils monétaires ont évolué au gré des lois mais il est revenu à la Première Chambre civile de préciser le montant à retenir pour déterminer si un crédit entre ou non dans le champ de la législation spéciale (§ 1). La Première Chambre civile eut aussi à prononcer sur la soumission volontaire du crédit à la législation spéciale (§2).

§ 1 – L’évolution des seuils monétaires et la détermination du montant du crédit par la Première Chambre civile

123. Les seuils monétaires constituent un des éléments qui bordent le champ d’application de la législation spéciale sur le crédit à la consommation. Leur évolution retracée (A), il conviendra de chercher le montant pris en considération par la Première Chambre civile pour déterminer si le crédit se trouve ou non dans le champ de la législation spéciale (B).

A – L’évolution des seuils monétaires

124. Les seuils monétaires ont évolué, de la loi du 10 janvier 1978 (1) à celle du 1^{er} juillet 2010 (2).

1 – La loi du 10 janvier 1978

125. La loi du 10 janvier 1978²¹⁵ excluait de son champ d’application les prêts dont le montant était supérieur à une somme « fixée par décret ». Le décret du 17 mars 1978²¹⁶ posa ainsi un plafond de 100.000 francs (15.244 euros). Le même plafond fut imposé aux opérations de crédit servant à financer la fourniture de services ou de matériels relatifs à la

²¹⁵ Article 3 de la loi SCRIVENER I n°78-22 du 10 janvier 1978.

²¹⁶ Article 1^{er} du décret n°78-372 du 17 mars 1978 : « les prêts dont le montant est supérieur à 100.000 francs sont exclus du champ d’application de la loi n°78-22 du 10 janvier 1978 ».

construction, la réparation, l'amélioration, l'entretien d'un immeuble²¹⁷. Le décret du 25 mars 1988 revalorisa ce seuil et le porta à 140.000 francs (21.342 euros)²¹⁸. La réforme ne s'appliqua pas aux conventions passées antérieurement²¹⁹, ce qui semblait logique. Lors du passage à l'euro, la contre-valeur franc-euro, 21.342,86 euros exactement, fut arrondie à 21.500 euros par le décret du 2 février 2001²²⁰, applicable au 1^{er} janvier 2002. Il ne s'agissait toutefois pas d'une revalorisation.

2 – La loi du 1^{er} juillet 2010

a – Le triplement du plafond

126. La loi du 1^{er} juillet 2010 mit un terme à vingt ans de non-revalorisation du plafond, portant ce dernier à 75.000 euros, soit plus du triple de ce qu'il était précédemment²²¹. Avant cette spectaculaire revalorisation, le seuil fixé, bien que déjà conséquent, était dépassé lors de l'achat de certains biens de consommation particulièrement onéreux. Ainsi en allait-il de certaines cuisines aménagées, de *camping-cars* et parfois d'automobiles. La réforme de 2010, applicable aux crédits souscrits depuis le 1^{er}

²¹⁷ Article 2 du décret n°78-372 du 17 mars 1978 : « les opérations de crédit servant à financer la fourniture de services ou de matériels relatifs à la construction, la réparation, l'amélioration, l'entretien d'un immeuble sont exclues du champ d'application de la loi n°78-22 du 10 janvier 1978 susvisée lorsque le montant de cette fourniture est supérieur à 100.000 francs ».

²¹⁸ Article 1^{er} du décret n°88-293 du 25 mars 1988 pris pour l'application de l'art. 3 de la loi 78-22 du 10 janvier 1978 relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit : « les prêts dont le montant est supérieur à 140.000 francs sont exclus du champ d'application de la loi n°78-22 du 10 janvier 1978 » – article 2 : « les opérations de crédit destinées à financer la fourniture de services ou de matériels relatifs à la construction, la réparation, l'amélioration, l'entretien d'un immeuble sont exclues du champ d'application de la loi n°78-22 du 10 janvier 1978 susvisée lorsque le montant de cette fourniture est supérieur à 140.000 francs ».

²¹⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} juin 1999, n°97-14492, Bull. 1999, I, n°187, p. 123, rendu après CA Amiens, 4 mars 1997, RTD com. 2000, n°1, p. 162, obs. Bernard BOULOC : le décret du 25 mars 1988, portant à 140.000 francs le montant au-dessus duquel les prêts sont exclus du champ d'application des dispositions relatives au crédit à la consommation, n'est pas applicable aux contrats conclus antérieurement à son entrée en vigueur. Dans le même sens : Cass. civ. 1^{ère}, 4 janvier 1995, Bull. 1995, I, n°13, p. 10.

²²⁰ Article 1^{er} du décret n°2001-96 du 2 février 2001 portant adaptation de la valeur en euros de certains montants exprimés en francs : tableau de correspondance entre les anciens et nouveaux montants énoncés aux articles D311-1 et D311-2 : 140.000 francs = 21.500 euros.

²²¹ Loi n°2010-737 du 1^{er} juillet 2010.

mai 2011, place désormais un plus grand nombre de prêts sous le manteau de la législation consumériste. Elle place en fait la plupart des investissements des ménages dans le giron du droit spécial, réduisant par là même le champ du droit commun du crédit. La encore, le droit spécial du crédit à la consommation fait figure de droit commun du crédit, tant la spécialité est devenue la généralité. Cette réforme prévoit également, c'est une nouveauté, un plancher de 200 euros en deçà duquel le crédit échappe à la législation spéciale.

b – L'instauration risquée d'un plancher

127. L'article L311-3, 2° du Code de la consommation prévoit ainsi que « sont exclues les opérations dont le montant total du crédit est inférieur à 200 € ou supérieur à 75.000 € à l'exception de celles, mentionnées à l'article L313-15 qui concernent le regroupement de crédits ».

128. Le régime antérieur ne connaissait pas de plancher, seulement un plafond. Ce montant était fixé par décret. Le régime actuel prévoit un plafond et un plancher, tous deux fixés par la loi. Désormais, en deçà de 200 euros, un crédit n'est pas soumis au code de la consommation. Au vu de la modicité de cette somme, la disposition n'a pas fait l'objet de débats lors de l'adoption de la loi. Elle était surtout perçue comme une levée des contraintes pour la souscription de petits contrats de crédits de la vie courante. Il est vrai que le formalisme du crédit à la consommation peut sembler bien lourd pour l'achat d'un équipement usuel, inférieur à deux cents euros.

129. Une réserve semble néanmoins devoir être émise. Elle a trait au risque de multiplication de ces petits crédits. Vingt petits crédits de 199 euros font 3.980 euros à rembourser, ce qui n'est plus neutre pour un ménage aux revenus modestes. Lorsque l'on songe aux nombreux équipements qui constituent désormais un minimum communément admis, ce cas est loin d'être une simple vue de l'esprit. La Première Chambre civile aura peut-être à connaître de situations où un nombre important de petits crédits, non soumis au formalisme des crédits à la consommation, aura conduit à des situations de

surendettement. Valerio FORTI²²² a aussi souligné de risque de fractionnement d'un contrat en plusieurs actes juridiques, pour contourner la législation spéciale. Des exemples de contournement de la loi par un morcellement du contrat existent déjà dans d'autres disciplines, comme le droit du travail, avec la succession de contrats à durée déterminée. Pour Philippe MALAURIE²²³, ce type de pratique est « un mensonge par dissection de la vérité (...), car c'est mentir deux fois que de dire en deux coups ce qui doit être dit en un ».

130. Le législateur européen avait d'ailleurs, dès 1986, envisagé ce risque de fractionnement au détriment du consommateur. L'article 14, 2 de la Directive du 22 décembre 1986²²⁴ demandait aux États membres de veiller à ce que les dispositions adoptées « ne puissent être tournées par des formes particulières données au contrat, notamment par une répartition du montant du crédit sur plusieurs contrats ». De la même manière, l'article 22, 3 de la directive du 23 avril 2008²²⁵ disposait que « les États membres veillent, en outre, à ce que les dispositions qu'ils adoptent pour la mise en œuvre de la présente directive ne puissent être contournées par le biais du libellé des contrats, notamment en intégrant des prélèvements ou des contrats de crédit relevant du champ d'application de la présente directive dans des contrats de crédit dont le caractère ou le but permettrait d'éviter l'application de celle-ci ». Le législateur français n'ayant à ce moment pas opté pour un seuil plancher, il ne transposa pas ces articles. L'on ne peut lui en faire le reproche. Mais la réforme de 2010 ayant ensuite instauré ce plancher de 200 euros, la transposition des dispositions de la Directive de 2008²²⁶ visant à éluder la fragmentation aurait été logique, d'autant plus que cette directive était d'harmonisation totale. Ce ne fut pourtant pas le cas.

²²² FORTI Valerio, « *Le fractionnement abusif du contrat de consommation* », RTD com. 2012, n°3, p. 433.

²²³ Cass. civ. 1^{ère}, 4 juillet 1955, D. 1956. 20.

²²⁴ Article 14, 2 de la directive n°87/102/CEE du 22 décembre 1986 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de crédit à la consommation.

²²⁵ Article 22, 3 de la directive n°2008/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs et abrogeant la directive de 1986.

²²⁶ Considérant 9 de la directive n°2008/48/CE.

131. Il existe actuellement un vide législatif autour de cette notion de fractionnement du contrat de crédit, comme le soulignait encore Valerio FORTI²²⁷. En Allemagne²²⁸, la loi sur le crédit à la consommation prévoit que toute convention dérogeant à ses dispositions, au détriment du consommateur, est nulle, et que la loi s'applique lorsque ses dispositions ont été contournées en ayant recours à d'autres actes juridiques. Ce n'est pas le cas en droit français. Pourtant, notre droit du crédit à la consommation prévoit depuis son origine²²⁹ l'impossibilité de faire souscrire, pour un même bien ou une même prestation de services, plusieurs offres préalables d'un montant total en capital supérieur à la valeur du bien acheté ou de la prestation fournie. Cette disposition est actuellement codifiée à l'article L311-20 alinéa 1^{er} du Code de la consommation²³⁰ et assortie d'une sanction de 300.000 euros²³¹. Elle aurait pu servir de fil conducteur au législateur pour sanctionner, de la même manière, le fractionnement du crédit. Si de tels cas venaient à se présenter, toute répression ne serait pas, pour autant, impossible. L'adage « *fraus omnia corrumpit* » pourrait être invoqué. Ce principe général permettrait au juge de sanctionner le fractionnement illicite. La sanction opportune serait-elle alors l'inefficacité de la manœuvre et l'application du droit de la consommation? L'évasion de la législation spéciale, d'ordre public, devrait dans tous les cas être tenue en échec. Le régime des clauses abusives pourrait aussi être un levier dans les mains du juge pour combattre de telles pratiques. Mais encore faudrait-il qu'une clause soit le siège du morcellement litigieux, ce qui paraît peu probable. Il reste que le juge « doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les

²²⁷ FORTI Valerio, « *Le fractionnement abusif du contrat de consommation* », RTD com. 2012, n°3, p. 433, sp. n°6.

²²⁸ § 18 de la Verbraucherkreditgesetz, la loi allemande sur le crédit à la consommation.

²²⁹ Article 6 de la loi n°78-22 du 10 janvier 1978 relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit.

²³⁰ L311-20 du Code de la consommation : « Aucun vendeur ni prestataire de services ne peut, pour un même bien ou une même prestation de services, faire signer par un même client un ou plusieurs contrats de crédit, d'un montant total en capital supérieur à la valeur payable à crédit du bien acheté ou de la prestation de services fournie. »

²³¹ L311-50, 6° du Code de la consommation prévoit la sanction du non respect des dispositions de l'article L311-20 : 30.000 euros.

parties en auraient proposée. »²³² Si un montage financier est présenté au juge sous une dénomination fallacieuse, le juge doit – il s’agit bien là d’une injonction – lui redonner la qualification adéquate.

132. Pour savoir si un crédit se situe à l’intérieur des seuils monétaires posés, encore faut-il en déterminer le montant.

B – La détermination du montant du crédit par la Première Chambre civile

133. La détermination du montant du crédit est simple en apparence, il s’agit du capital prêté (1). Ce principe a néanmoins généré un contentieux, que la Première Chambre civile a été amenée à trancher (2).

1 – Le principe : le capital prêté

134. La Cour de cassation a eu l’occasion d’affirmer, notamment dans un arrêt du 28 avril 1998²³³, que le montant du crédit s’appréciait au regard du capital prêté et non au regard du coût total de l’opération financée. Dans cette affaire, la Cour d’appel²³⁴ avait retenu comme montant celui de l’opération globale, *i.e.* les sommes prêtées augmentées des intérêts. Le montant obtenu excédant le plafond réglementaire en vigueur, elle avait alors soustrait le crédit du champ du Code de la consommation. Amenée à se prononcer, la Première Chambre civile la sanctionna. Elle affirma que le montant à prendre en compte, pour apprécier si le seuil réglementaire était ou non atteint, était celui des sommes prêtées. Cette position jurisprudentielle, qui place un plus grand nombre de crédits sous le manteau de la législation protectrice, est *a priori* simple et à l’avantage de l’emprunteur. Son application a pourtant généré un contentieux que la Première Chambre civile a été amenée à trancher.

²³² Article 12 alinéa 2 du Code de procédure civile.

²³³ Cass. civ. 1^{ère}, 28 avril 1998, n°96-11114, Bull. civ. I, 1998, n°156 (cassation sans renvoi), D. affaires 1998, p. 994, obs. V. AVENA-ROBARDET, RTD com. 1999, n°1, p. 176, obs. Bernard BOULOC ; déjà dans le même sens : Cass. civ. 1^{ère}, 8 avril 1998, n°96-11114, Bull. I, n°156, p. 103 et Cass. civ. 1^{ère}, 30 mars 1994, n°91-21045, Bull. I, n°127, p. 93 (rejet).

²³⁴ CA Paris, 26 octobre 1995.

2 – Les solutions de la Première Chambre civile

135. Dans un certain nombre de cas, l'appréciation du montant du crédit et, par là même, du franchissement ou non du seuil réglementaire, a été discutée. Ce fut notamment le cas en matière de location avec option d'achat (1), de découvert (2), tacite ou exprès, ou lors d'une succession de découverts.

a – Le cas de la location avec option d'achat

136. Dans le cas de la location avec option d'achat, le montant du crédit n'est pas toujours clairement mentionné. Ainsi, dans un arrêt du 5 février 2014²³⁵, la Première Chambre civile eut-elle à connaître d'un contrat de location avec option d'achat portant sur du matériel de reprographie, souscrit par une association auprès d'une société de crédit-bail²³⁶. Le contrat prévoyait le versement d'un loyer pendant une certaine durée mais ne mentionnait pas le montant du crédit. Les loyers n'étant plus réglés, la société assigna l'association en paiement devant le Tribunal de grande instance. La question de la compétence fut discutée. L'affaire fut portée devant la Cour de cassation. L'association estimait que le montant du crédit étant indéterminé, l'opération devait être soumise à la législation consumériste. Elle soutenait également que le montant à retenir ne pouvait pas être le prix d'acquisition du matériel, car elle n'avait pas participé aux négociations. Enfin, elle avançait que le prix pouvait être déterminé par tous moyens. La Première Chambre civile trancha la question en ces termes : « (...) c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation des éléments de preuve qui lui étaient soumis, que la Cour d'appel a considéré, qu'à défaut d'indication du montant du crédit dans le contrat litigieux, il convenait de prendre en considération pour déterminer la juridiction compétente au regard du plafond fixé réglementairement, le prix d'acquisition du matériel loué tel que celui-ci avait été facturé le 24 avril 2009 par la société Rex Rotary à la société de Lage Landen Leasing, soit la somme de 36.852,99 euros ». À défaut donc d'indication du montant du crédit dans un contrat de location avec option d'achat, le prix d'acquisition du

²³⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 5 février 2014, n°13-11280, inédit, Comité des Alpes de Rugby/Société de Lage Landen Leasing.

²³⁶ *leasing-purchase agreement*, ou *leasing* : crédit-bail, en français.

bien loué permet de déterminer si l'opération entre ou non dans le champ de la législation consumériste. Les juges du fond ont de plus toute latitude pour procéder à cette estimation. La position tenue par la Première Chambre civile n'encourt pas la critique.

b – Les hypothèses concernant un découvert

α – Le cas du découvert tacite

137. Dans un arrêt du 30 mars 1994²³⁷, la Première Chambre civile affirma que « lorsqu'une banque consent à son client des avances de fonds pendant plus de trois mois, ce découvert en compte constitue une ouverture de crédit soumise aux dispositions d'ordre public de la loi n°78-22 du 10 janvier 1978 ». Elle vint préciser le 26 octobre 2004²³⁸, dans un chapeau, que « le montant du crédit qu'il convient d'apprécier (...) est celui du découvert atteint à l'issue des trois premiers mois d'utilisation de la faculté ainsi offerte au client ». Au bout des trois premiers mois d'utilisation, si le montant du découvert tacite est en deçà du seuil réglementaire, alors le découvert s'analyse en un crédit à la consommation. S'il est au-delà de ce seuil, il retourne dans le giron du droit commun. La Première Chambre civile confirma sa position dans un arrêt du 30 septembre 2008²³⁹. Nul doute que l'application de la loi du 1^{er} juillet 2010 donnera lieu à des interprétations sensiblement différentes, le seuil réglementaire étant désormais morcelé en trois hypothèses différentes, dans lesquelles le délai de trois mois n'est plus le délai unique de référence.

β - Le dépassement du découvert exprès au-delà du seuil réglementaire

138. Lorsque le découvert est expressément consenti, les parties se mettent d'accord sur son montant. S'il se situe à l'intérieur des seuils réglementaires, il est alors soumis à la législation consumériste. Mais l'est-il toujours si le montant convenu est dépassé au bout

²³⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 30 mars 1994, n°92-17048, rendu après CA Angers, 19 mai 1992, Bull. I, n°126, p. 92.

²³⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 26 octobre 2004, n°03-15967, inédit, cassation de CA Aix-en-Provence, 6 septembre 2001.

²³⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 30 sept. 2008, n°07-17140, rendu après CA Paris, 7 juin 2007.

de trois mois ? La Première Chambre civile eut l'occasion d'affirmer, dans un arrêt du 7 octobre 1998²⁴⁰, au visa des articles L311-2, L311-3 et L313-16 du Code de la consommation, et au travers d'un chapeau, que « l'ouverture de crédit consentie par une banque à un client sous la forme d'un découvert en compte, d'un montant inférieur au seuil maximal d'application des dispositions en matière de crédit à la consommation, est soumise à ces dispositions, peu important que le montant du découvert autorisé ait été ultérieurement dépassé et ait excédé le seuil d'application ». Il ressort de cet arrêt qu'un découvert, initialement consenti pour un montant inférieur au seuil réglementaire, reste soumis à la législation sur le crédit à la consommation même si ce seuil réglementaire est finalement dépassé. Ce qui compte, c'est le montant maximum contractuellement prévu, non le montant atteint dans les faits. À cet égard, mieux vaut pour le consommateur bénéficiaire d'un découvert exprès que d'un découvert tacite. S'il bénéficie d'un découvert tacite, seul le découvert atteint au bout des trois premiers mois d'utilisation est pris en compte. L'emprunteur peut s'engager dans la voie du découvert en pensant que le droit de la consommation lui est applicable et, finalement, ne pas s'y trouver soumis. S'il bénéficie en revanche d'un découvert exprès, il peut savoir, dès le départ, à quelle législation il restera soumis. La Première Chambre civile réaffirma son propos dans un autre arrêt, rendu le 3 mai 2007²⁴¹, au même visa, et déjoua les tentatives malicieuses des prêteurs. Certains banquiers avaient essayé de dissocier le montant du découvert exprès et le dépassement de ce montant, qui n'était que tacite. Dissocié du découvert exprès initial, le découvert tacite vivait alors sa propre vie et pouvait échapper au droit de la consommation, si son montant excédait le seuil réglementaire. La Première Chambre civile répondit que l'existence d'une convention tacite de découvert était incompatible avec l'existence, préalable, d'une convention expresse de découvert, d'un montant déterminé et sur le même compte. Seule la convention expresse importait. Dans le cas qui lui était soumis, cette convention prévoyait un montant inférieur au seuil réglementaire. Seul ce montant devait donc être pris en compte. Le franchissement du seuil réglementaire était sans incidence sur l'application de la législation consumériste. La

²⁴⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 7 octobre 1998, n°96-17923, Bull. 1998, I, n°289, p. 201, D. 1998. IR. 247, D. aff. 1999. 26, obs. C. R.

²⁴¹ Cass. civ. 1^{ère}, 3 mai 2007, n°06-17515, Bull. civ. I, n°168.

Première Chambre civile fit, là encore, le choix de la finalité contractuelle du crédit, à l'avantage de l'emprunteur ici, et alors même que le seuil réglementaire avait été dépassé avant la fin des trois premiers mois d'utilisation du découvert.

139. La Première Chambre civile semble privilégier le découvert exprès, qui naît au sein d'un cadre posé, plutôt que le découvert tacite, qui naît plus distraitemment. L'emprunteur qui s'engage tacitement sur la voie du découvert n'est pas protégé par la législation consumériste, si, au bout de trois mois, le découvert excède le seuil réglementaire. L'emprunteur qui s'engage expressément sur la voie du découvert, lui, l'est.

Y – Le cas d'une succession de découverts

140. La Première Chambre civile eut encore à examiner le cas du compte qui fonctionne à découvert, puis redevient créateur, avant d'être de nouveau à découvert. S'agit-il du même découvert, ou de découverts indépendants les uns des autres ? La Première Chambre civile a répondu à cette question en distinguant selon que l'autorisation de découvert a une durée déterminée ou non. Dans le cas d'une autorisation de découvert indéterminée, le contrat, l'autorisation de découvert, court toujours durant l'interruption. Dans le cas d'une autorisation de découvert dont la durée est déterminée, non. C'est l'enseignement que l'on peut retenir d'un arrêt rendu par la Première Chambre civile le 14 novembre 2001²⁴², où elle eut à se prononcer sur une succession de découverts. Le premier avait été consenti par une banque à des époux, entre juin et novembre 1993, pour un montant de 140.000 francs (21.342 euros). Il avait été intégralement remboursé. En raison de son montant, il se trouvait soumis au Code de la consommation. Ensuite, le compte était resté créateur jusqu'au 4 juin 1994, date à partir de laquelle il était redevenu débiteur. Il l'était resté jusqu'à la clôture du compte. Il excédait cette fois, au bout de trois mois, le plafond réglementaire. La compétence juridictionnelle était discutée. Les emprunteurs avançaient que le deuxième découvert était soumis, comme le premier, au Code de la consommation. La Première Chambre civile rejeta leur pourvoi. Selon elle, les deux découverts étaient distincts. Le premier avait été

²⁴² Cass. civ. 1^{ère}, 14 novembre 2001, n°99-17327, Bull. civ. I, n°279, p. 177.

intégralement remboursé avant que la banque ne débute le second, probablement un découvert tacite, dont le montant avait excédé, à l'issue des trois premiers mois, le plafond réglementaire. La Cour d'appel²⁴³ en avait donc « justement déduit que les deux autorisations de découvert constituaient des contrats de crédit distincts et que seul le second contrat était l'objet de la demande en paiement de la banque ». Excédant le plafond réglementaire, il ne pouvait dès lors être soumis aux dispositions du Code de la consommation. Cette solution était logique et conforme à la jurisprudence de la Première Chambre civile au sujet de la détermination du montant des découverts tacitement consentis.

141. Le législateur a posé un certain nombre d'exclusions mais un crédit exclu en théorie peut aussi réintégrer le giron de la législation spéciale. Comment la Première Chambre civile accueille-t-elle cette faculté ?

§2 – La soumission volontaire du contrat à la législation spéciale

142. Les prêts n'entrant pas dans le champ de la législation consumériste sont soumis au droit commun des prêts d'argent. Néanmoins, un prêt exclu du droit spécial peut s'y trouver soumis, si telle est la volonté des parties. La Première Chambre civile a très tôt admis que les parties puissent soumettre leur convention au statut spécial²⁴⁴. Mais, si le contrat ne vise que certaines dispositions, doit-il pour autant être soumis à l'ensemble du statut spécial ? La Première Chambre civile eut l'occasion de répondre à cette question dans un arrêt du 9 décembre 1997²⁴⁵. Une banque avait consenti à un couple un prêt de 200.000 francs (30.489 euros). Des difficultés étant survenues, les emprunteurs saisirent la commission de surendettement, laquelle demanda au juge de l'exécution de vérifier la créance de la banque. Le juge prononça la déchéance du prêteur de son droit aux intérêts en application de l'article L311-33 du Code de la consommation. Le prêteur forma un pourvoi, soutenant notamment que les crédits d'un montant supérieur à 140.000 francs

²⁴³ CA Aix-en-Provence, 17 mai 1999.

²⁴⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 30 mars 1994, n°92-12485, Bull. civ. I, n°128, p. 94 ; RTD com. 1994, n°4, p. 767.

²⁴⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 9 décembre 1997, n°96-04172, Bull. civ. I, n°364, p. 246 ; D. affaires 1998, n°192, obs. S.P. ; CA Agen, 10 septembre 2002.

(21.342 euros) étaient exclus du champ de la loi du 10 janvier 1978. Selon lui, si les parties pouvaient emprunter au Code de la consommation certaines dispositions, seules les dispositions visées par le contrat s'imposaient aux parties. La Première Chambre civile affirma, comme elle l'avait déjà fait²⁴⁶, que les parties pouvaient parfaitement convenir de soumettre leur convention aux dispositions de la législation spéciale mais elle ajouta que, si elles le faisaient, c'était alors tout le dispositif du droit spécial qui était applicable. Les juges du fond avaient souligné l'existence d'une référence claire, dans le contrat, aux dispositions de la loi spéciale. Dès lors, la loi spéciale était applicable, et ce en toutes ses dispositions. La Cour d'appel de Versailles jugea à l'unisson que l'utilisation d'un des modèles-types²⁴⁷, ou l'utilisation d'une offre préalable²⁴⁸, emportait soumission au statut spécial. Deux conditions semblent exigées pour soumettre volontairement un crédit à la législation spéciale, alors qu'il n'en ressort normalement pas. D'une part, cette liberté ne peut pas conduire à soustraire un prêt aux dispositions spécifiques d'ordre public dont il relève. La Première Chambre civile eut l'occasion de l'affirmer dans un arrêt du 26 janvier 1999²⁴⁹, à propos d'un crédit immobilier. D'autre part, s'il y a soumission du crédit à la législation spéciale, elle est totale. La Première Chambre civile l'a affirmé sans détour dans l'arrêt du 9 décembre 1997²⁵⁰ : « (...) le juge ayant constaté que les parties avaient fait clairement référence aux dispositions de la loi du 10 janvier 1978 dans le contrat, en a justement déduit que la loi était applicable en toutes ses dispositions ». Le message, là encore, était clair : la législation spéciale s'applique soit en totalité, soit pas du tout, mais ne souffre pas de dépeçage. Et la référence à un seul élément du statut consommériste place l'ensemble du contrat sous ce statut²⁵¹. Aux prêteurs donc de se montrer vigilants, aux emprunteurs de se montrer astucieux.

²⁴⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 30 mars 1994, n°92-12485, Bull. civ. I, n°128, p. 94 ; RTD com. 1994, n°4, p. 767.

²⁴⁷ CA Versailles, 13 mars 1997.

²⁴⁸ CA Versailles, 3 décembre 1998, D. 1999, inf. rap. p. 42.

²⁴⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 26 janvier 1999, n°97-10768, inédit.

²⁵⁰ Cass. civ. 1^{ère} 9 décembre 1997, n°96-04172, Bull. civ. I, n°364, p. 246.

²⁵¹ CA Rennes, 18 octobre 2002.

Conclusion de section

143. Le champ d'application de la loi spéciale est bordé par des seuils monétaires mais le législateur n'a pas indiqué comment déterminer le montant du crédit. La Première Chambre civile a dû pallier ce manque. Elle a affirmé que le montant à prendre en considération était celui du capital prêté. Néanmoins, dans différentes occurrences, la question a été débattue. Amenée à se prononcer, la Première Chambre civile a dégagé des solutions homogènes et équilibrées, qui n'encourent pas la critique. De même, en admettant la soumission volontaire à la législation spéciale d'un crédit qui en est théoriquement exclu, et en affirmant que cette soumission ne peut être que totale, elle a respecté l'esprit du texte consumériste.

Conclusion de chapitre

144. Le champ d'application de la législation consumériste est, en matière de crédit à la consommation, bordé par des seuils monétaires et temporels mais la loi n'a précisé ni le point de départ du délai ni le montant du crédit à prendre en considération. Il est revenu à la Première Chambre civile de pallier les silences de la législation spéciale. Si elle a su se montrer constante et cohérente en matière de seuils monétaires, elle s'est montrée plus changeante en matière de seuils temporels. Ainsi, a-t-elle hésité sur le choix du point de départ en cas de paiement « en quatre fois sans frais », retenant *in fine* la date de la première échéance qui n'est ni favorable au consommateur ni justifiée juridiquement. Certaines lacunes de la législation spéciale semblent déconcerter la Première Chambre civile, qui peine à les combler harmonieusement. De même, l'exclusion globale des locations de longue durée peut décevoir. En revanche, l'admission large de la soumission volontaire au statut spécial semble parfaitement correspondre à l'esprit des textes consuméristes.

Conclusion de titre

145. La législation spéciale, pourtant foisonnante, reste sur certains points bien silencieuse. Ainsi en a-t-il été de la définition du consommateur. De ces silences sont nés des contentieux que la Première Chambre civile a été amenée à trancher. Si elle a pu se montrer par moments constante et cohérente, elle s'est à d'autres moments montrée instable et difficile à comprendre. La Première Chambre civile semble pallier avec plus ou

moins d'aisance les manques de la législation spéciale. La notion de consommateur a aussi été l'objet d'un léger mouvement de balancier entre les sources communautaires et les sources nationales. Alors que les sources nationales entendaient de manière plutôt souple la notion de consommateur, le droit communautaire en retenait, lui, une acception plus stricte. La loi du 1^{er} juillet 2010²⁵², transposant fidèlement la directive de 2008, se calque d'ailleurs sur cette acception communautaire stricte du consommateur. Pourtant, et alors même qu'elle est à l'origine de cette rigueur, la législation européenne et la CJUE semblent disposées maintenant à plus de souplesse, comme en témoignent l'arrêt *Volksbank Romania* de 2012²⁵³ et la récente directive de 2014²⁵⁴ sur le crédit immobilier. Les différentes sources semblent s'influencer mutuellement et les positions les plus tranchées ne sont pas vouées à l'éternité.

146. Le champ d'application de la législation spéciale sur le crédit à la consommation ayant été présenté, il convient maintenant de rechercher la manière dont la Première Chambre civile a accueilli les dispositions relatives à l'information du consommateur-emprunteur.

²⁵² Loi n°2010-151 du 1er juillet 2010, JORF n°151 du 2 juillet 2010.

²⁵³ Arrêt *Volksbank Romania*, 12 juillet 2012, Affaire C-602/10.

²⁵⁴ Directive du Parlement européen et du Conseil n°2014/17/UE du 4 février 2014 sur les contrats de crédit aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage résidentiel et modifiant les directives 2008/48/CE et 2013/36/UE n°1093/2010 : elle envisage la question du crédit mixte.

Titre 2 : Le rôle décisif de la jurisprudence dans l'élaboration d'une obligation d'information

147. Dans son ouvrage sur le droit de la consommation et du surendettement, Jérôme JULIEN écrit : « À s'en tenir au droit civil le plus classique, il appartient à chacun de veiller à la protection de ses propres intérêts, et le juge n'a que faire des insoucians. *De non vigilantibus non curat praetor* »²⁵⁵. Il cite un extrait de l'Odyssée²⁵⁶, démarche que n'aurait pas reniée Jacqueline de ROMILLY²⁵⁷ pour laquelle ces textes fondateurs étaient, encore et toujours, brûlants d'actualité. Ce raisonnement n'engendre bien sûr pas la critique lorsque les contractants sont sur un pied d'égalité, possèdent les mêmes armes dans la négociation du contrat. Mais il n'en va pas de même lorsque les forces en présence sont inégales, ce qui est le cas, nous l'avons vu, en matière de crédit à la consommation. Pour tenter de rétablir cette égalité, le législateur consumériste a utilisé différents leviers. Il lui a notamment, et dès le départ, semblé indispensable d'offrir au consommateur de crédit une information complète sur le contrat qu'il s'apprête à souscrire. Pour parvenir à cette correcte information de l'emprunteur, il a choisi de recourir à un formalisme informatif, imposant la remise d'une offre préalable recelant de nombreuses informations. Est-ce la seule information dont bénéficie l'emprunteur ? Lorsqu'un contrat de cautionnement vient garantir le remboursement du crédit, les forces en présence sont, là encore, inégales. Comment l'information de la caution a-t-elle été assurée ? Quelle lecture en a fait la jurisprudence ? Dans un premier temps, l'information de l'emprunteur (chapitre 1) sera envisagée, puis, dans un second temps, celle de sa caution (chapitre 2).

²⁵⁵ JULIEN Jérôme, « *Droit de la consommation et du surendettement* », Lextenso Éd., 2009, p. 33.

²⁵⁶ HOMÈRE, « *L'Odyssée* », XII, 31-72, « Mais bien fou qui relâche pour entendre leurs chant ! Jamais en son logis, sa femme et ses enfants ne fêtent son retour : car, de leur fraîche voix, les Sirènes le charment, et le pré, leur séjour, est bordé d'un rivage tout blanchi d'ossements et de débris humains, dont les chairs se corrompent (...) »

²⁵⁷ de ROMILLY Jacqueline, « *Pourquoi la Grèce ?* », Éd. de Fallois, p. 9 et p. 12.

Chapitre 1 : L'information de l'emprunteur

148. Le législateur consumériste est, dès le départ, venu mettre à la charge du prêteur une obligation d'information précontractuelle, qui s'est matérialisée par un formalisme informatif pointilleux. De son côté, la jurisprudence a aussi dégagé, à partir de principes anciens du droit commun, une obligation d'information précontractuelle à la charge du prêteur, lorsqu'il se trouve face à un emprunteur non-averti. Comment la jurisprudence les a-t-elle articulées ? Ces deux obligations d'information seront présentées (I), puis leur articulation sera analysée (II).

I – L'obligation d'information précontractuelle, d'une construction jurisprudentielle audacieuse à une injonction légale

149. Si la jurisprudence a été la première à mettre à la charge de certains professionnels une obligation d'information dans la période précédant l'échange des consentements (§1), la loi a, dès 1978, instauré une obligation précontractuelle d'information à la charge du prêteur, lorsqu'il consent un crédit à un consommateur (§2).

§ 1 – L'obligation d'information issue de la jurisprudence

150. Après en avoir recherché l'origine (A), nous présenterons l'obligation jurisprudentielle d'information (B).

A – La genèse de l'obligation jurisprudentielle d'information

151. Les fondements de l'obligation d'information retracés (1), ses différents visages seront présentés (2).

1 – L’obligation d’information précontractuelle avant et après le Code civil

a – L’obligation d’information précontractuelle avant le Code civil

152. Robert Joseph POTHIER²⁵⁸, au XVIIIème siècle, écrivait déjà : « Dans le for intérieur on doit regarder comme contraire à cette bonne foi, tout ce qui s’écarte tant soit peu de la sincérité la plus exacte et la plus scrupuleuse ; la seule dissimulation sur ce qui concerne la chose qui fait l’objet du marché, que la partie avec qui je contracte aurait intérêt de savoir, est contraire à cette bonne foi (...) ». Tout contractant était, selon lui, tenu d’une obligation générale d’information envers son cocontractant. Cette obligation découlait d’une autre, préexistante, l’obligation de bonne foi. Dans un autre passage, relatif au contrat de vente, il expliquait pourquoi informer l’autre était si crucial²⁵⁹ : « (...) la bonne foi ne défend pas seulement tout mensonge, mais toute réticence de tout ce que celui avec qui nous contractons a intérêt de savoir touchant la chose qui fait l’objet du contrat. La raison est que la justice et l’équité dans ces contrats consistent dans l’égalité ; tout ce qui tend à la blesser est donc contraire à l’équité. Il est évident que toute réticence de la part d’un des contractants, de tout ce que l’autre aurait intérêt de savoir touchant la chose qui fait l’objet du contrat, blesse cette égalité ». C’est donc la recherche d’une égalité entre les contractants qui justifiait selon POTHIER l’obligation d’information. Tout ce qui entame l’égalité, la « blesse » selon ses mots mêmes, est contraire à l’équité. Certes, il n’envisageait pas expressément le cas des contractants en situation de faiblesse, comme le fait aujourd’hui le droit de la consommation. Mais pourquoi aurait-il tant insisté sur la nécessaire recherche d’égalité si cette égalité entre contractants avait coulé de source ? Si POTHIER cherchait le moyen d’assurer l’égalité entre contractants, c’est probablement parce qu’il la savait, déjà, fragile et vulnérable, qu’il admettait une possible inégalité entre les contractants. L’on évoque aujourd’hui la justice contractuelle mais l’égalité, l’équité,

²⁵⁸ POTHIER Robert Joseph, « *Traité des obligations, selon les règles tant du for de la conscience, que du for extérieur* », Nouvelle édition revue, corrigée et considérablement augmentée par l’auteur. Tome premier. Paris. Orléans. 1764. Première partie. De ce qui appartient à l’essence des obligations, et de leurs effets. Chapitre un. De ce qui appartient à l’essence des obligations. Section première. Des contrats. §III. Du dol. p. 43, n°30.

²⁵⁹ POTHIER Robert Joseph, « *Traité du contrat de vente, selon les règles tant du for de la conscience, que du for extérieur* », tome premier. Paris. Orléans. 1772. Partie II. Ch. 2, Des engagements du vendeur qui résultent de la bonne foi, p. 223.

invoquées naguère par POTHIER, vont dans le même sens. Ces écrits précèdent de plus de trente années le Code civil.

153. De son côté, Jean DOMAT²⁶⁰ exposait : « Les conventions devant être formées par le consentement mutuel de ceux qui traitent ensemble, chacun doit y expliquer sincèrement et clairement ce qu'il promet et ce qu'il prétend ». Une obligation d'information mutuelle ressort de ces considérations. Elle est générale, vise tous les contractants et toutes « les conventions ».

b - L'obligation d'information précontractuelle à partir du Code civil

α - L'évolution doctrinale

154. Le Code civil n'a pas posé, expressément, d'obligation générale d'information à la charge des cocontractants. Mais à la fin du XIX^{ème} siècle, sous l'influence notamment des théories sociales – catholicisme social, école socialiste et saint-simonisme -, le caractère fictif de l'égalité a été remis en lumière et la liberté contractuelle reconnue comme un piège pour le plus faible²⁶¹. Une conception morale du contrat a peu à peu coloré notre droit positif, sous l'impulsion première de la jurisprudence. Selon Vincent VIGNEAU²⁶², « S'étant rendu compte du caractère fictif de l'égalité entre les hommes, les juges et la doctrine ont finalement admis que « la liberté contractuelle pouvait être un piège pour le plus faible²⁶³ » ». Certains auteurs ont érigé ce qui est juste en principe fondamental de la théorie générale du droit des contrats²⁶⁴. Aujourd'hui, certains évoquent un devoir de coopération entre contractants²⁶⁵, l'idée d'un solidarisme

²⁶⁰ DOMAT Jean (1625-1696), « *Lois civiles* », Livre I, Titre I, Sect. II, al. X, al. XI et al. XVI, seconde édition, 1697.

²⁶¹ VIGNEAU Vincent, « *Le code et le juge : bicentenaire d'un couple* », Gaz. Pal., 29 mai 2004, n°150, p. 4.

²⁶² VIGNEAU Vincent, « *Le code et le juge : bicentenaire d'un couple* », Gaz. Pal., 29 mai 2004, n°150, p. 4.

²⁶³ Cités par Vincent VIGNEAU, V. supra : WEIL Alex et TERRÉ François, « *Droit Civil, les obligations* », Précis Dalloz, n°60.

²⁶⁴ GHESTIN Jacques, « *L'utile et le juste dans les contrats* », D. 1981, chron. p. 3.

²⁶⁵ PICOD Yves, « *L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat* », JCP G 1988. I. 3318 ; MESTRE Jacques, « *D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration* », RTD civ. 1986, p. 100 s.

contractuel est même défendue²⁶⁶. Jean Carbonnier a ainsi évoqué, en 2000, la « cuirasse » juridique qui protège la partie faible au contrat²⁶⁷. Certains articles du Code civil ont été utilisés par la Cour de cassation avec audace, pour faire émerger une obligation générale d'information dans la phase précédant la rencontre des consentements. D'autres l'ont été plus classiquement. Il convient maintenant de présenter ces principes anciens du droit commun des contrats.

β - L'article 1134 alinéa 3 du Code civil, terreau d'une obligation générale d'information

155. Le projet de Code civil de l'an VIII²⁶⁸ précisait : « Les conventions doivent être contractées *et exécutées* de bonne foi ». Il visait donc tant la période de formation du contrat que celle de son exécution. Pourtant, l'exigence de bonne foi, telle qu'elle ressort de l'article 1134 alinéa 3, indique que les conventions « doivent être *exécutées* de bonne foi ». Elle ne concerne, littéralement, que la phase d'exécution du contrat. Mais la Première Chambre civile s'est plu à faire germer les mots et les idées. Renouant avec le projet de Code civil de l'an VIII, elle a extrait de l'article 1134 alinéa 3 une obligation générale de bonne foi, s'égrenant tout au long de la relation contractuelle. Non plus seulement durant la phase d'exécution du contrat, comme le prévoit la lettre du texte, mais aussi durant la phase de formation du contrat, phase dite précontractuelle, c'est à dire avant l'échange des consentements²⁶⁹. La Première Chambre civile a ensuite fait

²⁶⁶ MAZEAUD Denis, « *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?* », in Mélanges François Terré, Dalloz, 1999 ; JAMIN Christophe, « *Plaidoyer pour un solidarisme contractuel* », in Études offertes à Jacques Ghestin, LGDJ, 2001, p. 441 s. ; « *La nouvelle crise du contrat* », sous la dir. de Christophe JAMIN et Denis MAZEAUD, Dalloz, 2012 ; « *Le solidarisme contractuel, mythe ou réalité ?* », sous la dir. de Luc GRYNBAUM et Marc NICOD, Économica, 2004 ; THIBIERGE-GUELFUCCI Catherine, « *Libres propos sur la transformation du droit des contrats* », RTD civ. 1997, p. 357.

²⁶⁷ CARBONNIER Jean, « *Les obligations* », PUF, coll. « Thémis », 2000, n°295.

²⁶⁸ FENET Pierre-Antoine, « *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil* », t. 2, Paris, Projet De la Commission du Gouvernement, Présenté le 24 thermidor an VIII, p. 163 : Livre III Des différentes manières dont on acquiert la propriété – Titre II Des contrats ou des obligations conventionnelles en général – Chapitre II De l'effet des obligations, Dispositions générales – 32 : « (...) Elles doivent être contractées et exécutées de bonne foi. »

²⁶⁹ Cette exigence de bonne foi à tous les stades du contrat, de la formation à l'exécution, existe dans d'autres droits. Pour exemple, OCAMPO CAICEDO Angie, « *La responsabilité précontractuelle en droit comparé franco-argentin – commentaire de l'arrêt « Litvak Adolfo c/ Olivetti Argentina S.A. »* », Site de l'Université Paris

découler de l'exigence de bonne foi une obligation d'information²⁷⁰. Pour satisfaire l'exigence de bonne foi, il faut informer son cocontractant, l'obligation d'information naissant avant l'échange des consentements, se poursuivant après, et perdurant tout au long de la vie du contrat. La sanction du non-respect de cette obligation est l'octroi de dommages et intérêts, sanction classique du non respect d'une obligation contractuelle. Sanction souple aussi, qui peut être modulée par le juge. Elle est prononcée sur le fondement de l'article 1147 du Code civil, mais elle est appliquée ici à une obligation précontractuelle. Cette solution a parfois été justifiée par l'existence, durant les pourparlers, d'un avant-contrat tacite. Ainsi, Rudolf von IHERING, en 1860, évoqua-t-il cette idée de responsabilité contractuelle au moment des négociations précontractuelles, idée qu'il développa dans un article²⁷¹ intitulé « *De la culpa in contrahendo* »²⁷². Selon von IHERING, cette responsabilité est de nature contractuelle parce que les parties essayent d'établir une relation contractuelle. La période de négociation ferait partie de la conclusion du contrat. En droit allemand, le domaine contractuel est étendu à la phase précontractuelle²⁷³. Mais en droit français, une faute commise durant la phase précontractuelle est réparée, en théorie, sur le fondement de l'article 1382 du Code civil,

Ouest, Master bilingue droit français/droits étrangers, mis en ligne le 30 août 2008, consulté le 3 septembre 2015. La notion de bonne foi au stade pré-contractuel fut introduite dans le Code civil argentin par la loi 17.711 du 22 avril 1968 : « Les contrats doivent être conclus, interprétés et exécutés de bonne foi en respectant la volonté des parties et en oeuvrant avec précaution et prévision. »

²⁷⁰ Y. LOUSSOUARN souligne ainsi : « Pendant longtemps, l'on a considéré l'obligation de renseignement comme une obligation ayant une origine strictement légale (...) Mais l'obligation de renseignements s'étend et se diversifie en fonction de la profession des contractants, des usages, de la nature du contrat, et avec elle s'accroît la prise en considération de la bonne foi qui est l'élément moralisateur par excellence des relations contractuelles. », RTD civ. 1971. 839, obs.

²⁷¹ von IHERING Rudolf, « *De la faute « in contrahendo » ou des dommages-intérêts dans les conventions nulles ou restées imparfaites* », traduction O. de Meulenaere, Œuvres choisies, t. II, Paris, 1893, p. 1 s., n°21 : « La *diligentia* contractuelle est requise dans les rapports contractuels en voie de formation aussi bien que dans les rapports établis. L'inobservation de cette *diligentia* donne lieu, dans l'un comme dans l'autre cas, à l'action contractuelle en dommages-intérêts. La *culpa in contrahendo* n'est autre chose que la *culpa* contractuelle dans une direction spéciale. »

²⁷² De la faute en contractant.

²⁷³ POILLOT Élise, « *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats* », Thèse, LGDJ, 2006, n°1075.

siège de la responsabilité civile délictuelle²⁷⁴. La Cour de cassation a donc, en la matière, fait preuve d'audace.

γ - L'article 1135 du Code civil, siège des obligations dites accessoires

156. L'article 1135 du Code civil prévoit : « Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ». Il permet au juge de pallier les lacunes du contrat en imposant certaines obligations qui ne seraient pas expressément prévues dans le contrat mais en découleraient, au nom de l'équité, de l'usage ou de la loi. L'article 1135 concerne lui aussi la vie du contrat, la phase de son exécution. Contrairement à la lettre du texte, il a lui aussi été utilisé par la Cour de cassation pour mettre à la charge des contractants une obligation générale d'information durant la phase précontractuelle. Son inexécution est sanctionnée, comme celle de l'article 1134 alinéa 3, par l'octroi de dommages et intérêts sur le fondement de la responsabilité civile contractuelle. Geneviève VINEY²⁷⁵ relève que la combinaison des articles 1147 et 1135 du Code civil a permis l'adaptation de la notion d'inexécution à toutes sortes de situations nouvelles. Le droit commun offre des possibilités sans cesse renouvelées.

δ - L'article 1116 du Code civil et l'admission par la Cour de cassation d'une réticence dolosive

157. Il n'y a ici aucune distorsion ou extrapolation de la lettre du texte, l'article 1116 du Code civil concernant précisément la période de formation du contrat. Depuis le milieu du XXème siècle, la Cour de cassation admet que l'existence d'un dol puisse être « déduite du silence volontairement gardé » par un contractant²⁷⁶. Première dans le temps

²⁷⁴ SALEILLES Raymond, « *De la responsabilité pré-contractuelle* », RTD civ. 1907, p. 702 : la responsabilité précontractuelle est de nature délictuelle. MOUSSERON P., « *Conduite des négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle* », RTD com. 1998, p. 243 s. : « En l'absence de tout contrat, la responsabilité ne peut être que délictuelle ». Cass. com, 20 mars 1972, n°70-14154 : « (...) la Cour d'appel, sans encourir les griefs du pourvoi, a pu retenir à l'encontre de la société (...) une responsabilité délictuelle. »

²⁷⁵ VINEY Geneviève, « *Modernité ou obsolescence du code civil ? L'exemple de la responsabilité* » in Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau, Dalloz, 2007, p. 1041 s.

²⁷⁶ Cass. civ. 1ère, 19 mai 1958, Bull. I, n°251.

à assurer le respect d'une obligation d'information, la réticence dolosive est le silence gardé par un contractant sur une information essentielle pour l'autre : « le dol peut être constitué par le silence d'une partie dissimulant à son cocontractant un fait qui, s'il avait été connu de lui, l'aurait empêché de contracter »²⁷⁷. Le principe de la réticence dolosive a été repris par les différents projets de réforme du droit des obligations, dont le plus récent, le Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats²⁷⁸. La sanction est l'annulation du contrat, sur le fondement de la théorie des vices du consentement, sans préjudice d'éventuels dommages et intérêts sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, siège de la responsabilité civile délictuelle. Elle est encourue toutes les fois que le débiteur a recelé sciemment une information, déterminante du consentement du créancier, dans le but de l'inciter à conclure le contrat contre son intérêt. Celui dont le consentement a été vicié peut aussi choisir de renoncer à la nullité et se contenter de dommages et intérêts²⁷⁹.

ε - L'article 1382 du Code civil et la mise en œuvre de la responsabilité civile délictuelle

158. Là encore, il n'y a pas de distorsion chronologique de la lettre du texte. La mise en œuvre de la responsabilité civile délictuelle trouve sans encourir de grief à s'appliquer à la période précontractuelle. La non-délivrance d'une information avant la conclusion du contrat peut constituer une faute si elle cause un préjudice et si un lien de causalité peut être démontré entre ce manquement et le préjudice. Le fautif peut ainsi se voir condamné à des dommages et intérêts, afin de réparer le préjudice subi. Les dommages et intérêts sont alors versés soit en complément de l'annulation du contrat, pour réticence dolosive, soit en dehors de toute annulation²⁸⁰.

²⁷⁷ Cass. civ. 3^{ème}, 15 janvier 1971, Bull. III, n°38 ; RTD civ. 1971. 839, obs. Y. LOUSSOUARN.

²⁷⁸ Projet Lando, art.4 ; Projet Catala, art. 1113-1 ; plus récemment, le Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : « Article 1136 – Le dol est le fait pour un contractant d'obtenir le consentement de l'autre par des manœuvres, des mensonges ou par la dissimulation intentionnelle d'une information qu'il devait lui fournir conformément à la loi. »

²⁷⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 14 mars 1972, D. 1972. J. 653, note GHESTIN.

²⁸⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 14 mars 1972, D. 1972. J. 653, note GHESTIN ; Cass. civ. 4 févr. 1975, D. 1975. J. 405, note GAURY, JCP 1975. II. 18100, note LARROUMET, RTD civ. 1975. 537, obs. DURRY : dans l'un ou l'autre cas, les juges se fondent sur l'article 1382 du Code civil car le contrat n'est pas encore formé.

ζ - Les réticences de la doctrine à admettre la responsabilité du prêteur sur le fondement de l'obligation précontractuelle d'information

159. La Cour de cassation a puisé dans l'exigence de bonne foi de l'article 1134 alinéa 3²⁸¹, dans l'article 1135²⁸², dans la réticence dolosive tirée de l'article 1116²⁸³, dans l'article 1382, dans les maximes d'interprétation des articles 1160 et suivants²⁸⁴, la justification d'une jurisprudence qui renforce les obligations d'information. Autant de principes anciens, parfois revisités, tout à fait adaptés aux exigences de la vie économique moderne. Peu à peu, des obligations d'information ont donc été imposées aux professionnels. Pourtant, pendant longtemps, la Cour de cassation a refusé d'étendre cette obligation d'information précontractuelle au prêteur²⁸⁵. Elle considérait que l'emprunteur était seul juge de l'opportunité du crédit et que le banquier n'avait nullement à s'immiscer dans les affaires de son client. Une partie de la doctrine s'insurgeait aussi, avec force, contre l'idée d'une responsabilité du banquier dans l'octroi du crédit. Michel VASSEUR affirmait ainsi, en 1980 : « Le banquier, marchand d'argent, n'est pas le directeur de conscience financier de son débiteur. »²⁸⁶, tandis que Jack VÉZIAN, en 1983, estimait qu'en cas de « (...) crédit immérité et injustifié, le premier fautif est presque toujours le bénéficiaire même du crédit qui connaît mieux que personne sa situation financière. »²⁸⁷ Patrice JOURDAIN²⁸⁸ offrait, en 1983, un propos plus nuancé, relevant la nécessité pour le créancier de transmettre toute information décisive au débiteur, mais la soumettant à deux conditions. Il fallait que le débiteur ignorât cette information et que son ignorance fût « légitime », c'est à dire « exempte de tout reproche ». Il affirmait : « Le devoir de se renseigner est donc un principe dont l'obligation d'informer ne représente qu'une

²⁸¹ « Elles (les conventions) doivent être exécutées de bonne foi. »

²⁸² « Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature. »

²⁸³ « Le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté. »

²⁸⁴ « On doit suppléer dans le contrat les clauses qui y sont d'usage, quoiqu'elles n'y soient pas exprimées. »

²⁸⁵ Obligation d'information entendue ici dans son sens le plus large.

²⁸⁶ VASSEUR Michel, obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 7 nov 1979, D. 1980, inf. rap., p. 214.

²⁸⁷ VEZIAN Jack, « *La responsabilité du banquier en droit privé français* », Litec, 3^{ème} éd., 1983, n°247, p. 174.

²⁸⁸ JOURDAIN Patrice, « *Le devoir de « se » renseigner* » : D. 1983, chronique 25, p. 139 s.

exception. » Il ajoutait : « (...) d'une façon générale, la mauvaise foi d'une partie lui interdit donc de faire état de l'omission fautive de l'autre. » Philippe LE TOURNEAU, en 1987, abondait dans son sens²⁸⁹ : « (...) la règle, dans une société libérale, composée d'hommes autonomes et responsables, est le devoir de s'informer soi-même, de prendre l'initiative, les devants. Tout « bon père de famille », depuis toujours, dans toutes les civilisations, a eu le devoir de « se » renseigner, dans la mesure de ses capacités, avant de contracter ». Selon cet auteur, l'obligation de se renseigner devait être le principe et l'obligation d'information, l'exception, lorsque la partie concernée était en situation de faiblesse et ne pouvait s'informer par elle-même. Claude LUCAS de LEYSSAC se trouvait déjà sur cette ligne de pensée, en 1978, lorsqu'il indiquait, avec concision, que « (...) l'obligation de renseigner apparaît quand disparaît l'obligation de se renseigner »²⁹⁰. Dans sa thèse publiée en 1988, Nicole CHARDIN justifie l'obligation d'information par la nécessité de maîtriser les risques²⁹¹ : « L'information se conçoit comme un réducteur d'incertitude. » L'incertitude ferait partie intégrante du contrat de crédit, serait en quelque sorte inévitable, mais, par le biais de l'information, elle pourrait être canalisée. Non pas supprimée, mais ramenée à un niveau admissible.

160. Il convient maintenant de présenter les différentes nuances que peut revêtir cette obligation d'information.

2 - Les différents nuances de l'obligation d'information

161. La Cour de cassation a modulé l'intensité de l'obligation générale d'information qu'elle a mise à la charge des professionnels. Obligation d'information, de renseignement, de mise en garde, devoir de conseil, que recouvrent exactement ces différentes appellations ? S'agit-il de notions distinctes, strictement délimitées ou de notions aux frontières poreuses ? Il semble qu'en la matière, la souplesse doive être de mise. En effet,

²⁸⁹ LE TOURNEAU Philippe, « *De l'allègement de l'obligation de renseignements ou de conseil* », D. 1987, chronique 97, p. 101 s.

²⁹⁰ LUCAS de LEYSSAC Claude, « *L'obligation de renseignement dans les contrats, l'information en droit privé* », Thèse, LGDJ 1978 p. 305 s.

²⁹¹ CHARDIN Nicole, « *Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté* », Thèse, LGDJ, 1988 p. 109.

la Cour de cassation et la doctrine n'ont pas dressé de frontières étanches entre les différentes terminologies. Il paraît raisonnable d'admettre la porosité de ces notions, surtout celle des obligations de mise en garde et de conseil. Seront donc modestement proposés, dans cette étude, les grands traits qui semblent former un consensus. Dans ses travaux sur l'obligation d'information dans les contrats, Muriel FABRE-MAGNAN²⁹² présente, dans un éventail allant de la moins contraignante à la plus contraignante, l'obligation de renseignement, puis celle de mise en garde et enfin celle de conseil. Cette graduation sera ici reprise.

a - L'obligation d'information ou de renseignements

162. Il s'agit là de la simple fourniture d'informations, de renseignements, transmis à l'état brut. Ce sont des éléments objectifs, non personnalisés, neutres. L'obligation d'information est aussi le terme générique utilisé pour regrouper les différentes nuances existantes²⁹³.

b - L'obligation de mise en garde

163. Au regard de son contenu, l'obligation de mise en garde est plus exigeante que l'obligation d'information ou de renseignements. Certains auteurs la qualifient d'« obligation d'information renforcée »²⁹⁴. Dans la présentation de sa thèse consacrée au devoir de mise en garde du banquier dispensateur de crédit, Wassim ABOU NADER la définit ainsi : « La mise en garde, qui suppose un risque et se traduit par un avertissement, se situe au-delà de l'information, neutre et abstraite. Toutefois, le banquier en mettant en garde son client, se limite à attirer son attention, sans s'ingérer dans ses affaires en le poussant à prendre une décision opportune, ce que suppose le conseil »²⁹⁵. Selon Muriel

²⁹² FABRE-MAGNAN Muriel, « *Essai d'une théorie de l'obligation d'information dans les contrats* », Thèse, 1991, p. 372 à 380.

²⁹³ DANIEL Julie, « *Le devoir de mise en garde du banquier* », LPA, 18 février 2008, n°35, p. 8.

²⁹⁴ BOURDALLÉ Nicole et LASSERRE-CAPDEVILLE Jérôme, « *Le développement jurisprudentiel de l'obligation de mise en garde du banquier* », Banque et droit, 2006, n°107, p. 17 s.

²⁹⁵ ABOU NADER Wassim, « *L'obligation de mise en garde du banquier dispensateur de crédit* », Thèse, 2009, p. 82 s.

FABRE-MAGNAN, mettre en garde c'est donner un renseignement et attirer l'attention sur un aspect négatif, un danger, un risque²⁹⁶. Elle porte en elle deux obligations sous-jacentes, celle d'informer sur tout élément important du contrat et celle d'attirer l'attention sur les risques encourus. Elle quitte le domaine de la seule information objective pour entrer dans le champ d'une information subjective.

c – L'obligation de conseil

164. Le conseil implique de son côté une recommandation, une incitation. Selon Muriel FABRE-MAGNAN²⁹⁷ : « (...) l'obligation de conseil se distingue de l'obligation de renseignement uniquement par le contenu, le degré de l'information transmise. L'obligation de conseil implique une mise en lumière de l'opportunité même de certaines décisions, telles que celles de conclure – ou de ne pas conclure – le contrat envisagé ». Pour Philippe LE TOURNEAU²⁹⁸, le devoir de conseil inclut celui de déconseiller au créancier de conclure un contrat non conforme à ses besoins. Le conseil suppose la connaissance, par celui qui le dispense, d'éléments très précis sur celui qui en sera le destinataire. Il y a une mise en relation du renseignement brut avec l'objectif poursuivi par le destinataire de l'information. La frontière entre obligation de mise en garde et obligation de conseil est malaisée à tracer : « (...) mettre en garde consiste en même temps à donner un conseil sur l'attitude à adopter en vue précisément d'éviter un danger, un inconvénient. Il est au demeurant possible de dire que toute mise en garde est un conseil, mais un conseil négatif : un conseil de ne pas faire, accompagné de l'explication des dangers ou simplement des inconvénients encourus si ce conseil n'est pas suivi »²⁹⁹. La mise en œuvre du devoir de conseil semble requérir trois étapes. Tout d'abord, la délivrance de renseignements bruts, objectifs. Pour Jacques GHESTIN, ces

²⁹⁶ FABRE-MAGNAN Muriel, « *Essai d'une théorie de l'obligation d'information dans les contrats* », Thèse, 1991, p. 372 à 380.

²⁹⁷ FABRE-MAGNAN Muriel, « *De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie* », LGDJ, 1992, n°464 s.

²⁹⁸ LE TOURNEAU Philippe, « *Les professionnels ont-ils du cœur ?* », D. 1990, p. 22 à 26.

²⁹⁹ LE TOURNEAU Philippe, « *Les professionnels ont-ils du cœur ?* », D. 1990, p. 22.

renseignements constitueront « les motifs du conseil »³⁰⁰. Ensuite, une recherche de l'opportunité du contrat envisagé. Enfin, une orientation à partir des éléments recueillis. Cette troisième étape va effectivement au-delà de la mise en garde, à moins de considérer que la mise en garde porte déjà, en creux, une forme de conseil.

165. Il convient de souligner ici les limites de l'obligation générale d'information dégagée par la Cour de cassation. Elle ne vaut en effet que pour les informations connues du professionnel³⁰¹. Elle ne concerne pas non plus les points que le non professionnel connaît ou peut facilement connaître³⁰².

166. Ces précisions apportées, il convient de rechercher quelle application en a été faite dans la relation entre le banquier, prêteur, et l'emprunteur.

B – L'émergence d'une obligation d'information jurisprudentielle à la charge du prêteur

167. Comme cela a été souligné, pendant longtemps, la Cour de cassation a refusé d'étendre au prêteur l'obligation d'information précontractuelle qu'elle avait dégagée pour d'autres professionnels. Elle finira néanmoins par le faire mais hésitera sur l'intensité de l'obligation mise à sa charge. La présentation de ces hésitations jurisprudentielles (1) sera suivie par celle des créanciers de cette obligation (2).

³⁰⁰ GHESTIN Jacques, « *Les obligations* », vol. 1, « *Le contrat* », LGDJ, 1988, n°456.

³⁰¹ Cass. civ. 1^{ère}, 8 avril 1986, n°84-11443, Bull. I, n°82, p. 81 ; D. 1987, chronique 73, HUET : en matière pharmaceutique.

³⁰² JOURDAIN Patrice, « *Le devoir de « se » renseigner* », D. 1983. Chronique 25, p. 139 s. ; LE TOURNEAU Philippe, « *De l'allègement de l'obligation de renseignement et de conseil* », D. 1987. Chron. 97 ; LE TOURNEAU Philippe, « *Les professionnels ont-ils du cœur ?* », D. 1990. Chron. 21 ; MESTRE Jacques et FAGES Bertrand, « *De quelques limites aux obligations d'information et de conseil* », RTD civ. 2003. 81.

1 – Les hésitations de la Cour de cassation sur l'intensité de l'obligation d'information à la charge du prêteur

a - Le choix premier d'un devoir de conseil et son étendue

168. La première à avoir admis l'hypothèse d'une responsabilité du banquier dans l'octroi d'un crédit fut la Chambre commerciale, dans un arrêt du 22 juillet 1980³⁰³. Octroi est ici entendu au sens large, puisqu'il s'agissait en réalité du maintien des lignes de crédit d'une société. Dans cette affaire, elle ne s'opposa pas frontalement à toute idée de responsabilité de la banque mais précisa, à l'intention des juridictions du fond, les constatations à effectuer avant de la mettre en œuvre. Elle s'en est, cependant, toujours tenue à une définition étroite de la responsabilité de l'établissement de crédit³⁰⁴, s'attachant à la théorie de la symétrie des informations³⁰⁵. Elle s'opposera en cela à la Première Chambre civile, lorsque cette dernière finira par admettre la responsabilité du prêteur pour défaut d'information de l'emprunteur. La fin de leurs divergences sera le fruit de deux arrêts de Chambre mixte du 29 juin 2007³⁰⁶.

169. La Première Chambre civile attendit 1994, soit près de quinze ans, pour suivre la voie tracée par la Chambre commerciale. Dans un arrêt du 8 juin 1994³⁰⁷, connu sous le nom d'arrêt Blanchard, elle confirma le raisonnement suivi par une Cour d'appel et mit à la charge du prêteur une obligation de prudence dans l'octroi d'un crédit. Les faits concernaient un prêt, accordé à un exploitant agricole pour l'achat d'un tracteur. Le débiteur ayant été défaillant, la banque saisit et fit vendre le tracteur. Elle assigna

³⁰³ Cass. com. 22 juillet 1980, n°78-16088, Bull IV, n°317 ; DS 1981 IR, obs. VASSEUR ; Cass. com. 19 janvier 1983, Bull. IV, n°22 ; DS 1984 IR 1990.

³⁰⁴ Rapport annuel de la Cour de cassation 1999, La documentation française, p. 358.

³⁰⁵ « Un emprunteur ne peut invoquer la responsabilité de la banque pour octroi abusif du crédit que dans des circonstances exceptionnelles où lui-même aurait été moins bien informé sur sa situation désespérée ou celle de son entreprise que la banque. »

³⁰⁶ Chambre mixte, 29 juin 2007, n°05-21104 et n°06-11673, Bull. ch. mixte, n°7 et n°8.

³⁰⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 8 juin 1994, n°92-16142, arrêt dit Blanchard, Bull. I, n°206, p. 150, rejet, rendu après CA Bordeaux, 12 mars 1992 ; RD bancaire et bourse 1994. 173, obs. F.-J. CRÉDOT et Y. GÉRARD ; JCP E 1995, II, 652, note D. LEGEAIS ; RTD com. 1995. 170, obs. CABRILLAC ; RTD civ. 1996, p. 384 s., obs. Jacques MESTRE, « *L'heure est décidément au devoir de conseil* ».

l'emprunteur en paiement du solde du prix. Les juges du fond réduisirent sa créance au motif que l'achat n'était pas raisonnable pour un agriculteur âgé, qui de surcroît en possédait déjà un, et dont la santé financière était précaire. Amenée à se prononcer, la Première Chambre civile valida le raisonnement de la Cour d'appel. Le prêteur avait agi avec une légèreté blâmable. Le prêteur, au vu des éléments en sa possession, savait que la charge de remboursement dépassait le montant des revenus de la petite exploitation, exposant l'emprunteur à une « ruine certaine ». La Cour d'appel avait pris en compte l'âge de l'emprunteur, le fait qu'il ne soit pas rompu aux affaires, pour caractériser sa faiblesse et la faute du prêteur, sans se prononcer toutefois sur le fondement de cette responsabilité. Cette faute avait contribué à son préjudice dans une mesure souverainement appréciée par les juges du fond. Ce fut néanmoins la première fois que la responsabilité d'un banquier fut retenue pour octroi d'un crédit à un professionnel, peu familier des affaires en l'espèce. Qu'aurait dû faire la banque pour échapper aux reproches ? Alerter son client, le mettre en garde, lui conseiller de s'abstenir, ou refuser le crédit ? La Cour ne le précisa pas. À tout le moins, elle aurait dû l'informer avec insistance de l'inopportunité de l'opération, ce qui s'apparente peu ou prou à une mise en garde ou même un conseil.

170. La Première Chambre civile précisa le fondement de la responsabilité du prêteur – un devoir de conseil - dans un arrêt du 27 juin 1995³⁰⁸, rendu à propos d'un crédit immobilier. Trois obligations en découlaient. La première, celle de délivrer des renseignements objectifs. La deuxième, celle de recueillir les éléments indispensables à la préparation du conseil. La troisième, celle de conseiller, au vu des éléments recueillis, sur l'opportunité ou non du crédit, sur ses avantages et ses inconvénients. Ce degré d'exigence implique une préparation du conseil par le banquier, qui doit s'informer sur la

³⁰⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 27 juin 1995, n°92-19212, Bull. I, n°287 ; D. 1995, n°43, p. 621, note S. PIEDELIEVRE, « La présentation d'une offre préalable conforme aux exigences de l'article 5 de la loi du 13 juillet 1979 ne dispense pas l'établissement de crédit de son devoir de conseil sur les charges de remboursement » ; Defrénois 1995, p. 1416, obs. D. MAZEAUD ; RTD civ. 1996, p. 384, obs. J. MESTRE, « *L'heure est décidément au devoir de conseil...* » ; LPA 1996, n°144, p. 26, note D. ARLIE. L'attendu de principe énonce : « (...) la présentation d'une offre préalable conforme aux exigences de l'article 5 de la loi du 13 juillet 1979 ne dispense pas l'établissement de crédit de son devoir de conseil à l'égard de l'emprunteur, en particulier lorsqu'il apparaît à ce professionnel que les charges du prêt sont excessives par rapport à la modicité des ressources du consommateur (...) »

situation actuelle et prévisible du candidat emprunteur. Il doit s'informer avant de pouvoir conseiller³⁰⁹. Le recueil des données est alors capital. Pour servir de fondement au conseil, ces données doivent être disponibles, c'est à dire accessibles au banquier et utilisables par lui. Des échéances difficiles, des paiements irréguliers, des informations soumises à publicité, constituent des informations disponibles. Enfin, le conseil suppose une préconisation, à partir des éléments recueillis. Il est personnalisé. Entre les différentes solutions envisageables, le banquier doit proposer celle qui est la plus favorable aux intérêts de son client³¹⁰. L'opportunité est appréciée au moment où le conseil est délivré³¹¹. Pour Claude LUCAS de LEYSSAC³¹², il convient de distinguer l'obligation de renseigner sur le contenu du contrat, de l'obligation de renseigner sur l'opportunité du contrat, qui correspond au devoir de conseil. Le devoir de conseil peut comporter une mise en garde contre les risques de l'opération projetée, permettre une prise de conscience du risque, une évaluation de sa nature, de la probabilité de sa réalisation, au regard de la complexité, de la dangerosité de l'opération envisagée. Il peut ainsi découler d'un crédit, dès l'origine, des charges excessives par rapport aux revenus. Le conseil peut aussi consister en une orientation vers une autre solution. Enfin, le conseil peut être de s'abstenir de réaliser l'opération projetée. Selon Philippe LE TOURNEAU³¹³, l'obligation de conseil inclut le devoir de dissuader un créancier de conclure un contrat non conforme à ses besoins.

171. Dans un arrêt du 12 juillet 2005³¹⁴, il était question d'un couple d'emprunteurs aux revenus modestes qui avait acquis un bien immobilier afin d'en retirer un petit revenu locatif. Suite à leur défaillance, une procédure de saisie fut lancée par le prêteur. Les

³⁰⁹ Cass. com. 3 décembre 1985, Bull. IV, n°284.

³¹⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 9 juillet 1985, D. 1986. 118, note J. PRÉVAULT.

³¹¹ CA Rennes, 7 mai 1991, Revue banque et droit 1992, n°21, obs. J. L. GUILLOT : hypothèse du financement d'un commerce dont l'exploitation semblait viable au moment de la mise en place du crédit.

³¹² « *L'obligation de renseignement dans les contrats* » in « *L'information en droit privé* », Travaux de la conférence d'agrégation sous la direction de Y. LOUSSOUARN et de P. LAGARDE, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1978, p. 305 s.

³¹³ LE TOURNEAU Philippe, « *Les professionnels ont-ils du cœur ?* » D. 1990, chronique V, p. 22 à 26.

³¹⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 12 juillet 2005, n°03-10921, Bull. I, n°327, p. 271.

emprunteurs assignèrent la banque en nullité du crédit, à défaut en responsabilité pour octroi abusif de crédit. La Cour d'appel retint la responsabilité du prêteur et le sanctionna par la perte des intérêts. Les emprunteurs formèrent un pourvoi, le prêteur, un pourvoi incident. Ils furent tous rejetés. La Première Chambre civile s'appuya sur les constatations de la Cour d'appel. Les emprunteurs, qui étaient profanes, ne pouvaient pas faire face à leurs engagements, leurs revenus étant modestes et les revenus locatifs étant inférieurs aux remboursements du prêt. Elle affirma : « (...) la banque avait méconnu ses obligations à l'égard de ces emprunteurs profanes en ne vérifiant pas leurs capacités financières et en leur accordant un prêt excessif au regard de leur facultés contributives, manquant ainsi à son devoir de mise en garde ». Si le prêteur avait procédé à cette vérification et découvert que l'opération n'était pas viable, aurait-il été tenu de refuser le prêt ? Ou simplement tenu de mettre en garde les emprunteurs ? La Cour ne le dit pas mais la formule « et en leur accordant un prêt excessif » semblait suggérer une obligation pour le prêteur de ne pas accorder un prêt dont le remboursement serait, *ab initio*, voué à l'échec³¹⁵. La sanction choisie par la Cour d'appel était la décharge des intérêts. Les emprunteurs revendiquaient la décharge totale du remboursement du prêt. Ils ne furent pas suivis. La Première Chambre civile affirma : « (...) la Cour d'appel a estimé qu'en réparation du préjudice né de la faute commise par la banque à l'égard des époux X..., il convenait de décharger ceux-ci des intérêts produits par la somme prêtée », soulignant un peu plus loin le caractère souverain de l'appréciation des juges du fond. Une telle position étendait l'obligation du banquier. La Première Chambre civile l'abandonnera en 2006³¹⁶.

172. Par son intensité, le devoir de conseil vient-il heurter le principe de non-ingérence ? Certains auteurs semblent le penser³¹⁷. Il s'agit pourtant d'un simple conseil, l'emprunteur restant finalement libre de le suivre ou non. Ensuite, lorsque le conseil n'est

³¹⁵ La Première Chambre civile semblait, selon Jacques MESTRE, suggérer la même chose dans son arrêt du 27 juin 1995, n°92-19212, RTD civ. 1996, p. 384 : « *L'heure est décidément au devoir de conseil...* » : « Certes, à lire strictement l'arrêt, le devoir était ici simplement de mettre en garde ; mais, à la vérité, on a presque le sentiment qu'il était aussi de déconseiller carrément une opération qui dépassait les capacités financières du client, et donc de se substituer à ce dernier dans la décision finale. »

³¹⁶ Voir *infra*, les développements consacrés au devoir de mise en garde.

³¹⁷ LASSERRE CAPDEVILLE J., « *Que reste-t-il au XXIème siècle du devoir de non-ingérence du banquier ?* », Banque et droit 2005, n°100, p. 11 à 19.

pas suivi et que le banquier choisit de ne pas octroyer le crédit, est-ce une ingérence dans les affaires de son client ou bien seulement l'exercice par ce même banquier de sa liberté de ne pas consentir un crédit trop risqué ? Il semble que la liberté du banquier doive ici être retenue. Le crédit est avant tout une opération commerciale, censée générer des profits, indispensables à la survie de l'entreprise. Si l'opération projetée n'est pas viable, la sagesse engage à y renoncer. Le prêteur doit assurément rester libre de le faire.

b - L'émergence d'une obligation de mise en garde

173. À partir de 2005, la Cour de cassation a préféré, au devoir de conseil, le « devoir de mise en garde »³¹⁸. Le banquier doit mettre en garde le candidat emprunteur non averti contre un risque d'endettement excessif, au regard de ses capacités financières. Il doit agir compte tenu des informations dont il dispose³¹⁹. Cela suppose qu'il connaisse les capacités financières de celui qui sollicite un crédit. Lorsque ce dernier est déjà client, le banquier a une connaissance *a priori* satisfaisante de ses capacités et de l'étendue de son patrimoine. Il commet donc une faute s'il ne l'informe pas des risques liés à la souscription d'un nouvel emprunt. Si ce n'est pas le cas, le banquier doit-il rechercher ces éléments, faire des investigations ? Certains auteurs voient dans l'obligation de mise en garde, comme dans le devoir de conseil, une obligation préalable pour le banquier de se renseigner utilement sur la situation financière de son client et sur l'opportunité du crédit

³¹⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 12 juillet 2005, n°03-10921, Bull. I, n°327, p. 271 : « après avoir analysé les facultés contributives des époux X..., en tenant compte notamment des revenus produits par la location de la maison achetée au moyen du prêt litigieux, la cour d'appel, constatant que les emprunteurs ne pouvaient faire face aux échéances de ce prêt avec leurs revenus locatifs, non plus qu'avec leurs très modestes ressources, a retenu que la banque avait méconnu ses obligations à l'égard de ces emprunteurs profanes en ne vérifiant pas leurs capacités financières et en leur accordant un prêt excessif au regard de leurs facultés contributives, manquant ainsi à son *devoir de mise en garde* (...) » ; Cass. civ. 1^{ère}, 20 décembre 2007, n°06-16543, Bull. I, n°395 : « en se déterminant ainsi, sans préciser si Mme X... était une emprunteuse non avertie et dans l'affirmative si conformément au *devoir de mise en garde* auquel elle était tenue, la caisse justifiait avoir satisfait à cette obligation au regard des capacités financières de Mme X... et des risques d'endettement nés de l'octroi du prêt et du découvert litigieux, la cour d'appel a privé sa décision de base légale. »

³¹⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 18 février 2009, n°08-11221, Bull. I, n°36 ; D. 2009. 625 : « (...) le montant mensuel de ces revenus, *tels que déclarés* par Mme X..., s'élevait à 3 913 euros quand celle-ci se bornait à invoquer au titre de ses charges le paiement, en remboursement de la somme prêtée, de mensualités de 392,75 euros (...) »

envisagé³²⁰. Cela paraît sage. En effet, comment tirer la sonnette d'alarme, mettre en garde, attirer l'attention, en somme « tirer son client par la manche » si l'on n'a pas toutes les cartes en mains pour analyser la situation ? La mise en garde suppose donc un pré-requis, celui pour le prêteur de « se » renseigner. Perçue par certains comme moins exigeante que le devoir de conseil³²¹, la mise en garde est au contraire, pour d'autres, très proche de ce dernier. La mise en garde serait une « obligation d'information renforcée »³²². Mettre en garde consisterait ainsi à donner un conseil négatif³²³. Tout comme pour le devoir de conseil, l'on peut se demander si la non-prise en compte de la mise en garde par l'emprunteur doit conduire le prêteur à refuser le crédit. C'est la position tenue par Wassim ABOU NADER³²⁴ : « Ainsi, dès lors qu'on est face à un crédit excessif dépassant manifestement les capacités financières de l'emprunteur, le risque de son non-remboursement franchit la zone rouge et devra conduire le banquier, non seulement à avertir son client, mais à ne pas donner suite à sa demande. Ce n'est qu'une conséquence des diligences professionnelles du banquier. Le devoir de vigilance prend la place de l'obligation de mise en garde pour interdire à la banque l'octroi de ce crédit ». Comme cela a été exposé dans les développements relatifs au devoir de conseil, la Cour de cassation a un temps semblé mettre à la charge du banquier une obligation de refuser

³²⁰ DANIEL Julie, « *Le devoir de mise en garde du banquier* », LPA, 18 février 2008, n°35, p. 8.

³²¹ ABOU NADER Wassim, « *L'obligation de mise en garde du banquier dispensateur de crédit* », Thèse, 2009, p. 82 s.

³²² BOURDALLÉ N., LASSERRE CAPDEVILLE J., « *Le développement jurisprudentiel de l'obligation de mise en garde du banquier* », Banque et droit 2006, n°107, p. 17 s.

³²³ WILLEMS C., « *De la mise en garde à la dissuasion contractuelle* », Droit et patrimoine, 2002, n°109, p. 32-43 ; BERNARD de SAINT AFRIQUE J., « *Du devoir de conseil* », Defrénois 1995, p. 918-919.

³²⁴ ABOU NADER Wassim, « *L'obligation de mise en garde du banquier dispensateur de crédit* », Thèse, 2009, p. 82 s.

le prêt³²⁵ avant de revenir rapidement sur ses pas³²⁶. Le devoir de mise en garde reste un devoir d'alerte sur les risques entourant le crédit projeté³²⁷.

174. La terminologie retenue par la Cour de cassation est toujours, actuellement, celle du devoir de mise en garde³²⁸. Il convient désormais de rechercher à qui s'adresse la mise en garde ?

2 – Les créanciers de l'obligation d'information jurisprudentielle

175. Pour déterminer les créanciers de l'obligation d'information jurisprudentielle, la Chambre commerciale s'en tenait à la théorie de la symétrie des informations. L'emprunteur ne pouvait invoquer la responsabilité de la banque pour octroi abusif du crédit, que dans des circonstances exceptionnelles où lui-même aurait été moins bien informé sur sa situation désespérée que la banque. Elle ne distinguait pas selon la qualité de l'emprunteur, professionnel ou non. Elle appliqua la même logique à de simples particuliers, dans une décision du 26 mars 2002³²⁹.

³²⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 12 juillet 2005, n°03-10921, Bull. I, n°327, p. 271s : « (...) la banque avait méconnu ses obligations à l'égard de ces emprunteurs profanes en ne vérifiant pas leurs capacités financières et en leur accordant un prêt excessif au regard de leurs facultés contributives, manquant ainsi à son devoir de mise en garde (...) »

³²⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 21 février 2006, 02-19066, Bull. I, n°91, p. 86 ; Cass. civ. 1^{ère}, 12 juillet 2006, n°05-12699, Bull. I, n°398, p. 342 ; Cass. civ. 1^{ère}, 13 février 2007, n°04-17287, Bull. I, n°59, p. 53.

³²⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 13 février 2007, n°04-17287, Bull. I, n° 59, p. 53 : « (...) en statuant ainsi, sans rechercher si les emprunteurs pouvaient ou non être regardés comme des emprunteurs profanes et, dans l'affirmative, si, conformément au devoir de mise en garde auquel elle était tenue à leur égard, la BNP avait vérifié leurs capacités financières avant de leur apporter son concours et les avait alertés sur les risques de l'endettement né de l'octroi des prêts, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard du texte susvisé (...) »

³²⁸ Pour exemples : Cass. civ. 1^{ère}, 4 juin 2014, n°13-10975, Bull. I, n°104 et Cass. com., 27 mai 2014, n°13-16788, inédit.

³²⁹ Cass. com. 26 mars 2002, Bull. IV, n°57 ; JCP G 2002, IV, 1828 ; RTD civ. 2002, p. 507, obs. J. MESTRE et B. FAGES, « *Les effets du contrat demeurent-ils sous l'empire de la loi ancienne ou sont-ils régis par la loi nouvelle ?* » ; Banque 2002, n°637, p. 76, obs. J.-L. GUILLOT, Banque et Droit 2002, n°84, p. 46, obs. Th. BONNEAU.

176. La Première Chambre civile retenait de son côté, au départ, le critère du but poursuivi, de la cause du contrat, professionnelle ou non. Lorsque le contrat était conclu avec un client non-professionnel, ce dernier était alors créancier d'une obligation d'information. Dans le cas contraire, non. Une directive du 21 avril 2004³³⁰ a proposé une définition du client professionnel de la banque : « un client qui possède l'expérience, les connaissances et la compétence nécessaires pour prendre ses propres décisions d'investissement et évaluer correctement les risques encourus »³³¹. Elle n'a en revanche pas donné de définition du client non-professionnel, indiquant juste que le « client de détail » est le « client qui n'est pas professionnel »³³². Cette approche économique, objective, se fondait aisément dans les canons communautaires, mais ne tenait pas compte de l'éventuel état d'infériorité du client professionnel. L'on peut être un professionnel aguerri dans sa branche d'activité et être par ailleurs totalement démuné face aux rouages du crédit.

177. La Première Chambre civile a ensuite opté, dans un arrêt dit Guigan du 12 juillet 2005, pour une autre distinction, fondée cette fois sur un critère subjectif : l'appréciation des qualités de l'emprunteur, de sa sphère de compétence³³³. Elle a utilisé les notions d'averti et de non-averti ou profane. Les juges du fond furent invités à appréhender le degré de connaissance de l'emprunteur dans l'opération projetée. Le seul fait d'agir à des fins professionnelles ne cantonnait pas à la qualité d'averti³³⁴. Le professionnel pouvait être profane en dehors de sa sphère de compétence. L'averti était celui qui était à même de cerner les enjeux, les risques du crédit. Le profane, ou non-averti, était au contraire celui qui était inapte à évaluer par lui-même ces risques, ces enjeux. Le niveau de qualification, la modicité des revenus, l'âge, l'expérience des affaires, la complexité de l'opération envisagée étaient les indices permettant au juge d'apprécier le

³³⁰ Directive 2004/39/CE du 21 avril 2004 concernant les marchés d'instruments financiers.

³³¹ Annexe II.1 de la directive.

³³² Article 4.1.12.

³³³ Cass. civ. 1^{ère}, 12 juillet 2005, n°03-10770, Bull. I, n°325, arrêt dit « Guigan » : la Première Chambre civile fait, pour la première fois, une distinction entre emprunteurs avertis et emprunteurs profanes.

³³⁴ DJOUDI Jamel et BOUCARD François, « *La protection de l'emprunteur profane* », D. 2008, p. 500 s.

caractère averti ou non de l'emprunteur. Mais la Cour de cassation n'abandonna pas aux juges du fond l'appréciation de cette qualité d'averti ou de non-averti³³⁵.

178. La Chambre commerciale et la Première Chambre civile harmonisèrent ensuite leurs positions par deux arrêts rendus en Chambre mixte le 29 juin 2007³³⁶. La première espèce concernait un agriculteur qui avait contracté de nombreux prêts. La seconde, un couple qui avait souscrit un emprunt pour financer l'achat d'un fonds de commerce, l'époux étant commerçant et l'épouse, institutrice. Dans les deux cas, les emprunteurs se révélèrent défaillants et furent assignés en paiement par leurs prêteurs respectifs. Ils invoquèrent en défense un manquement du banquier à son devoir de conseil. Ils furent déboutés en appel. Les deux arrêts d'appel furent cassés au visa de l'article 1147 du code civil³³⁷, siège de la responsabilité civile contractuelle. Dans la première espèce, la Cour d'appel³³⁸ de Dijon avait examiné les prêts, le niveau d'endettement, la manière dont les précédents crédits avaient été honorés, l'absence de disproportion entre l'endettement et la capacité financière de l'exploitation agricole, avant d'ajouter que le prêteur n'était débiteur d'aucune obligation à l'égard du professionnel emprunteur. La Chambre mixte sanctionna ce raisonnement : « en se déterminant ainsi, sans préciser si M.X... était un emprunteur non averti et, dans l'affirmative, si, conformément au devoir de mise en garde auquel elle était tenue à son égard lors de la conclusion du contrat, la caisse justifiait avoir satisfait à cette obligation à raison des capacités financières de l'emprunteur et des risques de l'endettement né de l'octroi des prêts, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ». Dans la seconde espèce, seul l'époux était commerçant, l'épouse était institutrice.

³³⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 12 juillet 2005, op. cit.

³³⁶ Chambre mixte, 29 juin 2007, 2 arrêts, n°05-21104 et n°06-11673, Bull. Chambre mixte n°7 et n°8 ; D. 2007. Jur. 2081, note S. PIEDELIÈVRE, et AJ. 1950, V. AVENA-ROBARDET ; JCP G 2007, n°37, II, 10146, note A. GOURIO, « *Précisions sur l'obligation de mise en garde du banquier dispensateur de crédit à l'égard des emprunteurs non-avertis* » ; RD bancaire et financier, juillet-août 2007, comm. 148, note D. LEGEAIS.

³³⁷ « Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part. »

³³⁸ CA Dijon, 15 septembre 2005.

La Cour d'appel d'Aix-en-Provence³³⁹ avait rejeté la demande en dommages-intérêts présentée par l'épouse. Elle avait estimé que le couple était en mesure d'appréhender, compte tenu de l'expérience professionnelle de l'époux, la nature et les risques de l'opération envisagée, ajoutant que la banque n'avait pas à s'immiscer dans les affaires de ses clients et ne possédait en outre pas d'informations que le couple aurait ignorées. Elle en avait déduit que la banque n'avait envers eux ni devoir de conseil, ni devoir d'information. La Chambre mixte sanctionna, là encore, le raisonnement développé par la Cour d'appel : « en se déterminant ainsi, sans préciser si Mme Y... était non avertie et, dans l'affirmative, si, conformément au devoir de mise en garde auquel elle était tenue à son égard lors de la conclusion du contrat, la banque justifiait avoir satisfait à cette obligation à raison des capacités financières de Mme Y... et des risques de l'endettement né de l'octroi des prêts, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ».

179. Ces deux arrêts présentaient la feuille de route que devaient suivre les juges du fond lorsque la responsabilité d'un prêteur était recherchée pour non-respect de son obligation d'information. Ils devaient en tout premier lieu rechercher si cet emprunteur était averti ou profane. Dans le cas de co-emprunteurs, ils devaient faire cette vérification pour chacun d'entre eux. Ensuite, si l'emprunteur était profane, le juge devait vérifier si le prêteur avait bien satisfait au devoir de mise en garde qui lui incombait, en fonction des capacités financières de l'emprunteur et des risques d'endettement. Dans un arrêt du 18 septembre 2008³⁴⁰, la Première Chambre civile reprit cette méthodologie imposée par la Chambre mixte aux juges du fond : « en se déterminant ainsi sans préciser si M. et Mme X... étaient des emprunteurs non avertis et, dans l'affirmative, si conformément au devoir de mise en garde dont il était tenu à leur égard lors de la conclusion du contrat, le Crédit agricole justifiait avoir satisfait à cette obligation au regard non seulement des charges du prêt mais aussi de leurs capacités financières et du risque de l'endettement né de l'octroi du prêt ». Le conclusif de la Première Chambre civile était sans ambiguïté. Les juges du fond devaient vérifier si l'emprunteur était averti ou profane. S'il était profane, le devoir de mise en garde du banquier jouait. Le prêteur devait alors justifier avoir satisfait à cette

³³⁹ CA Aix-en-Provence, 28 juin 2005.

³⁴⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 18 septembre 2008, n°07-17270, Bull. I, n°203.

obligation. Le contenu de la mise en garde devait être fonction des charges du prêt, des capacités financières de l'emprunteur et du risque d'endettement. Mais, à chaque fois que le prêteur était face à un emprunteur profane, il semblait bien tenu envers lui d'un devoir de mise en garde.

180. Dès lors, le prêteur était-il toujours tenu d'un devoir de mise en garde face à un emprunteur non-averti ? Dans un arrêt rendu le 3 mai 2006³⁴¹, la Chambre commerciale avait sanctionné, au visa de l'article 1147 du Code civil, le raisonnement d'une Cour d'appel qui n'avait pas démontré le caractère excessif des prêts au regard des facultés de remboursement des emprunteurs. Partant, elle ne pouvait pas retenir un manquement du prêteur à son devoir de mise en garde. Pour que le banquier puisse être tenu d'un devoir de mise en garde envers un emprunteur profane, encore fallait-il qu'au moment de la souscription du prêt, ce dernier fût excessif au regard des facultés de remboursement de l'emprunteur. La Chambre commerciale confirma cette vision dans un arrêt du 7 juillet 2009, en affirmant que si l'emprunteur profane devait être mis en garde lorsque le crédit était excessif, présentait un risque de défaillance accru, il n'était en revanche plus tenu de l'être lorsque le crédit était adapté à ses capacités financières et ne présentait pas de risque d'endettement³⁴² : « (...) à la date de la conclusion du contrat, le crédit était adapté au regard des capacités financières des emprunteurs et du risque de l'endettement né de l'octroi de ce prêt, ce dont il résulte que la banque, en l'absence d'un tel risque, n'était pas tenue à l'égard de ceux-ci d'un devoir de mise en garde (...) ». Elle confirma encore cette position par la suite³⁴³. Pour la Chambre commerciale, la qualité d'emprunteur profane ne suffit pas, à elle seule, à justifier l'existence d'une obligation de mise en garde à la charge du prêteur, encore faut-il qu'un risque existe au moment où l'emprunt est contracté.

³⁴¹ Cass. com. 3 mai 2006, n°04-15517, Bull. IV, n° 101, p. 99.

³⁴² Cass. com. 7 juillet 2009, n°08-13536, Bull. IV, n°735.

³⁴³ Cass. com. 6 décembre 2011, n°10-24268, inédit ; Cass. com. 5 nov. 2013, n°11-27400, inédit ; Cass. com. 28 janv. 2014, n°12-29204, inédit et n°12-24520, inédit ; Cass. com. 26 mai 2014, n°13-13843, inédit.

181. La Première Chambre civile se rangea à cette restriction posée par la Chambre commerciale. Dans un arrêt du 19 novembre 2009³⁴⁴, elle estima que le prêteur n'était pas tenu, à l'égard d'un emprunteur profane, d'une obligation de mise en garde lorsque le crédit était adapté aux capacités financières de l'emprunteur, ce que les juges du fond appréciaient souverainement. Elle confirma cette orientation le 4 juin 2014³⁴⁵. Le prêteur n'est pas tenu envers l'emprunteur profane d'un devoir de mise en garde, lorsque, au moment de la souscription du contrat, sa situation financière ne le justifie pas : « (...) Mme X... n'apportait pas la preuve qu'à l'époque de la souscription du crédit litigieux, la situation financière des emprunteurs imposait l'accomplissement par la banque de son devoir de mise en garde (...) »

182. La Troisième Chambre civile se prononça dans le même sens le 20 novembre 2012³⁴⁶ et rejeta le pourvoi formé par une banque contre un arrêt de la Cour d'appel de Toulouse³⁴⁷ : « (...) la qualité d'emprunteur profane de Mme X...n'était pas sérieusement discutée par la société GE money bank et que les éléments soumis à son appréciation, confrontés au caractère variable du taux du crédit consenti sur une très longue période, justifiaient une mise en garde de sa part sur les risques que comportait le crédit qui n'était pas adapté à ses facultés contributives, la Cour d'appel a exactement déduit de ces seuls motifs que la banque avait manqué à son obligation (...) » La mise en garde était justifiée en l'espèce, notamment en raison de la variabilité du taux. *A contrario*, la mise en garde n'eût pas été justifiée si aucun risque particulier n'avait existé au moment de la formation du contrat.

183. Il ressort de ces différents arrêts que pour engager la responsabilité du prêteur sur le fondement du devoir de mise en garde, deux conditions doivent être remplies. L'emprunteur doit être non averti, ou profane, et le crédit doit avoir présenté, au moment de sa souscription, un risque particulier, justifiant une mise en garde.

³⁴⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 19 novembre 2009, n°08-13601, Bull. I, n° 232.

³⁴⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 4 juin 2014, n°13-10975, Bull. I, n°104.

³⁴⁶ Cass. civ. 3^e, 20 novembre 2012, n°11-24774 et n°11-25129, inédits.

³⁴⁷ CA Toulouse, 28 mars 2011.

184. Dans un arrêt rendu le 3 juillet 2012³⁴⁸, la Chambre commerciale eut à se prononcer sur l'incidence d'une interdiction bancaire de l'emprunteur sur le devoir de mise en garde du prêteur. Elle affirma qu'une telle interdiction, lors de la souscription du prêt, n'était pas suffisante pour caractériser la situation obérée de l'emprunteur et imposer au prêteur un devoir de mise en garde. Elle confirma par là même le raisonnement suivi par la Cour d'appel³⁴⁹. Cette attitude est néanmoins étonnante. Il pèse sur un interdit bancaire, même s'il a recouvré sa santé financière, une présomption de fragilité. Le prêteur devrait, nécessairement, être tenu de le mettre en garde.

185. Après avoir étudié l'obligation d'information précontractuelle née de la jurisprudence, il convient de nous pencher maintenant sur l'obligation d'information née de la loi.

§ 2 : L'obligation d'information née de la loi

186. Le législateur introduisit, par la loi SCRIVENER I du 10 janvier 1978³⁵⁰, une obligation d'information à la charge du prêteur et au profit du consommateur. Les lois du 1^{er} juillet 2010³⁵¹, 26 juillet 2013³⁵² et 17 mars 2014³⁵³ vinrent ensuite renforcer cette obligation. Une obligation d'information fut également introduite dans le Code de la consommation, au profit cette fois de tous les consommateurs, par la loi du 18 janvier 1992³⁵⁴ : « Tout professionnel vendeur de biens ou prestataire de services doit, avant la conclusion du contrat, mettre le consommateur en mesure de connaître les

³⁴⁸ Cass. com. 3 juillet 2012, n°11-18945, Bull. IV, n° 142.

³⁴⁹ CA Lyon, 5 avril 2011.

³⁵⁰ Loi n°78-22 du 10 janvier 1978 relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit, JORF 11 janvier 1978, p. 299 à 301, plus connue sous le nom de loi SCRIVENER I.

³⁵¹ Loi n°2010-737 du 1^{er} juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation.

³⁵² Loi n°2013-672 du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires.

³⁵³ Loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation.

³⁵⁴ Loi n°92-60 du 18 janvier 1992 renforçant la protection des consommateurs, article 2, alinéa 1^{er}, JORF 21 janvier 1992.

caractéristiques essentielles du bien ou du service ». Cet article est devenu un an plus tard³⁵⁵ le premier article du Code de la consommation³⁵⁶. Il s'agit là d'une obligation légale d'information, spéciale en ce qu'elle ne vise que les consommateurs mais générale en ce qu'elle les vise tous. C'est donc une obligation générale au sein d'un droit spécial. C'est une obligation précontractuelle, dans le prolongement de l'obligation générale d'information dégagée par la jurisprudence à partir de principes du droit commun des contrats. Elle impose au professionnel de « mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien ou du service ». Le professionnel doit donc seulement faire en sorte que le consommateur connaisse les caractéristiques du bien ou du service, un service en ce qui nous concerne. L'information visée porte sur « les caractéristiques essentielles du bien ou du service ». Ces caractéristiques essentielles ne sont pas les mêmes d'un contrat de consommation à l'autre, elles dépendent naturellement de l'objet du contrat. À défaut de précision, il revient donc aux juges de définir ce qu'est une caractéristique essentielle, au cas par cas. C'est dans tous les cas une information brute, non personnalisée, générale et abstraite. Aucune allusion n'est faite à un degré plus marqué d'information, qu'il s'agisse d'une mise en garde ou d'un conseil. Une brochure ou un descriptif sommaire laissé à la consultation du consommateur semblent suffisants. Notons toutefois que, sous couvert d'application de l'article L111-1, certains juges du fond ont pu imposer aux professionnels une véritable obligation de conseil³⁵⁷, excédant peut-être la lettre du texte mais conférant aussi à cet article un peu fade une portée bienvenue.

187. Cette précision étant faite, il convient d'examiner l'obligation d'information mise à la charge du prêteur par la loi dite SCRIVENER I du 10 janvier 1978 (A), puis les nouvelles obligations issues des lois du 1^{er} juillet 2010, 26 juillet 2013 et 17 mars 2014 (B).

³⁵⁵ Loi n°93-949 du 26 juillet 1993 relative au Code de la consommation, JORF 27 juillet 1993.

³⁵⁶ Article L111-1 du Code de la consommation.

³⁵⁷ CA Grenoble, 10 déc. 2007, JCP G 2008, IV, 2211 ; CCC 2008, n°170, note Guy RAYMOND.

A - La loi du 10 janvier 1978 et le mécanisme de l'offre préalable

188. La loi SCRIVENER I du 10 janvier 1978³⁵⁸ prévoyait l'information précontractuelle du consommateur-emprunteur par la remise d'une offre préalable, à la charge du prêteur. L'offre préalable devait contenir un certain nombre d'indications : identité des parties, montant du crédit, nature, objet et modalités du contrat, conditions le cas échéant de l'assurance, coût total du crédit, taux effectif global, ainsi que les frais annexes. Pour présenter son offre, le prêteur devait en outre utiliser un modèle-type, sous peine d'être déchu de son droit aux intérêts³⁵⁹.

189. La loi de 1978 avait donc choisi, pour parvenir à l'information de l'emprunteur, de recourir à un formalisme informatif et à des mentions obligatoires. Était-ce suffisant pour éclairer au mieux le consommateur emprunteur ? Ces offres étaient certes porteuses d'une quantité de renseignements, mais elles semblaient noyer le candidat emprunteur sous un flot d'informations, certaines demeurant totalement opaques pour lui. De plus, est-ce l'information qui est importante ou la manière dont elle est donnée, les explications orales qui l'accompagnent, l'échange qui peut s'ensuivre avec le prêteur ? Ce texte n'imposait au prêteur aucune obligation de mise en garde ou de conseil, aucune recherche de l'opportunité du crédit au regard des revenus. Le formalisme imposé était rigoureux, certes, mais sans garantie *in fine* d'une correcte et judicieuse information de l'emprunteur.

190. Le système de l'offre préalable, jugé insatisfaisant, a été remanié, notamment par une directive de 2008³⁶⁰, transposée en droit français par la loi du 1^{er} juillet 2010³⁶¹.

B - L'émergence de nouvelles obligations par la loi du 1^{er} juillet 2010

191. Les textes actuels concernant le devoir d'information du prêteur, issus de la loi du 1^{er} juillet 2010, de la loi du 26 juillet 2013³⁶² et de celle du 17 mars 2014³⁶³, sont

³⁵⁸ Article 5.

³⁵⁹ Article 23 de la loi n°78-22 du 10 janvier 1978.

³⁶⁰ Directive 2008/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs et abrogeant la directive 87/102/CEE du Conseil.

³⁶¹ Loi n°2010-737 du 1^{er} juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation.

contenus aux articles L311-6 à L311-10 du Code de la consommation. Il ne s'agit plus d'une simple information brute sur les caractéristiques essentielles du crédit, mais d'un ensemble d'explications et de recherches à mener par le prêteur sur la viabilité de l'opération. Le dispositif est incontestablement plus complet que celui existant précédemment. Deux sections lui sont consacrées, l'une relative aux informations précontractuelles dues à l'emprunteur³⁶⁴ (1), l'autre relative aux explications fournies à l'emprunteur et à l'évaluation de sa solvabilité (2).

1 – Les informations précontractuelles : la fiche d'information

192. Le consommateur reçoit tout d'abord des informations standardisées. L'article L311-6 prévoit en effet la remise d'une fiche d'information, lui permettant de comparer les différentes offres et d'appréhender clairement la portée de son engagement. Cette fiche doit impérativement contenir un certain nombre d'informations dont la liste est fixée par décret³⁶⁵. Elle doit être écrite, sur papier ou sur support électronique. Elle doit aussi comporter la mention : « Un crédit vous engage et doit être remboursé. Vérifiez vos capacités de remboursement avant de vous engager. »³⁶⁶. Le prêteur encourt la déchéance du droit aux intérêts, pure et simple, sans nuance³⁶⁷, s'il ne remet pas cette fiche d'information ou si celle-ci ne comporte pas toutes les informations requises. Cette sanction est automatique. Elle tient donc théoriquement les prêteurs en respect. Cependant, une fois encore, il est loisible de s'interroger sur l'efficacité de ce formalisme informatif si strictement sanctionné. La fiche d'information est certes plus succincte que l'ancienne offre préalable, mais est-elle davantage lue, assimilée, comprise ? Informe-t-elle utilement ? À elle seule, elle ne paraît pas suffisante. Des regrets peuvent aussi être

³⁶² Loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires.

³⁶³ Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, dite loi HAMON.

³⁶⁴ Articles L311-6 et L311-7 du Code de la consommation.

³⁶⁵ Article R311-3 du Code de la consommation.

³⁶⁶ Mention issue de l'article L311-5 du Code de la consommation, contenue dans toute publicité autre que radiophonique.

³⁶⁷ Article L311-48 du Code de la consommation.

formulés sur le moindre niveau d'information contenu dans cette fiche³⁶⁸, qui remplace les anciens modèles-types.

193. L'article L311-7 envisage la remise d'un exemplaire de l'offre de contrat, si toutefois l'emprunteur en fait la demande. Et si le prêteur souhaite transmettre d'autres informations à l'emprunteur, il doit dans ce cas le faire sur un autre document.

194. L'innovation portée par la fiche d'information peut ne pas emporter la conviction. En revanche, l'obligation faite au prêteur de fournir des explications à l'emprunteur et de vérifier sa solvabilité semble être une avancée prometteuse.

2 – Les explications et l'évaluation de la solvabilité

a – Les explications fournies à l'emprunteur

195. L'article L311-8 constitue, avec l'article L311-9, l'innovation majeure de la réforme. Il recèle deux obligations nouvelles à la charge du prêteur. Il lui impose, d'une part, de fournir au consommateur des « explications lui permettant de déterminer si le contrat de crédit proposé est adapté à ses besoins et à sa situation financière, notamment à partir des informations contenues dans la fiche ». Cela va bien au-delà de la simple fourniture d'éléments d'information objectifs et neutres. Il s'agit ici de mettre en relief les informations de la fiche, éventuellement d'autres éléments, par des explications. L'emprunteur doit être, grâce à elles, en mesure de décider si le contrat projeté est ou non opportun pour lui. Le prêteur doit amener son client au stade où celui-ci a tous les éléments en main pour apprécier le caractère judicieux ou non du crédit. L'article L311-8 impose d'autre part au prêteur « d'attirer l'attention de l'emprunteur sur les caractéristiques essentielles du ou des crédits proposés et sur les conséquences que ces crédits peuvent avoir sur sa situation financière, y compris en cas de défaut de paiement.

³⁶⁸ BIARDEAUD Gérard et FLORES Philippe, « *Crédit à la consommation. Décrets du 1^{er} février 2011 et information de l'emprunteur : le compte n'y est pas !* », D. 2011, p. 688 : le niveau d'information de l'emprunteur, dans les deux décrets du 1^{er} février 2011, n°2011-135 et n°2011-136, est inférieur à ce qu'il était auparavant, notamment en matière d'assurance et de taux. Les informations fournies sont plus opaques et moins pertinentes.

Ces informations sont données, le cas échéant, sur la base des préférences exprimées par l'emprunteur ». Les « caractéristiques essentielles » du crédit visent aussi bien les éléments généraux d'ordre financier comme le taux, la durée, le coût du crédit, que les éléments spécifiques à chaque type de produit financier, comme par exemple le fonctionnement particulier du crédit renouvelable³⁶⁹. L'obligation d'attirer l'attention de l'emprunteur sur les conséquences du crédit correspond ici à une obligation de mise en garde. Le prêteur doit le prévenir des conséquences « y compris en cas de défaut de paiement ». À suivre la lettre du texte, toutes les conséquences du crédit doivent donc être envisagées. La défaillance de l'emprunteur faisant partie de ces conséquences, le prêteur doit évoquer le mécanisme d'inscription au Fichier national des Incidents de remboursement des Crédits aux Particuliers (FICP), les incidences financières du non respect de l'engagement, etc. Toutefois, la défaillance de l'emprunteur n'est pas la seule conséquence plausible d'un crédit à la consommation. Or, le texte indique « y compris en cas de défaut de paiement », le prêteur semble donc tenu de balayer toutes les conséquences possibles, ce qui élargit considérablement le champ de l'obligation. Cette règle, légale, consacre la jurisprudence française selon laquelle le prêteur doit mettre en garde l'emprunteur « non averti » contre le risque d'endettement. Mais, alors que la mise en garde jurisprudentielle ne vaut à ce jour qu'en cas de risque d'endettement excessif, celle de l'article L311-8 joue quel que soit le risque. Le droit spécial se montre ici plus protecteur des intérêts de l'emprunteur, indéniablement.

196. L'article L311-8-1 issu de la loi de 2010 prévoyait en outre que lorsqu'un crédit était proposé sur un lieu de vente ou à distance, pour un montant supérieur à un certain seuil³⁷⁰, le consommateur devait « disposer de la possibilité de conclure » un crédit amortissable à la place d'un crédit renouvelable. Cet article était-il porteur d'une injonction à l'égard du prêteur ? Ce dernier était-il tenu d'informer l'emprunteur de la possibilité de souscrire un crédit amortissable ? La rédaction du texte manquait de clarté. Si le prêteur s'abstenait de proposer un crédit amortissable, l'emprunteur n'était pas pour

³⁶⁹ Rapport AN n°2150, déposé le 10 décembre 2009 par la commission des affaires économiques, XIIIème législature, projet de loi portant réforme du crédit à la consommation, p. 91.

³⁷⁰ Article D311-3-1 du Code de la consommation issu du décret n°2010-1462 du 30 novembre 2010 : fixe ce seuil à 1.000 euros.

autant empêché de le choisir. Il disposait bien de cette possibilité, selon la lettre même du texte. Le texte aurait pu prévoir clairement une obligation pour le prêteur. Le non-respect de cette obligation un peu sibylline était sanctionné par une amende de 1.500 euros³⁷¹, ce qui était bien peu dissuasif pour un organisme de crédit. Ces dispositions décurent. La loi du 17 mars 2014³⁷² a essayé de pallier ces lacunes. Désormais, l'article L311-8-1³⁷³ prévoit que : « lorsqu'un consommateur se voit proposer, sur le lieu de vente ou par un moyen de vente de biens ou de services à distance, un contrat de crédit renouvelable pour financer l'achat de biens ou de prestations de services particuliers pour un montant supérieur à un seuil fixé par décret, le prêteur ou l'intermédiaire de crédit accompagne l'offre de crédit renouvelable d'une proposition de crédit amortissable ». Le nouveau texte prévoit également que « cette proposition comporte les informations permettant au consommateur de comparer de façon claire le fonctionnement, le coût et les modalités d'amortissement des deux crédits proposés selon au moins deux hypothèses de délai de remboursement ». Le texte évoque une « proposition », mais il ne s'agit pas d'une offre en bonne et due forme. Pressé de revenir chez lui avec son achat, le consommateur pourrait être tenté de souscrire un crédit renouvelable immédiatement plutôt qu'un crédit amortissable un peu plus tard. C'était là une faiblesse du texte, qui donna lieu au dépôt d'un amendement, en Commission mixte paritaire. Il fut adopté et donna naissance à un alinéa 2 : « si le consommateur opte pour le crédit amortissable qui lui est proposé, le prêteur ou l'intermédiaire de crédit lui fournit l'offre de crédit correspondant à la proposition ». Cependant, le texte ne prévoit pas si cette remise doit être immédiate. Il reste décevant sur ce point.

b – L'évaluation de la solvabilité de l'emprunteur

197. La deuxième grande innovation de la réforme de 2010 est portée par l'article L311-9. Il vient mettre à la charge du prêteur une nouvelle obligation, celle de vérifier la solvabilité de l'emprunteur. L'article L311-9 n'est pas, directement, porteur d'une

³⁷¹ Article L311-49 du Code de la consommation.

³⁷² Loi n°2014-344 relative à la consommation.

³⁷³ L'entrée en vigueur de cette nouvelle rédaction n'était, le 30 août 2015, pas encore fixée, le site consulté, www.legifrance.gouv.fr, indiquant : « Version à venir au : date non précisée ».

obligation d'information à l'égard de l'emprunteur. Il s'agit d'une obligation pour le prêteur de s'informer. Cependant, le résultat de la vérification servira nécessairement de fondement aux explications et mises en garde visées à l'article L311-8. En ce sens, elle sert bien l'objectif d'information de l'emprunteur. La vérification de solvabilité se fait à partir d'un nombre suffisant d'informations et notamment au moyen de la consultation du « fichier national recensant les informations sur les incidents de paiement caractérisés liés aux crédits accordés aux personnes physiques pour des besoins non professionnels »³⁷⁴ (FICP). Cette consultation est obligatoire³⁷⁵, bien qu'une inscription sur ce fichier n'interdise nullement l'octroi d'un crédit, comme l'a affirmé la Chambre commerciale dans un arrêt du 3 juillet 2012³⁷⁶ : « après avoir constaté que lors de la souscription du prêt, M. X... était interdit bancaire à la suite de plusieurs chèques impayés, l'arrêt retient que cette interdiction ne l'empêche pas de solliciter et obtenir un prêt ». Cette consultation n'est qu'un élément d'appréciation, parmi d'autres. Le prêteur doit garder la preuve de la consultation du fichier, de son motif et de son résultat³⁷⁷. Enfin, la solvabilité de l'emprunteur sera de nouveau vérifiée lors de la reconduction d'un crédit renouvelable. Cette vérification de solvabilité est complexe pour le prêteur. Pour obtenir un crédit supplémentaire, le candidat emprunteur peut être tenté de ne pas mentionner l'existence de crédits en cours. Aucun fichier ne recensant à ce jour, en France, l'ensemble des crédits souscrits, il peut être alors malaisé pour le prêteur de découvrir la vérité. Le texte évoque un « nombre suffisant d'informations » et « notamment » la consultation du FICP. Outre la consultation du FICP, le prêteur a donc intérêt à questionner finement le candidat emprunteur et à lui demander le plus d'éléments possible. Ces éléments, croisés, recoupés, lui fourniront une image de la situation financière de son client. Ils le mettront aussi à l'abri des foudres du juge. L'avertissement donné par le Tribunal d'instance de Nogent-sur-Marne, au travers d'un jugement rendu le 15 octobre 2013³⁷⁸, est clair sur ce point.

³⁷⁴ Article L333-4, I alinéa 1^{er} du Code de la consommation.

³⁷⁵ Article L333-4, I alinéa 2 du Code de la consommation.

³⁷⁶ Cass. com. 3 juillet 2012, n°11-18945, Bull. IV, n° 142.

³⁷⁷ Article L333-5 alinéa 2 et arrêté du 26 octobre 2010, article 13.

³⁷⁸ TI Nogent-sur-Marne, 15 octobre 2013, Gaz. Pal. 5 déc. 2013, p. 9, note G. POISSONNIER, « *La vérification par le prêteur de la solvabilité de l'emprunteur en crédit à la consommation : règle et preuve* ».

Cette décision éclaire opportunément le prêteur sur ce qui est attendu de lui. En l'espèce, un consommateur avait souscrit, le 4 novembre 2011, un crédit. Défaillant dans ses remboursements, il fut assigné par le prêteur en paiement du capital, des intérêts et des frais. Relevant d'office le moyen tiré de la vérification de solvabilité, le Tribunal d'instance demanda au prêteur de justifier avoir exécuté son obligation. Pour le prêteur, la fiche de renseignements remplie par l'emprunteur était suffisante. Pour le Tribunal au contraire, « l'exigence d'une vérification de la solvabilité de l'emprunteur à partir d'un nombre suffisant d'informations ne peut se réduire au recueil des déclarations du débiteur. L'octroi d'un crédit au seul vu de la fiche renseignée par l'emprunteur ne peut donc permettre au prêteur de s'assurer de sa solvabilité sans exiger *a minima* un justificatif de revenus ». En l'espèce, le prêteur ne justifiait pas avoir sollicité un quelconque justificatif des ressources et des charges de l'emprunteur. Le Tribunal d'instance prononça alors la déchéance du droit aux intérêts, en application de l'article L311-48 alinéa 2 du Code de la consommation. Le prêteur doit donc non seulement consulter le FICP, mais il doit encore recueillir, *a minima* des justificatifs attestant des ressources et charges de l'emprunteur. Le terme d'« informations suffisantes », peu précis, laisse aux juges du fond un pouvoir d'appréciation *in concreto* conséquent. L'on ne peut que s'en féliciter. Le prêteur fera utilement renseigner par son client un document récapitulatif de ses ressources et ses charges et recueillera de ce dernier les éléments factuels à même de confirmer cet écrit, comme par exemple ses trois derniers relevés de compte³⁷⁹. Il lui permettra, en cas de litige, de prouver la vérification de solvabilité et fera, le cas échéant, ressortir la mauvaise foi d'un emprunteur qui aurait dissimulé l'existence d'engagements antérieurs. En revanche, la modularité de la sanction, une déchéance du droit aux intérêts dans la proportion fixée par le juge, est décevante. Cette exigence est un des pivots de la réforme. Respectée loyalement, elle pourrait diminuer significativement le nombre des crédits accordés avec

³⁷⁹ Serge Maître, Président de l'Association Française des Usagers des Banques (AFUB), hostile au « Fichier Positif » préconise de consulter les « trois derniers relevés de compte des candidats au prêt bancaire afin que les établissements de crédit aient une meilleure idée de la solvabilité du client », entretien paru le 4 août 2011 dans le journal *Le Parisien*.

une coupable légèreté. Il serait heureux que les juges du fond, à l'instar du Tribunal d'instance de Nogent-sur-Marne³⁸⁰, infligent cette sanction sans la moduler.

198. Soulignons, en comparaison, que la récente directive du 4 février 2014³⁸¹ sur le crédit immobilier impose des obligations d'information présentant quelques similitudes avec celles imposées en matière de crédit à la consommation. Ainsi, le prêteur doit-il remettre à l'emprunteur une fiche d'information standardisée³⁸². Il doit aussi fournir à l'emprunteur des explications lui permettant de déterminer si le crédit est adapté à ses besoins et lui exposer les conséquences du crédit, y compris en cas de défaillance³⁸³. Cette dernière obligation est proche de l'obligation de mise en garde portée par l'article L311-8 en matière de crédit à la consommation. Il doit enfin évaluer la solvabilité de l'emprunteur, comme le fait l'article L311-9 en matière de crédit à la consommation. En revanche, si le résultat de la vérification de solvabilité n'est pas probant, la directive n'impose pas au prêteur de refuser le prêt. La proposition de directive initiale³⁸⁴ enjoignait au prêteur de refuser le prêt et de justifier le refus. Elle allait donc au-delà. Selon Jérôme LASSERRE CAPDEVILLE³⁸⁵ : « Il s'agissait de l'obligation pour le prêteur de consentir un crédit nécessairement « adapté » sans pouvoir se retrancher derrière le respect du devoir de mise en garde ». Cette obligation renforcée n'a cependant pas vu le jour. Il reste un « devoir d'alerte »³⁸⁶ à la charge du prêteur. D'une manière plus générale, quelle devrait être l'intensité idéale du devoir d'information mis à la charge du banquier ? Le prêteur

³⁸⁰ TI Nogent-sur-Marne, 15 octobre 2013, Gaz. Pal. 5 déc. 2013, p. 9, note G. POISSONNIER, « *La vérification par le prêteur de la solvabilité de l'emprunteur en crédit à la consommation : règle et preuve* ».

³⁸¹ Directive 2014/17/UE du Parlement européen et du Conseil du 4 février 2014 sur les contrats de crédit aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage résidentiel, JOUE 28 février 2014, article 18, point 5 : « Les États membres veillent à ce que : a) le prêteur accorde uniquement le crédit au consommateur si le résultat de l'évaluation de la solvabilité indique que les obligations découlant du contrat de crédit seront vraisemblablement respectées conformément à ce qui est prévu par ledit contrat. »,

³⁸² Article 14 de la directive citée supra.

³⁸³ Article 16 de la directive citée supra.

³⁸⁴ Proposition de directive publiée le 31 mars 2011 par la Commission européenne, art. 14, 2^o, a.

³⁸⁵ LASSERRE CAPDEVILLE Jérôme, « *Chronique de droit du crédit aux consommateurs (août 2013-juin 2014)* », LPA, 1^{er} août 2014, n^o153, p. 6 s.

³⁸⁶ FÉRIEL Louis, « *L'évolution européenne du devoir de mise en garde du banquier* », D. 2014, p. 877.

doit-il se cantonner à une mise en garde ou doit-il aller au-delà ? Sa responsabilité doit-elle être engagée s'il dispense un crédit trop risqué ? Imposer au prêteur de refuser un prêt trop risqué est séduisant de prime abord mais c'est peut-être aussi aller trop loin. Cela risque de brider la liberté d'action du prêteur. Cela fait aussi, *in fine*, peu de cas de la capacité de l'emprunteur à choisir « en conscience » ce qui est raisonnable pour lui. Il appartient à chacun de gérer ses affaires en bon père de famille. Le reconnaître, c'est aussi faire confiance et donner du crédit à la capacité de discernement de chacun. Mais c'est peut-être là toute la subtilité de la matière : protéger sans surprotéger, sans infantiliser, en laissant à chacun la liberté de choisir en conscience. Surprotéger le consommateur ne l'éduque pas, ne l'aguerrit pas.

199. L'article L311-10³⁸⁷, concernant les opérations de crédit conclues sur un lieu de vente ou à distance, prévoit enfin la remise d'une fiche d'information, distincte de celle de l'article L311-6. Elle doit être remise par le prêteur à l'emprunteur. Elle mentionne les ressources et les charges de l'emprunteur ainsi que, le cas échéant, les prêts en cours. Elle contribue à l'évaluation de la solvabilité de l'emprunteur par le prêteur. L'emprunteur certifie sur l'honneur l'exactitude des informations et signe la fiche, qui sera conservée par le prêteur pendant toute la durée du prêt. Si le montant du crédit est supérieur à un certain seuil³⁸⁸, des pièces justificatives doivent venir corroborer les éléments indiqués³⁸⁹. En la signant, le candidat emprunteur engage sa parole sur son taux d'endettement. S'il ment à ce moment, il aura du mal à brandir sa bonne foi en cas de difficulté à honorer son engagement. C'est un élément du nouveau dispositif qui semble judicieux et convaincant.

Conclusion de section

200. Avant l'adoption du Code civil, les idées de justice, d'équité, d'égalité en matière contractuelle occupaient déjà l'esprit des juristes. La notion de bonne foi conduisait à

³⁸⁷ Modifié par la loi n°2014-344 du 17 mars 2014.

³⁸⁸ Article D311-10-2, Décret n°2010-1462 du 30 novembre 2010 : 3.000 euros.

³⁸⁹ Article D311-10-3, Décret n°2010-1461 du 30 novembre 2010 : les informations portées sur la fiche doivent être accompagnées de justificatifs à jour du domicile, des revenus et de l'identité de l'emprunteur.

penser que les contractants se devaient, mutuellement, une correcte information sur la chose objet du contrat. Le Code civil ne posa pas expressément d'obligation précontractuelle d'information. Cependant, près de deux siècles plus tard, certains de ses principes furent utilisés par la Cour de cassation pour dégager une obligation précontractuelle d'information à la charge de professionnels. Pour ce faire, la Cour de cassation fit une lecture particulièrement audacieuse des articles 1134 alinéa 3 et 1135. Ils ne concernaient, d'après la lettre du texte, que la période contractuelle, mais la Cour de cassation en élargit le champ à la période précontractuelle. Après de longues années de réticence, la Cour de cassation étendit cette obligation d'information précontractuelle au prêteur. Lorsque l'emprunteur est profane et que sa situation au moment de la souscription du prêt le justifie, le prêteur doit le mettre en garde. Parallèlement, le droit spécial du crédit à la consommation élaboré, dès 1978, une obligation d'information précontractuelle à la charge du prêteur et au bénéfice du consommateur de crédit, le prêteur devant remettre une offre préalable à l'emprunteur, recueil d'informations nombreuses mais standardisées, et utiliser des modèles types de contrats. Ce formalisme strict et impersonnel a vite montré ses faiblesses. La loi de 2010 a supprimé les modèles types de contrats et personnalisé certaines informations, apportant en cela une avancée majeure. Le prêteur est désormais tenu de fournir des explications au consommateur et de vérifier sa solvabilité. Le Tribunal d'instance de Nogent-sur-Marne s'est montré à ce sujet particulièrement exigeant envers le prêteur, indiquant que ce dernier ne pouvait se contenter des déclarations de l'emprunteur mais devait, *a minima*, lui demander un justificatif de ses revenus. Le « registre national des crédits aux particuliers », prévu dans la loi, ayant été déclaré inconstitutionnel³⁹⁰, le prêteur devra trouver d'autres biais pour

³⁹⁰ Décision n°2014-690 DC du 13 mars 2014 – loi relative à la consommation. Son article 67 créait un traitement de données à caractère personnel recensant les crédits à la consommation accordés aux personnes physiques n'agissant pas pour des besoins professionnels, dénommé « registre national des crédits aux particuliers ». Il était destiné à comprendre des données à caractère personnel d'un très grand nombre de personnes (plus de 12 millions). La durée de conservation des données pouvait être de plusieurs années (toute la durée du crédit ou du plan de surendettement). Les motifs de consultations étaient très nombreux (octroi d'un crédit à la consommation, reconduction d'un crédit renouvelable, vérification triennale de solvabilité de l'emprunteur, vérification de solvabilité des personnes se portant cautions de crédits à la consommation,...). Plusieurs dizaines de milliers d'agents des établissements de crédit étaient habilités à consulter le registre. Le Conseil constitutionnel jugea dans sa décision que l'atteinte au droit au respect de la vie privée ne pouvait pas être regardée comme proportionnée au but poursuivi.

vérifier la solvabilité de l'emprunteur. L'Association Française des Usagers des Banques (AFUB) a proposé de demander à l'emprunteur ses trois derniers relevés de compte³⁹¹. Cela paraît être une démarche sage.

201. Les deux mécanismes parallèles d'obligations d'information ayant été exposés, la question de leur articulation doit être analysée.

II – L'articulation des différentes obligations d'information et la sanction des manquements

202. L'articulation et l'influence réciproque de ces deux obligations d'information doivent être présentées (§1), avant d'aborder la question de la preuve du manquement et celle de sa sanction (§2).

§1 – L'articulation des deux régimes et leurs influences réciproques

203. L'obligation d'information prétorienne et l'obligation d'information légale ont des champs d'application qui se recoupent. Leur articulation doit être présentée (A), de même que leurs influences réciproques (B).

A – L'articulation des deux régimes

204. Le consentement de celui qui souscrit un crédit est l'objet aujourd'hui d'une attention particulière. Deux régimes de protection se sont développés. Tous deux ont fait de l'information leur cheval de bataille. Le premier, imaginé par la Cour de cassation, est aujourd'hui un devoir de mise en garde, dont le banquier est débiteur. L'emprunteur en est créancier s'il peut être qualifié de non-averti et si une mise en garde est nécessaire au moment où il s'engage. La sanction consiste en l'octroi de dommages et intérêts, en fonction du préjudice subi. Le second régime est propre au crédit à la consommation.

³⁹¹ Serge Maître, Président de l'Association Française des Usagers des Banques (AFUB), hostile au « Fichier Positif » préconise de consulter les « trois derniers relevés de compte des candidats au prêt bancaire afin que les établissements de crédit aient une meilleure idée de la solvabilité du client », entretien paru le 4 août 2011 dans le journal *Le Parisien*.

L'emprunteur en est créancier s'il peut revêtir l'habit de consommateur. La sanction est une déchéance du droit aux intérêts. Elle est automatique.

205. Les deux régimes se complètent, leurs champs d'application ne se confondant pas. Un emprunteur qui se voit refuser la protection du droit spécial, ne pouvant être considéré comme un consommateur, n'est pas *de facto* exclu de la protection jurisprudentielle. Le droit commun, par le biais des catégories juridiques d'averti et de non-averti, vient assouplir la raideur des frontières du droit spécial. S'il est non-averti, l'emprunteur professionnel bénéficie du devoir de mise en garde et peut rechercher la responsabilité du prêteur sur ce fondement. À l'inverse, tout consommateur n'est pas nécessairement un emprunteur non-averti. Une employée de banque qui souscrit un crédit à la consommation est bien un consommateur. Elle bénéficie de la législation consumériste. Pour autant, elle n'est pas un emprunteur non-averti, ayant, par sa profession, acquis des lumières sur les risques et rouages du crédit. L'averti, rappelons-le, est celui qui est à même de cerner les enjeux et les risques du crédit qu'il souscrit. À l'inverse, le profane, ou non-averti, est celui qui est inapte à évaluer par lui-même ces risques, ces enjeux. Le juge du fond détermine *in concreto* si l'emprunteur est averti ou non-averti, en fonction de son niveau de qualification, de ses revenus, de son âge, de son expérience des affaires, de la complexité de l'opération envisagée. *In fine*, le champ de la protection de l'emprunteur est élargi, les frontières du droit spécial sont adoucies par le recours au droit commun.

206. Dans un arrêt rendu en Chambre mixte le 29 juin 2007³⁹², la Cour de cassation a clairement refusé d'aligner les notions d'emprunteur averti et non-averti sur celles de consommateur et professionnel. Elle renforça par là-même l'autonomie de l'obligation jurisprudentielle d'information et la place du droit commun. Il s'agissait ici d'un agriculteur qui avait contracté différents prêts et invoquait la responsabilité de sa banque pour manquement à son devoir de mise en garde. La Cour d'appel fut sanctionnée pour avoir rejeté sa demande sans vérifier s'il était ou non averti. Cet agriculteur, empruntant pour les besoins de son exploitation, était bien sûr un professionnel. Il ne se trouvait pas

³⁹² Cass. ch. mixte, 29 juin 2007, n°05-21104, Bull. ch. mixte, n°7.

dans le champ du droit de la consommation. Mais il se trouvait peut-être dans le champ de l'obligation jurisprudentielle.

207. La Cour de cassation fut aussi amenée à se prononcer sur le caractère exclusif ou non du régime spécial. Le consommateur-emprunteur doit-il nécessairement invoquer la législation consumériste dont il relève, et elle seule, ou bien peut-il invoquer la protection jurisprudentielle ? Dans un arrêt du 14 juin 1989³⁹³, la Première Chambre civile estima qu'il ne pouvait être reproché à un prêteur de ne pas avoir précisé à l'emprunteur qu'en cas de disparition du véhicule, objet du prêt, ce dernier se poursuivrait. Le prêteur n'était donc pas tenu d'informer l'emprunteur de toutes les situations susceptibles de venir émailler la vie du crédit. Les obligations d'information imposées par la législation consumériste ayant été respectées, la Première Chambre civile estima qu'aucun reproche ne pouvait être fait au prêteur. L'attendu de la Cour, lapidaire, mérite d'être rapporté : « (...) il ne pouvait être reproché à l'établissement de crédit d'avoir omis d'aviser son client de la poursuite du contrat de prêt en cas de vol du véhicule, dès lors que le législateur lui-même n'avait pas jugé utile de faire figurer cet avertissement sur le modèle-type qu'il avait lui-même rédigé, de telle sorte qu'aucune réticence dolosive ne pouvait être imputée à la société Fiat crédit France (...) » Le propos pouvait difficilement être plus clair.

208. Six ans plus tard, la Première Chambre civile modifia sa position. Le 27 juin 1995³⁹⁴, elle affirma, dans un attendu de principe, que « la présentation d'une offre préalable conforme aux exigences de l'article 5 de la loi du 13 juillet 1979 *ne dispense pas* l'établissement de crédit de son devoir de conseil à l'égard de l'emprunteur, en particulier lorsqu'il apparaît à ce professionnel que les charges du prêt sont excessives par rapport à la modicité des ressources du consommateur ». Les faits concernaient la construction

³⁹³ Cass. civ. 1^{ère} civ. 14 juin 1989, n°88-12665, Bull. civ. I, n°240 ; D. 1989, sommaire, 338, obs. J.-L. AUBERT ; RTD civ. 1989 p. 742, obs. J. MESTRE ; JCP 1991. II. 21632, note G. VIRASSAMY.

³⁹⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 27 juin 1995, n°92-19212, Bull. I, n°287, p. 200 ; JCP E, 1996. II. 732, note D. LEGAIS ; RTD civ. 1996. 385, obs. J. MESTRE ; D. 1995. 621, note S. PIEDELIÈVRE ; SCHOLASTIQUE Estelle, « *Les devoirs du banquier dispensateur de crédit au consommateur, à propos d'un arrêt de la Première Chambre civile de la Cour de cassation* », Defrénois 1996. 689.

d'une maison individuelle, financée par des particuliers au moyen de trois prêts. Un litige survint. La Cour d'appel de Riom³⁹⁵ constata bien que toutes les informations exigées par la loi sur le crédit immobilier avaient été correctement délivrées mais elle releva aussi que le taux d'endettement était insupportable pour ce couple disposant de faibles revenus et que les prêteurs ne justifiaient pas avoir mis en garde les emprunteurs sur l'importance de l'endettement qui résulterait des prêts. Elle retint une faute des prêteurs et les condamna. Le raisonnement de la Cour d'appel de Riom était intéressant. Elle vérifia si le texte spécial avait été respecté. C'était le cas. Elle ne s'en contenta pas et rechercha si les exigences posées par la Cour de cassation en matière d'obligation d'information avaient également été respectées. Ce n'était pas le cas. Elle retint alors la responsabilité des prêteurs et les condamna. Sur le fondement du droit spécial, les prêteurs n'encouraient pas la critique et ne pouvaient être sanctionnés. Mais sur le terrain de l'obligation générale d'information dégagée par la jurisprudence, ils étaient au contraire responsables, n'ayant pas mis en garde les emprunteurs. Les prêteurs formèrent un pourvoi en cassation. Toute la question était alors de savoir si la législation spéciale devait, ou non, faire écran à l'application de la jurisprudence sur le devoir de conseil du prêteur. La Première Chambre civile avait, en 1989, estimé que oui. Mais elle valida cette fois la position tenue par la Cour d'appel de Riom. Le pourvoi des prêteurs fut rejeté. Le banquier devait donc non seulement respecter le formalisme informatif imposé par le Code de la consommation, en l'occurrence le formalisme entourant le contrat de crédit immobilier³⁹⁶, mais également conseiller son client, notamment lorsque les mensualités excédaient ses facultés. Le conseil portait ici sur l'opportunité du crédit. L'obligation générale d'information, telle qu'elle avait été dégagée par la Première Chambre civile sur le fondement du droit commun, demeurait donc, alors même que le formalisme informatif imposé par le Code de la consommation avait été respecté³⁹⁷. La Cour de cassation refusa de faire du respect du formalisme informatif une sorte de laisser-passer, qui aurait blanchi l'attitude du

³⁹⁵ CA Riom, 11 juin 1992.

³⁹⁶ Loi SCRIVENER II n°79-596 du 13 juillet 1979 relative à l'information et à la protection des emprunteurs dans le domaine immobilier.

³⁹⁷ DANIEL Julie : « *Le devoir de mise en garde du banquier* », LPA, 18 février 2008, n°35, p. 13 : « Le respect du formalisme informatif n'épuise donc pas la possibilité pour le banquier d'engager sa responsabilité contractuelle. »

banquier et empêché l'emprunteur d'invoquer son devoir jurisprudentiel de mise en garde³⁹⁸.

209. C'est, il faut le reconnaître, une position exigeante envers le banquier, qui se doit dès lors d'être irréprochable sur les deux fronts.

210. Cette sévérité sera renforcée lorsque la Première Chambre civile soustraira au délai de deux ans l'action en responsabilité pour non-respect de l'obligation légale d'information. Elle le fit dans un arrêt du 30 mai 2012³⁹⁹ rendu au visa de l'article L311-37 du Code de la consommation dans sa rédaction en vigueur au moment du contrat. Les faits concernaient un crédit renouvelable, consenti à un couple le 29 juillet 1994. Des difficultés jaillirent. Un plan de surendettement fut établi, mais ne fut pas respecté. La société de crédit assigna alors la veuve en paiement du solde du prêt, le 5 décembre 2007. Cette dernière reprocha au prêteur de ne pas avoir satisfait au devoir de mise en garde qui lui incombait, au moment de l'octroi du crédit, et demanda des dommages et intérêts, en réparation de son préjudice. Les juges du fond⁴⁰⁰ estimèrent que le délai de deux ans⁴⁰¹ prévu par le Code de la consommation, dans sa rédaction en vigueur à la date de souscription du prêt, s'appliquait à tous les litiges concernant les crédits à la consommation, y compris à l'action en responsabilité engagée par l'emprunteur pour non-respect par le prêteur de son devoir de mise en garde. Les actions de l'emprunteur furent totalement exclues du délai de deux ans avec la loi du 11 décembre 2001⁴⁰², mais cette loi ne s'appliquait qu'aux crédits souscrits à partir de son entrée en vigueur. Le crédit renouvelable dont il était question avait été souscrit en 1994, l'action de l'emprunteuse était donc, pour les juges du fond, soumise au délai de deux ans. Amenée à se prononcer, la Première Chambre civile releva d'office le moyen tiré du délai d'action et sanctionna le

³⁹⁸ STOUFFLET Jean, « *Retour sur la responsabilité du banquier donneur de crédit* », in Mélanges M. Cabrillac, Dalloz-Litec, 1999, p. 517 s.

³⁹⁹ Cass. civ. 1, 30 mai 2012, n°11-14728, Bull. I, n° 117.

⁴⁰⁰ CA Aix-en-Provence, 25 juin 2010.

⁴⁰¹ Article L311-37 du Code de la consommation.

⁴⁰² Loi n°2001-1168 du 11 décembre 2001 modifiant l'article L311-37 du Code de la consommation.

raisonnement de la Cour d'appel. L'action en responsabilité de l'emprunteur contre le prêteur, pour manquement à son devoir légal de mise en garde, relevait selon elle des délais du droit commun de la responsabilité⁴⁰³. Là encore, c'est le recours au droit commun qui, *in fine*, a permis d'assouplir le droit spécial et de protéger plus efficacement le consommateur-emprunteur.

211. La protection imaginée par la Première Chambre civile, sur le fondement du droit commun, vient opportunément combler les lacunes du texte spécial. L'articulation des deux régimes, légal et jurisprudentiel, se mettant au service du consommateur emprunteur pour lui offrir une protection de la meilleure qualité possible⁴⁰⁴.

B - Les influences réciproques du droit de la consommation et du droit commun des contrats

212. Le droit de la consommation et le droit commun ont des raisonnements et des approches de la protection du consentement différents. Tandis que le droit commun permet au juge d'adapter des principes presque universels aux spécificités des cas d'espèces, par une approche *in concreto* et une sanction modulable, le droit de la consommation, lui, protège mécaniquement une catégorie particulière de contractants, préférant une approche *in abstracto* et des sanctions automatiques.

213. L'influence réciproque du droit commun sur le droit spécial et du droit spécial sur le droit commun fut, en la matière, une danse à quatre temps. Très tôt, au milieu du XXème siècle, une obligation d'information fut dégagée par la Cour de cassation. Elle utilisa pour ce faire différents leviers, se montrant novatrice et audacieuse dans sa lecture de certains textes issus du droit commun et notamment de l'article 1134 alinéa 3 du Code

⁴⁰³ Les délais de prescription de droit commun en matière de responsabilité civile étaient alors de trente ans en matière de responsabilité contractuelle et de dix ans en matière de responsabilité délictuelle (article 2270-1 du Code civil, abrogé). Un délai unique de cinq ans sera instauré par la loi n°2008-561 du 17 juin 2008. Son article 26-III prévoit que « Lorsqu'une instance a été introduite avant l'entrée en vigueur de la présente loi, l'action est poursuivie et jugée conformément à la loi ancienne. Cette loi s'applique également en appel et en cassation. ». En l'espèce, le prêteur avait assigné l'emprunteuse le 5 décembre 2007, avant donc l'entrée en vigueur de la loi du 17 juin 2008.

⁴⁰⁴ DANIEL J., « *Le devoir de mise en garde du banquier* », LPA 18 février 2008, p. 5 à 21.

civil, dont elle étendit le champ au-delà de la lettre du texte. Alors que la bonne foi semblait cantonnée à la phase d'exécution du contrat, la Première Chambre civile l'imposa dès la formation du contrat. L'on comprend que cette lecture « caoutchouteuse » de l'article 1134 alinéa 3 ait pu heurter les tenants d'une lecture littérale. Pour autant, l'esprit du texte, la philosophie qui l'anime, ne furent pas dénaturés. Cette jurisprudence, assise sur le droit commun, influença le législateur consumériste, qui imposa, dès la loi SCRIVENER I de 1978, une obligation d'information au banquier proposant un crédit à la consommation. L'information, à destination de l'emprunteur, se concrétisait par un formalisme, la remise d'une offre préalable. Ce jeune droit spécial influença à son tour la Cour de cassation, qui finit par étendre au prêteur l'obligation d'information qu'elle avait dégagée. L'obligation prétorienne pouvait dès lors être qualifiée de générale. Enfin, le Code de la consommation accueillit à son tour une obligation générale d'information, à la charge de tout professionnel. Droit commun et droit spécial se sont donc mutuellement montré le chemin, se sont influencés. D'autres exemples de l'attraction du droit de la consommation sur le droit commun sont perceptibles en matière de crédit à la consommation. Ainsi, comme nous l'avons vu précédemment dans un arrêt rendu le 27 mai 2003⁴⁰⁵, la Première Chambre civile a-t-elle fait du droit de la consommation le droit commun du contrat de crédit en affirmant qu'à défaut de mention expresse, un prêt est présumé souscrit pour financer des besoins non professionnels et donc entre dans le champ des dispositions protectrices du Code de la consommation. Les deux systèmes de protection se complètent. En matière d'information, le droit commun reste particulièrement utile pour combler les lacunes du droit spécial, lequel repose essentiellement, jusqu'à la réforme de 2010, sur un formalisme pointilleux, comme l'a souligné Jean STOUFFLET⁴⁰⁶. Les principes de loyauté, de bonne foi, sont revisités pour renouveler le droit commun et lui permettre de venir au secours d'un droit moderne animé, *a priori*, des meilleures intentions, mais maladroit et lacunaire. C'est en quelque

⁴⁰⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 27 mai 2003, n°01-03781, Bull. civ. I n°130, p. 101 ; BONNET D., « *Le crédit à la consommation est présumé être contracté à des fins personnelles* », JCP G 2004, n°14, II, 10050 ; Banque et Droit sept.-oct. 2003. 74, obs. BONNEAU ; RJDA 2003, n°1232 ; Procédures 2003, n°12, 259, note Hervé CROZE.

⁴⁰⁶ STOUFFLET Jean, « *Retour sur la responsabilité du banquier donneur de crédit* », in Mélanges M. Cabrillac, Dalloz-Litec, 1999, p. 517 s.

sorte le grand-père qui prend la main de son petit-fils pour l'aider à traverser. L'empilement des régimes est souvent pointé du doigt comme étant source d'insécurité juridique. La critique est justifiée. La complexité et l'enchevêtrement des protections peuvent dérouter les juges du fond et les plaideurs. Le consommateur-emprunteur ne peut pas, le plus souvent, en saisir les subtilités. Qui oserait le lui reprocher d'ailleurs ? Dans cette jungle textuelle et jurisprudentielle, le relevé d'office est aujourd'hui un outil utile pour rétablir l'équilibre. Mais il fait peser sur les épaules des juges du fond une bien lourde charge.

214. Il convient maintenant de nous pencher sur la question délicate de la preuve du manquement à l'obligation d'information et sur celle des sanctions encourues. Quel rôle la jurisprudence a-t-elle joué en la matière ?

§ 2 – La question délicate de la preuve et des sanctions encourues

215. Après nous être intéressés à la preuve du manquement à l'obligation d'information (A), nous nous intéresserons à la question de sa sanction (B).

A – La preuve du non-respect de l'obligation d'information

216. Plusieurs questions peuvent être distinguées. Celle de la charge de la preuve - qui doit prouver ? (1) - et celle de l'objet de la preuve - que convient-il de prouver ? (2) -. De même, au cours de ces développements, l'on restera attentif aux différences éventuelles, selon l'obligation concernée, jurisprudentielle ou légale.

1 - La charge de la preuve

217. L'emprunteur qui estime avoir été insuffisamment informé, lors de la formation du contrat de crédit, doit-il prouver l'inexécution de son obligation par le prêteur, ou bien est-ce au prêteur de prouver qu'il a bien satisfait à l'exigence attendue ?

218. S'agissant d'une obligation, l'article 1315 du Code civil va trouver à s'appliquer⁴⁰⁷. Il envisage, dans son alinéa 1^{er}, la preuve de l'existence d'une obligation : « Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver », puis, dans son second alinéa, la preuve de l'exécution de cette obligation : « Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation ». Selon cet article 1315, il revient à l'emprunteur, qui se prétend créancier d'une obligation d'information, de prouver l'existence d'une telle obligation à son profit. Cela étant fait, c'est ensuite au débiteur de cette obligation de prouver qu'il l'a bien exécutée. C'est ce qu'a estimé la Première Chambre civile à propos de l'obligation générale d'information par elle-même dégagée.

a - L'arrêt Hédreul et ses suites

α – La charge de la preuve de l'inexécution de l'obligation d'information

219. Dès 1997, par l'arrêt Hédreul⁴⁰⁸, la Première Chambre civile a posé un principe en matière de preuve de l'obligation d'information. Au visa de l'article 1315, elle affirma que « celui qui est légalement ou contractuellement tenu d'une obligation particulière d'information doit rapporter la preuve de l'exécution de cette obligation ». Cette position jurisprudentielle peut donc s'appliquer à l'obligation légale d'information mise à la charge du prêteur par le Code de la consommation. Elle peut aussi s'appliquer à l'obligation d'information que la Cour de cassation a dégagée et rattachée à une obligation contractuelle. Le professionnel qui estime avoir accompli correctement son obligation d'information doit en rapporter la preuve. Les faits s'étaient déroulés dans le milieu médical. Un patient, sur lequel avait été réalisée une coloscopie, avec ablation d'un polype, avait subi une perforation intestinale. Il avait ensuite intenté une action en responsabilité contre le médecin, faisant valoir que ce professionnel ne l'avait pas informé du risque de perforation. Amenée à se prononcer, la Cour d'appel débouta le patient. Elle estima qu'il lui appartenait de rapporter la preuve de la carence informative du praticien, ce qu'il

⁴⁰⁷ L'article 1315 du Code civil fait partie d'un chapitre VII intitulé « De la preuve des obligations et de celle du paiement. »

⁴⁰⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 25 février 1997, n°94-19685, Bull. I, n°75.

n'avait pas fait, ne produisant aux débats aucun élément soutenant ses affirmations. Le raisonnement de la Cour d'appel fut censuré par la Première Chambre civile. Il revenait donc au praticien de prouver qu'il s'était acquitté de son obligation d'information. Les termes généraux de son attendu de principe lui ont conféré une large portée⁴⁰⁹.

β – La charge de la preuve de la qualité d'emprunteur non-averti

220. En matière de crédit, l'obligation d'information dégagée par la Cour de cassation ne concerne que les emprunteurs non-avertis, et l'obligation légale issue du Code de la consommation ne concerne que les consommateurs. À propos de cette condition, la Cour de cassation a estimé qu'il incombait au prêteur de démontrer, s'il souhaitait s'exonérer de son obligation de mise en garde, que son client était averti. C'est ce qui ressort notamment d'un arrêt de la Chambre commerciale rendu le 17 novembre 2009⁴¹⁰. Le prêteur, qui avait formé le pourvoi contre la décision des juges du fond⁴¹¹, tenait un raisonnement différent. Selon lui, il incombait à l'emprunteur, réclamant l'exécution du devoir de mise en garde, de prouver qu'il en était créancier. La mise en garde n'étant due qu'à l'emprunteur non-averti, il appartenait alors à l'emprunteur de démontrer sa qualité de non-averti. Ensuite seulement, le prêteur devait justifier avoir satisfait au devoir de mise en garde qui était le sien. Le prêteur estimait que les juges du fond avaient inversé la charge de la preuve et violé l'article 1315 du Code civil. Effectivement, la lettre de l'article 1315 alinéa 1^{er} du Code civil prévoit bien que celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit prouver son existence. Il devrait donc revenir à l'emprunteur de prouver l'existence d'une obligation de mise en garde à son profit et donc, pour ce faire, de prouver sa qualité de non-averti. Néanmoins, le pourvoi du prêteur fut rejeté. Après avoir rattaché de manière hardie une obligation précontractuelle à une obligation contractuelle, la Cour de cassation prit encore des libertés, déchargeant l'emprunteur de la preuve de son caractère profane. Cela soulagea indéniablement l'emprunteur, mais chahuta quelque peu l'article 1315 alinéa 1^{er} du Code civil.

⁴⁰⁹ À titre d'exemple, l'on peut citer : Cass. civ. 1^{ère}, 15 mai 2002, n°99-21521, Bull. I, n°132, pour un vendeur professionnel.

⁴¹⁰ Cass. com. 17 novembre 2009, n°08-70197, Bull. IV. n°144, op. cit.

⁴¹¹ CA Angers, 1^{er} juillet 2008.

Y – La charge de la preuve de la nécessité de l'information

221. La Cour de cassation a posé une deuxième condition au devoir de mise en garde du prêteur et mis à la charge de l'emprunteur la preuve de l'existence de cette condition. Dans un arrêt rendu le 4 juin 2014⁴¹², dont les faits concernaient un crédit à la consommation souscrit en 2001, la Première Chambre civile affirma, pour rejeter le pourvoi d'une emprunteuse : « (...) la Cour d'appel a, sans inverser la charge de la preuve, relevé que Mme X... n'apportait pas la preuve qu'à l'époque de la souscription du crédit litigieux, la situation financière des emprunteurs imposait l'accomplissement par la banque de son devoir de mise en garde ». Selon la Première Chambre civile, l'exigence d'un devoir de mise en garde était conditionnée par la situation financière de l'emprunteur au moment de la souscription du prêt. Et il appartenait à l'emprunteur de prouver qu'à ce moment, sa situation financière justifiait une mise en garde, le risque porté par le crédit étant excessif au regard de ses capacités.

222. La Chambre commerciale avait tenu le même raisonnement le 26 mai 2014⁴¹³ pour un crédit qui n'était pas soumis aux dispositions du Code de la consommation. Elle affirma alors que l'existence prétorienne d'un devoir d'information, de conseil ou de mise en garde, à la charge d'un établissement prêteur, était relative. Pour engager la responsabilité du prêteur, l'emprunteur devait démontrer la disproportion de l'engagement au regard de ses capacités financières, au moment de la souscription du prêt.

223. Selon la jurisprudence de la Cour de cassation, le prêteur n'est donc tenu au devoir de mise en garde qu'à deux conditions. Il faut, d'une part, que l'emprunteur soit non-averti et, d'autre part, que le crédit présente un risque au regard des capacités financières de ce même emprunteur, au moment de la souscription. Concernant la qualité de l'emprunteur, la Première Chambre civile avait affirmé le 17 novembre 2009 que c'était au prêteur de prouver le caractère averti de son client, s'il entendait échapper au devoir de mise en garde. L'arrêt du 4 juin 2014 s'adresse cette fois à la deuxième condition. La

⁴¹² Civ. 1^{ère}, 4 juin 2014, n°13-10975, Bull. I, n°104.

⁴¹³ Cass. com., 26 mai 2014, n° 13-13843.

Première Chambre civile impose au consommateur⁴¹⁴ de prouver que sa situation financière, au moment de la souscription du prêt, justifiait bien une mise en garde. Cette solution peu paraître sévère car elle semble exiger deux preuves de l'emprunteur : la preuve que sa situation était délicate au moment de la souscription du prêt, mais aussi la preuve qu'il n'en avait pas conscience. Car, s'il en avait conscience, il n'avait pas besoin de la mise en garde du prêteur et il est de mauvaise foi.

δ – La charge de la preuve de la vérification de solvabilité

224. Enfin, depuis la loi du 1^{er} juillet 2010⁴¹⁵, le prêteur est tenu de vérifier la solvabilité de l'emprunteur avant de consentir le crédit demandé. Cette nouvelle exigence est posée à l'article L311-9 du Code de la consommation. Elle suppose la demande et l'obtention préalable par le prêteur d'un « nombre suffisant d'informations » relatives à la situation financière de l'emprunteur. Le Tribunal d'instance de Nogent-sur-Marne, par un jugement du 15 octobre 2013⁴¹⁶, vient éclairer le prêteur sur ce qui est attendu de lui. Il nous offre aussi un premier éclairage sur le régime de la preuve de cette vérification. En l'espèce, un consommateur avait souscrit, le 4 novembre 2011, un crédit à la consommation. Défaillant dans ses remboursements, il fut assigné par le prêteur en paiement. Relevant d'office le moyen tiré de la vérification de solvabilité, le Tribunal d'instance demanda au prêteur de justifier avoir exécuté son obligation. La charge de la preuve pèserait donc sur les épaules du prêteur. En l'occurrence, le prêteur ne justifiait pas avoir sollicité un quelconque justificatif des ressources et des charges de l'emprunteur. La Cour de cassation ne s'est pas encore prononcée sur cette question.

⁴¹⁴ La loi du 10 janvier 1978 sur le crédit à la consommation imposait au prêteur un formalisme informatif, se manifestant par la remise d'une offre préalable. Elle ne mettait en revanche à sa charge aucun devoir de mise en garde. Le devoir de mise en garde relevait d'une construction purement jurisprudentielle, dont la Cour de cassation fit profiter le consommateur emprunteur à partir de 1995. Un devoir de mise en garde du prêteur n'intégrera le Code de la consommation qu'avec la loi du 1^{er} juillet 2010. La question de la charge de la preuve se posait donc aussi pour ce consommateur invoquant un manquement du prêteur à son devoir de mise en garde, et dont le contrat avait été souscrit entre 1995 et la loi du 1^{er} juillet 2010.

⁴¹⁵ Loi n°2010-737 du 1^{er} juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation, JORF du 2 juillet 2010.

⁴¹⁶ TI Nogent-sur-Marne, 15 octobre 2013, Gaz. Pal. 5 déc. 2013, p. 9, note Ghislain POISSONNIER, « *La vérification par le prêteur de la solvabilité de l'emprunteur en crédit à la consommation : règle et preuve* ».

b - La reprise de l'arrêt Hédreul dans le Code de la consommation

225. L'apport de l'arrêt Hédreul fut ensuite repris dans le Code de la consommation, la loi du 12 mai 2009⁴¹⁷ étant venue compléter l'article L111-1 par ces mots : « En cas de litige, il appartient au vendeur de prouver qu'il a exécuté cette obligation ». La formulation était néanmoins maladroite puisqu'elle passait sous silence le prestataire de services, assurément visé⁴¹⁸. Une loi du 17 mars 2014⁴¹⁹ a pallié cette maladresse. Désormais, l'article L111-4 prévoit : « En cas de litige relatif à l'application des articles L.111-1 à L.111-3, il appartient au professionnel de prouver qu'il a exécuté ses obligations ». Cette notion de professionnel englobe aussi bien le vendeur que le prestataire de service. Cependant, ce texte n'est pas d'un grand secours pour le consommateur-emprunteur. En effet, l'obligation générale d'information portée par l'article L111-1 du Code de la consommation ne contient aucun devoir de mise en garde. Elle est en deçà du devoir de mise en garde dégagé par la Cour de cassation. En deçà également, aujourd'hui, du devoir de mise en garde qui se dégage de l'article L311-8 du Code de la consommation, issu de la loi du 1^{er} juillet 2010.

2 - L'objet de la preuve

226. Concernant maintenant l'objet de la preuve, deux niveaux d'exigence pourraient être envisagés. Dans le premier cas, le fait à prouver serait la compréhension, la correcte assimilation de l'information par son destinataire, l'emprunteur. Cela équivaudrait à la preuve d'une obligation de résultat⁴²⁰. Dans la pratique, cela semble extrêmement difficile. Il faudrait procéder à une sorte d'examen du candidat emprunteur. Dans le second cas, le fait à prouver serait la seule transmission de l'information. Cela équivaudrait cette fois à la preuve d'une obligation de moyen. Rien actuellement ne penche dans le sens d'une

⁴¹⁷ Loi n°2009-526 du 12 mai 2009 - art. 21

⁴¹⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 13 décembre 2012, n°11-27766. La charge de la preuve pèse sur le professionnel. Arrêt intéressant, il comble les lacunes de rédaction de l'article L111-1-III qui ne vise que le vendeur.

⁴¹⁹ Loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation - art. 6 (V)

⁴²⁰ STOUFFLET Jean, « Retour sur la responsabilité du banquier donneur de crédit », in Mélanges M. Cabrillac, Dalloz-Litec, 1999, p. 517 s.

obligation de résultat. C'est donc la preuve de la seule transmission de l'information qui doit être rapportée.

227. Intéressons-nous maintenant à la sanction de ce manquement à l'obligation d'information.

B – La sanction du non-respect de l'obligation d'information

228. La sanction du non-respect de l'obligation d'information est différente selon qu'il s'agit de l'obligation jurisprudentielle (1) ou légale (2).

1 – La sanction de l'obligation d'information jurisprudentielle

a - La nature du préjudice subi, une perte de chance de ne pas contracter

229. Dans un arrêt rendu le 20 octobre 2009⁴²¹, la Chambre commerciale vint préciser la nature du préjudice subi par l'emprunteur, lorsque le prêteur n'exécute pas le devoir de mise en garde qui lui incombe. Elle affirma à cette occasion : « (...) le préjudice né du manquement par un établissement de crédit à son obligation de mise en garde s'analyse en la perte d'une chance de ne pas contracter (...) » Elle affirma de nouveau, dans un arrêt du 26 janvier 2010⁴²², que le préjudice s'analysait en une perte de chance de ne pas contracter.

b – Le choix de la sanction

α – L'octroi de dommages et intérêts

230. Même si la mise en garde doit avoir lieu avant l'échange des consentements, la Cour de cassation a rattaché ce manquement aux mécanismes de la responsabilité contractuelle. Il est donc sanctionné, sur le fondement de l'article 1147 du Code civil⁴²³,

⁴²¹ Cass. com. 20 octobre 2009, n°08-20274, Bull. IV, n° 127.

⁴²² Cass. com. 26 janvier 2010, n°08-20505, inédit.

⁴²³ Article 1147 du Code civil : « Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois

par le versement de dommages et intérêts, laissés à l'appréciation souveraine des juges du fond en fonction de l'étendue du préjudice. Avec l'octroi de dommages et intérêts, le contrat n'est pas anéanti, il est maintenu. Le juge trouve ainsi un équilibre entre sanction du manquement et préservation du contrat. De plus, le montant des dommages et intérêts est laissé à l'appréciation du juge. C'est donc une sanction souple.

231. Dans un arrêt du 12 juillet 2005⁴²⁴, la Première Chambre civile eut à examiner le pourvoi formé par un couple d'emprunteurs. La responsabilité du prêteur avait été retenue par les juges du fond. Ils avaient déchargé les emprunteurs du paiement des intérêts. Mais les emprunteurs estimaient qu'en raison du manquement à son devoir de mise en garde, le prêteur ne pouvait exiger d'eux aucune somme, ni intérêts, ni même remboursement du capital. Sans préciser la nature du préjudice, la Première Chambre civile valida la solution adoptée par les juges du fond. Les dommages et intérêts dus par le prêteur pouvaient prendre la forme d'une dispense de paiement des intérêts. La Première Chambre civile ajouta qu'il s'agissait là d'une appréciation souveraine des juges du fond.

232. La réparation ne peut toutefois pas aboutir à décharger totalement l'emprunteur. Elle doit se situer en deçà de l'ensemble des sommes dues au titre du prêt, mais peut néanmoins excéder le seul montant des intérêts, comme en témoigne l'arrêt rendu par la Chambre commerciale le 17 novembre 2009⁴²⁵. Des époux avaient contracté un prêt de 20.000 euros pour les besoins de l'activité professionnelle de l'époux, l'épouse étant, de son côté, agent d'entretien. Défaillants, ils furent poursuivis en remboursement du prêt. L'épouse invoqua reconventionnellement la responsabilité du prêteur pour manquement à son devoir de mise en garde. Les juges du fond accédèrent à sa demande⁴²⁶ et condamnèrent le prêteur à lui payer une somme de 15.800 euros à titre de dommages intérêts, ordonnant la compensation entre la créance du prêteur et celle de

qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part. »

⁴²⁴ Cass. civ.1^{ère}, 12 juillet 2005, n°03-10921, Bull. I. n° 327 p. 271, op. cit.

⁴²⁵ Cass. com. 17 novembre 2009, n°08-70197, Bull. IV, n°144.

⁴²⁶ CA Angers, 1^{er} juillet 2008.

l'emprunteuse. Le prêteur se pourvut en cassation, soutenant dans ses moyens que le préjudice devait être mesuré à hauteur de la chance perdue et que sa réparation ne pouvait être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée. Il estimait que les juges du fond avaient violé l'article 1147 du Code civil. Autrement dit, la réparation ne pouvait aboutir à mettre les parties dans l'état où elles se trouvaient avant la souscription du prêt. La Chambre commerciale ne dit pas le contraire mais elle estima que la Cour d'appel n'avait pas évalué le préjudice de l'emprunteuse non-avertie à une somme supérieure à celle réclamée par la banque. Elle rejeta le pourvoi du prêteur. Certes, la réparation ne couvrait pas l'intégralité de la somme empruntée et des intérêts, mais elle était conséquente et venait purger la dette restante des emprunteurs.

233. Dans un arrêt du 26 janvier 2010⁴²⁷, la Chambre commerciale valida la solution des juges du fond, qui avaient laissé à la charge de l'emprunteur le paiement du capital, en le soulageant des intérêts. Elle affirma de nouveau que le préjudice s'analysait en une perte de chance de ne pas contracter dont la Cour d'appel avait souverainement évalué le montant.

β – L'incidence de la mauvaise foi de l'emprunteur

234. La mauvaise foi de l'emprunteur n'est pas sans incidence sur la sanction prononcée. Dans un arrêt rendu le 30 octobre 2007⁴²⁸, la Première Chambre civile estima qu'une emprunteuse « eu égard à sa déloyauté que la banque ne pouvait normalement déceler, n'était pas fondée à imputer, de ce chef, à ladite société un manquement au devoir de mise en garde auquel est tenu le professionnel du crédit à l'égard de son client non averti ». Le pourvoi de l'emprunteuse déloyale contre le jugement du Tribunal d'instance⁴²⁹ fut rejeté. La Première Chambre civile confirma sa position, notamment dans un arrêt du 18 février 2009⁴³⁰. L'emprunteuse avait déclaré que ses revenus

⁴²⁷ Cass. com. 26 janvier 2010, n°08-20505, inédit.

⁴²⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 30 oct. 2007, n°06-17003, Bull. I, n°330 ; D. 2007. AJ. 2871, obs. V. AVENAROBARDET, « *Devoir de mise en garde et déloyauté de l'emprunteur* ».

⁴²⁹ TI Neufchâtel-en-Bray, 11 avril 2006.

⁴³⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 18 février 2009, n°08-11221, Bull. I. n°36.

s'élevaient à 3.913 euros et s'était bornée à invoquer, au titre de ses charges, le paiement, en remboursement de la somme prêtée, de mensualités de 392,75 euros. La Première Chambre civile estima que « faute d'avoir mis la Cour d'appel en mesure de constater l'existence d'un risque d'endettement qui serait né de l'octroi de la somme prêtée, Mme X... n'est pas fondée à lui reprocher d'avoir omis de procéder à une recherche que l'argumentation développée devant elle n'appelait pas ». Encore une fois, la déloyauté de l'emprunteuse fut sanctionnée et son pourvoi, rejeté. La sagesse de ces décisions mérite d'être soulignée.

235. Dès 1978, une obligation spéciale d'information, d'origine légale cette fois, et propre au crédit à la consommation, a vu le jour. Quelle fut la sanction retenue en cas de manquement du prêteur à cette obligation ?

2 – La sanction de l'obligation d'information légale

a - La sanction du non respect par le prêteur de son obligation d'information à l'égard du consommateur emprunteur

236. Le formalisme de l'offre préalable⁴³¹, imaginé dans la loi de 1978, était rigide et impersonnel. La sanction prévue par le législateur était la déchéance du droit aux intérêts, totale et automatique, dès lors que le manquement était avéré au cours d'une procédure⁴³².

237. La loi de 2010 a tenté de corriger les limites du formalisme strict et impersonnel de la loi de 1978. De nouvelles exigences, concourant à une information plus fine, plus personnelle, de l'emprunteur, ont vu le jour. Malheureusement, elles ont parfois été assorties de sanctions décevantes. Ainsi, le prêteur qui ne fournit pas à l'emprunteur les explications nécessaires, qui n'attire pas son attention sur les risques pouvant découler du contrat⁴³³, est-il déchu de son droit aux intérêts⁴³⁴, mais dans la proportion fixée par le

⁴³¹ Article L311-8 dans sa rédaction en vigueur jusqu'au 1^{er} mai 2011.

⁴³² Article L311-33 dans sa rédaction en vigueur jusqu'au 1^{er} mai 2011.

⁴³³ Article L311-8 dans sa rédaction en vigueur depuis le 1^{er} mai 2011.

juge. C'est donc une sanction modulable. Il est possible de s'en étonner. Le législateur a ici imaginé une véritable obligation de mise en garde, a semble-t-il voulu susciter un échange entre prêteur et emprunteur, comme le laisse penser la formule « ces informations sont données, le cas échéant, sur la base des préférences exprimées par l'emprunteur », a cherché à replacer l'humain, le dialogue, au cœur du dispositif et, pourtant, a assorti cette obligation d'une sanction moins effrayante que celle du non-respect des dispositions entourant la fiche d'information. En effet, la déchéance du droit aux intérêts est ici modulable par le juge, tandis qu'en cas de non-respect des exigences entourant la fiche d'information⁴³⁵, elle est pleine et automatique⁴³⁶. Au formalisme strict, froid, une sanction totale et sans nuance ; au formalisme qui s'adresse à la volonté, à l'échange, au dialogue, une sanction modulable. La même remarque peut être faite au sujet de la sanction du non-respect, par le prêteur, de son obligation de vérification de la solvabilité de l'emprunteur⁴³⁷. La sanction retenue est la déchéance du droit aux intérêts mais, encore une fois, dans la proportion choisie par le juge⁴³⁸. Cette frilosité des sanctions est décevante. Il serait alors heureux que l'ensemble des juges du fond, à l'instar du Tribunal d'instance de Nogent-sur-Marne⁴³⁹, infligent ces sanctions modulables sans les moduler.

b - La sanction du non respect de l'obligation générale d'information due à tout consommateur

238. Le Code de la consommation ne prévoit aucune sanction en cas d'inobservation de l'obligation légale. Il convient donc de se tourner vers les sanctions du Code civil, la nullité sur le fondement des vices du consentement, notamment de la réticence dolosive, associée éventuellement à des dommages et intérêts. Théoriquement,

⁴³⁴ Article L311-48 alinéa 2 du Code de la consommation dans sa rédaction en vigueur depuis le 1^{er} mai 2011.

⁴³⁵ Article L311-6 dans sa rédaction en vigueur depuis le 1^{er} mai 2011.

⁴³⁶ Article L311-48 alinéa 1^{er} dans sa rédaction en vigueur depuis le 1^{er} mai 2011.

⁴³⁷ Article L311-9 dans sa rédaction en vigueur depuis le 1^{er} mai 2011.

⁴³⁸ Article L311-48 alinéa 2 dans sa rédaction en vigueur depuis le 1^{er} mai 2011.

⁴³⁹ TI Nogent-sur-Marne, 15 octobre 2013, Gaz. Pal. 5 déc. 2013, p. 9, note G. POISSONNIER.

ces dommages et intérêts devraient être octroyés sur le fondement de la responsabilité civile délictuelle, l'obligation dont il est question étant précontractuelle. Toutefois, la Cour de cassation pourrait décider de choisir le fondement de la responsabilité civile contractuelle. Un tel rattachement ne serait guère surprenant. Quant à l'utilité de ce texte, elle est discutable. L'on a ici une disposition de droit spécial qui protège *in fine* moins le consommateur que la jurisprudence dégagée par la Cour de cassation à partir du droit commun. Elle a tout de même le mérite de poser dans le Code de la consommation une obligation générale d'information. De plus, rien n'empêche le consommateur de se placer sur le terrain de l'obligation jurisprudentielle, s'il s'estime insuffisamment protégé par l'obligation légale.

Conclusion de section

239. Les deux obligations d'information mises en place au profit de l'emprunteur, l'une par la jurisprudence, l'autre par le droit spécial, se complètent utilement. Avant la loi du 1^{er} juillet 2010, l'information légale prenait les traits d'un formalisme strict. Mais le système de l'offre préalable révéla vite ses faiblesses. La Cour de cassation, après quelques hésitations, a finalement choisi de ne pas enfermer le consommateur dans son régime spécial. Le droit de la consommation utilise la notion de consommateur, la jurisprudence utilise celle d'emprunteur non-averti. Les deux notions ne se recouvrent pas. Le consommateur n'est pas nécessairement non-averti et le profane n'est pas nécessairement un consommateur. S'il est non-averti, le consommateur peut aussi rechercher la responsabilité du prêteur pour manquement à son obligation jurisprudentielle d'information. Michel BORYSEWICZ⁴⁴⁰ soulignait ainsi : « L'obligation légale d'informer est sans doute l'exemple le plus frappant de la complémentarité du droit commun et du droit de la consommation. Le point de départ est dans le Code civil. » Le droit commun, manipulé par la jurisprudence, permet ici d'assouplir les frontières du droit spécial. De même, lorsque la jurisprudence est venue sortir l'action en responsabilité de l'emprunteur du délai de deux ans et le soumettre à celui de la responsabilité civile, c'est encore le droit

⁴⁴⁰ BORYSEWICZ Michel, « *Les règles protectrices du consommateur et le droit commun des contrats. Réflexions à propos de la loi n°78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services* », in *Études offertes à Pierre Kayser*, t. 1, p. 91 à 126 et sp. p. 116.

commun qui fut manipulé pour adoucir les raideurs du droit spécial et, *in fine*, protéger plus efficacement le consommateur-emprunteur.

Conclusion de chapitre

240. La jurisprudence et le législateur consumériste ont tous deux dégagé une obligation précontractuelle d'information à la charge du prêteur. La Cour de cassation impose ainsi à tout prêteur de mettre en garde l'emprunteur, lorsque ce dernier est profane et que sa situation au moment de la souscription du prêt le justifie. Le juge apprécie *in concreto* la qualité d'averti ou non de l'emprunteur et la nécessité de l'information. La mauvaise foi de l'emprunteur n'est pas indifférente. Elle l'empêche de rechercher la responsabilité du prêteur. Parallèlement, le droit spécial du crédit à la consommation impose au prêteur de fournir au consommateur des informations standardisées, aujourd'hui davantage personnalisées, de le mettre en garde et de vérifier sa solvabilité. La mauvaise foi de l'emprunteur est ici indifférente. Au départ très sévère envers le consommateur, la Cour de cassation l'enfermait dans son propre régime. Elle a ensuite assoupli sa position et affirmé que la remise d'une offre préalable conforme ne dispensait pas le prêteur de son devoir de mise en garde à l'égard de l'emprunteur. Le consommateur pouvait actionner les deux régimes. En matière de preuve, la Cour de cassation offre des positions nuancées qui semblent équilibrées. Elle a su se montrer audacieuse en assimilant l'obligation d'information précontractuelle à une obligation contractuelle et en laissant le prêteur prouver qu'il a bien satisfait à son obligation. De même, laisse-t-elle au prêteur, souhaitant échapper à son obligation, le soin de prouver que l'emprunteur était averti. Elle met en revanche la preuve de la nécessité de l'information, au moment de la souscription, à la charge de l'emprunteur, ce qui peut être délicat pour lui. La question de la preuve de la vérification de solvabilité, obligation issue de la loi de 2010, reste quant à elle entière. Quelle va être l'attitude de la Cour de cassation ? Va-t-elle laisser au prêteur le soin de prouver qu'il a bien vérifié la solvabilité de l'emprunteur ? Ou bien va-t-elle laisser à l'emprunteur le soin de prouver que le prêteur ne l'a pas vérifiée ? Enfin, la loi de 2010 a introduit la personnalisation des informations. C'est une bonne chose, même si les sanctions choisies sont décevantes. L'étape suivante sera peut-être l'exigence d'une proportionnalité du crédit aux charges et

ressources de l'emprunteur, comme cela existe en matière de cautionnement⁴⁴¹. Cette évolution est-elle régulièrement proposée ou évoquée.

241. Après nous être intéressés à l'information de l'emprunteur, intéressons-nous maintenant à l'information de la caution.

⁴⁴¹ Article L341-4 du Code de la consommation.

Chapitre 2 : L'information de la caution

242. Le cautionnement, en tant que garantie de la bonne exécution des obligations, est un facteur de sécurité des échanges. C'est aussi un engagement risqué pour la caution, qui est souvent un parent ou un ami. L'information de la caution est donc importante. Après quelques propos préliminaires sur cette notion de cautionnement, nous nous pencherons sur l'information reçue par la caution d'un crédit à la consommation.

Propos préliminaires

243. Le cautionnement est présent dans le Code civil depuis sa toute première version en 1804. Il en est sans conteste la sûreté personnelle la plus emblématique. Les articles 2288 à 2320 lui sont consacrés, de même qu'une myriade de textes spéciaux, intégrés au Code de la consommation ou au Code de commerce. Le droit commun des contrats lui est aussi applicable. Le cautionnement commercial, trop éloigné du sujet de cette étude, ne sera pas étudié. Seuls, certains arrêts rendus par la chambre commerciale seront analysés lorsque la solution dégagée peut être transposée au cautionnement qui nous intéresse. Le cautionnement civil sera donc le seul que nous appréhenderons. Il convient tout d'abord d'en présenter les caractéristiques.

244. L'article 2288 du Code civil définit le cautionnement en ces termes : « Celui qui se rend caution d'une obligation se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation, si le débiteur n'y satisfaisait pas lui-même ». Le cautionnement est donc le contrat par lequel une personne, la caution, s'engage à l'égard d'un créancier à payer la dette d'un débiteur, appelé débiteur principal, au cas où celui-ci serait défaillant. Le débiteur principal n'est pas libéré par l'engagement de la caution.

245. C'est un contrat unilatéral, car seule la caution s'engage. Il établit un lien juridique entre le créancier et la caution, le débiteur principal restant un tiers au contrat. Le créancier, banquier en ce qui nous concerne, n'assume en principe pas d'obligation réciproque. Cependant, comme nous le verrons dans cette étude, des obligations secondaires à la charge du créancier ont pu naître, comme l'obligation d'informer la caution. On assiste alors à une bi-latéralisation des obligations, le contrat de

cautionnement se rapprochant d'un contrat synallagmatique⁴⁴². De plus, le contrat de cautionnement s'inscrit dans une opération économique. Une relation triangulaire existe dans les faits. Le régime du cautionnement en tient compte. Ainsi, la caution qui a payé pourra demander au débiteur principal le remboursement de ce qu'elle a versé.

246. C'est un contrat accessoire⁴⁴³ à celui qui porte l'obligation principale garantie. Il n'a de raison d'être qu'au regard de cette obligation. La nullité du contrat principal entraîne dans son sillage la nullité du cautionnement. Mais cela va plus loin, comme le souligne Pascal ANCEL⁴⁴⁴ : « (...) l'obligation de la caution se modèle exactement sur celle du débiteur principal ; en conséquence, la caution peut opposer au créancier toutes les exceptions que le débiteur principal pourrait opposer lui-même (quant à la validité, quant à l'étendue, quant à l'exigibilité, quant à l'extinction de l'obligation du débiteur principal). »

247. C'est un contrat à titre gratuit⁴⁴⁵, ce qui ne signifie pas que la caution s'engage toujours de manière parfaitement désintéressée. La finalité du cautionnement est double. Pour le créancier, c'est l'assurance qu'il sera payé sans que le patrimoine de son débiteur ne soit appauvri. Pour l'économie au sens large, le mécanisme du cautionnement, garant de l'exécution des obligations, est un facteur de fluidité des échanges. Pour la caution, c'est un acte amical et purement gratuit si elle fait partie des proches du débiteur principal. Si la caution est professionnelle, la motivation est autre. Le cautionnement est alors un service rendu en contrepartie d'autre chose.

248. L'efficacité du cautionnement peut être renforcée par une stipulation de solidarité, insérée dans le contrat, en pratique très demandée par les établissements de

⁴⁴² SÉJEAN Michel, « *La bilatéralisation du cautionnement* », Thèse, Évry-Val d'Essonne, 2009.

⁴⁴³ Pierre SARGOS souligne cependant une dérive du cautionnement, qui d'accessoire devient principal, lorsque le prêteur accorde le prêt parce qu'il est en présence d'une caution solvable, SARGOS Pierre, « *Le cautionnement, dangers, évolutions et perspectives de réforme* », in Rapport de la Cour de cassation 1986, La documentation française, p. 33 à 64.

⁴⁴⁴ ANCEL Pascal, « *Droit des sûretés* », Lexis Nexis, 7^e édition, 2014, n°63, p. 32.

⁴⁴⁵ ANCEL Pascal, « *Droit des sûretés* », Lexis Nexis, 7^e édition, 2014, n°62, p. 32.

crédit. La stipulation de solidarité est une modalité de l'obligation à pluralité de débiteurs. Elle prive la caution des bénéfices de discussion – possibilité de demander au créancier de poursuivre préalablement les biens du débiteur principal - et de division – possibilité pour chaque caution de demander au créancier de diviser la dette entre les cautions.

249. La mise en œuvre d'un cautionnement est assez simple, rapide et peu onéreuse. Il s'agit, au départ, d'un contrat consensuel, qui se forme par la seule rencontre des volontés du créancier et de la caution, sans publicité, contrairement à l'hypothèque.

250. Le cautionnement est, enfin, un contrat dangereux. Comme l'a souligné Pierre SARGOS⁴⁴⁶, cautionnement vient du latin *cautio*⁴⁴⁷ et *cavere*⁴⁴⁸. Le créancier, qui demande à son débiteur de lui fournir une caution, prend ainsi une précaution. Pour la caution en revanche, les choses sont bien différentes. Un temple de Delphes portant l'inscription : « Caution donnée, proche le malheur »⁴⁴⁹, mettait d'ailleurs en garde contre les affres du cautionnement. La théorie des vices du consentement protège le consentement de la caution de la même manière qu'elle protège le consentement de tout contractant. Elle n'est pas spécifique au cautionnement. De même, la responsabilité civile peut être invoquée dans tout contrat. Dès lors, il est possible de se demander si la caution, ou certaines cautions plus fragiles, plus vulnérables, moins expérimentées, doivent faire, ou non, l'objet d'une protection particulière. Sur l'idée même d'une protection spécifique de certaines cautions, deux lignes de pensée sont envisageables. Selon la première, la caution nécessite, *a fortiori* dans une matière comme le crédit à la consommation, une protection spécifique. Parce que le cautionnement est un contrat dangereux, qui peut affecter lourdement un patrimoine, être à l'origine de drames humains, familiaux, de déséquilibres sociaux qui, *in fine*, perturberont les échanges. Socle commun à tous les contrats, la théorie

⁴⁴⁶ SARGOS Pierre, « *Le cautionnement, dangers, évolutions et perspectives de réforme* », in Rapport de la Cour de cassation 1986, La documentation française, p. 33 à 64.

⁴⁴⁷ Action de se tenir sur ses gardes, précaution.

⁴⁴⁸ Être sur ses gardes, prendre garde.

⁴⁴⁹ Cité encore par Pierre SARGOS, « *Le cautionnement, dangers, évolutions et perspectives de réforme* », in Rapport de la Cour de cassation 1986, La documentation française, p. 33 à 64 ; PLATON, Charmide, 164 a, trad. É. Chambry, Garnier-Flammarion, 1967, p. 287 à 291.

des vices du consentement et la responsabilité civile ne seraient pas suffisantes⁴⁵⁰. En 1986, Christian GAVALDA et Jean STOUFFLET insistent sur une carence préjudiciable à la caution et source de contentieux⁴⁵¹ : « Le nombre de procès traduit, toutefois, l'existence d'un malaise qui provient essentiellement d'une insuffisante conscience de ses engagements par la caution et, peut-être, d'une insuffisante information (...) » Selon la seconde ligne de pensée, la sécurité juridique offerte par le cautionnement, sûreté emblématique, doit primer. La caution n'aurait pas besoin d'une protection spécifique. Les propos de Jean-Pierre MARGUÉNAUD⁴⁵² illustrent cette position : « Il faut bien commencer par dire qu'une telle protection a quelque chose d'illogique car les cautions n'ont aucun titre à figurer dans la catégorie des consommateurs : elles ne consomment rien du tout, elles se bornent à rendre un service, gratuit dans notre hypothèse. »

251. Pour protéger plus particulièrement le consentement de certaines cautions, notamment celle qui garantit le remboursement d'un crédit à la consommation, la jurisprudence va utiliser différents leviers du droit commun et mettre au point un formalisme informatif. Le législateur suivra ensuite la voie tracée par la jurisprudence. Après nous être penchés sur le formalisme informatif d'origine jurisprudentielle, élaboré à partir de textes du droit commun (I), nous nous pencherons sur le formalisme informatif issu de la législation consumériste et sa réception par la Première Chambre civile (II).

⁴⁵⁰ ANCEL Pascal, « *Droit des sûretés* », Lexis Nexis, 7^e édition, 2014, n°72, p. 36.

⁴⁵¹ GAVALDA et STOUFFLET, « *Chronique de droit bancaire* », JCP E, 1986, II, 14777, n°124.

⁴⁵² MARGUÉNAUD Jean-Pierre, « *La protection de la caution par le droit de la consommation* », Colloque Forces et faiblesses du cautionnement, Faculté de droit de Clermont-Ferrand, 26 mars 1993.

I – L’information dérivée du droit commun, l’audace de la Cour de cassation

252. Afin de favoriser la qualité du consentement donné par la caution, la Cour de cassation va mettre à la charge du prêteur une obligation d’information (§1) et va exiger la rédaction de mentions manuscrites par la caution (§2).

§ 1 - L’obligation d’information à la charge du prêteur

253. L’intensité de l’obligation mise à la charge du banquier est passée d’une simple information (A) à une véritable mise en garde (B).

A – L’obligation d’information stricto sensu

254. Dès les années 1980, la Cour de cassation a exigé du prêteur, créancier, qu’il informe la caution non-avertie sur l’étendue de son engagement. Elle n’a pas hésité à viser simultanément les articles 1116 et 1134 alinéa 3 du Code civil⁴⁵³. Elle a ainsi qualifié de réticence dolosive et de manquement à l’obligation de contracter de bonne foi le silence du banquier sur la situation obérée du débiteur principal⁴⁵⁴. Elle a aussi qualifié de fautive l’attitude du banquier qui avait tu le caractère non-viable de l’opération principale⁴⁵⁵. La Cour de cassation a associé une notion tirée de la théorie des vices du consentement, le dol, avec la responsabilité civile contractuelle. Théoriquement, le dol affecte la formation du contrat. Il est sanctionné par la nullité du contrat. Quant à la responsabilité contractuelle, elle permet à la caution d’obtenir réparation lorsque son cocontractant

⁴⁵³ Cass. com. 8 novembre 1983, n°82-10493, Bull. IV, n°298, rendu aux visas des articles 1116 et 1134 alinéa 3 : la CA aurait du rechercher si la banque savait que la situation du débiteur principal était irrémédiablement compromise au moment où les cautionnements ont été consentis, et si la banque n'avait pas, en omettant, par une réticence dolosive, de révéler cette situation aux cautions amené celles-ci à consentir les cautionnements litigieux et ainsi manqué à son obligation de contracter de bonne foi.

⁴⁵⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 10 mai 1989, n°87-14294, Bull. I, n°187, p. 124 ; Cass. civ. 1^{ère}, 13 mai 2003, n°01-11511, Bull. I, n°114, p. 89.

⁴⁵⁵ Cass. com. 23 juin 1998, n° 95-16117, Bull. IV, n°208, p. 171 : l’opération cautionnée n’était économiquement pas viable. Les cautions n’étaient pas des professionnels, ni de la finance, ni de l’hôtellerie. La cour d’appel a estimé que le prêteur, ne pouvant ignorer l’absence totale de viabilité de l’opération, avait commis une faute en sollicitant le cautionnement de ces personnes et en les incitant à se méprendre sur les risques réels de leur engagement. La Chambre commerciale l’approuve.

commet une faute au cours de l'exécution du contrat. Il n'est plus question ici d'annuler le contrat mais de réparer le préjudice subi du fait d'une inexécution ou d'une mauvaise exécution du contrat. Ces deux mécanismes, dol et responsabilité civile contractuelle, ne concernent donc pas la même période et leurs sanctions sont différentes. De même, rappelons que le contrat de cautionnement est un contrat unilatéral. Le prêteur, celui qui bénéficie du cautionnement, n'a donc théoriquement aucune obligation envers celui qui se porte caution⁴⁵⁶. La caution ne peut pas lui reprocher l'inexécution ou la mauvaise exécution d'une obligation. Pourtant, une obligation d'information a bel et bien été mise à sa charge par la Cour de cassation. Se posait alors la question de la sanction choisie : la nullité du contrat, sanction du dol ou bien l'octroi de dommages et intérêts, sanction du non-respect de l'obligation d'exécuter les conventions de bonne foi ? La Cour de cassation retint la nullité du contrat de cautionnement. Cette sanction ne posait aucun problème pour le dol. En revanche, elle pouvait être discutée lorsque la bonne foi dans l'exécution du contrat lui servait de fondement car elle recelait alors un anachronisme, comme cela a été souligné dans les développements consacrés à l'obligation d'information due à l'emprunteur⁴⁵⁷. La Cour de cassation a ensuite renforcé cette exigence d'information en soumettant le prêteur à un devoir de mise en garde.

B – Le devoir de mise en garde

255. Selon la jurisprudence la plus récente, la caution non-avertie est bénéficiaire d'une obligation de mise en garde de la part du banquier⁴⁵⁸. Comme le souligne Pascal ANCEL : « Il ne s'agit pas seulement ici de faire connaître à la caution les conditions objectives de son engagement, mais d'attirer son attention sur les risques qu'elle prend en

⁴⁵⁶ L'article 1103 du Code civil indique que le contrat « est unilatéral lorsqu'une ou plusieurs personnes sont obligées envers une ou plusieurs autres, sans que de la part de ces dernières il y ait d'engagement ».

⁴⁵⁷ Cass. com. 8 novembre 1983, n°82-10493, Bull. IV, n°298 ; Cass. civ. 1^{ère}, 10 mai 1989, n°87-14294, Bull. I, n°187, p. 124 ; Cass. civ. 1^{ère}, 13 mai 2003, n°01-11511, Bull. I, n°114, p. 89.

⁴⁵⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 3 juin 2015, n°14-13126 et n°14-17203, publication en attente. Au visa de l'article 1147 du Code civil, la Première Chambre civile affirme : « (...) en se déterminant ainsi, par des motifs impropres à caractériser l'exécution par la banque de son obligation de mise en garde à l'égard d'une caution non avertie, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ».

se portant caution, notamment par rapport à ses propres capacités financières.»⁴⁵⁹ L'obligation de mettre en garde la caution va donc au-delà de la seule obligation d'information. La sanction du non-respect par le banquier de son obligation de mise en garde consiste en l'octroi de « dommages et intérêts qui se compensent, en tout ou en partie, avec le montant dû par la caution »⁴⁶⁰. C'est une sanction intéressante car le juge peut la moduler, accorder la sanction à la réalité du dommage, coller au cas d'espèce de la manière la plus juste. Elle laisse une marge de manœuvre au juge. La Cour de cassation a eu l'occasion de préciser que le préjudice de la caution s'analysait en la perte d'une chance de ne pas contracter. Les dommages et intérêts octroyés de ce chef ne peuvent dès lors pas être équivalents au montant de la dette cautionnée, ce qui reviendrait à une décharge totale de la caution⁴⁶¹.

256. Dès le début des années 1980, la Cour de cassation va expérimenter d'autres leviers que ces obligations d'information et de mise en garde pour protéger la caution. Afin de s'assurer de la consistance du consentement de la caution, elle va associer deux articles du Code civil et exiger la rédaction d'une mention manuscrite par la caution.

§ 2 – Les articles 1326 et 2015 du Code civil, ou l'épopée jurisprudentielle de la mention manuscrite

257. La Cour de cassation va imposer la rédaction de mentions manuscrites (B) à partir d'une combinaison astucieuse des articles 1326 et 2015 du Code civil (A).

A – Les articles 1326 et 2015 du Code civil

258. Comme nous venons de le voir, une recherche d'équité, de bonne foi, a conduit le juge à rechercher un point d'équilibre entre deux attentes légitimes : l'efficacité du cautionnement et la protection de la caution. Cette recherche d'équilibre est un exercice difficile. Elle explique les tourments et hésitations qu'ont connus législateur et

⁴⁵⁹ ANCEL Pascal, « *Droit des sûretés* », Lexis Nexis, 7^e édition, 2014, n°80, p. 38.

⁴⁶⁰ ANCEL Pascal, « *Droit des sûretés* », Lexis Nexis, 7^e édition, 2014, n°80, p. 38.

⁴⁶¹ Cass. com., 20 octobre 2009, n°08-20274, Bull. IV, n°127.

jurisprudence au cours des dernières décennies. Dans la quête de cet équilibre, la Première Chambre civile a donné, dans les années 1980, une portée singulière à l'article 1326 du Code civil⁴⁶² en l'associant à l'article 2015 du même code. Dans sa version en vigueur au début des années 1980, l'article 1326 était rédigé en ces termes : « L'acte juridique par lequel une seule partie s'engage envers une autre à lui payer une somme d'argent ou à lui livrer un bien fongible doit être constaté dans un titre qui comporte la signature de celui qui souscrit cet engagement ainsi que la mention, écrite de sa main, de la somme ou de la quantité en toutes lettres et en chiffres. En cas de différence, l'acte sous seing privé vaut pour la somme écrite en toutes lettres. » L'article 1326 du Code civil impose, dans les actes faisant naître un engagement unilatéral de payer une somme d'argent, la rédaction d'une mention, écrite de la main du débiteur⁴⁶³, de la somme à payer en toutes lettres et en chiffres. Le cautionnement d'un crédit à la consommation relève sans conteste de cette catégorie d'actes. L'article 1326 lui imposait alors la rédaction d'un écrit, porteur d'une signature et d'une mention manuscrite.

259. De son côté, l'article 2015 du Code civil - aujourd'hui article 2292 - indique : « Le cautionnement ne se présume pas ; il doit être exprès, et on ne peut pas l'étendre au-

⁴⁶² Article 1326 du Code civil : « L'acte juridique par lequel une seule partie s'engage envers une autre à lui payer une somme d'argent ou à lui livrer un bien fongible doit être constaté dans un titre qui comporte la signature de celui qui souscrit cet engagement ainsi que la mention, écrite de sa main, de la somme ou de la quantité en toutes lettres et en chiffres. En cas de différence, l'acte sous seing privé vaut pour la somme écrite en toutes lettres. » « de sa main » deviendra « par lui-même » avec la loi n°2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, JORF du 14 mars 2000.

⁴⁶³ Article 1108-1 alinéa 2 du Code civil issu de la loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, JORF du 22 juin 2004 : « Lorsqu'est exigée une mention écrite de la main même de celui qui s'oblige, ce dernier peut l'apposer sous forme électronique si les conditions de cette apposition sont de nature à garantir qu'elle ne peut être effectuée que par lui-même. » L'on peut s'interroger sur la pertinence de cette faculté dans le cadre de la rédaction d'une mention manuscrite. Un adage dit « *qui scribit bis legit* ». Il n'est pas sûr que celui qui ne forme pas les lettres sur le papier mais, beaucoup plus rapidement, tape des lettres sur un clavier, lise deux fois. L'usage du copié-collé est aussi à redouter. Cette question rejoint la question du rôle de la mention, condition de validité ou condition de preuve, qui sera explorée un peu plus loin dans ce travail. Si c'est la preuve de l'existence de l'acte qui est recherché, l'écrit électronique est, peut-être, une bonne chose. Si c'est la validité de l'acte qui est en question, la rédaction électronique de la mention manuscrite peut être fortement discutée. Et si c'est la preuve, non de l'existence du consentement, mais de sa consistance, les mêmes réserves doivent être formulées. Cass. civ. 1^{ère}, 13 mars 2008, n°06-17534 : la même solution est retenue pour les actes dactylographiés.

delà des limites dans lesquelles il a été contracté. » Alors que l'article 1326 est issu des dispositions dédiées au droit commun des contrats, l'article 2015 est lui issu des dispositions dédiées au seul cautionnement. Il aborde la question de l'étendue de l'engagement. Cet article est classiquement présenté comme une règle d'interprétation⁴⁶⁴. POTHIER, à l'origine de cette disposition, en soulignait la finalité : la nécessité d'une « intention bien marquée de cautionner. »⁴⁶⁵ Certes POTHIER ne visait pas une protection de la caution, dans le sens que nous lui donnons aujourd'hui, mais la consistance du consentement.

260. La règle posée à l'article 1326 était présentée comme une règle de preuve du cautionnement⁴⁶⁶, avant que la Cour de cassation ne la combine avec l'article 2015⁴⁶⁷ pour en faire une règle visant à protéger le consentement de la caution⁴⁶⁸. D'une formalité *ad probationem*⁴⁶⁹, la mention manuscrite devint alors une formalité *ad validitatem*⁴⁷⁰.

261. La forme exigée *ad validitatem* est celle requise dans le but de prouver la qualité du consentement donné, nécessaire à la validité de l'acte. Le consentement est un fait psychologique, intime, invisible. Pour se rendre visible aux autres, il va se manifester, se matérialiser, en prenant une forme. La forme est donc, en matière contractuelle, indissociable du fond. Il est illusoire de les séparer ou de les opposer. La manifestation extérieure de la volonté, de l'acquiescement, est nécessaire. Il n'y aurait ainsi pas d'acte de

⁴⁶⁴ SIMLER Philippe, JCP G 1989, II, 21181, à propos de Cass. civ. 1^{ère}, 31 mai 1988 : critique générale de la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de mention manuscrite exigée pour la validité d'un cautionnement et critique particulière s'agissant du mandat de cautionner.

⁴⁶⁵ Cité par Pierre SARGOS, in « *Le cautionnement, dangers, évolutions et perspectives de réforme* », Rapport de la Cour de cassation 1986, La documentation française, p. 33 à 64.

⁴⁶⁶ AYNÈS Laurent et MALAURIE Philippe, « *Les sûretés* », LGDJ, 7^{ème} éd., 2013, §207, p. 71.

⁴⁶⁷ Article 2015 du Code civil dans sa rédaction antérieure au 24 mars 2006 : « Le cautionnement ne se présume point ; il doit être exprès, et on ne peut pas l'étendre au-delà des limites dans lesquelles il a été contracté. »

⁴⁶⁸ STOFFEL-MUNCK Philippe, « *L'autonomie du droit contractuel de la consommation : d'une logique civiliste à une logique de régulation* », RTD com. 2012. 705.

⁴⁶⁹ Pour la preuve.

⁴⁷⁰ Pour la validité.

volonté sans forme⁴⁷¹ ou à tout le moins sans manifestation. Selon le Doyen GÉNY, la forme est « un élément, extérieur et sensible, destiné à envelopper les circonstances, immatérielles de leur nature, tels que les actes de volonté ou les faits de la vie sociale »⁴⁷². Selon Philippe MALAURIE et Laurent AYNÈS⁴⁷³ : « La forme d'un contrat est l'expression extérieure de la volonté des contractants. » Lorsque la forme que prend le consentement est libre, c'est le consensualisme⁴⁷⁴. Le formalisme apparaît lorsque la forme que doit prendre le consentement est imposée. Il implique le respect d'une forme prédéterminée⁴⁷⁵. En présence d'un formalisme, « le consentement doit être enrobé dans une enveloppe strictement déterminée par la loi et telle que, si les prescriptions édictées par celle-ci n'ont pas été respectées, la manifestation de volonté soit frappée « d'inefficacité juridique à un degré quelconque⁴⁷⁶ » »⁴⁷⁷. La sanction du non-respect d'une forme imposée *ad validitatem* est l'inefficacité de l'engagement, « inefficacité juridique à un degré quelconque »⁴⁷⁸ selon le Doyen GÉNY. C'est une sanction très forte.

262. De son côté, la forme exigée *ad probationem* est imposée dans le but de prouver l'existence de l'acte. Son absence ne remet pas en cause la validité du consentement mais la preuve du cautionnement ne sera pas établie. L'acte n'est pas nul pour autant mais la preuve de son existence, qui a une importance capitale - *Idem est non esse et non probari*⁴⁷⁹ - doit alors être rapportée autrement. L'acte vaut comme commencement de preuve par écrit, il doit être complété. C'est cependant une sanction moins tranchée que l'inexistence

⁴⁷¹ Cass. civ., 25 mai 1870, Bulletin des arrêts de la Cour de cassation Chambre civile n°113 : « Le silence de celui que l'on prétend obligé ne peut suffire, en l'absence de toute autre circonstance, pour faire preuve contre lui de l'obligation alléguée », rendu au visa des articles 1101 et 1108 du Code Napoléon.

⁴⁷² GÉNY François, op. cit., n° 203.

⁴⁷³ MALAURIE Philippe, AYNÈS Laurent, « *Les obligations* », Lextenso, 6^{ème} édition, 2013, p. 265 s.

⁴⁷⁴ NUYTEN Benoît et LESAGE Laurent, « *Formation des contrats : regards sur les notions de consensualisme et de formalisme* », Defrénois, 30 avril 1998 n° 8, p. 497 : Le consensualisme doit être bien plus exactement défini comme la liberté de la forme plutôt que comme l'absence de forme.

⁴⁷⁵ AUBERT J.-L., « *Le formalisme* » (Rapport et synthèse), Defrénois, 15 août 2000, n° 15-16, p. 931.

⁴⁷⁶ Selon le mot de François GÉNY, op. cit., n°203, pages 98-99.

⁴⁷⁷ FLOUR Jacques, op. cit., n° 4, p. 96

⁴⁷⁸ op. cit., n°203, pages 98-99

⁴⁷⁹ C'est la même chose de ne pas être ou de ne pas être prouvé.

car elle laisse la porte ouverte à d'autres preuves. Revenons sur cette épopée jurisprudentielle audacieuse.

B – L'épopée jurisprudentielle de la mention manuscrite

263. Pendant quelques années, la Première Chambre civile a combiné les articles 1326 et 2015 du Code civil pour affirmer que la mention manuscrite requise de la caution était, non une règle de preuve, mais une règle de fond, dont dépendait la validité du cautionnement. Ce passage d'une exigence *ad probationem* à une exigence *ad validitatem* (1) fut vivement contestée par une partie de la doctrine, puis abandonnée (2).

1 – Le passage d'une exigence *ad probationem* à une exigence *ad validitatem*

264. Elle donna à ce moment un poids particulier à la mention manuscrite. Auparavant, l'absence de signature, le défaut de mention ou la présence d'une mention erronée équivalait à une absence de preuve de l'existence du cautionnement. L'*instrumentum*⁴⁸⁰ perdait sa valeur d'acte sous seing privé mais restait néanmoins un commencement de preuve par écrit, la preuve pouvant être rapportée par d'autres moyens. À partir de 1987⁴⁸¹, la Première Chambre civile affirma qu'il résultait de la combinaison des articles 2015 et 1326 que les exigences relatives à la mention manuscrite ne constituaient pas de simples règles de preuve mais avaient pour finalité la protection de la caution. La mention manuscrite n'était plus exigée pour prouver l'existence du cautionnement mais pour attester de la consistance, de l'épaisseur du consentement donné, et, partant, de la validité de l'acte. À l'instar des vices du consentement, la sanction était la nullité. La Première Chambre civile justifia sa position en invoquant la « protection de la caution. » Le but était de contraindre les créanciers à adopter une grande rigueur formelle. La finalité de la mention manuscrite avait donc glissé d'une exigence de preuve à une exigence de validité.

⁴⁸⁰ Acte instrumentaire, écrit servant de support à l'acte juridique.

⁴⁸¹ SARGOS Pierre, « L'opération « Glasnost » de la Cour de cassation en matière de cautionnement ou cinq brèves observations sur une jurisprudence », *Gaz. Pal.* 1988, I, 209 : l'auteur fait néanmoins remonter à 1983 les premières décisions en ce sens.

265. La Première Chambre civile affirma ainsi le 30 juin 1987⁴⁸² : « (...) il résulte de la combinaison des articles 1326 et 2015 du Code civil que les exigences relatives à la mention manuscrite ne constituent pas de simples règles de preuve mais ont pour finalité la protection de la caution. » Elle rejeta le pourvoi du créancier et valida le raisonnement de la Cour d'appel⁴⁸³, laquelle avait estimé que la mention manuscrite apposée par la caution n'exprimait pas, en elle-même, la connaissance par cette caution de l'étendue de son engagement. Elle en avait déduit que le cautionnement devait être annulé. Dans son moyen, le créancier, bénéficiaire de la caution, avait reproché à la Cour d'appel d'avoir prononcé cette nullité, soutenant que l'article 1326 était une règle de preuve et non de forme. La Première Chambre civile valida cependant le raisonnement de la Cour d'appel. Les exigences relatives à la mention manuscrite n'étaient pas de « simples règles de preuve » mais des règles qui avaient pour dessein de protéger la caution. Le raisonnement de la Première Chambre civile semblait se faire en cinq actes. Acte un, la caution devait signer et écrire le montant de ce qu'elle entendait cautionner, en vertu de l'article 1326. Acte deux, le cautionnement ne pouvait pas s'étendre au-delà des limites dans lesquelles il avait été contracté, en vertu de l'article 2015. Acte trois, les limites évoquées par l'article 2015 étaient contenues dans la mention prescrite par l'article 1326. Acte quatre, si la mention était défailante, alors on ne connaissait pas les limites du cautionnement. Acte cinq, le cautionnement n'était pas valable, il devait être annulé. *A contrario*, la caution qui avait consciencieusement recopié la mention, sans erreur, sans faute, sans omission, était réputée avoir pris la mesure de l'engagement qu'elle souscrivait. L'existence de la mention attestait de la qualité du consentement donné par la caution.

2 – L'hostilité de la doctrine et le recul de la Première Chambre civile

266. Cette position jurisprudentielle, qui fut maintenue pendant deux ans⁴⁸⁴, fit pousser des cris d'orfraie à une partie de la doctrine⁴⁸⁵. Les propos de Philippe SIMLER

⁴⁸² Cass. civ. 1^{ère}, 30 juin 1987, n°85-15760, Bull. I, n° 210 p. 15, D.S. 1987, somm. 442, obs. Laurent AYNÈS.

⁴⁸³ CA Lyon, 4 juin 1985.

⁴⁸⁴ Pour exemple : Cass. civ. 1^{ère}, 22 novembre 1988, n°86-19266, Bull. IV, n° 212 p. 146 : les exigences relatives à la mention manuscrite devant figurer sur un acte de cautionnement ne constituent pas de simples règles de preuve *mais ont pour finalité la protection de la caution*.

offrent un aperçu de l'hostilité doctrinale qu'elle avait pu susciter : « Affirmer, comme le fait la jurisprudence récente, que la caution ne peut devoir plus que le montant porté à la mention manuscrite, alors que le corps de l'acte exprime de la manière la plus claire et avec le plus grand soin que la garantie s'étend aux intérêts et aux autres accessoires, c'est refuser de donner effet à la force obligatoire du contrat. » L'auteur estime que cette interprétation déviante de l'article 1326, qui fait de la mention manuscrite une condition de validité du cautionnement, remonterait en réalité au début de l'année 1984⁴⁸⁶. Il ajoute un peu plus loin, à propos de la justification de cette position : « On attend toujours que soit fourni le début du commencement d'une démonstration de cette pétition de principe. » Philippe SIMLER s'en prendra aussi, de manière virulente, à la vision de Pierre SARGOS⁴⁸⁷ pour lequel cette posture jurisprudentielle n'était pas révolutionnaire mais réveillait au contraire les aspirations du législateur de 1804⁴⁸⁸. Dans un article paru en 1988, Pierre SARGOS revient sur cette combinaison des articles 1326 et 2015 du Code civil : « S'agissant du cautionnement, qui voit une personne s'engager le plus souvent sans contrepartie envers un créancier qui lui est étranger (...) la loi elle-même (art. 2015 C. civ. combiné avec l'art. 1326 notamment) impose des règles strictes, trop souvent méconnues, dont la finalité est d'avoir la certitude que la caution a su exactement à quoi elle s'engageait et qui interdisent au créancier de compléter après coup l'acte qu'il détient. Le cautionnement doit être « transparent » et non équivoque ou incertain quant à son étendue. » Il cite un arrêt ancien⁴⁸⁹ qui exigeait déjà la rédaction d'une mention manuscrite par la caution exprimant de façon explicite et non équivoque la connaissance qu'elle avait de la nature et de l'étendue de l'obligation cautionnée. Il s'agissait en l'espèce du

⁴⁸⁵ SIMLER Philippe, JCP 1989, II, 21181 et cités par Philippe SIMLER : AYNÈS Laurent, D.S. 87, 341 ; MALAURIE Philippe et AYNÈS Laurent, « *Les sûretés* », 2^{ème} éd., 1988, n°124 ; MARTY, RAYNAUD, JESTAZ, « *Les sûretés, la publicité foncière* », 2^{ème} éd., 1987, n°585 ; MOULY Christian, « *Pour la liberté des garanties personnelles* », Revue banque, 1987, p. 1166.

⁴⁸⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 22 février 1984, Bull. I, n°71 ; JCP 1985, II, 20442, obs. M. STORCK ; Banque 1984, 1307, obs. RIVES-LANGE.

⁴⁸⁷ SARGOS Pierre, « *Le cautionnement, dangers, évolutions et perspectives de réforme* », in Rapport annuel de la Cour de cassation 1986, p. 47.

⁴⁸⁸ SARGOS Pierre, « *L'opération « Glasnost » de la Cour de cassation en matière de cautionnement ou cinq brèves observations sur une jurisprudence* », Gaz. Pal. 1988, I, 209.

⁴⁸⁹ Cass. Ch. Req., 1^{er} mars 1853, D. 1854. 1. 342.

cautionnement donné par une épouse en garantie de dettes professionnelles de son mari. La Cour affirma : « si les obligations futures ou actuellement indéterminées étaient exceptées de l'application de l'art. 1326, les engagements les plus menaçants pour la fortune des débiteurs seraient soustraits aux garanties que la sagesse du législateur a instituées pour prévenir l'effet des erreurs et des surprises auxquelles les débiteurs pourraient être exposés ». La caution avait juste signé son engagement en précédant sa signature des mots « Approuvé l'écriture ci-dessus. » Elle n'avait pas écrit un bon ou un approuvé portant en toutes lettres la somme pour laquelle elle s'engageait. La Cour de cassation précisa dans l'arrêt que l'indétermination n'était pas un obstacle au cautionnement si la caution exprimait la nature de l'engagement qu'elle contractait. La Cour de cassation valida la *nullité* du cautionnement qui avait été prononcée en appel. Pour Pierre SARGOS, la dérive n'était pas l'exigence d'une mention manuscrite de la caution mais l'abandon de cette exigence qui s'était peu à peu imposée : « Pour des raisons diverses tenant essentiellement à une dérive économique et juridique, ces principes ont été perdus de vue. Depuis cinq ans maintenant, et plus spécialement depuis un arrêt prononcé le 22 juin 1983 : Cass. 1^{ère} civ. (Bull. cass. n°182, p. 160), la Cour de cassation a réagi contre cette dérive en décidant de contrôler désormais les appréciations de juges du fond et de revenir aux concepts stricts des origines du code civil concernant le cautionnement (...) ». Enfin, il relativise d'audace de la Cour : « (...) cette jurisprudence, qui, loin d'être révolutionnaire, se borne à faire une application normale des textes qui régissent le cautionnement. », ajoutant, à propos de l'article 1326 : « (...) l'art. 1326 du Code civil, dans sa rédaction résultant de la loi du 12 juillet 1980, a fait de l'indication manuscrite du montant de la somme qu'une personne s'engage unilatéralement à payer l'élément fondamental de son information et de sa protection. Comme l'indiquait le président RUDLOFF, rapporteur, devant le Sénat, lors des travaux préparatoires de cette loi, cette exigence de la mention manuscrite est le seul moyen de prévenir un abus de blanc-seing (qu'il est dans la pratique quasi impossible de prouver) et d'éveiller l'attention du débiteur sur l'étendue réelle de son engagement (Cf. rapport n°324 du 10 mai 1979). Lorsqu'il s'agit d'un cautionnement (...) la question de la mention manuscrite doit nécessairement se combiner avec l'art. 2015 du Code civil suivant lequel le cautionnement

ne se présume point, doit être exprès et ne peut être étendu au-delà des limites dans lesquelles il a été contracté. »⁴⁹⁰

267. À partir d'un arrêt rendu le 31 octobre 1989⁴⁹¹, la Première Chambre civile modifia sa position. Au visa des articles 1326 et 2015 du Code civil, elle affirma : « (...) l'engagement souscrit par la caution doit comporter sa signature ainsi que la mention, écrite de sa main, de la somme en toutes lettres et en chiffres de toute obligation déterminable au jour de l'engagement ; que ces règles de preuve ont pour finalité la protection de la caution (...) » Les exigences relatives à la mention manuscrite devant figurer sur un acte de cautionnement redevenaient de « simples règles de preuve » mais avaient toujours « pour finalité la protection de la caution »⁴⁹². La Première Chambre civile confirma cette orientation dans un arrêt du 15 novembre 1989⁴⁹³. L'acte de cautionnement dont la mention manuscrite était défailante ou faisait défaut n'était plus nul, mais irrégulier. Partant, il constituait un commencement de preuve par écrit, lequel pouvait être complété par d'autres éléments. Cependant, ces éléments de preuve ne portaient pas, selon Gérard COUTURIER, sur l'existence ou le montant de l'engagement, mais sur les conditions dans lesquelles la caution avait consenti : il fallait établir qu'elle « avait eu conscience de son engagement »⁴⁹⁴. L'on retombait alors sur le terrain de la qualité, de la consistance du consentement⁴⁹⁵. La boucle était, pour ainsi dire, bouclée.

⁴⁹⁰ SARGOS Pierre, « L'opération « Glasnost » de la Cour de cassation en matière de cautionnement ou cinq brèves observations sur une jurisprudence », *Gaz. Pal.* 1988, I, 209.

⁴⁹¹ Cass. civ. 1^{ère}, 31 octobre 1989, n°87-19166, inédit.

⁴⁹² ANCEL Pascal, « *Les contradictions du formalisme jurisprudentiel en matière de cautionnement* », *D.* 1999, n°28, p. 411, à propos de Cass. civ. 1^{re}, 23 février 1999, n°96-20140 : Cette « formule hybride fut peu à peu délaissée ». « Il semble que le dernier arrêt à l'avoir utilisée est Cass. 1^{ère} civ., 10 déc. 1996, pourvoi n°94-18086 ».

⁴⁹³ Cass. civ. 1^{ère}, 15 novembre 1989, n°87-18003, *Bull.* I, n°348, *JCP G* 1990, n°10, II, 21422, note D. LEGEAIS : il s'agissait en l'espèce d'un cautionnement donné par le représentant d'une société.

⁴⁹⁴ COUTURIER Gérard, « *Les finalités et les sanctions du formalisme* », *Defrénois*, 15 août 2000, n° 15-16, article 37209, p. 880.

⁴⁹⁵ ANCEL Pascal, « *Droit des sûretés* », *Lexis Nexis*, 7^e édition, 2014, p. 67.

Conclusion de section

268. Comme elle l'avait fait à l'égard de l'emprunteur, la jurisprudence a mis à la charge du banquier une obligation de mise en garde à l'égard de la caution non-avertie. Elle a assorti cette obligation d'une sanction assez souple puisqu'il s'agit de dommages et intérêts. Elle a aussi fait preuve d'audace en combinant deux articles du Code civil pour exiger, *ad validitatem*, la rédaction scrupuleuse de mentions manuscrites, sanctionnant le non-respect de ces mentions par la nullité du cautionnement. Les détracteurs de cette solution ont été nombreux. Ils ont déploré une dénaturation des principes du Code civil, une atteinte à la crédibilité du cautionnement. La solution était sévère pour le banquier, c'est indéniable. Pour autant, il lui était facile d'éviter les foudres du juge, en faisant rédiger aux cautions des mentions manuscrites exhaustives. La stabilité de l'institution n'était, alors, pas nécessairement menacée. Ils ont aussi reproché à cette solution de servir les intérêts des plaideurs de mauvaise foi. Une caution pouvait avoir été parfaitement éclairée sur l'étendue de son engagement et le faire annuler simplement parce que le montant en chiffres n'était pas présent dans la mention. C'était sans doute vrai. Toutefois, rien n'empêchait le prêteur de vérifier l'exactitude scrupuleuse de la mention. Abandonnée par la Cour de cassation, cette audacieuse jurisprudence fut d'ailleurs aussitôt reprise par la loi. Là encore, le droit commun, manipulé par la Première Chambre civile, a su combler les manques du droit spécial, avant d'inspirer le législateur. D'une solution prétorienne est née une réponse légale. Examinons la maintenant, ainsi que la manière dont la Première Chambre civile l'a accueillie.

II – L’information issue du droit spécial, l’attitude pragmatique de la Première Chambre civile

269. Abandonnée par la Cour de cassation, la jurisprudence relative aux mentions manuscrites est reprise le mois suivant par le législateur. La Cour de cassation va appliquer avec un certain pragmatisme (§2) ce formalisme informatif imposé désormais par la législation consumériste (§1).

§ 1 – La loi NEIERTZ II et son rayonnement

270. L’information de la caution par le droit spécial a évolué, passant de la frilosité des lois SCRIVENER à l’apport décisif de la seconde loi NEIERTZ (A), qui influença ensuite de manière déterminante la jurisprudence de la Chambre commerciale (B).

A – La frilosité des lois SCRIVENER et l’apport décisif de la loi NEIERTZ II

271. Les lois SCRIVENER s’étant montrées extrêmement décevantes (1), il fallut attendre la loi NEIERTZ II pour voir émerger un authentique souci d’information de la caution d’un crédit à la consommation (2).

1 – L’information fantomatique de la caution par la loi SCRIVENER I et la timidité de la loi SCRIVENER II

272. La loi du 10 janvier 1978⁴⁹⁶ sur le crédit à la consommation ignorait quasiment la caution. Son article 5 prévoyait : « Les prêts, contrats et opérations de crédit visés à l’article 2 ci-dessus sont conclus dans les termes d’une offre préalable, remise en double exemplaire à l’emprunteur et, éventuellement, en un exemplaire aux cautions (...). » Il évoquait simplement la remise d’une offre préalable indiquant les caractéristiques du contrat. Le texte n’apportait aucune précision sur la personnalité de la caution. Toutes les cautions, personnes physiques ou personnes morales, entraient donc dans le champ de l’article 5. Le non-respect de ces dispositions était sanctionné par une amende pouvant

⁴⁹⁶ Loi n°78-22 du 10 janvier 1978 relative à l’information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit, JORF du 11 janvier 1978.

aller de 2.000 à 5.000 francs (304 à 762 euros). Le contrat de cautionnement garantissant un crédit à la consommation n'était pas soumis aux dispositions protectrices de la loi du 10 janvier 1978⁴⁹⁷.

273. La loi du 13 juillet 1979⁴⁹⁸ sur le crédit immobilier imposa elle aussi la remise d'une offre préalable à l'emprunteur et à sa ou ses cautions. La sanction du non-respect de cette exigence était la nullité du cautionnement. L'acceptation de la caution était requise. Elle avait aussi droit au même délai de réflexion que l'emprunteur. Les montants en jeu, plus élevés en matière de crédit immobilier qu'en matière de crédit à la consommation, et non-assortis d'un plafond, expliquent sans doute ces précautions supplémentaires.

274. En matière de crédit à la consommation, il faudra attendre l'adoption de la loi dite NEIERTZ II⁴⁹⁹ pour que la protection de la caution soit vraiment renforcée.

2 – L'apport déterminant de la loi NEIERTZ II

275. La première loi NEIERTZ, du 23 juin 1989⁵⁰⁰, vint préciser que les dispositions de la loi du 10 janvier 1978 s'appliquaient à l'opération de crédit mais aussi à son cautionnement éventuel. Ces précisions furent intégrées en 1993 au Code de la consommation, à l'article L311-2⁵⁰¹. Un lecteur optimiste pouvait penser que la caution bénéficiait désormais du même régime protecteur que l'emprunteur. En réalité, seule la remise d'une offre préalable identique concernait la caution⁵⁰².

⁴⁹⁷ CA Douai, 19 juin 1986 ; CA Bourges, 19 mai 1989.

⁴⁹⁸ Loi n°79-596 du 13 juillet 1979 relative à l'information et à la protection des emprunteurs dans le domaine immobilier, JORF du 14 juillet 1979.

⁴⁹⁹ Véronique NEIERTZ était alors secrétaire d'État chargée de la Consommation auprès du Ministre d'État, Ministre de l'Économie, des Finances et du Budget.

⁵⁰⁰ Loi n°89-421 du 23 juin 1989 relative à l'information et à la protection des consommateurs ainsi qu'à diverses pratiques commerciales, JORF du 29 juin 1989.

⁵⁰¹ Article L311-2 du Code de la consommation : « Les dispositions du présent chapitre s'appliquent à toute opération de crédit, *ainsi qu'à son cautionnement éventuel*, consentie à titre habituel par des personnes physiques ou morales, que ce soit à titre onéreux ou gratuit. »

⁵⁰² Article L311-11 du Code de la consommation.

276. C'est la seconde loi NEIERTZ, du 31 décembre 1989⁵⁰³, qui apporta les modifications les plus déterminantes pour la caution. Ces avancées furent introduites en 1993 dans le Code de la consommation⁵⁰⁴, aux articles L313-7 à L313-10⁵⁰⁵, articles communs aux crédits à la consommation et aux crédits immobiliers. Le cautionnement souscrit par une personne physique, par acte sous seing privé, en garantie d'un crédit à la consommation ou d'un crédit immobilier, sortit à ce moment du droit commun. Il devint un contrat solennel, soumis à des exigences de forme, sous peine de nullité. Le législateur consumériste ressuscita ici la jurisprudence de la Première Chambre civile sur le formalisme des mentions manuscrites. Deux formules virent le jour, qui devinrent les articles L313-7⁵⁰⁶ et L313-8⁵⁰⁷ du Code de la consommation. L'une pour le cautionnement simple, l'autre pour le cautionnement solidaire. Fut aussi posé le principe de la proportionnalité du cautionnement aux biens et revenus de la caution, qui devint l'article L313-10⁵⁰⁸ du Code de la consommation. La sanction associée est l'impossibilité de se prévaloir du cautionnement disproportionné. En revanche, l'engagement de payer les

⁵⁰³ Loi n°89-1010 du 31 décembre 1989 relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles, JORF du 2 janvier 1990.

⁵⁰⁴ Lors de son élaboration en 1993.

⁵⁰⁵ Livre troisième « endettement », titre 1 « crédit », chapitre 3 « dispositions communes aux chapitres 1 et 2 » - crédit à la consommation et crédit immobilier -, section II « les sûretés personnelles ».

⁵⁰⁶ Article L313-7 du Code de la consommation : « La personne physique qui s'engage par acte sous-seing privé en qualité de caution pour l'une des opérations relevant des chapitres I ou II du présent titre doit, à peine de nullité de son engagement, faire précéder sa signature de la mention manuscrite suivante, et uniquement de celle-ci : En me portant caution de X..., dans la limite de la somme de... couvrant le paiement du principal, des intérêts et, le cas échéant, des pénalités ou intérêts de retard et pour la durée de..., je m'engage à rembourser au prêteur les sommes dues sur mes revenus et mes biens si X... n'y satisfait pas lui-même. »

⁵⁰⁷ Article L313-8 du Code de la consommation : « Lorsque le créancier demande un cautionnement solidaire pour l'une des opérations relevant des chapitres I ou II du présent titre, la personne physique qui se porte caution doit, à peine de nullité de son engagement, faire précéder sa signature de la mention manuscrite suivante : En renonçant au bénéfice de discussion défini à l'article 2021 du Code civil et en m'obligeant solidairement avec X..., je m'engage à rembourser le créancier sans pouvoir exiger qu'il poursuive préalablement X... »

⁵⁰⁸ Article L313-10 du Code de la consommation : « Un établissement de crédit ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement d'une opération de crédit relevant des chapitres Ier et II du présent titre, conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus, à moins que le patrimoine de cette caution, au moment où celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à son obligation. »

pénalités et intérêts de retard fut lui aussi gravé dans le marbre de la loi. Malgré cette dernière restriction, la loi du 31 décembre 1989 apporta un plus haut degré de protection à la caution d'un crédit à la consommation. Mais son rayonnement fut encore plus large. En effet, à partir de 1997, la Chambre commerciale s'en inspira, utilisant le principe de proportionnalité qu'elle avait posé.

B – Le rayonnement de la loi NEIERTZ II

277. Après avoir été repris par la Chambre commerciale dans l'arrêt Macron de 1997 (1), le principe de proportionnalité fut généralisé par la loi du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique (2).

1 – L'arrêt Macron ou la reprise du principe de proportionnalité

278. La loi NEIERTZ II avait posé le principe d'une proportionnalité nécessaire du cautionnement aux biens et revenus de la caution personne physique, qui, par acte sous seing privé, garantissait un crédit à la consommation ou un crédit immobilier. Cette disposition devint l'article L313-10 du Code de la consommation. La Chambre commerciale s'inspira de ce principe d'obédience consumériste. Dans un arrêt du 17 juin 1997, connu sous le nom d'arrêt Macron⁵⁰⁹, elle évoqua un aval " manifestement disproportionné " au revenu et au patrimoine de la caution. La Chambre commerciale ne pouvait cependant s'appuyer directement sur l'article L313-10, la caution en question, président du conseil d'administration de la société dont la dette était garantie, n'entrant pas dans son champ d'application. Elle assit alors subtilement sa position, après avoir écarté tout vice du consentement de la caution, sur l'existence d'une faute du banquier qui avait manqué à son obligation de contracter de bonne foi. Les dommages et intérêts octroyés pouvaient venir en compensation de la somme due par la caution, laquelle était alors totalement ou partiellement déchargée. La sanction était donc modulable par le juge. La Chambre commerciale parvint ainsi à protéger une caution qui ne bénéficiait pas de la protection particulière de l'article L313-10, au moyen du droit commun des contrats, ici la

⁵⁰⁹ Cass. com. 17 juin 1997, n°95-14105, Bull. IV, n°188, p. 165, rendu après CA Paris, 8 février 1995, dit arrêt Macron.

responsabilité civile contractuelle. Cette position suscita des critiques de la doctrine. En 2002, dans un arrêt dit Nahoum⁵¹⁰, la Chambre commerciale nuança son propos en déniaut au dirigeant social l'application du principe de proportionnalité. La doctrine s'interrogea alors sur l'avenir de ce principe, en dehors du cadre strict de l'article L313-10. Mais là encore, le recul de la jurisprudence fut rapidement comblé par le législateur. La loi du 1^{er} août 2003⁵¹¹ étendit le principe de proportionnalité de l'article L313-10 à toutes les cautions personnes physiques qui s'engagent envers un créancier professionnel.

2 - La loi du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique

279. Avec la loi du 1^{er} août 2003⁵¹², l'exception devint la règle. Les frontières du droit commun et du droit spécial furent redessinées. Les innovations de la loi du 31 décembre 1989, qui ne s'appliquaient qu'au cautionnement d'un crédit à la consommation ou immobilier, furent étendues à la majorité des cautionnements. Elles formèrent les articles L341-2 à L341-6, situés, dans le Code de la consommation, au sein d'une division consacrée au seul cautionnement⁵¹³. Cette intégration au Code de la consommation est déroutante et brouille la frontière entre le droit commun des contrats et le droit spécial. Les articles L341-2⁵¹⁴ et L341-3⁵¹⁵ reproduisent presque à la lettre les articles L313-7 et L313-8 consacrés au seul cautionnement des crédits à la consommation ou immobiliers.

⁵¹⁰ Cass. com. 8 octobre 2002, n°99-18619, Bull. IV, n°136, dit arrêt Nahoum.

⁵¹¹ Loi n°2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique, JORF du 20 septembre 2003.

⁵¹² Loi n°2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique, JORF du 20 septembre 2003.

⁵¹³ Livre troisième du Code de la consommation consacré à l'« endettement », dans un titre 4 dédié au « cautionnement », articles L341-1 à L341-6.

⁵¹⁴ Article 7-1 de la loi du 31 décembre 1989 - devenu article L313-7 puis L341-2 (formulation identique) du Code de la consommation - indique : « Toute personne physique qui s'engage par acte sous-seing privé en qualité de caution envers un créancier professionnel doit, à peine de nullité de son engagement, faire précéder sa signature de la mention manuscrite suivante, et uniquement de celle-ci : En me portant caution de X..., dans la limite de la somme de... couvrant le paiement du principal, des intérêts et, le cas échéant, des pénalités ou intérêts de retard et pour la durée de..., je m'engage à rembourser au prêteur les sommes dues sur mes revenus et mes biens si X... n'y satisfait pas lui-même. »

⁵¹⁵ Article 7-2 de la loi du 31 décembre 1989 - devenu article L313-8 puis L341-3 (formulation identique) du Code de la consommation - indique : « Lorsque le créancier professionnel demande un cautionnement solidaire, la personne physique qui se porte caution doit, à peine de nullité de son engagement, faire précéder sa signature de la mention manuscrite suivante : En renonçant au bénéfice de discussion défini à

280. Ce qui frappe avant tout, c'est l'extrême généralité de ces dispositions, intégrées au Code de la consommation et à lui seul. Elles s'appliquent lorsque trois conditions sont réunies. Le cautionnement doit être souscrit par une personne physique, par acte sous seing privé et au profit d'un créancier professionnel. La nature de l'obligation cautionnée, personnelle ou professionnelle, est en revanche sans importance. Ne sont pas concernés par ce formalisme, les cautionnements souscrits par une personne morale, ceux souscrits par acte authentique⁵¹⁶ ou par acte sous seing privé avec contreseing d'un avocat⁵¹⁷ ni ceux souscrits au profit d'un créancier non professionnel. De même, la teneur de la mention interdit « indirectement qu'un cautionnement soit donné par acte sous seing privé sans limitation de montant ou de durée. »⁵¹⁸ Auteurs et plaideurs se sont demandé si toutes les cautions personnes physiques étaient bien visées. En effet, soumettre au Code de la consommation, le code des consommateurs, des cautionnements de nature commerciale, recelait quelque chose de terriblement incongru. Le cautionnement donné par un gérant d'entreprise, en son nom propre, pour garantir les dettes de sa société, cautionnement de nature commerciale, était-il soumis aux dispositions des articles L341-1 à L342-6 ? La Première Chambre civile affirma, dans un arrêt du 8 mars 2012⁵¹⁹, que la mention manuscrite prévue par l'article L341-2 s'appliquait à toute personne physique, même si elle avait la qualité de gérant ou d'associé de la société garantie. L'on peut alors se demander ce que font ces dispositions dans le Code de la consommation.

281. Ces mentions manuscrites ne sont pas requises *ad probationem* mais *ad validitatem*. Contrainte de rédiger ces formules de manière scrupuleuse, la caution prendrait alors pleinement conscience de la réalité et de l'étendue de son engagement. Le non-respect de

l'article 2021 du Code civil et en m'obligeant solidairement avec X..., je m'engage à rembourser le créancier sans pouvoir exiger qu'il poursuive préalablement X... »

⁵¹⁶ Article 1317-1 du Code civil, issu de la loi du 28 mars 2011 : il reprend la jurisprudence dégagée sur ce point : le notaire est censé informer la caution sur la portée de son engagement.

⁵¹⁷ Article 66-3-3 de la loi n°71-1130 du 31 décembre 1971 : « L'acte sous seing privé contresigné par avocat est, sauf disposition dérogeant expressément au présent article, dispensé de toute mention manuscrite exigée par la loi. »

⁵¹⁸ ANCEL Pascal, « *Droit des sûretés* », Lexis Nexis, 7^e édition, 2014, n°102, p. 46.

⁵¹⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 8 mars 2012, n°09-12246, Bull. I, n°53, p. 47.

ces mentions manuscrites est sanctionné par la nullité du cautionnement, qui ne peut pas « être complété par des éléments complémentaires destinés à montrer que la caution a bien compris le sens de son engagement. »⁵²⁰ La nature de cette nullité n'a pas fait l'unanimité parmi les juges du fond. Une partie a jugé qu'il s'agissait d'une nullité relative⁵²¹, édictée dans le seul intérêt de la caution, l'acte étant susceptible d'être confirmé, notamment par une exécution volontaire de l'engagement. Une autre partie a jugé au contraire qu'il s'agissait d'une nullité absolue, ce qui empêchait l'acte défaillant de faire l'objet d'une confirmation⁵²². La caution qui réglerait quelques mensualités ne confirmerait pas pour autant un acte défaillant. La Cour de cassation a, de son côté, un temps penché en faveur de la nullité absolue, parce qu'il s'agissait de la violation d'une règle d'ordre public⁵²³. Puis elle sembla distinguer, au sein de l'ordre public concerné⁵²⁴, ordre public de direction et ordre public de protection. La législation consumériste relevant selon elle de l'ordre public de protection, car dédiée à une catégorie particulière de personnes, ne pouvait encourir qu'une nullité relative, ce qui permettait à un acte non-respectueux d'être confirmé⁵²⁵. Cette position peut cependant, pour deux raisons, ne pas emporter l'adhésion. La première raison concerne la nature de l'ordre public concerné. Le droit de la consommation protège certes les intérêts d'une catégorie particulière de citoyens et à ce titre relève bien d'un ordre public de protection. Mais il vise aussi à assainir le marché et *in fine* à favoriser les échanges économiques. En ce sens, il relève d'un ordre public de direction. La seconde raison concerne le sort réservé à la caution de bonne foi. Si elle commence à régler les mensualités en lieu et place du débiteur, elle est *de facto* privée de la possibilité de contester le non-respect du formalisme dans l'acte de cautionnement, laissant cette latitude à la seule caution qui, ne payant pas, ne confirme pas l'acte défaillant. Cette solution n'encourage pas la bonne foi.

⁵²⁰ ANCEL Pascal, « *Droit des sûretés* », Lexis Nexis, 7^e édition, 2014, n°102, p.46.

⁵²¹ CA Paris, 17 mai 1996 ; CA Montpellier, 7 mars 2000 ; CA Aix-en-Provence, 15 janvier 2008.

⁵²² CA Limoges, 20 mai 1997 ; CA Toulouse, 27 avril 1999 ; CA Paris, 24 novembre 1998.

⁵²³ Cass. civ. 1^{ère}, 30 mars 1994, n°92-13653, Bull. I, n°130, p. 96 : « la nullité résultant de l'inobservation de la règle d'ordre public édictée par l'article 7, alinéa 2, de la loi du 13 juillet 1979 ne peut être couverte par la réitération de l'acceptation ».

⁵²⁴ Ordre public dit économique.

⁵²⁵ Cass. com., 5 février 2013, n°12-11720, Bull. IV, n°20.

282. Par le choix d'une nullité, le législateur a opté pour une sanction forte et qui paraît sans nuances. La lettre des textes semble ne laisser aucune marge d'appréciation au juge. Son rôle semble se borner à vérifier que chaque mot, chaque lettre, chaque élément de ponctuation est bien reproduit, bien à sa place. Qu'en a-t-il été ? La Cour de cassation a-t-elle sanctionné toute mention qui n'était pas, à la lettre, à la virgule près, conforme à celle imposée par les textes ? Elle avait su se montrer audacieuse pour protéger la caution en exigeant, à partir du droit commun, le formalisme informatif d'une mention manuscrite. Quel accueil réserva-t-elle au formalisme imposé par la loi ?

§ 2 – L'application tempérée des textes spéciaux par la Cour de cassation

283. Le vaste contentieux relatif aux mentions manuscrites exigées *ad validitatem* (A) et à l'exigence de proportionnalité (B) a donné à la Cour de cassation l'occasion de modeler l'information due à la caution d'un crédit à la consommation.

A – La Cour de cassation et les mentions manuscrites exigées ad validitatem

284. La caution qui nous préoccupe dans ce travail est celle qui garantit le remboursement d'un crédit à la consommation. À ce titre, nous nous intéresserons donc aux décisions rendues sur le fondement des articles L313-7 et L313-8 du Code de la consommation. Mais, comme nous venons de l'exposer, les articles L341-2 et L341-3 reproduisent fidèlement ces articles L313-7 et L313-8 et en élargissent le champ. Nous nous intéresserons donc aussi, nécessairement, aux décisions rendues sur leur fondement.

285. Avant de nous pencher sur les décisions rendues par la Cour de cassation, examinons les décisions rendues par les juridictions du fond. Les Cours d'appel se sont montrées, dans leur ensemble, assez strictes sur le respect de ces mentions manuscrites. Rapidement, certaines d'entre elles estimèrent qu'en cas d'insuffisance de la mention manuscrite, la nullité était encourue, sans qu'un pouvoir d'appréciation ne puisse être

reconnu au juge⁵²⁶. Un engagement de caution ne revêtant que la mention « bon pour caution solidaire », suivi de la signature de la caution et de l'indication manuscrite, en chiffre seulement, du montant de l'engagement, fut jugé nul⁵²⁷. Nul également, le cautionnement sur un formulaire inadéquat⁵²⁸. En l'espèce, le prêteur avait fourni à la caution un formulaire de cautionnement destiné à un prêt professionnel alors qu'il s'agissait bien d'un emprunt personnel. Le garant étant un parent de l'emprunteur, il était pleinement conscient de garantir, *in fine*, un emprunt personnel. La Cour d'appel estima néanmoins que le cautionnement était nul. Ici, le formalisme de la mention manuscrite fut appliqué à la lettre. Nul encore, le cautionnement comportant une formule différente de celle requise⁵²⁹. Nuls enfin, le cautionnement omettant le mot « caution »⁵³⁰ et celui ne comportant que les initiales de la caution, sans sa signature⁵³¹. À l'inverse, la Cour d'appel de Lyon admit la validité d'un cautionnement dont la signature était située au-dessus de la mention manuscrite⁵³². Cette mention était reprise dans une accolade, une flèche désignant l'emplacement qui aurait dû être le sien. Le rédacteur de la mention ne contestait pas être l'auteur de l'accolade et de la flèche.

286. La Première Chambre civile dut alors préciser l'étendue du pouvoir d'appréciation des juges du fond. Les textes les engagent à annuler le cautionnement à la moindre irrégularité, aussi vénielle soit-elle. Les juges doivent-ils observer scrupuleusement cette injonction, ou bien peuvent-ils, dans certains cas, s'affranchir de la rigueur des textes et renoncer à l'annulation ? La Première Chambre civile admit une certaine souplesse, adoptant une attitude *contra legem* des textes⁵³³. Elle affirma, dans un arrêt du 9 novembre

⁵²⁶ CA Lyon, 21 juin 1995 ; CA Agen, 17 janvier 1996 ; CA Besançon, 23 janvier 1996.

⁵²⁷ CA Versailles, 30 janvier 1998.

⁵²⁸ CA Paris, 24 novembre 1998.

⁵²⁹ CA Paris, 5 mars 2009.

⁵³⁰ CA Paris, 25 juin 2009.

⁵³¹ CA Toulouse, 22 mai 2012.

⁵³² CA Lyon, 6 septembre 2012.

⁵³³ La Chambre commerciale fait aussi une appréciation souple et parfois *contra legem* de ces dispositions. Avis, 15 novembre 2010, n°09-14358, Cass. com., 5 avril 2011, n°09-14358, Bull. IV, n°55 : « (...) la nullité d'un engagement de caution souscrit par une personne physique envers un créancier professionnel

2004⁵³⁴, que l'omission de la conjonction de coordination "et" entre le montant de l'engagement et sa durée, n'affectait ni le sens, ni la portée de la mention. La nullité n'était, dès lors, pas encourue. Au sujet de la stipulation de solidarité, elle affirma ⁵³⁵ : « (...) l'absence de la mention manuscrite prévue à l'article L313-8 du Code de la consommation

est encourue du seul fait que la mention manuscrite portée sur l'engagement de caution n'est pas identique aux mentions prescrites par les articles L341-2 et L341-3 du Code de la consommation, à l'exception de l'hypothèse dans laquelle ce défaut d'identité résulterait d'une erreur matérielle (...) » ; la Chambre commerciale rappela le principe, puis ouvrit la porte à des exceptions, ce que n'envisageait nullement le texte. Elle fit, dans de nombreux cas, montre d'une grande souplesse. Cass. com., 5 avril 2011, n°10-16426, Bull. IV, n°54 ; Cass. civ. 1^{ère}, 11 septembre 2013, n°12-19094, Bull. I, n°174 : « (...) l'apposition d'une virgule entre la formule caractérisant l'engagement de caution et celle relative à la solidarité n'affecte pas la portée des mentions manuscrites conformes aux dispositions légales (...) » Cass. com., 16 octobre 2012, n°11-23623, Bull. IV, n°184 : « à l'évidence la lettre X figurant dans le texte doit être remplacée par la désignation du débiteur principal ». Cass. com., 8 mars 2011, n°10-30656 (arrêt de principe), inédit, Cass. com., 27 mars 2012, n°10-24698, inédit, Cass. com., 2 octobre 2012, n°11-24460, inédit, Cass. com., 22 janvier 2013, n°11-25887, inédit, Cass. com. 4 juin 2013, n°12-16611, inédit : la solidarité n'étant qu'une modalité de l'obligation principale, l'inobservation de la formule ne pouvait être sanctionnée que par l'impossibilité pour la banque de se prévaloir de la solidarité. L'engagement de caution demeurait valable, en tant que cautionnement simple. Cass. com., 27 mai 2014, n°13-16989 inédit : « (...) la caution a omis de reproduire "et mes biens", l'arrêt retient, par motifs propres et adoptés, que cette omission ne permet pas de douter de la connaissance qu'avait la caution de la nature et de la portée de son engagement (...) » Cass. com., 4 novembre 2014, n°13-24706, publication en attente : omission du mot « intérêts » dans la formule : le cautionnement n'est pas nul mais se limite au principal, ou encore l'ajout de mots. Cass. com. 27 janvier 2015, n°13-24778, inédit : l'ajout par la banque, après la mention « au prêteur », des mots : « ou à toute personne qui lui sera substituée en cas de fusion, absorption, scission ou apports d'actifs » ne dénature pas l'acte de caution et n'en rend pas plus difficile la compréhension. Cass. com., 1^{er} avril 2014, n°13-15735, inédit : « l'apposition de la signature de la caution avant les mentions rédigées de sa main, est sans incidence sur la portée de cet engagement et sur la connaissance que la caution pouvait avoir du dit engagement », revirement par rapport à Cass. com., 17 septembre 2013, n°12-13577, Bull. IV, n°132 : signature avant les mentions, le cautionnement est nul. *contra* : la Troisième Chambre civile se montra assez stricte, notamment à propos du formalisme des mentions manuscrites relatives au cautionnement de baux d'habitation. Pour exemple : Cass. civ. 3^{ème}, 27 septembre 2006, n°05-17804.

⁵³⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 9 novembre 2004, n°02-17028, Bull. I, n° 254, p. 212, rendu après CA Angers, 24 avril 2002 ; Cass. com., 23 septembre 2014, n°13-23752, inédit, *idem* pour un acte dactylographié : « l'omission de la conjonction de coordination « et » entre, d'une part, la formule définissant le montant et la teneur de l'engagement, d'autre part, celle relative à la durée de celui-ci, n'affecte ni le sens, ni la portée de la mention manuscrite ».

⁵³⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 5 avril 2012, n°11-12515, Bull. I, n°84 : l'absence de la mention manuscrite de l'article L313-8 prive le créancier du caractère solidaire du cautionnement souscrit. L'insertion du terme « solidaire » dans la mention manuscrite apposée par les cautions, qui ont bien reporté la mention prévue par l'article L313-7, est alors sans portée. Cass. civ. 1^{ère}, 16 octobre 2013, n°12-17858, inédit : la sanction de l'inobservation de la mention manuscrite imposée par l'article L. 341-3 du même Code ne pouvait conduire qu'à l'impossibilité pour la banque de se prévaloir de la solidarité, l'engagement souscrit par M. X... demeurant valable en tant que cautionnement simple.

a pour seul effet de priver le créancier du caractère solidaire du cautionnement souscrit (...) », le cautionnement simple restant valable. Elle retint la même solution en présence du seul mot « solidaire », sans que la stipulation de solidarité ne soit rédigée⁵³⁶. La Première Chambre civile s'affranchit encore de la raideur des textes en présence de termes substitués à ceux exigés : « (...) l'évocation du caractère « personnel et solidaire » du cautionnement, d'une part, la substitution du terme « banque » à ceux de « prêteur » et de « créancier », d'autre part, n'affectaient ni le sens ni la portée des mentions manuscrites prescrites par les articles L. 341-2 et suivant du Code de la consommation (...) »⁵³⁷. Elle admit aussi la formule « déclare accepter de me porter caution » à la place de « en me portant caution » et la présence d'un « . » à la place d'une « , »⁵³⁸.

287. Toute divergence entre la mention requise et celle rédigée ne conduit donc pas à la nullité du cautionnement. La Cour de cassation semble substituer à cet automatisme un questionnement : le sens de la formule est-il respecté, la caution a-t-elle pu saisir la portée de la mention ? Si l'irrégularité n'affecte ni le sens ni la portée de la mention, le cautionnement peut rester valable.

288. Cette posture jurisprudentielle, empreinte de pragmatisme, est indéniablement *contra legem*, car la lettre du texte n'est pas ambiguë. En cas d'irrégularité, c'est bien la nullité que le législateur consumériste a prévue : « (...) doit, à peine de nullité de son engagement (...) ». Aucune marge de manœuvre de quelque nature qu'elle soit n'a été imaginée par le législateur. La Cour de cassation a donc pris des libertés avec le texte. Cette démarche peut ne pas heurter. Mais est-elle pour autant opportune ?

289. La distance avec le formalisme, qui s'évince de ces arrêts, est séduisante de prime abord. Il ne semble pas déraisonnable que le juge du fond puisse avoir une marge d'appréciation et ne se transforme pas en correcteur de questionnaires à choix multiples.

⁵³⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 5 avril 2012, n°11-12515, Bull. I, n°84 ; Cass. com., 10 mai 2012, n°11-17671, Bull. IV, n°92.

⁵³⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 10 avril 2013, n°12-18544, Bull. I, n°74.

⁵³⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 22 janvier 2014, n°12-29177, inédit.

Il peut effectivement vérifier si l'esprit de la loi a bien été respecté, si la caution a été correctement renseignée par la teneur de la formule. Il peut aussi déjouer des actions inspirées par la mauvaise foi. Face à un formalisme appliqué à la lettre, une caution de mauvaise foi peut être tentée de glisser subrepticement une ponctuation supplémentaire, afin de se soustraire, le moment venu, à son engagement. Cette liberté prise prouve aussi que la Cour de cassation, si elle sait réveiller des principes anciens du Code civil pour les adapter aux exigences de la vie économique moderne, sait aussi endormir de jeunes dispositions consuméristes lorsque celles-ci lui paraissent déraisonnables.

290. Cette liberté présente aussi un aspect négatif. Elle pourrait se révéler dangereuse, si elle était trop largement utilisée. De plus, l'incertitude générée quant à l'application des textes entretient un flot de contentieux peut-être inutile. Toutefois, les plus récentes décisions, fermes à l'égard des banques, laissent penser que la Première Chambre civile tient court ses rennes et ne souhaite pas élargir les exceptions *contra legem*.

291. Dans une espèce où la caution avait interverti des termes et modifié la ponctuation, en ajoutant des points supplémentaires, la Première Chambre civile offrit, au visa des articles L341-2 et L341-3, un chapeau sans appel : « est nul l'engagement de caution, souscrit sous seing privé par une personne physique envers un créancier professionnel, qui ne comporte pas les mentions manuscrites exigées par les textes susvisés »⁵³⁹. La Cour d'appel avait estimé que la rédaction, si elle n'était pas strictement conforme aux prescriptions légales, montrait cependant que la caution avait une parfaite connaissance de l'étendue et de la durée de son engagement. Elle ajoutait que la caution, tenue de recopier la formule prévue par la loi, ne pouvait pas invoquer, pour tenter d'échapper à ses engagements, « ses propres errements dans le copiage de cette formule ». La Première Chambre civile ne fut pas convaincue. C'est heureux.

⁵³⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 16 mai 2012, n°11-17411, inédit. La Chambre commerciale ne l'a pas davantage admis : Cass. com. 13 mars 2012, n°10-27814, inédit.

292. Enfin, dans un arrêt très récent, rendu le 9 juillet 2015, la Première Chambre civile se montra encore d'une rassurante fermeté⁵⁴⁰. Il s'agissait en l'espèce d'une caution illettrée, qui n'avait pas rédigé les mentions manuscrites. La cour d'appel avait jugé qu'elle ne pouvait pas se porter caution par un acte sous seing privé. La Première Chambre civile valida le raisonnement des juges du fond. Elle affirma : « (...) la personne physique qui ne se trouve pas en mesure de faire précéder sa signature des mentions manuscrites exigées par les articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation destinées à assurer sa protection et son consentement éclairé, ne peut valablement s'engager que par acte authentique en qualité de caution envers un créancier professionnel (...) ». Le pourvoi de la banque fut rejeté et, là encore, il est possible de s'en réjouir.

293. Les lois du 31 décembre 1989 et du 1^{er} août 2003⁵⁴¹ ont aussi posé un principe, celui de la proportionnalité du cautionnement aux biens et revenus de la caution. Quel accueil lui réserva la Cour de cassation ?

B – La Cour de cassation et le principe de proportionnalité

294. En vertu de l'article L313-10 du Code de la consommation, tout cautionnement d'un crédit à la consommation ou immobilier doit être proportionné aux biens et revenus de la caution, au moment où il est consenti. C'est sans doute, selon Pascal ANCEL, « une des questions les plus présentes dans la jurisprudence actuelle relative au cautionnement »⁵⁴² et débattue en doctrine⁵⁴³. Comme nous l'avons vu précédemment, cette règle vit le jour avec la loi du 31 décembre 1989 et concernait originellement le crédit à la consommation et le crédit immobilier. En 1997, la Chambre commerciale l'étendit, par un arrêt dit Macron⁵⁴⁴, aux autres cautions, en se fondant sur le droit

⁵⁴⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 9 juillet 2015, n°14-21763, publication en attente.

⁵⁴¹ Loi n°2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique, JORF du 20 septembre 2003.

⁵⁴² ANCEL Pascal, « *Droit des sûretés* », Lexis Nexis, 7^{ème} éd. 2014, p. 69.

⁵⁴³ ANCEL Pascal, « *Sur une application de l'idée de proportionnalité dans le droit des contrats allemand et autrichien* », Revue des contrats, 2003, n°1, p. 225 : « Absente jusqu'à une période récente dans le droit français des contrats, cette notion a, depuis quelques années, fait l'objet d'une certaine promotion doctrinale. »

⁵⁴⁴ Cass. com., 17 juin 1997, n°85-14105, arrêt dit Macron.

commun de la responsabilité contractuelle⁵⁴⁵. Elle revint partiellement sur ses pas en 2002, par un arrêt dit Nahoum, en raison notamment de nombreuses critiques doctrinales. Puis, un peu contre toute attente, le législateur de 2003 ressuscita la généralisation du principe de proportionnalité⁵⁴⁶ et l'intégra au Code de la consommation, dans un article L341-4⁵⁴⁷.

295. Au regard de ce texte, un établissement de crédit ne peut pas se prévaloir du cautionnement consenti par une personne physique si son engagement était, au moment où elle l'a souscrit, manifestement disproportionné à ses biens et revenus⁵⁴⁸. La caution a aujourd'hui cinq ans, à partir du moment où elle est appelée, pour invoquer la disproportion⁵⁴⁹ et en apporter la preuve. Si le juge estime que la preuve est rapportée et que la disproportion n'a pas disparu, alors la caution est déchargée totalement. Si la disproportion existait mais a disparu au moment où elle est appelée, la caution doit faire face à son obligation⁵⁵⁰. Dans un tel cas, c'est au créancier d'établir qu'au moment où il appelle la caution, le patrimoine de celle-ci lui permet de faire face à son obligation⁵⁵¹. Enfin, si la disproportion n'existait pas au moment de la conclusion mais est apparue

⁵⁴⁵ Cass. com., 8 octobre 2002, n°99-18619, arrêt dit Nahoum.

⁵⁴⁶ Loi n°2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique, JORF du 20 septembre 2003.

⁵⁴⁷ Article 7-4 de la loi du 31 décembre 1989 – devenu article L313-10 puis L341-4⁵⁴⁷ (rédaction identique) - indique : « Un établissement de crédit ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus, à moins que le patrimoine de cette caution, au moment où celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à son obligation. »

⁵⁴⁸ ATIAS C., « *Propos sur l'article L.341-4 du Code de la consommation, l'impossibilité de se prévaloir du bénéfice d'un engagement valable* », D. 2003, p. 2620.

⁵⁴⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 23 mai 2000, n°98-16759, Bull. I, n° 155, p. 101 : en application des dispositions combinées des articles L311-37 et L313-10 du Code de la consommation, l'événement qui fait courir le délai avant l'expiration duquel la caution peut opposer au créancier l'impossibilité de se prévaloir de la garantie, est la demande d'exécution du cautionnement faite par le créancier. Cass. civ. 1^{ère}, 4 novembre 2003, n°02-10999, inédit : l'événement qui fait courir le délai avant l'expiration duquel la caution peut opposer au créancier l'impossibilité de se prévaloir de la garantie en raison de la disproportion manifeste de celle-ci à ses biens et revenus, est la demande d'exécution du cautionnement faite par le créancier.

⁵⁵⁰ CA Grenoble, 4 juin 2012, JCP E 2012, n°1748, Chron. Philippe SIMLER et Philippe DELEBECQUE, §7 : l'amélioration de la situation envisagé par l'article L341-4 du Code de la consommation peut résulter d'une diminution des charges de la caution.

⁵⁵¹ Cass. civ. 1^{ère}, 15 octobre 2014, n°13-21521, inédit.

depuis, la caution reste tenue. Ce n'est que sagesse. Le contraire aurait pu inciter certaines cautions peu scrupuleuses à organiser leur insolvabilité pour échapper à leur obligation.

296. La sanction est une impossibilité de se prévaloir du cautionnement. Ce n'est pas une nullité⁵⁵². Ce n'est pas non plus une résolution, laquelle sanctionne l'inexécution par une partie de ses obligations contractuelles, ce qui n'est pas le cas ici. Il s'agit alors, selon Philippe DELEBECQUE, d'une caducité, d'une déchéance, ou d'une inopposabilité⁵⁵³. La sanction n'a pas pour objet la réparation du préjudice subi par la caution⁵⁵⁴ et va, en ce sens, bien au-delà de celle prévue par l'arrêt Macron⁵⁵⁵, des dommages et intérêts en fonction de la disproportion constatée, sanction souple, modulable par le juge. Le texte est clair : l'établissement de crédit « ne peut se prévaloir » du cautionnement. Il n'y a pas de demi-mesure. Le juge ne peut pas moduler la sanction en fonction du degré de disproportion.

297. La Cour de cassation a eu l'occasion de préciser que l'article L341-4 ne s'appliquait qu'aux cautionnements souscrits après l'entrée en vigueur de la loi du 1^{er} août 2003, soit après le 7 août 2003⁵⁵⁶. Ajoutons que le créancier professionnel n'a pas à vérifier l'exactitude des déclarations de la caution, en l'absence d'anomalies apparentes⁵⁵⁷.

298. Si les juges du fond n'ont aucune possibilité de moduler la sanction, il ont, en revanche, une souveraine appréciation du caractère disproportionné du cautionnement⁵⁵⁸,

⁵⁵² Cass. civ. 1^{ère}, 22 octobre 1996, n°94-15615, Bull. I, n°362, p. 254.

⁵⁵³ DELEBECQUE Philippe, « *Les incidences de la loi du 31 décembre 1989 sur le cautionnement* », Dalloz, 1990, chr. p. 255, n°14.

⁵⁵⁴ Cass. com., 22 juin 2010, n°09-67814.

⁵⁵⁵ Cass. com. 17 juin 1997, n°95-14105, Bull. IV, n°188, p. 165, rendu après CA Paris, 8 février 1995, dit arrêt Macron.

⁵⁵⁶ Cass. ch. mixte, 22 septembre 2006, n°05-13517, Bull. Ch. mixte, n°7, p. 21, l'attendu de principe est laconique et ne prête pas le flanc à la moindre difficulté d'interprétation : « L'article L341-4 du Code de la consommation issu de la loi du 1^{er} août 2003 n'est pas applicable aux cautionnements souscrits antérieurement à son entrée en vigueur. »

⁵⁵⁷ Cass. com. 14 décembre 2010, n°09-69807, Bull. IV, n° 198.

⁵⁵⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 4 mai 2012, n°11-11461, Bull. I, n°97.

se livrant à une appréciation *in concreto* de la disproportion alléguée. Ont ainsi été jugés disproportionnés : un engagement représentant 40% du revenu disponible de la caution après loyer⁵⁵⁹, trois fois le revenu annuel de la caution⁵⁶⁰, sept fois le revenu annuel des cautions⁵⁶¹, l'engagement d'une caution élevant seule un enfant, ne percevant que le revenu minimum d'insertion⁵⁶², celui d'une caution bénéficiaire de l'allocation spécifique de solidarité qui supportait des échéances mensuelles représentant plus de la moitié de ses revenus⁵⁶³, mais aussi un cautionnement de 42.685 euros tandis que la caution bénéficiait de 1.051 euros de revenus mensuels au moment de la souscription et de 2.790 euros en compte le jour où elle fut appelée⁵⁶⁴, le cautionnement souscrit par des époux à hauteur de 129.807 euros alors qu'ils ne disposaient que de 1.162 et 1.178 euros de revenus mensuels à la date du cautionnement et qu'ils avaient pour seul patrimoine une maison de 84.000 euros, sur laquelle courait toujours un prêt pour 54.000 euros⁵⁶⁵. Il convient ici de souligner que, dans le cas d'une pluralité de cautions, la disproportion s'apprécie au regard de leurs patrimoines respectifs⁵⁶⁶. Pour des époux qui ne prétendent pas être soumis à un autre régime que celui de la communauté et se sont engagés simultanément comme cautions solidaires d'une même dette, la disproportion s'apprécie au regard des biens et revenus de cette communauté⁵⁶⁷. Enfin, pour apprécier la disproportion, il faut tenir compte de la surface financière globale de la caution, c'est à dire des revenus de son travail et de son capital, mais aussi de la valeur de ses biens immobiliers⁵⁶⁸.

299. À l'inverse, n'ont pas été jugés disproportionnés : le cautionnement d'un prêt de 37.623 francs (5.735 euros), la caution ayant un salaire de 6.529 francs (995 euros) et

⁵⁵⁹ CA Paris, 30 janvier 1996.

⁵⁶⁰ CA Paris, 27 mai 1997.

⁵⁶¹ CA Paris, 21 novembre 2000.

⁵⁶² CA Poitiers, 20 février 2001.

⁵⁶³ CA Grenoble, 6 novembre 2001.

⁵⁶⁴ CA Rennes, 18 février 2005.

⁵⁶⁵ CA Rennes, 14 avril 2006.

⁵⁶⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 22 octobre 1996, n° 94-15615, Bull. I, n°362.

⁵⁶⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 27 mai 2003, n°00-14302, Bull. I, n°132.

⁵⁶⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 7 avril 1999, n°97-12828, inédit, rendu après CA Nîmes, 27 juin 1996.

un loyer de 1.500 francs⁵⁶⁹ (228 euros), l'engagement d'une caution portant sur un prêt de 150.000 francs (22.867 euros) alors que cette caution bénéficiait d'un salaire annuel de 125.000 francs⁵⁷⁰ (19.056 euros), l'engagement d'une caution qui dispose de 9.000 francs (1.372 euros) par mois, sans personne à charge, pour un prêt de 100.000 francs (15.245 euros), avec des mensualités de 1.600 francs (244 euros)⁵⁷¹, l'engagement d'une caution à hauteur de 33.000 euros, cette caution bénéficiant de 36.000 euros de revenus par an et ayant un patrimoine évalué à 627.306 euros au moment de la souscription⁵⁷².

300. L'exigence de proportionnalité impose que le cautionnement soit supportable par le patrimoine de la caution. Elle rejoint d'une certaine façon la finalité de l'obligation de mise en garde⁵⁷³ qui vise à alerter sur le risque d'inadéquation entre l'engagement et le patrimoine. Mais le principe de proportionnalité va bien au-delà de la mise en garde. Il est plus exigeant.

301. Après les lois du 31 décembre 1989 et du 1^{er} août 2003, certains auteurs ont pu craindre une désaffection du cautionnement, rendu moins attrayant par ces possibilités plus nombreuses de le contester, et un recours à des garanties plus redoutables⁵⁷⁴. Cependant, l'ordonnance du 23 mars 2006⁵⁷⁵ sur les sûretés introduit dans le Code de la consommation un article L313-10-1, qui interdit la souscription d'une garantie autonome, garantie redoutable vers laquelle les banques auraient pu être tentées de se tourner, à l'occasion d'un crédit à la consommation ou d'un crédit immobilier.

⁵⁶⁹ CA Lyon, 8 novembre 2000.

⁵⁷⁰ CA Riom, 20 février 2002.

⁵⁷¹ CA Colmar, 14 janvier 2002.

⁵⁷² CA Rennes, 3 sept 2009.

⁵⁷³ ANCEL Pascal, « *Droit des sûretés* », Lexis Nexis, 7^{ème} éd. 2014, p. 69.

⁵⁷⁴ ANCEL Pascal, « *Droit des sûretés* », Lexis Nexis, 7^{ème} éd. 2014, §72, p. 36 : « Une réforme d'ensemble serait aujourd'hui certainement nécessaire. Cependant il est difficile de savoir jusqu'où on pourrait aller dans l'objectif de protection des cautions, car, à élaborer des solutions trop protectrices, on risque de voir les établissements de crédit se tourner vers d'autres types de sûretés personnelles, beaucoup plus dangereuses en définitive que le cautionnement. »

⁵⁷⁵ Ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés, JORF du 24 mars 2006.

Conclusion de section

302. La loi du 31 décembre 1989 a fait revivre le formalisme de la mention manuscrite exigée *ad validitatem* par la Cour de cassation. La formule de la loi, tranchée, ne laisse aucune marge de manœuvre aux juges du fond, ni quant à l'appréciation du respect de la mention - « et uniquement de celle-ci » dit le texte -, ni quant à la sanction - la nullité de l'acte -. Le législateur aurait pu imposer la rédaction d'une formule, sans toutefois en fixer le contenu, et laisser au juge du fond une souveraine appréciation de la consistance du consentement de la caution, *in concreto*. En effet, l'anti-formalisme du juge, dénoncé par Jacques FLOUR en 1950, n'a plus cours aujourd'hui, le juge adhérant au formalisme législatif dès lors qu'il s'agit d'assurer la protection de contractants plus vulnérables. Un mouvement de balancier entre jurisprudence et législateur, droit commun et règles spéciales, semble avoir accompagné ces évolutions. Le même mouvement de balancier berça la notion d'engagement disproportionné. Née de la loi du 31 décembre 1989 et assortie d'une sanction stricte - l'impossibilité de se prévaloir du cautionnement -, elle fut reprise en 1997 par la Chambre commerciale et assortie cette fois d'une sanction modulable, des dommages et intérêts à hauteur de la disproportion relevée. Partiellement abandonnée en 2002, cette jurisprudence fut réintroduite par la loi du 1^{er} août 2003 sur l'initiative économique, avec de nouveau une sanction non modulable. Droit commun et droit de la consommation se sont donc influencés, législateur et jurisprudence aussi. C'est indéniable. L'on pourrait se féliciter de ces échanges s'ils donnaient naissance à un tout cohérent et harmonieux, à des outils intelligibles pour le citoyen. Ce n'est pas totalement le cas à ce jour. L'intégration au Code de la consommation des articles L341-2 à L341-6 ne laisse d'étonner par l'étendue de leur champ d'application, débordant de beaucoup le seul consommateur. La brutalité de la sanction portée par le droit spécial - une impossibilité de se prévaloir du cautionnement - peut aussi surprendre en comparaison de celle utilisée par la jurisprudence - des dommages et intérêts en fonction de la disproportion -. La commission Grimaldi, chargée d'élaborer une réforme du droit des sûretés, proposait de regrouper dans le Code civil les différentes mesures de protection de la caution personne physique disséminées à ce jour dans le Code de la consommation mais l'ordonnance du 23 mars 2006, qui lui a donné suite, n'a pas repris cette proposition. La cacophonie demeure donc.

Conclusion de chapitre

303. L'information de la caution d'un crédit à la consommation n'a, au départ, pas été envisagée par le droit spécial. Pourtant, dans les faits, les cautions de ces crédits sont souvent des proches. Elles ne sont pas nécessairement au courant des subtilités de la matière. Pour pallier les lacunes du droit spécial et assurer leur correcte information, la Cour de cassation s'est appuyée sur des principes du droit commun. Elle a mis à la charge du prêteur une obligation de mise en garde de la caution non-avertie, sanctionnée par des dommages et intérêts. Elle a aussi combiné deux articles du Code civil pour exiger, *ad validitatem*, la rédaction de mentions manuscrites par la caution, sanctionnée par la nullité du cautionnement. Ce formalisme informatif fut abandonné par la Cour de cassation mais repris aussitôt par la loi. C'est donc ici le droit commun, manipulé avec audace par la Première Chambre civile, qui a dans un premier temps comblé les manques du droit spécial, avant d'inspirer, dans un second temps, le législateur. D'une solution prétorienne est née une réponse légale. La Première Chambre civile, à l'origine de cette exigence *ad validitatem*, a pourtant contourné l'exigence légale, admettant la validité de cautionnements qui ne reproduisaient pas strictement les mentions manuscrites exigées et adoptant une attitude *contra legem*. En matière d'engagement disproportionné, le précurseur a été la loi spéciale.

Conclusion de titre

304. La Cour de cassation et le législateur ont tous deux voulu s'assurer de la qualité du consentement donné par l'emprunteur et sa caution. Ils le firent de manière différente, selon les époques, s'influençant mutuellement comme nous l'avons vu. Ils le firent au profit de catégories différentes d'emprunteurs et de cautions, la Cour de cassation élaborant une jurisprudence au bénéfice de l'emprunteur et de la caution non-avertis, tandis que le droit de la consommation s'intéressait au seul consommateur, notions qui ne se recouvrent pas mais se complètent utilement. Ils eurent tous deux recours à une obligation d'information et au formalisme de mentions manuscrites. Il est alors permis de s'interroger sur l'efficacité de ces deux outils. Le devoir de mise en garde, d'origine prétorienne, apprécié *in concreto* par le juge, assorti d'une sanction souple, a montré son efficacité. Il est aujourd'hui intégré au Code de la consommation et peut être invoqué par tout consommateur de crédit. La lecture qu'en fera la Cour de cassation sera intéressante

à suivre. Le formalisme, de son côté, convainc moins, pour deux raisons. La première concerne l'efficacité de la mention manuscrite. Fait-elle vraiment prendre conscience à la caution de la portée de son engagement. Il est permis de s'interroger. La seconde raison a trait à l'automaticité de la sanction. Les textes invitent à un respect scrupuleux des mentions manuscrites, faute de quoi le cautionnement est nul. C'est une sanction forte et sans nuance. Pourtant, comme nous l'avons vu, la Cour de cassation n'hésite pas à faire une interprétation *contra legem* de ces dispositions. Cette interprétation est séduisante de prime abord, car elle redonne au juge un pouvoir d'appréciation. Cependant, elle génère une insécurité juridique et entretient un contentieux sans intérêt. L'utilité de ces mentions est sans doute discutable mais, puisqu'elles existent, ne vaudrait-il pas mieux jouer leur jeu jusqu'au bout et annuler systématiquement tout cautionnement dont la mention ne serait pas, à la virgule près, conforme à celle exigée. Il y aurait bien sûr des actions intentées par des cautions de mauvaise foi mais le message adressé aux banques serait alors des plus clairs : la perfection ou la nullité.

Conclusion de partie

305. La protection dont peut bénéficier le consommateur-emprunteur dans la période précédant la rencontre des volontés est déterminante car c'est à ce moment que son consentement se forme. La détermination du champ d'application de la législation spéciale est première. La lecture qu'en fait la Première Chambre civile est capitale. Elle détermine qui, parmi les emprunteurs potentiels, va être placé sous le manteau de la législation consumériste. Être dans le champ du texte spécial est un pré-requis pour bénéficier de dispositions présentées comme protectrices. Un constat s'impose rapidement : le texte spécial présente des lacunes. Il ne définit pas le consommateur. Il en dessine seulement les contours par le jeu des exclusions qu'il pose. La Première Chambre civile va devoir combler les lacunes du texte spécial et interpréter les exclusions posées. Elle en fait une lecture contrastée, parfois contestable. Elle fait une lecture dans l'ensemble assez large de la notion de consommateur, l'étendant à certaines personnes morales. Le droit européen retient de son côté une conception plus stricte, déniait l'application de la législation spéciale aux personnes morales. Le législateur français finira par aller dans le sens de cette acception stricte, alors même que le droit européen et la CJUE semblent timidement admettre plus de souplesse. Un mouvement de balancier

semble se dessiner. De l'exclusion des crédits à destination professionnelle, la Première Chambre civile a fait une lecture contestable, imposant une stipulation expresse de professionnalité du crédit dans le contrat. C'est un parti pris de la Première Chambre civile que ne requérait nullement le texte spécial, qui n'offre aucune justification juridique convaincante et qui dessert *in fine* les intérêts de l'emprunteur. Par cette position, la Première Chambre civile fait en outre du contrat de crédit à la consommation une sorte de droit commun du crédit, qui semble malvenue. Les lacunes du texte spécial sont aussi perceptibles en matière de seuils. Un seuil temporel est posé mais son point de départ n'est pas précisé. Un seuil monétaire est posé mais la manière de déterminer le montant du crédit n'est pas précisée. Ces manques vont nécessiter une réponse de la Première Chambre civile. Là encore, les réponses apportées sont parfois cohérentes, parfois hésitantes. Certaines positions, bien qu'à la défaveur du consommateur, ne semblent pas justifiées juridiquement. En matière d'information précontractuelle, le texte spécial prévoit un formalisme informatif rigoureux qui s'effectue par la remise d'une offre préalable. Le texte spécial montre, là encore, ses limites. L'information dispensée est trop dense, trop abstraite. Aucune explication orale n'est exigée, aucun échange avec le prêteur. L'information est désincarnée. La Première Chambre civile puise de son côté dans le droit commun des contrats une obligation d'information précontractuelle plus adaptée, qui replace l'humain au cœur du dispositif. Elle recourt à une notion ancienne, la bonne foi, dont elle fait une lecture audacieuse. Elle sera reprise par le législateur consumériste lors de la dernière réforme du crédit à la consommation. Mouvement de balancier là encore. Le droit spécial offre un formalisme informatif insuffisant. La Première Chambre civile puise dans les principes du droit commun de quoi créer une obligation d'information précontractuelle plus satisfaisante. Puis le législateur consumériste s'en inspire lorsqu'il modifie la législation sur le crédit à la consommation. Le droit commun, manipulé avec audace par la Première Chambre civile, a permis de rendre moins rigide le droit spécial. L'information de la caution révèle, elle aussi, les lacunes du texte spécial. Il ne prévoit au départ qu'un formalisme informatif par la remise d'une offre préalable. La Première Chambre civile utilise là encore le droit commun pour mettre à la charge du prêteur, créancier de l'obligation de la caution, une obligation précontractuelle d'information. Mais elle va plus loin. Elle fait des mentions rédigées par la caution, qui étaient de simples règles de preuve, des règles de fond censées attester de la consistance de son

consentement. Le législateur reprendra ce formalisme *ad validitatem*. Il le reprendra même de manière générale, imposant ces mentions à tous les cautionnements souscrits par une personne physique. Là encore, le droit spécial deviendra le droit commun, ce qui paraît excessif et dangereux.

306. Après nous être intéressés à la réception de la législation spéciale avant l'échange des consentements, intéressons-nous maintenant à la réception de cette même législation à partir de l'échange des consentements.

SECONDE PARTIE : LA RÉCEPTION DE LA LÉGISLATION SPÉCIALE À PARTIR DE L'ÉCHANGE DES CONSENTEMENTS

307. Le législateur, nous venons de le voir, a tenté de rétablir l'équilibre entre le prêteur professionnel et le consommateur-emprunteur, dans la période cruciale qui précède l'échange des consentements. Il a aussi tenté de rétablir cet équilibre dans la période postérieure à la rencontre des volontés. Mesure emblématique de ce dispositif de protection, la faculté de repentir permet à l'emprunteur de revenir sur son engagement. Elle s'articule autour deux éléments : un délai durant lequel la faculté reste ouverte et un support, mis à la disposition de l'emprunteur pour exercer cette faculté. C'est une mesure originale, qui bouscule un principe ancien du droit des contrats : la force obligatoire des conventions. La faculté de repentir comporte aussi des failles, la livraison anticipée étant la plus dangereuse pour le consommateur-emprunteur. Comment la Cour de cassation a-t-elle fait vivre ce dispositif ? En a-t-elle gommé les travers ? De même, certaines questions en lien avec le droit processuel ont donné l'occasion à la Cour de cassation de se positionner. Elle a notamment eu à se prononcer sur l'application du délai biennal, posé par la législation spéciale en marge du droit commun. Face au silence des textes, elle a dû en préciser le point de départ. Elle a aussi dû préciser quelles personnes étaient concernées par le délai. Enfin, la Cour de cassation a eu à se prononcer sur le relevé d'office, par les juges du fond, de la législation spéciale. Nous envisagerons tout d'abord la faculté de repentir (titre 1), puis les questions en lien avec le droit processuel (titre 2).

Titre 1 : La faculté de repentir de l'emprunteur

308. « ... lorsque l'offre est acceptée, alors que le professionnel est irrévocablement lié dans les termes du droit commun, le consommateur peut parfois revenir encore sur sa décision »⁵⁷⁶, écrivait Michel BORYSEWICZ en évoquant la loi du 10 janvier 1978 et le délai que nous qualifierons, de manière générique, de « délai de repentir ». En 1804, dans le Code civil, le droit de repentir ne concernait qu'un nombre extrêmement restreint de situations⁵⁷⁷. C'est bien plus tard, au début des années 1970, qu'il connut un essor fulgurant. Il est aujourd'hui une mesure emblématique du droit de la consommation. Sa finalité première est d'inciter le consommateur à réfléchir. Au-delà, de parvenir à un marché plus sain, plus loyal, d'assurer « une saine régulation des techniques commerciales les plus agressives »⁵⁷⁸. Il convient de souligner que si, dès 1978, le droit français a prévu un tel mécanisme pour le consommateur de crédit, la directive du 22 décembre 1986⁵⁷⁹, première réglementation communautaire sur le sujet, n'en contenait pas. En revanche, celle du 23 avril 2008⁵⁸⁰ en contenait un. La loi du 10 janvier 1978⁵⁸¹ est donc venue offrir un délai de repentir au consommateur de crédit français. Pour en faciliter l'exercice, le législateur a veillé à la présence d'un formulaire détachable dans l'offre préalable de crédit. Ce formulaire détachable a suscité un tel contentieux, de telles réflexions doctrinales, qu'un chapitre propre lui sera dédié. Il sera donc question, dans un premier temps (chapitre 1), du délai offert à l'emprunteur pour se repentir, puis, dans un deuxième temps (chapitre 2), du moyen mis à sa disposition pour le faire.

⁵⁷⁶ BORYSEWICZ Michel, « *Les règles protectrices du consommateur et le droit commun des contrats. Réflexions à propos de la loi n°78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services* », in *Études offertes à Pierre Kayser*, t. 1, 1979, p. 120-121.

⁵⁷⁷ À titre d'exemple : la révocabilité des donations entre époux.

⁵⁷⁸ BAZIN Éric, « *Le droit de repentir en droit de la consommation* », D. 2008, p. 3028.

⁵⁷⁹ Directive 87/102/CEE du Conseil du 22 décembre 1986 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de crédit à la consommation.

⁵⁸⁰ Article 14 de la directive n°2008/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs et abrogeant la directive 87/102/CEE du Conseil.

⁵⁸¹ Article 7 alinéa 1^{er} de la loi n°78-22 du 10 janvier 1978 sur le crédit à la consommation.

Chapitre 1 : Le délai de repentir

309. Avec le formalisme informatif, le délai de repentir est sans doute l'un des mécanismes les plus originaux du droit de la consommation. Face à une inégalité économique, une situation de faiblesse, il a pour mission de rééquilibrer les forces en présence⁵⁸². Sa nature juridique a été âprement débattue, les imprécisions textuelles qui se sont succédées, de la loi de 1978 jusqu'aux lois les plus récentes, n'étant pas étrangères à ce débat. Le délai de repentir peut présenter deux visages, avoir deux natures. Il peut être un délai de réflexion et, dans ce cas, concerner la formation du contrat, mais il peut aussi être un délai de rétractation, et, dans ce cas, concerner l'exécution du contrat. Il convient de déterminer la nature de ce délai (I), avant d'analyser les éléments les plus sensibles de son régime (II).

I – Les contours du délai de repentir

310. En matière de crédit à la consommation, le manque de cohérence des formules utilisées pour évoquer le délai de repentir est très net. Aucune homogénéité de langage ne ressort des textes⁵⁸³, ce qui n'est, pourtant, pas toujours le cas⁵⁸⁴. La doctrine s'est alors divisée⁵⁸⁵ sur sa nature. Diffère-t-il la formation du contrat ou remet-il en cause un contrat déjà parfaitement formé ? Est-ce un délai de réflexion ou un délai de rétractation ? Les réponses ont varié selon les auteurs. Les imprécisions textuelles qui ont entouré le délai de repentir seront mises en lumière (§1), puis la nature de ce délai sera dégagée (§2).

⁵⁸² DETRAZ Stéphane, « *Plaidoyer pour une analyse fonctionnelle du droit de rétractation en droit de la consommation* », CCC, mai 2004, n°25.

⁵⁸³ BEAUCHARD Jean, « *Remarques sur le Code de la consommation* », in *Droit civil, procédure, linguistique juridique*. Écrits en hommage à Gérard Cornu, PUF, 1994, n°11.

⁵⁸⁴ Un authentique délai de rétractation existe en matière de courtage matrimonial - Article 6, II, alinéa 1 de la loi du 23 juin 1989, décret du 16 mai 1990 : 7 jours à compter de la signature du contrat - et de contrat de formation professionnelle - Article L6353 et suivants du Code du travail : 10 jours à compter de la signature du contrat -, sans aucune ambiguïté textuelle cette fois.

⁵⁸⁵ CHABAS Cécile, « *L'inexécution licite du contrat* », Thèse, LGDJ, 2002, n°55, p. 53.

§1 – Les imprécisions textuelles entourant le délai de repentir

311. Les textes entourant le délai de repentir ont, de la loi de 1978 à celle de 2010, toujours comporté des maladresses (A). Leur articulation avec le droit commun est, de plus, diversement appréciée en doctrine (B).

A – L'évolution maladroite des textes, de la loi de 1978 à celle de 2010

312. La législation spéciale sur le crédit à la consommation a, dès la loi du 10 janvier 1978, prévu un mécanisme de repentir à la disposition du consommateur (1). Et, dès le début, la rédaction des textes n'a pas permis de déceler clairement la nature du délai posé. Ce défaut n'a pas été corrigé par la loi du 1^{er} juillet 2010 (2).

1 - Le délai de repentir dans la loi n°78-22 du 10 janvier 1978

313. La loi n°78-22 du 10 janvier 1978 prévoyait, dans son article 7, la faculté pour le consommateur emprunteur de revenir sur son engagement : « Lorsque l'offre préalable ne comporte aucune clause selon laquelle le prêteur se réserve le droit d'agréer la personne de l'emprunteur, le contrat devient parfait dès l'acceptation de l'offre préalable par l'emprunteur. Toutefois, l'emprunteur peut, dans un délai de sept jours à compter de son acceptation de l'offre, revenir sur son engagement. Pour permettre l'exercice de cette faculté de rétractation, un formulaire détachable est joint à l'offre préalable. L'exercice par l'emprunteur de sa faculté de rétractation ne peut donner lieu à enregistrement sur un fichier.

Lorsque l'offre préalable stipule que le prêteur se réserve le droit d'agréer la personne de l'emprunteur, le contrat accepté par l'emprunteur ne devient parfait qu'à la double condition que, dans ce même délai de sept jours, ledit emprunteur n'ait pas usé de la faculté de rétractation visée à l'alinéa précédent et que le prêteur ait fait connaître à l'emprunteur sa décision d'accorder le crédit. L'agrément de la personne de l'emprunteur est réputé refusé si, à l'expiration de ce délai, la décision d'accorder le crédit n'a pas été portée à la connaissance de l'intéressé. L'agrément de la personne de l'emprunteur parvenu à sa connaissance après l'expiration de ce délai reste néanmoins valable si celui-ci entend toujours bénéficier du crédit.

Tant que l'opération n'est pas définitivement conclue, aucun paiement, sous quelque forme et à quelque titre que ce soit, ne peut être fait par le prêteur à l'emprunteur ou pour le compte de celui-ci, ni par l'emprunteur au prêteur. Pendant ce même délai, l'emprunteur ne peut non plus faire, au titre de l'opération en cause, aucun dépôt au profit du prêteur ou pour le compte de celui-ci. Si une autorisation de prélèvement sur compte bancaire ou postal est signée par l'emprunteur, sa validité et sa prise d'effet sont subordonnées à celles du contrat de crédit ».

314. L'alinéa 1^{er} affirmait que le contrat était parfait « dès l'acceptation de l'offre préalable par l'emprunteur », cette perfection revendiquée étant immédiatement ébranlée par la latitude laissée à l'emprunteur de « revenir sur son engagement » et l'évocation d'une « faculté de rétractation ». Ces termes, choisis par le législateur, laissaient penser que le contrat était formé et que délai prévu était donc un délai de rétractation. Pourtant, à l'alinéa 3, il était question d'une opération qui ne serait « pas définitivement conclue », termes laissant, eux, penser que le contrat n'était pas conclu avant l'expiration du délai. Le délai ne pouvait dès lors pas être un délai de rétractation – l'on ne reprend pas ce qui n'a pas été donné – mais un délai de réflexion. Délai de rétractation à l'alinéa 1^{er}, délai de réflexion à l'alinéa 3, la rédaction de cet article 7 était pour le moins ambiguë. Un auteur a pu à ce propos évoquer une « pirouette juridique »⁵⁸⁶.

315. La loi du 26 juillet 1993 a ensuite intégré ces dispositions maladroites dans le Code de la consommation⁵⁸⁷. Elles sont devenues les articles L311-15, L311-16 et L311-1-17. Elles furent ensuite modifiées par la loi du 1^{er} juillet 2010.

2 - Le délai de repentir dans la loi n°2010-737 du 1^{er} juillet 2010

316. La loi du 1^{er} juillet 2010⁵⁸⁸, transposant la directive de 2008, a modifié ces dispositions, lesquelles se trouvent aujourd'hui codifiées aux articles L311-12 et suivants

⁵⁸⁶ DETRAZ Stéphane, « *Plaidoyer pour une analyse fonctionnelle du droit de rétractation en droit de la consommation* », CCC 2004, n°5, étude 7.

⁵⁸⁷ Loi n°93-949 du 26 juillet 1993.

⁵⁸⁸ Loi n°2010-737 du 1^{er} juillet 2010.

du Code de la consommation. Il convient de souligner qu'à côté du projet de loi transposant la directive, cinq propositions de lois avaient également été déposées sur le bureau du Sénat⁵⁸⁹. Le rapport législatif relatif à la loi n°2010-737 du 1^{er} juillet 2010 évoque ces différentes propositions⁵⁹⁰. Il en ressort que la distinction entre délai de réflexion et délai de rétractation était bien présente⁵⁹¹. Le rapport évoque un temps de réflexion « suspensif », correspondant à un délai de réflexion et un temps de réflexion « résolutoire », correspondant lui à un délai de rétractation. Seule une proposition de loi semblait soutenir la création d'un délai de réflexion. Ce délai de réflexion ne concernait de plus que les crédits plaçant le consommateur dans une situation de plus grande vulnérabilité : le crédit renouvelable, le rachat de crédits et l'achat à crédit sur le lieu même de la vente. Les quatre autres propositions évoquaient un délai de rétractation.

317. L'actuel article L311-12⁵⁹² prévoit : « L'emprunteur peut se rétracter sans motifs dans un délai de quatorze jours calendaires révolus à compter du jour de l'acceptation de l'offre de contrat de crédit comprenant les informations prévues à l'article L311-18. Afin de permettre l'exercice de ce droit de rétractation, un formulaire détachable est joint à son exemplaire du contrat de crédit. L'exercice par l'emprunteur de son droit de rétractation ne peut donner lieu à enregistrement sur un fichier.

⁵⁸⁹ PPL n° 94 (2008-2009) visant à responsabiliser les acteurs du crédit à la consommation et à lutter contre le surendettement de M. Philippe Marini et plusieurs de ses collègues, déposée le 13 novembre 2008 ; PPL n° 114 (2008-2009) tendant à prévenir le surendettement de M. Claude Biwer et les membres du groupe de l'Union centriste, déposée le 27 novembre 2008 ; PPL n° 173 (2008-2009) renforçant l'encadrement des contrats de crédit afin de prévenir le surendettement de M. Charles Revet et plusieurs de ses collègues, déposée le 16 janvier 2009 ; PPL n° 255 (2008-2009) visant à encadrer le crédit à la consommation et à instaurer un crédit social en faveur des ménages modestes de Mme Nicole Bricq et les membres du groupe socialiste, apparentés et rattachés, déposée le 10 mars 2009 ; PPL n° 325 (2008-2009) tendant à prévenir le surendettement de M. Michel Mercier et les membres du groupe de l'Union centriste, déposée au Sénat le 7 avril 2009.

⁵⁹⁰ Site du Sénat – Travaux parlementaires – Rapports – Rapports législatifs – Projet de loi portant réforme du crédit à la consommation – Rapport n°447 (2008-2009) de M. Philippe DOMINATI, fait au nom de la Commission spéciale, déposé le 2 juin 2009 – site consulté le 1^{er} août 2015.

⁵⁹¹ V. à la section IV du Rapport – A. – 2. : « Distribuer le crédit en laissant le temps de la réflexion » - a) Le temps de la réflexion « suspensif » : création d'un délai de réflexion et b) Le temps de la réflexion « résolutoire » : droit de rétractation.

⁵⁹² Loi n°2010-737 du 1^{er} juillet 2010, article 7, entré en vigueur le 1^{er} mai 2011.

En cas d'exercice de son droit de rétractation, l'emprunteur n'est plus tenu par le contrat de service accessoire au contrat de crédit ».

318. L'article L311-13⁵⁹³ prévoit ensuite : « Le contrat accepté par l'emprunteur ne devient parfait qu'à la double condition que ledit emprunteur n'ait pas usé de sa faculté de rétractation et que le prêteur ait fait connaître à l'emprunteur sa décision d'accorder le crédit, dans un délai de sept jours. L'agrément de la personne de l'emprunteur est réputé refusé si, à l'expiration de ce délai, la décision d'accorder le crédit n'a pas été portée à la connaissance de l'intéressé. L'agrément de la personne de l'emprunteur parvenu à sa connaissance après l'expiration de ce délai reste néanmoins valable si celui-ci entend toujours bénéficier du crédit. La mise à disposition des fonds au-delà du délai de sept jours mentionné à l'article L311-14 vaut agrément de l'emprunteur par le prêteur ».

319. Les contradictions perceptibles dans la loi du 10 janvier 1978⁵⁹⁴ n'ont pas été corrigées dans la loi du 1^{er} juillet 2010. Alors que l'article L311-12 précise que « l'emprunteur peut se rétracter », évoque un « droit de rétractation », ce qui suggère que le contrat est bien formé dès l'acceptation de l'offre par l'emprunteur, l'article L311-13 évoque, de son côté, un contrat qui « ne devient parfait », suggérant cette fois qu'au moment de l'acceptation de l'offre par l'emprunteur, le contrat n'est pas encore conclu et ne le devient qu'à l'expiration du délai. À la lecture de l'article L311-12, le délai serait donc un délai de rétractation, mais à la lecture de l'article L311-13, il serait un délai de réflexion. Il ressort inévitablement de la lecture de ces récentes dispositions un sentiment d'incohérence qui nuit à la clarté et à l'intelligibilité de la loi. Et, inévitablement, le débat s'est prolongé quant à la nature du délai de repentir : le consommateur emprunteur bénéficie-t-il d'un délai de réflexion ou d'un délai de rétractation ? Il convient, tout d'abord, de cerner les contours de ces deux notions en présence.

⁵⁹³ Loi n°2010-737 du 1^{er} juillet 2010, article 7, entré en vigueur le 1^{er} mai 2011.

⁵⁹⁴ ROUHETTE Georges, « *Droit de la consommation et théorie générale du contrat* », in *Études offertes à René Rodière*, Dalloz, 1981, p. 247 à 272, sp. p. 265 : « La terminologie employée par les textes fait naître plus de problèmes qu'elle n'en résout. D'abord, elle est, même dans les lois, dépourvue de toute précision technique, sans que l'on sache si c'est en exécution d'un projet – illusoire – de mettre le droit à la portée de tous ou par l'effet de la simple ignorance des mécanismes juridiques. »

B – Le délai de repentir et son articulation avec le droit commun

320. Les contours du délai de repentir dessinés (1), nous chercherons dans quelle mesure il peut heurter les principes du droit commun des contrats (2).

1 - Les contours du délai de repentir

a - Les notions de réflexion et de rétractation

321. La notion de réflexion suggère un temps dédié à l'évaluation de l'opportunité du contrat. Un temps supplémentaire durant lequel le contrat n'est pas formé. Seul, le professionnel est définitivement engagé. Le consommateur, lui, ne peut pas exprimer, manifester son consentement. Il doit attendre la fin du délai pour pouvoir le faire. C'est une contrainte qui lui est imposée. Dans le but de le protéger, certes. Ce n'en est pas moins une contrainte. La conclusion du contrat échappe à la volonté des parties. Elle n'est pas instantanée. L'expression de la volonté du consommateur est comme gelée⁵⁹⁵, retenue. Elle ne peut pas se manifester. Le silence empêche l'engagement. À l'issue du délai de réflexion, le contractant doit effectuer un acte positif, manifester sa volonté, pour mettre véritablement pied dans l'engagement. Étant obligé d'attendre, il peut se poser la question, à tête reposée, de l'intérêt d'un tel engagement. Certains auteurs ont ainsi décrit « une période de transition entre l'émission de l'offre par le professionnel et l'expression du consentement du consommateur »⁵⁹⁶, un « décalage imposé du moment de formation du contrat », une « décomposition autoritaire du processus normalement spontané de la rencontre des volontés »⁵⁹⁷, une « décantation » du consentement⁵⁹⁸. Dans sa thèse, Nicole CHARDIN fait référence à l'« hésitation provoquée du consommateur ». Elle justifie en ces termes l'instauration d'un temps dédié à la réflexion du consommateur : « Il

⁵⁹⁵ GHESTIN Jacques et al., « *Traité de droit civil* », t. 1, « *La formation du contrat* », 4^{ème} édition, 2013, p. 655.

⁵⁹⁶ PICOD Yves, DAVO Hélène, « *Droit de la consommation* », Dalloz-Sirey, 2^{ème} édition, 2010, p. 139, n°197.

⁵⁹⁷ GHESTIN Jacques et al., « *Traité de droit civil* », t. 1, « *La formation du contrat* », 4^{ème} édition, 2013, p. 655.

⁵⁹⁸ BOUJEKA Augustin, « *Le délai de réflexion et le délai de rétractation* », chronique, RD bancaire et financier, n°3, 2004, dossier 100035.

fallait un délai de réflexion au consommateur pour lui permettre d'examiner le contrat de crédit. Juridiquement cela signifie, lui donner le droit d'hésiter »⁵⁹⁹.

322. Le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats envisage le délai de réflexion mais son approche est un peu différente. Le projet d'article 1123 alinéa 1^{er} du Code civil est actuellement rédigé en ces termes : « Lorsque la loi ou les parties prévoient un délai de réflexion, le destinataire de l'offre ne peut consentir efficacement au contrat avant l'expiration de ce délai »⁶⁰⁰. Le consentement ne serait pas empêché, il ne serait pas « retenu » mais privé d'efficacité pendant le délai. Le texte ne précise toutefois pas si le contractant aurait à accomplir un acte positif à l'issue du délai, pour se lier. Notons qu'un authentique délai de réflexion existe en matière de crédit immobilier⁶⁰¹. Soulignons encore que le délai de maintien de l'offre imposé au prêteur⁶⁰² a pu être analysé comme un délai de réflexion⁶⁰³. Pourtant, il ne semble pas en être un. En effet, il n'est pas un délai imposé à l'emprunteur pour réfléchir, puisque l'emprunteur potentiel y met un terme lorsqu'il le souhaite, mais un délai imposé au prêteur pour parvenir à une certaine constance de l'offre. Cette constance de l'offre permet à l'emprunteur de réfléchir. Elle le lui permet, mais ne le contraint pas à le faire. Il n'y a aucune certitude que l'emprunteur se saisisse de ce délai et le mette à profit pour réfléchir à l'opportunité ou non du crédit projeté.

⁵⁹⁹ CHARDIN Nicole, « *Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté* », Thèse, 1987, p. 165.

⁶⁰⁰ Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations - Titre III : des sources d'obligations – sous-titre 1 : le contrat – chapitre 2 : la formation du contrat – section 1 : la conclusion du contrat – sous-section 2 : l'offre et l'acceptation - article 1123 alinéa 1^{er} : « Lorsque la loi ou les parties prévoient un délai de réflexion, le destinataire de l'offre ne peut consentir efficacement au contrat avant l'expiration de ce délai », site du Ministère de la justice, justice.gouv.fr, consulté le 9 juin 2015.

⁶⁰¹ Selon l'article L312-10 alinéa 2 du Code de la consommation, l'emprunteur ne peut pas accepter l'offre moins de dix jours après sa réception.

⁶⁰² Article L311-8 devenu article L311-11 avec la réforme opérée par la loi n°2010-737 du 1^{er} juillet 2010 : « La remise ou l'envoi de l'offre de contrat de crédit à l'emprunteur oblige le prêteur à en maintenir les conditions pendant une durée minimale de quinze jours à compter de cette remise ou de cet envoi ».

⁶⁰³ LEGRAND Véronique, « *Consommateurs et délais de repentir : crédit à la consommation, vente à distance ou démarchage, comment s'y retrouver ?* », LPA, 1^{er} octobre 2010, n°196, p. 7 : « En matière de crédit, la faculté de repentir ajoutée à un délai de réflexion pour accepter l'offre de crédit (délai de quinze jours, art. L. 311-8) procède aussi d'une volonté de lutte contre le surendettement qui menace un nombre croissant de ménages ».

323. La notion de rétractation procède, elle, d'une autre logique. Elle suggère le droit de revenir sur un consentement, un engagement, une parole donnée. Le contrat est, dans une telle hypothèse, valablement formé, mais il n'est pas encore efficace. Son efficacité est suspendue pendant un laps de temps durant lequel le contractant peut se rétracter. En revanche, une fois le délai écoulé, si le contractant n'a rien fait, le couperet tombe, il est inexorablement lié. S'il a mis à profit le délai de rétractation pour, effectivement, réfléchir, et qu'il souhaite revenir sur son engagement, alors il doit exercer sa faculté de rétractation, et, pour ce faire, effectuer un acte positif. À défaut, son silence l'engage. Par négligence, il peut se laisser surprendre par le temps et se trouver lié.

324. Le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats envisage également le délai de rétractation. Le projet d'article 1123 alinéa 2 du Code civil prévoit : « Lorsque la loi ou les parties prévoient un délai de rétractation, il est permis au destinataire de l'offre de rétracter son consentement au contrat jusqu'à l'expiration de ce délai, sans avoir de motif à fournir »⁶⁰⁴. La formulation est claire.

325. Avec un délai de réflexion, le temps ne lie pas, la passivité n'engage pas. À l'issue du délai, il faut faire une démarche, ratifier en quelque sorte une première intention, pour être tenu. Avec un délai de rétractation, il faut faire une démarche pour ne pas être tenu car le temps lie inexorablement, la passivité enchaîne. Selon les mots d'Augustin BOUJEKA : « Réfléchir avant de s'engager, se désengager après avoir réfléchi, telle est la démarche que la loi impose au consommateur à travers de délai de réflexion et le délai de rétractation »⁶⁰⁵. Il convient de nous interroger maintenant sur la finalité de ces délais.

⁶⁰⁴ Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations - article 1123 alinéa 2 : « Lorsque la loi ou les parties prévoient un délai de rétractation, il est permis au destinataire de l'offre de rétracter son consentement au contrat jusqu'à l'expiration de ce délai, sans avoir de motif à fournir », site du Ministère de la justice, justice.gouv.fr, consulté le 9 juin 2015.

⁶⁰⁵ BOUJEKA Augustin, « *Le délai de réflexion et le délai de rétractation* », RD bancaire et financier, n°3, 2004, dossier 100035.

b - La finalité des délais de repentir

326. Le but du délai de repentir, qu'il s'agisse d'un délai de réflexion ou de rétractation, procède toujours de la même intention⁶⁰⁶. C'est la protection d'une partie, la restauration d'un équilibre⁶⁰⁷. Pour Raymonde BAILLOD, il s'agit d'une « prérogative catégorielle servant à corriger les abus liés à une inégalité croissante entre les parties »⁶⁰⁸. En effet, selon un postulat couramment admis et véhiculé, le contrat de consommation met en présence une partie faible, le consommateur, et une partie forte, le professionnel. Le consommateur est perçu comme « inexpérimenté, ballotté entre les publicités et les promotions de vente, tiraillé entre ses désirs trop nombreux et sa bourse trop limitée », tandis que le professionnel est perçu comme « organisé, formé, expérimenté, rompu aux techniques du commerce moderne »⁶⁰⁹. Comme l'information précontractuelle⁶¹⁰, les délais de repentir ont pour finalité d'estomper ces différences originelles⁶¹¹, de rechercher l'équité⁶¹². Ils ne combattent pas les vices du consentement, *stricto sensu*, mais, *lato sensu*, c'est bien la protection du consentement qui est visée⁶¹³. Leur

⁶⁰⁶ BOUJEKA Augustin, « *Le délai de réflexion et le délai de rétractation* », RD bancaire et financier, 2004, n°3, dossier 100035 : « Sur le fond, réflexion et rétractation représentent deux versants d'une même colline, dont la matière fait le contrat, dont l'accord de volonté constitue le sommet. »

⁶⁰⁷ BORYSEWICZ Michel, « *Les règles protectrices du consommateur et le droit commun des contrats. Réflexions à propos de la loi n°78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information du consommateur de produits et services* », in Études Kayser, t. 1, 1979, p. 91 et s., sp. p. 121.

⁶⁰⁸ BAILLOD Raymonde, « *Le droit de repentir* », RTD civ. 1984, p. 227 à 254.

⁶⁰⁹ FONTAINE Marcel, rapport de synthèse, in « *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Comparaisons franco-belges* », ouvr. coll. sous la dir. de Marcel FONTAINE et Jacques GHESTIN, LGDJ 1996, p. 615 s.

⁶¹⁰ THIBIERGE-GUELFUCCI Catherine, « *Libres propos sur la transformation du droit des contrats* », RTD civ. 1997, n°28.

⁶¹¹ CHABAS Cécile, « *L'inexécution licite du contrat* », Thèse, LGDJ 2002, n°49 s. : évoque dans sa thèse une « politique de dissuasion contractuelle » ; ROUHETTE Georges, « *Droit de la consommation et théorie générale des contrats* », in Études René Rodière, Dalloz, 1981, p. 247 s., n°12, évoque « un projet anti-contractuel ».

⁶¹² PICOD Yves, « *Effet obligatoire des conventions, exécution de bonne foi des conventions* », J.-Cl. Civ., art. 1134 et 1135, n°70.

⁶¹³ DETRAZ Stéphane, « *Plaidoyer pour une analyse fonctionnelle du droit de rétractation en droit de la consommation* », CCC mai 2004, n°5, étude 7 : cet auteur voit au contraire dans la faculté de repentir une sanction d'un vice du consentement.

but est d'éviter un consentement irréfléchi, trop vite obtenu, né d'une tentation habilement provoquée, de réfléchir à l'opportunité de maintenir un contrat, de recueillir éventuellement l'avis de ses proches⁶¹⁴. Certains auteurs ont même évoqué à leur sujet une stratégie de dissuasion contractuelle⁶¹⁵. La technique aurait séduit non seulement la France, mais aussi la plupart des pays occidentaux⁶¹⁶. Et elle est utilisée dans d'autres branches du droit : « La technique du « repentir », au sens large, n'est pas l'apanage du droit de la consommation ou plus exactement du consommateur. Elle intervient chaque fois que le législateur veut protéger une personne qu'il présuppose faible. Le droit de rétractation est ainsi une technique de protection des faibles, qui procède d'une idée de justice sociale. »⁶¹⁷.

2 - La faculté de repentir et le droit commun des contrats : dénégation ou continuité ?

327. Les délais de repentir sont souvent décrits comme des privilèges exorbitants du droit commun⁶¹⁸, qui en malmèneraient les principes. Qu'en est-il ? Effectivement, dans la théorie générale des obligations, l'offre de contracter est, par principe, librement révocable et il n'y a pas d'obligation de la maintenir. Ensuite, une fois les consentements échangés, les contractants sont tenus par leurs engagements. En droit de la consommation, les choses sont plus nuancées. Le législateur impose ici une obligation de maintien de l'offre, là, un délai, de réflexion ou de rétractation. La formation du contrat peut alors être différée ou le consommateur autorisé à revenir sur son engagement. Selon les mots de Cécile CHABAS, la faculté de rétractation donnerait « un droit de vie et de

⁶¹⁴ Rapport supplémentaire BURCKEL, A.N., n°3123, 1977-1978, I, p. 25-26.

⁶¹⁵ MAZEAUD Denis, « *L'attraction du droit de la consommation* » in Droit du marché et droit commun des obligations, colloque de Perpignan 1997, RTD com. 1998, p. 95 s. et V. AYNÈS Laurent, « *Formalisme et prévention* », in Le droit du crédit au consommateur, ouvr. coll. sous la dir. d'Ibrahim FADLALLAH, Litec, 1982, p. 63 s.

⁶¹⁶ JEANPRETRE R., « *Le droit de repentir* », Revue droit suisse 1979, p. 33 s.

⁶¹⁷ CHABAS Cécile, « *L'inexécution licite du contrat* », Thèse, LGDJ 2002, n°49 s.

⁶¹⁸ STOUFFLET Jean, « *La protection du consommateur faisant appel au crédit. Premières réflexions sur la loi n°78-22 du 10 janvier 1978* », in Études offertes au Professeur Émérentienne de Lagrange, LGDJ, 1978, p. 225, sp. p. 238 ; ARMAND-PRÉVOST Michel et RICHARD Daniel, « *Le contrat déstabilisé (de l'autonomie de la volonté au dirigisme contractuel)* », JCP 1979. I. 2952.

mort sur le contrat »⁶¹⁹. Selon Éric BAZIN, « (...) le sujet ne peut que surprendre et choquer le commun des mortels car c'est admettre dans les relations contractuelles qu'un contractant puisse ne pas respecter sa parole et revenir ainsi sur son engagement initial. »⁶²⁰ Ces mécanismes du droit spécial bousculent donc, en apparence, la théorie classique encadrant l'offre et l'acceptation. Il faut bien concéder que l'idée de revenir sur un engagement recèle une antinomie. S'engager, consentir, est quelque chose de sérieux, un choix fait en conscience. Selon la théorie générale des obligations, je suis libre de m'engager ou non, et, parce que j'ai cette liberté, une fois engagé, je suis tenu par mon engagement. Éric BAZIN⁶²¹ explique bien cet impératif moral et social de tenir parole. Il en évoque l'origine en ces termes : « Or, avant d'être un principe essentiel au droit civil des contrats, le respect de la parole donnée est une valeur fondamentale de la morale chrétienne. Ce sont d'ailleurs les canonistes qui ont fait de la *pacta sunt servanda* un principe juridique. Cette exigence n'est pas seulement une exigence morale mais également un impératif social et économique. En effet, une société doit reposer sur la confiance et la foi dans la parole donnée constitue certainement une valeur fondamentale au bon déroulement de la vie des affaires. » Henri CAPITANT⁶²², en 1934, déplorait un délitement de cette autorité de la parole donnée : « (...) le respect de la signature, c'est à dire l'obligation de tenir ce qu'on a promis, d'exécuter les obligations que l'on a librement contractées, relève de la morale aussi bien que du droit. C'est un principe aussi vieux que la société. Il est formulé en termes énergiques par l'art. 1134 c. civ. « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. » Sans lui, il n'y a plus de confiance ni de sécurité dans les rapports des hommes. Et pourtant, le législateur actuel se complaît de plus en plus à en affaiblir l'autorité par des mesures imprudentes qu'il vote, non parfois sans en manifester son regret, sous la pression d'intérêts privés coalisés assez forts pour lui imposer leurs volontés. » Permettre de revenir sur un consentement serait donc attentatoire à l'esprit du Code civil. Pourtant, selon Michel

⁶¹⁹ CHABAS Cécile, « *L'inexécution licite du contrat* », Thèse, LGDJ 2002, n°51, p. 49.

⁶²⁰ BAZIN Éric, « *Le droit de repentir en droit de la consommation* », D. 2008, p. 3028.

⁶²¹ Ibid.

⁶²² CAPITANT Henri, « *Le régime de la violation des contrats* », DH 1934, I, chron. p. 1 à 4.

BORYSEWICZ⁶²³, « (...) cette inégalité de régime imposée par la loi n'a pour but que de tenter de restaurer l'équilibre entre professionnels et consommateurs, l'équilibre idéal du droit civil. Il y a convergence en profondeur entre le droit de la consommation et le droit civil dans la recherche de la justice contractuelle ». Pour certains, l'esprit de 1804 est révélé, pour d'autres, il est malmené. Qu'en penser ?

328. Il convient peut-être de revenir un instant sur la distinction fondamentale entre délai de réflexion et délai de rétractation. Le délai de réflexion concerne la phase de formation du contrat tandis que le délai de rétractation concerne, lui, la phase d'exécution. Le délai de réflexion ne peut pas heurter le principe de la force obligatoire du contrat puisque le contrat n'est pas encore formé. Il heurte éventuellement le processus classique de formation du contrat, mais pas la force obligatoire. Seul, le délai de rétractation est susceptible de heurter ce principe de la force obligatoire, puisque, il faut bien en convenir, il s'agit de reprendre ce qui a été donné.

329. L'esprit du Code civil est-il pour autant malmené ? Il est possible de penser que non. Sur cette question de l'articulation entre le droit commun des contrats et le droit spécial de la consommation, la lecture du Recueil FENET peut fournir un éclairage intéressant, spécialement les propos de CAMBACÉRÈS⁶²⁴ sur l'obligation de tenir parole, de respecter le contrat : « La loi et les conventions sont les deux causes des obligations. La loi prescrit des devoirs individuels : les hommes, en réglant entre eux les transactions sociales, s'imposent eux-mêmes des engagements qu'ils forment, étendent, limitent et modifient par un consentement libre. Il serait donc superflu de vous présenter l'analyse des règles que nous avons cru devoir recueillir, et qui, pour la plupart, sont observées parmi nous. La première de toutes, la plus inviolable, est celle qui ordonne de respecter le contrat aussitôt qu'il est l'effet d'une volonté libre et éclairée ; la loi en fait une obligation,

⁶²³ BORYSEWICZ Michel, « *Les règles protectrices du consommateur et le droit commun des contrats. Réflexions à propos de la loi n°78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services* », in Études offertes à Pierre Kayser, 1979, t. 1, p. 120-121.

⁶²⁴ FENET Pierre-Antoine, « *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil* », 1836, t. 1, p. 108 ; CAMBACÉRÈS (de) Jean-Jacques Régis (1753-1824), juriste, fut président du Comité de législation qui rédigea les trois premiers projets de Code civil.

et la probité un devoir. Il est permis de chercher son intérêt ; mais il ne l'est pas de le chercher au dépens de l'intérêt d'autrui ; il ne l'est pas de fouler aux pieds le fondement de tous les engagements, la bonne foi ». Bien entendu, CAMBACÉRÈS érige en dogme absolu le respect de la parole donnée, il serait vain de le nier. Mais il achève aussi sa démonstration en évoquant, certes indirectement, la nécessité d'un équilibre contractuel. « Il est permis de chercher son intérêt ; mais il ne l'est pas de le rechercher au dépens de l'intérêt d'autrui ». Ainsi, le bon père de famille veille à ses intérêts, c'est un fait, mais il ne doit pas le faire à tout prix ni au mépris des intérêts d'autrui. Le contrat n'est pas une jungle, autrui doit être respecté. Le déséquilibre est disharmonieux. Le droit de la consommation n'est peut-être pas l'ennemi du droit commun des contrats. Il semble au contraire dans l'esprit du droit civil de 1804, ou à tout le moins dans l'esprit des propos de CAMBACÉRÈS. Ne pourrait-il pas être vu comme une adaptation des mécanismes de 1804 à la vie et aux contrats modernes ? Si les contrats qui ont cours aujourd'hui avaient existé en 1804, les rédacteurs du Code civil auraient peut-être intégré des mécanismes correcteurs comme les délais de repentir. Et si les contrats d'adhésion avaient existé en 1804, le législateur d'alors aurait peut-être protégé ceux qui n'auraient pas été à même de les négocier.

330. Il serait dommage de ne pas souligner la référence faite par CAMBACÉRÈS à la bonne foi, à la fin de ce passage. Elle est une nécessité cardinale dans les relations contractuelles, que ce soit en 1804 ou en 2015. Sa consécration, à tous les stades de la relation contractuelle, dans le projet de réforme du droit des contrats⁶²⁵, en est la preuve la plus éclatante. La bonne foi est bien plus qu'une notion un peu surannée.

331. De même, il convient de souligner la place qui doit être prochainement réservée aux délais de réflexion et de rétractation dans le Code civil. Elle témoigne, une fois de plus, de l'influence du droit spécial de la consommation sur le droit commun des contrats. Certains penseront qu'une telle intrusion bafoue les principes originaires du droit civil, d'autres y verront un sain renouvellement ou même une continuité.

⁶²⁵ Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – article 1103 : « les contrats doivent être formés *et* exécutés de bonne foi », site du Ministère de la justice, www.justice.gouv.fr, consulté le 4 juin 2015.

332. Il convient maintenant de rechercher la nature du délai offert au consommateur-emprunteur.

§2 – La nature du délai de repentir

333. La doctrine s'est divisée quant à la nature juridique de ce délai (A). Si certains ont pu estimer qu'il s'agissait d'un délai de réflexion, d'autres, au contraire, l'ont entendu comme un délai de rétractation. Amenée à se prononcer, la Cour de cassation a rapidement tranché en faveur d'un délai de rétractation (B).

A – L'appréciation de la nature du délai par la doctrine

334. Les imprécisions textuelles ont laissé les auteurs divisés. Certains ont penché pour un délai de réflexion (1) ; d'autres, au contraire, y ont vu l'expression d'un délai de rétractation (2).

1 - Les auteurs favorables à l'expression d'un délai de réflexion et leurs arguments

335. Pour certains auteurs⁶²⁶, ce délai jette un doute sur la formation du contrat, dont il retarde la conclusion. Il s'agit d'un délai de réflexion car le contrat n'est pas encore scellé⁶²⁷. Sa formation est simplement retardée. Elle se fait de manière progressive⁶²⁸, par

⁶²⁶ MOUSSERON Jean-Marc, « *La durée dans la formation des contrats* », in *Études offertes à Alfred Jauffret*, PUAM, 1974, p. 509 s.

⁶²⁷ CALAIS-AULOY Jean et TEMPLE Henri, « *Droit de la consommation* », Dalloz, 9ème édition, 2015, p. 384, n°367 : « ...nous pensons que le contrat de crédit n'est conclu, en tout cas définitivement conclu, qu'à l'expiration du délai de réflexion » ; CALAIS-AULOY Jean, « *La loi sur le démarchage à domicile et la protection du consommateur* », D. 1972. Chron. 266 ; CORNU Gérard, « *La protection du consommateur et l'exécution du contrat* », Travaux Association H. Capitant, t. XXIV, 1973 ; RTD civ. 1978. 438 obs. Pierre GODÉ ; ROUHETTE Georges, « *Droit de la consommation et théorie générale du contrat* », in *Mélanges Rodière*, Dalloz, 1981, p. 247 s. ; BAILLOD Raymonde, « *Le droit de repentir* », RTD civ. 1984. 227 ; OPHELE-ROSETTO Claude, « *L'exécution anticipée d'une obligation contractuelle* », Thèse, 1993, p. 356 s., n°468 s.

⁶²⁸ PETIT Bruno, « *La formation successive du contrat de crédit* », in *Le droit du crédit au consommateur*, ouvr. coll. sous la dir. d'Ibrahim FADLALLAH, Litec, 1982, p. 93.

étapes et ne s'achève qu'à l'issue du délai de repentir. Un auteur⁶²⁹ y voit une similitude avec la « *punctuation* », c'est à dire une formation du contrat point par point, un mécanisme connu du droit allemand. La conception d'un consentement se formant progressivement a aussi les faveurs d'un autre auteur car elle explique selon lui « (...) le mieux l'intention du législateur qui a entendu permettre au consommateur de donner un consentement mûri ou consolidé. » L'on devrait selon lui « (...) distinguer entre l'*instrumentum* du contrat, apparemment parfait par la signature, et le *negotium* qui réalise une rencontre des volontés seulement par l'absence de rétractation du consommateur. » Un autre auteur⁶³⁰ distingue perfection du contrat et efficacité. La perfection du contrat serait acquise dès l'échange des consentements mais son efficacité, elle, serait suspendue pendant le cours du délai. Ce faisant, il dilue la frontière entre délai de réflexion et délai de rétractation, entre formation et exécution du contrat.

2 - Les auteurs favorables à l'expression d'un délai de rétractation et leurs arguments

336. Pour d'autres auteurs, il s'agit d'un délai de rétractation⁶³¹, d'une faculté de dédit⁶³², car il jette un doute, non sur la formation du contrat de crédit à la consommation, mais sur son exécution, qui est bloquée. C'est ensuite l'absence de

⁶²⁹ RIEG Alfred, « *La « punctuation », contribution à l'étude de la formation successive du contrat* », in *Études offertes à Alfred Jauffret*, 1974, p. 593 à 607.

⁶³⁰ CHRISTIANOS Vassili, « *Délai de réflexion : théorie juridique et efficacité de la protection des consommateurs* », D. 1993. Chron. p. 28 à 32.

⁶³¹ STOUFFLET Jean, « *La protection du consommateur faisant appel au crédit. Premières réflexions sur la loi n°78-22 du 10 janvier 1978* », in *Études offertes au Professeur Émérentienne de Lagrange*, LGDJ, 1978, p. 225 à 245, sp. p. 238 : « On ne peut nier le caractère exorbitant du *droit de rétractation* » ; ARMAND-PRÉVOST Michel et RICHARD Daniel, « *Le contrat déstabilisé (de l'autonomie de la volonté au dirigisme contractuel)* », JCP 1979. I. 2952.

⁶³² PICOD Yves et DAVO Hélène, « *Droit de la consommation* », 2^{ème} édition, 2010, Dalloz-Sirey, p. 139 : « D'autres auteurs - auxquels nous nous rallions – analysent ces mécanismes comme une véritable *faculté de dédit*, la question relevant des atteintes à la force obligatoire du contrat et non de la formation de celui-ci » ; BRUN P., « *Le droit de revenir sur son engagement* », in *Que reste-t-il de l'intangibilité des conventions ?*, Dr. et patr., mai 1998, n°60, p. 78 ; RAYMOND Guy, « *Droit de la consommation* », Litec, 2008, n°359.

« rétractation » qui lui donne corps⁶³³. Quant à l'INC⁶³⁴ - Institut National de la Consommation -, il présente, sans l'ombre d'une ambiguïté, le délai prévu en matière de crédit à la consommation comme un délai de rétractation.

337. Comme cela a été précisé, avec un délai de réflexion, le temps ne lie pas, la passivité n'engage pas. Il faut agir, à l'issue du délai, pour être tenu. Au contraire, avec un délai de rétractation, le temps lie inexorablement, la passivité enchaîne. Il faut un acte positif du consommateur pour empêcher l'inéluctable exécution du contrat à l'échéance du délai. La nécessité de cet acte positif incite à comprendre ce délai, posé en des termes certes ambigus, comme un délai de rétractation et non un délai de réflexion. Il est possible de le regretter et d'estimer que le consommateur emprunteur serait mieux secouru avec un authentique délai de réflexion. Décidé, il ratifierait sa première intention à la fin du délai. Hésitant, il laisserait le délai s'écouler et ne serait, *in fine*, pas lié. Le délai de réflexion, tel qu'il existe en matière de crédit immobilier, semble un mécanisme plus protecteur. Son extension au crédit à la consommation serait peut-être bienvenue.

B – L'appréciation de la nature du délai par la jurisprudence

338. La Première Chambre civile, dès 1987⁶³⁵, utilisa clairement l'expression « délai de rétractation » en évoquant ce délai : « (...) soit avant que le délai de rétractation ouvert à l'acquéreur à crédit par les articles 7 et 12 de la loi n°78-22 du 10 janvier 1978 relative à l'information et à la protection des consommateurs ait expiré (...) ». Elle ne variera pas sur ce point⁶³⁶, ce qui mérite d'être souligné dans une mise en œuvre du droit spécial si souvent jalonnée d'hésitations et face à un délai dont la nature n'est pas précisée. Cette qualification de délai de rétractation n'encourt pas la critique car elle semble bien

⁶³³ BAZIN Éric, « *Le droit de repentir en droit de la consommation* », D. 2008, p. 3028 à 3034, sp. p. 3028.

⁶³⁴ Site de l'INC – Institut National de la Consommation -, www.conso.net, Fiche pratique J177 – Délais de réflexion – Délais de rétractation – date de publication : 24/10/2014.

⁶³⁵ Cass. Civ. 1^{ère}, 23 juin 1987, n°85-15170, Bull. I, n°208, p. 154.

⁶³⁶ Cass. Civ. 1^{ère}, 22 juillet 1987, n°85-18094, Bull. I, n°259, p. 188 ; puis, à titre d'exemples : Cass. Civ. 1^{ère}, 31 mai 1988, n°86-18404, Bull. I, n°166, p. 115 ; Cass. Civ. 1^{ère}, 11 décembre 1990, n°89-11257, inédit ; Cass. Civ. 1^{ère}, 12 février 1991, n°88-11916, Bull. I, n°62, p. 39 ; Cass. Civ. 1^{ère}, 19 mai 1992, n°90-18423, inédit.

conforme à l'esprit des textes. Même si leur rédaction est maladroite, il s'agit bien d'une faculté de « revenir » sur ce qui a été décidé, accepté, conclu. Sur un contrat valablement formé. Et non d'un délai de réflexion, qui semblerait pourtant préférable. Le moyen mis à la disposition de l'emprunteur, le « bordereau de rétractation », plaide aussi en ce sens. Il faut accomplir un acte positif pour se délier. Dans un arrêt du 10 juin 1992 relatif au démarchage à domicile⁶³⁷, la Première Chambre civile a affirmé que le contrat était formé dès l'échange des consentements dans la mesure où les parties étaient tombées d'accord sur la chose et le prix. Elle condamna « de manière générale la théorie selon laquelle le contrat se forme de manière successive et ne devient parfait qu'à l'expiration du délai de repentir. »⁶³⁸

Conclusion de section

339. Le délai de repentir constitue un mécanisme phare du droit de la consommation. La question de sa contrariété à l'esprit originel du droit commun des contrats a souvent été débattue. Il semble néanmoins que ce ne soit pas le cas et qu'il faille y voir davantage une adaptation des principes de 1804 aux contrats modernes. La Cour de cassation l'a qualifié de délai de rétractation. C'est une interprétation satisfaisante des textes, restés ambigus. Il est cependant possible de regretter que le législateur n'ait pas opté, de manière claire, pour un délai de réflexion. Un tel délai aurait peut-être été d'un secours plus efficace pour le consommateur de crédit. La nature du délai de repentir offert au consommateur de crédit étant clarifiée, il convient de se pencher maintenant sur le régime du délai de rétractation. Quelles en sont les limites, et quelles réponses a pu y apporter la jurisprudence ?

⁶³⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 10 juin 1992, n°90-17267, Bull. I, n°178, p. 121.

⁶³⁸ BAZIN Éric « *Le droit de repentir en droit de la consommation* », D. 2008, p. 3028 s.

II – Le régime du délai de rétractation

340. Le délai de rétractation est présenté, depuis la loi originelle de 1978, comme une protection efficace de l'emprunteur. L'augmentation de sa durée, passée à quatorze jours depuis la loi de 2010, a été annoncée comme une avancée majeure. Pourtant, lorsque le crédit est affecté, le délai de rétractation peut être réduit à seulement trois jours, ce qui constitue une faiblesse de son régime. Il en sera question dans un premier développement (§1). Il sera ensuite question, dans un second développement, des conséquences de la rétractation (§2). La Cour de cassation adopte à leur égard une attitude contrastée.

§ 1 - La livraison anticipée, un danger encadré par la Première Chambre civile

341. La livraison anticipée est dangereuse pour l'emprunteur (A), aussi la rigueur de la jurisprudence est-elle bienvenue (B).

A – La notion de livraison anticipée et ses contours

342. La livraison anticipée est une brèche ancienne dans le dispositif (1), qui a été récemment étendue (2).

1 – La livraison anticipée, une brèche ancienne dans le dispositif

a – La livraison anticipée dans la loi du 10 janvier 1978

343. Dès 1978, l'emprunteur qui souscrit un crédit à la consommation pour financer l'achat d'un bien ou d'une prestation de service a eu la possibilité d'abrèger son délai de rétractation : « (...) lorsque, par une demande expresse, rédigée, datée et signée de sa main même, l'acheteur sollicite la livraison ou la fourniture immédiate du bien ou de la prestation de services, le délai de rétractation ouvert à l'emprunteur par l'article 7 expire à la date de la livraison ou de la fourniture, sans pouvoir ni excéder sept jours ni être inférieur à trois jours (...) »⁶³⁹

⁶³⁹ Article 12 de la loi n°78-22 du 10 janvier 1978.

344. Pour obtenir la livraison anticipée, l'emprunteur doit rédiger de sa main, sur le contrat de vente, une formule⁶⁴⁰ : « Je demande à être livré immédiatement (ou à bénéficier immédiatement de la prestation de services). Je reconnais avoir été informé que cette demande a pour effet de réduire le délai légal de rétractation. Celui-ci expirera le jour de la livraison du bien (ou de l'exécution de la prestation), sans pouvoir être inférieur à trois jours ni supérieur à sept jours ».

b – La mention manuscrite, un rempart contre la précipitation ?

345. Le mécanisme de la livraison anticipée⁶⁴¹, bien qu'émanant de la législation spéciale, censée protectrice des intérêts du consommateur, présente un réel danger pour l'emprunteur car il conduit à raccourcir le temps durant lequel ce dernier peut réfléchir et, le cas échéant, revenir sur son engagement. En cas de demande de livraison anticipée, le délai peut être réduit à trois jours, soit amputé de plus de la moitié. Le consommateur le perçoit-il lorsqu'il rédige la mention manuscrite ? L'efficacité d'une rédaction imposée peut bien sûr être mise en doute, mais cette formalité demeure le seul moyen pour tenter de faire réfléchir, d'infléchir peut-être, l'emprunteur trop pressé. Tant que le législateur n'aura pas le courage de renoncer à la livraison anticipée, le formalisme de la mention manuscrite restera le seul rempart contre la précipitation.

2 – La livraison anticipée, une brèche étendue

a - La livraison anticipée dans la loi du 1^{er} juillet 2010

346. La réforme de 2010 n'a pas accompli cet acte de bravoure. La possibilité de demander une livraison anticipée demeure, en des termes similaires, à l'article L311-35, amputant cette fois de plus des trois-quarts le délai et jetant un voile sur ce qui avait pourtant été brandi comme une avancée majeure, son extension à quatorze jours.

⁶⁴⁰ Ancien article R311-8 du Code de la consommation.

⁶⁴¹ PICOD Yves, « *Droit de la consommation* », Sirey, 3^{ème} éd., 2015, n°523.

Pourtant, lors de la séance du 16 juin 2009 au Sénat⁶⁴², un amendement courageux avait été présenté⁶⁴³ : « (...) la mise à disposition des fonds ne prend effet qu'à l'expiration de ce délai. » Il revendiquait l'interdiction du versement anticipé des fonds, qui ruine purement et simplement l'idéal de réflexion porté par le délai. Le Rapporteur répondit en ces termes : « (...) prévoir que la mise à disposition des fonds ne prend effet qu'à l'expiration du délai de rétractation serait excessif. » Le Ministre de l'Économie d'alors émit un avis négatif sur cet amendement qui, porté au vote, ne fut pas adopté. L'augmentation du délai de rétractation à quatorze jours, présentée pourtant dans la lumière des médias comme une amélioration de la protection du consommateur, venait de perdre beaucoup de sa substance. Un autre danger, né de la réforme, mérite d'être exposé. Il est présent à l'article L311-36 alinéa 2, issu de la loi de 2010 : « Toutefois, lorsque l'emprunteur, par une demande expresse, sollicite la livraison ou la fourniture immédiate du bien ou de la prestation de services, l'exercice du droit de rétractation du contrat de crédit n'emporte résolution de plein droit du contrat de vente ou de prestation de services que s'il intervient dans un délai de trois jours à compter de l'acceptation du contrat de crédit par l'emprunteur. » Avant la réforme, c'était la livraison qui mettait fin au délai de rétractation et engageait définitivement l'emprunteur. Si elle n'intervenait que le septième jour, l'emprunteur avait jusqu'à ce moment pour se rétracter, la rétractation du crédit emportant alors résolution de plein droit du contrat de vente. Avec l'article L311-36 alinéa 2, s'il demande une livraison anticipée, l'emprunteur est tenu par son achat, définitivement, dès le quatrième jour, même si la livraison n'est pas encore intervenue. Tenu par l'achat, qu'il doit régler, il lui est alors bien difficile de renoncer au contrat de prêt, comme le lui permet pourtant l'article L311-35. La nouvelle législation semble sur ce point moins protectrice de l'emprunteur que la précédente. C'est un recul.

⁶⁴² Site su Sénat, www.senat.fr – Travaux parlementaires – Rapports – Rapports législatifs – Projet de loi portant réforme du crédit à la consommation – séance du 16 juin 2009 – article 5 sur le droit de rétractation.

⁶⁴³ Amendement n°66 présenté par Mmes TERRADE et PASQUET, M. VERA et les membres du Groupe Communiste, Républicain, Citoyen et des sénateurs du Parti de Gauche.

b – La mention manuscrite, écho d'un nouveau danger

347. La rédaction de la mention manuscrite⁶⁴⁴ fait désormais écho à cet article L311-36 alinéa 2. Le dernier alinéa de l'article R311-9, qui l'abrite désormais, indique : « Je suis tenu(e) par mon contrat de vente principal dès le quatrième jour suivant sa signature ». L'interprétation qu'en fera la première chambre civile sera bien sûr intéressante à suivre.

348. Il convient de rechercher à présent quel accueil a réservé la Cour de cassation à cette faculté de livraison anticipée.

B - La rigueur bienvenue de la jurisprudence

349. Dès le départ, la Première Chambre civile s'est montrée très scrupuleuse concernant le respect de la mention manuscrite, qu'elle a érigée en sésame incontournable de la livraison anticipée. Ainsi, dans un arrêt rendu le 31 mai 1988⁶⁴⁵, la Première Chambre civile affirma-t-elle qu'en l'absence de mention manuscrite, l'acheteur n'avait pas renoncé au délai de rétractation de sept jours. L'emprunteur, dans les faits, avait pourtant exigé une livraison sous trois jours et même fait établir une carte grise à son nom. Ces éléments ne suffirent pas à établir sa renonciation au délai de rétractation. Les juges du fond firent montre du même respect scrupuleux de la mention manuscrite, comme en témoignent deux arrêts n'ayant pas fait l'objet de pourvoi. Le premier fut rendu le 27 septembre 1994⁶⁴⁶ par la Cour d'appel de Paris. Les juges du fond décidèrent à cette occasion que le prêteur commettait une faute s'il versait les fonds et prélevait les premières mensualités alors que la demande de livraison anticipée était irrégulière et que la

⁶⁴⁴ Article R311-9 (Anc. art. R311-8, dénum. et mod., D. n°2011-136, 1^{er} février 2011 ; rempl. à compter du 1^{er} juillet 2013, D. n°2012-1478, 27 déc. 2012) du Code de la consommation : « L'acheteur qui sollicite la livraison ou la fourniture immédiate du bien ou de la prestation de services en application de l'article L311-35 doit apposer sur le contrat de vente une demande rédigée de sa main dans les termes suivants : Je demande à être livré(e) immédiatement (ou à bénéficier immédiatement de la prestation de services). Le délai légal de rétractation de mon contrat de crédit arrive dès lors à échéance à la date de la livraison (ou de l'exécution de la prestation), sans pouvoir être inférieur à trois jours ni supérieur à quatorze jours suivant sa signature. Je suis tenu(e) par mon contrat de vente principal dès le quatrième jour suivant sa signature. »

⁶⁴⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 31 mai 1988, n°86-18404, Bull. I, n°166, p. 115, cassation de CA Paris, 11 juillet 1986.

⁶⁴⁶ CA Paris, 27 septembre 1994.

rétractation avait, elle, été régulièrement faite dans le délai de sept jours. Une rétractation régulière primait donc une demande de livraison anticipée irrégulière. Le second arrêt fut rendu par la Cour d'appel de Dijon le 20 février 2004⁶⁴⁷. Il sanctionna l'usage par le prêteur d'une simple case à cocher pour solliciter la livraison anticipée. Un consommateur avait fait l'acquisition d'un véhicule et souscrit à cette occasion un crédit à la consommation. Il demanda une livraison anticipée, sans toutefois rédiger la mention manuscrite, se contentant de cocher une case, sur un document pré-imprimé. Il fit ensuite usage de sa faculté de rétractation, dans le délai, et régulièrement. Malgré cela, il régla des échéances et utilisa le véhicule. Une action en justice ayant été lancée, la Cour d'appel estima que ce document pré-imprimé était insuffisant pour convaincre de la renonciation de l'emprunteur au délai légal de rétractation. Le comportement de l'emprunteur, qui avait réglé des échéances et utilisé le véhicule, ne fut pas de nature à couvrir, à justifier la violation des dispositions relatives à la mention manuscrite. D'une grande sévérité pour le prêteur, et peut-être choquante en ce qu'elle fit de la mauvaise foi manifeste de l'emprunteur, cette attitude doit néanmoins être approuvée pour le message de rigueur qu'elle adresse aux prêteurs. En effet, le prêteur qui se contente de faire cocher une case pour lancer la procédure de livraison anticipée, au mépris des exigences légales, n'agit pas de bonne foi non plus. La Première Chambre civile et les Cours d'appel ont semble-t-il interprété de concert et de manière stricte l'exigence de la mention manuscrite. Il est permis de s'en réjouir et de former le vœu qu'une telle rigueur perdure sous l'empire de la nouvelle législation.

350. Au vu des montants désormais en jeu - jusqu'à 75.000 euros -, la possibilité de demander une livraison anticipée, et donc d'écourter le délai de rétractation, semble réellement dangereuse. D'autant plus qu'en demandant la livraison anticipée, le consommateur est désormais tenu par son achat dès le quatrième jour, même si la livraison n'est pas encore intervenue. Tenu par l'achat, l'emprunteur ne renoncera plus au contrat de prêt même si, théoriquement, il peut le faire jusqu'à la livraison effective. A défaut d'être supprimée, la livraison anticipée pourrait être réservée aux crédits modestes, consacrés à l'achat d'un bien indispensable à la vie quotidienne. Il reste à espérer que la

⁶⁴⁷ CA Dijon, 20 février 2004.

jurisprudence conserve son degré d'exigence au regard de la mention manuscrite. Et à souligner que ces faiblesses de la législation spéciale sont le reflet même des intérêts antagonistes auxquels cette législation doit répondre, protection de l'emprunteur d'un côté, préservation du marché de l'autre. L'équilibre est difficile à atteindre, comme en témoigne un autre aspect du régime de la rétractation, la question de ses conséquences, sur laquelle le rôle de la jurisprudence a été déterminant.

§2 - Les conséquences de la rétractation pour l'emprunteur

351. L'emprunteur qui utilise son droit de repentir est libéré de son contrat de crédit, sans conséquences pécuniaires (A). La rétractation a un caractère résolument discrétionnaire. Sous réserve que le contrat de crédit ait été affecté à un achat déterminé, il peut aussi être libéré du contrat principal (B).

A – La libération sans condition du contrat de crédit

352. Le caractère discrétionnaire de la rétractation (1) trouve-t-il une limite dans l'abus de ce droit (2) ?

1 – Le caractère discrétionnaire de la rétractation

353. L'emprunteur qui se rétracte n'a aucun dédit à verser à son créancier, aucune indemnité, aucuns frais de dossier. Il ne sera tenu de rembourser que la somme prêtée et des intérêts au taux convenu, si toutefois la somme avait déjà été versée et que le versement était légal⁶⁴⁸. L'emprunteur qui exerce sa faculté de rétractation n'a pas à se justifier, l'article L311-12 indiquant qu'elle peut s'effectuer sans motif. Le droit de rétractation est donc un droit discrétionnaire, parfois même qualifié d'arbitraire. Cela en

⁶⁴⁸ Article L311-15 du Code de la consommation, applicable aux contrats dont l'offre a été émise après le 1^{er} mai 2011 : « A compter du jour suivant la mise à disposition des fonds à l'emprunteur et en cas de rétractation, l'emprunteur rembourse au prêteur le capital versé et paye les intérêts cumulés sur ce capital depuis la date à laquelle le crédit lui a été versé jusqu'à la date à laquelle le capital est remboursé, sans retard indu et au plus tard trente jours calendaires révolus après avoir envoyé la notification de la rétractation au prêteur. Les intérêts sont calculés sur la base du taux débiteur figurant au contrat. Le prêteur n'a droit à aucune indemnité versée par l'emprunteur en cas de rétractation. »

fait une condition purement potestative⁶⁴⁹. La CJCE⁶⁵⁰ a d'ailleurs confirmé ce point dans un arrêt Heininger du 13 décembre 2001. Certes, la condition purement potestative est prohibée par l'article 1174 du Code civil⁶⁵¹, mais le législateur a prévu des exceptions, notamment en droit de la consommation, pour les contrats les plus dangereux, ou les plus complexes, ou plaçant le contractant dans une situation de plus grande vulnérabilité⁶⁵². Ce caractère discrétionnaire de la faculté de rétractation a été quasiment sanctuarisé, tant par les juges du fond que par la Cour de cassation. Les arrêts exposés ci-après ne sont pas relatifs à la rétractation d'un crédit à la consommation mais ils sont éclairants car la solution dégagée est transposable. La Cour d'appel de Rouen⁶⁵³ a ainsi jugé, dans un arrêt rendu le 17 décembre 2008, que le professionnel ne pouvait faire échec à la rétractation sous prétexte que le produit était en tous points conforme à celui décrit par la société, qu'il ne présentait aucun défaut de fonctionnement ou vice de fabrication, que le client l'avait accepté et qu'il l'avait utilisé. La Cour rappela que le consommateur n'avait aucun motif à fournir pour se rétracter. La Cour de cassation se montra tout aussi ferme. Dans un arrêt du 20 mars 2013⁶⁵⁴, la Première Chambre civile fut confrontée à la rétractation d'une vente à distance de deux motocyclettes. La vente avait eu lieu le 28 mai 2010 et la livraison le 2 juin. Le couple d'acquéreurs avait procédé à leur immatriculation avant d'exercer son droit de rétractation, le 7 juin. Il assigna ensuite le vendeur en restitution du

⁶⁴⁹ PIZZIO Jean-Pierre, « *Un apport législatif en matière de protection du consentement : la loi du 22 décembre 1972 et la protection du consommateur sollicité à domicile* », RTD civ. 1976. 86.

⁶⁵⁰ CJCE, 13 décembre 2001, Georg Heininger et Helga Heininger c/ Bayerische Hypo und Vereinsbank, aff. C-481/99, D. 2002. Somm. 2934, obs. Jean-Pierre PIZZIO ; JCP 2002, n°40, I. 168, chron. Ludovic BERNARDEAU : « *Le droit de rétractation du consommateur un pas de plus vers une doctrine d'ensemble – à propos de l'arrêt CJCE, 13 décembre 2001, Heininger, aff. C-481/99* ».

⁶⁵¹ Article 1174 du Code civil : « Toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige. »

⁶⁵² Exemples de secteurs concernés par un délai de rétractation : démarchage à domicile, crédit à la consommation, ventes à distance, courtage matrimonial, enseignement à distance, assurance-vie, jouissance d'immeuble à temps partagé.

⁶⁵³ CA Rouen, 17 décembre 2008, CCC 2009, comm. 238, note Guy RAYMOND.

⁶⁵⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 20 mars 2013, n°12-15052, Bull. I, n°54, D. 2013, p. 2050, obs. Isabelle DARRET-COURGEON ; CCC 2013, n°6, comm. 150, obs. Guy RAYMOND, « *Exercice du droit de rétractation en dépit de l'immatriculation de véhicules vendus à distance* » ; Gaz. Pal. 2013, n°192, p. 15, obs. Stéphane PIEDELIÈVRE, rendu après une décision de la Juridiction de proximité de Chambéry du 29 novembre 2011 – rejet du pourvoi.

prix devant la Juridiction de proximité. Le vendeur invoqua l'article L121-20-2 du Code de la consommation qui ôte la faculté de rétractation si le bien acquis à distance est nettement personnalisé. La Juridiction de proximité estima que le bien n'avait pas été « nettement personnalisé » par l'immatriculation. Amenée à se prononcer, la Cour de cassation valida ce raisonnement et vint renforcer le caractère discrétionnaire de la rétractation. Il était alors permis de se demander si l'abus de droit pouvait en constituer une limite.

2 - L'abus de droit : une limite au caractère ultra-discrétionnaire de la rétractation ?

354. Certains auteurs ont estimé que l'abus de droit devait constituer une limite au caractère discrétionnaire de la faculté de rétractation. Ainsi, selon Cécile CHABAS⁶⁵⁵ : « (...) l'exercice du droit de rétractation est laissé à la seule volonté du débiteur. Aussi, certains ont voulu y voir un droit discrétionnaire. Mais il semble qu'il faille, comme pour la faculté de dédit réserver l'hypothèse de l'abus de droit. » Raymonde BAILLOD⁶⁵⁶ va dans le même sens : « La raison d'être du droit de repentir d'origine légale paraîtrait commander son caractère discrétionnaire. Mais la liberté de la partie protégée doit-elle aller jusqu'à lui permettre une rétractation uniquement motivée par l'intention de nuire ? Il ne le semble pas. » Cet abus pourrait être caractérisé, par exemple, par une utilisation systématique du droit de repentir. « Parfois même, dans ce domaine comme dans d'autres, un comportement voisin de la légèreté blâmable pourrait suffire à caractériser l'abus de droit. »⁶⁵⁷ Mais, comme le souligne encore Raymonde BAILLOD, « (...) la preuve requise, dont la charge incomberait évidemment à l'autre partie, serait extrêmement difficile à rapporter, sauf grossière maladresse. » Amenée à se prononcer, la Cour de cassation a rejeté toute mise en œuvre de la théorie de l'abus de droit. Elle a affirmé que la

⁶⁵⁵ CHABAS Cécile, « *L'inexécution licite du contrat* », op. cit., n°56, p. 55. Dans le même sens : PETIT Bruno, « *La formation successive du contrat de crédit* », in *Le droit du crédit au consommateur*, ouvr. coll. sous la dir. d'Ibrahim FADLALLAH, Litec, 1982, p. 93. PIZZIO Jean-Pierre, « *Un apport législatif en matière de protection du consentement : La loi du 22 décembre 1972 et la protection du consommateur sollicité à domicile* », RTD civ. 1976, p. 86 s.

⁶⁵⁶ BAILLOD Raymonde, « *Le droit de repentir* », RTD civ. 1984, p. 249.

⁶⁵⁷ V. supra.

bonne foi de celui qui use de sa faculté de rétractation était indifférente. L'arrêt rendu par la Deuxième Chambre civile le 7 mars 2006⁶⁵⁸, en matière d'assurance, est à cet égard édifiant. La Cour affirma qu'« il résulte de l'article L132-5-1 du Code des assurances, d'ordre public, et conforme à la directive 2002/83/CEE du 5 novembre 2002, que l'exercice de la faculté de renonciation prorogée ouverte de plein droit pour sanctionner le défaut de remise à l'assuré des documents et informations énumérées par ce texte est discrétionnaire pour l'assuré dont la bonne foi n'est pas requise ». Elle fera usage de termes parfaitement similaires dans d'autres arrêts⁶⁵⁹. Le droit de rétractation est donc un droit absolument discrétionnaire, que rien ne doit pouvoir entraver, pas même la mauvaise foi de celui qui en use. Cette posture très protectrice des intérêts de l'emprunteur contraste singulièrement, comme nous allons le voir, avec celle adoptée par la Première Chambre civile en matière d'affectation du crédit.

B – La libération sous condition du contrat principal

355. Lorsque le crédit est destiné à financer l'achat d'un bien ou d'une prestation de services, les conséquences de la rétractation de l'emprunteur sont différentes selon que ce contrat de crédit peut être reconnu comme affecté ou non. La Première Chambre civile a fait une lecture très défavorable à l'emprunteur (2) de cette notion de crédit affecté (1).

1 – La notion de crédit affecté

356. La loi n°78-22 du 10 janvier 1978 avait souhaité protéger l'emprunteur en liant le sort du contrat principal – de vente ou de prestation de services - à celui du contrat de crédit qui en assurait le financement⁶⁶⁰. Lorsque le crédit était dédié au financement d'un

⁶⁵⁸ Cass. civ. 2^{ème}, 7 mars 2006, n°05-12338, Bull. II, n°63, p. 57.

⁶⁵⁹ Cass. civ. 2^{ème}, 10 juillet 2008, n°07-12071, inédit, n°07-12072, Bull. II, n°177 ; Cass. civ. 2^{ème}, 9 juillet 2009, n°08-18730, Bull. II, n°189 ; Cass. civ. 2^{ème}, 15 décembre 2011, n°10-24430, inédit, toujours en matière d'assurances : « ce droit de rétractation, qui est un droit discrétionnaire et d'ordre public, *ne pouvait être sanctionné sur le terrain de la mauvaise foi* ».

⁶⁶⁰ Article 13 de la loi n°78-22 du 10 janvier 1978 : « Le contrat de vente ou de prestation de services est résolu de plein droit sans indemnité : si le prêteur n'a pas, dans le délai de sept jours prévu à l'article 7, informé le vendeur de l'attribution du crédit ; si l'emprunteur a, dans les délais qui lui sont impartis, exercé son droit de rétractation. »

achat déterminé, alors le renoncement au contrat de crédit entraînait la résolution du contrat principal. Cette mesure était, effectivement, sage. Elle permettait de ne pas laisser à la charge du consommateur le coût d'un achat qu'il ne pouvait probablement plus assumer. Mais encore fallait-il, pour que les contrats puissent être liés, que le contrat de crédit fût « affecté » au financement d'un bien ou d'une prestation de services déterminé. S'il portait la mention d'affectation, alors la rétractation du contrat de crédit emportait dans le même temps la résolution du contrat principal. En revanche, s'il ne pouvait être considéré comme affecté, le contrat principal suivait son cours. L'emprunteur devait en assumer la charge financière, sans l'aide du crédit. L'enjeu de l'affectation est particulièrement important⁶⁶¹. Le texte⁶⁶² initial requérait une mention, donc un formalisme. Comment ce formalisme a-t-il été appréhendé par les juges du fond et la Cour de cassation ?

2 - L'appréciation de l'affectation par la Cour de cassation et l'apport de la CJCE

a – La position contrastée des juges du fond

357. Certaines Cours d'appel se sont affranchies de l'exigence formelle posée par la loi. Ainsi, la Cour d'appel de Bordeaux⁶⁶³ a-t-elle jugé dans un arrêt du 21 octobre 1997 que les prêts consentis pour la réalisation d'au moins une opération déterminée étaient des crédits affectés. Dans un arrêt du 19 juin 2006⁶⁶⁴, la Cour d'appel de Paris estima qu'il y avait crédit affecté, même en l'absence de mention expresse du contrat principal dans le contrat de crédit, si un lien pouvait être établi entre les deux contrats, au vu des circonstances. En revanche, d'autres juridictions du fond n'eurent pas la même approche et observèrent scrupuleusement l'exigence formelle posée par la loi. La Cour d'appel

⁶⁶¹ BIARDEAUD Gérard, « *Le compte permanent ou comment éluder la loi SCRIVENER* », RD bancaire et bourse 1994. 244 ; dans le même sens : RTD com. 2008. 403, obs. Dominique LEGEAIS.

⁶⁶² Article 9 de la loi n°78-22 du 10 janvier 1978 : il y a crédit affecté « lorsque l'offre préalable mentionne le bien ou la prestation de services financé ».

⁶⁶³ CA Bordeaux, 21 octobre 1997, CCC 1998, comm. 52, note Guy RAYMOND.

⁶⁶⁴ CA Paris, 19 juin 2006, CCC 2006, comm. 251, note Guy RAYMOND.

d'Aix-en-Provence jugea ainsi qu'en l'absence de mention de la prestation de services financée dans l'offre préalable, les dispositions concernant le crédit affecté n'étaient pas applicables⁶⁶⁵. Aussi regrettable que fut cette décision, elle était sans conteste d'une absolue fidélité à l'article L311-20.

b – L'appréciation stricte du formalisme par la Première Chambre civile

358. Amenée à se prononcer, la Première Chambre civile se montra elle aussi d'une grande fidélité envers l'exigence formelle posée par la loi mais, par là même, d'une grande sévérité envers le consommateur. Elle jugea en effet, dans un arrêt du 26 novembre 1991⁶⁶⁶, que lorsque l'offre de crédit, en vue de l'achat d'une automobile, n'indique pas les caractéristiques sommaires du véhicule, il ne s'agit pas d'un crédit affecté. Elle ne se contenta pas ici d'être fidèle à la loi, elle alla au-delà du formalisme exigé. La loi requérait effectivement une mention du bien financé, mais nullement ses « caractéristiques sommaires ». De plus, la formule pouvait laisser perplexe. Que recouvrait-t-elle ? La marque du véhicule, le nombre de chevaux ? Jusqu'où fallait-il aller ? C'était un peu vague. Dans un autre arrêt, rendu le 17 février 1998⁶⁶⁷, la Première Chambre civile maintint la rigueur de sa solution. Alors que les juges du fond avaient déduit des circonstances la corrélation entre le crédit et un abonnement à un club de gymnastique, la Première Chambre civile s'arque-bouta sur le respect du formalisme, exigeant une mention « expresse » de la prestation financée. Elle réaffirma sa position dans un arrêt du 29 juin 2004⁶⁶⁸.

⁶⁶⁵ CA Aix-en-Provence, 7 juin 2005, CCC 2005, comm. 10, note Guy RAYMOND ; CA Aix-en-Provence, 14 février 2006.

⁶⁶⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 26 novembre 1991, n°90-13791, Bull. I, n°336, p. 218.

⁶⁶⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 17 février 1998, RD bancaire et bourse 1998, p. 142, note Francis CRÉDOT et Yves GÉRARD.

⁶⁶⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 29 juin 2004, n°03-11840, Bull. I, n°188, p. 155, D. 2004, p. 2565, note Jean-Bernard AUBY ; RTD com. 2004, p. 795, obs. Dominique LEGEAIS : position très sévère de la Cour de cassation. Les juges du fond étaient divisés sur cette question. Favorable à la position de la Première Chambre civile : CA Angers, 2 janvier 2004. En sens contraire : CA Montpellier, 26 novembre 2003.

c – La mise en cause de la mention par la CJCE

359. Cet entêtement de la Première Chambre civile fut à l'origine d'une question préjudicielle, posée en ces termes à la CJCE, le 16 novembre 2005⁶⁶⁹, par le Tribunal d'instance de Saintes : « les articles 11 et 14 de la directive n°87/102/CEE du Conseil du 22 décembre 1986 doivent-ils être interprétés en ce qu'ils permettent au juge d'appliquer les règles d'interdépendance entre le contrat de crédit et le contrat de fourniture de biens ou de services financé grâce à ce crédit, lorsque le contrat de crédit ne fait pas mention du bien financé ou a été conclu sous la forme d'une ouverture de crédit sans mention du bien financé ? ». Il s'agissait en l'espèce d'un crédit renouvelable, utilisé par la banque pour contourner la législation spéciale et éviter que le crédit ne soit affecté. La CJCE y répondit le 4 octobre 2007⁶⁷⁰. Elle affirma que les articles 11 et 14 de la directive du 22 décembre 1986 s'opposaient à ce que le droit d'exercer un recours à l'encontre du prêteur soit subordonné à la condition que l'offre préalable de crédit mentionne le bien ou la prestation de services financés. Elle se positionna donc pour une acception large du crédit affecté et contre l'exigence légale.

d – L'absence de réaction de la Première Chambre civile

360. Après cette réponse de la CJCE, la Première Chambre civile admit, dans un arrêt du 7 février 2006, qu'en cas de fraude du prêteur, les dispositions sur les crédits affectés restaient applicables, même si l'offre de crédit ne mentionnait pas la prestation financée, dès lors que les juges du fond avaient souverainement relevé le lien entre les contrats⁶⁷¹ et les manœuvres frauduleuses du prêteur pour soustraire le crédit à ces

⁶⁶⁹ TI Saintes, jugement avant-dire droit du 16 décembre 2005, Époux Rampion c/ société Franfinance et société K par K, CCC 2006, comm. 37, note Guy RAYMOND.

⁶⁷⁰ CJCE, 1^{ère} ch., 4 octobre 2007, n°C-429/05, Max et Marie-Jeanne Rampion c/ société Franfinance et société K par K, JCP 2008, II, 10031, note Gilles PAISANT ; CCC 2007, comm. 310, note Guy RAYMOND.

⁶⁷¹ Cass. civ. 1^{ère}, 7 février 2006, n°04-11185, Bull. I, n°58, p. 58, rendu après CA Montpellier, 26 novembre 2003, rejet.

dispositions. Il est difficile cependant de voir là un assouplissement de la Cour quant au formalisme. Cela ressemblait plus à une application de l'adage « *fraus omnia corrumpit* »⁶⁷².

e – L'apport nécessaire de la loi du 1^{er} juillet 2010

361. Enfin, la loi n°2010-737 du 1^{er} juillet 2010 est venue donner une définition plus précise du crédit affecté. Tirant les conséquences de la décision de la CJCE, elle abandonna le formalisme imposé par le texte antérieur. Elle posa également des présomptions de lien entre contrat de crédit et contrat de vente ou de prestation. Selon l'article L311-1, 9°, le contrat affecté est désormais un « crédit servant exclusivement à financer un contrat relatif à la fourniture de biens particuliers ou la prestation de services particuliers ; ces deux contrats constituent une opération commerciale unique. Une opération commerciale unique est réputée exister lorsque le vendeur ou le prestataire de services finance lui-même le crédit ou, en cas de financement par un tiers, lorsque le prêteur recourt aux services du vendeur ou du prestataire pour la conclusion ou la préparation du contrat de crédit ou encore lorsque le contrat de crédit mentionne spécifiquement les biens ou les services concernés ». Le formalisme, préjudiciable ici au consommateur, était né de la loi. Il a fallu une question préjudicielle du Tribunal d'instance de Saintes, la réponse de la CJCE, et enfin une loi nouvelle, pour que la Cour de cassation y renonce.

Conclusion de section

362. Le régime du délai de rétractation, mesure phare du dispositif de protection de l'emprunteur, comporte des faiblesses. La livraison anticipée, qui existe depuis la loi de 1978, en est la plus criante. Fort heureusement, la Première Chambre civile, par la rigueur de ses décisions, tente d'en contenir l'impact, interprétant très strictement l'exigence de la mention manuscrite et sanctuarisant la faculté de rétractation de l'emprunteur. Elle fit montre du même respect scrupuleux envers l'exigence formelle entourant l'affectation du crédit, mais cette fois au détriment de l'emprunteur. Il faudra toute l'opiniâtreté du

⁶⁷² La fraude corrompt tout.

Tribunal d'instance de Saintes, qui saisit la CJCE d'une question préjudicielle, puis une loi, pour que soit abandonnée l'exigence d'une mention d'affectation dans le contrat de prêt.

Conclusion de chapitre

363. En matière de crédit à la consommation, le choix d'un délai de rétractation peut être regretté. Un délai de réflexion aurait été préférable car, dans ce cas, le temps ne lie pas. Il faut agir, à l'issue du délai, pour être tenu par le contrat. Au contraire, avec un délai de rétractation, le temps lie. Il faut un acte positif du consommateur pour empêcher l'exécution du contrat à l'échéance du délai. Le délai de rétractation présente aussi des faiblesses. L'emprunteur saisira-t-il le danger que représente la demande de livraison anticipée, laquelle réduit à une peau de chagrin son délai de rétractation ? Pas si sûr. Les montants désormais en jeu, jusqu'à 75.000 euros, incitent pourtant à la plus extrême vigilance. La Première Chambre civile, relayée par les juges du fond, a tenté de corriger ces faiblesses en exigeant un respect scrupuleux de la mention manuscrite rédigée par l'emprunteur et en sanctuarisant le caractère discrétionnaire du droit de rétractation, quelle que soit la bonne ou mauvaise foi de l'emprunteur. La Première Chambre civile a fait une lecture tout aussi pointilleuse de la mention d'affectation requise par la loi, allant même au-delà de l'exigence légale, mais cette fois, au détriment de l'emprunteur. En effet, si le contrat de crédit n'est pas affecté, la rétractation n'emporte pas résolution du contrat principal, qu'il va falloir régler comptant. Une question préjudicielle, une réponse de la CJCE et enfin une loi inciteront peut-être la première chambre civile à davantage de souplesse. Comme le souligne justement Vassili CHRISTIANOS⁶⁷³, le délai de rétractation n'est de toute façon pas, à lui seul une arme suffisante, « sa mise en œuvre effective exige toujours d'autres mesures, voire une information spécifique du consommateur ; bien plus, une éducation générale de celui-ci ; pour qu'il puisse connaître ses droits afin d'être en mesure de se défendre lui-même. » Après nous être intéressés au délai de rétractation, il convient maintenant de nous pencher sur le support du repentir : le bordereau de rétractation.

⁶⁷³ CHRISTIANOS Vassili, « *Délai de réflexion : théorie juridique et efficacité de la protection des consommateurs* », D. 1993, p. 28.

Chapitre 2 : Le support du repentir

364. Si la faculté de repentir est un des piliers de la législation spéciale sur le crédit à la consommation, le bordereau de rétractation en constitue, indéniablement, le bras armé. C'est en effet lui qui va permettre à l'emprunteur de revenir, concrètement, sur son engagement, de faciliter son renoncement, d'en être le vecteur. Il permet aussi d'attirer l'attention du consommateur sur le droit dont il dispose. En vertu de l'article L311-15 ancien du Code de la consommation, applicable à tous les contrats souscrits avant le 1^{er} mai 2011⁶⁷⁴, l'offre préalable doit comporter un formulaire détachable de rétractation. Et, en vertu de l'article R311-7 ancien, ce formulaire doit être conforme à un modèle type⁶⁷⁵ situé en annexe du code. Avec la loi du 1^{er} juillet 2010, l'article L311-15 est devenu l'article L311-12. Hormis quelques différences sémantiques mineures, l'article L311-12 modifie l'article L311-15 sur un point important. Le bordereau n'a plus à figurer dans l'exemplaire du prêteur. Quant à l'article R311-7, la loi de 2010 n'en a changé que le numéro. Il est devenu l'article R311-4⁶⁷⁶. Ces articles L311-12 et R311-4 issus de la loi de 2010 sont applicables aux contrats de crédit à la consommation souscrits à partir du 1^{er} mai 2011. La Cour de cassation n'ayant pas encore eu l'occasion de connaître de contrats postérieurs à cette date, il sera donc, dans les développements qui vont suivre, essentiellement question de l'ancien article L311-15 et de l'ancien article R311-7. Les moyens ayant trait à l'absence ou à l'irrégularité du bordereau de rétractation comptent, semble-t-il, parmi ceux les plus fréquemment invoqués ou relevés d'office. C'est en tout cas ce que révèle Ghislain POISSONNIER, magistrat, lequel constate par ailleurs que « la régularité de nombreuses offres préalables de crédit à la consommation reste discutable, plus de 35 ans après l'adoption de la loi n°78-22 du 10 janvier 1978 »⁶⁷⁷, distinguant les

⁶⁷⁴ Textes antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi n°2010-737 du 1^{er} juillet 2010, fixée au 1^{er} mai 2011.

⁶⁷⁵ Annexe de l'ancien article R311-7 du Code de la consommation : Annexe 6, V, du Code de la consommation.

⁶⁷⁶ R311-4 (issu du décret n°2011-136 du 1^{er} février 2011, applicable à partir du 1^{er} mai 2011) du Code de la consommation : « Le formulaire détachable de rétractation prévu à l'article L311-12 est établi conformément au modèle type joint en annexe. Il ne peut comporter au verso aucune mention autre que le nom et l'adresse du prêteur. »

⁶⁷⁷ POISSONNIER Ghislain, « Bordereau de rétractation de l'offre préalable de crédit à la consommation : clarifications et incertitudes », D. 2012, n° 38, p. 2567.

banques, « généralement plus respectueuses du formalisme », des établissements de crédit, qui le seraient moins⁶⁷⁸. Au sein de cet abondant contentieux, certaines questions, par leur rémanence, invitent à une étude plus approfondie. Dans un premier temps, seront étudiées les précisions de la Cour de cassation quant à l'utilisation du bordereau de rétractation (I), puis, dans un second temps, celles qui concernent la question de la preuve et celle de la sanction (II).

I – Les précisions de la Première Chambre civile quant à l'utilisation du bordereau de rétractation

365. L'utilisation du bordereau de rétractation a donné, une fois de plus, à la Première Chambre civile l'occasion d'interpréter tant le droit commun des contrats que le droit spécial du crédit à la consommation. Certaines précisions apportées concernent l'utilisation du bordereau par le consommateur (§1). D'autres s'adressent au prêteur (§2).

§ 1 – La magnanimité de la Première Chambre civile envers l'emprunteur

366. La Première Chambre civile a fait une appréciation souple du support utilisable par l'emprunteur (A). Elle a aussi apprécié largement le destinataire de la rétractation (B).

A – L'appréciation souple du support utilisable

367. L'ancien article L311-15 dispose que pour permettre l'exercice de la faculté de rétractation, un « formulaire détachable est joint à l'offre préalable ». L'utilisation de ce formulaire est-elle pour autant impérative ? Ou bien la rétractation peut-elle se faire valablement sur un autre support ? La Cour de cassation eut très tôt l'occasion de répondre à cette question. Au travers d'un chapeau, elle affirma le 12 février 1991⁶⁷⁹ que « l'emprunteur peut exercer ce droit par d'autres moyens que le formulaire détachable,

⁶⁷⁸ POISSONNIER Ghislain, « Bordereau de rétractation en crédit à la consommation : consécration du pouvoir souverain d'appréciation du juge du fond », D. 2013, p. 1329.

⁶⁷⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 12 février 1991, n°88-11916, Bull. I, n°62, p. 39, cassation de CA Poitiers, 11 février 1987, CCC 1991, comm. n°95, obs. Guy RAYMOND ; D. 1992, somm. p. 269, obs. Anne PENNEAU ; RTD civ. 1991, p. 525, obs. Jacques MESTRE, « Droit de rétractation et bénéfice de l'apparence ».

lequel a pour but tant d'attirer son attention sur ce droit que de lui en faciliter l'exercice ». La rétractation peut donc s'exprimer sur un autre support, comme une lettre, un exploit d'huissier ou encore une déclaration verbale contre récépissé. La Cour de cassation fit donc preuve de souplesse, en admettant d'autres supports de la rétractation que le bordereau, laissant par là même une grande liberté d'action à l'emprunteur. Cette position semble parfaitement conforme à l'esprit de la faculté de rétractation. La Cour de cassation a-t-elle fait montre de la même souplesse pour le destinataire de la rétractation ?

B – L'appréciation large du destinataire de la rétractation

368. Lorsqu'il souscrit un emprunt pour acheter un bien, l'emprunteur côtoie dans le même temps plusieurs partenaires contractuels. Un prêteur, un vendeur, parfois un assureur, un livreur. Dès lors, une confusion peut le gagner s'il décide de revenir sur son contrat de crédit. À qui doit-il adresser et envoyer sa rétractation ? Il doit bien sûr l'adresser au prêteur, qui est son cocontractant dans le contrat de crédit à la consommation dont il souhaite se défaire. Pourtant, la Première Chambre civile est habilement venue à son secours, grâce notamment à un mécanisme du droit commun, celui du mandat apparent. Dans un arrêt rendu le 12 février 1991⁶⁸⁰, la Première Chambre civile a en effet déduit de la combinaison des articles 1998 alinéa 1^{er} du Code civil, L311-15 et L311-25 du Code de la consommation, « que l'emprunteur peut exercer son droit de rétractation auprès du vendeur s'il a la croyance légitime que celui-ci a pouvoir d'engager l'organisme de crédit, et que les circonstances l'autorisent à ne pas vérifier les limites exactes de ce pouvoir ». Elle a donc admis que le destinataire de la rétractation puisse être quelqu'un d'autre que le prêteur, si le consommateur croit de bonne foi qu'il est le mandataire du prêteur et qu'il est compétent pour recevoir sa renonciation, conditions *in fine* peu exigeantes et difficiles à vérifier. C'était très hardi car le vendeur n'était pas le cocontractant de l'emprunteur dans le contrat de crédit. Il était son cocontractant dans le contrat de vente. L'on comprend qu'une telle audace ait pu heurter. Pour Jacques MESTRE, « ce possible jeu de l'apparence renforce l'originalité du mécanisme de la rétractation : non seulement, celui-ci va permettre à une personne d'anéantir par sa seule

⁶⁸⁰ Cass. Civ. 1^{ère}, 12 février 1991, Bull. I, n°62 ; D. 1992, somm. comm. 269, obs. A. PENNEAU ; Cass. Civ. 1^{ère}, 2 février 1994, CCC 1994, comm. n°84, note Guy RAYMOND.

volonté un contrat déjà formé, mais encore cette révocation unilatérale va pouvoir se faire sans que le cocontractant en soit simplement informé (...) »⁶⁸¹. Le consommateur était en l'espèce lié avec le vendeur par un contrat de vente et au prêteur par un contrat de prêt. Or, le vendeur se trouva placé malgré lui dans la peau du prêteur, devant enregistrer une rétractation pour un contrat duquel il n'était pas partie, regrettant peut-être cette lecture singulière du principe de l'effet relatif des conventions par la Première Chambre civile. Cette dernière réaffirma sa position dans des termes absolument similaires le 2 février 1994⁶⁸². Sur le fond, cette position est conforme à l'objectif de protection du consommateur. Mais le chemin pour y parvenir à de quoi surprendre. La Cour de cassation utilise ici un mécanisme du droit commun, le mandat, pour malmener un principe du droit commun, le principe de l'effet relatif des contrats, dans le but de protéger un emprunteur théoriquement bien protégé par un droit spécial qui lui est entièrement dédié, le droit spécial du crédit à la consommation.

369. La Première Chambre civile adopta, tant sur la question du destinataire de la rétractation que sur celle du support de la rétractation, une position tout en souplesse et bienveillante à l'égard du consommateur, au détriment parfois, il faut bien en convenir, du droit commun des contrats. Quelle fut son attitude à l'égard du prêteur ?

§ 2 – Les précisions formelles à destination du prêteur

370. La Première Chambre civile dut aussi se prononcer sur la nécessité ou non de la présence d'un bordereau de rétractation dans l'exemplaire du prêteur (A) et sur celle du nom et de l'adresse du prêteur sur ce même bordereau (B).

A – La présence d'un bordereau dans l'exemplaire du prêteur

371. L'ancien article L311-15 exigeait la présence d'un bordereau de rétractation au côté de l'offre préalable. Certains prêteurs ont fait une lecture toute personnelle de cette exigence, s'abstenant de joindre un bordereau à leur propre exemplaire de l'offre. Selon

⁶⁸¹ RTD civ. 1991, p. 525, obs. Jacques MESTRE.

⁶⁸² Cass. civ. 1^{ère}, 2 février 1994, n°91-18195, inédit.

eux, le Code de la consommation ne leur imposait pas expressément de le faire. Ils avançaient aussi, dans le même ordre d'idées, que la présence d'un bordereau dans leur exemplaire ne présentait aucun intérêt puisque, de toute façon, ils n'allaient pas s'envoyer un formulaire de rétractation à eux-mêmes. C'était cependant faire peu de cas de l'article 1325 du Code civil qui prévoit que « les actes sous seing privé, qui contiennent des conventions synallagmatiques, ne sont valables qu'autant qu'ils ont été faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct ». C'était n'en faire pas davantage des articles L311-15 ancien et L311-8 ancien du Code de la consommation. L'article L311-15 ancien impose en effet de joindre à l'offre préalable un formulaire détachable de rétractation. De son côté, l'article L311-8 ancien évoque une « ...offre préalable remise en double exemplaire à l'emprunteur... ». C'est bien la même offre qui est remise en deux exemplaires à l'emprunteur. Une fois signée, l'emprunteur en remet un exemplaire au prêteur. Les exemplaires du prêteur et de l'emprunteur doivent donc être strictement identiques et contenir tous les deux le formulaire détachable de rétractation car, même si l'article L311-8 ancien ne le vise pas spécifiquement, il fait partie intégrante de l'offre. Exiger un bordereau dans l'exemplaire de l'emprunteur et dans l'exemplaire du prêteur permet de se conformer aux principes légaux. Cela permet aussi au prêteur, le cas échéant, de prouver et la remise et la régularité du bordereau. Selon certains auteurs, ce serait même le seul moyen d'y parvenir⁶⁸³. Certains auteurs sont cependant hostiles à cette vision. Selon eux, il n'est pas nécessaire que le bordereau de rétractation figure aussi dans l'exemplaire du prêteur. Ainsi, pour Nicolas MATHEY, « l'argument tiré du double original relevait du sophisme ».

372. L'absence de bordereau dans l'exemplaire du prêteur devait donc, logiquement, être sanctionnée. Les juges du fond étaient néanmoins divisés. Dans un arrêt rendu le 17 janvier 2012, la Cour d'appel de Grenoble⁶⁸⁴ confirma bien cette nécessité de présence du bordereau de rétractation dans l'exemplaire destiné au prêteur. Et, dans un arrêt rendu le

⁶⁸³ BIARDEAUD Gérard et FLORES Philippe, « *Le contentieux du droit de la consommation* », éd. ENM, mars 2005, vol. 1, p. 114.

⁶⁸⁴ CA Grenoble, 17 janvier 2012.

12 janvier 2012, la Cour d'appel de Lyon⁶⁸⁵ rappela que pour permettre au juge de vérifier la régularité du bordereau, le prêteur devait produire son propre exemplaire de l'offre. Mais d'autres Cours d'appel jugèrent en sens inverse que la présence d'un bordereau de rétractation dans l'exemplaire du prêteur n'était pas exigée par la loi. C'est ce que décida la Cour d'appel d'Orléans le 27 octobre 2011⁶⁸⁶, estimant que la finalité du bordereau était de permettre à l'emprunteur de revenir sur sa décision et qu'à ce chef, la présence d'un bordereau dans l'exemplaire restitué au prêteur après signature n'était nullement nécessaire. Selon cette même Cour, l'article L311-8 ancien n'exigeait pas que les deux exemplaires fussent identiques. La Cour d'appel de Douai⁶⁸⁷ estima, dans le même sens, le 12 janvier 2012, que « le formulaire détachable joint à cette offre préalable dont l'usage est exclusivement destiné à l'emprunteur pour exercer sa faculté de rétractation n'a pas lieu de figurer sur l'exemplaire destiné au prêteur ».

373. Ces solutions peuvent ne pas emporter la conviction. L'argument selon lequel le bordereau n'aurait pas à figurer dans l'exemplaire du prêteur parce qu'il ne lui est d'aucune utilité semble dangereux. En effet, la plupart des informations portées sur une offre préalable ne sont, de la même manière, d'aucune utilité pour le prêteur. Si l'on suit la même logique, il faudrait alors les faire disparaître de l'exemplaire du prêteur.

374. Pourtant, ces solutions discutables furent validées par la Première Chambre civile dans un arrêt du 12 juillet 2012⁶⁸⁸. La Cour de cassation a probablement été influencée par l'article L311-12 nouveau, lequel remplace et modifie l'ancien article L311-15. L'article L311-12 n'impose désormais la remise du bordereau de rétractation qu'au seul emprunteur : « Afin de permettre (à l'emprunteur) l'exercice de ce droit de

⁶⁸⁵ CA Lyon, 12 janvier 2012.

⁶⁸⁶ CA Orléans, 27 octobre 2011.

⁶⁸⁷ CA Douai, 12 janvier 2012.

⁶⁸⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 12 juillet 2012, *Crédipar*, n°11-17595, Bull. I, n°169 ; POISSONNIER Ghislain, « *Bordereau de rétractation de l'offre préalable de crédit à la consommation : clarifications et incertitudes* », D. 2012, p. 2567 à 2572 ; Gaz. Pal. 6 septembre 2012, n°250, p. 16, obs. Stéphane PIÉDELIÈVRE : la Cour de cassation valida le raisonnement de la Cour d'appel qui avait jugé qu'« aucune disposition légale n'imposait que le bordereau de rétractation, dont l'usage est exclusivement réservé à l'emprunteur, figure aussi sur l'exemplaire de l'offre destinée à être conservée par le prêteur. »

rétractation, un formulaire détachable est joint à *son* exemplaire du contrat de crédit ». Cette formule n'existait pas dans le projet de loi initial. La formule « joint à son contrat de crédit » apparaît pour la première fois dans le texte de la Commission des affaires économiques enregistré le 10 décembre 2009⁶⁸⁹. C'est assurément lors du passage en commission que la formule a fleuri. Elle ne fera ensuite l'objet d'aucun amendement. Même si la nouvelle rédaction ne s'applique qu'aux contrats souscrits à partir du 1^{er} mai 2011, la première chambre civile a donc choisi d'anticiper son entrée en vigueur, validant en cela les positions de certaines Cour d'appel, regrettables, mais entérinées par le législateur. Il est permis de ne pas s'en réjouir. Le droit commun des contrats est malmené, sans que la protection du consommateur n'en soit pour autant renforcée.

375. Un contentieux s'est aussi développé au sujet de la présence du nom et de l'adresse du prêteur sur le bordereau de rétractation.

B – Le nom et l'adresse du prêteur sur le bordereau

376. L'ancien article R311-7 prévoit que le bordereau ne peut comporter aucune autre mention que le nom et l'adresse du prêteur. Mais le bordereau doit-il pour autant comporter le nom et l'adresse du prêteur ? Amenée à se prononcer, la Première Chambre civile affirma, dans un arrêt rendu le 8 juillet 1997⁶⁹⁰ au visa de l'article R311-7 alinéa 2, que le bordereau de rétractation « doit » comporter au verso le nom et l'adresse du prêteur. Pourtant, l'article R311-7 alinéa 2 ne dit rien de tel. Il se contente d'indiquer : « Il ne peut comporter au verso aucune mention autre que le nom et l'adresse du prêteur », sans imposer toutefois que cette « mention » figure. Cet arrêt, « très indulgent pour le consommateur »⁶⁹¹ selon Denis MAZEAUD, fut vivement critiqué. Il est vrai que la Cour

⁶⁸⁹ Dossier législatif en ligne sur le site www.senat.fr – Texte de la commission des affaires économiques n°2150 du 10 décembre 2009 –.

⁶⁹⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 8 juillet 1997, n°95-18185, Bull. I, n°240, p. 161, Revue Banque, octobre 1997. 92, obs. J.-L. GUILLOT ; Defrénois, 30 novembre 1997, n°22, p. 1354, 1998, Denis MAZEAUD, « *La forme : sœur jumelle de la liberté ou ennemie jurée de la sécurité ?* » ; RD banc. et fin., 1997, p. 214, obs. J.-F. CRÉDOT et Y. GÉRARD ; Gaz. Pal. 1^{er}-5 mai 1997, somm. 22, obs. Stéphane PIÉDELIÈVRE ; RTD com. 1998. 399, obs. Bernard BOULOC.

⁶⁹¹ MAZEAUD Denis, « *Les vices de la protection du consentement du consommateur* », D. 2002, p. 71.

fit là une interprétation très surprenante de l'article R311-7. En effet, de l'obligation de ne pas contenir autre chose que le nom et l'adresse du prêteur, la Cour extirpa une obligation de contenir ces mentions, livrant une « interprétation déformante des textes »⁶⁹². Elle exigea en quelque sorte un formalisme informatif que les textes eux-mêmes n'exigeaient pas. Une telle posture risquait de favoriser les comportements de mauvaise foi⁶⁹³.

377. La Première Chambre civile revint sur sa position le 17 juillet 2001⁶⁹⁴. Dans cette affaire, l'emprunteur avait sollicité la condamnation du prêteur à la déchéance du droit aux intérêts. À l'appui de sa demande, il invoquait l'irrégularité de l'offre due à l'absence du nom et de l'adresse du prêteur au verso du bordereau de rétractation. Le Tribunal d'instance le débouta de ses demandes en retenant que l'article R311-7 n'imposait pas de faire figurer l'adresse du prêteur au verso du bordereau de rétractation. Il s'opposait donc à la solution dégagée précédemment par la Première Chambre civile. Amenée à se prononcer, cette dernière suivit cependant l'orientation du Tribunal, affirmant sans ambiguïté que « l'article R311-7 alinéa 2 du Code de la consommation, qui interdit, au verso du bordereau, toute autre mention que le nom et l'adresse du prêteur, n'impose pas, pour autant, que ces mentions doivent y figurer ».

378. Ce revirement fut salué⁶⁹⁵ par la doctrine et confirmé depuis⁶⁹⁶. Cette lecture des textes est plus orthodoxe mais qu'en est-il de la protection du consommateur ?

⁶⁹² Cf. supra.

⁶⁹³ PIÉDELIÈVRE Stéphane, « *Droit de la consommation* », Economica, 2^{ème} éd., 2014, p. 317.

⁶⁹⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 17 juillet 2001, n°98-22364, Bull. I. n°233 ; D. 2001. AJ. 2676, obs. C. RONDEY ; JCP E 2002. II. 74, obs. O. LUTUN ; JCP G 2002, II, 10097, obs. E. BAZIN ; LPA, 1er janvier 2002. 15, note V. LABORDES ; RTD civ., 2002, p. 91, obs. Jacques MESTRE et Bertrand FAGES ; RTD com., 2002. 145, obs. B. BOULOC ; Gaz. Pal. 7-9 avr. 2002. 348, note Françoise PERRET-RICHARD, « *De l'irrégularité d'une offre préalable de crédit établie néanmoins conformément à un modèle-type dans le domaine du crédit à la consommation* ».

⁶⁹⁵ MAZEAUD Denis, « *Les vices de la protection du consentement du consommateur* », D. 2002, p. 71 ; LEPAGE Agathe, « *Les paradoxes du formalisme informatif* », in Mélanges Calais-Auloy, 2004 : « Le formalisme informatif devant conserver sa vertu protectrice sans verser dans les excès que fait naître une totale dissociation entre l'appréciation de la forme et du fond. »

⁶⁹⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 13 novembre 2002, Bull. I, n°267 ; cass. civ. 1^{ère}, 13 novembre 2002, CCC 2003, n°47, obs. Guy RAYMOND.

L'absence de mention du nom et de l'adresse du prêteur au dos du bordereau de rétractation est-elle de nature à amoindrir sa liberté de se délier ? Selon Denis MAZEAUD⁶⁹⁷, elle « n'affaiblit en aucune façon sa protection ». Le simple fait que la rétractation puisse être envoyée sur un autre support⁶⁹⁸ suffirait à démontrer l'absence d'impact sur l'emprunteur. En effet, si l'emprunteur utilise un autre support, le nom et l'adresse du prêteur n'y figure pas. Toutefois, le bordereau de rétractation reste le support le plus naturel du repentir. À ce titre, la mention au verso du nom et de l'adresse du prêteur simplifie grandement la fluidité des démarches.

Conclusion de section

379. En matière d'utilisation du bordereau, la Cour de cassation a fait preuve de souplesse envers l'emprunteur, semblant vouloir rendre le plus fluide possible l'exercice de la rétractation. Elle a ainsi permis à l'emprunteur de rédiger son repentir sur un autre support que le bordereau. Elle lui a aussi permis d'adresser son repentir à une autre personne que le prêteur, heurtant cependant, cette fois, le principe de l'effet relatif des conventions. Lorsqu'elle a exigé que le bordereau comporte le nom et l'adresse du prêteur, elle a encore fait une lecture à l'avantage de l'emprunteur, mais peu respectueuse du texte spécial. Son retour à plus d'orthodoxie a souligné ses hésitations et peut-être sa difficulté à s'adapter au texte consumériste. Témoin encore de cette difficulté, la docilité avec laquelle elle a anticipé une évolution législative pourtant hostile aux intérêts du consommateur, puisqu'elle dispense le prêteur de joindre un bordereau de rétractation à son contrat. Voyons maintenant les précisions apportées par la Première Chambre civile sur la question de la preuve et sur celle de la sanction.

⁶⁹⁷ MAZEAUD Denis, « *Les vices de la protection du consentement du consommateur* », D. 2002, p. 71.

⁶⁹⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 12 février 1991, n°88-11916, Bull. I, n°62, p. 39, CCC 1991, comm. n°95, obs. Guy RAYMOND ; D. 1992, somm. p. 269, obs. Anne PENNEAU ; RTD civ. 1991, p. 525, obs. Jacques MESTRE, « *Droit de rétractation et bénéfice de l'apparence* ».

II – Les précisions de la Première Chambre civile sur la question de la preuve et sur celle de la sanction

380. Le droit de rétractation de l'emprunteur est souvent au cœur des procédures à l'origine desquelles se trouve un crédit à la consommation⁶⁹⁹. Le moyen peut alors porter sur l'absence du bordereau ou sur son irrégularité. Sera dans un premier temps étudiée la question de la preuve de la présence et de la régularité du bordereau de rétractation (§1), puis, dans un second temps, celle de la sanction du non respect, par le prêteur, du droit de rétractation de l'emprunteur (§2).

§ 1 – La preuve de la présence et de la régularité du bordereau

381. La question de la preuve de la présence et de la régularité du bordereau de rétractation a fait l'objet d'un contentieux et de débats doctrinaux nourris. Le droit commun de la preuve semblait apporter des réponses claires, qui ont toutefois été bousculées par l'existence d'une clause de remise du bordereau. La répartition entre l'appréciation des juges du fond et le contrôle de la Cour de cassation sera présentée (A), puis cette question cruciale de la charge de la preuve (B).

A – L'appréciation souveraine des juges du fond et le contrôle de la Cour de cassation

382. Lorsqu'une vérification de la présence et de la régularité du bordereau de rétractation s'impose, l'appréciation des éléments de preuve est laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond (1). La Cour de cassation ne contrôle que la réalité de la vérification (2).

1 – L'appréciation souveraine des éléments de preuve par les juges du fond

383. La question de la présence ou de la régularité du bordereau de rétractation peut être soumise au juge du fond. Ce dernier peut aussi la relever d'office⁷⁰⁰. Dans ces deux

⁶⁹⁹ POISSONNIER Ghislain, « Bordereau de rétractation de l'offre préalable de crédit à la consommation : clarifications et incertitudes », D. 2012, n°38, p. 2567.

⁷⁰⁰ V. chapitre sur le relevé d'office.

cas, il doit procéder à une vérification, examiner les preuves. C'est une question de fait, laissée à son appréciation souveraine⁷⁰¹. L'étendue de la vérification que doivent opérer les juges du fond est variable. En effet, si le juge considère que la preuve de la remise du bordereau de rétractation n'est pas rapportée, alors la question de sa régularité ne se pose plus. En revanche, si la remise du bordereau est avérée, alors le juge doit effectuer un second degré de vérification et se prononcer sur sa régularité. Dans un arrêt du 22 septembre 2011⁷⁰² la Cour de cassation confirma cette orientation. Un particulier avait souscrit un crédit à la consommation pour l'achat d'une automobile. Défaillant, il fut poursuivi en paiement par le prêteur. Le Tribunal d'instance⁷⁰³ releva d'office un moyen tiré de l'irrégularité de l'offre préalable, tenant au bordereau de rétractation, et condamna le prêteur. La Cour d'appel d'Aix-en-Provence infirma le jugement, estimant que l'offre était bien pourvue d'un bordereau. Amenée à se prononcer, la Première Chambre civile la sanctionna, au visa des articles L311-33, R311-6 et R311-7 anciens : « (...) en statuant ainsi, sans constater que le bordereau de rétractation était conforme aux dispositions de l'article R311-7 du Code de la consommation, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision (...) ». Les juges du fond doivent vérifier non seulement la remise mais, une fois celle-ci démontrée, la régularité du bordereau de rétractation, ce dernier devant être conforme à un modèle type⁷⁰⁴. Dans cette affaire, la Cour d'appel avait bien statué sur la présence du bordereau mais pas sur sa régularité. Elle fut sanctionnée pour cette omission.

⁷⁰¹ Cass. civ. 1^{ère}, 7 février 1995, n°92-19454, Bull. I, n°78 ; D. 1995, p. 313, obs. Jean-Pierre PIZZIO : « L'arrêt attaqué a *souverainement estimé* que Mme X ne produisait aucun document de nature à prouver qu'aucun exemplaire de l'offre préalable et du formulaire de rétractation ne lui avait été remis lors de la signature des imprimés signés en blanc. »

⁷⁰² Cass. Civ. 1^{ère}, 22 septembre 2011, n°10-30828, inédit– cassation partielle CA Aix-en-Provence, 27 novembre 2009, M. CHARRUAULT, Président ; D. 2011, p. 2716, note Valérie WITTMANN : « *Crédit à la consommation : le formulaire de rétractation face au droit de la preuve* » ; Gaz. Pal. 3 novembre 2011, n°307, p. 12, note Ghislain POISSONNIER, « *Présence et régularité obligatoires du bordereau de rétractation d'une offre de crédit à la consommation* » ; CCC 2011, comm. 268, note Guy RAYMOND, « *Formalisme du bon de rétractation* » ; RD bancaire 2011, n°6, comm. 194, note Nicolas MATHEY, « *Bordereau de rétractation : existence et conformité* ».

⁷⁰³ TI Nice, 6 novembre 2007.

⁷⁰⁴ Anciens articles R311-6 et R311-7 du Code de la consommation, aujourd'hui R311-4 depuis la loi n°2010-737 du 1^{er} juillet 2010.

2 – Le contrôle de la réalité de la vérification par la Cour de cassation

384. La vérification de la présence et de la régularité du bordereau dans l'offre préalable, par le juge du fond, est une question de droit. A ce titre, elle relève du contrôle de la Cour de cassation⁷⁰⁵. En revanche, comme cela vient d'être rappelé, le contenu de la vérification est une question de fait, laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond. Autrement dit, lorsque la question de la présence ou de la régularité du bordereau est soumise au juge ou relevée d'office par lui, il doit opérer cette vérification. La Cour de cassation contrôlera la réalité de la vérification mais ne contrôlera pas l'appréciation des éléments de preuve produits par le juge du fond⁷⁰⁶. Comme le souligne Ghislain POISSONNIER⁷⁰⁷ : « Les inconvénients et avantages d'une telle jurisprudence sont connus : confiance donnée au juge du fond et contrôle allégé de la Cour de cassation, mais risque de cacophonie judiciaire entre juges du fond et traitement inéquitable des justiciables selon leur localisation géographique ». Certaines preuves admises sont ainsi discutables, comme en témoigne un arrêt rendu le 12 juillet 2012 par la Première Chambre civile⁷⁰⁸. Le prêteur avait fourni au juge un exemplaire vierge du même type de contrat. Le juge en avait déduit que le bordereau avait bien été remis à l'emprunteuse et qu'il était de surcroît régulier. La Cour de cassation n'a pas sanctionné la Cour d'appel de Caen car la vérification avait été faite. La preuve peut paraître bien légère, mais elle était à l'appréciation souveraine des juges du fond. Selon Philippe FLORES et Gérard BIARDEAUD⁷⁰⁹, « pour prouver la régularité du bordereau de rétractation, le prêteur

⁷⁰⁵ Par ex. Cass. civ. 1^{ère}, 29 juin 2004, n°03-14209 : le juge du fond avait statué « sans constater que ce formulaire détachable, qui n'avait pas été produit, était effectivement annexé et ne comportait pas, au verso, d'autre mention que le nom et l'adresse de l'organisme prêteur », sa décision a été cassée, le juge n'avait procédé à la vérification ni de la présence, ni de la régularité du bordereau.

⁷⁰⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 12 juillet 2012, n°11-21442 : « (...) c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation des éléments de preuve régulièrement versés aux débats (...) »

⁷⁰⁷ POISSONNIER Ghislain, « *Bordereau de rétractation de l'offre préalable de crédit à la consommation : clarifications et incertitudes* », D. 2012, n°38, p. 2567.

⁷⁰⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 12 juillet 2012, n°11-21442, inédit.

⁷⁰⁹ BIARDEAUD Gérard et FLORES Philippe, « *Crédit à la consommation, Protection du consommateur* », Delmas express, p. 66.

« ne peut le faire qu'en produisant la copie du contrat avec formulaire détachable remis à l'emprunteur ».

385. Le contrat de crédit à la consommation doit contenir un bordereau de rétractation, conforme de surcroît aux prescriptions réglementaires⁷¹⁰. Comme nous venons de le voir, les juges du fond sont invités à le vérifier. Mais à qui incombe la preuve de la présence et de la régularité du bordereau ? À l'emprunteur qui invoque l'absence ou l'irrégularité ? Au prêteur qui se défend en soutenant le contraire ?

B – La question cruciale de la charge de la preuve

386. Le droit de la preuve (1) apporte des solutions que la clause de reconnaissance de remise (2) vient bousculer.

1 – Le droit de la preuve

387. L'article 1315 du Code civil prévoit : « Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation. » En vertu de cet article, si l'emprunteur soutient que le bordereau n'a pas été joint à son offre préalable de crédit, ou qu'il était irrégulier, c'est bien au prêteur de justifier qu'il a rempli son obligation. Dans un arrêt du 10 avril 1996⁷¹¹, la première chambre civile a d'ailleurs affirmé qu'« il appartient au prêteur d'établir qu'il a satisfait aux formalités prescrites (...) ». Selon Philippe FLORES et Gérard BIARDEAUD⁷¹², au regard de l'article 1315 du Code civil, la charge de la preuve repose nécessairement sur le professionnel qui réclame en justice l'exécution du contrat.

⁷¹⁰ Anciens articles L311-15 et R311-7 du Code de la consommation, L311-12 et R311-4 depuis la loi n°2010-737 du 1^{er} juillet 2010.

⁷¹¹ Cass. civ. 1^{ère}, 10 avril 1996, n°94-13473, Bull. I, n°178, p. 124, D. 1996, jurisprudence p. 527, note Théo HASSLER.

⁷¹² BIARDEAUD Gérard et FLORES Philippe, « Crédit à la consommation, Protection du consommateur », Delmas express, p. 66.

388. Il convient à ce stade d'évoquer la clause par laquelle l'emprunteur reconnaît avoir reçu un exemplaire de l'offre doté d'un bordereau de rétractation. Quelle influence cette clause a-t-elle sur la charge de la preuve de la remise et de la régularité du bordereau ?

2 - La clause de reconnaissance de remise du bordereau de rétractation

389. Les différents modèles-types d'offres préalables à un contrat de crédit à la consommation comportent tous une clause⁷¹³ par laquelle l'emprunteur reconnaît rester en possession d'une offre pourvue d'un bordereau de rétractation – « je reconnais rester en possession d'un exemplaire de cette offre doté d'un formulaire détachable de rétractation » - si bien que les offres contiennent toutes cette mention.

a – Le caractère réglementaire de la clause et sa valeur

390. Cette mention n'est pas une clause qui émane des prêteurs, son origine est réglementaire. Elle est insérée dans les modèles types d'offres préalables, fixés par arrêté⁷¹⁴, faisant l'objet d'une publication au Journal Officiel. Elle va faire l'objet d'un important contentieux et de débats doctrinaux aussi nourris que passionnés. Sa présence même est vivement critiquée par Ghislain POISSONNIER⁷¹⁵, pour lequel elle est non seulement abusive, car destinée à faciliter au professionnel la preuve de l'existence du bordereau, mais aussi illicite, car visant à contourner l'obligation légale d'établir deux exemplaires identiques de l'offre préalable⁷¹⁶. Cet avis peut être partagé et il n'est pas interdit de souhaiter sa disparition des contrats de crédit à la consommation.

391. Différentes questions se posent à propos de cette clause. Doit-elle emporter une présomption ? Si tel est le cas, doit-il s'agir d'une présomption de remise ? De

⁷¹³ Cette clause se situe avant la date et la signature.

⁷¹⁴ Dernière version modifiée par arrêté du 14 mai 2007.

⁷¹⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 14 janvier 2010, n°08-20403, Gaz. Pal. 8 avril 2010, n°98, p. 12, note Ghislain POISSONNIER, « *Sanction du défaut de bordereau de rétractation* ».

⁷¹⁶ Par ex. : CA Amiens, 24 mai 2012.

régularité ? À s'en tenir à ses termes mêmes, la clause est une reconnaissance de remise. C'est le fait pour l'emprunteur de reconnaître détenir, physiquement, un formulaire pour se dédire. Si la clause est, en elle-même, contestable, la présomption de remise du bordereau qui en découle n'encourt, elle, pas la critique, car il existe alors bien un lien logique, cohérent, entre la reconnaissance de remise – fait connu – et l'existence de la remise – fait inconnu-. Ce n'est donc pas la présomption qu'il faut combattre mais la clause qui en est la source⁷¹⁷. En revanche, la clause ne permet pas, au vu de ses termes, de présumer de la régularité du bordereau. Comment le pourrait-elle du reste ? Au regard des articles 1354 et suivants du Code civil, la reconnaissance ou l'aveu de l'emprunteur ne peuvent porter que sur un élément de fait et non sur un élément de droit. La reconnaissance de l'emprunteur ne peut donc pas porter sur la régularité du bordereau qui est une question de droit. Et pourtant, les développements qui vont suivre témoignent de l'exact contraire.

b – La réception de la clause par la jurisprudence

α - Les solutions antérieures à l'arrêt du 12 juillet 2012

392. Ces solutions ont pu être décrites comme « assez diverses et plutôt favorables à l'emprunteur »⁷¹⁸. Quelques Cours d'appel se sont satisfaites de la mention⁷¹⁹ pour présumer de la remise du bordereau. Ainsi en fut-il de la Cour d'appel de Douai⁷²⁰ qui jugea la mention suffisante pour établir que l'offre remise aux emprunteurs comportait le formulaire détachable de rétractation. À l'inverse, de nombreux Tribunaux d'instance⁷²¹ et

⁷¹⁷ Sur cette question : MORET-BAILLY Joël, « *Les stipulations de constatation* », RJJ 2000, p. 489 à 513.

⁷¹⁸ RD bancaire et fin. 2012, n°5, comm. 145, note Nicolas MATHEY, « *Bordereau de rétractation et charge de la preuve* ».

⁷¹⁹ exemples : CA Dijon, 13 mars 2007, CCC 2007, n°222, obs. G. RAYMOND ; CA Besançon, 19 mars 2008 ; CA Nancy, 7 janvier 2010 ; CA Orléans, 24 février 2011, 27 octobre 2011 ; CA Douai, 28 octobre 1999 ; CA Amiens, 24 mai 2012.

⁷²⁰ CA Douai, 12 janvier 2012.

⁷²¹ Exemples : TI Niort, 15 mai 2002, CCC 2002, n°115, obs. Guy RAYMOND ; TI Cambrai, 19 juin 2008, Gaz. Pal. 10 janvier 2009, p. 22, note Ghislain POISSONNIER.

la majeure partie des Cours d'appel⁷²², dont la Cour d'appel de Paris⁷²³, ne s'en satisfirent pas. Pour eux, la présence seule de la mention ne permettait pas de prouver la présence effective du bordereau de rétractation. Ainsi, la Cour d'appel de Grenoble, dans un arrêt du 17 janvier 2012⁷²⁴, jugea-t-elle que faute pour le prêteur de produire son exemplaire de l'offre auquel était joint le bordereau détachable de rétractation, il devait être déchu de son droit aux intérêts, peu important que l'emprunteur ait signé une reconnaissance de remise d'une offre pourvue d'un bordereau. La Cour d'appel de Grenoble refusa de faire peser sur l'emprunteur la charge de la preuve. La Cour d'appel de Lyon, dans un arrêt du 12 janvier 2012⁷²⁵, jugea de son côté que « la reconnaissance de l'emprunteur quant à la détention d'un exemplaire de l'offre doté d'un bordereau détachable n'est pas de nature à démontrer la régularité dudit bordereau ». Cette affirmation était pleine de sagesse. Pour permettre au juge de vérifier la régularité du bordereau, le prêteur devait produire son formulaire de l'offre doté d'un bordereau détachable.

393. Des divergences d'appréciation existaient entre Cours d'appel. Des divergences existaient aussi entre certaines Cours d'appel et la Cour de cassation. La Première Chambre civile, dans un arrêt du 22 septembre 2011⁷²⁶, admit que la reconnaissance de remise démontrait la présence du formulaire dans l'offre sans toutefois en déduire sa régularité. Elle fit de la reconnaissance signée par l'emprunteur une présomption de remise du bordereau mais pas de sa régularité⁷²⁷. Cette solution maintenait une relative

⁷²² Exemples : CA Rennes, 24 avril 1998, D. affaires, juin 1998, p. 1040, obs. V. AVÉNA-ROBARDET, CCC 1998, n°105, obs. Guy RAYMOND, 5 novembre 1998, CCC 1999, n°13, obs. Guy RAYMOND ; 6 avril 2012, 27 avril 2012 ; CA Grenoble, 17 janvier 2012 ; CA Angers, 15 mai 2012 ; CA Riom, 14 septembre 2011 ; CA Bordeaux, 30 avril 1998, BICC 1998, n°1328, 11 mai 1999, BICC 1999, n°1147 ; CA Rouen, 27 mai 1998, JCP E 1999, pan. p. 1125 ; CA Agen, 28 juin 2004 ; CA Dijon, 13 mars 2007, CCC 2007, n°8, p. 36, obs. G. RAYMOND, 18 octobre 2011, 19 juin 2012 ; CA Lyon, 24 janvier 2008, 24 mai 2012.

⁷²³ CA Paris, 4 novembre 2010, CA Paris, 2 décembre 2010, CA Paris, 7 avril 2011, CA Paris, 5 juillet 2012, CA Paris, 27 janv. 2011, CCC 2011, n°133, obs. G. RAYMOND.

⁷²⁴ CA Grenoble, 17 janvier 2012, SA Laser Cofinoga c/ M. Mohamed C.

⁷²⁵ CA Lyon, 12 janvier 2012, SA Monabanq c/ M. M.

⁷²⁶ Cass. Civ. 1^{ère}, 22 septembre 2011, n°10-30828, inédit, V. supra.

⁷²⁷ LPA, 5 novembre 2012, n°221, p. 7, obs. Jérôme LASSERRE CAPDEVILLE évoque l'arrêt de la Première Chambre civile du 22 septembre 2011 cité supra.

protection de l'emprunteur, laquelle fut renversée par un arrêt de rejet en date du 12 juillet 2012⁷²⁸.

β - L'arrêt du 12 juillet 2012 ou l'amorce des premières craintes

394. La Première Chambre civile valida ce jour là le raisonnement suivi par la Cour d'appel de Poitiers⁷²⁹, sur lequel il semble opportun de s'arrêter. Les faits de l'espèce étaient tristement classiques. Un crédit à la consommation avait été souscrit pour financer l'acquisition d'un véhicule. Le prêteur avait obtenu une injonction de payer contre l'emprunteur, lequel n'honorait plus ses engagements. L'emprunteur avait formé opposition à cette injonction et argué de l'irrégularité du bordereau de rétractation, sur lequel n'aurait pas figuré la date d'expiration du délai de réflexion, alors exigée⁷³⁰. La Cour d'appel jugea « que le moyen tiré de l'absence de justification de la date d'expiration du délai de réflexion est lui aussi sans effet dès lors que cette mention, exigée par l'article R311-7 et le modèle type en vigueur antérieurement au 1^{er} octobre 2007, ne doit figurer qu'au recto du formulaire détachable de rétractation, partie précisément non produite par M. X... ». Autrement dit, pour la Cour d'appel, si l'emprunteur avait signé une reconnaissance de remise du bordereau de rétractation, c'était ensuite à lui que revenait la charge de prouver que le bordereau était irrégulier et il devait le faire en produisant son exemplaire complet de l'offre. La Cour d'appel alla donc plus loin que la lettre de la clause et inversa la charge de la preuve non seulement de la remise – ce que faisait la clause – mais aussi de la régularité du bordereau – ce que ne faisait absolument pas la clause -. La Cour d'appel fit glisser insidieusement la portée de la clause. En effet, tirer de la clause une présomption de remise du bordereau est une chose, en tirer une présomption de régularité en est une autre. La Première Chambre civile se montra prudente dans sa

⁷²⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 12 juillet 2012, n°11-17595, Bull. I, n°169 ; « *Bordereau de rétractation et charge de la preuve* », par Nicolas MATHEY, RD bancaire et fin. septembre 2012, n°5, comm. 145 ; D. 2012, p. 2567, note Ghislain POISSONNIER, « *Bordereau de rétractation de l'offre préalable de crédit à la consommation : clarifications et incertitudes* » ; JCP E 2012, n°41, 1606, comm. Éric BAZIN ; LPA, 5 novembre 2012, n°221, p. 7, obs. Jérôme LASSERRE CAPDEVILLE ; RTD com. 2012, p. 832, obs. LEGEAIS, « *Crédit à la consommation. Preuve de la remise du bordereau de rétractation* » ; dans le même sens : Cass. civ. 1^{ère}, 12 juillet 1992, n°11-19495.

⁷²⁹ CA POITIERS, 7 septembre 2010.

⁷³⁰ Article R311-7 du Code de la consommation et modèle type en vigueur avant le 1^{er} octobre 2007.

formulation, n'évoquant pas directement la régularité : « (...) il appartenait à l'emprunteur de justifier du caractère erroné ou mensonger de sa reconnaissance écrite en produisant l'exemplaire original de l'offre resté en sa possession ». Mais, en rejetant le pourvoi, elle sembla laisser peu de doutes sur ses intentions. À partir du moment où l'emprunteur reconnaît avoir reçu une offre dotée d'un formulaire de rétractation, une présomption de remise mais aussi de régularité du bordereau paraît établie. La charge de la preuve est inversée, tant pour la preuve de la remise que pour celle de la régularité du bordereau. Ce n'est ainsi plus au prêteur de démontrer la régularité, mais à l'emprunteur, comme le suggère habilement la Première Chambre civile, « en produisant l'exemplaire original de l'offre resté en sa possession ». Un autre arrêt rendu le même jour permet d'éclairer un peu plus la position de la Première Chambre civile⁷³¹. Elle approuva dans cet arrêt la Cour d'appel de Chambéry qui avait déduit de la reconnaissance de remise du bordereau et des conditions générales de l'offre précisant les modalités de rétractation, une présomption de régularité du bordereau. Selon la Première Chambre civile en effet, la Cour d'appel en avait « exactement déduit sans inverser la charge de la preuve, qu'il appartenait à l'emprunteur de démontrer l'inexactitude d'une telle formule ou l'irrégularité du bordereau de rétractation en produisant l'exemplaire original de l'offre resté en sa possession ». Cela constituait pourtant bien une inversion de la charge de la preuve qui heurtait les règles tant du Code civil que du Code de la consommation. Reconnaître avoir reçu un bordereau de rétractation ne signifie nullement que ce bordereau est régulier. Le raisonnement de la Cour d'appel conduisait cette fois à déduire d'un élément de fait - la remise d'un bordereau – un élément de droit – la régularité du bordereau -⁷³².

γ - Les divisions de la doctrine au sujet de l'arrêt du 12 janvier 2012

395. L'évolution jurisprudentielle insufflée par cet arrêt fut appréciée de manière contrastée par la doctrine. Selon Jérôme LASSERRE CAPDEVILLE⁷³³ : « En résumé, il

⁷³¹ Cass. civ. 1^{ère}, 12 juillet 1992, n°11-19495.

⁷³² POISSONNIER Ghislain, « Bordereau de rétractation en crédit à la consommation : consécration du pouvoir souverain d'appréciation du juge du fond », D. 2013, p. 1329.

⁷³³ LASSERRE CAPDEVILLE Jérôme, « Chronique de droit du crédit aux consommateurs (janvier-juillet 2012) », LPA, 5 novembre 2012, n°221, p. 6.

ne peut être demandé au prêteur de produire un exemplaire de l'offre sur lequel figure le formulaire détachable de rétractation, ce bordereau ne devant impérativement se retrouver que sur l'exemplaire remis à l'emprunteur. » Pour Éric BAZIN en revanche, si, à la lecture de cet arrêt, la clause valait clairement présomption de remise, elle n'était pas suffisante pour prouver que le bordereau remis était bien régulier. L'arrêt de rejet du 12 juillet 2012 n'était pas un revirement par rapport à l'arrêt du 22 septembre 2011, la Cour affinait seulement sa position. Guy RAYMOND, prudent, estima de son côté qu'il s'agissait « peut-être » d'un revirement⁷³⁴. Sur la valeur de la solution, ce dernier concéda toutefois qu'il s'agissait d'« une évolution qui ne va pas dans le sens de la protection des consommateurs (...) ». Pour Nicolas MATHEY⁷³⁵ au contraire, la Cour de cassation revenait « aux principes du droit de la preuve ». Les craintes instillées par cet arrêt furent confirmées le 16 janvier 2013 par la première chambre civile.

δ - L'arrêt du 16 janvier 2013 ou la confirmation des craintes

396. Un arrêt rendu le 16 janvier 2013⁷³⁶ vint lever toute ambiguïté résiduelle quant à la charge de la preuve de la remise et de la régularité du bordereau de rétractation. Les faits étaient similaires à ceux ayant donné lieu à l'arrêt du 12 janvier 2012⁷³⁷. Amenée à se prononcer, la Première Chambre civile affirma : « (...) la reconnaissance écrite, par l'emprunteur, dans le corps de l'offre préalable, de la remise d'un bordereau de rétractation détachable joint à cette offre laisse présumer la remise de celui-ci ; qu'ayant constaté que Mme X... avait souscrit une telle reconnaissance, la Cour d'appel en a exactement déduit que, faute pour celle-ci de rapporter la preuve de l'absence de remise du bordereau ou, à défaut, de son caractère irrégulier, l'intéressée ne pouvait se prévaloir

⁷³⁴ CCC 2012, n°12, comm. 288 par Guy RAYMOND.

⁷³⁵ RD bancaire et fin. septembre 2012, comm. 145, note Nicolas MATHEY.

⁷³⁶ 1^{ère}, 16 janvier 2013, n°12-14122, Président : M. CHARRUAUL ; CCC 2013, comm. 92, note RAYMOND ; RD bancaire et financier 2013, n°2, comm. 45, note Nicolas MATHEY ; D. 2013, p. 945, obs. H. AUBRY, E. POILLOT et Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD ; D. 2013, p. 1329, note Ghislain POISSONNIER : « *Bordereau de rétractation en crédit à la consommation : consécration du pouvoir souverain d'appréciation du juge du fond* » ; RTD civ. 2013, p. 378, obs. Hugo BARBIER, « *La preuve de la remise d'un bordereau de rétractation se préconstitue par une reconnaissance de cette remise* » ; JCP G 2013, n°5, 106, p. 187, obs. J. LASSERRE CAPDEVILLE ; LPA, 4 novembre 2013, p. 10, obs. N. ÉRÉSÉO.

⁷³⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 12 juillet 2012, n°11-17595, Bull. I, n°169.

de la déchéance du droit aux intérêts (...) ». Dans la première proposition de l'attendu, la Cour de cassation posa en son nom une présomption de remise du bordereau de rétractation. Dans la seconde proposition, elle valida le raisonnement de la Cour d'appel, laquelle posait une présomption de présence et de régularité. La Première Chambre civile fit dire à la mention plus qu'elle ne disait. La mention ne visait, en effet, que la remise, et en aucun cas la régularité. Certes, la Cour n'affirma pas explicitement qu'il y avait présomption de régularité, mais, en validant le raisonnement des juges aixois, elle le fit sien.

ε – L'accueil toujours divisé de la doctrine

397. La doctrine était restée très divisée sur la portée et la valeur de l'arrêt rendu le 12 juillet 2012⁷³⁸. La portée de l'arrêt du 16 janvier 2013 fut moins débattue, l'arrêt étant plus clair. En revanche, l'appréciation de sa valeur fut le théâtre de positions doctrinales tout aussi contrastées. Pour Nicolas MATHEY, « La solution est d'une parfaite orthodoxie juridique au regard des principes de notre droit de la preuve et mérite d'être approuvée »⁷³⁹. Guy RAYMOND⁷⁴⁰ offre un avis plus nuancé. Si pour lui cette solution est « juridiquement plus satisfaisante que celle qui consistait à faire peser systématiquement la charge de la preuve sur le prêteur », il n'en souligne pas moins le caractère artificiel de la reconnaissance : « Tout le monde sait pourtant que la signature donnée par l'emprunteur est purement formelle et que le consommateur signe là où on lui dit ». Myriam ROUSSILLE⁷⁴¹ suggère de son côté une « volonté très claire de la Cour de cassation de voir se tarir le contentieux alimenté par la question de la preuve du bordereau. », soulignant peut-être le point le plus sensible : une motivation difficilement avouable de la Première Chambre civile. Elle estime que cette solution était « (...) sans doute la seule qui pouvait raisonnablement être adoptée, même si la rigueur juridique paraît ici quelque peu sacrifiée sur l'autel de considérations pragmatiques ». Selon Jérôme

⁷³⁸ Ibid.

⁷³⁹ RD bancaire et financier 2013, n°2, comm. 45, obs. Nicolas MATHEY.

⁷⁴⁰ « Preuve de la remise d'un bordereau de rétractation », par Guy RAYMOND, CCC 2013, n°4, comm. 92.

⁷⁴¹ ROUSSILLE Myriam, « Preuve du bordereau de rétractation : la Cour de cassation tranche en faveur des prêteurs ! », Gaz. Pal., 13 avril 2013, n°103, p. 19.

LASSERRE CAPDEVILLE⁷⁴², c'est une chose de présumer la remise du bordereau, qui est une donnée factuelle, mais c'en est une autre de présumer sa conformité réglementaire, qui appelle une appréciation juridique. Ghislain POISSONNIER⁷⁴³, de son côté, évoque « une violation des dispositions d'ordre public du droit du crédit à la consommation » et met en garde contre les dangers d'une telle brèche dans le dispositif. Les prêteurs ont désormais tout loisir d'inclure des clauses portant reconnaissance de remise de divers documents, informations ou mises en garde à la charge du prêteur. Pour exemple, la dernière rédaction de l'article L311-8-1 du Code de la consommation prévoit que lorsqu'un crédit renouvelable supérieur à 1.000 euros est proposé sur un lien de vente, le prêteur doit proposer aussi un crédit amortissable. La question de la preuve du respect de cette exigence, par les organismes de crédit, ne manquera pas de se poser. Et il est probable que fleurisse dans l'offre de crédit renouvelable une clause selon laquelle le signataire reconnaît avoir pris connaissance de la proposition alternative. Que se passera-t-il si l'emprunteur se plaint de ne pas l'avoir eue ? La question rejoindra alors celle du bordereau de rétractation. Des clauses de cette eau seraient d'ailleurs déjà insérées dans les contrats de crédit à la consommation⁷⁴⁴. Enfin, *last but not least*, Ghislain POISSONNIER⁷⁴⁵ dénonce un effet pervers de cette jurisprudence. Les emprunteurs qui invoquent en défense l'absence ou l'irrégularité du bordereau de rétractation verront la charge de la preuve peser sur leurs épaules, tandis que si le moyen est relevé d'office par le juge⁷⁴⁶, ce dernier invitera le prêteur à justifier de la remise ou de la régularité du bordereau. La Cour de cassation, après avoir combattu avec acharnement l'emprunteur passif⁷⁴⁷, le valorise aujourd'hui par cette jurisprudence. Là encore, elle ne peut que nous surprendre et nous dérouter par son absence de ligne de conduite claire. Enfin, Didier R.

⁷⁴² Chronique de droit du crédit aux consommateurs (août 2013 – juin 2014), PA, 1^{er} août 2014, n°153, p. 6.

⁷⁴³ POISSONNIER Ghislain, « *Bordereau de rétractation en crédit à la consommation : consécration du pouvoir souverain d'appréciation du juge du fond* », D. 2013, p. 1329.

⁷⁴⁴ À titre d'exemples : clause indiquant que l'emprunteur reconnaît ne pas être fiché au FICP, évitant au prêteur de consulter le fichier, alors qu'il s'agit d'une diligence obligatoire.

⁷⁴⁵ POISSONNIER Ghislain, « *Bordereau de rétractation en crédit à la consommation : consécration du pouvoir souverain d'appréciation du juge du fond* », D. 2013, p. 1329.

⁷⁴⁶ Le relevé d'office suppose le silence des parties sur le point soulevé.

⁷⁴⁷ Voir le chapitre sur le relevé d'office.

MARTIN et Hervé SYNVET⁷⁴⁸ concluent que « la seule manière, pour le prêteur, de se réserver la preuve de la délivrance du bordereau détachable sera toujours d'en faire signer la reconnaissance par l'emprunteur ». L'on peut toutefois ne pas partager pleinement cet avis.

ζ - Les suites de l'arrêt du 16 janvier 2013

398. Les Cours d'appel ont, semble-t-il, suivi à la lettre cette position de la Première Chambre civile⁷⁴⁹. Mais, si l'on en croit un arrêt rendu le 10 avril 2014 par la Cour d'appel de Lyon⁷⁵⁰, les tribunaux d'instance seraient moins dociles. Le Tribunal avait estimé dans cette affaire que la reconnaissance par l'emprunteur de la détention d'un exemplaire de l'offre doté d'un bordereau détachable ne suffisait pas à démontrer la régularité du bordereau en question, l'aveu de l'emprunteur ne pouvant porter que sur un élément de fait et non sur un point de droit. Le prêteur fit appel de cette décision, pourtant pleine de sagesse. Amenée à se prononcer, la Cour d'appel de Lyon infirma la décision du Tribunal, jugeant que l'emprunteur devait, dans un tel cas de figure, produire l'exemplaire original de l'offre resté en sa possession. Elle suivit donc la Première Chambre civile. La Cour d'appel de Lyon confirma, dans un arrêt du 16 octobre 2014⁷⁵¹, cette position. Mais, là encore, la Cour d'appel infirma le jugement de première instance. Il semble donc que les juges du terrain, ceux les plus directement au contact de ces questions, n'admettent pas l'orientation prise par la Cour de cassation et, semble-t-il, suivie par les Cours d'appel. Ce n'est pas la première fois que les tribunaux d'instance font de la résistance. Et, en l'espèce, il ne semble pas révolutionnaire de les approuver.

399. Cette posture, adoptée par la Première Chambre civile sous l'empire de la précédente législation, est malheureusement amenée à prospérer sous l'empire de la

⁷⁴⁸ D. 2014, n°37, p. 2136, Droit bancaire, avril 2013 – avril 2014, par Didier R. MARTIN et Hervé SYNVET.

⁷⁴⁹ CA Grenoble, 13 janvier 2014 ; CA Caen, 27 février 2014 ; CA Metz, 27 février 2014 ; CA Riom, 5 mars 2014 ; CA Bordeaux, 13 mars 2014 ; CA Lyon, 27 mars 2014.

⁷⁵⁰ CA Lyon, 10 avril 2014.

⁷⁵¹ CA Lyon, 16 octobre 2014, Caisse régionale de crédit agricole mutuel Loire Haute-Loire c/ M. Franck Borner, CCC n°2, février 2015, comm. 53.

nouvelle. Elle est contraire à l'esprit de la législation consumériste, d'ordre public, législation à laquelle le consommateur lui-même ne peut renoncer. Elle est aussi dangereuse, car les prêteurs pourraient être tenté de faire signer à l'emprunteur d'autres reconnaissances et - pourquoi pas ? - une reconnaissance de remise d'une offre ou d'un contrat. La Cour de cassation pourrait dès lors et tout à loisir en déduire une présomption tant de remise que de régularité de l'offre ou du contrat. Cette position est enfin contraire à d'autres, adoptées par la même Cour de cassation, notamment celle selon laquelle celui qui est tenu d'une obligation particulière d'information doit rapporter la preuve de l'exécution de cette obligation⁷⁵². La remise d'un bordereau de rétractation entre précisément dans cette catégorie des obligations d'information. La Première Chambre civile ne fait pas montre ici de cohérence. Pourtant, abandonner cette clause et ressusciter l'exigence de deux contrats parfaitement identiques, porteurs tous deux d'un bordereau de rétractation, permettrait au prêteur de prouver aisément et la remise et la régularité du bordereau. Cela permettrait aussi d'éviter un contentieux sans brutaliser le droit commun de la preuve.

§ 2 – Les enjeux liés à la sanction du non-respect du droit de rétractation

400. Jusqu'en 2010, la déchéance du droit aux intérêts, sanction civile emblématique de la législation sur le crédit à la consommation, ne concernait pas le droit de rétractation. Le champ restreint, en la matière, des sanctions spéciales a donné à la Cour de cassation l'occasion de prendre quelques libertés (A). La loi du 1^{er} juillet 2010 a ensuite élargi le champ d'application de la déchéance du droit aux intérêts, lequel compte désormais la faculté de repentir. Cependant, la question de son effectivité se pose (B).

A – Le champ restreint des sanctions spéciales avant 2010, les libertés prises par la Cour de cassation

401. L'évolution de la législation sera retracée (1), puis seront présentées les solutions contrastées adoptées par les juges du fond et la Cour de cassation (2).

⁷⁵² Cass. civ. 1^{ère}, 9 décembre 1997, n°95-16923, Bull. civ. I, n°356 ; RTD civ. 1999. 83, obs. Jacques MESTRE.

1 – L'évolution de la législation

a – Le champ restreint des sanctions spéciales avant 2010

402. La faculté de rétractation fut, dès la loi de 1978, présentée comme l'un des piliers de la protection du consommateur de crédit. Elle fit pourtant, jusqu'à la réforme de 2010, l'objet de peu de sanctions spécifiques⁷⁵³, n'étant concernée que par des peines d'amendes et non par la déchéance du droit aux intérêts, pourtant emblématique de la protection de l'emprunteur. Cette sanction civile bien particulière, prévue à l'article L311-33⁷⁵⁴, ne visait en effet que l'absence de conformité de l'offre aux articles L311-8 à L311-13. Le non respect du délai de repentir, l'absence ou l'irrégularité⁷⁵⁵ du bordereau, le fichage des emprunteurs, contraires à l'article L311-15, ne pouvaient donc, en principe, pas être sanctionnés par cette déchéance du droit aux intérêts.

403. Les sanctions pénales, étaient, elles, prévues aux articles L311-34, L311-35 et R311-9. L'article L311-34 alinéa 1^{er} indiquait : « Le prêteur qui omet de respecter les formalités prescrites aux articles L311-8 à L311-13 et de prévoir un formulaire détachable dans l'offre de crédit, en application de l'article L311-15, sera puni d'une amende de 1.500 euros ». La référence à l'article L311-15 était bien là, mais n'était visée que l'omission du bordereau de rétractation et non son irrégularité. De plus, l'utilisation dans cet article de la conjonction de coordination « et » pouvait prêter à confusion. Le prêteur n'encourait-il la sanction que lorsqu'il manquait tout à la fois aux exigences des articles L311-8 à L311-13

⁷⁵³ CA Douai, 28 octobre 1999 : « cette irrégularité n'est sanctionnée ni par l'article L311-33 du Code de la consommation ni par aucune autre règle légale » ; dans le même sens : CA Limoges, 3 février 1994, RD bancaire et bourse 1994, n°44, p. 172.

⁷⁵⁴ Article L311-33 du Code de la consommation, dans sa rédaction antérieure à la loi n°2010-737 du 1^{er} juillet 2010 : « Le prêteur qui accorde un crédit sans saisir l'emprunteur d'une *offre préalable* satisfaisant aux conditions fixées par les articles *L311-8 à L311-13* est déchu du droit aux intérêts et l'emprunteur n'est tenu qu'au seul remboursement du capital suivant l'échéancier prévu. Les sommes perçues au titre des intérêts, qui sont productives d'intérêts au taux légal à compter du jour de leur versement, seront restituées par le prêteur ou imputées sur le capital restant dû. »

⁷⁵⁵ Article R311-7 du Code de la consommation, dans sa rédaction antérieure à la loi n°2010-737 du 1^{er} juillet 2010 : « Le formulaire détachable de rétractation prévu à l'article L311-15 est établi conformément au modèle type joint en annexe. Il ne peut comporter au verso aucune mention autre que le nom et l'adresse du prêteur. »

et à celle du formulaire de rétractation ? Si le bon sens engageait à répondre non, la formule n'en restait pas moins ambiguë. De son côté, l'article L311-35 sanctionnait d'une amende de 30.000 euros le prêteur qui procédait au fichage des emprunteurs ayant usé de leur faculté de rétractation. Enfin, l'article R311-9 sanctionnait d'une contravention de 3^{ème} classe le vendeur ou le prestataire de services ne respectant pas la mention manuscrite exigée en cas de demande de livraison anticipée par l'emprunteur, demande pouvant réduire à trois jours le délai de rétractation.

404. Pour protéger la faculté de rétractation, mesure phare du dispositif, le droit spécial n'imagina donc initialement que des sanctions pénales. Une amende de 1.500 euros en cas d'omission du bordereau, une amende de 30.000 euros en cas de fichage des emprunteurs ayant usé de leur faculté de rétractation et une contravention de 3^{ème} classe pour le vendeur qui réduit à une peau de chagrin, de manière irrégulière, le délai de rétractation d'un crédit affecté. Dès lors, comment sanctionner le non respect du délai ou l'irrégularité du bordereau ? Les juges du fond devaient-ils recourir aux sanctions du droit commun des contrats ? Face à ces interrogations, aux vides laissés par la législation spéciale, un important contentieux ne manqua pas de se développer.

b – L'élargissement du champ des sanctions spéciales avec la réforme de 2010

405. La réforme de 2010 a maintenu ce système de sanctions civiles et pénales mais en élargissant de manière notable le champ de la déchéance du droit aux intérêts. L'article L311-48 est à présent le siège de cette sanction. La faculté de rétractation et son support sont désormais clairement visés. L'alinéa premier⁷⁵⁶ mentionne que le prêteur accordant un crédit sans remettre à l'emprunteur « un contrat satisfaisant aux conditions fixées » par l'article L311-12, est déchu de son droit aux intérêts. Il convient dès lors de cerner ces « conditions » mentionnées à l'article L311-12, héritier de l'ancien article L311-15. Cet article pose tout d'abord le principe même de la faculté de rétractation : « L'emprunteur

⁷⁵⁶ « Le prêteur qui accorde un crédit sans communiquer à l'emprunteur les informations précontractuelles dans les conditions fixées par les articles L311-6 ou L311-43, sans remettre et faire signer ou valider par voie électronique la fiche mentionnée à l'article L311-10, ou sans remettre à l'emprunteur un contrat satisfaisant aux conditions fixées par les articles L311-11, L311-12, L311-16, L311-18, L311-19, L311-29, le dernier alinéa de l'article L311-17 et les articles L311-43 et L311-46, est déchu du droit aux intérêts. »

peut se rétracter (...) ». Peut-on en déduire que tout contrat bridant cette faculté, ne satisfaisant pas cette condition, d'une manière ou d'une autre, expose son auteur à la déchéance de son droit aux intérêts ? L'article L311-12 fixe ensuite la durée accordée au repentir – quatorze jours - et le point de départ de ce délai – le jour de l'acceptation de l'offre de contrat de crédit « comprenant les informations prévues à l'article L311-18 ». Mais que se passe-t-il si les « informations prévues à l'article L311-8⁷⁵⁷ » ne sont pas présentes au contrat ? Le délai va-t-il commencer à courir tout de même ? L'article L311-12 indique encore qu'un formulaire détachable de rétractation doit être joint à l'exemplaire du contrat de l'emprunteur. Cette limitation de la présence du formulaire dans le seul exemplaire de l'emprunteur est formulée en des termes clairs. Il convient de souligner que seule la présence du bordereau est requise par l'article L311-12, non sa régularité. Seule donc l'absence du bordereau de rétractation sera théoriquement susceptible d'entraîner la déchéance du droit aux intérêts. Enfin, l'article L311-12 prohibe le fichage des emprunteurs ayant usé de leur faculté de rétractation.

406. Les sanctions pénales sont quant à elle indiquées, depuis la réforme de 2010, aux articles L311-49, L311-50 et R311-10 du Code de la consommation. En vertu de l'article L311-49⁷⁵⁸, le prêteur qui ne joint pas de formulaire détachable à l'offre de contrat de crédit, comme le requiert l'article L. 311-12, est puni d'une amende de 1.500 euros. En vertu de l'article L311-50, 5^o⁷⁵⁹, est puni d'une amende de 30.000 euros celui qui, en infraction aux dispositions de l'article L311-12, enregistre ou fait enregistrer sur un fichier le nom des personnes ayant fait usage de leur droit de repentir. Il convient de souligner que cette dernière amende, de 30.000 euros, fut portée à 300.000 euros par la loi du 17 mars 2014⁷⁶⁰. Enfin, en vertu de l'article R311-10, le prêteur qui ne respecte pas la

⁷⁵⁷ Cet article L311-8 renvoie lui même à l'article L311-6 du Code de la consommation.

⁷⁵⁸ Issu de la Loi n°2010-737 du 1^{er} juillet 2010 – art. 18 : « Le prêteur qui omet de respecter les formalités prescrites à l'article L311-6, au dernier alinéa de l'article L311-7, aux articles L311-11 et L311-16, au dernier alinéa de l'article L311-17, aux articles L311-18, L311-19, L311-25-1, L311-26, L311-29, aux I et III de l'article L311-43, au premier alinéa de l'article L311-44 et au premier alinéa de l'article L. 311-46 et de prévoir un formulaire détachable dans l'offre de contrat de crédit, en application de l'article L. 311-12, sera puni d'une amende de 1.500 euros. »

⁷⁵⁹ Issu de la Loi n°2010-737 du 1^{er} juillet 2010 – art. 18.

⁷⁶⁰ Loi n°2014-344 du 17 mars 2014.

mention manuscrite exigée en cas de demande de livraison anticipée, encourt toujours une contravention de 3^{ème} classe⁷⁶¹. Soulignons une nouvelle fois que cette livraison anticipée, possible dans le cadre d'un crédit affecté, peut réduire à seulement trois jours le délai de rétractation.

407. Aujourd'hui, l'absence de bordereau de rétractation est donc sanctionnée tant pénalement que civilement par la législation spéciale, de même que le fichage des emprunteurs ayant usé de leur faculté de rétractation. En revanche, l'irrégularité du bordereau ne fait toujours pas l'objet d'une sanction spécifique. La Cour de cassation ne s'est pas encore prononcée sur ces nouvelles dispositions. Il convient donc de rechercher quelles solutions ont pu être dégagées sous l'empire de la précédente législation⁷⁶².

2 - Les solutions contrastées des juges du fond et de la Cour de cassation

a – Les divergences perceptibles entre les Cours d'appel

408. En matière contractuelle, il existe une très grande variété de sanctions, comme le souligne Denis Mazeaud⁷⁶³ : « (...) l'inexistence, la nullité, le réputé non écrit, la cessation, la résiliation, la caducité, l'inopposabilité, la résolution, le remplacement, le laissé pour compte, la suspension, la réfaction, la réfection, la réduction, la régularisation, la conversion par réduction, la requalification, l'effectivité, l'exécution forcée en nature, l'exécution par équivalent, les dommages et intérêts, la réparation en nature, la clause résolutoire, la clause pénale, l'amende, ... » La nullité est la sanction classique des vices du consentement mais aussi des conventions contraires à l'ordre public. La jurisprudence a en effet admis, à côté des nullités textuelles, c'est à dire prévues par un texte, des nullités

⁷⁶¹ Article 131-13 du Code pénal : 450 euros.

⁷⁶² Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} juillet 2015, n°14-13790, en attente de publication : il s'agit du dernier arrêt rendu par la Cour de cassation à ce jour – 1^{er} juillet 2015 – en matière de crédit à la consommation. La Première Chambre civile vise l'article L311-37 « dans sa rédaction antérieure à la loi n°2010-737 du 1^{er} juillet 2010 », selon une formule qu'elle utilise depuis l'entrée en vigueur de cette loi.

⁷⁶³ MAZEAUD Denis, « *Les sanctions en droit des contrats, brèves réflexions sur quelques tendances lourdes*, in *Les sanctions en droit contemporain* », Volume 1, La sanction entre technique et politique, Dalloz, 2012.

dites virtuelles, relevant d'un « ordre public virtuel »⁷⁶⁴. Pour ce faire, elle s'est appuyée sur la règle générale posée à l'article 6 du Code civil⁷⁶⁵. Cela lui a permis de pallier les silences laissés par la législation spéciale.

409. Les juges du fond ont semble-t-il été déstabilisés par ces silences de la loi spéciale⁷⁶⁶. Pour sanctionner les manquements au droit de repentir, ils ont hésité entre la déchéance du droit aux intérêts⁷⁶⁷, qui, rappelons-le, ne visait pas la faculté de rétractation et devait être interprétée strictement, et nullité du contrat de prêt. Dans un arrêt du 26 octobre 1994⁷⁶⁸, la Cour d'appel de Rouen a ainsi sanctionné le versement prématuré des fonds par la déchéance du droit aux intérêts. Dans un arrêt du 13 mars 1997⁷⁶⁹, la Cour d'appel de Reims fit de même, avant d'être, comme nous le verrons, sanctionnée par la Première Chambre civile⁷⁷⁰. Il s'agissait dans les deux cas du non-respect du délai. Dans un arrêt du 11 mai 1999⁷⁷¹, la Cour d'appel de Bordeaux appliqua la déchéance du droit aux intérêts à une absence de bordereau de rétractation. La Cour d'appel de Lyon fit de même le 12 janvier 2012⁷⁷², pour une irrégularité du bordereau. Enfin, la Cour d'appel de

⁷⁶⁴ MESTRE Jacques et FAGES Bertrand, « *Et le poids maintenu de certaines prescriptions réglementaires* », RTD civ. 2005. n°2, p. 389 : « Ainsi, la Cour de cassation offre une nouvelle illustration de cet ordre public virtuel, constitué de dispositions qui, certes, n'affirment pas leur caractère impératif fondamental et ne fulminent donc pas la sanction de la nullité du contrat leur faisant échec, mais dont le rôle incontestablement protecteur du consentement de la partie faible justifie à la fois la nature d'ordre public et une sanction radicale de leur violation. Cette position, classique, peut au demeurant trouver dans les sanctions pénales édictées un soutien supplémentaire à la qualification d'ordre public qu'elle retient. »

⁷⁶⁵ « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. »

⁷⁶⁶ BOUJEKA Augustin, « *Le délai de réflexion et le délai de rétractation* », chronique, RD bancaire et financier, n°3, 2004, dossier 100035.

⁷⁶⁷ Article 23 de la loi n°78-22 du 10 janvier 1978, devenu l'article L311-33 du Code de la consommation, puis l'article L311-48.

⁷⁶⁸ CA Rouen, 26 octobre 1994.

⁷⁶⁹ CA Reims, 13 mars 1997.

⁷⁷⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 10 mai 2000, n°97-17412, Bull. I, n°139, p. 92.

⁷⁷¹ CA Bordeaux, 11 mai 1999, Bull. inf. Cour de cassation, n°1147.

⁷⁷² CA Lyon, 12 janvier 2012, SA Monabanq c/ M. M.

Grenoble affirma, le 17 janvier 2012⁷⁷³, que les exemplaires prêteur et emprunteur d'une offre de crédit devaient être strictement identiques et par conséquent contenir tous les deux le formulaire de rétractation. À défaut, le prêteur devait être sanctionné par la déchéance de son droit aux intérêts.

410. D'autres Cours d'appel, en revanche, réfutèrent cette application de la déchéance du droit aux intérêts aux violations du droit de rétractation. La Cour d'appel de Bordeaux jugea ainsi, dans un arrêt du 26 juin 1997⁷⁷⁴, que l'omission de la date d'acceptation de l'offre de crédit – faisant courir le délai de rétractation - n'entraîne pas dans le champ des infractions sanctionnées par la déchéance du droit aux intérêts⁷⁷⁵, sans toutefois apporter de précision sur la sanction adéquate. La Cour d'appel de Paris adopta la même position le 25 septembre 2003⁷⁷⁶. La Cour d'appel d'Aix-en-Provence jugea elle aussi, le 19 juillet 2013⁷⁷⁷, en des termes particulièrement clairs, que le non respect du délai de rétractation était sanctionné par la nullité du contrat de prêt. Les juges du fond hésitèrent donc sur la sanction à retenir.

b – La distinction opérée par la Cour de cassation entre irrégularité formelle et non respect du délai

411. La Première Chambre civile, dans un arrêt du 10 mai 2000⁷⁷⁸, marqua de manière claire son refus du recours à la déchéance du droit aux intérêts pour sanctionner le non-respect du délai de rétractation. Un consommateur avait accepté une offre de crédit. Les fonds furent versés sur son compte avant l'expiration du délai de rétractation.

⁷⁷³ CA Grenoble, 17 janvier 2012, SA Laser Cofinoga c/ M. Mohamed C., confirmation de TI Grenoble, 8 avril 2010.

⁷⁷⁴ CA Bordeaux, 26 juin 1997, Bull. inf. C. cass, n°1409.

⁷⁷⁵ Article L311-33 du Code de la consommation, ancien article 23 de la loi n°78-22 du 10 janvier 1978.

⁷⁷⁶ CA Paris, 25 septembre 2003.

⁷⁷⁷ CA Aix-en-Provence, 19 juillet 2013, CCC janvier 2014, comm. 26, obs. Guy RAYMOND.

⁷⁷⁸ Cass. Civ. 1^{ère}, 10 mai 2000, n°97-17412, Bull. I, n°139, p. 92, cassation de CA Reims, 13 mars 1997, renvoi devant la Cour d'appel de Nancy, aucune trace d'un arrêt suite à ce renvoi ; D. 2000. AJ. 316, obs. Céline RONDEY ; CCC 2000, n°11, comm. 166, note Guy RAYMOND.

Le Tribunal d'instance de Reims⁷⁷⁹ sanctionna ce versement prématuré par la déchéance du droit aux intérêts. Le prêteur interjeta appel de cette décision. La Cour d'appel de Reims⁷⁸⁰ la confirma⁷⁸¹. Amenée à se prononcer, la Première Chambre civile affirma que « la sanction de la déchéance du droit aux intérêts ne s'applique qu'au non-respect des dispositions prévues aux articles L311-8 à L311-13⁷⁸² » et qu'« encourt, dès lors, la cassation l'arrêt attaqué qui a fait application de cette sanction en raison d'irrégularités affectant le versement du crédit mis à disposition de l'emprunteur. » Par cet arrêt, la Première Chambre civile cantonna la déchéance du droit aux intérêts à son strict champ d'application. La déchéance sanctionnait les irrégularités qui entachaient l'offre de crédit, elle ne pouvait donc pas être prononcée pour sanctionner d'autres manquements. La solution, sévère pour l'emprunteur, était néanmoins fidèle au principe d'interprétation stricte des textes sanctionneurs. La Cour de cassation ne précisa pas quelle était en l'espèce la sanction adéquate. La nullité semblait toutefois retrouver sa place⁷⁸³. Cela fut confirmé par un arrêt de rejet rendu le 22 janvier 2009⁷⁸⁴. La Première Chambre civile affirma à cette occasion que le non respect du délai de rétractation était sanctionné par la nullité du contrat de prêt, pour violation de la règle générale posée par l'article 6 du Code civil, et pénalement. Cette sanction de la nullité a d'ailleurs fréquemment été retenue en droit de la consommation⁷⁸⁵. Elle fut maintenue dans un arrêt du 9 février 2012⁷⁸⁶.

⁷⁷⁹ TI Reims, 30 mai 1995.

⁷⁸⁰ CA Reims, 13 mars 1997.

⁷⁸¹ Dans sa rédaction alors en vigueur.

⁷⁸² Dans sa rédaction alors en vigueur.

⁷⁸³ BIARDEAUD Gérard et FLORÈS Philippe, « *Le contentieux du droit de la consommation* », vol. 1^{er}, éd. ENM, 2005, p. 115 : cette sanction était normale.

⁷⁸⁴ Cass. Civ. 1^{ère}, 22 janvier 2009, n°03-11775, inédit, rejet d'un pourvoi contre TI Vienne, 15 novembre 2002.

⁷⁸⁵ Pour un crédit immobilier, en cas de non respect du délai de réflexion (1^{ère}, 27 février 2001, Bull. civ. I, n°48 ; D. 2001. 1388, obs. Véronique AVENA-ROBARDET ; 9 juillet 2003, Bull. civ. I, n°170 ; D. 2003. 2008 ; RTD com. 2003. 794, obs. Dominique LEGEAIS) ; pour un contrat de démarchage à domicile, lors de la perception prématurée d'un acompte (1^{ère}, 7 octobre 1998, Bull. civ. I, n°290 ; D. 2000. 40, obs. Jean-Pierre PIZZIO ; RTD civ. 1999. 383, obs. Jacques MESTRE ; RTD com. 1999. 485, obs. Bernard BOULOC).

Prononcée, la nullité entraîne l'anéantissement du contrat. Elle n'est pas une sanction toujours opportune ni souhaitée par l'emprunteur, qui lui préfère généralement la déchéance du droit aux intérêts. L'anéantissement du contrat de prêt peut en effet nécessiter, par ricochet, des restitutions complexes alors que la déchéance du droit aux intérêts dispense, théoriquement, du coût du crédit sans bousculer ce qui est en place.

412. Le principe d'interprétation stricte de l'article L311-33 n'avait pas cédé face au non-respect du délai de rétractation. Il céda en revanche lorsqu'il fut question du non-respect des dispositions réglementaires entourant le bordereau de rétractation⁷⁸⁷. Dans un arrêt du 14 janvier 2010⁷⁸⁸, la Première Chambre civile affirma, au visa des articles L311-8, L311-13, L311-33, R311-7 (anciens), que « le prêteur qui a accordé un crédit suivant une offre préalable ne comportant pas de formulaire détachable de rétractation doit être déchu de son droit aux intérêts ». Pourtant, les textes visés ne disaient rien de tel, la déchéance ne visant pas plus l'absence de bordereau que le non-respect du délai. Pourquoi la Première Chambre civile n'a-t-elle écarté le principe d'application stricte des textes sanctionneurs que pour sauvegarder le formalisme de la remise du bordereau ? Considèrera-t-elle que le support du repentir était plus protecteur que le temps dédié au repentir ? Un tel raisonnement serait étonnant. En effet, privé du bordereau, l'emprunteur n'est pas privé de son droit de rétractation, tandis que privé d'une partie du délai, il est privé d'une partie de son droit. Le non-respect du délai semble plus dangereux pour l'emprunteur que la non-remise du bordereau de rétractation.

⁷⁸⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 9 février 2012, n°10-27178, inédit : « (...) la circonstance que la société sofinco ait versé le montant du prêt avant cette date, qui ne pouvait être sanctionnée, le cas échéant, que par la nullité du prêt (...) »

⁷⁸⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 8 juillet 1997, n°95-18185, Bull. I, n° 240, Céline RONDEY « *Crédit à la consommation : préservation du droit aux intérêts conventionnels du prêteur* », D. 2000, p. 317.

⁷⁸⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 14 janvier 2010, n°08-20403, M. Angel c/ Banque populaire de Toulouse – cassation partielle de CA Pau, 14 avril 2008 ; Gaz. Pal. 3 juin 2010, n°154, p. 18, obs. Stéphane PIÉDELIÈVRE ; LAGARDE Xavier, « *Déchéance du droit aux intérêts : une interprétation stricte à géométrie variable* », RD bancaire et financier, mars 2010, n°2, comm. 46, l'auteur conteste ce recul du principe d'interprétation stricte : « Peu à peu, en matière de crédit à la consommation, le juge perd sa fonction d'arbitre des litiges pour se faire agent de la DGCCRF. »

413. Comme cela a été précisé, la Première Chambre civile mettra de toute façon un terme à l'abondant contentieux né de l'absence ou de l'irrégularité du bordereau de rétractation, notamment par l'arrêt du 16 janvier 2013 qui donne à la reconnaissance de remise du bordereau valeur de présomption, non seulement de remise, mais encore de régularité. De son côté, le non-respect du délai, désormais visé par l'article L311-48⁷⁸⁹, sera sanctionné par la déchéance du droit aux intérêts. Cette sanction, emblématique, a été présentée dès l'origine comme la sanction phare du dispositif. Son effectivité est cependant discutée. Qu'en est-il ?

B – La question de l'effectivité de la déchéance du droit aux intérêts

414. Si l'effectivité de la déchéance du droit aux intérêts est largement revendiquée (1), il semble néanmoins qu'elle puisse être relativisée (2).

1 – L'effectivité revendiquée de la déchéance du droit aux intérêts

415. La déchéance du droit aux intérêts est issue de la loi du 10 janvier 1978. Elle ne concernait originellement que les règles relatives à l'offre préalable. Aujourd'hui⁷⁹⁰, son champ d'application est plus large. Il concerne une vingtaine d'obligations, disséminées tout au long du processus de formation du contrat de crédit à la consommation. Pourtant, l'article 23 de la directive de 2008⁷⁹¹ n'imposait pas cette extension, laissant une grande liberté de choix aux États : « Les États membres définissent le régime de sanctions applicables en cas de violation des dispositions nationales », exigeant simplement que ces sanctions soient « effectives, proportionnées et dissuasives ». La déchéance du droit aux intérêts est une sanction civile dérogatoire au droit commun⁷⁹², emblématique de la

⁷⁸⁹ Applicable aux contrats souscrits après le 1^{er} mai 2011.

⁷⁹⁰ Depuis la loi n°2010-737 du 1^{er} juillet 2010.

⁷⁹¹ Directive 2008/48/CE du Parlement européen et du Conseil concernant les contrats de crédit aux consommateurs et abrogeant la directive 87/102/CEE du Conseil.

⁷⁹² RICHARD Marie-Sophie, conseiller référendaire à la Cour de cassation, « *Les sanctions civiles de nature à assurer la protection des consommateurs en matière de crédit* », in Rapport annuel de la Cour de cassation 2004, La Documentation Française, p. 181.

législation spéciale sur le crédit à la consommation⁷⁹³. Malgré sa coloration pénale - elle est pour certains une « véritable peine privée »⁷⁹⁴ -, c'est bien le juge civil qui est compétent pour la prononcer. Elle porte une remise en cause, par le juge, des obligations stipulées au contrat, et plus spécialement de la stipulation d'intérêts. Le lien contractuel subsiste mais il est modifié – judiciairement – puisque la créance d'intérêts conventionnels au profit du prêteur est éteinte, en tout ou en partie. Lorsqu'elle est prévue, elle est la seule sanction envisageable, en vertu de la règle *specialia generalibus derogant*⁷⁹⁵. C'est une sanction automatique, que le juge peut désormais, dans certains cas, moduler⁷⁹⁶. Elle est traditionnellement présentée comme redoutable pour le prêteur⁷⁹⁷. Son effectivité ne sembla pas discutée lors des travaux parlementaires ayant précédé l'adoption de la loi de 2010⁷⁹⁸. Selon Xavier LAGARDE, « on ne doit pas mésestimer la rigueur de ses conséquences. Lorsqu'une déchéance est prononcée, le crédit consenti devient un crédit

⁷⁹³ BOULOC Bernard, « *La perte du droit aux intérêts par le prêteur* », in Mélanges Jean CALAIS-AULOY, Dalloz, 2004, p. 81.

⁷⁹⁴ RD bancaire et financier 2000, n°4, 143, comm. Francis J. CRÉDOT et Yves GÉRARD, à propos d'un arrêt rendu par la Première Chambre civile le 10 mai 2000 : « La décision ainsi rendue par la Cour suprême doit être approuvée en ce qu'elle cantonne la sanction automatique, véritable peine privée, prévue par l'article L.311-33 à son strict domaine d'application. »

⁷⁹⁵ CALAIS-AULOY Jean, « *Les sanctions en droit de la consommation* », in Mélanges Bernard BOULOC, Dalloz, décembre 2006, p. 75 à 87.

⁷⁹⁶ Pas de modulation dans la loi originelle n°78-22 du 10 janvier 1978, article 23 : « (...) est déchu du droit aux intérêts (...) » ; modulation dans la loi n°2010-737 du 1^{er} juillet 2010 en fonction de la disposition qui n'a pas été respectée, article L311-48 alinéa 1^{er} « (...) est déchu du droit aux intérêts (...) », L311-48 alinéa 2 « (...) est déchu du droit aux intérêts, en totalité ou dans la proportion fixée par le juge (...) »

⁷⁹⁷ RICHARD Marie-Sophie, conseiller référendaire à la Cour de cassation, « *Les sanctions civiles de nature à assurer la protection des consommateurs en matière de crédit* », in Rapport annuel de la Cour de cassation 2004, La Documentation Française, p. 181.

⁷⁹⁸ Site du Sénat www.senat.fr – Travaux parlementaires – Rapports – Rapports législatifs – Projet de loi portant réforme du crédit à la consommation – Rapport n°447 (2008-2009) de M. Philippe MARINI, fait au nom de la Commission spéciale, déposé le 2 juin 2009 – Chapitre VII – sanctions : « Votre commission spéciale relève que le dispositif proposé garantit l'existence de sanctions effectives, proportionnées et dissuasives. Elle a examiné avec attention les sanctions du non respect des nouvelles obligations pesant sur le prêteur ou l'intermédiaire de crédit, selon le cas, que sont le devoir d'explication, la remise de la fiche dite dialogue et/ou l'évaluation de la solvabilité. Elle a conclu que la déchéance partielle ou totale du droit aux intérêts constituait la sanction la plus appropriée, permettant ainsi au juge une meilleure appréciation de l'espèce. »

gratuit. » Ibrahim FADLALLAH et Christine BAUDE-TEXIDOR⁷⁹⁹ estiment que « l'enjeu du débat est considérable ». Lorsque la déchéance est prononcée, l'emprunteur n'est tenu qu'au seul remboursement du capital suivant l'échéancier prévu. Les sommes qui ont été perçues au titre des intérêts sont elles-mêmes productives d'intérêts au taux légal à compter du jour de leur versement. Elles doivent être restituées ou sont imputées sur le capital restant dû. Plusieurs conséquences en découlent. La première conséquence est le manque à gagner pour l'organisme prêteur. C'est la plus immédiate et surtout la plus visible. Le prêteur est privé du profit espéré, de ses bénéfices. Mais le prêteur devra aussi assumer le coût du prêt car, *in fine*, de l'argent aura bien été prêté. Et le prêt d'argent n'est pas plus gratuit pour l'emprunteur qu'il ne l'est pour le banquier. C'est la seconde conséquence. La troisième conséquence concerne tous les frais annexes, hors loyer de l'argent, qui resteront à la charge du prêteur : les frais généraux de l'entreprise et les frais de recouvrement. La quatrième et dernière conséquence concerne cette fois la collectivité des consommateurs emprunteurs. En effet, lorsqu'un emprunteur souscrit un crédit à la consommation, il règle, outre le loyer de l'argent et la participation aux frais généraux de l'entreprise prêteuse, une participation forfaitaire aux frais de recouvrement et aux impayés. Ces deux derniers postes représentent environ 3% en « points-barèmes » du taux. Or la déchéance du droit aux intérêts est, pour le prêteur, une forme d'impayé, une forme atténuée certes, mais un impayé tout de même. Et dans la logique des taux, l'impayé de l'un est payé par la collectivité des autres emprunteurs. Ce sont donc finalement les autres emprunteurs qui vont supporter le poids des déchéances prononcées. Cette sanction de la déchéance du droit aux intérêts est généralement présentée comme étant d'une grande rigueur pour le prêteur. Cependant, pour Ghislain POISSONNIER, magistrat, l'effectivité de cette sanction mérite d'être nuancée.

⁷⁹⁹ BAUDE-TEXIDOR Christine et FADLALLAH Ibrahim « *L'office du juge en matière de crédit à la consommation : éloge de la neutralité judiciaire* », D. 2003, p. 750.

2 – L’effectivité tempérée de la déchéance du droit aux intérêts

416. Comme l’explique de manière pédagogique Ghislain POISSONNIER⁸⁰⁰, l’impact de la déchéance du droit aux intérêts mérite d’être relativisé. L’on peut dès lors se demander si la déchéance répond ou non à l’impératif d’effectivité, de proportionnalité et de dissuasion requis par la directive de 2008⁸⁰¹. C’est là tout le sens d’une question préjudicielle posée par un Tribunal d’instance français⁸⁰² à la CJUE. Un consommateur avait souscrit un prêt personnel mais n’honora pas ses engagements. Le prêteur se prévalut de l’exigibilité immédiate des sommes restant dues, tandis que le juge prononçait d’office la déchéance du droit aux intérêts, le prêteur n’ayant pas consulté le FICP. Le juge s’interrogea néanmoins sur l’effectivité de la sanction et, partant, sur sa conformité aux exigences de la directive. En effet, la Cour de cassation avait affirmé dans une jurisprudence dite « Theret »⁸⁰³ que le prêteur déchu de son droit aux intérêts pouvait exiger de l’emprunteur des intérêts moratoires au taux légal, à partir de la première mise en demeure de payer. L’article L313-3 du Code monétaire et financier prévoit en outre qu’« en cas de condamnation pécuniaire par décision de justice, le taux de l’intérêt légal est majoré de cinq points à l’expiration d’un délai de deux mois à compter du jour où la décision de justice est devenue exécutoire, fût-ce par provision ». Cette majoration de cinq points s’applique de plein droit, même lorsqu’elle n’a pas été demandée, même lorsque la décision de justice ne la spécifie pas, rendant ainsi plus que virtuelle la sévérité de la sanction, comme l’ont souligné Gérard BIARDEAUD et Philippe FLORÈS⁸⁰⁴. Il convient aussi de rappeler qu’en vertu de l’article 1254 du Code civil, les paiements s’imputent en priorité sur les intérêts dus. Le capital n’est donc remboursé qu’à la fin.

⁸⁰⁰ POISSONNIER Ghislain, « *Pour une vraie déchéance du droit aux intérêts en droit du crédit à la consommation* », CCC 2013, n° 7, étude 10.

⁸⁰¹ Directive 2008/48/CE du Parlement européen et du Conseil concernant les contrats de crédit aux consommateurs et abrogeant la directive 87/102/CEE du Conseil.

⁸⁰² Question préjudicielle à la CJUE, TI Orléans, 30 novembre 2012.

⁸⁰³ Cass. civ. 1^{ère}, 26 novembre 2002, n°00-17119, Bull. I, n°288, p. 223, Paribas c/ Madame Theret, cassation partielle d’une décision du Tribunal d’instance de Compiègne du 16 décembre 1999.

⁸⁰⁴ BIARDEAUD Gérard et FLORÈS Philippe, « *Le contentieux du droit de la consommation* », éd. ENM, vol. 1, mars 2005, p. 120 s.

Dans le cas ayant inspiré la question préjudicielle, le taux d'intérêt conventionnel était de 5,60%. Le taux d'intérêt légal majoré de cinq points était, lui, de 5,71%. Il était donc supérieur au taux conventionnel. La déchéance pouvait-elle, dans ces conditions, être considérée comme une sanction dissuasive ? Dans sa réponse du 27 mars 2014, la CJUE⁸⁰⁵ propose tout d'abord une méthode. Elle invite le juge à « comparer, dans les circonstances de l'affaire dont elle est saisie, les montants que le prêteur aurait perçus en rémunération du prêt dans l'hypothèse où il aurait respecté son obligation précontractuelle d'évaluer la solvabilité de l'emprunteur en consultant une base de données appropriée, avec ceux qu'il percevrait en application de la sanction de la violation de cette même obligation précontractuelle »⁸⁰⁶. La Cour envisage ensuite le cas d'une déchéance qui conférerait « un bénéfice au prêteur ». Elle estime que dans ce cas, la sanction serait « manifestement » dénuée de tout caractère dissuasif⁸⁰⁷. La Cour envisage enfin le cas d'une déchéance qui n'emporterait pas de bénéfice pour le prêteur. Dans ce cas, elle invite le juge national à vérifier que les montants perçus par le prêteur sont bien « significativement inférieurs » à ceux qu'il aurait perçus en respectant ses obligations. Il s'en évince que la perte consécutive au prononcé d'une déchéance doit être significative pour être dissuasive et, partant, répondre aux objectifs de la directive. La CJUE invite clairement le juge français à faire de la déchéance du droit aux intérêts une sanction dissuasive⁸⁰⁸. Dans cette optique, le juge national pourrait, en s'appuyant sur l'article L313-3 alinéa 2 du Code monétaire et financier, exonérer l'emprunteur de la majoration, ou la réduire. Ce texte le prévoit, à condition toutefois que le débiteur en fasse la demande, ce qui est dans les faits peu probable. Le juge osera-t-il s'affranchir de cette condition et prononcer d'office l'exonération ou la réduction de la majoration ? Il doit être encouragé dans ce sens, non seulement parce que le respect d'une directive

⁸⁰⁵ CJUE, 27 mars 2014, n°C-565/12, LASSERRE CAPDEVILLE Jérôme, « *Difficultés juridiques posées par la sanction de la déchéance du droit aux intérêts* », Gaz. Pal. 5 juin 2014, p. 11 ; POISSONNIER Ghislain, « *Une première étape vers une vraie déchéance du droit aux intérêts en droit du crédit à la consommation* », D. 2014, p. 1307.

⁸⁰⁶ CJUE, 27 mars 2014, n°C-565/12, point n°50.

⁸⁰⁷ CJUE, 27 mars 2014, n°C-565/12, point n°51.

⁸⁰⁸ POISSONNIER Ghislain, « *Pour une vraie déchéance du droit aux intérêts en droit du crédit à la consommation* », CCC 2013, n° 7, étude 10.

européenne est en jeu, mais aussi parce que cela répondrait à l'esprit des textes consuméristes.

Conclusion de section

417. En matière de bordereau de rétractation, et face au silence des textes, la Cour de cassation a été amenée à trouver des solutions. La preuve du respect du droit de rétractation a ainsi généré un contentieux important. Le droit commun de la preuve offrait une solution, remise en question par la présence, dans les offres préalables de crédit, d'une clause de reconnaissance de remise du bordereau. La Première Chambre civile a conféré à cette clause, déjà contestable en tant que telle, une portée encore plus grande. Alors que la clause ne semblait porter qu'une présomption de remise, la Première Chambre civile en a fait une présomption de régularité du bordereau. Les Cours d'appel semblent avoir suivi la Première Chambre civile. Toutefois, certaines juridictions du fond manifestent une résistance bienvenue. La question de la sanction du non-respect des dispositions sur le droit de repentir a également été débattue. Alors que la déchéance du droit aux intérêts ne concernait pas, avant 2010, le droit de rétractation, la Première Chambre civile l'a tout de même appliquée en cas d'absence de bordereau. La déchéance du droit aux intérêts est une sanction emblématique de la législation consumériste sur le crédit à la consommation, présentée généralement comme redoutable pour le prêteur. Pourtant, son effectivité mérite d'être relativisée.

Conclusion de chapitre

418. La Cour de cassation, invitée à interpréter la législation spéciale, à en combler les silences, ne parvient pas toujours à adopter une ligne compréhensible. Elle s'est montrée généreuse envers l'emprunteur, en l'autorisant à adresser son repentir à une autre personne que le prêteur, mais au détriment du principe de l'effet relatif des conventions. De même, lorsqu'elle exige que le bordereau de rétractation comporte le nom et l'adresse du prêteur, elle fait une lecture favorable à l'emprunteur, mais très peu respectueuse du texte spécial, et susceptible de stimuler la mauvaise foi. Son retour rapide à plus d'orthodoxie ne fait que révéler ses hésitations. Enfin, la présomption de régularité du bordereau, que la Première Chambre civile a déduite de la clause de reconnaissance de remise, est difficilement compréhensible. En matière de sanction, les silences de la

législation spéciale ont encore contraint la jurisprudence à se positionner. Le législateur n'avait pas, avant 2010, prévu de sanction civile spécifique pour le non respect du droit de rétractation. La déchéance du droit aux intérêts, sanction phare du dispositif, ne le concernait pas. De manière étonnante, la Cour de cassation l'a tout de même utilisée pour sanctionner l'absence ou l'irrégularité du bordereau, tout en refusant de l'utiliser pour sanctionner le non-respect du délai de rétractation. Le manque d'effectivité de cette sanction, dévoilé, assombrit encore davantage le tableau d'ensemble.

Conclusion de titre

419. En matière de droit de rétractation, la Première Chambre civile a souvent bousculé les principes pour faire vivre la législation spéciale. Lorsqu'elle permet à l'emprunteur d'envoyer sa rétractation à une autre personne qu'au prêteur, elle bouscule le principe de l'effet relatif des conventions. Lorsqu'elle requiert du bordereau de rétractation qu'il comporte le nom et l'adresse du prêteur, elle impose une exigence *ultra legem*, son retour en arrière venant souligner davantage les hésitations qui sont les siennes. Lorsqu'elle exige une mention d'affectation qui comporte les caractéristiques du bien financé, elle va au-delà de ce que commande le texte. Cette exigence *ultra legem* desservait pourtant les intérêts de l'emprunteur. Il faudra une question préjudicielle du Tribunal d'instance de Saintes, une réponse de la CJCE, mais aussi une loi, pour mettre un terme à cette exigence déraisonnable. Enfin, lorsqu'elle utilise la déchéance du droit aux intérêts pour sanctionner l'absence ou l'irrégularité du bordereau, pourtant non concernées par cette sanction, elle bouscule le principe de l'application stricte des textes sanctionneurs. Tous ces exemples semblent refléter une difficulté de la Première Chambre civile à manipuler le droit spécial. Parfois, cette difficulté trouve sa source dans un silence, dans un manque du droit spécial. Mais ce n'est pas toujours le cas. La Première Chambre civile est alors difficile à comprendre. Le droit processuel va, lui aussi, offrir un terrain d'étude intéressant pour analyser la manière dont la jurisprudence s'est emparée de la législation spéciale sur le crédit à la consommation.

Titre 2 : Les questions en lien avec le droit processuel

420. Le législateur consumériste est intervenu à tous les stades de la relation contractuelle pour tenter de pallier le déséquilibre originel entre le prêteur professionnel et le consommateur-emprunteur. Pour ce faire, nous l'avons vu, il a notamment cherché à renforcer l'information de l'emprunteur, il lui a permis de revenir sur son engagement. Le législateur a aussi cherché à protéger le consommateur au travers de règles procédurales dérogeant au droit commun. Cependant, le manque de précision de ces dispositions a été source de difficultés. La jurisprudence a dû interpréter, combler des silences, dégageant des solutions parfois déroutantes. Un article a cristallisé cette réception contrastée et contestée de la norme consumériste par la Cour de cassation : l'article 27 de la loi du 10 janvier 1978⁸⁰⁹ attribuant compétence exclusive au Tribunal d'instance et enfermant l'action dans un délai de deux ans. Plusieurs questions ont été le théâtre d'affrontements entre les juges du fond et la Cour de cassation, de revirements, de modifications législatives et de vifs débats doctrinaux. La question des personnes concernées par le délai s'est avérée la plus cruciale. De la réponse de la Cour de cassation, d'autres questions importantes ont jailli : celle du point de départ du délai de la caution et de l'emprunteur, celle de la qualification du délai, celle en découlant du relevé d'office, par le juge, de l'expiration du délai. Nous présenterons tout d'abord le choix de la Cour de cassation d'appliquer très largement le délai biennal et ses conséquences (chapitre 1) puis, parce qu'il dépasse la seule question du délai biennal, le relevé d'office fera l'objet de développements propres (chapitre 2).

⁸⁰⁹ Devenu l'article L311-37 puis L311-52.

Chapitre 1 : L'application large du délai biennal et ses conséquences

421. La loi du 10 janvier 1978 a, la première, posé un cadre au contrat de crédit à la consommation. Lorsque ce cadre n'est pas respecté, des actions peuvent voir le jour. Aussi était-il important de déterminer le laps de temps durant lequel ces actions étaient possibles. L'article 27 de la loi était le siège de ce délai, très court, de deux ans : « Les actions engagées devant lui doivent l'être dans les deux ans de l'événement qui leur a donné naissance. » Sa durée n'a pas varié depuis. Le législateur de 1978, dans un souci louable de protection du consommateur, a donc soumis le contentieux du crédit à la consommation à une juridiction directement et facilement accessible aux emprunteurs, le Tribunal d'instance⁸¹⁰. Il a aussi enfermé les actions dans un délai de deux ans. Mais il n'a précisé ni les personnes concernées, ni la nature juridique du délai, ni le point de départ des actions. La Cour de cassation a dû prendre position. Dans une section préliminaire, la nature incertaine du délai sera exposée. Seront ensuite présentées les personnes soumises par la Cour de cassation au délai biennal (section I) et enfin, le point de départ retenu pour ce délai (section II).

Section préliminaire : La nature du délai d'action

422. L'article 27 instaurait un délai d'action dérogatoire au droit commun, de deux ans. La rédaction initiale ne donnait aucune précision ni sur les personnes soumises au délai, ni sur la nature juridique du délai posé. Il faudra attendre la loi du 23 juin 1989⁸¹¹ pour que ce délai soit clairement qualifié dans la loi de délai de forclusion, puis la loi du 11 décembre 2001⁸¹² pour que soit exclues de son champ d'application les actions de l'emprunteur et de sa caution. L'imprécision originelle du texte fut le théâtre de

⁸¹⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 11 juin 1985, Bull. I, n°184, p. 166 : dans un chapeau intérieur, la Cour de cassation a entendu très largement cette compétence du Tribunal d'instance, qui s'applique à « tous les litiges concernant les opérations de crédit soumises aux dispositions de la loi ».

⁸¹¹ Loi n°89-421 du 23 juin 1989, Article XII – La dernière phrase de l'article 27 est ainsi rédigée : « Les actions engagées devant lui doivent être formées dans les deux ans de l'événement qui leur a donné naissance, à peine de *forclusion*. »

⁸¹² Loi n°2001-1168 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier.

controverses doctrinales et d'une position de la Première Chambre civile sévère à l'égard du consommateur-emprunteur. Parce qu'ils apportent un éclairage bienvenu sur ce qui a présidé à la détermination du délai, parce qu'ils portent aussi en germe les difficultés qui naîtront de son application, quelques éléments des débats parlementaires, véritable genèse de ce délai aux contours incertains, doivent être ici évoqués (§1). Le choix opéré par la Première Chambre civile sera ensuite présenté, ainsi que ses suites (§2).

§1 – Le délai biennal, un délai à la nature incertaine

423. Lors de sa première discussion en séance publique⁸¹³, le projet de loi prévoyait, dans son article 14 : « Les infractions aux dispositions de la présente loi sont constatées et poursuivies dans les conditions fixées par l'ordonnance n°45-1484 du 30 juin 1945. » Cette rédaction nébuleuse renvoyait à une ordonnance qui ne l'était pas moins, évoquant la rédaction de procès-verbaux dans « le plus court délai », sans toutefois définir ce qu'elle entendait par court délai. La Commission des lois⁸¹⁴ proposa alors un amendement⁸¹⁵ visant à insérer un article additionnel 14 *bis*, qui devint le texte définitif : « Le Tribunal d'instance connaît des litiges nés de l'application de la présente loi. Les actions engagées devant lui doivent l'être dans les deux ans de l'événement qui leur a donné naissance. »

424. Jacques THYRAUD ⁸¹⁶, Rapporteur de la commission, apporta ces explications : « Dans la deuxième partie de l'article 14 bis, la commission prévoit l'établissement d'une *prescription* des actions portées devant le Tribunal d'instance en application de la loi. Le délai de deux ans qu'elle propose s'inspire de celui prévu par l'article 25 de la loi du 13 juillet 1930 sur les assurances et de celui pris en considération par l'article 2272 du Code civil concernant l'action des marchands pour les marchandises qu'ils vendent à des particuliers non marchands. Il s'agit d'un *délai préfix* destiné à éviter

⁸¹³ Première session ordinaire de 1976-1977, JO Sénat du 13 octobre 1976.

⁸¹⁴ Commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale.

⁸¹⁵ Amendement n°32.

⁸¹⁶ Sénateur de 1974 à 1992 (Union des Républicains et Indépendants), avocat de profession. Il a déposé le rapport n°60 fait au nom de la commission.

l'ouverture d'un contentieux au-delà de son terme, quelle que soit l'origine de ce contentieux, qu'il s'agisse par exemple de demandes en paiement de mensualités ou, au contraire, de recours contre le vendeur ou le prêteur. »

425. Il était fait référence, pour ce même délai, à deux qualifications différentes : celle de *délai de prescription* et celle de *délai préfix*. Un délai d'action peut en effet recevoir deux qualifications : celle de délai de prescription ou celle de délai de forclusion, appelé aussi délai préfix. Mais il ne peut pas être les deux à la fois. Si prescription et forclusion procèdent toutes deux d'un souci de sécurité juridique - au bout d'un certain laps de temps, lorsqu'interviennent la prescription ou la forclusion, ce qui est prescrit ou forclos ne peut plus être contesté en justice -, produisent un effet extinctif et constituent une fin de non-recevoir opposable à l'action en justice, elles demeurent des notions distinctes. Les notions de prescription et de forclusion présentées (A), l'intérêt de leur distinction sera souligné (B).

A – Les notions de prescription et de forclusion

426. Au moment de l'adoption de la loi de 1978, l'article 2219 du Code civil indiquait : « La prescription est un moyen d'acquérir ou de se libérer par un certain laps de temps, et sous les conditions déterminées par la loi. » La prescription est alors la sanction de la négligence d'un plaideur, qui a manqué de diligence dans la protection de son droit. Elle est aussi une prise en compte du temps engrangé par l'autre partie. C'est un délai pour protéger un droit ou pour en acquérir un. Les fondements de la prescription relèvent de l'intérêt social⁸¹⁷. Lorsqu'un certain temps s'est écoulé sans que le créancier n'agisse, le débiteur est présumé avoir payé sa dette⁸¹⁸. Cette présomption permet d'éviter les contestations tardives, donc les recours éventuels en justice. Elle soulage aussi le débiteur, qui n'est pas tenu de conserver indéfiniment la preuve de son paiement⁸¹⁹. Si je n'ai pas agi avant pour protéger mon droit, je ne pourrai plus le faire après et, corrélativement, le

⁸¹⁷ BAUDRY-LACANTINERIE Gabriel et TISSIER Albert, « *Traité théorique et pratique de droit civil, De la prescription*, n°29 ; HUC Théophile, « *Commentaire théorique et pratique du Code civil* », t. 14, 1902, n°314, p.383.

⁸¹⁸ DOMAT Jean, « *Les lois civiles dans leur ordre naturel* », seconde éd., 1697, L. III, sect. IV, préambule.

⁸¹⁹ PLANIOL et RIPERT, « *Traité pratique de droit civil français* », 2^{ème} édition, t. VII.

droit de celui qui aura accumulé un temps suffisant sera reconnu. La prescription transforme, par l'effet du temps, une situation de fait irrégulière en situation juridique régulière. Le droit de celui contre lequel la prescription a joué ne disparaît pas, mais le droit obtenu par l'écoulement du temps ne peut plus être contesté⁸²⁰. La prescription est une défense au fond et non une fin de non-recevoir. L'aspect substantiel l'emporte sur l'aspect procédural⁸²¹. Un élément du régime de la prescription intéresse particulièrement le consommateur-emprunteur : « Les juges ne peuvent pas suppléer d'office le moyen résultant de la prescription. »⁸²². En revanche, deux adages trouvent à s'appliquer. Le premier adage, hérité du droit romain, concerne l'exception de nullité, laquelle survit à la prescription : *Quae temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum*⁸²³. Le second adage concerne celui qui a été empêché d'agir, contre lequel la prescription ne peut pas courir : *Contra non valentem agere non currit praescriptio*⁸²⁴. Ce principe a été consacré par la Cour européenne des droits de l'homme⁸²⁵. Ajoutons qu'en 1978, le délai de prescription de droit commun est de trente ans⁸²⁶. Un délai de courte durée peut alors facilement être confondu avec un délai de forclusion.

⁸²⁰ Œuvres de POTHIER annotées et mises en corrélation avec le Code civil et la législation actuelle, par M. BUGNET, T. 2, Paris 1848, p. 373 n°677.

⁸²¹ VASSEUR Michel, « Délais préfix, délais de prescription, délais de procédure », RTD civ. 1950, p. 439 s. : l'auteur évoque les incertitudes de qualification ; AMRANI-MEKKI S., « *Le temps et le procès civil* », Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2002, n°63, p. 54.

⁸²² Article 2223 du Code civil.

⁸²³ L'action est temporaire, tandis que l'exception est perpétuelle.

⁸²⁴ La prescription ne court pas contre celui qui a été empêché d'agir.

⁸²⁵ CEDH, ch. 2e sect., 7 juillet 2009, Stagno c/ Belgique ; RDC 2010/1, p.201, chron. MARGUÉNAUD : la prescription ne court pas contre celui qui a été empêché d'agir. Principe consacré par CEDH, ch. 2e sect., 7 juillet 2009, Stagno c/ Belgique, RDC 2010/1, p. 201, chron. MARGUÉNAUD : l'application rigide du délai de prescription contre celui qui a été empêché d'agir constitue une atteinte disproportionnée au droit d'accès à un Tribunal garanti par l'article 6-1 CEDH.

⁸²⁶ L'ancien article 2262 du Code civil énonçait : « toutes les actions, tant réelles que personnelles, sont prescrites par trente ans, sans que celui qui allègue cette prescription soit obligé d'en rapporter un titre ou qu'on puisse lui opposer l'exception déduite de la mauvaise foi. » Depuis la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription, le délai de droit commun est de cinq ans selon l'article 2224 du Code civil : « Les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer. » L'article 2223 du Code civil prévoit cependant des délais dérogatoires : « les dispositions du présent titre ne font pas obstacle à l'application des règles spéciales prévues par d'autres lois. »

427. Au contraire de la prescription, la forclusion n'est pas définie dans le Code civil. Les premiers sédiments des délais préfix – autre nom des délais de forclusion⁸²⁷ - sont apparus à la fin du XVIIIe siècle. L'article 74 de la loi des 16-24 août 1790 concernait les délais d'appel. Il prévoyait que leur inobservation emportait déchéance du droit de faire appel. Le Code civil, le Code de procédure civile, ont à leur tour sanctionné de déchéance l'inobservation d'un certain nombre de délais. Au XIXe siècle, la jurisprudence, anticipant parfois l'intervention du législateur, reconnut la qualité de délai préfix à un certain nombre de délais. Malgré cela, aucune définition ne fut posée clairement, laissant la communauté des auteurs divisée. Le sens du mot préfix reste lui-même incertain⁸²⁸. Le Littré en donne la définition suivante : « fixé à l'avance ». Selon Nicolas MONACHON-DUCHÊNE⁸²⁹ : « La forclusion est la sanction de l'inobservation d'un délai préfix qui prive la partie de son droit d'agir. » Cette précision terminologique nous révèle que le délai doit être qualifié de préfix et son inobservation, de forclusion. Le délai préfix est un délai pour faire quelque chose, un délai positif. Il relève du droit procédural. Celui qui n'agit pas dans le délai, qui se laisse surprendre par la fin du délai, est dit forclos à agir. Il est privé de l'avantage qu'aurait pu lui procurer l'action. C'est donc un délai extinctif et non acquisitif⁸³⁰, « (...) un délai de rigueur dans lequel une partie doit accomplir un acte (...) »⁸³¹ Il n'y a pas ici de présomption de libération du débiteur, de consolidation d'une situation, mais déchéance, perte d'une faculté d'action par la seule expiration d'un temps donné. C'est enfin un délai très court, prévu spécifiquement pour une action.

⁸²⁷ Dans sa contribution aux mélanges Calais-Auloy, Dalloz 2004, p. 361, Méлина DOUCHY-OU DOT assimile le délai de forclusion au délai préfix.

⁸²⁸ À propos de Cass. civ. 1^{ère}, 9 décembre 1986, n°85-11263, Bull. I, n°293, p. 278 ; Gaz. Pal., 1987, I, p. 186, note Michel MAYER et René PINON : « *La distinction des délais de prescription et des délais dits « préfix » est un des grands mystères du droit français.* » Les auteurs soulignent l'absence de critère de distinction.

⁸²⁹ JCP G, 1995, I, 3814, étude par Nicolas MONACHON-DUCHÊNE, magistrat, « *La forclusion en matière de crédit à la consommation* ».

⁸³⁰ CROZE Hervé, MOREL Christian et FRADIN Olivier, « *Procédure civile* », Objectif droit, Litec, 2008, 4^{ème} édition, n°524 p.183.

⁸³¹ MONACHON-DUCHÊNE Nicolas, « *La forclusion en matière de crédit à la consommation* » JCP G, 1995, I, 3814.

B – L'intérêt de la distinction

428. Au moment de l'adoption de la loi du 10 janvier 1978, la distinction la plus marquante entre un délai de prescription et un délai de forclusion était la possibilité offerte ou déniée au juge de relever d'office son expiration. Alors que la fin de non-recevoir tirée de la prescription ne peut pas être relevée d'office par le juge du fond⁸³², celle tirée de l'écoulement d'un délai préfix, elle, le peut. Cela permet au juge du fond de se montrer actif au cours de la procédure en soulignant, en « relevant » la déchéance du délai préfix que n'aurait pas invoquée le consommateur. Comme tout relevé d'office, il peut être précieux pour le plaideur qui n'a pas invoqué ce moyen. Mais dans le cas du délai, le relevé d'office peut aussi jouer à l'encontre du consommateur, si c'est la forclusion de sa propre action qui est relevée. Quant au plaideur négligent ou ignorant qui aura omis d'invoquer l'expiration d'un délai de prescription, il ne pourra pas recevoir le secours du juge.

429. Une autre distinction est à souligner. La forclusion ne bénéficie pas de l'adage *Quae temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum*⁸³³, l'action est temporaire, l'exception est perpétuelle. La Cour de cassation a, en effet, réservé cet adage, qui n'est repris dans aucun texte, aux seuls délais de prescription⁸³⁴. La justification de cette différence de traitement trouverait sa source dans la différence initiale existant entre les deux types de délais. Alors que le délai de prescription est un droit substantiel, attaché au droit lui-même, le délai de forclusion est un droit processuel. Là, c'est au contraire le délai de prescription qui semble plus favorable au consommateur. Nulle panacée donc.

430. La sanction de l'expiration d'un délai, qu'il soit de forclusion ou de prescription, est identique : c'est l'irrecevabilité de la demande, sans examen au fond. En effet, selon l'article 122 du Code de procédure civile : « Constitue une fin de non-recevoir tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen

⁸³² Article 2223 du Code civil en vigueur au moment de l'adoption de la loi de 1978 : « Les juges ne peuvent pas suppléer d'office le moyen résultant de la prescription. »

⁸³³ L'action est temporaire, tandis que l'exception est perpétuelle.

⁸³⁴ V. par ex. : Cass. civ. 1^{ère}, 30 mars 1994, Bull. I, n°126.

au fond, pour défaut de droit d'agir, tel le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la *prescription*, le *délai préfix*, la chose jugée. » La demande, si elle est présentée au juge après que le délai a expiré, est, théoriquement, irrecevable. Mais cette sanction est toute théorique. Comme nous venons de l'exposer, dans le cas d'un délai de prescription, si l'expiration n'est pas invoquée par le défendeur - le plus souvent, le consommateur-emprunteur -, le juge du fond ne peut pas la relever d'office. Une action prescrite en théorie peut donc prospérer dans les faits. Si l'action prescrite est celle du prêteur, elle prospère au détriment du consommateur. Il est dès lors intéressant de se pencher sur la qualification donnée par la Cour de cassation au délai biennal de forclusion instauré en matière de crédit à la consommation.

§2 – Le choix de la Première Chambre civile et ses suites

431. La loi de 1978 était restée muette sur la qualification du délai biennal qu'elle instaurait. La Cour de cassation eut donc la tâche de pallier cette carence législative. Dans un arrêt du 9 décembre 1986⁸³⁵, la Première Chambre civile a, sans ambiguïté, assimilé le délai biennal à un délai de prescription : « (...) cette règle s'applique lors même que cette *prescription* est d'ordre public (...) » Or, l'article 2223 du Code civil, en vigueur au moment de l'adoption de la loi de 1978, était clair⁸³⁶ : « Les juges ne peuvent pas suppléer d'office le moyen résultant de la prescription. » Et les différentes chambres de la Cour de cassation faisaient une application très stricte de ce texte⁸³⁷. La Première Chambre civile en fit logiquement de même en matière de crédit à la consommation. Dans ce même arrêt du 9 décembre 1986⁸³⁸, elle affirma, au visa de l'article 2223 du Code civil : « (...) aux termes de ce textes, les juges ne peuvent pas suppléer d'office le moyen résultant de la

⁸³⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 9 décembre 1986, n°85-11263, Bull. I, n°293, p. 278, JCP G 1987, 20862 ; Gaz. Pal. 16 avril 1987, n°106. Et elle le dit extrêmement clairement dans Cass. civ. 1^{ère}, 24 novembre 1987, n°86-13232, Bull. I, n°307, p. 220 : « (...) si le délai de deux ans prévu par la disposition précitée est bien un délai de prescription et non un délai préfix (...) ».

⁸³⁶ « Les juges ne peuvent pas suppléer d'office le moyen résultant de la prescription. »

⁸³⁷ Cass. soc, 4 avril 1978, n°76-14597, Bull. V n°281 p. 212 ; Cass. soc, 15 déc. 1981, n°80-14595, Bull. V, n°964 p. 716 ; Cass. com, 16 mars 1981, n°79-16005, Bull. IV, n°139 p. 109 ; Cass. civ. 3^{ème}, 19 avril 1972, n°71-10727, Bull. III, n°250 p. 178 ; Cass. Civ. 1^{ère}, 9 janv. 1979, n°77-13416, Bull. I, n°12 p. 9 ; Cass. Civ. 1^{ère}, 8 nov. 1978, n°77-13150, Bull. I, n°340, p. 264.

⁸³⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 9 décembre 1986, n°85-11263, Bull. I, n°293, p. 278.

prescription (...) » Cette solution était sévère pour le consommateur-emprunteur car elle le privait d'un secours bienvenu du juge.

432. Pourtant, bien que qualifié tantôt de délai de prescription, tantôt de délai préfix, lors des débats parlementaires, le délai biennal semble s'apparenter davantage à un délai préfix : il s'agit d'un délai procédural, son expiration prive le plaideur de son droit d'agir, c'est donc un délai extinctif, une déchéance, la perte d'une faculté d'action. Dès lors, la Première Chambre civile aurait pu choisir la qualification de délai de forclusion, ce qui aurait permis aux juges du fond de relever d'office l'expiration du délai. Elle ne l'a pas fait. Le législateur est venu pallier les silences de la loi originaire.

433. La loi du 23 juin 1989⁸³⁹ a ainsi modifié l'article 27 de la loi du 10 janvier 1978 : « Les actions engagées devant lui doivent être formées dans les deux ans de l'événement qui leur a donné naissance, à peine de *forclusion* ». Le délai biennal est cette fois clairement qualifié dans la loi spéciale. Il s'agit d'un de délai de forclusion. Cette qualification nouvelle contraint alors la Première Chambre civile à modifier sa jurisprudence. Cependant, si cette nouvelle qualification permet aux juges du fond de relever d'office l'expiration du délai, elle retire aussi à l'emprunteur le bénéfice de la perpétuité des exceptions. À partir de là, la Cour de cassation appliquera d'ailleurs très strictement sa jurisprudence selon laquelle la survie des exceptions ne peut être invoquée en présence d'un délai de forclusion. Dans un avis du 9 octobre 1992⁸⁴⁰, elle affirma : « Le délai de deux ans prévu à l'article 27 de la loi n°78-22 du 10 janvier 1978, tel qu'il a été interprété par l'article 2-XII de la loi n°89-421 du 23 juin 1989 et les articles 19-IX et 19-X de la loi n°89-1010 du 31 décembre 1989, étant un délai de forclusion, la règle selon laquelle l'exception survit à l'action ne lui est pas applicable. » Une jurisprudence bien établie

⁸³⁹ Loi n°89-421 du 23 juin 1989⁸³⁹ relative à l'information et à la protection des consommateurs ainsi qu'à diverses pratiques commerciales.

⁸⁴⁰ Cass. avis, 9 octobre 1992, n°92-06000, Bull. V, n°4, p. 2, rendu sur demande du Tribunal d'instance de Lille, au visa de la loi du 15 mai 1991 et du décret du 12 mars 1992.

considère en effet que la perpétuité de l'exception de nullité ne saurait concerner les délais de forclusion⁸⁴¹. Cette jurisprudence est dénoncée avec vigueur par Marc BRUSCHI⁸⁴².

434. La qualification de délai de prescription, tout comme celle, ensuite, de délai de forclusion, plaçaient le consommateur-emprunteur dans l'embarras. La question centrale restait alors celle de sa soumission au délai biennal. La loi du 11 décembre 2001⁸⁴³ a ensuite sorti du champ du délai biennal les actions de l'emprunteur et de sa caution. À partir de cette date, le délai de deux ans ne concerne plus que les actions en paiement intentées par le prêteur, à l'occasion de la défaillance de l'emprunteur. Le consommateur, lui, n'est plus tenu par le délai. Il peut notamment opposer à une action du prêteur l'irrégularité du contrat, même si ce dernier a été conclu depuis plus de deux ans et à condition de respecter les délais de droit commun.

Conclusion de section

435. La Première Chambre civile, en qualifiant le délai de délai de prescription, pénalisa le consommateur, le juge ne pouvant pas relever d'office l'expiration d'un délai de prescription, en vertu de l'article 2223 du Code civil. Et, lorsque la loi du 23 juin 1989 eut qualifié le délai de délai de forclusion, elle fit de nouveau preuve de sévérité envers le consommateur en appliquant avec constance sa jurisprudence selon laquelle la survie des exceptions ne bénéficiait pas aux délais de forclusion. Seule la loi de 2001, en sortant du champ du délai biennal les actions de l'emprunteur et de sa caution, rendra sans objet la question de la qualification du délai. Mais ce qui est le plus surprenant, c'est l'attitude de la Cour de cassation. Face à un délai non qualifié dans la loi, elle choisit de le qualifier de délai de prescription - alors même qu'il s'apparente davantage à un délai de forclusion - adoptant une position défavorable à l'emprunteur. Démentie ensuite par la loi de 1989,

⁸⁴¹ Rapport annuel de la Cour de cassation 2014 - Étude : Le temps, - « Contrairement au délai de prescription, le délai de forclusion est en principe insusceptible de suspension et parfois d'interruption. *L'exception de nullité ne peut plus être opposée* après l'expiration du délai pour agir. Le juge *doit* soulever d'office l'expiration du délai de forclusion qui est d'ordre public. », consulté sur le site de la Cour.

⁸⁴² BRUSCHI Marc, « *L'impossible oublié : pour l'application de la maxime Quae temporalia aux délais prefix* », in *Le droit dans le souvenir*, Liber amicorum Benoît Savelli, Aix, 1998, p. 183 s.

⁸⁴³ Loi n°2001-1168 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier.

elle impose alors vigoureusement la règle selon laquelle la survie des exceptions n'est pas applicable aux délais de forclusion. Mais là encore, sans justification. Cette règle étant d'origine jurisprudentielle et non légale, elle était libre d'y renoncer dans le cas particulier du consommateur-emprunteur. Elle ne l'a pas fait. De la même manière, elle a appliqué le délai biennal à tous les acteurs concernés par un crédit à la consommation.

I - La soumission de tous les acteurs au délai biennal

436. L'idée d'un délai bref était à l'origine de contraindre les parties à agir promptement en cas de difficulté⁸⁴⁴ durant la vie du crédit. Au cours des débats parlementaires, toutes les actions semblaient, implicitement du moins, visées⁸⁴⁵. Le texte adopté, quant à lui, ne précisait pas si certaines actions en étaient exclues. La soumission du prêteur au délai biennal⁸⁴⁶, par la Cour de cassation, semble naturelle car elle le contraint à la célérité et protège le consommateur d'intérêts qui se dilateraient sous l'effet

⁸⁴⁴ GELBARD-LE DAUPHIN Isabelle, « *Le délai de forclusion en matière de droit de la consommation* » in Rapport annuel de la Cour de cassation, 2003, p. 235 s. : « Cette règle, qui a suscité un abondant contentieux, apparaît avoir eu à l'origine pour objet d'assurer un traitement dans de brefs délais des litiges survenant en ce domaine et notamment de protéger à cet égard l'emprunteur en incitant le prêteur à engager rapidement une action, en cas d'impayés, afin de ne pas laisser s'accroître le poids de dettes pouvant être assorties d'intérêts d'une importance non négligeable. »

⁸⁴⁵ Jacques THYRAUD (Sénateur de 1974 à 1992, Union des Républicains et Indépendants), Rapporteur de la Commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale, indique en séance publique : « Il s'agit d'un *délai préfix* destiné à éviter l'ouverture d'un contentieux au-delà de son terme, quelle que soit l'origine de ce contentieux, qu'il s'agisse par exemple de demandes en paiement de mensualités ou, au contraire, de recours contre le vendeur ou le prêteur. », Première session ordinaire de 1976-1977, JO Sénat du 13 octobre 1976.

⁸⁴⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 9 décembre 1986, n° 85-11263, Bull. I, n°293, p. 278, Gaz. Pal. 1987, I, p. 186, note Michel MAYER et René PINON, l'action en paiement du prêteur est soumise au délai biennal : « (...) sont soumis aux dispositions de l'article 27 de la loi tous les litiges concernant les opérations de crédit qu'elle régleme ; qu'il en est ainsi, en particulier, du contentieux né de la défaillance de l'emprunteur (...) » ; la Première Chambre civile aura l'occasion de le rappeler : Cass. civ. 1^{ère}, 17 novembre 1993, n°91-15647, Bull. I, n°333, p. 230, notamment ; Cass. civ. 1^{ère}, 19 mai 1992, n°90-10421, inédit : l'action du prêteur contre la caution entre, elle aussi, dans le champ du délai biennal ; n°90-11484, Sté Fica c/ Mme Franc : Bull. I, n°148, p. 101 : l'action de l'emprunteur contre le prêteur qui a versé les fonds, au vu d'une attestation d'exécution des travaux, sans accord de l'emprunteur et sans contrôle de la bonne exécution des travaux, est soumise au délai biennal. Seule l'action du crédit-bailleur, en revendication de la chose louée, a été exclue du délai biennal : Cass. civ. 1^{ère}, 20 décembre 1994, n° 93-11624, Bull. civ. I, n°384, p. 276, au visa des articles L311-37 du Code de la consommation et 2236 du Code civil, la Première Chambre civile a en effet affirmé que cette action devait rester dans le champ du droit commun. Le crédit-bailleur restant propriétaire du bien, l'écoulement du délai biennal ne conférait aucun titre au locataire.

du temps⁸⁴⁷. En revanche, la soumission de l'emprunteur et de la caution à ce même délai semble plus contestable. Il convient de présenter les solutions dégagées par la Cour de cassation à l'encontre de l'emprunteur et de sa caution (§1) avant d'évoquer leur rejet par les juges du fond et leur sanction par le législateur (§2).

§ 1 – La soumission de l'emprunteur et de sa caution au délai biennal

437. Dans le cadre d'un crédit à la consommation, l'emprunteur et sa caution peuvent être amenés à agir, par voie d'action ou, le plus souvent, par voie d'exception. Dès lors, quel délai l'emprunteur et sa caution doivent-ils respecter ? Dans le silence du texte spécial, la Cour de cassation a soumis partiellement le prêteur (A) et totalement sa caution (B) aux rigueurs du délai biennal.

A – Le délai d'action imposé à l'emprunteur

438. Pour un certain nombre d'actions, l'emprunteur s'est trouvé soumis par la Cour de cassation au délai de deux ans (1). En revanche, pour d'autres actions, il y a échappé (2).

1 – La soumission malheureuse de l'emprunteur au délai biennal

a – L'action de l'emprunteur en contestation de la régularité de l'offre préalable

439. Par un avis rendu le 9 octobre 1992⁸⁴⁸ au visa de la loi du 15 mai 1991⁸⁴⁹ et du décret du 12 mars 1992⁸⁵⁰, sur demande du Tribunal d'instance de Lille, la Cour de cassation soumit sans ambiguïté l'action en contestation de la régularité de l'offre

⁸⁴⁷ Même si ce postulat peut être discuté. En effet, contraindre le prêteur à agir avec célérité en cas de difficulté dans le remboursement du prêt évite certes l'accroissement du passif de l'emprunteur, mais cela peut aussi dissuader le prêteur de discuter avec son client, de rechercher une solution négociée.

⁸⁴⁸ Cass. avis, 9 octobre 1992, n°92-06000, Bull. V, n°4, p. 2.

⁸⁴⁹ Loi n°91-491 du 15 mai 1991.

⁸⁵⁰ Décret n°92-228 du 12 mars 1992.

préalable au délai de deux ans. Dans un arrêt du 30 octobre 1995⁸⁵¹, la Première Chambre civile persista dans son raisonnement. L'action de l'emprunteur – et de la caution – qui contestaient la régularité du contrat de crédit était soumise au délai de deux ans, que la contestation soit portée par voie d'action ou d'exception. Elle fera encore de même dans un arrêt du 7 novembre 2000⁸⁵². Par bien d'autres arrêts, la Première Chambre civile maintiendra la rigueur de sa position à l'égard de l'emprunteur⁸⁵³. L'on peut aussi souligner que, quel que soit son Président, la Première Chambre civile maintint avec une redoutable constance son application du délai biennal à l'action de l'emprunteur contestant la régularité de l'offre. Cette position jurisprudentielle était sévère pour l'emprunteur. La brièveté du délai d'action, comme cela a été souligné, allait de soi à l'égard du prêteur. En revanche, son application à l'emprunteur était discutable, pour deux raisons. La première raison se trouvait dans le silence du texte spécial. Il posait un délai d'action dérogatoire au droit commun mais ne précisait pas à qui ce délai devait s'appliquer. Partant, une application restrictive aurait été logique. La seconde raison découlait de la première. Parce que ce délai était dérogatoire au droit commun, il était peu probable que notre consommateur-emprunteur en eût connaissance et en cernât les enjeux. Aucune nuance ne put être décelée. Au sein des juridictions du fond, des résistances se firent jour⁸⁵⁴.

⁸⁵¹ Cass. civ. 1^{ère}, 30 octobre 1995, n°93-13628, inédit, rendu après CA Nîmes, 28 janvier 1992.

⁸⁵² Cass. civ. 1^{ère}, 7 novembre 2000, n°98-14349, Président : M. Lemontey, Bull. I, n°284, p. 184, rendu après CA Rennes, 20 février 1998.

⁸⁵³ Cass. civ. 1^{ère}, 9 octobre 2001, n°98-22056, cassation, inédit, rendu après CA Lyon, 16 septembre 1998, Président : M. Aubert ; Cass. civ. 1^{ère}, 2 octobre 2002, n°00-10664, cassation, Bull. I, n°229, p. 176, rendu après CA Bordeaux, 11 janvier 1999, Président : M. Lemontey ; Cass. civ. 1^{ère}, 4 février 2003, n°00-14033, cassation, inédit, rendu après TI Vienne, 17 décembre 1999, Président : M. Aubert ; Cass. civ. 1^{ère}, 18 février 2003, n°00-15955, rejet, inédit, rendu après CA Paris, 22 février 2000, Président : M. Bouscharain ; Cass. civ. 1^{ère}, 29 avril 2003, n°01-01251, cassation, inédit, rendu après CA Paris, 25 octobre 2000, Président : M. Canivet.

⁸⁵⁴ CA Bourges, 21 février 1994, Caisse régional de Crédit agricole mutuel du Cher c/ Lasne, JCP G 1994, IV, 1218 : la Cour d'appel de Bourges jugea que l'action de l'emprunteur en déchéance du droit aux intérêts pour irrégularité de l'offre préalable, n'était pas soumise au délai biennal. Ces dispositions sont d'ordre public. Leur méconnaissance ne peut être couverte, même par la forclusion.

b – L'action de l'emprunteur contre le prêteur qui a délivré à tort les fonds

440. Un arrêt rendu le 19 mai 1992⁸⁵⁵ nous renseigne sur le délai appliqué à l'action de l'emprunteur, qui constate des malfaçons, contre le prêteur. Il s'agissait en l'espèce d'un emprunt contracté en vue de financer les travaux de réfection d'une toiture. Le prêteur avait versé les fonds à la société, au vu d'une attestation d'exécution des travaux. L'emprunteur constata des malfaçons. Il assigna le prêteur et la société qui avait réalisé les travaux. Il reprocha au prêteur d'avoir réglé la société sur simple présentation de la facture, sans contrôle de bonne exécution et sans son accord. Le prêteur lui opposa une fin de non-recevoir, tirée de la forclusion de l'action. La Cour d'appel⁸⁵⁶ écarta la fin de non-recevoir. Elle estima que l'action, ne concernant pas le déroulement interne de l'opération de crédit, mais l'exécution défectueuse des travaux, restait soumise à la prescription de droit commun et non au bref délai de l'article 27. Amenée à se prononcer, la Première Chambre civile⁸⁵⁷ affirma au contraire que l'action de l'emprunteur concernait l'opération de crédit et devait être engagée dans le délai de deux ans à partir de la délivrance des fonds, événement qui lui avait donné naissance. Au-delà de deux ans, l'emprunteur ne pouvait plus agir contre le prêteur. La brièveté du délai, censée protéger l'emprunteur, prit alors, pour lui, un goût amer. La position de la Première Chambre civile divisa, tant la doctrine que les juges du fond. Certains auteurs y virent une contradiction avec le vœu de protection du consommateur exprimé par la loi⁸⁵⁸. La Première Chambre civile confirmera pourtant sa position dans un arrêt du 17 novembre 1993⁸⁵⁹, affirmant laconiquement que sont soumis au délai biennal tous les litiges concernant les opérations de crédit réglementées par le chapitre relatif au crédit à la consommation du Code de la consommation. Au sein des juridictions du fond, des résistances se firent jour. Certaines

⁸⁵⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 19 mai 1992, inédit (pas de n° de pourvoi sur le site www.legifrance.gouv.fr), sté FICA c/ Mme Franc, Bull. I, n°148, MONACHON-DUCHÊNE Nicolas, « *La forclusion en matière de crédit à la consommation* » JCP G, 1995, I, 3814.

⁸⁵⁶ CA Nîmes, 29 novembre 1989.

⁸⁵⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 19 mai 1992, inédit (pas de n° de pourvoi sur le site www.legifrance.gouv.fr).

⁸⁵⁸ C'est ce qu'évoque Nicolas MONACHON-DUCHÊNE dans son étude parue au JCP G, 1995, I, 3814, sp. p. 19 : « *La forclusion en matière de crédit à la consommation* ».

⁸⁵⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 17 novembre 1993, n°91-13383, Bull. I, n°334, p. 231, Ribas c/ Mme Fouquet Ancellin.

actions de l'emprunteur ont, par ailleurs, été soustraites à la rigueur du délai par la Cour de cassation.

2 – La soustraction bienvenue de l'emprunteur au délai biennal

a - L'exception de non-livraison

441. L'emprunteur qui sollicite l'annulation du contrat de crédit suite à l'annulation du contrat de vente, pour défaut de livraison des biens, a été soustrait à la rigueur du délai de deux ans. Dans un arrêt du 27 février 1996⁸⁶⁰, il était question d'un couple de particuliers qui avait financé par un contrat de location-vente l'installation d'un chauffage central. Le même jour, le couple avait signé un autre contrat avec l'entreprise chargée d'installer le chauffage. Les fonds furent versés à la société au vu d'un bon à payer, les époux en ayant été informés. Les échéances ne furent plus réglées. Le prêteur demanda et obtint la résiliation du contrat de crédit. Trois ans plus tard, les époux assignèrent l'entreprise et le prêteur en résolution des deux contrats. La demande fut accueillie par le Tribunal d'instance de Mulhouse⁸⁶¹, qui rejeta les exceptions de chose jugée et de forclusion soulevées par le prêteur et retint que l'installation n'avait jamais été réalisée. Un second jugement condamna le prêteur à rembourser aux emprunteurs les sommes que ces derniers avaient versées. Appel fut interjeté par le prêteur. La Cour d'appel de Colmar⁸⁶² infirma les jugements et déclara l'action des époux forclose. Selon elle, l'événement qui avait donné naissance à l'action était la lettre par laquelle le prêteur informait les emprunteurs de la délivrance des fonds. Or, au moment de l'assignation, plus de deux ans s'étaient écoulés depuis cet événement. La demande était donc tardive. Amenée à se prononcer, la Première Chambre civile cassa l'arrêt au visa des articles L311-21 alinéa 1^{er} et L311-37 du Code de la consommation. Elle affirma que la résolution ou l'annulation du

⁸⁶⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 27 février 1996, Bull. I, n°112, p. 78 ; CCC 1996, n°161, note RAYMOND, rendu après CA Colmar, 7 mai 1992.

⁸⁶¹ TI Mulhouse, 3 février 1989.

⁸⁶² CA Colmar, 7 mai 1992.

contrat de crédit consécutive à celle du contrat principal n'était pas soumise au délai de deux ans. La Première Chambre civile eut l'occasion de réaffirmer sa position⁸⁶³.

442. La Première Chambre civile fit ainsi une distinction entre l'exception de non-livraison et le recours trouvant son origine dans l'existence de malfaçons. Alors que l'emprunteur qui sollicitait l'annulation du contrat de crédit, consécutive à l'annulation du contrat de vente pour défaut de livraison des biens, n'était pas contraint par le délai de deux ans, celui qui exerçait son recours contre le prêteur ayant remis les fonds, à la suite de malfaçons était, lui, soumis au délai biennal. Mieux valait donc à ce moment pour l'emprunteur n'être pas livré plutôt que d'avoir des travaux mal exécutés. La distinction opérée par la Première Chambre civile, entre l'exception de non-livraison et l'existence de malfaçons, n'était pas assortie d'une justification. Partant, sa légitimité fut remise en question par une partie de la doctrine et des juridictions du fond.

b - L'action en responsabilité pour non-respect par le prêteur de son devoir de mise en garde

443. Dans un arrêt du 30 mai 2012⁸⁶⁴, rendu au visa de l'article L311-37 du Code de la consommation dans sa rédaction antérieure à celle issue de la loi du 11 décembre 2001, la Première Chambre civile fit échapper au délai biennal l'action en responsabilité de l'emprunteur qui invoquait le non-respect par le prêteur de son devoir de mise en garde, au moment de la souscription du crédit. Cette action retrouva par là même le giron du droit commun de la responsabilité. Était-ce une application rétroactive de la loi du 11 décembre 2001 ?

⁸⁶³ Cass. civ. 1^{ère}, 18 mars 1997, n°95-14947, inédit, rendu après CA Paris, 1^{er} décembre 1994 ; Cass. Civ. 1^{ère}, 12 janvier 1999, n°96-16933, Bull. I, n°16, RD bancaire et bourse 1999, 71, obs. CRÉDOT et GÉRARD.

⁸⁶⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 30 mai 2012, n°11-14728, Bull. I, n° 117, rendu après CA Aix-en-Provence, 25 juin 2010, cassation.

c - L'action de l'emprunteur fondée sur la fraude

444. La Première Chambre civile eut l'occasion de rappeler l'adage *fraus omnia corrumpit*⁸⁶⁵ et en déduisit que le délai de deux ans n'était pas opposable à l'emprunteur victime d'une fraude. Tel est l'enseignement d'un arrêt rendu par la Première Chambre civile le 3 novembre 1993⁸⁶⁶. Les faits étaient un peu complexes : par acte authentique du 22 mai 1987, un particulier avait consenti un prêt à un couple de particuliers, remboursable par échéances semestrielles et garanti par une inscription d'hypothèque. L'Office de crédit hypothécaire intervint à l'acte en qualité de mandataire du prêteur et reçu mission d'assurer le remboursement régulier du prêt, au besoin par des avances d'une société de crédit. Par acte sous seing privé du 12 juin 1987, les emprunteurs confièrent un mandat de gestion à l'Office de crédit hypothécaire, destiné à permettre l'amortissement rationnel du prêt par des versements proportionnés à leurs possibilités. L'échéance du 8 août 1988 n'ayant pas été réglée, le mandat de gestion fut résilié. Les emprunteurs firent l'objet d'une procédure de saisie immobilière. Ils assignèrent l'Office de crédit hypothécaire et le prêteur en nullité de l'acte du 12 juin 1987 par application des articles 5 et 19 de la loi du 10 janvier 1978. Amenée à se prononcer, la cour d'appel de Paris annula, le 27 novembre 1991, l'acte dit " mandat de gestion " comme contraire aux dispositions de la loi du 10 janvier 1978. Elle mit en évidence la fraude de l'Office et de la société de crédit, qui ne pouvait dès lors pas se prévaloir du délai de forclusion de deux ans prévu à l'article 27 de la loi du 10 janvier 1978. L'Office de crédit hypothécaire forma un pourvoi en cassation. La première chambre estima que l'acte improprement qualifié " mandat de gestion " se substituait dans son intégralité à l'acte notarié. Dans ces conditions, l'Office aurait dû se conformer aux dispositions d'ordre public de la loi du 10 janvier 1978. Selon elle, les organismes de crédit avaient monté une opération illégale. La fraude écarta l'application du bref délai aux emprunteurs qui en avaient été victimes. Leur action pouvait dès lors s'exercer selon le délai de droit commun. Notons que l'action en nullité d'une convention était soumise, avant la loi du 17 juin 2008⁸⁶⁷, à la prescription

⁸⁶⁵ La fraude vicie tout.

⁸⁶⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 3 novembre 1993, n°92-10563, Bull. I, n°312, p. 217 rendu après CA Paris, 27 novembre 1991.

⁸⁶⁷ Loi n°2008-561 du 17 juin 2008.

trentenaire. Cet arrêt vient prouver que la Première Chambre civile sait, lorsqu'elle le souhaite, puiser aux sources des principes généraux du droit les solutions qui lui paraissent opportunes et par là même écarter l'application de la réglementation spéciale sur le crédit à la consommation lorsque celle-ci dessert, paradoxalement, les intérêts de l'emprunteur. Il n'est pas interdit de penser que la Première Chambre civile aurait pu faire de même dans d'autres circonstances.

B – Le délai d'action imposé à la caution

445. La caution peut agir contre l'emprunteur (1), après qu'elle a été appelée et a payé. Elle peut également être amenée à agir contre le créancier (2). Dans les deux cas, son action a été soumise par la Cour de cassation au délai de deux ans.

1 - L'action de la caution contre l'emprunteur

446. Le recours personnel de la caution, qui a payé le prêteur, contre l'emprunteur devait-il être soumis au bref délai de l'article L311-37 ? Une première réponse fut donnée par un arrêt de la Première Chambre civile en date du 17 novembre 1993⁸⁶⁸. Les faits étaient les suivants : lors de la souscription d'un prêt d'études, une société d'assurance s'était portée caution des engagements pris par l'emprunteur. Suite à la défaillance de l'emprunteur, la caution fut appelée en garantie. Elle honora son engagement puis exerça une action contre l'emprunteur, qui lui opposa l'écoulement du délai de deux ans. La Cour d'appel de Versailles⁸⁶⁹ écarta cette fin de non-recevoir. Elle estima que si le délai de deux ans avait été édicté par le législateur de 1978 pour protéger emprunteur et caution dans leurs rapports avec le prêteur, il n'était en revanche pas applicable au recours personnel de la caution contre l'emprunteur. Le délai applicable était alors celui de droit commun, trente ans au moment des faits. Son raisonnement fut sèchement sanctionné par la Première Chambre civile. Elle affirma que tous les litiges concernant les opérations de crédit réglementées par la loi de 1978 étaient soumis au délai de deux ans. Elle ajouta, pour lever toute ambiguïté : « il en est ainsi, en particulier, du recours personnel de la

⁸⁶⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 17 novembre 1993, 91-15647, Bull. I, n°333, p. 230.

⁸⁶⁹ CA Versailles, 8 mars 1991.

caution, qui a payé le prêteur, contre l'emprunteur ». L'utilisation de l'adverbe notamment aurait été possible mais la Cour lui a préféré l'adverbe en particulier. La décision, d'une grande rigueur pour la caution, n'en était que plus incisive. Un autre arrêt du même jour allait exactement dans le même sens⁸⁷⁰. La Première Chambre civile eut l'occasion de confirmer sa position, très défavorable à la caution⁸⁷¹.

2 - L'action de la caution contre le créancier

447. La Première Chambre civile soumit de la même manière au délai biennal l'exception de droit commun invoquée par la caution et tirée de l'existence d'un vice du consentement. Pourtant, ce type d'action sortait du strict champ des dispositions sur le crédit à la consommation et semblait voué aux délais d'action du droit commun. Dans un arrêt du 15 décembre 1998⁸⁷², il était question d'un cautionnement souscrit à l'occasion du rééchelonnement d'un crédit portant sur l'achat d'un véhicule automobile. La société de crédit, n'obtenant plus paiement, se prévalut de la déchéance du terme et poursuivit tant la caution que l'emprunteur en paiement des sommes restant dues. La caution opposa au prêteur la nullité de son engagement et prétendit qu'il avait agi de mauvaise foi. La Cour d'appel⁸⁷³ écarta ce moyen de défense, porté selon elle hors délai. Amenée à se prononcer, la Première Chambre civile conforta la position de la Cour d'appel : « le délai édicté par l'article L. 311-37 du Code de la consommation s'applique à tous les litiges concernant les opérations de crédit et leur cautionnement ». Cette position était d'une grande rigueur envers la caution. C'était aussi une confirmation de l'application large du délai biennal, à tous les litiges concernant les crédits à la consommation et leurs cautionnements. Cet arrêt était particulièrement intéressant car la Première Chambre civile soumit à la rigueur

⁸⁷⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 17 novembre 1993, n°91-13383, Bull. I, n°334, p. 231 : au visa de l'article 27 de la loi n°78-22 du 10 janvier 1978, tel qu'interprété par l'article 2-XII de la loi n°89-421 du 23 juin 1989 et l'article 19-IX de la loi du 31 décembre 1989, la Première Chambre civile affirma qu'était soumis au délai de forclusion « le recours personnel de la caution, qui a payé le prêteur, contre l'emprunteur ».

⁸⁷¹ Cass. civ. 1^{ère}, 27 mai 1997, n°96-04036, Président : M. Lemontey, Bull. I, n° 173 p. 115, rendu après CA Aix-en-Provence, 16 novembre 1995.

⁸⁷² Cass. civ. 1^{ère}, 15 décembre 1998, n°96-20244, Bull. I, n°365, p. 251 ; MONACHON-DUCHÊNE Nicolas, « *Crédit à la consommation : la forclusion biennale s'applique à l'exception de nullité pour dol* », JCP E n°25 du 24 juin 1999, p. 1106 ; RTD civ. 1999. p. 619, obs. J. MESTRE.

⁸⁷³ CA Douai, 4 juillet 1996.

du délai biennal un recours de la caution puisé aux sources du droit commun des contrats. La solution était sans concession pour la caution. Mais était-elle pour autant injustifiée ? La caution invoquait un dol, c'est-à-dire un des quatre vices du consentement. Le régime de la nullité pour vice du consentement prévoit que, par voie d'action, le recours est enfermé dans un délai de prescription de cinq ans. Toutefois, en l'espèce, le recours n'était pas porté par voie d'action mais par voie d'exception. En droit commun, l'exception de nullité est perpétuelle et peut donc toujours être invoquée en défense, à l'occasion d'une instance. La caution pouvait-elle dès lors entrer dans le champ de cette exception ? Il semble que non, et cela pour deux raisons. La première raison provenait de la condition de non-exécution du contrat posée par la Première Chambre civile⁸⁷⁴. En l'espèce, le bât avait blessé, l'obligation ayant semble-t-il déjà reçu un début d'exécution. La seconde raison tenait au fait que la perpétuité de l'exception ne joue qu'en faveur des délais de prescription. Interrogée par le Tribunal d'instance de Lille sur la soumission du délai de deux ans à la règle de la perpétuité de l'exception, la Cour de cassation avait indiqué⁸⁷⁵ que cette règle ne valait que pour les délais de prescription. Or, à partir de la loi du 23 juin 1989⁸⁷⁶, le délai de l'article 27 avait été spécifiquement qualifié de délai de forclusion. La règle *Quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum* ne pouvait dès lors lui être appliquée.

448. L'exception de nullité de la caution resta ainsi dans le giron du délai de deux ans. La Première Chambre civile ne modifia pas sa jurisprudence, ne chercha pas à l'aménager. Elle maintint avec constance cette solution défavorable à la caution, partie faible au contrat que la loi de 1989 était, pourtant, censée protéger. D'autres contestations de la validité de leur engagement par des cautions furent, de la même manière, soumises au délai de deux ans et non au délai de droit commun de l'action en nullité des vices du

⁸⁷⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 1er décembre 1998, Bull. I, n°338, RTD civ 1999, obs. J. MESTRE, solution constamment rappelée.

⁸⁷⁵ Cour de cassation, avis n°4, 9 octobre 1992, RTD com. 1993, p. 561.

⁸⁷⁶ Loi n°89-421 du 23 juin 1989 relative à l'information et à la protection des consommateurs, dite loi NEIERTZ I.

consentement⁸⁷⁷. Dans un arrêt du 15 juillet 1999, il était question d'une femme qui avait garanti le remboursement d'un crédit à la consommation souscrit par son mari. Les échéances n'étant plus honorées, la banque avait obtenu une ordonnance d'injonction de payer contre les époux. Ils formèrent opposition. L'épouse contesta par ailleurs la validité de son engagement de caution. Amenée à se prononcer, la Première Chambre civile réaffirma que le délai « s'appliquait à tous les litiges concernant les opérations de crédit et leurs cautionnements ». Dans un autre arrêt, du 4 novembre 2003⁸⁷⁸, la Première Chambre civile n'infléchit pas davantage cette tendance rigoriste. La caution d'un crédit à la consommation, assignée, invoquait en défense la nullité de son engagement, pour vice du consentement et inobservation des articles L311-8 et L313-10 du Code de la consommation. Amenée à se prononcer, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence⁸⁷⁹, faisant sienne la rigueur de la Première Chambre civile, lui opposa la forclusion du délai de deux ans. La caution se pourvut en cassation. Son pourvoi fut rejeté.

449. Il en alla de même dans un arrêt du 23 mai 2000⁸⁸⁰. La caution invoquait cette fois l'impossibilité pour le créancier de se prévaloir de la garantie, en raison de la disproportion manifeste de l'engagement à ses biens et revenus⁸⁸¹. Son action fut soumise, de la même manière, au délai biennal.

450. Il ne semble pas inutile ici de rappeler ici que l'article 27 de la loi de 1978 - devenu l'article L311-37 du Code de la consommation - déroge au droit commun des délais pour agir. En tant que tel, et selon les principes généraux du droit, il avait vocation à s'appliquer de manière restrictive. Le texte de loi ne précisait toutefois pas quelles

⁸⁷⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 15 juillet 1999, n°97-13078, Bull. I, n°246, p. 159, Président : M. Lemontey ; 1^{ère}, 4 novembre 2003, n°02-10999, inédit.

⁸⁷⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 4 novembre 2003, n°, inédit.

⁸⁷⁹ CA Aix-en-Provence, 5 novembre 2001.

⁸⁸⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 23 mai 2000, n°98-16759, Bull. I, n°155, p.101, Pdt : Guy Canivet, rendu après CA Douai, 5 juin 1997.

⁸⁸¹ La loi n°89-1010 du 31 décembre 1989 relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles, dite loi NEIERTZ II, JORF du 2 janvier 1990, a posé le principe de la proportionnalité du cautionnement aux biens et revenus de la caution, qui fut codifié à l'Article L313-10 du Code de la consommation. En l'espèce, le contrat de cautionnement avait été signé le 1^{er} mars 1990, soit après l'entrée en vigueur de la loi du 31 décembre 1989.

étaient les personnes visées. Face à ce silence des textes, la Première Chambre civile a estimé qu'il devait s'appliquer de manière large : au prêteur, à l'emprunteur et à sa caution. Elle n'a pas non plus distingué entre les recours formulés par voie d'action et ceux formulés en défense, alors que littéralement, le texte ne mentionnait que les « actions », formulation qui aurait pu lui suggérer une application plus ciblée. Cette application très large du délai de deux ans a mis emprunteurs et cautions dans une situation peu enviable, qui tranchait avec le souhait de protection revendiqué par le législateur. Force est de constater que cet idéal de protection n'a, ici, pas été atteint.

451. Les juges du fond manifestèrent leur résistance, avant que le législateur ne mette un terme à ces jurisprudences particulièrement déroutantes.

§ 2 – Le rejet de l'application large du délai

452. La position sévère de la Première Chambre civile fut contestée par les juges du fond, avant que le législateur ne la sanctionne (A). Curieusement, alors qu'elle avait maintenu sa position avec fermeté, la Première Chambre civile sembla anticiper l'entrée en vigueur de cette loi venue la sanctionner (B).

A - La résistance des juges du fond et la sanction du législateur

453. Nombreux sont les auteurs et les juges du fond à avoir stigmatisé les positions parfois tranchantes de la Première Chambre civile, estimant que certaines actions auraient dû échapper à l'étroitesse du délai biennal, notamment les actions de l'emprunteur en contestation de la validité de son consentement ou de la conformité de l'offre préalable, ainsi que les actions de la caution. Le texte instaurant le délai biennal était silencieux, imprécis, c'est indéniable. La mission du juge, dans ce cas, est d'interpréter la loi, de rechercher les solutions conformes à son esprit. La Première Chambre civile, face à ces lacunes, pouvait suivre au moins deux chemins. Elle a choisi, délibérément, d'appliquer le délai biennal à la grande majorité des actions en lien avec un crédit à la consommation, faisant fi du caractère exceptionnel du délai qui commandait au contraire de l'appliquer

restrictivement. Elle aurait pu suivre une autre voie et réserver ce délai au seul prêteur, ce qui aurait été plus conforme à l'esprit de la loi.

454. Les juridictions du fond ont su résister avec constance et soustraire à la rigueur du délai emprunteur et caution (1), incitant par là-même le législateur à modifier la loi spéciale (2).

1 - La résistance des juges du fond

455. Un arrêt de la Cour d'appel de Bourges du 21 février 1994⁸⁸² illustre cette fronde des juges du fond. La Cour d'appel n'hésita pas à juger que l'action en déchéance du droit aux intérêts exercée par l'emprunteur, contre le prêteur, et fondée sur l'inobservation des dispositions de l'article 5 de la loi du 10 janvier 1978, n'était pas soumise au délai biennal. La Cour d'appel justifia sa solution par le caractère d'ordre public des dispositions, dont la méconnaissance ne pouvait être couverte par la forclusion. Si la solution retenue, *in fine* favorable au consommateur emprunteur, était séduisante, l'argument apporté ne pouvait cependant emporter la conviction. L'ensemble du dispositif législatif encadrant le crédit à la consommation est en effet d'ordre public. Cela est posé sans ambiguïté à l'article 28 de la loi du 10 janvier 1978. Le délai biennal est donc, lui aussi, d'ordre public. La question centrale restait celle de son champ d'application voulu très large par la Première Chambre civile. La Cour d'appel de Rouen⁸⁸³ offrit un autre exemple de cette résistance à la position de la Première Chambre civile. Elle refusa, dans un arrêt du 11 juin 1997, de soumettre au délai biennal l'action d'un emprunteur qui contestait la validité de sa signature et l'existence même de son consentement.

⁸⁸² CA Bourges, 21 février 1994, Caisse régional de Crédit agricole mutuel du Cher c/ Lasne, JCP G 1994, IV, 1218 : la Cour d'appel de Bourges jugea que l'action de l'emprunteur en déchéance du droit aux intérêts pour irrégularité de l'offre préalable, n'était pas soumise au délai biennal. Ces dispositions sont d'ordre public. Leur méconnaissance ne peut être couverte, même par la forclusion.

⁸⁸³ CA Rouen, 11 juin 1997, Bull. info. Cour de cassation, 15 janvier 1998, n°81.

La résistance des juges du fond⁸⁸⁴ invitait le législateur à reprendre l'article L311-37 et à le modifier.

2 - La sanction du législateur

456. La loi du 11 décembre 2001⁸⁸⁵ portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, dite loi MURCEF, vint modifier de manière décisive le premier alinéa de l'article L311-37⁸⁸⁶, brisant la jurisprudence de la Première Chambre civile, libérant emprunteur et caution du délai de deux ans : « Le Tribunal d'instance connaît des litiges nés de l'application du présent chapitre. Les actions en paiement engagées devant lui à l'occasion de la défaillance de l'emprunteur doivent être formées dans les deux ans de l'événement qui leur a donné naissance à peine de forclusion. »

457. Cette nouvelle écriture de l'article L311-37 fit sortir du carcan du délai biennal les actions émanant de l'emprunteur et de la caution. Seules restent soumises au délai biennal les actions « en paiement » engagées lorsque l'emprunteur est défaillant, c'est-à-dire concrètement les actions exercées par le prêteur. Il s'agissait sans ambiguïté d'un texte sanctionnateur, destiné à briser la jurisprudence développée par la Première Chambre civile. La loi du 11 décembre 2001 ne s'applique qu'aux contrats conclus à partir de sa promulgation⁸⁸⁷, c'est-à-dire les contrats de crédits à la consommation définitivement formés à partir du 12 décembre 2001, les actions concernant les contrats conclus avant cette date devant être jugés à l'aune de l'ancienne rédaction⁸⁸⁸. Cependant, comme nous

⁸⁸⁴ Pour d'autres exemples de cette résistance des juges du fond : CA Lyon, 16 septembre 1998 ; CA Bordeaux, 11 janvier 1999 ; TI Vienne, 17 décembre 1999.

⁸⁸⁵ Loi n°2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, dite loi MURCEF.

⁸⁸⁶ Loi n°2001-1168 du 11 décembre 2001, article 16-II.

⁸⁸⁷ JO du 12 décembre 2001 ; LAGARDE Xavier, JCP G 2002, I, 106 : « *Loi MURCEF : forclusion biennale et crédit à la consommation. La réforme de l'article L.311-37 du Code de la consommation* » ; CA Angers, 24 mai 2005, JCP G 2005. IV. 3160.

⁸⁸⁸ La CJCE⁸⁸⁸ est aussi venue affirmer, le 21 novembre 2002, que l'invocation d'une clause abusive était une exception qui pouvait toujours être soulevée par l'emprunteur ou relevée d'office par le juge. Cette jurisprudence, dont le juge français devait tenir compte dès son prononcé, faisait aussi sortir l'invocation d'une clause abusive du carcan du délai biennal, sans attendre que la loi du 12 décembre 2001 ne produise ses effets.

allons le voir, la Première Chambre civile a, de manière surprenante, appliqué rétroactivement cette toute nouvelle rédaction.

B – L'anticipation de la Première Chambre civile

458. Dans un arrêt rendu le 1^{er} avril 2003⁸⁸⁹, et bien que le texte nouveau ne soit pas applicable au cas d'espèce, la Première Chambre civile sembla en faire une application rétroactive. Les faits étaient les suivants : des époux étaient titulaires d'un compte joint de dépôt, le mari ayant dans la même banque un compte professionnel sur lequel son épouse possédait une procuration. Divers établissements de crédit prélevèrent des sommes sur ces deux comptes. Le mari, tenu dans l'ignorance de la prodigalité de son épouse, ou cherchant à profiter d'une échappatoire, vint réclamer le remboursement des prélèvements, prétendant que ces crédits avaient été contractés à son insu. Amenée à se prononcer, la Cour d'appel d'Amiens⁸⁹⁰ condamna le prêteur à restituer au mari les différentes sommes assorties des intérêts. Le prêteur forma un pourvoi en cassation. Il estimait que le délai de deux ans s'appliquait à toutes les opérations de crédit régies par les articles L311-1 et suivants du Code de la consommation, qu'en l'espèce, la demande du mari était portée hors délai et que la cour d'appel avait distingué là où la loi ne distinguait pas. Il ne faisait en cela que rappeler les principes posés précédemment, et avec fermeté, par la Première Chambre civile. Son pourvoi fut néanmoins rejeté. La Première Chambre civile affirma que « l'action engagée en vue de contester l'existence du consentement donné à la souscription d'un emprunt s'analyse, non en une action relative aux opérations de crédit régies par les articles L311-1 et suivants du Code de la consommation, mais en une action en contestation de l'existence même d'une convention soumise, en tant que telle, à la prescription de droit commun ». La Première Chambre civile semblait aligner sa jurisprudence sur le texte nouveau alors même qu'il n'était pas applicable à l'action en cours, anticipant par là-même son entrée en vigueur. Mais, selon Isabelle GELBARD-LE

⁸⁸⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} avril 2003, n°00-22631, Bull. I, n°94, p. 72. Président : M. Lemontey.

⁸⁹⁰ CA Amiens, 26 septembre 2000.

DAUPHIN⁸⁹¹, il ne s'agissait pas d'un revirement ou d'une application rétroactive de la loi du 11 décembre 2001. La Cour de cassation souhaitait seulement distinguer l'action de l'emprunteur en contestation de la validité de son consentement et l'action en contestation de l'existence même de son consentement. Pourtant, dans un arrêt du 30 mai 2012, rendu au visa de l'article L311-37 dans sa rédaction en vigueur avant la loi du 11 décembre 2001, la Première chambre civile a aussi sorti du champ du délai biennal l'action de l'emprunteur qui recherche la responsabilité du prêteur pour manquement à son devoir de mise en garde.

Conclusion de section

459. La Première Chambre civile, dès les tout premiers arrêts rendus, se prononça en faveur d'une application large du délai biennal : au prêteur, à l'emprunteur, mais aussi à sa caution. Amenée à interpréter l'article 27 et à préciser son champ d'application, la Cour de cassation n'entendit pas distinguer là où la loi n'avait pas distingué, attitude qui se révéla très dommageable à l'emprunteur et à la caution. La caution avait été soumise au droit du crédit à la consommation à partir de la loi de 1989, cette législation spéciale étant censée lui apporter une protection. Mais la Cour de cassation décida, puisqu'elle se trouvait dans le champ de la loi spéciale, de la soumettre, elle aussi, au délai de deux ans. Ce qui devait être une protection se retourna contre elle. Qui fallait-il dès lors blâmer ? La Cour de cassation, qui avait eu, encore une fois, la charge de pallier les manques du droit spécial ? Le législateur consumériste qui avait adopté un texte lacunaire ? La Première Chambre civile donne parfois, au travers de ses décisions, le sentiment étrange d'avoir voulu mettre le législateur en face de ses responsabilités. Lui reprochant d'avoir engendré un texte lacunaire, elle lui aurait renvoyé, en miroir, des décisions parfois contestables, en tout cas contestées. En effet, pourquoi avoir enfermé emprunteur et surtout caution dans la rigueur d'un délai d'exception qui desservait si foncièrement leurs intérêts et malmenait avec autant de brutalité la protection qu'ils étaient en droit d'attendre ? Pourquoi s'être arque-boutée sur ces positions pourtant contestées, tant par les juges du fond que par la

⁸⁹¹ GELBARD-LE DAUPHIN Isabelle, « *Le délai de forclusion en matière de droit de la consommation* », in Rapport annuel de la Cour de cassation, 2003, p. 238. L'auteur de l'étude était alors Conseiller référendaire à la Cour de cassation.

doctrine, pour les abandonner alors même que le texte nouveau n'était pas applicable ? La Première Chambre civile ne laisse pas de nous étonner.

Après nous être penchés sur les personnes que la Cour de cassation avait placées dans le champ du délai biennal, penchons-nous maintenant sur la question du point de départ du délai.

II – Le choix du point de départ du délai d'action

460. Parce qu'emprunteur et caution ont été, jusqu'à la loi du 11 décembre 2001, soumis à la rigueur du délai biennal, deux questions aux enjeux forts se sont posées : celle de la qualification du délai et celle du point de départ du délai. La qualification du délai a revêtu une importance capitale. Qualifié de délai de forclusion, le juge pouvait en relever d'office l'expiration. En revanche, qualifié de délai de prescription, le juge ne le pouvait pas. La question du relevé d'office, dont l'enjeu pour le consommateur dépasse de beaucoup celle du délai d'action, sera traitée dans un ultime chapitre qui lui sera dédié. Il ne sera dès lors question dans ces développements que de du point de départ de l'action. L'article 27 de la loi du 10 janvier 1978 était resté aussi muet sur ce point que sur celui des personnes concernées, indiquant simplement que le délai pour ces actions courait à compter de « l'évènement qui leur a donné naissance ». Lors de la discussion du projet de loi⁸⁹², un amendement⁸⁹³ avait proposé d'en modifier la fin en substituant à la formule « dans les deux ans de l'évènement qui leur a donné naissance », la formule « dans les deux ans à compter du dernier versement effectivement perçu par le prêteur », ce qui venait préciser l'évènement à considérer et suggérait peut-être aussi une application du délai au seul prêteur. La Commission, comme le Gouvernement, s'y montrèrent défavorables. L'amendement ne fut pas adopté. Pourtant, la détermination du point de départ est une variable d'ajustement primordiale. L'idée de préciser l'évènement susceptible de faire courir le délai était louable. Un délai bref semble rigoureux, mais laissé à la discrétion de celui qui agit, il perd sa rigueur. Un délai long paraît moins rigoureux, mais le sera tout

⁸⁹² Discussion du projet de loi à l'Assemblée nationale, le 6 octobre 1977, JOAN n°81 p. 5957 et 5958 du 7 octobre 1977.

⁸⁹³ Amendement n°120, déposé par le parti socialiste et les radicaux de gauche.

autant s'il démarre très tôt dans le temps. L'appréciation du moment où commence à courir le délai est donc aussi importante que la longueur du délai elle-même⁸⁹⁴. L'article 27 de la loi de 1978 indiquait que le délai courait à compter de l'évènement ayant donné naissance à l'action. Il est donc tout naturellement revenu à la Première Chambre civile de clarifier cet évènement.

461. Reprenons tour à tour les différents points de départ retenus, selon que l'action émanait du prêteur (§1), ou bien de l'emprunteur ou de la caution (§2).

§ 1 - Le point de départ appliqué aux actions du prêteur

462. L'action du prêteur, la plus fréquente en pratique, est déclenchée par la défaillance de l'emprunteur. Mais quel est l'évènement susceptible de caractériser cette défaillance ? Trois options sont envisageables.

463. La première consiste à retenir comme date de la défaillance le premier impayé. Cette option est désavantageuse pour le prêteur car, entre cette première échéance impayée et l'assignation, un certain laps de temps peut s'écouler. Un temps durant lequel les parties peuvent discuter, négocier, durant lequel l'emprunteur peut manifester sa bonne foi en régularisant. Les deux ans peuvent passer vite. Une telle option risque alors de décourager les prêteurs de rechercher des solutions amiables, les poussant au contraire à assigner dès la première difficulté venue. Par ricochet, cette option n'est alors pas si

⁸⁹⁴ MAZEAUD Denis, « *Prescription et contrat au XXIème Siècle : florilège positif et prospectif* », Justice et cassation, 2007, dossier « Le temps dans le procès », p. 88 : L'auteur évoque une action en nullité qui avait été admise trente-sept ans après une renonciation à succession. (p.m. : des enfants avaient renoncé à la succession de leur père au profit de sa seconde épouse. Trente-sept ans plus tard, ils agissent en nullité de leur acte de renonciation pour dol et recel successoral. Les juges du fond les déboutent. Ils se fondent sur l'article 2262 du Code civil selon lequel les actions réelles et personnelles se prescrivent à l'expiration d'un délai de trente ans qui démarre le jour de la conclusion de l'acte litigieux. La Première Chambre civile⁸⁹⁴ censure cette décision. Elle estime que « la prescription extinctive trentenaire de l'article 2262 du Code civil n'est pas applicable à l'action en nullité pour dol régie par le seul article 1304 du même code, sauf à priver d'effectivité l'exercice de l'action prévue par ce texte ». La Première Chambre civile considère que le *point de départ* de cette action est la *découverte du dol*. Or, en l'espèce, les héritiers n'avaient découvert le dol qu'après le décès de leur belle-mère, 37 ans après celui de leur père.)

avantageuse pour l'emprunteur, qui risque de voir le bureau du prêteur se fermer au dialogue et à la recherche de solutions amiables. L'emprunteur n'a alors pas droit à la moindre erreur durant toute la période de remboursement de son prêt.

464. La deuxième option envisageable consiste à retenir comme date de défaillance la déchéance du terme prononcée par le prêteur. Elle tourne cette fois à l'avantage du seul prêteur, qui se trouve investi du pouvoir de décider unilatéralement de la date de la défaillance. D'un autre côté, investi de cette prérogative et le sachant, le prêteur peut aussi être plus enclin à discuter avec l'emprunteur lorsque apparaissent les premières difficultés.

465. Enfin, la troisième option envisageable consiste à fixer la défaillance au jour du premier impayé non régularisé. C'est une solution médiane qui ne laisse pas le prêteur maître du point de départ du délai mais ne le décourage pas non plus de rechercher une solution avec l'emprunteur. La Première Chambre civile n'a choisi aucune de ces options, préférant faire varier le point de départ en fonction de la technique de crédit utilisée. Une distinction peut ainsi être opérée entre les prêts et découverts d'une part (A), et les crédits permanents d'autre part (B).

A - Le point de départ appliqué au prêteur en cas de prêt ou de découvert

Sera présenté le point de départ appliqué au prêteur par la Première Chambre civile en cas de prêt (1), puis celui appliqué en cas de découvert (2).

1 - Le point de départ en cas de prêt

466. La Première Chambre civile affirma très tôt, dans un arrêt du 9 décembre 1986⁸⁹⁵ que le délai du prêteur commençait à courir à compter de l'échéance impayée. Il s'agissait en l'espèce d'un prêt souscrit par un couple de particuliers désireux d'acquérir du matériel de cuisine. Les emprunteurs s'étaient engagés pour vingt-quatre échéances. Après s'être acquittés de dix-sept mensualités, ils suspendirent leurs remboursements, le 5 juin

⁸⁹⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 9 décembre 1986, n°85-11263, Bull. I, n° 293 p. 278 rendu après TI Pontoise, 2 octobre 1984, D. 1988. 84, note G. PAIRE ; Gaz. Pal. 1987, I, p. 186, note Michel MAYER et René PINON.

1982. Le prêteur saisit le Tribunal d'instance de Pontoise le 12 juin 1984. Ce dernier lui opposa une fin de non-recevoir tirée de l'expiration du délai de deux ans. Amenée à se prononcer sur pourvoi du prêteur, la Première Chambre civile affirma, dans un chapeau intérieur, que « le point de départ d'un délai à l'expiration duquel ne peut plus s'exercer une action se situe nécessairement à la date d'exigibilité de l'obligation qui lui a donné naissance ». Elle en déduisit que le Tribunal d'instance avait, à bon droit, retenu que « ce délai avait commencé à courir à compter de l'échéance impayée ». La Première Chambre civile ne précisa pas de quelle échéance impayée il s'agissait, la première ou la dernière, même si, de sa solution et des faits de l'espèce, il était possible d'en déduire qu'elle avait fait courir le délai à compter de la première échéance impayée, soit le 5 juin 1982. Nous avons déjà souligné les risques de cette position, *a priori* favorable à l'emprunteur, mais qui peut *a posteriori* se retourner contre ses intérêts, le prêteur n'étant pas encouragé à prendre du temps pour engager le dialogue.

467. Dans un arrêt du 6 février 1992⁸⁹⁶, la Cour d'appel de Paris affina la solution de la Première Chambre civile et proposa un point de départ très intéressant : la première échéance demeurée impayée. La Cour d'appel jugea que la date de résiliation du contrat, parce qu'elle était laissée à la seule appréciation du prêteur, ne pouvait constituer le point de départ du délai de deux ans. Seule la première échéance impayée, dont la déchéance du terme n'était que la conséquence, devait être considérée comme l'évènement donnant naissance à l'action. Elle ajouta que lorsqu'une échéance, non réglée à son terme, était ensuite régularisée, elle ne pouvait plus être qualifiée d'échéance impayée. Une échéance ne restait impayée que si le débiteur la maintenait dans cette situation. *In fine*, la Cour d'appel de Paris proposait, avec sagesse, de retenir la notion de première échéance demeurée impayée⁸⁹⁷.

468. La Première Chambre civile adopta peu de temps après cette solution, dégagée par la Cour d'appel de Paris. Au travers de quatre arrêts du 22 avril 1992, elle posa une

⁸⁹⁶ CA Paris, 6 février 1992, rendu après TI Saint-Maur-des-Fossés, 17 septembre 1990, jugement réformé.

⁸⁹⁷ La Cour d'appel de Paris avait rendu un arrêt dans le même sens le 5 février 1992, 8ème chambre section A, arrêt rendu après un jugement du Tribunal d'instance d'Ivry/Seine du 27 novembre 1990.

solution de principe attendue, retenant explicitement comme point de départ du délai biennal applicable au prêteur la première échéance impayée non régularisée.

469. Dans le premier arrêt⁸⁹⁸, qui concernait le financement d'une automobile, les premiers juges, confirmés par la Cour d'appel, retinrent comme point de départ du délai la première échéance impayée non régularisée. Amenée à se prononcer, la Première Chambre civile valida le raisonnement des premiers juges et rejeta le pourvoi de l'emprunteur : « (...) les échéances payées avec retard, mais régularisées, ne peuvent plus donner lieu à une action (...) ». Le délai d'action du prêteur courait donc à compter du premier incident de paiement non régularisé.

470. Dans le deuxième arrêt⁸⁹⁹, assorti d'un visa de l'article 27⁹⁰⁰, la Première Chambre civile énonça dans un chapeau que le délai courait « à compter du premier incident de paiement non régularisé ». Mais elle alla plus loin. Elle enjoignit sans ambiguïté au juge du fond de rechercher, de son propre chef, la date de ce premier incident de paiement non régularisé⁹⁰¹.

471. Le troisième arrêt⁹⁰² fut également rendu au visa de l'article 27⁹⁰³ et assorti d'un chapeau : « lorsque les modalités de règlement des échéances impayées ont fait l'objet d'un réaménagement ou d'un rééchelonnement, le point de départ du délai de forclusion est le premier incident non régularisé intervenu après aménagement ou rééchelonnement conclu entre les intéressés ». Il concernait un contrat plus spécifique, la location avec promesse de vente, et non pas un contrat de prêt de somme d'argent, mais mérite

⁸⁹⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 22 avril 1992, n°90-13277, rendu après CA Nîmes, 30 janvier 1990, Bull. I, n°132 p. 88.

⁸⁹⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 22 avril 1992, n°89-10790, rendu après CA Dijon, 17 décembre 1987, Bull. I, n°131 p. 88.

⁹⁰⁰ « Vu l'article 27 de la loi n°78-22 du 10 janvier 1978 tel qu'il a été interprété par l'article 2-XII de la loi n°89-421 du 23 juin 1989 et par l'article 19-IX de la loi n°89-1010 du 31 décembre 1989 (...) »

⁹⁰¹ « (...) en ne recherchant pas quelle était la date du premier incident de paiement non régularisé, elle a privé sa décision de base légale (...) »

⁹⁰² Cass. civ. 1^{ère}, 22 avril 1992, n°90-14664, rendu après CA Nancy, 15 janvier 1990, Bull. I, n°130 p. 87.

⁹⁰³ « Vu l'article 27 de la loi n°78-22 du 10 janvier 1978 tel qu'il a été interprété par l'article 2-XII de la loi n°89-421 du 23 juin 1989 et par les articles 19-IX et 19-X de la loi n°89-1010 du 31 décembre 1989 (...) »

néanmoins d'être rapporté car il permet d'avoir une vision globale de la tendance qu'a souhaité impulser la Première Chambre civile ce jour-là. Même si la décision est désavantageuse en l'espèce pour l'emprunteur, au travers de cette décision, c'était bien la tentative de réaménagement de la dette qui était encouragée. Une autre solution aurait incité les prêteurs à éviter les rééchelonnements ou réaménagements, en somme le dialogue. La Première Chambre civile eut l'occasion de rappeler sa position⁹⁰⁴.

472. Enfin, le dernier arrêt de cette série⁹⁰⁵ nous renseigne sur le point de départ du délai du prêteur lorsqu'une déchéance du terme a été prononcée et que des sommes sont versées postérieurement à cette déchéance. Le 26 décembre 1985, un couple de particuliers avait obtenu un prêt, soumis aux dispositions de la loi du 10 janvier 1978. Les emprunteurs furent par la suite défaillants. Le prêteur prononça la déchéance du terme le 30 mars 1986. Les emprunteurs versèrent semble-t-il des acomptes, en mai et septembre 1986. Le 28 mai 1988, le prêteur assigna en remboursement les emprunteurs. Le Tribunal d'instance condamna l'emprunteur à rembourser le prêteur. La Cour d'appel de Reims estima au contraire que l'action du prêteur était irrecevable, plus de deux ans s'étant écoulés entre la date du premier incident de paiement non régularisé et la date de l'assignation. Le prêteur forma un pourvoi en cassation. Il fut rejeté. La Première Chambre civile réaffirma que le point de départ du délai était bien le premier incident de paiement non régularisé. Les acomptes versés après la déchéance du terme n'avaient pas été entendus comme des régularisations d'échéances. Cour d'appel de Reims et Première Chambre civile mirent ici le prêteur en face de ses responsabilités. Le message était clair : une fois la déchéance prononcée, le versement d'un acompte ne pouvait plus être considéré comme une régularisation d'échéance impayée, laquelle retarderait le point de départ du délai de deux ans. La Première Chambre civile eut l'occasion d'asseoir et de préciser cette position dans un arrêt du 7 février 1995⁹⁰⁶.

⁹⁰⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 27 octobre 1993, n°91-18537, rendu après CA Rouen, 19 juin 1991, rejet.

⁹⁰⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 22 avril 1992, n°90-14889, rendu après CA Reims, 8 février 1990, Bull. I, n°133 p. 89.

⁹⁰⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 7 février 1995, n°93-12080, Bull. I, n°77 p. 55, rendu après CA Rennes, 20 octobre 1992, Pdt : M. de BOUILLANE de LACOSTE : La Première Chambre civile rejeta le pourvoi. Elle affirma que le délai biennal courait à compter du premier incident de paiement non régularisé et que, compte tenu de la règle d'imputation des paiements énoncée à l'article 1256 du Code civil, la régularisation ne jouait pas

473. La Première Chambre civile ne laissa pas le prêteur totalement maître du point de départ du délai en refusant de faire courir le délai à partir de la déchéance du terme. Elle choisit au contraire de faire courir le délai à partir de la première échéance impayée non régularisée, après rééchelonnement ou réaménagement de la dette le cas échéant, et avant le prononcé de la déchéance du terme par le prêteur. Parce qu'elle retarde le point de départ de l'action du prêteur, la position de la Première Chambre civile peut sembler défavorable à l'emprunteur. À la regarder de plus près, ce n'est pas sûr. Cette position encourage le dialogue entre prêteur et emprunteur, évitant que le prêteur n'agisse en justice aux premières difficultés. Il n'a pas à redouter un réaménagement de la dette puisque son délai d'action ne courra qu'à partir du premier incident non régularisé après ce réaménagement. La Première Chambre civile dénie également au prêteur le droit d'invoquer une régularisation d'échéance postérieure à la déchéance du terme. Prise dans sa globalité, la position tenue par la Première Chambre civile se révèle ici équilibrée. Qu'en a-t-il été en matière de découvert bancaire ?

2 - Le point de départ en cas de découvert

474. Le découvert est une autorisation consentie par l'établissement financier à son client, permettant à ce dernier de faire fonctionner son compte avec un solde débiteur afin de faire face à des besoins de trésorerie variables, ponctuels et limités dans le temps. Les intérêts sont alors calculés chaque mois au regard du montant et de la durée du solde débiteur⁹⁰⁷. Si le découvert autorisé excède une durée de trois mois, plusieurs questions se posent. Ce découvert doit-il être entendu comme un crédit à la consommation ? Si c'est effectivement le cas, à partir de quel événement le délai de deux ans pour agir commence-t-il à courir ?

lorsque le prêteur s'était, conformément aux stipulations contractuelles, prévalu de la déchéance du terme avant les paiements effectués par l'emprunteur, la totalité des sommes dues étant devenue, à ce moment, immédiatement exigible.

⁹⁰⁷ Rapport de Madame GABET, Conseiller rapporteur, à propos de l'arrêt de l'Assemblée plénière du 6 juin 2003, dit arrêt Bauer II, déjà cité.

475. C'est ce qui a été demandé à la Cour de cassation par le Tribunal d'instance de Rennes le 7 mai 1992. La Cour de cassation rendit à ce sujet un avis le 9 octobre 1992⁹⁰⁸. L'hypothèse visée était celle d'une banque qui avait consenti à son client des avances de fonds pendant plus de trois mois sans convenir avec lui de modalités de remboursement. Le Tribunal d'instance demandait à la Cour de cassation si, dans ce cas, le solde débiteur du compte entrainait ou non dans le champ d'application de la loi du 10 janvier 1978. Si oui, le Tribunal souhaitait savoir quel était le point de départ du délai pour agir. La Cour a tout d'abord répondu que cela constituait bien une ouverture de crédit soumise aux dispositions d'ordre public de la loi du 10 janvier 1978 : « Lorsqu'une banque consent à son client des avances de fonds pendant plus de 3 mois, ce découvert en compte constitue une ouverture de crédit soumise aux dispositions d'ordre public de la loi du 10 janvier 1978, sous réserve des exceptions prévues à son article 3 ». Quant au point de départ du délai de deux ans, la Cour a ensuite affirmé que dans le cas d'un crédit consenti sous forme de découvert en compte, il courait « à compter de la date à laquelle le solde débiteur devient exigible. » Elle maintiendra exactement le même discours dans un arrêt du 4 juin 1996⁹⁰⁹. Or, la date à laquelle le solde débiteur devient exigible est le plus souvent, dans les faits, la résiliation de la convention de découvert par le prêteur. C'est donc, dans ce cas, le prêteur qui a la main sur la détermination de cet événement.

476. Dans un arrêt du 20 juin 1997⁹¹⁰, la Cour d'appel de Versailles proposa un raisonnement un peu différent. Elle admit le même point de départ, soit la résiliation de la convention tacite de découvert à l'initiative de la banque. Elle en déduisit que l'action de la banque avait bien eu lieu dans le délai et condamna le débiteur au remboursement du découvert. En revanche, elle refusa de le condamner au paiement des intérêts légaux. Elle estima en effet qu'aucune offre de prêt conforme aux dispositions de la loi de 1978 ne lui ayant été présentée, le prêteur encourait la déchéance du droit aux intérêts. En l'espèce, le

⁹⁰⁸ Avis du 9 octobre 1992, n°92-04000, Bull. n°1, p. 1 ; D. 1992. IR. 258.

⁹⁰⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 4 juin 1996, n°94-15862, Bull. I, n°238 p. 167, rendu après CA Nîmes, 14 décembre 1993, Président : M. Lemontey.

⁹¹⁰ CA Versailles, 20 juin 1997.

découvert ayant été consenti tacitement, les intérêts en cause ne pouvaient être que des intérêts légaux et non conventionnels. L'emprunteur en fut dispensé.

477. Dans un arrêt du 19 février 1999⁹¹¹, la même Cour d'appel de Versailles maintint que le délai courait à compter du jour où le solde était devenu exigible, c'est-à-dire à compter de la résiliation de la convention d'ouverture de crédit, à l'initiative de l'une des parties. Elle ne visait pas directement le prêteur, mais dans les faits, la résiliation émanait de lui. La Première Chambre civile adopta la même formulation le 1^{er} juin 1999⁹¹² en précisant qu'il s'agissait « d'un crédit tacitement consenti sous forme de découvert en compte ». Elle estima que le découvert, consenti tacitement, ne pouvait prendre fin que par la résiliation de la convention, à l'initiative de l'une ou l'autre partie.

478. Dans son avis du 9 octobre 1992, la Première Chambre civile avait pourtant affirmé qu'au-delà de trois mois, le découvert tombait dans le champ de la loi de 1978. Si le découvert avait été consenti tacitement et s'était prolongé au-delà de trois mois sans respecter le formalisme de la loi, alors il était irrégulier. La Cour aurait pu retenir le premier jour du quatrième mois comme point de départ du délai. Dans le cas d'un découvert de plus de trois mois expressément consenti, pour lequel on peut imaginer que le formalisme de la loi de 1978 avait été respecté, elle aurait pu retenir le dépassement du découvert autorisé. Dans l'arrêt du 4 juin 1996, le montant maximum avait justement été dépassé. Mais la Première Chambre civile maintint la date d'exigibilité du solde débiteur comme point de départ du délai d'action. Cette solution encourt quelques reproches, car dans les faits, le solde débiteur ne devient exigible qu'au moment où le prêteur résilie la convention de découvert. Même si la résiliation peut émaner des deux parties, c'est bien sûr le prêteur qui a intérêt à résilier et non l'emprunteur. Englué dans ses difficultés, le débiteur n'a pas toujours les ressources financières suffisantes pour clore la convention et rembourser le découvert qu'il a creusé. Le prêteur a donc *in fine* la main sur le point de départ du délai. Il peut même laisser perdurer des découverts tacites

⁹¹¹ CA Versailles, 19 février 1999.

⁹¹² Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} juin 1999, n°97-19119, Bull. I, n°186, p. 122, Président : M. Lemontey, rendu après CA Versailles, 20 juin 1997.

très longtemps, son délai d'action ne courant qu'à partir du moment où il décide de résilier la convention de découvert. Il risque cependant le rejet de ses prétentions en matière d'intérêts, comme l'a jugé la Cour d'appel de Versailles le 20 juin 1997, ce qui est parfaitement justifié.

479. Un cas un peu spécifique doit maintenant être évoqué, celui du crédit à la consommation remboursé par prélèvements sur un compte qui fonctionne à découvert. L'Avis rendu le 9 octobre 1992⁹¹³ par la Cour de cassation nous renseigne aussi sur ce point : « Les parties peuvent convenir du remboursement d'un crédit à la consommation par prélèvements sur un compte bancaire ou postal ; ces prélèvements opèrent paiement lorsque le compte fonctionne à découvert conformément à une convention distincte, expresse ou tacite, entre le prêteur et l'emprunteur ». La condition posée par la Cour de cassation était alors l'existence d'une convention de découvert. Elle exigea deux conventions distinctes : un contrat de crédit à la consommation et une convention de découvert. En revanche, elle ne requit aucun formalisme concernant la convention de découvert, celle-ci pouvant être expresse ou tacite. Elle ne précisa pas davantage ce qu'était une convention tacite de découvert ni le point de départ du délai dans ce cas de figure. Si l'on s'en tenait à la position adoptée au regard des découverts vivant en dehors de tout remboursement d'un crédit à la consommation, le point de départ du délai était la date d'exigibilité du solde débiteur. Or, nous l'avons vu, la date d'exigibilité du solde débiteur correspondait à la résiliation de la convention de découvert. Maintint-elle cette position au regard d'un découvert né du remboursement d'un crédit à la consommation ?

480. Dans un arrêt du 7 mars 1995⁹¹⁴, la Première Chambre civile affirma que les dépassements du découvert convenu, pour assurer le remboursement d'un prêt, « devaient être tenus pour des échéances impayées manifestant la défaillance de l'emprunteur, et constituaient le point de départ du délai biennal de forclusion ». Le prêteur espérait convaincre la Cour de fixer le point de départ du délai d'action à la date de résiliation de la convention de découvert mais la Première Chambre civile ne s'est,

⁹¹³ Avis du 9 octobre 1992, n°92-04000, Bull. 1992, n°1 p. 1.

⁹¹⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 7 mars 1995, n°93-11663, inédit.

cette fois, pas laissée convaincre. Dans un arrêt du 27 janvier 1998⁹¹⁵, elle affirma : « lorsque les parties sont convenues du remboursement d'un crédit à la consommation par prélèvement sur un compte bancaire ou postal, ces prélèvements sur un compte débiteur n'opèrent paiement que lorsque ce compte fonctionne à découvert, conformément à une convention distincte, expresse ou tacite, entre le prêteur et l'emprunteur ». En l'espèce, le prêt était remboursé par prélèvements sur un compte bancaire, sans convention ni expresse ni tacite entre le prêteur et l'emprunteur. Le prêteur avait « fictivement procédé au paiement des échéances sur un compte durablement débiteur ». Le point de départ du délai biennal était alors le premier incident de paiement non régularisé. Dans un arrêt du 23 mai 2000⁹¹⁶, elle réaffirma sans ambiguïté la solution dégagée le 7 mars 1995. Au visa de l'article L311-37, la Première Chambre civile affirma « en raison de la conclusion d'une convention de découvert, dont le montant était limité, le dépassement du découvert maximum convenu devait être tenu pour une échéance impayée manifestant la défaillance de l'emprunteur, et constituait le point de départ du délai biennal de forclusion ».

481. Dans un arrêt du 10 décembre 2002⁹¹⁷, elle affirma, au visa de l'article L311-37, que le délai biennal de forclusion courait, « dans le cas d'un crédit consenti sous forme de découvert en compte, à compter de la résiliation de la convention d'ouverture de crédit à l'initiative de l'une des parties ». Elle ajouta que lorsque les parties étaient convenues du remboursement d'un crédit à la consommation par prélèvements sur un compte bancaire, ceux-ci opéraient paiement lorsque le compte fonctionnait à découvert « conformément à une convention distincte, expresse ou tacite, entre le prêteur et l'emprunteur ». La

⁹¹⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 27 janvier 1998, n°95-12456, inédit, Président : M. LEMONTEY, rendu après CA Reims, 15 décembre 1994.

⁹¹⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 23 mai 2000, n°98-11715, Arrêt dit « Delmotte », Bull. I, n°157 p. 102, rendu après CA Douai, 6 février 1997, D. 2000, jurisp. p. 306, « *Délai de forclusion et prélèvements sur un compte bancaire débiteur : un revirement inattendu* », obs. Céline RONDEY.

⁹¹⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 10 décembre 2002, n°00-12233, Président : M. Aubert, Bull. I, n° 305, p. 239, rendu après CA Amiens, 31 août 1999.

Première Chambre civile avait également précisé le 4 juin 2002⁹¹⁸ que s'il existait une convention expresse de découvert, une convention tacite ne pouvait pas exister en même temps sur le même compte. Il ne pouvait y avoir qu'une seule convention de découvert, expresse ou tacite.

482. Remboursement d'un crédit à la consommation par prélèvement sur un compte bancaire, oui, elle l'avait déjà affirmé dans l'Avis du 9 octobre 1992. Il suffit que le découvert ait été tacitement ou expressément convenu entre les parties. Mais lorsque le découvert dépasse trois mois, il devient une ouverture de crédit à part entière et se trouve dès lors soumis au formalisme du droit spécial. De plus, le dépassement du découvert convenu marque la défaillance de l'emprunteur et le point de départ du délai d'action. Le message à l'attention des prêteurs est clair. Pas de contournement des exigences de la loi spéciale par l'octroi d'un découvert qui se dilaterait dans le temps et à tout le moins au-delà de trois mois. Au travers de ces décisions concernant le point de départ du délai d'action du prêteur, la Première Chambre civile réserve à l'emprunteur un traitement plus favorable que lorsque son découvert n'est pas né du remboursement d'un crédit à la consommation. L'emprunteur se trouve ici dans une situation de plus grande vulnérabilité, puisqu'il cumule deux crédits : celui souscrit et celui né de son découvert. La Première Chambre civile en a probablement tenu compte pour élaborer cette vigilance particulière.

B - Le point de départ appliqué au prêteur en cas de crédit permanent

483. Une affaire ayant débouché sur un arrêt d'Assemblée plénière⁹¹⁹ illustre parfaitement la complexité de cette technique et l'approche qu'en fait la Cour de

⁹¹⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 4 juin 2002, n°00-14678, Bull. I, n°160, p. 123, rendu après CA Amiens, 14 septembre 1999, Président : M. Aubert ; même solution dégagée le 7 décembre 2004, n°02-20267 ; même solution dégagée le 21 février 2006, n°04-15229.

⁹¹⁹ Cass. plén., 6 juin 2003, n°01-12453, Bull. 2003, A.P., n°6, p. 15, dit arrêt Bauer II, notamment AVENA-ROBARDET Valérie, « Point de départ du délai de forclusion dans le cadre d'un crédit reconstituable : la Cour de cassation n'est pas suivie », RD 2001, p. 1723, « Le crédit revolving : un avatar du crédit classique », RD 2003, p. 1692 ; LAGARDE Xavier, « Forclusion biennale : à quand la fin des querelles d'interprétation ? », RD 2003.

cassation. Il convient tout d'abord de présenter ce mécanisme du crédit permanent⁹²⁰, lequel revêt différentes appellations : crédit utilisable par fractions, crédit renouvelable, crédit permanent ou encore, selon le terme anglo-saxon, crédit *revolving*⁹²¹.

484. Quelle que soit l'appellation utilisée, il s'agit d'un mécanisme de crédit. Au départ, une somme d'argent est laissée à la disposition du client. Il peut l'utiliser soit immédiatement, soit ultérieurement, soit en une fois, soit en plusieurs fois. Au fur et à mesure que le capital mis à sa disposition se reconstitue, par le jeu des remboursements, l'emprunteur peut de nouveau l'utiliser. C'est là toute l'originalité de cette forme de crédit. Souvent, l'octroi d'un crédit permanent est assorti de la remise d'une carte de crédit, qui permet à son titulaire de faire des retraits et des achats, dans la limite du plafond convenu. Les grandes enseignes de distribution sont la terre d'élection de cette technique de crédit. En 2007, l'encours des crédits renouvelables représentait en France 32,7 milliards d'euros répartis sur 43,2 millions de crédits ouverts. En 2010, l'encours était de 27,4 milliards d'euros. Et en 2012, 24 milliards d'euros⁹²². À la fin de l'année 2013, il était de 22,7 milliards d'euros. À la fin de l'année 2014, de 21,5 milliards d'euros. En juin 2015, de 20,2 milliards d'euros. La tendance à la baisse continue depuis juin, alors même que l'encours total des crédits à la consommation continue de progresser⁹²³. Le poids du crédit renouvelable diminue depuis la récente transposition de la directive européenne sur le crédit à la consommation, il reste toutefois très conséquent.

485. Ces quelques repères étant apportés, reprenons l'étude de la longue procédure ayant abouti à l'arrêt d'Assemblée plénière du 6 juin 2003⁹²⁴. Elle fit couler beaucoup

⁹²⁰ Rapport de Madame GABET, Conseiller rapporteur à la Cour de cassation, consultable sur le site de la Cour de cassation www.courdecassation.fr.

⁹²¹ Crédit tournant.

⁹²² Rapport ATHLING, septembre 2012, consultable en ligne sur le site de la Banque de France, www.banque-france.fr

⁹²³ 148,3 milliards d'euros en juin 2015, avec un taux de croissance de déjà 2,6% pour l'année 2015, site www.banque-france.fr

⁹²⁴ Cass. plén., 6 juin 2003, n°01-12453, Bull. 2003, A.P., n°6, p. 15, dit arrêt Bauer II, notamment AVENA-ROBARDET Valérie, « Point de départ du délai de forclusion dans le cadre d'un crédit reconstituable : la

d'encre et nous renseigne sur le point de départ du délai d'action en matière de crédit renouvelable. Les faits à l'origine du litige étaient les suivants : par acte sous seing privé du 31 juillet 1986, un particulier avait accepté une offre préalable de crédit utilisable par fractions assortie d'une carte. Au titre des modalités de remboursement, il était convenu qu'en cas d'utilisation du découvert, l'emprunteur devrait rembourser le montant utilisé en réglant chaque mois à la société de crédit une mensualité fixe, correspondant à 5 % du découvert autorisé sur son compte. L'emprunteur cessa tout remboursement à compter du mois de décembre 1991. La société de crédit l'assigna en paiement, par acte du 15 février 1995, en soutenant que le délai n'avait couru qu'à compter de la date à laquelle le solde débiteur était devenu exigible, soit à la date de la mise en demeure du 7 mai 1993. La première décision rendue dans cette affaire fut un jugement du Tribunal d'instance de Vincennes en date du 30 mars 1995. Le Tribunal analysa l'opération comme un crédit classique et jugea l'action du prêteur forclosée, retenant comme point de départ du délai la première mensualité impayée non régularisée. Le prêteur forma un pourvoi en cassation. La Première Chambre civile, dans un arrêt du 9 mars 1999⁹²⁵, affirma que le délai biennal de forclusion courait, dans le cas d'une ouverture de crédit consentie sous forme d'un découvert en compte reconstituable, à compter de la date à laquelle prenait fin cette ouverture de crédit. Elle reprit la position adoptée pour le découvert, très inconfortable pour l'emprunteur, le prêteur conservant la main sur le point de départ du délai. Une partie de la doctrine condamna cette analyse⁹²⁶ tandis qu'une autre partie la salua⁹²⁷. Cette décision engendra une fronde des juges du fond et notamment de la juridiction de renvoi, qui résista à la Première Chambre civile⁹²⁸. Elle déclara l'action du prêteur forclosée et retint comme point de départ du délai le premier incident de paiement non régularisé. Le prêteur forma un second pourvoi en cassation. Le pourvoi était composé d'un unique moyen. Il reprocha au Tribunal d'instance d'avoir retenu que l'opération en cause ne

Cour de cassation n'est pas suivie », RD 2001, p. 1723, « *Le crédit revolving : un avatar du crédit classique* », RD 2003, p. 1692 ; LAGARDE Xavier, « *Forclusion biennale : à quand la fin des querelles d'interprétation ?* », RD 2003.

⁹²⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 9 mars 1999, n°96-12053, Bull. I, n°85, p. 57.

⁹²⁶ BIARDEAUD Gérard, « *Le compte permanent ou comment éluder la loi Scrivener* », Revue de droit bancaire, 1994, p. 244.

⁹²⁷ LEIBOVICI M., « *Les comptes renouvelables éludent-ils la loi Scrivener ?* », 1995, p. 50.

⁹²⁸ TI Paris 12^e, 8 mars 2001.

pouvait pas être qualifiée d'opération de compte courant mais constituait un relevé comptable d'ouvertures de crédit successives faisant l'objet d'un paiement échelonné, ce dont il résultait que la date d'exigibilité de l'obligation donnant naissance à l'action n'était pas la clôture du compte mais le premier incident de paiement non régularisé. Par un arrêt du 6 juin 2003⁹²⁹, l'Assemblée plénière désavoua la Première Chambre civile et suivit le raisonnement des juges du fond, rejetant par là même le pourvoi formé par le prêteur. L'Assemblée plénière affirma : « conformément à la règle selon laquelle le point de départ d'un délai à l'expiration duquel une action ne peut plus s'exercer se situe à la date de l'exigibilité de l'obligation qui lui a donné naissance, le délai biennal prévu par l'article L311-37 du Code de la consommation court, dans le cas d'une ouverture de crédit reconstituable et assortie d'une obligation de remboursement à échéances convenues, à compter de la première échéance impayée non régularisée ». Si plusieurs échéances étaient restées impayées, c'était bien la première qui faisait courir le délai. Cet arrêt d'Assemblée plénière du 6 juin 2003 clôt la divergence qui existait entre la Première Chambre civile et les juridictions du fond. L'Assemblée plénière légitime ainsi la résistance des juges du fond. Elle assimile le crédit renouvelable à un crédit classique et non à un découvert. Partant, le point de départ du délai opposable au prêteur est la date du premier incident de paiement non régularisé. « La différence est de taille » comme le souligne Valérie AVENA-ROBARDET⁹³⁰.

486. La Première Chambre civile, dans un arrêt du 7 décembre 2004⁹³¹ vient préciser que, dans le cadre d'un crédit renouvelable, le dépassement du découvert maximum convenu faisait également courir le délai biennal. Elle le confirma dans un arrêt du 30 mars 2005⁹³². Enfin, par le biais d'un arrêt rendu le 15 décembre 2011, elle⁹³³ se prononça

⁹²⁹ Cass. plén., 6 juin 2003, n°01-12453, Bull. 2003, A.P., n°6, p. 15, dit arrêt BAUER II, Président : M. Canivet ; CCC 2003, n°8-9, comm. 132, note RAYMOND ; D. 2004, jurispr. p. 1905, note X. LAGARDE.

⁹³⁰ AVENA-ROBARDET Valérie, « *Le crédit revolving : un avatar du crédit classique* », D. 2003, p. 1692.

⁹³¹ Cass. civ. 1^{ère}, 7 décembre 2004, n°03-19862.

⁹³² Cass. civ. 1^{ère}, 30 mars 1995, n°02-13765, Bull. I, n°159, p. 134, Président : M. Ancel, rendu après CA Montpellier, 6 février 2002.

⁹³³ Cass. civ. 1^{ère}, 15 décembre 2011, n°10-25598, Bull. I, n°217, Président : M. Charruault, rendu après CA Besançon, 30 juin 2010.

sur une pratique consistant à faire figurer, sur l'offre de crédit renouvelable, le plafond légal. Les prêteurs espéraient, par ce simple rappel, s'exonérer de la présentation d'une nouvelle offre en cas de dépassement du plafond initial. La Première Chambre civile détrompa leurs espérances en affirmant que ce rappel n'emportait pas substitution du plafond légal au montant du crédit octroyé. Le dépassement de ce montant constituait donc, à défaut de restauration ultérieure, le point de départ du délai biennal de forclusion.

487. Là encore, la Première Chambre civile a choisi, dans un premier temps, une position très inconfortable pour l'emprunteur, en retenant comme point de départ du délai d'action la date à laquelle prenait fin l'ouverture du crédit renouvelable, événement à la discrétion du prêteur. Il fallut tout l'acharnement des juridictions du fond et notamment de la juridiction de renvoi, pour emporter la conviction de l'Assemblée plénière et faire plier la Première Chambre civile. Le point de départ de l'action devint alors la première échéance impayée non régularisée. La Première Chambre civile proposera ensuite que le dépassement du plafond initial constitue aussi un point de départ du délai d'action, la mention sur l'offre du plafond légal étant sans incidence. Cette dernière position semble des plus sages.

488. Nous venons d'envisager les différents événements susceptibles de faire courir le délai d'action du prêteur. Qu'en est-il maintenant des événements susceptibles de faire courir le délai d'action de l'emprunteur et de sa caution ? Rappelons ici que jusqu'à la loi du 11 décembre 2001⁹³⁴, toutes les actions liées à un contrat de crédit à la consommation étaient soumises au délai biennal, aussi bien les actions initiées par le prêteur que celle initiées par l'emprunteur ou sa caution⁹³⁵, la Première Chambre civile ayant choisi d'appliquer très largement le délai de deux ans. Les décisions citées dans ce développement ont donc été rendues sous l'empire des rédactions de l'article L311-37 antérieures à la loi du 11 décembre 2001, laquelle a sorti du délai biennal les actions intentées par l'emprunteur et sa caution. La Première Chambre civile les avait déjà

⁹³⁴ Loi n°2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes à caractère économique et financier, dite loi MURCEF.

⁹³⁵ Depuis la loi n°89-421 du 23 juin 1989 relative à l'information et à la protection des consommateurs, les dispositions de la loi n°78-22 du 10 janvier 1978 sont applicables à la caution.

lourdement pénalisés en les soumettant, d'une manière générale, à la rigueur du délai biennal. Une dose de bienveillance aurait été de bon aloi sur cette question du point de départ. Qu'en a-t-il été ?

§ 2 - Le point de départ appliqué aux actions de l'emprunteur et de sa caution

489. Seront présentés les points de départ retenus pour les actions de l'emprunteur (A), puis ceux retenus pour les actions de la caution (B).

A - Le point de départ appliqué aux actions de l'emprunteur

490. Envisageons tout d'abord le point de départ retenu lorsque l'emprunteur conteste la régularité de l'offre préalable (1), puis celui retenu lorsque l'emprunteur conteste la remise des fonds (2).

1 - Le point de départ en cas d'irrégularité de l'offre préalable

491. Dans un avis du 9 octobre 1992⁹³⁶ rendu au visa de la loi du 15 mai 1991⁹³⁷ et du décret du 12 mars 1992⁹³⁸, sur demande du Tribunal d'instance de Lille, la Cour de cassation affirma que « le point de départ du délai de forclusion opposable à l'emprunteur qui conteste la régularité de l'offre préalable, par voie d'action ou d'exception, est la date à laquelle le contrat de crédit est définitivement formé ». Cette solution était très défavorable à l'emprunteur. Si aucune difficulté ne surgissait pendant deux ans, l'offre préalable, lavée de toute impureté, devenait inattaquable, que ce soit par voie d'action, cas de figure assez rare, ou par voie d'exception, cas de figure le plus fréquent. Le consommateur emprunteur qui n'avait, durant deux années, pas songé à examiner à la loupe l'offre préalable, se voyait alors contraint de cohabiter avec une offre irrégulière. Cette solution était contraire à l'esprit du texte de 1978, qui avait érigé le formalisme de

⁹³⁶ Avis du 9 octobre 1992, Bull., n°4, p. 2.

⁹³⁷ Loi n°91-491 du 15 mai 1991.

⁹³⁸ Décret n°92-228 du 12 mars 1992.

l'offre préalable en garant quasi absolu de la protection du consommateur emprunteur⁹³⁹. L'on perçoit ici une limite des plus criantes du droit spécial.

492. Au travers d'un arrêt du 9 décembre 1997⁹⁴⁰, rendu au visa de l'article L311-37, alinéa 1^{er}, du Code de la consommation, la Première Chambre civile réaffirma, par un chapeau clair comme l'azur, que le point de départ du délai biennal de forclusion opposable à l'emprunteur qui contestait la régularité de l'offre préalable, par voie d'action ou d'exception, était la date à laquelle le contrat de crédit avait été définitivement formé, c'est-à-dire la date d'expiration du délai de rétractation⁹⁴¹. Elle eut l'occasion de rappeler sa position dans de nombreux arrêts, la formulation ne variant pas d'un iota⁹⁴².

493. Il fallut une intervention législative pour mettre fin à cette funeste jurisprudence. Une fois la loi du 11 décembre 2001 votée, la Première Chambre civile aurait pu anticiper son entrée en vigueur en aménageant sa jurisprudence, comme elle avait déjà su le faire en sortant du champ du délai biennal l'emprunteur qui contestait « l'existence même » de son engagement⁹⁴³. Les derniers arrêts cités⁹⁴⁴ ici, au sujet du point de départ du délai, indiquent pourtant que tel ne fut pas le cas. Il est vrai que ces arrêts concernaient tous une contestation de la régularité de l'offre préalable. Ils s'appuyaient donc tous directement sur le texte consumériste. Dans l'arrêt du 1^{er} avril

⁹³⁹ V. débats parlementaires, op. cit.

⁹⁴⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 9 décembre 1997, n°96-04172, Bull. I, n°364, p. 246, RD bancaire et bourse 1998, p. 60, rendu après TI Périgueux, 25 mars et 10 juin 1996.

⁹⁴¹ CA Versailles, 27 mars 1998, Revue des huissiers 1999, p. 141.

⁹⁴² Cass. civ. 1^{ère}, 7 octobre 1998, inédit, n°96-17924, Président : M. Lemontey, rendu après CA Riom, 6 décembre 1995 ; Cass. civ. 1^{ère}, 7 novembre 2000, n°98-14349, Bull. I, n°284, p. 184, Président : M. Lemontey ; Cass. civ. 1^{ère}, 2 octobre 2002, n°00-10664, Bull. I, n°229, p. 176, Président : M. Lemontey, rendu après CA Bordeaux, 11 janvier 1999 ; Cass. civ. 1^{ère}, 18 mars 2003, n°00-18769, Bull. I, n°83, p. 62, Président : M. Lemontey, rendu après CA Paris, 23 mai 2000 ; Cass. civ. 1^{ère}, 23 novembre 2004, n°03-11411, Bull. I, n°287, p. 241, Président : M. Ancel, rendu après TI Rochechouart, 13 décembre 2002.

⁹⁴³ Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} avril 2003, n°00-22631, Bull. I, n°94, p. 72. Président : M. Lemontey.

⁹⁴⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 2 octobre 2002, n°00-10664, Bull. I, n°229, p. 176, Président : M. Lemontey, rendu après CA Bordeaux, 11 janvier 1999 ; Cass. civ. 1^{ère}, 18 mars 2003, n°00-18769, Bull. I, n°83, p. 62, Président : M. Lemontey, rendu après CA Paris, 23 mai 2000 ; Cass. civ. 1^{ère}, 23 novembre 2004, n°03-11411, Bull. I, n°287, p. 241, Président : M. Ancel, rendu après TI Rochechouart, 13 décembre 2002.

2003⁹⁴⁵, la Première Chambre civile avait sorti du champ du délai l'action de l'emprunteur qui contestait « l'existence même » de son engagement. Cette contestation ne concernait pas directement le texte spécial. Cela a-t-il été déterminant pour la Première Chambre civile ? Elle est, dans tous les cas, restée fidèle jusqu'au bout à son raisonnement, d'une immense rigueur pour l'emprunteur et en contradiction avec l'esprit de la loi du 10 janvier 1978.

2 - Le point de départ en cas de versement fautif des fonds

494. Un arrêt du 19 mai 1992⁹⁴⁶ précisa que cette action de l'emprunteur, qui reprochait au prêteur d'avoir délivré à tort les fonds à l'entreprise, devait être engagée dans les deux ans de l'évènement qui lui avait donné naissance, cet évènement étant matérialisé par la délivrance des fonds. En l'espèce, un particulier avait commandé des travaux de réfection de sa toiture et souscrit un emprunt pour financer l'opération. Le prêteur versa les fonds le 7 juillet 1981 au professionnel qui avait réalisé les travaux, au vu d'une attestation d'exécution. Par la suite, l'emprunteur constata des anomalies et l'apparition de désordres. Il assigna le 20 février 1986 le prêteur. Le prêteur opposa alors une fin de non-recevoir à son action. Amenée à se prononcer, la Cour d'appel de Nîmes jugea que l'action de l'emprunteur n'était pas hors délai car le litige ne concernait pas le déroulement interne de l'opération de crédit mais l'exécution défectueuse de l'une des obligations contractuelles du prêteur. Dès lors, l'action engagée n'était pas soumise au délai biennal mais au délai de droit commun. Sur pourvoi du prêteur, la Première Chambre civile affirma au contraire que l'action de l'emprunteur concernait bien une opération de crédit soumise aux dispositions de la loi de 1978. Elle devait, par conséquent, être engagée dans un délai de deux ans à partir de la délivrance des fonds, évènement qui lui avait donné naissance. Encore une fois, cette solution retenue par la Première Chambre civile était d'une grande rigueur pour l'emprunteur. Fit-elle montre de la même rigueur envers la caution ?

⁹⁴⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} avril 2003, n°00-22631, Bull. I, n°94, p. 72. Président : M. Lemontey.

⁹⁴⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 19 mai 1992, n°90-11484, Bull. I, n°148, p. 101, RD 1992, p. 193 ; à rapprocher de : CA Paris, 5 et 6 février 1992, D. 1992, IR. 132 ; Cass. civ. 1^{ère}, 10 décembre 1991, D. 1992, IR. 34 ; CA Paris, 27 novembre 1991, D. 1992, IR. 60.

B - Le point de départ appliqué aux actions de la caution

495. Rappelons encore ici que la loi du 23 juin 1989 avait étendu l'application de la loi du 10 janvier 1978 au cautionnement, mais qu'à partir de la loi du 11 décembre 2001, le délai biennal ne concerna plus que les actions intentées par le prêteur. Les décisions citées dans ce développement ont donc toutes été rendues sous l'empire de la législation consumériste antérieure à la loi du 11 décembre 2001. Envisageons tout d'abord le point de départ retenu lorsque la caution agit contre le créancier (1), puis celui retenu lorsque la caution agit contre l'emprunteur (2).

1 – Le point de départ en cas d'action contre le créancier

a - Le point de départ en cas de défaut de livraison du bien

496. Dans un arrêt du 30 octobre 1995⁹⁴⁷, la Première Chambre civile se prononça sur le délai applicable à l'action de la caution qui reprochait au prêteur d'avoir versé les fonds alors que le bien n'avait jamais été livré. Il s'agissait d'un particulier qui avait accepté une offre préalable de location avec promesse de vente, le 4 octobre 1989. Son épouse s'était portée caution solidaire. L'offre préalable prévoyait la livraison immédiate du bien, une automobile, mais le bien ne fut pas livré. Le locataire cessa de verser les loyers à partir de mars 1991. Le bailleur se prévalut de la déchéance du terme puis assigna les époux le 16 septembre 1991. Les époux invoquèrent en défense le défaut de livraison du bien et prétendirent que leurs obligations n'avaient, de ce fait, jamais pris naissance. La Cour d'appel les débouta. Ils formèrent un pourvoi en cassation, qui fut rejeté. La Première Chambre civile reprit les constatations de la Cour d'appel : « (...) l'offre préalable prévoyait la livraison immédiate de l'automobile et que les époux X... n'avaient élevé aucune contestation sur l'absence de livraison de celle-ci pendant deux ans (...) ». La Première Chambre civile valida le raisonnement de la Cour d'appel qui avait déclaré les époux forclos à invoquer le défaut de livraison, « plus de deux ans s'étant écoulés entre leur contestation et la date à laquelle étaient nées les obligations du vendeur et de

⁹⁴⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 30 octobre 1995, n°93-17458, inédit, rendu après CA Douai, 5 novembre 1992, Président : M. Fouret.

l'emprunteur (...) » Cette décision, qui retient comme point de départ de l'action de la caution la date de formation du contrat de location-vente, était dans les faits d'une grande rigueur pour la caution qui devait payer pour un bien n'ayant jamais été livré. Elle n'était cependant pas étonnante et se situait dans la droite ligne des décisions rendues en matière de contestation de l'offre préalable. Elle semblait justifiée par le souci de ne pas encourager une négligence devenue coupable de la caution dans la gestion de ses affaires.

b - Le point de départ en cas d'irrégularité de l'offre préalable

497. Dans un arrêt du 30 octobre 1995⁹⁴⁸, la Première Chambre civile affirma que le point de départ du délai opposable à l'emprunteur et à la caution qui contestaient, par voie d'action ou d'exception, la régularité de l'offre préalable, était « la date à laquelle le contrat de crédit est définitivement formé ». Lorsque la caution invoquait l'irrégularité de l'offre préalable d'un crédit à la consommation, elle devait le faire dans les deux ans qui suivaient la formation du contrat. Elle maintint sa position sans changer une virgule⁹⁴⁹. Cette position adoptée par la Première chambre civile fut sans conteste des plus défavorables aux intérêts de la caution. Une fois encore, l'offre préalable irrégulière se voyait blanchie par l'écoulement du délai de deux ans. Dans les faits, la caution ne se penche pourtant sur la régularité de l'offre de crédit qu'une fois appelée en paiement.

c - Le point de départ en cas de contestation de la validité de l'engagement

498. Le point de départ du délai pendant lequel la caution peut, par voie d'action ou d'exception, contester la validité de son engagement est la date à laquelle le cautionnement

⁹⁴⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 30 octobre 1995, n°93-13628, inédit, rendu après CA Nîmes, 28 janvier 1992, Président : M. Fourret.

⁹⁴⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 7 novembre 2000, n°98-14349, Bull. I, n°284 p. 184, rendu après CA Rennes, 20 février 1998, Président : M. Lemontey, cassation, au visa de l'article L311-37 alinéa 1^{er} du Code de la consommation, assorti d'un chapeau « Attendu qu'il résulte de ce texte que le point de départ du délai biennal de forclusion opposable à l'emprunteur qui conteste la régularité de l'offre préalable, par voie d'action ou d'exception, est la date à laquelle le contrat de crédit est définitivement formé » ; dans les faits de l'espèce, il y avait également une action de la caution, qui fut « traitée » en même temps que celle de l'emprunteur, même si le chapeau ne la vise pas expressément, la règle dégagée lui est aussi, clairement, destinée ; Cass. civ. 1^{ère}, 19 décembre 2000, n°98-18058, inédit, Président : M. Lemontey, rendu après CA Angers, 24 mars 1998 : visa et chapeau strictement identiques à l'arrêt du 7 novembre précité.

a été consenti. Dans une affaire ayant abouti à un arrêt du 15 décembre 1998⁹⁵⁰, une caution, appelée, avait opposé la nullité de son engagement en invoquant l'existence d'un dol. Amenée à se prononcer, la Première Chambre civile affirma que le point de départ du délai d'action se situait à la date à laquelle le cautionnement avait été consenti, position extrêmement défavorable à la caution. La Première Chambre civile réaffirma sa position le 15 juillet 1999⁹⁵¹ : « Le point de départ du délai pendant lequel la caution peut, par voie d'action ou d'exception, contester la validité de son engagement, était la date à laquelle le cautionnement avait été consenti et non la date de la réclamation faite par le créancier. » Elle rappela sa position sans changer, là encore, un iota⁹⁵².

d - Le point de départ en cas de disproportion manifeste du cautionnement

499. La Première Chambre civile se prononça sur ce point dans un arrêt du 23 mai 2000⁹⁵³, rendu au visa des articles L311-37 et L313-10 du Code de la consommation. Les faits à l'origine de cet arrêt étaient les suivants : une personne physique avait garanti par son cautionnement un crédit à la consommation, le 1^{er} mars 1990. Elle avait engagé, le 15 octobre 1993, une action contre le créancier, prétendant que son engagement était, lors de la conclusion du contrat, manifestement disproportionné à ses biens et revenus. Pour le prêteur, l'action de la caution est forclose. La Cour d'appel jugea que le point de départ de l'action était la signature du contrat de cautionnement. Elle fut censurée par la Première Chambre civile, qui affirma : « (...) l'évènement qui fait courir le délai avant l'expiration duquel la caution peut opposer au créancier l'impossibilité de se prévaloir de la garantie, à raison de la disproportion manifeste de celle-ci à ses biens et revenus, est la demande

⁹⁵⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 15 décembre 1998, n°96-20244, Bull. I, n°365 p. 251, rendu après CA Douai, 4 juillet 1996, Président : M. Lemontey.

⁹⁵¹ Cass. civ. 1^{ère}, 15 juillet 1999, n°97-13078, Bull. I, n°246, p. 159, rendu après CA Toulouse, 4 février 1997, Président : M. Lemontey ; Cass. civ. 1^{ère}, 26 février 2002, n°99-19722, Bull. I, n° 72, p. 54, rendu après CA Colmar, 18 mars 1999, Président : M. Lemontey, Defrénois 2002, n°38, p. 784, obs. E. SAVAUX ; Cass. civ. 1^{ère}, 4 novembre 2003, n°02-10999, inédit, rejet, Président : M. Lemontey, rendu après CA Aix-en-Provence, 5 novembre 2001.

⁹⁵² Cass. civ. 1^{ère}, 26 février 2002, n°99-19722, Bull. I, n°72, p. 54 ; Cass. civ. 1^{ère}, 29 avril 2003, n°01-03396, inédit ; Cass. civ. 1^{ère}, 4 novembre 2003, n°02-10999, inédit.

⁹⁵³ Cass. civ. 1^{ère}, 23 mai 2000, n°98-16759, Bull. I, n°155 p. 101, rendu après CA Douai, 5 juin 1997, Président : M. Canivet.

d'exécution du cautionnement faite par le créancier (...) » Enfin, la Première Chambre civile concédait quelque bienveillance à la caution. Cet arrêt est intéressant, il démontre que la Première Chambre civile n'est pas systématiquement hostile aux intérêts du consommateur emprunteur ou de la caution. En l'espèce, ce sont les juges du fond, traditionnellement considérés comme sensibles aux intérêts de la partie faible, qui retinrent ici une position défavorable à la caution. Il n'est donc pas possible de faire une généralité des décisions défavorables de la Première Chambre civile. Mais il devient alors difficile de saisir sa logique dans l'application qu'elle fait de cette législation consumériste sur le crédit à la consommation. Sur d'autres points, elle s'est montrée inflexible, intraitable, alors même que la souplesse adoptée ici prouve qu'elle aurait aussi pu choisir une voie plus conforme à l'esprit des textes. Soulignons toutefois que la présidence de la chambre était assurée cette fois par le Président Guy Canivet, tandis que dans tous les autres arrêts concernant le point de départ du délai d'action de la caution, la présidence de la chambre était assurée par le Président Jacques Lemontey.

2 – Le point de départ en cas d'action contre l'emprunteur

500. Dans un arrêt du 9 décembre 1997⁹⁵⁴, la Première Chambre civile affirma que le point de départ du délai d'action de la caution qui avait payé le prêteur, contre l'emprunteur, était la date à laquelle la caution avait payé. Ainsi, une fois libérée de son obligation, la caution avait deux ans pour se retourner contre l'emprunteur. La Première Chambre civile eut l'occasion de confirmer ce point de départ⁹⁵⁵ dans un arrêt du 17 juillet 2001. Elle rappela tout d'abord, selon sa formule habituelle, que « le point de départ du délai de forclusion de l'article L 311-37 du Code de la consommation à l'expiration duquel ne peut plus s'exercer une action se situe à la date d'exigibilité de l'obligation qui lui a donné naissance » avant d'ajouter que, s'agissant du recours personnel de la caution qui avait payé le prêteur contre l'emprunteur, c'était bien la date à laquelle la caution avait payé qui faisait courir le délai de deux ans. Cette action concerne la caution et le débiteur principal. Elle ne remet nullement en cause l'efficacité du cautionnement, qui a

⁹⁵⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 9 décembre 1997, n°95-21015, Bull. I, n° 366 p. 247, rendu après CA Douai, 18 septembre 1995, Président : M. Lemontey.

⁹⁵⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 17 juillet 2001, n°98-14373 et n°98-14582, inédits, Président : M. Lemontey.

fonctionné normalement. Est-ce pour cette raison que la solution dégagée par la Première Chambre civile est moins sévère que celle qui consiste à faire courir le délai de la date du cautionnement ? En effet, l'arrêt a été rendu sous la présidence du Président Jacques Lemontey, qui n'a pas fait montre par ailleurs d'une grande magnanimité envers la caution.

501. Enfin, dans un arrêt du 27 mai 1997⁹⁵⁶, la Première Chambre civile se prononça sur l'application dans le temps du délai de droit commun et du délai spécial. Un couple avait formé une demande de redressement judiciaire civil. La demande avait été accueillie par le Tribunal d'instance, qui avait alors aménagé le paiement de leurs dettes, à l'exception toutefois de la créance de la caution, qui avait payé, dont elle jugeait la demande forclosée. La Cour d'appel au contraire estimait la créance valide, certaine et exigible. Elle releva que les dispositions de la loi du 10 janvier 1978 avaient été étendues au cautionnement par la loi du 23 juin 1989 mais que, pour les incidents de paiement antérieurs à l'entrée en vigueur de cette loi, l'action de la caution se trouvait soumise, non au délai de forclusion de deux ans prévu par cette loi, mais à la prescription trentenaire de droit commun. Elle estima que juger autrement aboutissait à appliquer rétroactivement la loi. Amenée à se prononcer, la Première Chambre civile invoqua tout d'abord l'article L311-2 du Code de la consommation, dans sa version alors en vigueur : « Les dispositions du présent chapitre s'appliquent à toute opération de crédit, ainsi qu'à son cautionnement éventuel (...) » Elle affirma ensuite que le recours de la caution contre le couple d'emprunteurs était soumis au délai de forclusion de l'article L311-37. Enfin, elle fit courir ce délai à compter de l'entrée en vigueur de la loi du 23 juin 1989 « lequel délai, s'agissant du recours de la caution qui a payé le prêteur contre l'emprunteur, avait commencé à courir à compter de l'entrée en vigueur de la loi du 23 juin 1989 ». Cette solution était originale. En somme, la caution avait bénéficié du délai trentenaire jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi du 23 juin 1989, puis, à partir de cette date, le délai trentenaire n'avait plus couru, remplacé par le délai de deux ans qui avait alors commencé sa course. L'on pouvait s'attendre à ce que la Première Chambre civile fasse une autre application dans le

⁹⁵⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 27 mai 1997, n°96-04036, Bull. I, n°173 p. 115, rendu après CA Aix-en-Provence, 16 novembre 1995, Président : M. Lemontey.

temps de la loi du 23 juin 1989 et applique à la caution le délai en vigueur au moment où celle-ci avait eu à exécuter son obligation, c'est-à-dire le délai trentenaire de droit commun. L'articulation proposée était nécessairement défavorable à la caution. En effet, au moment de l'entrée en vigueur de la loi du 23 juin 1989, et cela quels que soient les faits, la portion du délai restant à courir ne pouvait qu'être inférieure à deux ans.

Conclusion de section

502. La Première Chambre civile avait choisi, face au silence du texte consumériste, d'appliquer le délai biennal non seulement aux actions du prêteur, mais également aux actions de l'emprunteur et de sa caution. Le texte n'ayant pas non plus précisé le point de départ du délai biennal, il revint là encore à la Première Chambre civile de le faire. Elle n'adopta pas un point de départ identique pour toutes les actions. Certaines solutions retenues, très défavorables à l'emprunteur ou à sa caution, ont entraîné une résistance des juges du fond. Ainsi, la Première Chambre civile s'est-elle obstinée à retenir comme point de départ de l'action de l'emprunteur qui conteste la régularité de l'offre préalable la date de la formation du contrat. Il fallut une intervention du législateur pour mettre un terme à cette position jurisprudentielle peu compréhensible. Les solutions retenues, le plus souvent sévères envers l'emprunteur et sa caution, sont déroutantes car aucune justification claire n'en ressort.

Conclusion de chapitre

503. L'article 27 de la loi du 10 janvier 1978 posait, en matière de crédit à la consommation, un délai d'action de deux ans, dérogeant au droit commun, sans plus de précisions. La Première Chambre civile, amenée à interpréter cet article et à en préciser le champ d'application, se positionna très vite en faveur d'une application large : au prêteur, à l'emprunteur, mais aussi à sa caution. Cette attitude se révéla très dommageable à l'emprunteur et à la caution. Son appréciation du point de départ du délai fut aussi, dans l'ensemble, contraire aux intérêts de l'emprunteur et de sa caution. En matière de crédit renouvelable, il fallut tout l'acharnement des juges du fond et l'intervention de l'Assemblée plénière pour imposer un point de départ moins hostile à l'emprunteur. Sur toute cette question du délai d'action, la Première Chambre civile fit une réception pour le moins déroutante de la norme spéciale. Entendait-elle, par cette posture, renvoyer au

législateur les lacunes de son texte, lui suggérer, s'il entendait protéger efficacement le consommateur, de produire des textes de meilleure qualité rédactionnelle⁹⁵⁷ ? Après l'adoption de la loi du 11 décembre 2001, qui sortit du champ du délai biennal emprunteur et caution, l'attitude de la Première Chambre civile fut, une fois encore, des plus étonnantes. Elle anticipa l'application du texte nouveau. Ce brusque mouvement de balancier est au final difficilement compréhensible. La Cour de cassation campe sur ses positions de toutes ses forces et, contrainte par la loi de changer son fusil d'épaule, elle le fait avec docilité. L'ensemble ne fait pas montre d'une grande cohérence. Il est bien difficile, pour le consommateur, mais aussi pour tout citoyen, de s'y retrouver. La Cour de cassation avait amplement démontré sa capacité à modeler les concepts, voire contourner les principes, lorsqu'elle estimait cela nécessaire. En l'espèce, une application stricte de l'article 27 aurait été suffisante.

⁹⁵⁷ GELBARD-LE DAUPHIN Isabelle, « *Le délai de forclusion en matière de droit de la consommation* », in Rapport annuel de la Cour de cassation, 2003, p. 235 : « Mais la généralité de la formulation de cette disposition législative, ne distinguant pas selon la nature de la contestation enfermée dans le court délai qu'elle édicte, non plus que selon l'auteur de la contestation, associée aux conséquences qui devaient être tirées de ce qu'elle institue un délai de forclusion et non de prescription, ont conduit à une certaine distorsion de fait entre la situation des parties aux opérations de crédit concernées, *au détriment du consommateur dont la loi voulait assurer la protection.* »

Chapitre 2 : Les enjeux du relevé d'office

504. Le consommateur emprunteur bénéficie d'une législation protectrice qui s'égrène de la proposition de contracter jusqu'au traitement des situations de surendettement. Mais cette législation est complexe, vaste et souvent méconnue, y compris des plaideurs non spécialisés en droit de la consommation. Lorsqu'un litige survient entre le prêteur et le consommateur-emprunteur, l'une des deux parties peut saisir le Tribunal d'instance. Il est le seul compétent pour connaître de ce type de différend. La représentation n'y est pas obligatoire. Le plus fréquemment, l'action est intentée par le prêteur suite à la défaillance de l'emprunteur. Le juge examine alors les moyens soulevés par les parties. Mais le consommateur-emprunteur, souvent non-représenté, voire absent des débats, est dans la majorité des cas ignorant de ses droits. Il n'est pas à même de se défendre et d'invoquer utilement cette protection textuelle complexe censée le protéger. Dès lors, quelle va être la place du juge dans le déroulement de l'action ? Le juge peut-il, ou doit-il, relever d'office ces dispositions protectrices du consommateur, c'est à dire appliquer spontanément au litige une règle de droit que les parties n'ont pas invoquée. Après avoir cerné les contours du relevé d'office et présenté les réticences de la Cour de cassation à son encontre (I), nous soulignerons les efforts conjugués des juges du fond et de la Cour de justice des communautés européennes pour le généraliser, ainsi que leur aboutissement (II).

I - Les contours du relevé d'office et les réticences de la Cour de cassation

505. Après avoir cerné les contours du relevé d'office (§1), nous observerons les réticences de la Cour de cassation à son égard (§2).

§ 1 – Les contours du relevé d'office

506. Le Code de procédure civile (CPC) tel que nous le connaissons aujourd'hui est issu du décret n°75-1123 du 5 décembre 1975⁹⁵⁸. Il comporte un premier chapitre intitulé

⁹⁵⁸ JORF du 9 décembre 1975.

« les principes directeurs du procès » riche de 24 articles. Ces articles constituent le socle fondamental de tout procès civil, quelle qu'en soit la matière, civile, sociale ou commerciale. Puiser dans le vivier de ces 24 articles permet de cerner les contours du relevé d'office.

507. L'article 4 alinéa 1er du CPC indique : « L'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties. » La première phrase de l'alinéa 2 vient ensuite préciser : « Ces prétentions sont fixées par l'acte introductif d'instance et par les conclusions en défense. » L'article 5 du même Code prévoit : « Le juge doit se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé. » De ces textes, au moins trois enseignements peuvent être retirés.

508. Le premier enseignement se trouve contenu à l'article 4 du CPC : les demandes des parties forment l'objet du litige, sa consistance. Il revient donc aux parties et *a priori* à elles seules de présenter les demandes, et demandes reconventionnelles le cas échéant, qui vont constituer l'objet du litige. Les contours de cet objet seront fonction de ce que les plaideurs auront demandé. L'article 4 fait ainsi de l'objet du litige la chose des parties, il n'invite pas le juge du fond à s'immiscer dans la détermination de cet objet. La Première Chambre civile a d'ailleurs eu l'occasion de casser, au visa de l'article 4 du Nouveau Code de procédure civile⁹⁵⁹ (NCPC), un arrêt condamnant un couple à payer à sa banque, au titre du remboursement du solde de son prêt immobilier, une somme avec intérêts au taux conventionnel, alors que la banque n'avait sollicité que " les intérêts au taux légal "⁹⁶⁰.

509. Le deuxième enseignement se trouve à l'article 5 et découle de l'article 4 : le champ d'intervention du juge du fond est limité, borné, par cette demande des parties. C'est un principe connu sous le nom de principe dispositif. Le juge ne peut pas statuer *ultra petita*, c'est à dire aller au-delà de la demande, pas plus qu'il ne peut statuer *infra petita*,

⁹⁵⁹ À partir de la loi n°2007-1787 du 20 décembre 2007 relative à la simplification du droit (article 26), JO du 21 décembre 2007, le Nouveau Code de procédure civile a repris le nom de Code de procédure civile.

⁹⁶⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} décembre 1998, n°96-17761, Bull. I, n°338, p. 234.

c'est à dire omettre de se prononcer sur un chef de la demande⁹⁶¹. Sera alors entachée la décision ayant accordé plus qu'il n'était demandé ou ne s'étant pas penchée sur un des chefs de la demande⁹⁶².

510. Le troisième enseignement est posé également à l'article 5 du CPC : « Le juge doit se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé. » Le juge du fond a l'obligation, le devoir de trancher la question qui lui est posée. Il s'agit bien d'une injonction, il « doit » se prononcer sur la ou les demandes qui sont formulées devant lui.

511. Partant de là, que se passe-t-il lorsque les moyens choisis par un plaideur, demandeur ou défendeur, au soutien de sa demande ne permettent pas au juge de se prononcer sur cette demande, soit qu'ils sont insuffisants, soit qu'ils ne sont pas à même d'apporter la solution ? Plus grave, lorsqu'aucun moyen n'est invoqué à l'appui de la demande, par ignorance des textes le plus souvent ? Plus grave encore, lorsque le défendeur ne se présente pas le jour de l'audience, ne demande rien, n'invoque aucun texte, reste totalement passif ou dépassé face à l'assignation qui lui est notifiée ? Comment le juge du fond peut-il réagir à ces situations ? Peut-il se substituer à une partie totalement dépassée ? Où commence son office ? Où finit-il ? Les principes directeurs du procès, contenus en ce début de Code de procédure civile, sont-ils adaptés aux litiges nés de contrats de crédit à la consommation ?

512. L'article 12 alinéa 1^{er} du CPC apporte une première réponse à ces interrogations : « Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables. ». À lire littéralement cette disposition, une injonction pèse sur le juge du fond, celle de rechercher la règle de droit adéquate pour trancher le litige. L'article 12

⁹⁶¹ ROLAND Henri, « *Lexique juridique et expressions latines* », 3^{ème} éd., 2004, Litec.

⁹⁶² Un mécanisme correcteur existe toutefois, contenu par les articles 463 et 464 du CPC. Il permet au plaideur, sur simple requête, de demander au juge - qui aurait omis de statuer sur un chef de demande, qui serait allé au-delà de la demande en accordant plus qu'il n'était demandé ou qui se serait prononcé sur des demandes non formulées - de rectifier sa décision. A partir du moment où la décision est passée en force de chose jugée, le plaideur a un an pour faire cette demande de rectification.

alinéa 1^{er} aurait pu indiquer : le juge tranche le litige conformément aux règles de droit « soulevées » par les parties. Il ne le fait pas. Les règles de droit qui sont visées sont les « règles de droit qui lui sont applicables (au litige) ». La formule est large, elle ne se limite pas aux règles de droit proposées par les parties. Le juge a donc bien, selon l'article 12 alinéa 1^{er}, non pas la latitude, mais le devoir, d'utiliser la règle de droit utile à la solution du litige, au besoin en la relevant d'office. L'indicatif vaut impératif, ce qui est souvent le cas dans le style législatif⁹⁶³. Le demandeur apporte sa demande, argumentée ou non, le défendeur se défend, parfois ajoute sa propre demande, parfois reste totalement absent et passif, mais dans tous les cas, le juge doit trancher le différend qui lui est soumis, conformément aux règles de droit qui lui sont applicables. C'est ce que peut laisser penser cet alinéa 1^{er}. Il convient cependant de préciser qu'à l'origine, dans sa rédaction issue du décret n° 75-1123 du 5 décembre 1975, l'article 12 contenait un alinéa 3 ainsi rédigé : « Il [le juge] peut relever d'office les moyens de pur droit quel que soit le fondement juridique invoqué par les parties. » Il réduisait la portée de l'alinéa 1^{er} en n'accordant au juge qu'une permission de relever d'office un moyen de droit. Il utilisait de plus l'expression « moyen de pur droit » par opposition au moyen de fait. Cet alinéa a été annulé par le Conseil d'État, dans une décision du 12 octobre 1979⁹⁶⁴, en raison de l'absence d'obligation faite au juge de provoquer les observations des parties lorsqu'il procéderait au relevé d'office d'un moyen de droit. Le Conseil d'État a estimé que les parties ne bénéficiaient pas, dans ces conditions, de la garantie du contradictoire. Toutefois, bien qu'annulé par le Conseil d'État, l'alinéa 3 a semble-t-il continué à bénéficier d'une « autorité officieuse », selon les mots de Jacques HÉRON⁹⁶⁵, faisant du relevé d'office des moyens de droit une latitude.

513. Cette latitude est aussi soulignée par Natacha SAUPHANOR : « La majorité de la doctrine s'accorde en effet pour dire que l'article 12 du Code de procédure civile, qui

⁹⁶³ DESHAYES Olivier, « *L'office du juge à la recherche de sens (à propos de l'arrêt d'assemblée plénière du 21 décembre 2007)* », D. 2008, n° 16, p. 1102 s.

⁹⁶⁴ CE 12 octobre 1979, Rassemblement des nouveaux avocats de France, JCP 1980. II. 19288, concl. Franc et Boré.

⁹⁶⁵ HÉRON Jacques, note sous Cass. civ. 2^e, 14 févr. 1985, JCP G 1988, II, 21030.

impose au juge de trancher le litige selon les règles qui lui sont applicables, implique une faculté de principe de relever un moyen de droit. »⁹⁶⁶

514. Qu'en est-il maintenant des éléments de fait susceptibles d'éclairer le débat ? Pour se prononcer sur ce qui lui est demandé, le juge va-t-il pouvoir utiliser d'autres faits que ceux mis en valeur par les parties ? Selon l'adage *Da mihi factum, dabo tibi jus*⁹⁶⁷, il revient aux parties de produire les faits et au juge de donner le droit applicable. La réalité est plus complexe⁹⁶⁸. Selon l'article 12 alinéa 2 du CPC, le juge "doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties auraient proposée". Il s'agit là d'une injonction et non d'une simple faculté. Mais si la requalification conduit à l'application d'une autre règle de droit que celle qui était avancée, alors la requalification est assimilable au relevé d'office d'une règle de droit. C'est ce que soutient notamment M. MOTULSKY⁹⁶⁹. Selon l'article 7 du CPC : « Le juge ne peut fonder sa décision sur des faits qui ne sont pas dans le débat. Parmi les éléments du débat, le juge peut prendre en considération même les faits que les parties n'auraient pas spécialement invoqués au soutien de leurs prétentions. » L'article 7 du CPC est porteur d'une autorisation : il permet au juge de mettre en lumière tout fait présent dans le débat et susceptible de l'éclairer, même si les parties ne l'ont pas repris pour défendre leur point de vue. Dans un arrêt du 20 novembre 1985⁹⁷⁰, la Troisième Chambre civile censure ainsi la décision d'une Cour d'appel, au motif que cette dernière n'avait pas relevé d'office un moyen de fait : « (...) en statuant ainsi, alors qu'elle pouvait, pour déterminer les obligations des époux Z..., se fonder sur des faits résultant d'une pièce produite aux débats, la cour d'appel a méconnu l'étendue de ses pouvoirs et violé les textes susvisés (...) ». Mais relever d'office un moyen de fait peut conduire à l'application d'un autre fondement juridique, et donc, *in fine*, au relevé d'office d'un moyen de droit. La frontière

⁹⁶⁶ SAUPHANOR-BROUILLAUD Natacha, POILLOT Élise, AUBERT de VINCELLES Carole, BRUNAUX Geoffray, sous la direction de Jacques GHESTIN, « *Les contrats de consommation, règles communes* », Traité de droit civil, LGDJ, 2013, p. 974.

⁹⁶⁷ Donne-moi les faits, je te donnerai le droit.

⁹⁶⁸ VERGÈS Étienne, « *Procédure civile* », PUG, 2007, p. 35.

⁹⁶⁹ MOTULSKY Henri, « *La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge* », D. 1964, chron. 235.

⁹⁷⁰ Cass. civ. 3^{ème}, 20 nov. 1985, n°84-13353, Bull. III, n°153, p. 116.

entre relevé d'office d'un moyen de droit et relevé d'office d'un moyen de fait est inévitablement poreuse et parfois même totalement artificielle. L'article 7 du CPC est aussi porteur d'une interdiction à l'endroit du juge : il ne doit pas fonder sa décision sur des faits qui ne faisaient pas partie du débat.

515. L'article 16 alinéa 1 du CPC pose de son côté le principe de la nécessaire contradiction dans le procès : « Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction. » L'alinéa 3 venant préciser que l'exigence de contradiction s'applique également aux moyens de droit relevés d'office. Le juge ne peut en effet « fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les participants à présenter leurs observations. » L'article 16 alinéa 3 du CPC, en précisant que le principe du contradictoire vaut aussi pour les moyens de droit relevés d'office, valide implicitement cette technique judiciaire. Le juge peut relever d'office un moyen de droit à condition toutefois de le soumettre à la contradiction, c'est à dire d'inviter les parties à présenter leurs observations. Cet alinéa 3 est également remarquable, car c'est la seule fois où, dans ce chapitre premier consacré aux principes directeurs du procès, l'expression « relevé d'office » est utilisée. Il convient de le souligner.

516. Au-delà des principes directeurs du procès civil, de nombreuses dispositions, disséminées dans le CPC, le Code civil ou encore les Conventions internationales apportent leur pierre à l'édifice. Ainsi, concernant les fins de non-recevoir, l'article 125 du CPC⁹⁷¹ enjoint-il au juge de relever d'office celles qui ont un caractère d'ordre public et lui offre-t-il la faculté de relever celles tirées du défaut d'intérêt, du défaut de qualité ou de la chose jugée. De son côté, l'article 2247 du Code civil interdit au juge de relever d'office le

⁹⁷¹ Article 125 du CPC : « Les fins de non-recevoir doivent être relevées d'office lorsqu'elles ont un caractère d'ordre public, notamment lorsqu'elles résultent de l'inobservation des délais dans lesquels doivent être exercées les voies de recours ou de l'absence d'ouverture d'une voie de recours.

Le juge peut relever d'office la fin de non-recevoir tirée du défaut d'intérêt. »

Version en vigueur à partir du 1^{er} janvier 2005 : « Les fins de non-recevoir doivent être relevées d'office lorsqu'elles ont un caractère d'ordre public, notamment lorsqu'elles résultent de l'inobservation des délais dans lesquels doivent être exercées les voies de recours ou de l'absence d'ouverture d'une voie de recours.

Le juge peut relever d'office la fin de non-recevoir tirée du défaut d'intérêt, du défaut de qualité ou de la chose jugée. »

moyen tiré de la prescription. Observons maintenant l'accueil réservé par la Cour de cassation au relevé d'office, dans les litiges concernant un crédit à la consommation.

§ 2 – Les réticences de la Cour de cassation

517. Le relevé d'office permet au juge de suppléer les carences ou approximations des parties, de mettre en lumière certains faits utiles à la résolution du litige, de faire usage d'un texte de loi qui lui paraît opportun. Mais il n'est pas anodin car il permet un rééquilibrage des forces en présence. La jurisprudence s'est longtemps déchirée sur la question du relevé d'office d'un moyen de droit par le juge, cette question rejoignant celle, plus générale, du rôle respectif des parties et du juge dans le choix de la règle applicable. La controverse était d'autant plus embarrassante que la Cour de cassation en était elle-même le théâtre, ses chambres civiles étant divisées sur le sujet, oscillant entre interdiction, faculté et devoir. La Cour de cassation a manifestement tenté de contenir l'usage du relevé d'office par le juge. Mais elle a semble-t-il agité différemment, selon qu'elle était confrontée au droit commun ou au droit spécial. Confrontée au droit commun, elle a semblé admettre le relevé d'office lorsque la demande était fondée sur un texte erroné (A). Confrontée au droit spécial du crédit à la consommation, la Première Chambre civile a manifesté en revanche un rejet plus net du relevé d'office, usant pour ce faire d'une distinction fondée sur la nature de l'ordre public visé (B).

A – La Première Chambre civile face au relevé d'office d'un moyen issu du droit commun : un accueil a priori bienveillant

518. Les chambres de la Cour de cassation ne formulaient pas les mêmes réponses, aussi convient-il de les examiner tour à tour. La Première Chambre civile, après un temps d'hésitation⁹⁷², a clairement marqué son positionnement. Elle s'est montrée favorable à une obligation du juge du fond de relever d'office le moyen de droit adéquat, lorsque les parties ont proposé une qualification juridique erronée, que ce soit le demandeur ou le

⁹⁷² Dans le sens d'une simple faculté : Cass. civ. 1^{ère}, 22 février 1978, n°76-14096, Bull. I, n°76, p. 63 : « (...) la Cour d'appel n'était pas tenue de soulever d'office un moyen qui n'avait pas été proposé par les parties. » ; Cass. civ. 1^{ère}, 12 novembre 1980, n°79-14114, Bull. I, n°289 : « (...) la possibilité pour la Cour de cassation de soulever d'office l'exception n'est qu'une faculté (...) ».

défendeur. C'est ce qu'elle a affirmé dans un arrêt du 16 avril 1991⁹⁷³. Peu de temps après l'achat d'une estafette d'occasion, une roue s'était détachée, causant un accident. Une expertise fit rapidement ressortir que « les écrous de cette roue auraient été soudés sur l'extrémité de la fusée, en raison de l'usure de leur filetage ». Mais l'acheteur n'assigna le vendeur en garantie des vices cachés qu'un an plus tard. La Cour d'appel de Chambéry le débouta en lui reprochant de ne pas avoir exercé cette action dans le bref délai posé à l'article 1648 du Code civil. Elle fut sanctionnée par la Première Chambre civile. Selon elle, la Cour d'appel aurait dû rechercher si ce fait n'était pas constitutif d'un dol. Face à un moyen de droit erroné, la Cour d'appel aurait dû rechercher si un autre moyen de droit était susceptible de lui permettre de trancher le différend. La Première Chambre civile a penché en faveur d'une obligation, pour le juge du fond, de relever d'office le moyen de droit pertinent.

519. La Deuxième Chambre civile a, de son côté, penché pour une obligation de relever d'office les moyens de pur droit⁹⁷⁴ avant d'opter de manière durable pour une simple faculté⁹⁷⁵. Dans un arrêt du 4 novembre 1988, elle précisa que « ce texte (l'article 12 du nouveau Code de procédure civile), n'impose pas au juge de rechercher d'office les dispositions légales de nature à justifier une demande dont il est saisi sur le fondement d'un texte déterminé ». Autrement dit, si la demande est fondée en droit, le juge n'est pas tenu de relever d'office un autre fondement juridique. Il peut le faire mais il n'est pas obligé.

⁹⁷³ Cass. civ. 1^{ère}, 16 avril 1991, n°88-18530, Bull. I, n°144, p. 95, RTD civ. 1992, 175, observations NORMAND ; D. 1992, somm. 265, obs. A. PENNEAU. Arrêt rendu avant le décret du 28 décembre 1998, sous l'ancienne rédaction de l'article 56 du Code de procédure civile.

⁹⁷⁴ Cass. civ. 2^{ème}, 14 février 1985, n°83-12062, Bull. II, n°38, p. 27, JCP 1988, II, 21030, note HÉRON ; Gaz. Pal. 1985, p. 640, note GUINCHARD et MOUSSA : « La Cour d'appel (...) n'avait pas davantage l'obligation de soulever un moyen qui impliquant l'appréciation de circonstances de fait, n'était pas de pur droit ». *A contrario*, s'il s'était agi d'un moyen de droit, le juge aurait eu l'obligation de le relever d'office.

⁹⁷⁵ Cass. civ. 2^{ème}, 4 novembre 1988, n°87-16436, Gaz. Pal. 1989, somm. 464, obs. CROZE et MOREL ; D. 1989, 609, note FRISON-ROCHE ; D. 1990, 163, chronique R. MARTIN.

520. Quant à la Troisième Chambre civile⁹⁷⁶, elle s'est prononcée en faveur de la simple faculté pour le juge du fond de relever d'office les règles applicables au litige, lorsqu'il est saisi sur le fondement d'un texte déterminé. Cette position tranchait singulièrement avec celle retenue lorsque la demande n'était pas du tout étayée. Alors que le demandeur fait un effort pour argumenter et développer des moyens à l'appui de sa demande, il est moins favorablement traité que le demandeur qui ne fournit aucun moyen. En effet, si les moyens qu'il développe ne sont pas pertinents, le juge ne sera pas tenu d'en relever de plus pertinents. Il pourra le faire mais ne sera pas tenu de le faire.

521. Seule la Première Chambre civile s'était prononcée en faveur d'une obligation faite au juge du fond de relever d'office les moyens de droits si la demande n'était pas fondée sur le texte le plus pertinent.

522. En revanche, confrontée au droit spécial du crédit à la consommation, l'attitude de la Première Chambre civile fut différente. Elle s'est appuyée sur la nature de l'ordre public dont relevait cette législation spéciale, distinguant là où la loi elle-même n'avait pas distingué.

B – La Première Chambre civile confrontée au relevé d'office d'un moyen issu du droit spécial du crédit à la consommation : un rejet manifeste

523. L'article 6 du Code civil indique : « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. » Cet article ne fait aucune distinction au sein de l'ordre public qu'il vise. Les dispositions relatives au crédit à la consommation sont d'ordre public⁹⁷⁷ depuis leur origine. Là encore, aucune distinction ou précision n'est apportée quant à la nature de l'ordre public visé. Dès lors, le juge devait-il, pouvait-il relever d'office un moyen tiré de la violation d'une règle sur le crédit à la consommation ?

⁹⁷⁶ Cass. civ. 3^{ème}, 3 avril 1997, n°95-15637, Bull. III, n°75, p. 51, rejet, RTD civ. 1998, 461, obs. NORMAN ; Cass. civ. 3^{ème}, 4 juin 1997, n°95-18845, Bull. III, n°125, p. 84, rejet.

⁹⁷⁷ Loi n°78-22 du 10 janvier 1978, article 28 (Ab).

524. Pour apporter une réponse, la Cour de cassation a fait une distinction, au sein de l'ordre public, entre ordre public de protection et ordre public de direction. Elle s'en est ensuite servie pour délimiter l'office du juge. Soit la règle bafouée relevait d'un ordre public de protection et, dans ce cas, il revenait aux seules parties protégées par cette règle de l'invoquer. Soit cette règle relevait d'un ordre public de direction et, dans ce cas, le juge pouvait en relever d'office le non respect. L'ordre public de direction tend à protéger l'intérêt général, un intérêt que l'État a pour mission d'incarner. La sanction de la transgression d'une règle relevant d'un ordre public de direction est la nullité absolue de l'acte. Cette nullité peut être invoquée par toute personne y ayant un intérêt. L'ordre public de protection tend, de son côté, à protéger un intérêt particulier, un groupe de personnes déterminé. La sanction d'une règle relevant d'un ordre public de protection est la nullité relative de l'acte. Cette nullité ne peut être invoquée que par la personne que la loi entend ainsi protéger.

525. Les dispositions encadrant le crédit à la consommation semblent relever à la fois d'un ordre public de direction et d'un ordre public de protection. Pris dans leur globalité, ces textes relèvent d'un ordre public de direction. En encadrant les rapports contractuels entre professionnels et consommateurs-emprunteurs, ils visent à rendre plus saines les transactions et à développer les échanges. Or, il est de l'intérêt général que les échanges, moteurs de l'économie, se fassent dans un environnement le plus sain possible. Fournir au consommateur un cadre contractuel plus sûr, organiser les échanges de telle manière que ce consommateur puisse avoir confiance, voilà qui, *in fine*, est bon pour l'économie. Ces textes relèvent aussi d'un ordre public de protection parce qu'ils visent à protéger une catégorie particulière de citoyens : les consommateurs. Quelle fut la position de la Cour de cassation ?

526. La Première Chambre civile a affirmé que les dispositions encadrant le crédit à la consommation relevaient d'un ordre public de protection⁹⁷⁸, ayant pour objet de protéger une catégorie particulière de personnes. Elle n'a pas retenu l'idée d'un intérêt économique général de ces règles. Pourtant, les frontières entre ordre public de protection

⁹⁷⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 15 février 2000, n°98-12713, Bull. I, n°49, p. 34.

et ordre public de direction sont incertaines et poreuses, rendant d'autant plus complexe la question du relevé d'office des moyens de droit relevant d'un ordre public de protection.

527. Dans d'autres matières que celle du crédit à la consommation, les juges du fond ont assez tôt cherché à relever d'office des moyens issus d'un ordre public de protection. Ainsi, dans une affaire connue sous le nom de « berger des Causses »⁹⁷⁹, le père d'un jeune berger demandait, au nom de son fils mineur, une indemnité correspondant aux douze jours de repos hebdomadaire dont il n'avait pas bénéficié. Il invoquait un arrêté préfectoral. Le Juge de paix lui accorda ces jours. L'employeur fit appel. Le Tribunal civil d'Aurillac considéra que l'arrêté n'était plus en vigueur mais releva d'office une loi du 10 mars 1948, d'ordre public, qui attribuait non pas douze jours, mais quarante, au jeune berger. L'employeur forma un pourvoi. La Première Chambre civile, par un arrêt du 18 mars 1955, cassa la décision au visa de l'article 7 de la loi du 20 avril 1810. Elle affirma dans un chapeau très général sur le rôle du juge : « Attendu que les juges du fond ne peuvent modifier d'office ni l'objet ni la cause de la demande et doivent statuer dans les limites fixées par les conclusions des parties (...) ». Elle sanctionna ensuite les juges du fond en ces termes : « (...) le caractère d'ordre public de ce texte ne pouvait permettre aux juges d'en faire application d'office et en conséquence de modifier la cause et l'objet du litige, alors que l'intimé, libre de renoncer à des droits acquis, ne la réclamait point et se bornait à sa demande originaire visant une indemnité compensatrice pour douze journées (...) » La Cour de cassation reprochait ainsi aux juges du fond d'avoir soulevé d'office l'application d'un texte d'ordre public, n'ayant pas été invoqué, pour apporter une solution au litige. Elle leur reprochait d'avoir statué *ultra petita*. À propos de l'usage du relevé d'office, Philippe MALAURIE souligna : « Que le juge non seulement puisse, mais encore doive, soulever d'office une règle d'ordre public constitue une de ces opinions si communément reçues qu'elles en deviennent des dogmes⁹⁸⁰. » Il se distingua, dans la suite

⁹⁷⁹ Cass. Ch. civile, section soc., 18 mars 1955, D. 1956, p. 517, commentaire Philippe MALAURIE.

⁹⁸⁰ Philippe MALAURIE, V. supra, cite ainsi plusieurs auteurs : « Chez les civilistes : Julliot de la Morandière, *L'ordre public en droit civil interne*, Mélanges Capitant, p. 396 ; Planiol et Ripert, *Traité prat. De droit civil français*, t. 6, par Esmein, n°288 ; Ripert et Boulanger, *Traité élém. de droit civil de Planiol*, t. 2, n°823 ; comme chez les procéduriers : Mimin, *Les moyens d'ordre public et l'office du juge*, J.C.P. 1946. I. 542 ; Cuhe et

de ses développements, de ce courant. Pierre HÉBRAUD et Pierre RAYNAUD⁹⁸¹ firent de cet arrêt « berger des Causses » le commentaire suivant : « La formule est remarquable par sa précision et sa fermeté. On ne peut, cependant, se défendre de l'impression que la jurisprudence qu'elle synthétise est d'une sévérité quelque peu excessive. » À propos de la renonciation supposée du jeune berger à ses droits, ils écrivirent encore : « (...) mais on peut se demander si la renonciation que présume, ici, la Cour de cassation, n'est pas fictive et illusoire. »

528. Dans un autre arrêt, rendu le 27 novembre 1984⁹⁸², la Première Chambre civile valida le relevé d'office, par les juges du fond, de l'illicéité d'une cession de clientèle médicale. Ces cessions étaient alors prohibées. Censées freiner le patient dans le choix de son médecin, elles étaient contraires à l'ordre public. La Première Chambre civile ne spécifia toutefois pas de quel ordre public il s'agissait.

529. Malgré quelques fluctuations, la Première Chambre civile affirma l'interdiction du relevé d'office des moyens relevant d'un ordre public de protection. Lorsque la règle malmenée au moment de la conclusion du contrat relevait d'un ordre public de direction, le juge pouvait la relever d'office. Mais lorsqu'il s'agissait d'une règle qui tendait à la préservation d'intérêts particuliers, alors seuls les bénéficiaires de cette règle pouvaient l'invoquer. La sanction était alors « mise à la disposition des parties, qui peuvent renoncer à se prévaloir de l'irrégularité de l'acte, et non à la disposition du juge. », selon le commentaire d'Olivier GOUT⁹⁸³.

Vincent, *Précis des voies d'exécution*, n°4 ; Garsonnet et César Bru, *Traité de procédure*, t. 2, p. 104 ; Japiot, *Procédure civile*, n°13-2° ; Glasson, Tissier et Morel, *Traité de procédure civile*, t. 3, n°992, p. 426, n°959, p. 492)

⁹⁸¹ HÉBRAUD Pierre et RAYNAUD Pierre, « *Chronique de jurisprudence* », RTD civ. 1955, p. 701 et 702.

⁹⁸² Cass. civ. 1^{ère}, 27 novembre 1984, n°83-11265, Bull. I, n°319 : « (...) en relevant d'office le moyen de pur droit tiré de l'illicéité de certaines clauses du contrat dit « de présentation de clientèle » comme contraires à l'ordre public et en estimant, après avoir invité au préalable les parties à présenter leurs observations, que ces clauses avaient pour objet le rachat de clientèle médicale, les juges du second degré ont, sans violer les textes invoqués, restitué son exacte qualification à l'acte litigieux, comme le leur prescrit l'article 12 du nouveau Code de procédure civile. »

⁹⁸³ Cass. civ. 1^{ère}, 15 février 2000, n°98-12713, Bull. I, n°49 ; JCP G 2001, II, 10477, note Olivier GOUT.

530. À cet égard, l'arrêt Grine, rendu par la Première Chambre civile le 15 février 2000⁹⁸⁴ dans le domaine du crédit à la consommation, est emblématique. Les faits étaient les suivants : la société Cofica, spécialisée dans les crédits de véhicules automobiles, avait donné un véhicule en location, avec option d'achat, à M. Grine. Le véhicule fut volé. M. Grine ne s'acquitta alors plus des échéances convenues. S'ensuivit une assignation en justice du locataire par la société bailleuse. Les premiers juges déboutèrent la société, qui fit appel. Le locataire ne se présenta pas à l'audience mais la Cour d'appel de Versailles, par une décision du 26 septembre 1997, estima que les pièces produites par le bailleur ne permettaient pas de démontrer la régularité de l'offre. Or, en matière de crédit à la consommation, un formalisme strict est imposé par les articles L311-8 et suivants du Code de la consommation. Un certain nombre d'éléments doivent figurer dans l'offre de crédit. Le juge d'appel releva d'office l'irrégularité et annula le contrat. Un pourvoi fut formé par la société Cofica contre l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles. La Première Chambre civile censura ce relevé d'office au visa des articles L311-2, L311-8 et L311-10 du Code de la consommation et sous le chapeau suivant : « La méconnaissance des exigences des articles L311-2, L311-8 et L311-10 du Code de la consommation, même d'ordre public, ne peut être opposée qu'à la demande de la personne que ces dispositions ont pour objet de protéger. » Par conséquent, le juge du fond ne pouvait pas relever d'office le moyen tiré de la nullité du contrat de crédit à la consommation. La Première Chambre civile affirma clairement que seule la personne protégée par ces dispositions, en l'occurrence M. Grine, était à même d'invoquer la violation de ces textes et revendiquer la protection qui en découlait. Pourtant, face à une réglementation aussi dense et complexe que celle du crédit à la consommation, l'intervention du juge semblait bienvenue à une partie de la doctrine. La Première Chambre civile réaffirma néanmoins sa position à plusieurs reprises et notamment dans un arrêt du 10 juillet 2002. Les faits étaient les suivants : la société Cofinoga avait consenti une ouverture de crédit à une emprunteuse. Suite à des impayés, la société avait assigné l'emprunteuse en paiement. Elle ne comparut ni en première instance, ni en appel. Pour débouter partiellement la société Cofinoga, la Cour d'appel releva d'office la méconnaissance par la banque des exigences posées par

⁹⁸⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 15 février 2000, n°98-12713 ; Bull. I, n°49 ; JCP G 2001, II, 10477, note Olivier GOUT ; D. 2000, AJ p. 275, obs. C. RONDEY ; CCC 2000, comm. 116, obs. Guy RAYMOND.

l'article L311-9 du Code de la consommation, exigences auxquelles était soumise l'offre de crédit. La Cour prononça la déchéance du droit aux intérêts de la banque. Amenée à se prononcer, la Première Chambre civile cassa l'arrêt d'appel au visa des articles L311-2 et L311-9 du Code de la consommation et au motif que « la méconnaissance des exigences des textes susvisés, même d'ordre public, ne peut être opposée qu'à la demande de celui que ces dispositions ont pour objet de protéger ». La formule était rigoureusement la même que celle employée dans l'arrêt Grine.

531. La Première Chambre civile, modérant légèrement la rigueur de sa position, affirma dans un arrêt du 18 décembre 2002⁹⁸⁵ que « si la méconnaissance des articles L. 121-21 et suivants du Code de la consommation ne peut être opposée qu'à la demande de la personne que ces dispositions ont vocation à protéger, il en va autrement lorsque cette personne a manifesté son intention de se prévaloir de la nullité de l'acte, fût-ce sur un autre fondement ». Dans ce cas, le juge recouvrait sa liberté de relever d'office tout moyen lui permettant de parvenir à l'anéantissement du contrat. Mais, cette décision mise à part, la Cour de cassation considéra, durant ces années, que la mission du juge devait être empreinte d'une absolue neutralité.

532. Ajoutons que dans certains cas, certes rares, le refus de la Première Chambre civile de relever d'office un texte du Code de la consommation a tourné à l'avantage du consommateur⁹⁸⁶. Une personne surendettée avait adressé une demande de règlement amiable de ses dettes non-professionnelles au Tribunal d'instance. Ce dernier avait jugé sa demande irrecevable et relevé d'office sa mauvaise foi. Le débiteur forma un pourvoi en cassation. La Première Chambre civile sanctionna le Tribunal d'instance, au visa de l'article L331-2 du Code de la consommation : « en statuant ainsi, alors que la bonne foi du débiteur qui se trouve dans l'incapacité de faire face à l'ensemble de ses dettes non-professionnelles exigibles et à échoir est présumée et que le juge ne peut par conséquent

⁹⁸⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 18 déc. 2002, n°99-21121, Bull. I, n°315, p. 247, D. FENOUILLET, Revue des contrats 2003, p. 86 ; RTD civ. 2003 p. 704, n°7, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

⁹⁸⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 13 juin 1995, n°93-04208, Bull. I, 262, p. 183, rendu après TI Saintes, 24 mars 1993.

soulever d'office la fin de non-recevoir résultant de l'absence de bonne foi, le juge d'instance a violé le texte susvisé (...) »

Conclusion de section

533. La Première Chambre civile n'a semble-t-il pas manifesté d'hostilité de principe au relevé d'office de dispositions du droit commun. Elle s'est en revanche opposée avec vigueur au relevé d'office, par les juges du fonds, de dispositions sur le crédit à la consommation. Ce refus était préjudiciable au consommateur. Il était vécu par les juges du fond comme une entrave à leur mission et à l'effectivité du droit de la consommation. Il fut, de ce fait, vivement contesté. Les juges du fond opposèrent une résistance à la Première Chambre civile et saisirent la CJCE de questions préjudicielles.

II - Les efforts conjugués des juges du fond et de la Cour de justice des communautés européennes pour élargir l'usage du relevé d'office

534. Une partie des juges du fond a vaillamment résisté à cette posture de la Première Chambre civile. Ces juges ont fait usage du relevé d'office et sollicité le concours de la Cour de justice des Communautés européennes (§1), avant que la loi du 3 janvier 2008 ne vienne mettre un terme à la jurisprudence de la Première Chambre civile (§2).

§ 1 – La fronde des juges du fond et le rôle de la Cour de justice des communautés européennes

535. Des juges du fond ont manifesté leur hostilité à la jurisprudence de la Première Chambre civile en relevant d'office, dans leurs jugements, la législation consumériste sur le crédit à la consommation (A). Ils ont aussi sollicité le concours de la Cour de justice des Communautés européenne en lui soumettant des questions préjudicielles (B).

A – La fronde des juges du fond

536. La jurisprudence Grine a été combattue par une partie des juges du fond car perçue comme une volonté d'affaiblissement de leur office. Pour de nombreux juges en effet, la protection de la partie faible fait partie de leur office⁹⁸⁷.

537. Des Tribunaux d'instance comme ceux de Saintes, de Rochechouart, de Liévin, d'Avignon, d'Angoulême, de Niort⁹⁸⁸, des Cours d'appel comme celles de Bordeaux et d'Aix-en-Provence⁹⁸⁹, mais surtout le Tribunal d'instance de Vienne, dont l'audace sera même saluée en littérature puis au cinéma⁹⁹⁰, feront du relevé d'office des dispositions en faveur du consommateur un cheval de bataille. S'affranchissant du clivage ordre public de protection – ordre public de direction, ces juges du fond soulevèrent d'office des moyens de droit issu de la législation spéciale sur le crédit à la consommation, justifiant leurs décisions par les articles 12 et 472 du CPC. En voici quelques exemples :

538. Dans un jugement du 8 novembre 2002⁹⁹¹, l'emprunteur n'ayant pas comparu lors de l'audience, le Tribunal d'instance de Vienne prononça la déchéance du droit aux intérêts du prêteur en relevant d'office ce qu'il estimait être une irrégularité de forme, le défaut d'indication d'une date, sur le bordereau de rétractation, alors que le modèle-type du bordereau prévoyait la mention « à renvoyer au plus tard le... ». Le Tribunal jugea que l'absence de date sur le bordereau de rétractation rendait l'offre de crédit irrégulière en la

⁹⁸⁷ BIARDEAUD Gérard et FLORÈS Philippe, « *Le contentieux du droit de la consommation* », ENM, 2001.

⁹⁸⁸ TI Avignon, 19 octobre 1999 et 23 mai 2000, cassés par Cass. civ. 1^{ère}, 4 novembre 2003, n°01-03670, inédit ; TI Liévin, 13 février 2001, CCC 2001, comm. 97, obs. Guy RAYMOND ; TI Angoulême, 11 décembre 1996 et 31 décembre 1999 ; TI Niort, 15 mai 2002, CCC 2002, comm. 115, obs. G. RAYMOND ; TI Vienne, 19 octobre 2001, CCC 2001, comm. 181, obs. RAYMOND, TI Vienne, 5 juillet 2002, CCC 2003, comm. 32, G. RAYMOND, 8 et 29 novembre 2002 ; TI Rochechouart, 8 novembre 2002.

⁹⁸⁹ CA Aix-en-Provence, 24 juin 1998 et 16 décembre 1998, arrêts cassés par Cass. civ. 1^{ère}, 16 mars 2004, n°99-17957, inédit ; CA Bordeaux, 13 avril 1999, arrêt cassé par Cass. civ. 1^{ère}, 9 juillet 2003, n°99-20399, inédit.

⁹⁹⁰ « *D'autres vies que la mienne* », roman d'Emmanuel CARRÈRE, 2009, Éd. P. O. L., porté à l'écran sous le titre « *Toutes nos envies* », en 2011.

⁹⁹¹ TI Vienne, 8 novembre 2002, Cofidis c/époux Stingue.

forme. La sanction du non respect du formalisme, une déchéance du droit aux intérêts, fut prononcée à l'encontre du prêteur. L'article L311-7 du Code de la consommation alors en vigueur prévoyait que l'offre était envoyée assortie d'un bordereau de rétractation. L'article L311-8 prévoyait qu'à partir de sa remise, l'offre remise par le prêteur restait valable au moins 15 jours. Pendant le délai de validité de l'offre, l'emprunteur pouvait accepter à tout moment l'offre. Et, à partir de cette acceptation, le consommateur avait 7 jours pour se rétracter. Cette faculté était prévue par l'article L311-15. Mais en l'espèce, le bordereau de rétractation n'avait pas été utilisé et aucune partie ne l'avait évoqué. La régularité ou non du bordereau de rétractation était étrangère au débat. De plus, le bordereau ne pouvait logiquement pas comporter de date puisqu'au moment de sa remise, le consommateur avait quinze jours pour accepter l'offre et qu'il n'était pas possible de savoir à l'avance ni s'il accepterait l'offre, ni, s'il l'acceptait, à quel moment il le ferait. Christine BAUDE-TEXIDOR et Ibrahim FADLALLAH⁹⁹² condamnèrent cette attitude : « Pourtant, le Tribunal d'instance de Vienne décide, l'emprunteur faisant toujours défaut, que l'absence de mention de date dans le bordereau de rétractation rend l'offre irrégulière et prive le prêteur du droit aux intérêts. Pas un instant, il n'est gêné de ce que, en l'espèce, aucune rétractation n'était intervenue et que personne ne l'invoquait ; pas un instant il ne lui est venu à l'esprit que, s'il fallait une date précise, l'absence de celle-ci constituerait un avantage pour le consommateur. »

539. Peu après, le Tribunal d'instance de Vienne fit de nouveau usage du relevé d'office, dans une décision du 29 novembre 2002⁹⁹³ concernant un emprunteur défaillant assigné en paiement. L'emprunteur ne comparut pas. Le Tribunal prononça la déchéance du droit aux intérêts à l'encontre du prêteur en relevant d'office la non conformité d'une clause du contrat au modèle-type. Il désigna une clause du contrat qui prévoyait la faculté, pour le prêteur, de se prévaloir de la déchéance du terme au cas où l'emprunteur ne signalerait pas un changement dans son État civil. Le Tribunal d'instance estima que cette clause n'était pas conforme au modèle-type et qu'elle aggravait la situation de

⁹⁹² Christine BAUDE-TEXIDOR et Ibrahim FADLALLAH, « *L'office du juge en matière de crédit à la consommation : éloge de la neutralité judiciaire* », Dalloz 2003, chron. 750.

⁹⁹³ TI Vienne, 29 novembre 2002, Fidem contre Aydogmus Irfan.

l'emprunteur. La clause en question n'avait pourtant été invoquée ni par le demandeur, ni par le défendeur, absent lors des débats. Elle était étrangère au débat. Le Tribunal a néanmoins estimé que par sa seule existence, elle aurait, en quelque sorte, vicié *ab initio* le contrat. L'offre de crédit fut déclarée irrégulière. La sanction de l'irrégularité de l'offre étant la déchéance du droit aux intérêts pour le prêteur, elle fut prononcée à l'encontre du prêteur.

540. Le Tribunal d'instance de Vienne ne fut pas le seul à défier la Première Chambre civile. Le Tribunal d'instance de Rochechouart en fit autant dans un jugement du 8 novembre 2002⁹⁹⁴. Des époux avaient souscrit un crédit renouvelable. Défaillants, ils furent assignés en paiement. Ils ne comparurent pas. Cette fois, le Tribunal d'instance porta ses foudres sur la clause qui organisait la reconduction du contrat. L'article L311-9 imposait en effet au prêteur de fixer, dans l'offre préalable, les conditions de renouvellement du contrat. Le prêteur avait organisé la reconduction. Il avait prévu que l'emprunteur, avisé des conditions de renouvellement de son crédit trois mois avant sa date anniversaire, devait, s'il souhaitait mettre un terme à ce contrat, manifester sa volonté au moins un mois avant cette date anniversaire, au moyen d'une lettre recommandée avec accusé de réception. Pourtant, le Tribunal le sanctionna. Il estima que le prêteur ne pouvait pas exiger à la fois ce délai d'un mois minimum et l'usage d'un courrier en recommandé avec accusé de réception. Le juge releva d'office l'irrégularité de l'offre et prononça, à l'encontre du prêteur, la déchéance de son droit aux intérêts. Pas davantage que dans les décisions précédemment abordées, la clause relevée d'office par le juge n'était dans le débat. Elle n'avait été invoquée ni par le prêteur, ni par l'emprunteur.

541. Selon Christine BAUDE-TEXIDOR et Ibrahim FADLALLAH, « Les décisions analysées, si elles devaient faire école, sont de nature à décourager toute poursuite en paiement. Mais, plus gravement, elles constituent un appel à ne pas exécuter les obligations découlant d'un prêt à la consommation. »

⁹⁹⁴ TI Rochechouart, 8 novembre 2002, Covefi contre époux Mirac.

542. Une partie de la doctrine a soutenu cette fronde des Tribunaux d'instance⁹⁹⁵, condamnant la jurisprudence Grine et celles qui suivirent. Favorable au relevé d'office de la violation d'une règle relevant de l'ordre public de protection, Olivier GOUT écrit : « (...) la Première Chambre civile vient restreindre de façon discutable le pouvoir du juge de relever d'office la nullité d'un contrat vicié. »⁹⁹⁶ Pour Véronique TELLIER : « La sollicitude du législateur envers le consommateur contraste avec le rigorisme de la Cour de cassation. »⁹⁹⁷ Frédérique EUDIER⁹⁹⁸ s'interroge : le juge « ne devrait-il pas être (...) le juge-providence, protecteur des faibles. »

543. Une autre partie de la doctrine a en revanche critiqué cette initiative des juges du fond. Christine BAUDE-TEXIDOR et Ibrahim FADLALLAH⁹⁹⁹ ont écrit à ce sujet : « Il a été soutenu que l'article 12 NCPC donne au juge la faculté d'invoquer d'office ces irrégularités qui entraînent la déchéance du droit aux intérêts¹⁰⁰⁰. Les principes directeurs du procès civil, que l'on se permet de rappeler, n'autorisent pas cette solution. » Pour Xavier LAGARDE¹⁰⁰¹, le relevé d'office ne doit être étendu ni aux irrégularités de forme, ni aux clauses étrangères au débat. Selon ses mots : « Si les parties faibles ont besoin de protection, elles peuvent se passer d'un protecteur »¹⁰⁰². Formulant la même hostilité au

⁹⁹⁵ PAISANT G. et RAYMOND G., « *Quatre-vingt propositions pour les quatre-vingt ans de La Semaine juridique* », hors-série, 2007, p. 66, p. 73.

⁹⁹⁶ GOUT Olivier, « *Une restriction contestable au pouvoir du juge de soulever d'office la nullité* », note sous Cass. civ. 1^{ère}, 15 février 2000, n°98-12713, JCP G 2001, II, 10477, « L'éviction du juge dans la mise en œuvre des règles », D. 2003, p. 549.

⁹⁹⁷ TELLIER Véronique, « *L'office du juge en matière de crédit à la consommation : la Cour de cassation récidive.* », LPA, 30 juin 2004 n°130, p. 12, commentaire de Cass. Civ. 1^{ère}, 16 mars 2004, arrêt dit Cofica, n°99-17955 et n°99-17957 inédit.

⁹⁹⁸ EUDIER Frédérique, D. 1997, p. 124, note sous Cass. com. 3 mai 1995 ; « *Ordre public substantiel et office du juge* », Thèse, 1994, note 124, n°167.

⁹⁹⁹ BAUDE-TEXIDOR Christine et FADLALLAH Ibrahim, « *L'office du juge en matière de crédit à la consommation : éloge de la neutralité judiciaire* », Dalloz 2003, chron. 750.

¹⁰⁰⁰ Cité par Christine BAUDE-TEXIDOR et Ibrahim FADLALLAH, V. supra : Obs. RAYMOND, CCC 2001, p. 21 ; CARBALLO-FIDALGO et PAISANT, note sous CJCE 27 juin 2000, JCP G 2001, II, 10513.

¹⁰⁰¹ LAGARDE Xavier, « *Office du juge et ordre public de protection* », JCP 2001, I, 312.

¹⁰⁰² Xavier LAGARDE, n°15 p. 751, op. cit..

relevé d'office, Raymond MARTIN¹⁰⁰³ estima qu'il était contraire à l'article 6§1¹⁰⁰⁴ de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Une telle faculté heurterait le principe du procès équitable. De la même manière, les arrêts rendus par la CJCE en réponse aux questions préjudicielles du Tribunal d'instance de Vienne n'ont pas fait l'unanimité¹⁰⁰⁵.

544. La doctrine ne présentait donc pas d'unité sur cette question du relevé d'office par le juge du fond de la législation spéciale sur le crédit à la consommation.

545. Le Tribunal d'instance de Vienne ne s'est pas contenté de défier la Première Chambre civile en relevant d'office des dispositions de la législation spéciale dans ces décisions. Il a aussi interrogé la Cour de justice des Communautés européennes sur cette question sensible, faisant parfois, dans son argumentation, référence aux raisonnements tenus par certains auteurs¹⁰⁰⁶.

¹⁰⁰³ MARTIN Raymond, « *L'article 6, §1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme contre l'article 12 du nouveau Code de procédure civile* » D. 1996, chronique 20.

¹⁰⁰⁴ Article 6§1 CEDH : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un Tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit sur le bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. »

¹⁰⁰⁵ M. LUBY, « *Trop ne vaut rien ! (ou quand la CJCE ébranle le régime juridique des clauses abusives)* » CCC janvier 2004, chron. 1.

¹⁰⁰⁶ Les auteurs J. GHESTIN, M. CARBALLO-FIDALGO et G. PAISANT sont cités dans une question préjudicielle posée à la CJCE par le TI de Vienne le 19 octobre 2001, Sté Accea Finance/M. Giner, CCC 2001, comm. 181, note Guy RAYMOND. Les questions portaient sur la faculté pour le juge du fond de prononcer d'office la déchéance du droit aux intérêts et sur la nature de l'ordre public des directives sur le crédit à la consommation : « Les directives du conseil des 22 décembre 1986 (n°87/102) et 22 février 1990 (n°90/88) doivent-elles être interprétées comme ayant pour seule finalité la protection des consommateurs ou, au-delà, comme tendant à l'organisation du marché unique du crédit, à la régulation de ce marché ? L'obligation d'une interprétation conforme à la finalité, à tout le moins protectrice des consommateurs, des dites directives doit-elle conduire le juge national à privilégier l'interprétation de son droit qui l'autorise à relever d'office les irrégularités affectant les contrats de crédit à la consommation, tel le défaut de mention écrite du taux effectif global, à l'occasion des actions en paiement engagées devant lui par les organismes de crédit ? »

B – L'apport de la Cour de justice des communautés européennes

546. Le droit communautaire est, rappelons-le encore, créateur de normes destinées à protéger le consommateur. À ce titre, l'étendue des pouvoirs du juge national dans l'application de ces normes intéresse au premier chef la Cour de justice de l'Union européenne.

547. Dans un arrêt dit *Océano Grupo*¹⁰⁰⁷, la CJCE a jugé que la protection offerte au consommateur par la directive sur les clauses abusives¹⁰⁰⁸ impliquait, au nom d'une « protection effective du consommateur » que « le juge puisse apprécier d'office le caractère d'une clause du contrat. » Cet arrêt se cantonnait au domaine des clauses abusives. Comme le souligna Olivier GOUT, la position de la Cour de cassation, formulée en des termes généraux, aboutissait « également à interdire aux juges du fond de relever d'office une clause abusive. »¹⁰⁰⁹ Elle était donc en contradiction avec le droit européen. Les questions préjudicielles posées par le Tribunal d'instance de Vienne ont permis à la CJCE d'affiner et d'imposer sa position.

548. Une première question préjudicielle fut posée aux juges de Luxembourg le 17 novembre 2000¹⁰¹⁰. Le Tribunal d'instance de Vienne souhaitait savoir s'il pouvait faire échec au délai de forclusion contenu à l'article L311-37 du Code de la consommation : « Cette exigence d'une interprétation conforme du système de protection des consommateurs prévu par la directive (sur les clauses abusives) impose-t-elle au juge national, saisi d'une action en paiement, engagée par le professionnel à l'encontre du consommateur avec lequel il a contracté, d'écarter une règle de procédure d'exception, telle celle prévue à l'article L311-37 du Code de la consommation, en ce qu'elle interdit au juge national d'annuler, à la demande du consommateur ou d'office, toute clause abusive

¹⁰⁰⁷ CJCE, 27 juin 2000, *Océano Grupo Editorial SA/Rocío Murciano Quintero*, aff. C-240/98, CARBALLO-FIDALGO M. et PAISANT G., JCP G 2001, II, 10513 ; HOURDEAU S., LPA, 24 juillet 2001, n°146, p. 25 s. ; MESTRE J. et FAGES B., RTD civ. 2001, p. 878.

¹⁰⁰⁸ Directive 93/13/CE sur les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.

¹⁰⁰⁹ GOUT Olivier, D. 2003, jurisprudence 549.

¹⁰¹⁰ Question préjudicielle, TI Vienne, 17 novembre 2000, *Sté Covefi/Épx Rozier*, CCC 2001, comm. 16, obs. Guy RAYMOND.

viciant le contrat dès lors que celui-ci a été formé plus de deux ans avant l'introduction de l'instance et en ce qu'elle permet, ainsi, au professionnel de se prévaloir en justice desdites clauses et de fonder son action sur celles-ci ? » Il formula le mois suivant un autre recours en interprétation, le 15 décembre 2000¹⁰¹¹. Il demanda si le droit communautaire des clauses abusives devait primer sur le délai de forclusion de l'article L311-37 du Code de la consommation, si le juge d'instance pouvait relever d'office le caractère abusif d'une clause et prononcer la déchéance du droit aux intérêts alors même que le délai de forclusion était dépassé. Le 19 octobre 2001¹⁰¹², le Tribunal d'instance de Vienne prit encore l'initiative de saisir la Cour de Luxembourg d'une question préjudicielle. Il s'agissait d'une question portant sur l'interprétation de la directive du 22 décembre 1986¹⁰¹³ sur le crédit à la consommation. Le Tribunal souhaitait savoir si le juge national avait la possibilité ou l'obligation de relever d'office le non-respect par le prêteur des exigences de la directive.

549. Rappelons qu'au départ, le principe est celui de l'autonomie procédurale des États membres¹⁰¹⁴. Les modalités procédurales des actions visant à assurer le respect du droit communautaire sont laissées à la discrétion des États membres. Une limite à ce principe est admise, au nom du principe d'effectivité, lorsque le droit national conduit à rendre en pratique impossible, ou excessivement difficile l'exercice des droits.

550. La CJCE apporta, dans son arrêt dit Cofidis du 21 novembre 2002¹⁰¹⁵, la réponse suivante : « La directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les

¹⁰¹¹ Question préjudicielle, TI Vienne, 15 décembre 2000, Sté Cofidis/Fredout, CCC 2003, comm. 31, obs. Guy RAYMOND.

¹⁰¹² Question préjudicielle, TI Vienne, 19 octobre 2001, Accea finance SA/Christian Giner, JO C 3 du 5 janvier 2002, affaire C-426/01, radiée le 27 mars 2003, CCC décembre 2001, p. 21, obs. RAYMOND.

¹⁰¹³ Directive 87/102/CEE du Conseil du 22 décembre 1986 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de crédit à la consommation.

¹⁰¹⁴ CJCE, 16 décembre 1976, Rewe, aff. 33/76, point 5 ; CJCE, 14 décembre 1995, Peterbroek, C312/93, point 12 ; CJCE, 15 septembre 1998, Edis, C231/96, point 34.

¹⁰¹⁵ CJCE, 21 novembre 2002, Cofidis, aff. C-473/00 ; RTD civ. 2003, p. 90, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; JCP G 2003, II, 10082, note Guy PAISANT ; JCP E 2003, p. 279, note Christine BAUDE-TEXIDOR et I. FADLALLAH ; JCP G 2003, I, 142, obs. Xavier LAGARDE ; D. 2003, p. 486, C.

clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, s'oppose à une réglementation interne qui, dans une action intentée par un professionnel à l'encontre d'un consommateur et fondée sur un contrat conclu entre eux, interdit au juge national à l'expiration d'un délai de forclusion de relever, d'office ou à la suite d'une exception soulevée par le consommateur, le caractère abusif d'une clause insérée dans ledit contrat. » La CJCE affirmait dans cet arrêt, comme elle l'avait déjà fait dans l'arrêt *Océano Grupo*¹⁰¹⁶, que le juge pouvait relever d'office les clauses abusives présentes dans les contrats entre professionnels et consommateurs. Mais elle affranchissait ici le juge du carcan que représentait le délai de forclusion.

551. Au départ, le délai de forclusion avait été imaginé pour contraindre les prêteurs à agir rapidement, afin d'éviter que les intérêts ne s'accroissent au détriment de l'emprunteur. Mais il s'est vite retourné contre l'emprunteur. Assigné en justice, l'emprunteur - ou le juge - tentait alors d'invoquer l'irrégularité de l'offre préalable, mais si le contrat avait été souscrit depuis plus de deux ans, il se heurtait alors à la forclusion. La loi du 11 décembre 2001¹⁰¹⁷ avait bien réduit la portée de l'article L311-37 en le limitant aux seules actions en paiement du prêteur nées de la défaillance de l'emprunteur, mais elle ne valait que pour l'avenir. La décision rendue par la CJCE conservait donc tout son intérêt pour les nombreux contrats conclus avant son entrée en vigueur.

552. La Première Chambre civile maintint sa position. Saisi d'une demande en paiement, le juge ne pouvait pas se substituer au défendeur non comparant et remettre en cause la régularité formelle de l'offre de crédit. Le bénéficiaire de la protection restait le seul habilité à invoquer le bénéfice de ces règles¹⁰¹⁸. La Première Chambre civile réaffirma

NOURRISSAT ; Gaz. Pal., 4-6 mai 2003, p. 12, Philippe FLORES et Gérard BIARDEAUD ; D. 2002, p. 3339, obs. V. AVENA-ROBARDET.

¹⁰¹⁶ CJCE, 27 juin 2000, *Océano Grupo Editorial SA/Roció Murciano Quintero*, aff. C-240/98.

¹⁰¹⁷ Loi n°2001-1168 du 11 décembre 2001 ; LAGARDE Xavier, JCP 2000. I. 106 ; FLORES Philippe et BIARDEAUD Gérard, « *Réforme du délai de forclusion : vers une restauration du régime de protection de l'emprunteur* », D. 2002. 876.

¹⁰¹⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 10 juillet 2002, n°00-22199, Bull. I, n°195, p. 149 ; Cass. civ. 1^{ère}, 9 juillet 2003, n°99-20399, inédit ; Cass. civ. 1^{ère}, 4 novembre 2003, n°01-03670, inédit ;

sa position dans un arrêt du 16 mars 2004¹⁰¹⁹. Un établissement financier avait consenti à un emprunteur une ouverture de crédit utilisable par fraction et renouvelable chaque année. L'offre préalable avait été acceptée le 9 août 1990. Un litige survint à propos des remboursements. Le prêteur assigna l'emprunteur. Le Tribunal d'instance d'Angoulême releva d'office le non respect des dispositions contenues à l'article L311-9. Cet article imposait au prêteur d'indiquer à l'emprunteur, trois mois avant l'échéance, les conditions du renouvellement. Pendant plusieurs années, le contrat s'était renouvelé sans que le prêteur ne satisfît à cette obligation. Le Tribunal appliqua la sanction prévue à l'article L311-33 : la déchéance du droit aux intérêts. Le prêteur forma un pourvoi en cassation. Il fonda sa demande sur la nature de l'ordre public duquel émanait l'art L311-9, un ordre public de protection, ce qui, selon le pourvoi, interdisait au juge d'en relever d'office la méconnaissance. La Première Chambre civile le suivit au visa de ce même article et non d'un article du CPC. La généralité de la formule englobait le domaine des clauses abusives alors même que la CJCE avait autorisé le relevé d'office par le juge du caractère abusif d'une clause. La position de la Première Chambre civile allait donc à l'encontre de celle de la CJCE.

553. Par un arrêt Rampion, rendu le 4 octobre 2007, la CJCE répondit à la question préjudicielle posée le 19 octobre 2001 par le Tribunal d'instance de Vienne. La Cour affirma que le relevé d'office en matière de crédit à la consommation était une faculté à la disposition du juge. Une faculté, non une obligation¹⁰²⁰, alors même qu'en matière de clauses abusives, elle avait opté pour une obligation¹⁰²¹. L'Assemblée plénière de la Cour de cassation semblera en prendre acte dans un arrêt du 21 décembre 2007. Au travers d'un attendu de principe très général, elle permettra un début d'unification que la loi du 3 janvier 2008 imposera.

¹⁰¹⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 16 mars 2004, n°99-17955, Bull. I, n°91, p. 73, Cofica contre M. X, LPA, 30 juin 2004, p. 12, n°130, commentaire Véronique TELLIER : « *L'office du juge en matière de crédit à la consommation : la Cour de cassation récidive.* »

¹⁰²⁰ CJCE, 4 octobre 2007, Époux Rampion/Franfinance SA, aff. C-429/05, Gaz. Pal. n°346, 12 décembre 2007, p. 11 s., note G. POISSONNIER et J.-P. TRICOIT ; CCC 2007, n°12, p. 31 s. ; Europe 2007, n°12, p. 32 s, note A. RIGAUX.

¹⁰²¹ CJCE, 26 octobre 2006, Mostaza Claro, aff. C-168/05.

§ 2 - L'arrêt d'Assemblée plénière du 21 décembre 2007 et la loi du 3 janvier 2008 : la fin des incertitudes ?

L'arrêt d'Assemblée plénière du 21 décembre 2007¹⁰²² fut l'écrin de cette évolution (A), précédant de quelques jours l'adoption de la loi n°2008-3 du 3 janvier 2008¹⁰²³ (B).

A – L'arrêt d'Assemblée plénière du 21 décembre 2007 : le tournant décisif

554. Cet arrêt d'Assemblée plénière n'était pas relatif à un contrat de crédit à la consommation mais présentait un grand intérêt parce qu'il consacrait de manière large la faculté pour le juge du fond de relever d'office une règle de droit n'ayant pas été invoquée par les parties. Les faits étaient les suivants : une personne avait acheté une automobile. Une panne était survenue peu de temps après. L'acquéreur avait alors intenté une action sur le fondement des vices cachés. Les juges du fond rejetèrent sa demande. Il se pourvut en cassation et reprocha aux juges d'appel de ne pas avoir relevé d'office un autre moyen de droit plus pertinent. La Première Chambre civile demanda le renvoi devant l'Assemblée plénière. La question posée à la Cour était bien celle de savoir si le juge du fond pouvait ou même devait relever d'office un moyen de droit ignoré des parties. La Cour répondit que le juge du fond « n'a pas l'obligation, sauf règles particulières, de changer la dénomination ou le fondement juridique » des demandes. *A contrario*, l'on pouvait en déduire que le juge du fond avait la faculté de relever d'office un moyen de droit. La généralité de l'attendu permettait de le transposer au crédit à la consommation. L'Assemblée plénière mit ainsi un terme au débat qui divisait les chambres de la Cour¹⁰²⁴. Peu de jours après, la loi du 3 janvier 2008 fut adoptée.

¹⁰²² Cass. Ass. plén., 21 décembre 2007, n°06-11343, Bull. Ass. plén. n°10.

¹⁰²³ Loi n°2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs, JO du 4 janvier 2008.

¹⁰²⁴ BORÉ Jacques, « *Da mihi factum, dabo tibi jus – Une philosophie du procès toujours d'actualité ?* », JCP G 2009, n°41, p. 319.

B – La loi du 3 janvier 2008 : la fin des incertitudes ?

555. L'article L141-4¹⁰²⁵ du Code de la consommation, issu de la loi du 3 janvier 2008¹⁰²⁶, permit enfin au juge de relever d'office toutes les dispositions du Code de la consommation. Comme nous l'avons souligné, la simplicité du recours au juge d'instance, sans ministère d'avocat obligatoire, s'était retournée contre les consommateurs. Assignés en paiement dans l'immense majorité des procédures, ils se trouvaient bien démunis face à la densité de la législation consumériste. « Dans ce contexte, le domaine en apparence strict de la faculté ou de l'obligation du juge de relever d'office les moyens de droit s'était révélé comme une entrave à l'effectivité du droit de la consommation. », comme le souligne Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD¹⁰²⁷. Cette situation avait d'ailleurs « conduit le Médiateur de la République à attirer l'attention des sénateurs sur les déséquilibres existant entre les consommateurs et les professionnels dans les conflits qui les opposent. »¹⁰²⁸ Un amendement, rejeté par l'Assemblée nationale mais adopté au Sénat, est à l'origine de l'article L141-4¹⁰²⁹. Ce texte, d'application immédiate¹⁰³⁰, évoque « le » juge, sans plus de précisions, aussi tous les juges sont-ils visés, le juge d'instance au premier chef mais aussi le juge de l'exécution, qui intervient en matière de surendettement, le juge pénal, le juge de proximité, le juge du premier degré comme le juge d'appel. Quant aux dispositions susceptibles d'être relevées d'office, il s'agit de

¹⁰²⁵ Article L141-4 du Code de la consommation, dans sa rédaction issue de la loi n°2008-3 du 3 janvier 2008 : « Le juge peut soulever d'office toutes les dispositions du présent Code dans les litiges nés de son application. » Il résulte d'un amendement sénatorial. V. Rapport n°111 de la session ordinaire de 2007-2008 du 5 décembre 2007 fait au nom de la commission des affaires économiques sur le projet de loi pour le développement de la concurrence au service des consommateurs par le sénateur Gérard CORNU.

¹⁰²⁶ Loi n°2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs.

¹⁰²⁷ SAUPHANOR-BROUILLAUD Natacha, POILLOT Élise, AUBERT de VINCELLES Carole, BRUNAUX Geoffroy, sous la direction de Jacques GHESTIN, « *Les contrats de consommation, règles communes* », Traité de droit civil, LGDJ, 2013, p. 970.

¹⁰²⁸ Ibid., p. 969.

¹⁰²⁹ Amendement présenté par les députés Jean DINOIS du SÈJOUR et André CHASSAIGNE, rejeté, puis présenté de nouveau par le sénateur Gérard CORNU devant la Commission des affaires économiques du Sénat et adopté, dossier législatif disponible sur le site www.senat.fr

¹⁰³⁰ Il n'a pas besoin de textes d'application : V. CA Paris, 6 mars 2008, CCC 2008, n°249, obs. Guy RAYMOND.

« toutes les dispositions du présent code », selon l'article L141-4. L'intégralité de la législation relative au crédit à la consommation est donc visée. L'esprit de cette loi du 3 janvier 2008 est d'offrir au droit de la consommation une effectivité renforcée et au consommateur, une protection efficace. Gérard CORNU, rapporteur au Sénat de ce texte, l'estimait « indispensable à l'effectivité de la protection des consommateurs »¹⁰³¹. Ce texte concourt aussi à assainir le marché du crédit. Au sein de l'Union européenne, seul le droit français connaît une règle aussi générale¹⁰³². Toutefois, la question des sanctions reste posée. Le juge peut relever d'office une irrégularité, mais peut-il « prendre une sanction que le consommateur n'a même pas demandé »¹⁰³³, comme la déchéance du droit aux intérêts ? Un arrêt, rendu un an après l'adoption de la loi¹⁰³⁴, permet à la Première Chambre civile de clarifier ce point.

556. Le 22 janvier 2009, effectuant le revirement de jurisprudence attendu fiévreusement par une partie des juges du fond et de la doctrine, la Première Chambre civile affirme : « Attendu que la méconnaissance des dispositions d'ordre public du Code de la consommation peut être relevée d'office par le juge (...) ». Il s'agit bien d'un revirement car l'article L141-4 du Code de la consommation, issu de la loi du 3 janvier 2008, n'était pas applicable au litige. Le litige opposait une emprunteuse, défaillante, à un professionnel du crédit. La banque demandait la condamnation de l'emprunteuse à lui payer le solde d'un prêt personnel et le solde d'un compte bancaire débiteur. Le prêt personnel, souscrit le 20 avril 1999, devait être remboursé par prélèvements sur un compte courant, lequel s'était trouvé à découvert. L'emprunteuse ne comparut pas à l'audience, ne proposa aucun moyen de défense. Mais le Tribunal d'instance de Saint-Marcellin, saisi par la banque, découvrit à l'examen des pièces fournies par la banque que

¹⁰³¹ CORNU Gérard, « *Rapport de la Commission des affaires économiques du Sénat sur le projet de loi pour le développement de la concurrence au service des consommateurs* », 5 décembre 2007, n°111, p. 103.

¹⁰³² SAUPHANOR-BROUILLAUD Natacha, POILLOT Élise, AUBERT de VINCELLES Carole, BRUNAUX Geoffroy, sous la direction de Jacques GHESTIN, « *Les contrats de consommation, règles communes* », *Traité de droit civil*, LGDJ, 2013, p. 970.

¹⁰³³ LAGARDE Xavier, « *Le juge peut relever d'office la méconnaissance des dispositions d'ordre public du Code de la consommation* », *JCP G* 2009, II, 10037.

¹⁰³⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 22 janvier 2009, n°05-20176, Bull. I, n°9, LAGARDE Xavier, « *Le juge peut relever d'office la méconnaissance des dispositions d'ordre public du Code de la consommation* », *JCP G* 2009, II, 10037.

le compte avait fonctionné en position débitrice pendant plus de trois mois sans que la banque ne propose à l'emprunteuse une offre de crédit conforme aux dispositions de l'article L311-1 et suivants du Code de la consommation¹⁰³⁵. Le juge d'instance releva d'office la violation des dispositions d'ordre public de l'article L311-2, condamna l'emprunteuse au remboursement du solde du prêt personnel ainsi qu'au remboursement du solde débiteur du compte mais rejeta la demande d'intérêts sur ce compte. Le juge utilisa, pour ce compte resté trop longtemps à découvert sans production d'une offre régulière, la sanction de la déchéance du droit aux intérêts. La banque forma un pourvoi en cassation. La Cour sanctionna le relevé d'office en reprenant la formule qu'elle utilisait classiquement depuis l'arrêt Grine : « La méconnaissance des exigences des textes susvisés, même d'ordre public, ne peut être opposée qu'à la demande de la personne que ces dispositions ont pour objet de protéger. » L'affaire fut renvoyée devant le Tribunal d'instance de Grenoble qui rejoignit la fronde et releva de nouveau le maintien du découvert au-delà de trois mois sans présentation d'une offre préalable. La banque forma alors un second pourvoi en cassation, contestant le bien fondé du relevé d'office. L'arrêt rendu par la Première Chambre civile le 22 janvier 2009 sert alors d'écrin au revirement tant attendu par une partie de la doctrine et des juges du fond. Il valide le relevé d'office opéré par le juge d'instance et la possibilité pour le juge d'infliger la déchéance du droit aux intérêts : « (...) la méconnaissance des dispositions d'ordre public du Code de la consommation peut être relevée d'office par le juge ; que le Tribunal retient que le compte de Mme Betton ayant fonctionné en position débitrice plus de trois mois sans qu'une offre de crédit conforme aux dispositions des articles L311-1 et suivants du Code de la consommation lui ait été proposée, de sorte que les dispositions de l'article L311-2 du même code n'ont pas été respectées, la banque est déchue de son droit aux intérêts (...) ».

¹⁰³⁵ Un découvert en compte qui se prolonge au-delà de trois mois cesse d'être une facilité de caisse et devient une ouverture de crédit, soumise aux dispositifs de la loi SCRIVENER : Cass., avis, n°04-92 du 9 octobre 1992.

557. Cette position de la Première Chambre civile a néanmoins essuyé des critiques. Selon Xavier LAGARDE : « Cette jurisprudence des bons sentiments inspire malgré tout une opinion nuancée. »¹⁰³⁶

Conclusion de section

558. Les Tribunaux d'instance se sont opposés à la Première Chambre civile en relevant d'office dans leurs jugements les dispositions de la législation spéciale et en sollicitant le concours de la CJCE, par le biais de questions préjudicielles. La doctrine restait quant à elle partagée sur cette question. La constance des juges du fond et les réponses obtenues de la CJCE vont déterminer le législateur à intervenir. La loi du 3 janvier 2008 permet enfin au juge de relever d'office toutes les dispositions du code de la consommation. L'effectivité du droit de la consommation y gagna sans conteste.

Conclusion de chapitre

559. Les textes encadrant le crédit à la consommation sont d'une grande opacité pour le consommateur. Devant le Tribunal d'instance, la représentation n'est pas obligatoire, l'article 827 du Code de procédure civile prévoyant que : « Les parties se défendent elles-mêmes. Elles ont la faculté de se faire assister ou représenter. » Au premier regard, cette disposition peut ressembler à une faveur, un gage de simplicité, d'économie, voire même de célérité. En regardant de plus près, un risque apparaît, celui de mal se défendre. Le consommateur emprunteur est rarement un spécialiste du droit de la consommation, qui est un droit complexe. S'il ne s'attache pas les conseils d'un avocat, il risque de ne présenter qu'une défense sans réelle effectivité, ou même ne présenter aucune défense. Comme la langue d'Ésope, la représentation facultative est la meilleure et la pire des choses. La meilleure lorsqu'elle rend le juge accessible sans grandes formalités et à moindre coût au consommateur. Mais aussi la pire lorsque le prêteur, en demande le plus souvent, est représenté par un avocat spécialisé, rompu aux subtilités du droit de la consommation et le consommateur, en défense, est seul et totalement ignorant de ses droits. Si le consommateur bénéficie de l'aide juridictionnelle et se fait représenter, l'aide

¹⁰³⁶ LAGARDE Xavier, « *Le juge peut relever d'office la méconnaissance des dispositions d'ordre public du Code de la consommation* », JCP G 2009, II, 10037.

est forfaitaire, elle ne permet pas de dédommager le temps de recherches de l'avocat qui risque alors de passer à côté des subtilités de la matière. Le juge est, dans ces conditions, le seul à même de faire vivre cette législation en lui donnant une réelle effectivité, quel que soit le talent des parties ou la finesse de leur conseil. Le relevé d'office des moyens de droit vient alors restaurer l'égalité des armes entre les parties. L'attitude de la Première Chambre civile a été ambiguë sur cette question. Si elle n'a pas manifesté d'hostilité de principe au relevé d'office de dispositions du droit commun, elle s'est au contraire montrée très fermée quant au relevé d'office du droit spécial. De l'arrêt Grine jusqu'à loi de 2008, les juges du fonds n'ont pas été autorisés à relever d'office les dispositions du droit spécial. Censées plus protectrices du consommateur, ces dispositions se sont en fait retournées contre lui. Les réticences de la Cour de cassation envers le relevé d'office de la législation consumériste permettaient aux établissements financiers d'être finalement peu affectés par les sanctions, qui, bien que sévères, restaient dérisoires au regard du nombre de contrats souscrits. Se développaient alors des pratiques contractuelles *contra legem*. L'article L141-4, issu de la loi du 3 janvier 2008¹⁰³⁷ tend, en autorisant le juge à relever d'office toutes les dispositions contenues dans le Code de la consommation, à dissuader ces pratiques. Il laisse planer une menace plus réelle. Signalons en outre que ce texte a été modifié par la loi dite HAMON du 17 mars 2014¹⁰³⁸. Il *impose* désormais au juge – conformément à la jurisprudence de la CJUE – d'écarter d'office les clauses abusives. Pour les autres violations de la législation relative au crédit à la consommation, la règle de la simple faculté demeure : le juge peut relever d'office ces violations, mais il n'a pas l'obligation de le faire. Le consommateur reste alors à la merci des compétences du juge en matière de crédit à la consommation mais aussi du poids de ses journées de travail. Le juge est exempté de « tout reproche d'incuriosité »¹⁰³⁹. Il ne sera pas sanctionné s'il ne relève pas le moyen de droit qui aurait permis d'offrir la meilleure solution au litige. Seul l'avocat est susceptible de voir sa responsabilité engagée. L'article 34 de la loi du 3 janvier 2008 semble donc créer une inégalité des chances entre les parties. Ghislain

¹⁰³⁷ Loi n°2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs.

¹⁰³⁸ Loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, dite loi HAMON.

¹⁰³⁹ L'expression est de Jacques NORMAND, RTD civ. 1996, n°3, p. 689.

POISSONNIER, magistrat, relativise pourtant ce risque. Selon lui, dans le quotidien des Tribunaux d'instance, le relevé d'office est perçu par le juge comme une obligation professionnelle¹⁰⁴⁰. En premier lieu, parce que le consommateur a, aux yeux du juge, droit à cette protection. En second lieu parce que le juge, tout en protégeant le consommateur emprunteur, concourt à la régulation et à la moralisation du marché. Ensuite, parce que la mission générale du juge est d'appliquer la loi et de refuser la validation d'un contrat irrégulier. Enfin, parce qu'en vertu de l'article 12 du CPC, tout justiciable a droit à ce que son litige soit jugé conformément aux règles qui lui sont applicables. Le Professeur Loïc CADIET justifie de son côté l'usage du relevé d'office par ces mots : « Le juge doit relever d'office les moyens de droit qui lui paraissent applicables au litige (...) cette obligation est imposée par la nature même de l'office du juge. »¹⁰⁴¹ La loi du 3 janvier 2008 ne serait-elle finalement qu'une reprise de la substance des principes directeurs du procès civil et notamment de l'article 12 alinéa 1^{er} du Code de procédure civile ? C'est ce que suggère Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD : « Finalement, cette affirmation d'une faculté spéciale en droit de la consommation témoignerait d'une mauvaise appréciation du droit de la procédure civile par le législateur, sans doute induit en erreur par la position longtemps tenue par la Cour de cassation en matière de crédit à la consommation et donnant une interprétation sinon erronée, du moins extrêmement contestable, du Code de procédure civile. » Mais la Première Chambre civile aurait-elle abandonné sa position sans cette intrusion législative ? Il reste à regretter que, quitte à intervenir, le législateur ne se soit pas montré plus hardi en franchissant le cap d'une obligation pour le juge de relever d'office les dispositions du Code de la consommation.

Conclusion de titre

560. Que ce soit au sujet du délai de deux ans ou au sujet du relevé d'office, la Première Chambre civile a adopté des positions tranchées, peu protectrices du consommateur-emprunteur et controversées. Dans le cas du délai biennal, la loi présentait des failles. Elle posait un délai dérogatoire au droit commun, présenté comme protecteur

¹⁰⁴⁰ POISSONNIER Ghislain, « *Mode d'emploi du relevé d'office en droit de la consommation* », CCC n°5, mai 2009, étude 5.

¹⁰⁴¹ CADIET Loïc, « *Droit judiciaire privé* », Litec 1998, 2^{ème} éd., n°1133, p. 487.

des intérêts de l'emprunteur, sans toutefois préciser ni son champ d'application ni son point de départ. La Première Chambre civile fut donc logiquement contrainte d'interpréter les silences de la loi. Elle fit le choix de soumettre l'emprunteur et sa caution au délai. Cette position leur était très défavorable. Elle choisit aussi, souvent, des points de départ du délai qui les pénalisaient. Ce qui était censé être une protection de l'emprunteur se retourna *in fine* contre lui. La Première Chambre civile sembla prendre le droit spécial au piège de ses faiblesses et envoyer un message au législateur, l'incitant à adopter des textes moins lacunaires. Dans le cas du relevé d'office en revanche, aucune faiblesse du texte n'était à déplorer. La Première Chambre civile adossa son rejet frontal du relevé d'office à une lecture contestable des principes directeurs du procès civil. Dans les deux cas, la résistance des juges du fond fut déterminante. Et dans les deux cas, une loi vint mettre un terme à la position jurisprudentielle controversée. En matière de relevé d'office, les Tribunaux d'instance avait aussi sollicité la CJCE qui, par ses réponses, avait légitimé leur position.

Conclusion de partie

561. Cette seconde partie était dédiée à la réception par la Première Chambre civile de la législation sur le crédit à la consommation, après la rencontre des volontés. Il a été question du délai de repentir, du délai d'action et de la faculté pour le juge de relever d'office les dispositions de la législation spéciale. Là encore, il a été question de lacunes, comblées de manière plus ou moins heureuse, plus ou moins constante, par la Première Chambre civile. Le délai de repentir imaginé par le législateur spécial comportait des failles. La plus criante était la possibilité de livraison anticipée. Sur ce point, la Première Chambre civile a joué un rôle de garde-fou intéressant. Sur les autres points, elle a adopté des solutions contrastées, sans cohésion apparente. Elle a semblé contrainte de bousculer les principes - aussi bien ceux du droit commun que ceux du droit spécial - pour parvenir à faire vivre ce droit de repentir. Par deux fois, elle est allée au-delà de ce que demandait le texte spécial, adoptant une position radicalement contraire aux intérêts de l'emprunteur. Et par deux fois, elle a fait face à une fronde des juges du fond, lesquels ont posé des questions préjudicielles à la CJCE, débouchant sur une modification de la loi. La Première Chambre civile a aussi choisi de soumettre l'emprunteur et sa caution au délai biennal, position qui s'est révélée contraire à l'esprit de la législation spéciale. Le texte ne précisait

pas qui était soumis au délai. Il posait toutefois un délai d'exception, ce qui pouvait laisser présager une interprétation stricte. Le texte n'ayant pas non plus précisé le point de départ du délai, la Première Chambre civile a été amenée à trouver des solutions. Elle a fait le choix de points de départ différents selon la situation et la partie concernée, offrant des solutions contrastées, certaines se révélant extrêmement défavorables à l'emprunteur. Là encore, la résistance des juges du fond a stimulé une réponse du législateur, qui a fait sortir du champ du délai biennal l'emprunteur et sa caution. La Première Chambre civile, alors même qu'elle s'était arquee-boutée sur ses solutions, a alors et de manière étonnante anticipé l'application du texte nouveau. La Première Chambre civile a aussi dénié avec vigueur aux juges du fond la possibilité de relever d'office les dispositions sur le crédit à la consommation, faisant une distinction qui ne convainc pas entre ordre public de protection et ordre public de direction. Cette position, contraire à l'esprit du texte consumériste, contraire à l'effectivité du droit de la consommation, a suscité une fronde des juges du fond, des questions préjudicielles, une réponse de la CJCE et enfin une loi. Mais ici, aucune faiblesse du texte spécial n'était à déplorer. L'attitude de la Première Chambre civile ne prenait sa source que dans sa lecture propre des principes directeurs du procès civil.

CONCLUSION GENERALE

562. La législation sur le crédit à la consommation, née en France de la loi SCRIVENER I du 10 janvier 1978, souvent modifiée depuis, est une législation jeune, très dense, qui se veut hautement protectrice du consommateur-emprunteur. Elle est aussi tiraillée entre des intérêts contradictoires, sujette aux pressions, sensible politiquement. Elle présente des failles, des faiblesses rédactionnelles ou de fond, une instabilité chronique. Nous avons souhaité vérifier si elle était réellement un secours efficace pour le consommateur-emprunteur, à travers sa réception par la Première Chambre civile. Nous souhaitons connaître les réactions de la Première Chambre civile, confrontée aux défauts de cette législation spéciale. Nous souhaitons savoir si elle était déroutée, hésitante, si le droit commun lui était d'un quelconque secours et, au fond, à quoi ressemblait ce haut degré de protection revendiqué par le texte spécial une fois passé dans le « laboratoire » de la Première Chambre civile. Cette législation étant de plus en plus teintée de droit européen, nous souhaitons aussi connaître les éclairages apportés par la CJUE.

563. Il ressort de cette recherche plusieurs constats. Le premier constat, c'est que la Première Chambre civile a des difficultés à appréhender ces textes spéciaux lorsqu'ils sont lacunaires, imprécis, maladroitement rédigés. Il a souvent été reproché à la Première Chambre civile, dans ce travail, d'avoir pris telle ou telle position défavorable à l'emprunteur ou à sa caution. Mais il a aussi souvent été souligné que ces difficultés d'application étaient nées d'une faille du droit spécial. L'inconfort que la Première Chambre civile semblait manifester en présence du droit spécial était alors dû à ces imperfections. Le second constat, c'est que la Première Chambre civile prend parfois des décisions hostiles aux intérêts du consommateur, sans qu'aucune faille de la législation spéciale ne soit pourtant à déplorer. Ce sont là, il faut en convenir, les décisions les plus déroutantes, les plus dérangeantes. Un seul exemple suffit à illustrer ce propos : l'exigence *ultra legem* d'une stipulation expresse de professionnalité du prêt, dont la liste des conséquences dommageables a été dressée. Rien n'exigeait cette position adoptée par la Première Chambre civile. Et rien ne semble l'expliquer. Le troisième constat, c'est que le droit spécial a tendance à être rigide, sans nuance, à laisser une grande place au formalisme, à être un peu « désincarné ». Jusqu'à la récente réforme de 2010, l'offre

préalable n'était-elle pas censée, à elle seule, informer correctement l'emprunteur ? La Première Chambre civile a tenté d'assouplir le droit spécial en recourant à un droit qu'elle connaît bien, un droit ancien, éprouvé : le droit commun. En s'appuyant notamment sur la notion de bonne foi, en l'étendant avec audace à la phase précontractuelle, elle est parvenue à imposer, y compris au prêteur, une obligation de mise en garde à l'égard de l'emprunteur. Cette obligation est intéressante parce qu'elle suscite un rôle plus actif du prêteur, plus d'échanges entre les parties. Le quatrième constat, c'est que le droit spécial recèle des dangers pour le consommateur. Le propos peut paraître outré. Pourtant il se justifie. Le danger vient précisément du fait que le droit spécial se revendique comme protecteur de l'emprunteur. Parce que l'emprunteur se sent protégé, il peut être encore plus vulnérable. Au moment de la transposition de la directive de 2008, par exemple, le consommateur n'a cessé d'entendre, de lire, que le délai de rétractation était étendu à 14 jours. Cela lui a été présenté comme une protection encore plus grande pour lui. Pourtant, cette avancée - c'en est bien une - cache aussi un recul, beaucoup moins médiatisé : la possibilité de livraison anticipée réduit désormais à 3 jours le délai de rétractation, quel que soit le jour de la livraison. La Première Chambre civile fait tout son possible, en sanctuarisant la faculté de rétractation, en la facilitant, en se montrant très scrupuleuse vis-à-vis du respect de la mention manuscrite, pour contenir ce mécanisme de livraison anticipée. Mais elle ne peut pas aller au-delà. Le danger demeure, d'autant plus que le seuil du crédit à la consommation est aujourd'hui de 75.000 euros. Le cinquième constat, c'est qu'il existe des mouvements de balanciers entre les différentes sources du droit, entre les différents acteurs du droit. Ils ont été soulignés tout au long de ce travail. Les sources nationales et européennes s'influencent, la jurisprudence et le législateur s'influencent, le droit commun et le droit spécial s'influencent. Ces ajustements, ces balancements, prennent du temps, parfois des années, mais ils sont le signe d'un droit, certes imparfait, mais vivant, qui respire, qui évolue. Le sixième et dernier constat, c'est que les Tribunaux d'instance font un travail remarquable en résistant avec vigueur aux positions les plus dommageables de la Première Chambre civile et en n'hésitant pas à solliciter, par voie de questions préjudicielles, la CJUE. À plusieurs reprises au cours de ce travail, ont pu être soulignées les avancées réalisées - modifications législatives - grâce aux juges du fond et à la CJUE. Ainsi, le combat pour le relevé d'office des dispositions spéciales force-t-il l'admiration. Le relevé d'office d'une règle de droit, selon nous, ne « favorisait » pas le

consommateur-emprunteur. Il permettait à une disposition - faisant partie de l'ordre juridique - d'avoir l'utilité sociale qui était attendue d'elle. Le relevé d'office ne sert pas le consommateur, il sert avant tout la cohérence du système juridique.

564. Pour répondre à la question que ce travail posait en introduction, il semble possible de soutenir que non, aujourd'hui, le droit spécial du crédit à la consommation n'est pas, en tant que tel, suffisant pour protéger le consommateur-emprunteur. Il n'est pas inutile, très loin s'en faut, mais il n'est pas suffisant. Le droit de la consommation n'est pas, en France, une branche du droit autonome. Il est fils du droit commun des contrats. Les pages qui précèdent démontrent que le droit commun reste un outil précieux, malléable, susceptible d'en combler certaines lacunes, d'en assouplir la raideur. La réforme née de la transposition de la directive de 2008, si elle n'a pas modifié en profondeur cette législation sur le crédit à la consommation, en a amélioré néanmoins certains aspects, notamment en matière d'information. La Première Chambre civile n'ayant pas encore eu à se prononcer sur son application, il reste à attendre ses premières décisions.

565. Enfin, il n'est pas interdit de formuler des vœux. Le vœu que le législateur revienne sur l'actuelle définition du consommateur, qu'il admette dans le champ de la législation consumériste les personnes morales de droit privé, qu'il offre aux juges du fond la liberté de déterminer, au cas par cas, et sous le contrôle de la Cour de cassation, qui peut revêtir l'habit de consommateur parmi les associations, syndicats, comités d'entreprise, fédérations sportives, etc. Le vœu que le législateur instaure un authentique délai de réflexion. Le vœu qu'il abandonne la possibilité de livraison anticipée, hormis quelques cas d'achats peu onéreux et indispensables au quotidien d'un foyer. Le vœu qu'il prenne en compte le statut du conjoint co-emprunteur. Enfin, le vœu qu'il place davantage au cœur de ses préoccupations l'humain et l'éducation.

566. Cela fait beaucoup de vœux, mais comme disait Oscar Wilde : « Il faut toujours viser la lune, car même en cas d'échec, on atterrit dans les étoiles ».

BIBLIOGRAPHIE

I – OUVRAGES

• **DICTIONNAIRES GÉNÉRAUX**

Dictionnaire juridique Dahl, 3^{ème} éd., 2007, Dalloz
Larousse 2014
Littré

• **ENCYCLOPÉDIES**

Dictionnaire permanent Dalloz
JCL Banque – Crédit – Bourse
JCL Civil Code
JCL Concurrence – Consommation

• **OUVRAGES GÉNÉRAUX**

BIHL Luc, « *Une histoire du mouvement consommateur, mille ans de luttes* », Aubier, 1984.
CARRÈRE Emmanuel, « *D'autres vies que la mienne* », 2009, Éd. P. O. L.
FOUILLÉE Alfred, « *La science sociale contemporaine* », 2^{ème} éd., 1885, Paris, Hachette et Cie.
GALBRAITH John Kenneth, « *L'ère de l'opulence* », 1958.
HOMÈRE, « *L'Odyssée* », XII, 31-72.
Le grand Larousse illustré 2014.
MARCUSE Herbert, « *L'homme unidimensionnel* », 1968.
PACKARD Vance, « *La persuasion clandestine* », 1958.
PLATON, « *Charmide* », 164 a, trad. É. Chambry, Garnier-Flammarion, 1967.
de ROMILLY Jacqueline, « *Pourquoi la Grèce ?* », Le livre de poche, 1994.

• **OUVRAGES JURIDIQUES**

ANCEL Pascal, « *Droit des sûretés* », Lexis Nexis, 7^e édition, 2014.
AYNÈS Laurent, MALAURIE Philippe, STOFFEL-MUNCK Philippe, « *Les obligations* », LGDJ, 6^{ème} éd., 2013.
AYNÈS Laurent et MALAURIE Philippe, « *Les sûretés* », LGDJ, 7^{ème} éd., 2013.

BAUDRY-LACANTINERIE Gabriel et TISSIER Albert, « *Traité théorique et pratique de droit civil, De la prescription* », n°29.

BAZIN-BEUST Delphine, « *Droit de la consommation* », Gualino, 2014-2015.

BIARDEAUD Gérard et FLORÈS Philippe, « *Crédit à la consommation, Protection du consommateur* », Delmas, 2012.

BIARDEAU Gérard et FLORÈS Philippe, « *Le contentieux du droit de la consommation* », éd. ENM, vol. 1, 2005.

CADIET Loïc, « *Droit judiciaire privé* », Litec, 2^{ème} éd, 1998.

CALAIS-AULOY Jean et TEMPLE Henri, « *Droit de la consommation* », Dalloz, 9^{ème} éd., 2015.

CARBONNIER Jean, « *Les obligations* », PUF, 2000.

CHEVREAU Emmanuelle, MAUSEN Yves, BOUGLÉ Claire, « *Introduction historique au droit des obligations* », Litec, 2007.

CORNU Gérard, « *Vocabulaire juridique* », PUF, 2013.

CROZE Hervé, MOREL Christian et FRADIN Olivier, « *Procédure civile* », Litec, 4^{ème} édition, 2008.

DEROUSSIN David, « *Histoire du droit des obligations* », Economica, 2007.

DOMAT Jean, « *Les lois civiles dans leur ordre naturel* », seconde éd., 1697.

DORANDEU Nicolas et *alii*, « *Droit de la consommation* », Ellipses, 2008.

DUNOD de CHARNAGE, « *Traité des prescriptions* », édité en 1734.

FABRE-MAGNAN Muriel, « *De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie* », Thèse, LGDJ, 1992.

FENET Pierre-Antoine (1799-1876), « *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil* », t. 1, 1836.

FENET P.A., « *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil* », t. 2, Paris, Projet De la Commission du Gouvernement, Présenté le 24 thermidor an VIII.

GAVALDA Christian et STOUFFLET Jean, « *Droit bancaire* », Litec, 6^{ème} édition, 2006.

GÉNY François, « *Science et technique en droit privé positif* », III, n°206, p. 121, 2^{ème} tirage, 1925.

GHESTIN Jacques, « *Traité de droit civil, les obligations, le contrat : formation* », LGDJ, 1988.

- GHESTIN Jacques et al., « *Traité de droit civil* », t. 1, « *La formation du contrat* », 4^{ème} édition, 2013.
- GRYNBAUM Luc et NICOD Marc (sous la dir. de), « *Le solidarisme contractuel, mythe ou réalité ?* », Economica, 2004.
- HUC Théophile, « *Commentaire théorique et pratique du code civil* », t. 14, 1902.
- von IHERING Rudolf, « *De la faute « in contrahendo » ou des dommages-intérêts dans les conventions nulles ou restées imparfaites* », traduction O. de Meulenaere, Œuvres choisies, t. II, Paris, 1893.
- von IHERING Rudolf, « *L'esprit du droit romain* », traduction O. de Meulenaere, Maresq, t. III, 3^{ème} éd., 1887.
- JAMIN Christophe et MAZEAUD Denis (sous la dir. de), « *La nouvelle crise du contrat* », Dalloz, 2012.
- JULIEN Jérôme, « *Droit de la consommation et du surendettement* », Lextenso, 2009.
- MALAURIE Philippe, AYNÈS Laurent, « *Les obligations* », Lextenso, 6^{ème} édition, 2013.
- PICOD Yves et DAVO Hélène, « *Droit de la consommation* », Dalloz-Sirey, 2^{ème} éd., 2010.
- PICOD Yves, « *Droit de la consommation* », Dalloz-Sirey, 3^{ème} éd., 2015.
- PIÉDELIÈVRE Stéphane, « *Droit de la consommation* », Economica, 2^{ème} éd., 2014.
- PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, « *Traité pratique de droit civil français* », t. VII, « *Obligations deuxième partie* », 2^{ème} édition.
- Œuvres de POTHIER annotées et mises en corrélation avec le code civil et la législation actuelle, par M. BUGNET, t. 2, Paris, 1848.
- POTHIER Robert Joseph, « *Traité du contrat de vente, selon les règles tant du for de la conscience, que du for extérieur* », t. premier, Paris, Orléans, 1772.
- POTHIER Robert Joseph, « *Traité des obligations, selon les règles tant du for de la conscience, que du for extérieur* », Nouvelle édition revue, corrigée et considérablement augmentée par l'auteur, t. premier, Paris, Orléans, 1764.
- RAYMOND Guy, « *Droit de la consommation* », Litec, 2008.
- ROLAND Henri, « *Lexique juridique et expressions latines* », Litec, 3^{ème} éd., 2004.
- SAUPHANOR-BROUILLAUD Natacha, POILLOT Élise, AUBERT de VINCELLES Carole, BRUNAUX Geoffray, sous la direction de Jacques

GHESTIN, « *Les contrats de consommation, règles communes* », Traité de droit civil, LGDJ, 2013.

RAYMOND Guy, « *Droit de la consommation* », Litec, 2008.

RAYMOND Guy, « *Droit de la consommation* », Lexis Nexis, 3^{ème} éd., 2015.

RIEG Alfred, « *La « punctuation », contribution à l'étude de la formation successive du contrat* », in Études offertes à Alfred Jauffret, Aix-Marseille, 1974, p. 593.

ROLAND Henri, « *Lexique juridique des expressions latines* », Lexis Nexis, 6^{ème} éd., 2004.

STOUFFLET Jean et GAVALDA Christian, « *Droit bancaire* », Lexis Nexis, 9^{ème} éd., 2015.

VERGÈS Étienne, « *Procédure civile* », PUG, 2007, p. 35.

VEZIAN Jack, « *La responsabilité du banquier en droit privé français* », Litec, 3^{ème} éd., 1983.

II – THÈSES, RAPPORTS

• THÈSES

ABOU NADER Wassim, « *L'obligation de mise en garde du banquier dispensateur de crédit* », Thèse, Université Panthéon-Assas, 2009.

ALLIEZ Camille, « *L'office du juge en matière de crédit à la consommation* », Thèse, Université de Montpellier I, 2008.

AMRANI-MEKKI Soraya, « *Le temps et le procès civil* », Thèse, Dalloz, 2002.

BERLIOZ Georges, « *Le contrat d'adhésion* », Thèse, LGDJ, 1976.

CHABAS Cécile, « *L'inexécution licite du contrat* », Thèse, LGDJ, 2002.

CHARDIN Nicole, « *Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté* », Thèse, LGDJ, 1988.

DELICOSTOPOULOS Ioannis S., « *Le procès civil à l'épreuve du droit processuel européen* », Thèse, LGDJ, 2003.

EUDIER Frédérique, « *Ordre public substantiel et office du juge* », Thèse, Rouen, 1994.

FABRE-MAGNAN Muriel, « *De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie* », Thèse, LGDJ, 1992.

FIN-LANGER Laurence, « *L'équilibre contractuel* », Thèse, LGDJ, 2002.

JALUZOT Béatrice, « *La bonne foi dans les contrats. Étude comparative de droit français, allemand et japonais* », Thèse, Dalloz, 2001.

LASBORDES Victoire, « *Les contrats déséquilibrés* », Thèse, PUAM, 2000.

LUCAS de LEYSSAC Claude, « *L'obligation de renseignement dans les contrats, l'information en droit privé* », Thèse, LGDJ, 1978.

NGUYEN TIEN DIEN, « *Le formalisme en matière contractuelle dans les droits français et vietnamiens* », Thèse, 2011.

OPHELE-ROSETTO Claude, « *L'exécution anticipée d'une obligation contractuelle* », Thèse, 1993.

PAYET Marie-Stéphane, « *Droit de la concurrence et droit de la consommation* », Thèse, Dalloz, 2001.

PICOD Yves, « *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat* », Thèse, LGDJ, 1989.

POILLOT Élise, « *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats* », Thèse, LGDJ, 2006.

POMBIELH Denise, « *L'incidence du droit de consommation sur l'évolution du droit des contrats* », Thèse, Université de Pau, 2002, n°17.

ROUHETTE Georges, « *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat* », Thèse, Paris, 1965.

RZEPECKI Nathalie, « *Droit de la consommation et théorie générale du contrat* », Thèse, PUAM, 2002.

SAUPHANOR Natacha, « *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique* », Thèse, LGDJ, 2000.

SÉJEAN Michel, « *La bilatéralisation du cautionnement* », Thèse, Évry-Val d'Essonne, 2009.

TUFFERY Jeanne-Marie, « *Ébauche d'un droit de la consommation : la protection du chaland sur les marchés toulousains aux XVII^{ème} et XVIII^{ème} siècles* », Thèse, LGDJ, 1998.

GOUT Olivier, « *Le juge et l'annulation du contrat* », Thèse, PUAM, 1999.

- **RAPPORTS**

Étude d'impact de la loi n°2010-737 du 1^{er} juillet 2010 : cabinet Athling, septembre 2012, site www.banque-france.fr

CORNU Gérard, « *Rapport de la Commission des affaires économiques du Sénat sur le projet de loi pour le développement de la concurrence au service des consommateurs* », 5 décembre 2007, n°111, p. 103.

Rapport annuel de la Cour de cassation 1986.

Rapport annuel de la Cour de cassation 1999.

Rapport annuel de la Cour de cassation 2001.

Rapport annuel de la Cour de cassation 2002.

Rapport annuel de la Cour de cassation 2003.

Rapport annuel de la Cour de cassation 2004.

Rapport annuel de la Cour de cassation 2006 - Étude : La Cour de cassation et la construction juridique européenne.

Rapport annuel de la Cour de cassation 2010 - Étude : Le droit de savoir.

Rapport annuel de la Cour de cassation 2012 - Étude : La preuve.

Rapport annuel de la Cour de cassation 2013 - Étude : L'ordre public.

Rapport annuel de la Cour de cassation 2014 - Etude : Le temps.

III – ARTICLES, CHRONIQUES ET NOTES

AMLON Guy et *alii*, « *Chronique de droit de l'activité professionnelle (suite et fin)* », LPA 4 mai 2000, p. 9.

ANCEL Pascal, « *Location mobilière de longue durée sans option d'achat : opération de crédit et/ou bail de droit commun* », D. 1991, n°17, jurispr. p. 225.

ANCEL Pascal, « *Les contradictions du formalisme jurisprudentiel en matière de cautionnement* », D. 1999, n°28, p. 411.

ANCEL Pascal, « *Sur une application de l'idée de proportionnalité dans le droit des contrats allemand et autrichien* », RDC, 2003, n°1, p. 225

ARMAND-PRÉVOST Michel et RICHARD Daniel, « *Le contrat déstabilisé (de l'autonomie de la volonté au dirigisme contractuel)* », JCP 1979. I. 2952.

ATIAS Christian, « *Propos sur l'article L.341-4 du code de la consommation, l'impossibilité de se prévaloir du bénéfice d'un engagement valable* », D. 2003, p. 2620.

AUBERT Jean-Luc, « *Le formalisme, Rapport de synthèse* », Defrénois, 15 août 2000, n° 15-16, p. 931.

- AVENA-ROBARDET Valérie, « *Point de départ du délai de forclusion dans le cadre d'un crédit reconstituable : la Cour de cassation n'est pas suivie* », D. 2001, p. 1723.
- AVENA-ROBARDET Valérie, « *Le crédit revolving : un avatar du crédit classique* », D. 2003, p. 1692.
- AVENA-ROBARDET Valérie, « *Devoir de mise en garde et déloyauté de l'emprunteur* », D. 2007. AJ. 2871.
- AYNÈS Laurent, « *Formalisme et prévention* », in *Le droit du crédit au consommateur*, ouvr. coll. sous la dir. d'Ibrahim FADLALLAH, Litec, 1982, p. 63 s.
- BAILLOD Raymonde, « *Le droit de repentir* », RTD civ. 1984, p. 227.
- BARBIER Hugo, « *La preuve de la remise d'un bordereau de rétractation se préconstitue par une reconnaissance de cette remise* », RTD civ. 2013, p. 378.
- BAUDE-TEXIDOR Christine et FADLALLAH Ibrahim, « *L'office du juge en matière de crédit à la consommation : éloge de la neutralité judiciaire* », D. 2003, p. 750.
- BAZIN Éric, « *Le droit de repentir en droit de la consommation* », D. 2008, p. 3028.
- BEAUCHARD Jean, « *Remarques sur le code de la consommation* », in *Droit civil, procédure, linguistique juridique. Écrits en hommage à Gérard Cornu*, PUF, 1994, n°11.
- BERNARD de SAINT AFRIQUE Jean, « *Du devoir de conseil* », Defrénois 1995, p. 918-919.
- BERNARDEAU Ludovic : « *Le droit de rétractation du consommateur un pas de plus vers une doctrine d'ensemble – à propos de l'arrêt CJCE, 13 décembre 2001, Heininger, aff. C-481/99* », JCP 2002, n°40, I. 168.
- BIARDEAUD Gérard, « *Le compte permanent ou comment éluder la loi Scrivener* », Revue de droit bancaire et de la bourse, 1994, p. 244.
- BIARDEAUD Gérard et FLORES Philippe, « *Crédit à la consommation. Décrets du 1^{er} février 2011 et information de l'emprunteur : le compte n'y est pas !* », D. 2011, p. 688.
- BONNET David, « *Le crédit à la consommation est présumé être contracté à des fins personnelles* », JCP G 2004, n°14, II, 10050.
- BORÉ Jacques, « *Da mihi factum, dabo tibi jus – Une philosophie du procès toujours d'actualité ?* », JCP G 2009, n°41, p. 319.
- BORYSEWICZ Michel, « *Les règles protectrices du consommateur et le droit commun des contrats. Réflexions à propos de la loi n°78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et*

l'information des consommateurs de produits et de services», in Études offertes à Pierre Kayser, t. 1, 1979, p. 120-121.

BOUJEKA Augustin, « *Le délai de réflexion et le délai de rétractation* », chronique, RD bancaire et financier, n°3, 2004, dossier 100035.

BOULOC Bernard, « *La perte du droit aux intérêts par le prêteur* », in Mélanges Jean C Calais-Auloy, Dalloz, 2004, p. 81.

BOURDALLÉ Nicole et LASSERRE CAPDEVILLE Jérôme, « *Le développement jurisprudentiel de l'obligation de mise en garde du banquier* », Banque et droit 2006, n°107, p. 17 s.

BRUN P., « *Le droit de revenir sur son engagement* », in Que reste-t-il de l'intangibilité des conventions ?, Droit et patrimoine, mai 1998, n°60, p. 78.

BRUSCHI Marc, « *L'impossible oublié : pour l'application de la maxime Quae temporalia aux délais préfix* », in Le droit dans le souvenir, Liber amicorum Benoît Savelli, Aix, 1998, p. 183 s.

CALAIS-AULOY Jean, « *La loi sur le démarchage à domicile et la protection du consommateur* », D. 1972. Chron. 266.

CALAIS-AULOY Jean, « *Les sanctions en droit de la consommation* », in Mélanges Bernard Bouloc, Dalloz, décembre 2006, p. 75 à 87.

CAPITANT Henri, « *Le régime de la violation des contrats* », DH 1934, I, chron. p. 1 s.

CHAZAL Jean-Pascal, « *De la cohérence de la notion de consommateur : de l'unicité de la définition à la multiplicité des régimes* », D. 1999, p. 249.

CHRISTIANOS Vassili, « *Délai de réflexion : théorie juridique et efficacité de la protection des consommateurs* », D. 1993. p. 28 à 32.

CLARET Hélène, « *Le défi du langage (Déterminabilité d'un droit européen des contrats et pluralisme linguistique)* », in « *Les défis de l'harmonisation européenne du droit des contrats* », Université de Savoie, Lextenso, 2012, p. 46 s.

CORNU Gérard, « *La protection du consommateur et l'exécution du contrat* », Travaux Association H. Capitant, t. XXIV, 1973.

COUTURIER Gérard, « *L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve* », in Études offertes à Jacques FLOUR, 1979, Répertoire du notariat Defrénois, p. 95 s.

- COUTURIER Gérard, « *Les finalités et les sanctions du formalisme* », Defrénois, 15 août 2000, n°15-16, p. 880.
- DANIEL Julie, « *Le devoir de mise en garde du banquier* », LPA, 18 février 2008, n°35, p. 8.
- DAGORNE-LABBE Yannick, « *La détermination du caractère professionnel du crédit à la consommation* », LPA 24 juin 2004, n° 126, p. 20.
- DELEBECQUE Philippe, « *Les incidences de la loi du 31 décembre 1989 sur le cautionnement* », Dalloz, 1990, chr. p. 255, n°14.
- DESHAYES Olivier, « *L'office du juge à la recherche de sens (à propos de l'arrêt d'assemblée plénière du 21 décembre 2007)* », D. 2008, n° 16, p. 1102 s.
- DETRAZ Stéphane, « *Plaidoyer pour une analyse fonctionnelle du droit de rétractation en droit de la consommation* », CCC, mai 2004, n°25.
- DJOUDI Jamel et BOUCARD François, « *La protection de l'emprunteur profane* », D. 2008, p. 500 s.
- DORSNER-DOLIVET A. et BONNEAU Th., « *L'ordre public, les moyens d'ordre public en procédure* » : D. 1986, chron. p. 59.
- DOUCHY-OUDOT Mélina, « *Courtes prescriptions et forclusions en droit de la consommation* », mélanges Calais-Auloy, Dalloz 2004, p. 361.
- ÉRÉSÉO Nicolas et LASSERRE CAPDEVILLE Jérôme, « *Chronique de droit du crédit aux consommateurs (août 2013-juin 2014)* », LPA, 1^{er} août 2014, n°153, page 6.
- FLORES Philippe et BIARDEAUD Gérard, « *Réforme du délai de forclusion : vers une restauration du régime de protection de l'emprunteur* », D. 2002. 876.
- FLOUR Jacques, « *Quelques remarques sur l'évolution du formalisme* », in *Le droit privé au milieu du XXe siècle, Études offertes à G. RIPERT*, t. 1, 1950, n° 4, p. 96.
- FONTAINE Marcel, Rapport de synthèse, in « *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Comparaisons franco-belges* », ouvr. coll. sous la dir. de Marcel Fontaine et Jacques Ghestin, LGDJ 1996, p. 615 s.
- FORTI Valerio, « *Le fractionnement abusif du contrat de consommation* », RTD com. 2012, n°3, p. 433.
- GAVALDA Christian et STOUFFLET Jean, « *Chronique de droit bancaire* », JCP E, 1986, II, 14777, n°124.

GAVALDA Christian et STOUFFLET Jean, « Chronique de droit bancaire », JCP 1986, I, 3265.

GELBARD-LE DAUPHIN Isabelle, « *Le délai de forclusion en matière de droit de la consommation* » in Rapport annuel de la Cour de cassation, 2003, p. 235 s.

GHESTIN Jacques, « *L'utile et le juste dans les contrats* », D. 1981, chron. p. 3.

GODÉ Pierre, « Législation française et communautaire en matière de droit privé », commentaire de la loi n°78-22 du 10 janvier 1978, RTD civ. 1978, p. 437 s.

GOURIO Alain, « *Précisions sur l'obligation de mise en garde du banquier dispensateur de crédit à l'égard des emprunteurs non-avertis* », JCP G 2007, n°36, II, 10146.

GOUT Olivier, « *Une restriction contestable au pouvoir du juge de soulever d'office la nullité* », JCP G 2001, II, 10477.

GOUT Olivier, « *L'éviction du juge dans la mise en œuvre des règles* », D. 2003, p. 549.

HÉBRAUD Pierre et RAYNAUD Pierre, « *Chronique de jurisprudence* », RTD civ. 1955, p. 701 et 702.

HÉRON Jacques, commentaire de Cass. civ. 2^e, 14 févr. 1985, JCP G 1988, n°25, II, 21030.

JAMIN Christophe, « *Un droit européen des contrats ?* » in Le droit privé européen, sous la direction de Pascal de VAREILLES-SOMMIÈRES, Litec, 1995, p. 49 et s., n°12.

JAMIN Christophe, « *Plaidoyer pour un solidarisme contractuel* », in Études offertes à Jacques Ghestin, LGDJ, 2001, p. 441 s.

JEANPRETRE R., « *Le droit de repentir* », Revue droit suisse 1979, p. 33 s.

JOURDAIN Patrice, « *Le devoir de « se » renseigner* », D. 1983. Chronique 25, p. 139 s.

LAGARDE Xavier, « *Le juge peut relever d'office la méconnaissance des dispositions d'ordre public du Code de la consommation* », JCP G 2009, II, 10037.

LAGARDE Xavier, « *Office du juge et ordre public de protection* », JCP 2001, I, 312.

LAGARDE Xavier, « *Forclusion biennale et crédit à la consommation. La réforme de l'article L311-37 du code de la consommation* », JCP G 2002, n°4, I, 106.

LAGARDE Xavier, « *Forclusion biennale : à quand la fin des querelles d'interprétation ?* », D. 2003, p. 1905.

LAGARDE Xavier, « *Le juge peut relever d'office la méconnaissance des dispositions d'ordre public du Code de la consommation* », JCP G 2009, II, 10037.

LAGARDE Xavier, « *Déchéance du droit aux intérêts : une interprétation stricte à géométrie variable* », RD bancaire et financier, mars 2010, n°2, comm. 46.

LASSERRE CAPDEVILLE J., « *Que reste-t-il au XXIème siècle du devoir de non-ingérence du banquier ?* », Banque et droit 2005, n°100, p. 11 à 19.

LASSERRE CAPDEVILLE Jérôme et ÉRÉSÉO Nicolas, « *Chronique de droit du crédit aux consommateurs* », LPA, 5 novembre 2012, n°221, p. 7, obs.

LEGEAIS, « *Crédit à la consommation. Preuve de la remise du bordereau de rétractation* », RTD com. 2012, p. 832, obs.

LEGRAND Véronique, « *Consommateurs et délais de repentir : crédit à la consommation, vente à distance ou démarchage, comment s'y retrouver ?* », LPA, 1^{er} octobre 2010, n°196, p. 7.

LEIBOVICI M., « *Les comptes renouvelables éludent-ils la loi Scrivener ?* » Revue de droit bancaire, 1995, p. 50.

LEPAGE Agathe, « *Les paradoxes du formalisme informatif* », in Mélanges Calais-Auloy, 2004.

LE TOURNEAU Philippe, « *De l'allègement de l'obligation de renseignement et de conseil* », D. 1987. chronique 97, p. 101 s.

LE TOURNEAU Philippe, « *Les professionnels ont-ils du cœur ?* » D. 1990, p. 22 à 26.

LUBY Monique, « *La notion de consommateur en droit communautaire : une commodité inconstance...* », CCC janvier 2000, chronique n°1.

LUBY Monique, « *Contrats et clauses abusives* », RTD com. 2002, n°2, p. 404.

LUBY Monique, « *Trop ne vaut rien ! (ou quand la CJCE ébranle le régime juridique des clauses abusives)* » CCC janvier 2004, chron. 1.

LUCAS de LEYSSAC Claude, « *L'obligation de renseignement dans les contrats* » in « *L'information en droit privé* », Travaux de la conférence d'agrégation sous la direction de Y. Loussouarn et de P. Lagarde, LGDJ, 1978, p. 305 s.

MARGUÉNAUD Jean-Pierre, « *La protection de la caution par le droit de la consommation* », Colloque Forces et faiblesses du cautionnement, Faculté de droit de Clermont-Ferrand, 26 mars 1993.

MARION Normand, « *Le droit de la consommation et la réglementation des métiers de l'empire romain et de l'époque médiévale* », in *Mélanges Claude Masse*, 2003, Éd. Blais, Canada, p. 147.

MARTIN Didier R. et SYNVET Hervé, « Droit bancaire, avril 2013 – avril 2014 », *D.* 2014, n°37, p. 2136.

MARTIN Raymond, « *L'article 6, §1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme contre l'article 12 du nouveau Code de procédure civile* » *D.* 1996, n°3, p. 20.

MATHEY Nicolas, « *Bordereau de rétractation : existence et conformité* », *RD bancaire* 2011, n°6, comm. 194.

MATHEY Nicolas, « *Bordereau de rétractation et charge de la preuve* », *RD bancaire et financier*, septembre 2012, n°5, comm. 145.

MATHEY Nicolas, commentaire de Cass. civ. 1^{ère}, 22 mars 2012, n°10-17079, *RD bancaire et fin.*, septembre 2012, comm. 145.

MAYER Michel et PINON René, « *La distinction des délais de prescription et des délais dits « préfix » est un des grands mystères du droit français* », *Gaz. Pal.*, 1987, I, p. 186.

MAZEAUD Denis, « *La forme : sœur jumelle de la liberté ou ennemie jurée de la sécurité ?* », *Defrénois*, 30 novembre 1997, n°22, p. 1354, 1998.

MAZEAUD Denis, « *L'attraction du droit de la consommation in Droit du marché et droit commun des obligations* », colloque de Perpignan 1997, *RTD com.* 1998, p. 95 s.

MAZEAUD Denis, « *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?* », in *Mélanges François Terré*, Dalloz, 1999.

MAZEAUD Denis, « *Les vices de la protection du consentement du consommateur* », *D.* 2002, p. 71.

MAZEAUD Denis, « *Prescription et contrat au XXIème Siècle : florilège positif et prospectif* », *Justice et cassation*, 2007, dossier « *Le temps dans le procès* », p. 88.

MAZEAUD Denis, « *Les sanctions en droit des contrats, brèves réflexions sur quelques tendances lourdes* », in *Les sanctions en droit contemporain*, vol. 1, *La sanction entre technique et politique*, Dalloz, 2012.

MESTRE Jacques, « *D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration* », *RTD civ.* 1986, p. 100 s.

- MESTRE Jacques, « *Droit de rétractation et bénéfice de l'apparence* », RTD civ. 1991, p. 525.
- MESTRE Jacques, « *L'heure est décidément au devoir de conseil...* », RTD civ. 1996, p. 384.
- MESTRE Jacques et FAGES Bertrand, « *Les effets du contrat demeurent-ils sous l'empire de la loi ancienne ou sont-ils régis par la loi nouvelle ?* », RTD civ. 2002, p. 507.
- MESTRE Jacques et FAGES Bertrand, « *De quelques limites aux obligations d'information et de conseil* », RTD civ. 2003. 81.
- MESTRE Jacques et FAGES Bertrand, « *Et le poids maintenu de certaines prescriptions réglementaires* », RTD civ. 2005. n°2, p. 389.
- MIMIN Pierre, « *Les moyens d'ordre public et l'office du juge* », JCP 1946, I, 542.
- MONACHON-DUCHÊNE Nicolas, « *La forclusion en matière de crédit à la consommation* », JCP G 1995, n°2, I, 3814.
- MONACHON-DUCHÊNE Nicolas, « *Crédit à la consommation : la forclusion s'applique à l'exception de nullité pour dol* », JCP E 1999, n°25, p. 1106.
- MORET-BAILLY Joël, « *Les stipulations de constatation* », RJJ 2000, p. 489 à 513.
- MOTULSKY Henri « *La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge* », D. 1964, chron. p. 235 s., n° 17.
- MOTULSKY Henri, « *Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971* », D. 1972, chron. 91, n° 30 s., 44 s.
- MOULY Christian, « *Pour la liberté des garanties personnelles* », revue banque, 1987, p. 1166.
- MOUSSERON Jean-Marc, « *La durée dans la formation des contrats* », in *Études offertes à Alfred Jauffret*, PUAM, 1974, p. 509 s.
- MOUSSERON Pierre, « *Conduite des négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle* », RTD com. 1998, p. 243 s.
- NORMAND Jacques, « *Le pouvoir de relever d'office les moyens de droit au regard de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (art. 6-1)* », RTD civ. 1996. 689 s.
- NUYTEN Benoît et LESAGE Laurent, « *Formation des contrats : regards sur les notions de consensualisme et de formalisme* », Defrénois, 30 avril 1998 n° 8, p. 497.

OCAMPO CAICEDO Angie, « *La responsabilité précontractuelle en droit comparé franco-argentin – commentaire de l'arrêt « Litvak Adolfo c/ Olivetti Argentina S.A. »* », Site de l'Université Paris Ouest, Master bilingue droit français/droits étrangers, mis en ligne le 30 août 2008, consulté le 3 septembre 2015.

PAISANT Gilles et RAYMOND Guy, « *Quatre-vingt propositions pour les quatre-vingt ans de La Semaine juridique* », hors série, 2007, p. 66, p. 73.

PAISANT Gilles, « *Une restriction contestable au pouvoir du juge de soulever d'office la nullité* », JCP G, 2001, II, 10477.

PAISANT Gilles, « *Chronique de contrats spéciaux* », LPA 11 octobre 2004, n° 203, p. 5.

PETIT Bruno, « *La formation successive du contrat de crédit* », in *Le droit du crédit au consommateur*, ouvr. coll. sous la dir. d'Ibrahim FADLALLAH, Litec, 1982, p. 93.

PICOD Yves, « *Effet obligatoire des conventions, exécution de bonne foi des conventions* », J.-Cl. Civ., art. 1134 et 1135, n°70.

PICOD Yves, « *L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat* », JCP G 1988. I. 3318.

PIEDELIEVRE Stéphane, « *La présentation d'une offre préalable conforme aux exigences de l'art. 5 de la loi du 13 juillet 1979 ne dispense pas l'établissement de crédit de son devoir de conseil sur les charges de remboursement* », D. 1995, p. 621.

PIZZIO Jean-Pierre, « *Un apport législatif en matière de protection du consentement : la loi du 22 décembre 1972 et la protection du consommateur sollicité à domicile* », RTD civ. 1976. 86.

POISSONNIER Ghislain, « *Mode d'emploi du relevé d'office en droit de la consommation* », CCC n°5, mai 2009, étude 5.

POISSONNIER Ghislain, « *Sanction du défaut de bordereau de rétractation* », Gaz. Pal. 8 avril 2010, n°98, p. 12.

POISSONNIER Ghislain, « *Présence et régularité obligatoires du bordereau de rétractation d'une offre de crédit à la consommation* », Gaz. Pal. 3 novembre 2011, n°307, p. 12.

POISSONNIER Ghislain, « *Bordereau de rétractation de l'offre préalable de crédit à la consommation : clarifications et incertitudes* », D. 2012, n°38, p. 2567.

POISSONNIER Ghislain, « *Bordereau de rétractation en crédit à la consommation : consécration du pouvoir souverain d'appréciation du juge du fond* », D. 2013, p. 1329.

POISSONNIER Ghislain, « *Pour une vraie déchéance du droit aux intérêts en droit du crédit à la consommation* », CCC 2013, n° 7, étude 10.

POISSONNIER Ghislain, « *La vérification par le prêteur de la solvabilité de l'emprunteur en crédit à la consommation : règle et preuve* », Gaz. Pal. 5 déc. 2013, p. 9.

RAYMOND Guy, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 12 juillet 2012, n°11-17595, CCC 2012, n°12, comm. 288.

RAYMOND Guy, « *Preuve de la remise d'un bordereau de rétractation* », CCC 2013, n°4, comm. 92.

RAYMOND Guy, « *Exercice du droit de rétractation en dépit de l'immatriculation de véhicules vendus à distance* », CCC 2013, n°6, comm. 150.

RICHARD Marie-Sophie, conseiller référendaire à la Cour de cassation, « *Les sanctions civiles de nature à assurer la protection des consommateurs en matière de crédit* », in Rapport annuel de la Cour de cassation 2004.

RIEG Alfred, « *La « punctuation », contribution à l'étude de la formation successive du contrat* », in Études offertes à Alfred Jauffret, 1974, p. 593 à 607.

de RIVERY-GUILLAUD Anne-Marijke Morgan, commentaire de l'avis rendu par la Cour de cassation le 9 octobre 1992, JCP G n°14 du 7 avril 1993, II, 22024.

RONDEY Céline, « *Délai de forclusion et prélèvements sur un compte bancaire débiteur : un revirement inattendu* », D 2000, p. 306.

RONDEY Céline « *Crédit à la consommation : préservation du droit aux intérêts conventionnels du prêteur* », D. 2000, p. 317.

ROUHETTE Georges, « *Droit de la consommation et théorie générale des contrats* », in Études René Rodière, Dalloz, 1981, p. 247 s.

ROUSSILLE Myriam, « *Preuve du bordereau de rétractation : la Cour de cassation tranche en faveur des prêteurs !* », Gaz. Pal., 13 avril 2013, n°103, p. 19.

SALEILLES Raymond, « *De la responsabilité pré-contractuelle* », RTD civ. 1907, p. 702.

SALGUEIRO Albert, « *La destination professionnelle d'un crédit ne peut résulter que d'une stipulation expresse* », JCP E 2008, n°24, 1768.

SARGOS Pierre, « *L'opération « Glasnost » de la Cour de cassation en matière de cautionnement ou cinq brèves observations sur une jurisprudence* », Gaz. Pal. 1988, I, 209.

SARGOS Pierre, « *Le cautionnement, dangers, évolutions et perspectives de réforme* », in Rapport annuel de la Cour de cassation 1986, La documentation française, p. 33 à 64.

SCHOLASTIQUE Estelle, « *Les devoirs du banquier dispensateur de crédit au consommateur, à propos d'un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation* », Defrénois 1996. 689.

STOFFEL-MUNCK Philippe, « *L'autonomie du droit contractuel de la consommation : d'une logique civiliste à une logique de régulation* », RTD com. 2012, p. 705.

STOUFFLET Jean, « *La protection du consommateur faisant appel au crédit – Premières réflexions sur la loi n°78-22 du 10 janvier 1978* », in Études offertes au Professeur Emérentienne de Lagrange, 1978, p. 225 à 245.

STOUFFLET Jean, « *Retour sur la responsabilité du banquier donneur de crédit* », in Mélanges M. Cabrillac, Dalloz-Litec, 1999, p. 517 s.

TELLIER Véronique, « *L'office du juge en matière de crédit à la consommation : la Cour de cassation récidive* », LPA, 30 juin 2004, p. 12, n°130.

TESTU François-Xavier, « *Les glossateurs, Regards d'un civiliste* », RTD Civ. 1993, p. 279 s.

THIBIERGE-GUELFUCCI Catherine, « *Libres propos sur la transformation du droit des contrats* », RTD civ. 1997, p. 357.

VASSEUR Michel, « *Délais préfix, délais de prescription, délais de procédure* », RTD civ. 1950, p. 439 s.

VIGNEAU Vincent, « *Le code et le juge : bicentenaire d'un couple* », Gaz. Pal., 29 mai 2004, n°150, p. 4.

VINEY Geneviève, « *Modernité ou obsolescence du code civil ? L'exemple de la responsabilité* » in Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau, Dalloz, 2007, p. 1041 s.

WILLEMS C., « *De la mise en garde à la dissuasion contractuelle* », Droit et patrimoine, 2002, n°109, p. 32-43.

WITTMANN Valérie, « *Crédit à la consommation : le formulaire de rétractation face au droit de la preuve* », D. 2011, p. 2716.

INDEX

Les numéros indiqués renvoient aux numéros de paragraphes.

A

Activité professionnelle : 25 s.

- compétence technique : 27 s.
- finalité des fonds, 34 s.
- destination contractuelle, 38 s.
- stipulation expresse, 44 s.

Amende : 196, 272, 403 s.

Arrêt Cofidis, 550 s.

Arrêt Hédreul : 220 s.

Arrêt Idealservice, 61 s.

Arrêt Macron, 278 s.

Arrêt Oceano Grupo, 547 s.

Arrêt Rampion, 553 s.

B

Bonne foi : 4, 152 s, 199 s, 213, 234, 254, 258, 278 s, 305, 329 s, 349, 354, 368, 463, 532, 563.

Bordereau de rétractation : 364 s.

- clause de reconnaissance de remise : 389 s.
- destinataire : 368 s.
- exemplaire prêteur : 371 s.
- preuve : 383 s
- sanctions : 400 s.

C

Cautionnement : 242 s.

- mention manuscrite : 258 s.
- notion : 243 s.
- obligation d'information : 254 s.
- principe de proportionnalité : 294 s.

Code civil : 1, 4, 152 s, 200, 212 s, 218, 220, 238 s, 254 s, 263 s, 289, 302, 307, 321s, 326, 367, 370, 386, 393, 407, 410, 415, 426.

Consommateur

- association : 64 s.
- comité d'entreprise : 86 s.
- fédération sportive : 86 s.
- notion : 9, 14, 78.
- société civile : 71 s.
- société commerciale : 68 s.
- syndicat de copropriétaires : 83 s.

Contrat de consommation : 8.

Crédit affecté : 356 s.

- mention d'affectation : 358 s.

Crédit à la consommation, notion : 11, 12, 15.

Crédit-bail : 38, 69, 84, 116, 136.

Crédit renouvelable : 11, 195, 210, 316, 359, 397, 483, 540.

D

Déchéance du droit aux intérêts : 414 s.

Délai d'action : 438, 445.

Délai de rétractation : 309 s.

- abus : 354.
- conséquences : 351 s.
- notions : 321 s., 333 s.

E

Emprunteur : 14.

Évaluation de solvabilité : 197 s.

Explications : 195 s.

F

Fiche d'information : 192 s.

I

Information : v. obligation d'information.

L

Livraison anticipée : 346 s.

Location longue durée : 115 s.

Loi du 1^{er} juillet 2010 : 191 s.

O

Obligation d'information

- charge de la preuve : 215 s.
- obligation de conseil : 164.
- obligation de mise en garde : 163.
- obligation jurisprudentielle d'information : 151 s.
- obligation légale d'information : 186 s.
- sanction : 228 s.

Offre préalable : 188.

Ordre public : 13, 281, 524 s.

R

Relevé d'office : 504 s.

- notion, 506 s.

- juges du fond, 535 s.

- question préjudicielle, 546 s.

S

Seuils monétaires : 122 s.

- découvert : 137 s.

- location avec option d'achat : 135.

- plafond : 125 s.

- plancher : 127 s.

Seuils temporels : 94 s.

Soumission volontaire du crédit : 142 s.

T

Tribunaux d'instance : 359 s.

V

Ventes et prestations de services à exécution successive : 119.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	19
PREMIÈRE PARTIE : LA RÉCEPTION DE LA LÉGISLATION SPÉCIALE DE L'INTENTION DE CONTRACTER À L'ÉCHANGE DES CONSENTEMENTS	39
Titre 1 : L'appréciation du champ d'application de la législation spéciale	41
Chapitre 1 : L'appréciation des exclusions en lien avec la notion de consommateur	43
I – L'appréciation de la notion d'activité professionnelle.....	44
§ 1 – Le choix laborieux d'un critère par la Première Chambre civile	44
A – Le critère de la compétence technique de l'emprunteur	44
1 - L'admission du critère de la compétence technique	44
2 - L'abandon du critère de la compétence technique et la naissance du critère tenant à la finalité du crédit.....	47
B – Les errements de la Première Chambre civile, entre prise en compte de la finalité réelle des fonds empruntés et destination contractuelle	49
1 – Le rejet puis l'éphémère admission de la destination réelle des fonds empruntés	50
a - Le rejet de la destination réelle des fonds empruntés.....	50
b - L'éphémère retour à la destination réelle des fonds empruntés.....	51
2 - Le sacre de la destination contractuelle	52
§ 2 - La naissance d'un formalisme imposé par la Première Chambre civile.....	54
A - La nécessité d'une stipulation expresse.....	54
B – Les avantages et les inconvénients du formalisme imposé par la Première Chambre civile	59
1 - Les rares avantages.....	59
2 - Les nombreux inconvénients ou effets pervers de ce formalisme	60
a - Le risque de stipulations mensongères dans les contrats de prêt.....	60
b - La réduction du rôle des juges du fond	60
c - Le risque d'une dilution de la protection.....	61
d - L'ajout d'une condition à la loi.....	62
e - L'émergence d'une clause d' <i>electio juris</i>	62
II – L'appréhension des prêts aux personnes morales.....	64
§ 1 – L'attitude de la Première Chambre civile avant la loi du 28 janvier 2005	65
A – L'arrêt de la CJCE du 22 novembre 2001 dit « Idealservice »	65
B – L'attitude de la Première Chambre civile	66
1 - Le cas du prêt consenti à une association	66
2 - Le cas du prêt accordé à une société	69

a - Le prêt à une société commerciale	69
b - Le prêt à une société civile	70
§ 2 - L'attitude de la Première Chambre civile après la loi du 28 janvier 2005	71
A - L'apport de la loi du 28 janvier 2005 et de la loi du 1 ^{er} juillet 2010	71
1 - La définition du consommateur dans la loi du 28 janvier 2005	72
2 - La définition du consommateur emprunteur dans la loi du 1 ^{er} juillet 2010	73
B - L'accueil mitigé par la Première Chambre civile	73
1 - Le maintien d'une conception souple.....	74
a - La notion distincte de non-professionnel.....	74
b - La contestable souplesse envers une société commerciale	75
2 - La rigueur étonnante de certaines décisions	76
a - Le refus du droit spécial à une Fédération sportive et à un Comité d'entreprise	76
b - Le pas de la CJUE vers plus de souplesse.....	77
Chapitre 2 : L'appréciation des exclusions liées aux seuils	81
I - L'appréciation des seuils temporels	81
§ 1 - L'évolution des seuils temporels et l'absence de point de départ dans la loi spéciale	81
A - L'évolution des seuils temporels dans la loi spéciale	81
1 - La loi du 10 janvier 1978	82
2 - La loi du 1 ^{er} juillet 2010 et la loi du 17 mars 2014	82
a - La loi du 1 ^{er} juillet 2010	82
b - La loi du 17 mars 2014	83
B - L'absence de point de départ du délai dans la loi spéciale et les réponses de la Première Chambre civile	84
1 - Le point de départ du délai dans le cas de crédits explicitement prévus	84
a - Le point de départ du délai en cas de vente à paiement échelonné.....	84
b - Le point de départ du délai en cas d'ouverture d'un crédit indéterminé	87
2 - Le point de départ du délai dans le cas d'un découvert tacite	88
§ 2 - Les restrictions de la Première Chambre civile envers certaines opérations de longue durée	90
A - L'exclusion par la Première Chambre civile des locations de longue durée	90
B - L'exclusion par la Première Chambre civile des ventes et prestations de services à exécution successive	93
II - L'appréciation des seuils monétaires	95
§ 1 - L'évolution des seuils monétaires et la détermination du montant du crédit par la Première Chambre civile.....	95
A - L'évolution des seuils monétaires	95
1 - La loi du 10 janvier 1978	95
2 - La loi du 1 ^{er} juillet 2010	96

a – Le triplement du plafond	96
b – L’instauration risquée d’un plancher	97
B – La détermination du montant du crédit par la Première Chambre civile.....	100
1 – Le principe : le capital prêté	100
2 – Les solutions de la Première Chambre civile	101
a – Le cas de la location avec option d’achat	101
b – Les hypothèses concernant un découvert	102
α – Le cas du découvert tacite.....	102
β - Le dépassement du découvert exprès au-delà du seuil réglementaire .	102
γ – Le cas d’une succession de découverts	104
§2 – La soumission volontaire du contrat à la législation spéciale	105
Titre 2 : Le rôle décisif de la jurisprudence dans l’élaboration d’une obligation	
d’information	109
Chapitre 1 : L’information de l’emprunteur	111
I – L’obligation d’information précontractuelle, d’une construction jurisprudentielle	
audacieuse à une injonction légale	111
§ 1 – L’obligation d’information issue de la jurisprudence.....	111
A – La genèse de l’obligation jurisprudentielle d’information.....	111
1 – L’obligation d’information précontractuelle avant et après le Code civil ..	112
a – L’obligation d’information précontractuelle avant le Code civil	112
b - L’obligation d’information précontractuelle à partir du Code civil.....	113
α - L’évolution doctrinale	113
β - L’article 1134 alinéa 3 du Code civil, terreau d’une obligation générale	
d’information.....	114
γ - L’article 1135 du Code civil, siège des obligations dites accessoires	116
δ - L’article 1116 du Code civil et l’admission par la Cour de cassation	
d’une réticence dolosive	116
ε - L’article 1382 du Code civil et la mise en œuvre de la responsabilité	
civile délictuelle.....	117
ζ - Les réticences de la doctrine à admettre la responsabilité du prêteur	
sur le fondement de l’obligation précontractuelle d’information.....	118
2 - Les différents nuances de l’obligation d’information.....	119
a - L’obligation d’information ou de renseignements	120
b - L’obligation de mise en garde	120
c – L’obligation de conseil	121
B – L’émergence d’une obligation d’information jurisprudentielle à la charge du	
prêteur.....	122
1 – Les hésitations de la Cour de cassation sur l’intensité de l’obligation	
d’information à la charge du prêteur.....	123

a - Le choix premier d'un devoir de conseil et son étendue	123
b - L'émergence d'une obligation de mise en garde.....	127
2 - Les créanciers de l'obligation d'information jurisprudentielle	129
§ 2 : L'obligation d'information née de la loi.....	135
A - La loi du 10 janvier 1978 et le mécanisme de l'offre préalable	137
B - L'émergence de nouvelles obligations par la loi du 1 ^{er} juillet 2010	137
1 - Les informations précontractuelles : la fiche d'information	138
2 - Les explications et l'évaluation de la solvabilité	139
a - Les explications fournies à l'emprunteur	139
b - L'évaluation de la solvabilité de l'emprunteur	141
II - L'articulation des différentes obligations d'information et la sanction des manquements	147
§1 - L'articulation des deux régimes et leurs influences réciproques.....	147
A - L'articulation des deux régimes.....	147
B - Les influences réciproques du droit de la consommation et du droit commun des contrats.....	152
§ 2 - La question délicate de la preuve et des sanctions encourues.....	154
A - La preuve du non-respect de l'obligation d'information	154
1 - La charge de la preuve	154
a - L'arrêt Hédreul et ses suites	155
α - La charge de la preuve de l'inexécution de l'obligation d'information	155
β - La charge de la preuve de la qualité d'emprunteur non-averti.....	156
γ - La charge de la preuve de la nécessité de l'information	157
δ - La charge de la preuve de la vérification de solvabilité.....	158
b - La reprise de l'arrêt Hédreul dans le Code de la consommation	159
2 - L'objet de la preuve.....	159
B - La sanction du non-respect de l'obligation d'information	160
1 - La sanction de l'obligation d'information jurisprudentielle	160
a - La nature du préjudice subi, une perte de chance de ne pas contracter	160
b - Le choix de la sanction.....	160
α - L'octroi de dommages et intérêts	160
β - L'incidence de la mauvaise foi de l'emprunteur	162
2 - La sanction de l'obligation d'information légale	163
a - La sanction du non respect par le prêteur de son obligation d'information à l'égard du consommateur emprunteur.....	163
b - La sanction du non respect de l'obligation générale d'information due à tout consommateur.....	164
Chapitre 2 : L'information de la caution.....	169
I - L'information dérivée du droit commun, l'audace de la Cour de cassation.....	173

§ 1 - L'obligation d'information à la charge du prêteur.....	173
A - L'obligation d'information stricto sensu.....	173
B - Le devoir de mise en garde	174
§ 2 - Les articles 1326 et 2015 du Code civil, ou l'épopée jurisprudentielle de la mention manuscrite.....	175
A - Les articles 1326 et 2015 du Code civil.....	175
B - L'épopée jurisprudentielle de la mention manuscrite.....	179
1 - Le passage d'une exigence <i>ad probationem</i> à une exigence <i>ad validitatem</i>	179
2 - L'hostilité de la doctrine et le recul de la Première Chambre civile	180
II - L'information issue du droit spécial, l'attitude pragmatique de la Première Chambre civile	185
§ 1 - La loi NEIERTZ II et son rayonnement.....	185
A - La frilosité des lois SCRIVENER et l'apport décisif de la loi NEIERTZ II	185
1 - L'information fantomatique de la caution par la loi SCRIVENER I et la timidité de la loi SCRIVENER II	185
2 - L'apport déterminant de la loi NEIERTZ II	186
B - Le rayonnement de la loi NEIERTZ II	188
1 - L'arrêt Macron ou la reprise du principe de proportionnalité.....	188
2 - La loi du 1 ^{er} août 2003 pour l'initiative économique	189
§ 2 - L'application tempérée des textes spéciaux par la Cour de cassation	192
A - La Cour de cassation et les mentions manuscrites exigées <i>ad validitatem</i>	192
B - La Cour de cassation et le principe de proportionnalité.....	197

SECONDE PARTIE : LA RÉCEPTION DE LA LÉGISLATION SPÉCIALE À PARTIR DE L'ÉCHANGE DES CONSENTEMENTS207

Titre 1 : La faculté de repentir de l'emprunteur 209

Chapitre 1 : Le délai de repentir	211
I - Les contours du délai de repentir	211
§1 - Les imprécisions textuelles entourant le délai de repentir	212
A - L'évolution maladroite des textes, de la loi de 1978 à celle de 2010	212
1 - Le délai de repentir dans la loi n°78-22 du 10 janvier 1978	212
2 - Le délai de repentir dans la loi n°2010-737 du 1 ^{er} juillet 2010.....	213
B - Le délai de repentir et son articulation avec le droit commun	216
1 - Les contours du délai de repentir	216
a - Les notions de réflexion et de rétractation.....	216
b - La finalité des délais de repentir.....	219
2 - La faculté de repentir et le droit commun des contrats : dénégation ou continuité ?.....	220
§2 - La nature du délai de repentir	224
A - L'appréciation de la nature du délai par la doctrine.....	224

1 - Les auteurs favorables à l'expression d'un délai de réflexion et leurs arguments.....	224
2 - Les auteurs favorables à l'expression d'un délai de rétractation et leurs arguments.....	225
B - L'appréciation de la nature du délai par la jurisprudence	226
II - Le régime du délai de rétractation.....	228
§ 1 - La livraison anticipée, un danger encadré par la Première Chambre civile.....	228
A - La notion de livraison anticipée et ses contours	228
1 - La livraison anticipée, une brèche ancienne dans le dispositif.....	228
a - La livraison anticipée dans la loi du 10 janvier 1978.....	228
b - La mention manuscrite, un rempart contre la précipitation ?	229
2 - La livraison anticipée, une brèche étendue	229
a - La livraison anticipée dans la loi du 1 ^{er} juillet 2010.....	229
b - La mention manuscrite, écho d'un nouveau danger.....	231
B - La rigueur bienvenue de la jurisprudence	231
§2 - Les conséquences de la rétractation pour l'emprunteur.....	233
A - La libération sans condition du contrat de crédit.....	233
1 - Le caractère discrétionnaire de la rétractation	233
2 - L'abus de droit : une limite au caractère ultra-discrétionnaire de la rétractation ?	235
B - La libération sous condition du contrat principal	236
1 - La notion de crédit affecté.....	236
2 - L'appréciation de l'affectation par la Cour de cassation et l'apport de la CJCE	237
a - La position contrastée des juges du fond	237
b - L'appréciation stricte du formalisme par la Première Chambre civile ..	238
c - La mise en cause de la mention par la CJCE.....	239
d - L'absence de réaction de la Première Chambre civile	239
e - L'apport nécessaire de la loi du 1 ^{er} juillet 2010.....	240
Chapitre 2 : Le support du repentir	243
I - Les précisions de la Première Chambre civile quant à l'utilisation du bordereau de rétractation	244
§ 1 - La magnanimité de la Première Chambre civile envers l'emprunteur	244
A - L'appréciation souple du support utilisable.....	244
B - L'appréciation large du destinataire de la rétractation.....	245
§ 2 - Les précisions formelles à destination du prêteur	246
A - La présence d'un bordereau dans l'exemplaire du prêteur.....	246
B - Le nom et l'adresse du prêteur sur le bordereau.....	249
II - Les précisions de la Première Chambre civile sur la question de la preuve et sur celle de la sanction.....	252

§ 1 – La preuve de la présence et de la régularité du bordereau	252
A – L’appréciation souveraine des juges du fond et le contrôle de la Cour de cassation	252
1 – L’appréciation souveraine des éléments de preuve par les juges du fond	252
2 – Le contrôle de la réalité de la vérification par la Cour de cassation	254
B – La question cruciale de la charge de la preuve	255
1 – Le droit de la preuve.....	255
2 – La clause de reconnaissance de remise du bordereau de rétractation	256
a – Le caractère réglementaire de la clause et sa valeur.....	256
b – La réception de la clause par la jurisprudence	257
α - Les solutions antérieures à l’arrêt du 12 juillet 2012.....	257
β - L’arrêt du 12 juillet 2012 ou l’amorce des premières craintes.....	259
γ - Les divisions de la doctrine au sujet de l’arrêt du 12 janvier 2012...	260
δ - L’arrêt du 16 janvier 2013 ou la confirmation des craintes	261
ε – L’accueil toujours divisé de la doctrine.....	262
ζ - Les suites de l’arrêt du 16 janvier 2013.....	264
§ 2 – Les enjeux liés à la sanction du non-respect du droit de rétractation	265
A – Le champ restreint des sanctions spéciales avant 2010, les libertés prises par la Cour de cassation	265
1 – L’évolution de la législation.....	266
a – Le champ restreint des sanctions spéciales avant 2010.....	266
b – L’élargissement du champ des sanctions spéciales avec la réforme de 2010.....	267
2 – Les solutions contrastées des juges du fond et de la Cour de cassation	269
a – Les divergences perceptibles entre les Cours d’appel	269
b – La distinction opérée par la Cour de cassation entre irrégularité formelle et non respect du délai	271
B – La question de l’effectivité de la déchéance du droit aux intérêts.....	274
1 – L’effectivité revendiquée de la déchéance du droit aux intérêts.....	274
2 – L’effectivité tempérée de la déchéance du droit aux intérêts.....	277
Titre 2 : Les questions en lien avec le droit processuel.....	281
Chapitre 1 : L’application large du délai biennal et ses conséquences	283
Section préliminaire : La nature du délai d’action	283
§1 – Le délai biennal, un délai à la nature incertaine	284
A – Les notions de prescription et de forclusion.....	285
B – L’intérêt de la distinction.....	288
§2 – Le choix de la Première Chambre civile et ses suites	289
I - La soumission de tous les acteurs au délai biennal.....	292
§ 1 – La soumission de l’emprunteur et de sa caution au délai biennal.....	293

A – Le délai d’action imposé à l’emprunteur	293
1 – La soumission malheureuse de l’emprunteur au délai biennal	293
a – L’action de l’emprunteur en contestation de la régularité de l’offre préalable	293
b – L’action de l’emprunteur contre le prêteur qui a délivré à tort les fonds	295
2 – La soustraction bienvenue de l’emprunteur au délai biennal	296
a - L’exception de non-livraison	296
b - L’action en responsabilité pour non-respect par le prêteur de son devoir de mise en garde.....	297
c - L’action de l’emprunteur fondée sur la fraude.....	298
B – Le délai d’action imposé à la caution	299
1 - L’action de la caution contre l’emprunteur	299
2 - L’action de la caution contre le créancier.....	300
§ 2 – Le rejet de l’application large du délai	303
A - La résistance des juges du fond et la sanction du législateur	303
1 - La résistance des juges du fond	304
2 - La sanction du législateur	305
B – L’anticipation de la Première Chambre civile.....	306
II – Le choix du point de départ du délai d’action	308
§ 1 - Le point de départ appliqué aux actions du prêteur	309
A - Le point de départ appliqué au prêteur en cas de prêt ou de découvert.....	310
1 - Le point de départ en cas de prêt.....	310
2 - Le point de départ en cas de découvert	314
B - Le point de départ appliqué au prêteur en cas de crédit permanent.....	319
§ 2 - Le point de départ appliqué aux actions de l’emprunteur et de sa caution	324
A - Le point de départ appliqué aux actions de l’emprunteur	324
1 - Le point de départ en cas d’irrégularité de l’offre préalable.....	324
2 - Le point de départ en cas de versement fautif des fonds	326
B - Le point de départ appliqué aux actions de la caution	327
1 – Le point de départ en cas d’action contre le créancier	327
a - Le point de départ en cas de défaut de livraison du bien.....	327
b - Le point de départ en cas d’irrégularité de l’offre préalable	328
c - Le point de départ en cas de contestation de la validité de l’engagement	328
d - Le point de départ en cas de disproportion manifeste du cautionnement	329
2 – Le point de départ en cas d’action contre l’emprunteur.....	330
Chapitre 2 : Les enjeux du relevé d’office	335
I - Les contours du relevé d’office et les réticences de la Cour de cassation	335

§ 1 – Les contours du relevé d’office.....	335
§ 2 – Les réticences de la Cour de cassation.....	341
A – La Première Chambre civile face au relevé d’office d’un moyen issu du droit commun : un accueil a priori bienveillant.....	341
B – La Première Chambre civile confrontée au relevé d’office d’un moyen issu du droit spécial du crédit à la consommation : un rejet manifeste	343
II - Les efforts conjugués des juges du fond et de la Cour de justice des communautés européennes pour élargir l’usage du relevé d’office.....	349
§ 1 – La fronde des juges du fond et le rôle de la Cour de justice des communautés européennes.....	349
A – La fronde des juges du fond.....	350
B – L’apport de la Cour de justice des communautés européennes	355
§ 2 - L’arrêt d’Assemblée plénière du 21 décembre 2007 et la loi du 3 janvier 2008 : la fin des incertitudes ?.....	359
A – L’arrêt d’Assemblée plénière du 21 décembre 2007 : le tournant décisif	359
B – La loi du 3 janvier 2008 : la fin des incertitudes ?	360
CONCLUSION GENERALE.....	369
BIBLIOGRAPHIE	373
INDEX.....	389
TABLE DES MATIÈRES.....	395

RÉSUMÉ

Le consommateur, lorsqu'il souscrit un contrat de crédit pour les besoins de sa vie courante, achat d'une automobile par exemple, bénéficie d'un certain nombre de protections. Différentes sources du droit sont susceptibles d'être articulées : les mécanismes du droit commun des contrats présents dans le Code civil, mais aussi une législation spéciale, née de la loi dite SCRIVENER I du 10 janvier 1978, présente dans le Code de la consommation. Cette législation spéciale, bien que récente, a été modifiée à plusieurs reprises, la dernière modification d'importance étant la transposition en droit français de la directive européenne du 23 avril 2008 par la loi du 1^{er} juillet 2010. Le droit du crédit à la consommation est un droit jeune, dense, foisonnant, ambitieux, qui revendique un haut degré de protection du consommateur et fait du formalisme son cheval de Troie. Mais c'est aussi un droit de passion, élaboré souvent dans l'urgence, sensible politiquement, médiatisé, objet de *lobbies*, parfois maladroitement rédigé ou transposé, approximatif, lacunaire. Au sein de la Cour de cassation, c'est à la Première Chambre civile qu'il appartient de connaître des questions en lien avec le droit de la consommation. Dès lors, comment la Première Chambre civile parvient-elle à manipuler ce droit spécial du crédit à la consommation ? Parvient-elle à en gommer les défauts, à en pallier les manques ? Comment articule-t-elle les protections en présence ? Doit-elle faire face à des résistances de la part des juridictions du fond ? Dans cette tâche unificatrice, le droit commun lui apporte-t-il un secours bienvenu ? Et la CJUE ? *In fine*, le consommateur emprunteur est-il protégé efficacement ?

Mots clés : consommateur - crédit à la consommation - protection - législation spéciale - jurisprudence - droit commun - articulation - efficacité.

SUMMARY

Consumers often engage themselves in a consumer habit in order to purchase domestic appliances or furniture. They can stand by protection when the parties begin to negotiate and during the whole life of the contract. Consumer protection can be effected through a multiplicity of rules. First of all, there are the common rules. These rules are in the Code civil. A special law for consumers was born during the seventies. The first consumer credit law in France was the SCRIVENER law, 1978. Often modified since this date. The last significant modification resulted from an European directive, which was transferred by a law n°2010-737 on first July 2010. The main purpose of my research is to observe how the Cour de cassation articulates special and common rules. Does the special law really protect consumers ? Special law is very formal. Is it a chance or a problem for consumers ? If it is a problem, how the Cour de cassation can get around it ? Are common rules useful ?

Key words : consumer - consumer credit - protection - special rules - judicial decisions - common rules - connection - efficiency