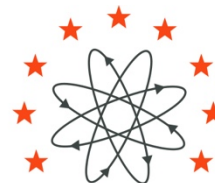




CHAIRE MASTER

Droit de la consommation

Fondation



Master 2 Droit des affaires

Droit de la consommation et des pratiques commerciales

MÉMOIRE 2021

Prêts en devises et clauses abusives

ROCHEMONT Alexandre

Sous la direction de

Madame le Professeur Natacha Sauphanor-Brouillaud



faculté
de droit



CERGY PARIS

UNIVERSITÉ

« CY – Cergy Paris Université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les mémoires de fin d'études ; ces opinions devront être considérées comme propres à leurs auteurs. »

• REMERCIEMENTS •

À M^{me} le Professeur Natacha Sauphanor-Brouillaud,

Qui nous a fait l'honneur d'être la directrice de ce vaste mais passionnant projet, et dont l'aide fut des plus précieuses, autant dans la manière d'aborder les enjeux que dans la formulation de leur subtilités.

À M^{me} le Professeur Carole Aubert de Vincelles,

Pour l'élaboration d'un diplôme ambitieux et innovant, dont chacune des matières et intervenants a permis d'apporter une pierre à l'édifice constitué par ce mémoire, nous apprenant ainsi, continuellement, à cultiver nos connaissances.

À M^e Constantin-Vallet

Dont la méthode, la force de conviction et la détermination sont une véritable source d'inspiration aux fins d'appréhender le droit et, plus largement, le monde qui nous entoure.

À notre promotion,

Pour sa cohésion, malgré les événements difficiles, nous rappelant ainsi qu'il n'existe aucune obligation d'avancer seul, lorsque l'on a la chance d'être entouré de personnes loyales et bienveillantes.

À nos parents,

Soutien indéfectible depuis toutes ces années, qui n'ont jamais cessés de croire en nos rêves, même dans les moments les plus difficiles, où nous en doutions nous-mêmes.

À Yolande,

Pour son temps, son regard avisé, et son élégante maîtrise de la littérature.

Enfin, à nos amis,

Heureuse lueur d'espoir, en toutes circonstances.

• LISTE DES ABRÉVIATIONS •

act. : actualité	JADE : Journal d'Actualité des Droits Européens
aff. : affaire(s)	JCP E : Semaine juridique – Juris-Classeur Périodique, édition Entreprises et affaires
AJ contrat : Actualité juridique contrat	JCP G : Semaine juridique – Juris-Classeur Périodique, édition Générale
AJDI : Actualité juridique de droit international	JEX : Juge de l'exécution
al. : alinéa	LEDC : L'essentiel Droit des contrats
art. : article	LGDJ : Librairie générale de droit et de jurisprudence
ACPR : Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution	LPA : Les Petites Affiches
BNP PPF : BNP Paribas Personal Finance	n° et n^{os} : numéro(s)
BNS : Banque Nationale Suisse	not. : notamment
CA : Cour d'appel	Obs : Observatoire
Cass. civ. 1^{ère} : Première chambre civile de la Cour de cassation	obs : observation
Cass. civ. 3^{ème} : Troisième chambre civile de la Cour de cassation	opt. cit. : opere citato (dans l'ouvrage cité)
CCA : Commission des clauses abusives	Ord. : Ordonnance
C. civ. : Code civil	p. : Page
C. cons. : Code de la consommation	préc. : précité
CE : Conseil d'État	préf. : préface
ch. corr : chambre correctionnelle.	pt. : Point
chap. : Chapitre	RD banc. et fin. : Revue de droit bancaire et financier
civ. : Civil	RDC : Revue des contrats
CJCE : Cour de justice des Communautés européennes	R.D McGill : McGill Law Journal
CJUE : Cour de justice de l'Union européenne	Rép. civ. : Répertoire de droit civil Dalloz
C. mon. fin. : Code monétaire et financier	Defrénois. : Répertoire du notariat Defrénois
concl. : conclusions	RLDC : Revue Lamy Droit Civil
cons. : consommation	RTD Civ. : Revue trimestrielle de droit civil
Comp. : comparer	RTD Com. : Revue trimestrielle de droit commercial
C. proc. civ. : Code de procédure civile	RTD Eur. : Revue trimestrielle de droit européen
c/ : contre	sect. : section
D. : Recueil Dalloz	supra : au-dessus
D. act. : Dalloz Actualité	TGI : Tribunal de grande instance
Décr. : Décret	TI : Tribunal d'instance
Dir. : Directive	t. : tome
éd. : édition	Trib. jud. : Tribunal judiciaire
égal. : également	TFUE : Traité de Fonctionnement de l'Union Européenne
et al. : et autres	UE : Union Européenne
et s. : et suivants	V. : voir
ex. : exemple	§ : paragraphe
Gaz. Pal. : Gazette du Palais	
idem : au même paragraphe	
infra : ci-dessous	

• SOMMAIRE •

<u>REMERCIEMENTS</u>	5
<u>LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS</u>	6
<u>SOMMAIRE</u>	7

<u>INTRODUCTION</u>	9
---------------------------	---

<u>TITRE I – L’ANALYSE DE LA NOTION DE CLAUSE ABUSIVE A L’ÉPREUVE DU CONTENTIEUX DES PRÊTS EN DEVICES</u>	31
---	----

Chapitre 1. – L’objet principal exclu en principe de l’appréciation du caractère abusif	33
○ Section 1. – La notion d’« objet principal »	33
○ Section 2. – La mise en œuvre de la notion d’« objet principal » dans le contentieux des prêts en devises.	39

Chapitre 2. – L’objet principal soumis au test du déséquilibre significatif en présence d’une rédaction dénuée de clarté et de compréhensibilité.	55
○ Section 1. – L’exigence de « clarté et compréhensibilité »	55
○ Section 2. – La mise en œuvre de l’exigence de « clarté et compréhensibilité » dans le contentieux des prêts en devises	82

<u>TITRE II – L’ÉRADICATION DES CLAUSES ABUSIVES A L’ÉPREUVE DU CONTENTIEUX DES PRÊTS EN DEVICES</u>	107
--	-----

Chapitre 1. – Les instruments confiés aux juges	109
○ Section 1. – Un office du juge porteur de sécurité juridique	111
○ Section 2. – Une mise à l’écart de la prescription <i>a priori</i> favorable aux consommateurs	137

Chapitre 2. – Un infléchissement envisageable de l’actuelle position de la Cour de cassation	153
○ Section 1. – L’existence du contentieux pour pratiques commerciales trompeuses pendant devant la juridiction pénale	153
○ Section 2. – L’existence de questions préjudicielles pendantes devant la Cour de justice de l’Union européenne	161

<u>CONCLUSIONS</u>	179
--------------------------	-----

<u>BIBLIOGRAPHIE</u>	185
<u>INDEX ALPHABÉTIQUE</u>	189
<u>TABLE DES MATIÈRES</u>	192

Hélas ! Un banquier "sain" n'est pas un homme qui voit venir le danger et l'évite, mais quelqu'un qui, s'il est ruiné, l'est conformément à toutes les règles et traditions et en compagnie des autres membres de la profession, en sorte que personne ne peut rien lui reprocher.

~ J-M. KEYNES, *Sur la monnaie et l'économie*¹

INTRODUCTION

1. Contexte et enjeux du contentieux des prêts en devises. – Le contentieux des prêts en devises ne semble cesser d'alimenter les débats. Brèves médiatiques, débats doctrinaux, agitations jurisprudentielles et légales témoignent de l'engouement autour de la question. Mais avant d'être une bataille jurisprudentielle française (2), c'est un conflit judiciaire européen qui va expliquer l'intervention répétée de la Cour de justice, sollicitée de toute part par les juridictions des États membres (1). Loin d'être circonscrit à un seul domaine, ce contentieux va même constituer un carrefour entre plusieurs branches du droit justifiant nombre de contestations sur le plan civil (3). C'est pourtant particulièrement dans le cadre des clauses abusives qu'il va permettre un véritable accroissement de la protection des consommateurs (4). Depuis, les législateurs des différents États membres ont pris très au sérieux la menace constituée par l'octroi de ces prêts et porté bien souvent un coup d'arrêt ou, tout au moins, une forte restriction à leur circulation (5). Toutefois, nul doute que les éminents développements opérés à l'occasion de ce contentieux auront des retombées allant bien au-delà de celui-ci, justifiant l'approfondissement méthodique, au sein de cette contribution, de chacune des notions tirées de la directive 93/13.

1) Un contexte historique globalisé

2. Une crise financière mondiale d'origine états-unienne. – Lundi 18 septembre 2008, les médias américains sont en proie à une véritable agitation. La banque new-yorkaise

¹ J-M KEYNES, *Sur la monnaie et l'économie*, Paris 2009 (1931).

Lehman Brothers, quatrième banque d'investissement de Wall Street, vient de faire faillite². Tout le système bancaire américain est exposé, lui qui était déjà hautement instable avec l'éclatement de la bulle immobilière. La certitude est alors acquise : la crise des *subprimes*, du nom de ces prêts immobiliers « à risque », est faite pour durer et ne va cesser, par le jeu de la titrisation, de corrompre durablement la finance puis l'économie mondiale. Un cataclysme dont les stigmates sont encore bien visibles à de nombreux niveaux et ce, dans la majorité des pays du globe. Certains observateurs partagent alors l'idée que la crise n'est pas seulement financière « *mais aussi politique, sociale, éthique, intellectuelle, prenant notamment sa source dans une perte globale de repères* »³. Si les crises financières ne sont pourtant pas nouvelles⁴, nombreux s'accordent néanmoins pour affirmer que celle-ci ne sera ni la pire⁵ ni la dernière⁶. Pour autant, est-ce la preuve que l'humanité, ou tout au moins le système économique, soit véritablement incapable d'apprendre de ses erreurs ? Rien n'est moins sûr. De nombreux secteurs du droit sont ainsi toujours venus tenter d'apaiser les débâcles issues des crises successives qu'elles soient financières, économiques ou sociales. Cela étant, nul n'est à l'abri de sa propre turpitude ni de celle des autres, professionnels ou non. Une logique d'autant plus pertinente dans le domaine bancaire et financier, où les contentieux sont de plus en plus légion, alors même que les accords Bâle⁷ successifs visent pourtant à garantir une certaine sécurité et éthique de ce marché.

3. Conséquences européennes. – De l'autre côté de l'Atlantique, des actions sont rapidement prises mais le mal a déjà profondément affecté la communauté des États membres. Turbulences bancaires, chute de l'investissement et de la consommation ou encore licenciements massifs, nul ne semble pouvoir stopper « *l'avalanche* », ni même en atténuer convenablement les effets. Et c'est ici, alors que le Vieux Continent panse à peine ses plaies, que le voile se lève sur ce qui est peut-être en passe d'être le plus grand bouleversement du

² L. SANCHEZ, « Il y a dix ans : la faillite de Lehman Brothers déclenche la crise financière », *TV5MONDE*, 16 sept. 2018.

³D. FORTIN, « Le banquier et le philosophe : une nouvelle lecture de la crise – Interview de R-P. Droit et F. Henrot – », *Les Échos*, 24 fév. 2010.

⁴ Ne sont pas si éloignés les spectres du krach boursier de 1929, de la crise de 1973 ou encore celui de l'éclatement de la bulle spéculative immobilière américaine des années 2000 dont tire sa source la crise de 2008.

⁵ À ce sujet v. not., « La crise du coronavirus bien pire que celle de 2008, juge l'ex-n°1 de la Banque d'Angleterre », *Capital, Entreprises et Marchés*, 23 fév. 2020 ; ou encore, « Le coronavirus fera souffrir l'économie mondiale pendant des années », avertit l'OCDE, *Capital, Entreprises et Marchés*, 23 fév. 2020.

⁶M. CHARREL, V. CHOCRON, « Dix ans après la crise financière, 'il ne faut pas compter sur le secteur pour être raisonnable' », *Le Monde*, 14 sept. 2018.

⁷ Bien que non contraignants, ces accords sont censés marquer l'intérêt des États financiarisés d'assainir un maximum les pratiques des acteurs au travers d'un dispositif prudentiel destiné à mieux appréhender les risques bancaires par l'existence de ratios sécurisant le marché. L'on dénombre ainsi avant la crise de 2008 les accords Bâle I de 1988 et Bâle II de 2004-2008. Marqueur d'une bonne volonté, ils se sont révélés insuffisants à prévenir le cataclysme des *subprimes* et ont conduit à une nouvelle prise de conscience au travers des accords Bâle III de 2010 et Bâle IV de 2017.

crédit de la décennie. S'il n'est ainsi pas resté circonscrit à un pays donné, c'est notamment dû, depuis un certain temps, à une certaine convergence des pratiques des établissements de crédit et, partant, l'émergence de contentieux similaires dans les différents États membres de l'Union européenne⁸. Or, cet axiome va particulièrement se vérifier dans le cadre de cette affaire des prêts en devises, du nom de ces prêts octroyés depuis 2007 aux consommateurs européens qui semblent avoir pris une tournure « *toxique* » pour des milliers d'entre eux, tel un cocasse écho aux crédits toxiques américains. Nouveauté issue de banques hongroises, l'objectif était alors de proposer des prêts libellés en devises étrangères et remboursables soit dans la même devise soit dans la devise nationale (*selon les prêts*). Cependant, cette innovation s'est répandue telle une « *traînée de poudre* » au sein de toute l'Europe de l'Est finissant par convaincre les établissements de crédit français, qui y ont vu l'opportunité de bénéficier de taux d'intérêts plus intéressants car fondés sur une monnaie réputée solide et stable : le franc suisse⁹. Pour les emprunteurs, le gain « *miroité* » était également de taille puisqu'ils faisaient un pari sur une éventuelle baisse de la charge de leur dette en cas d'appréciation de l'euro face au franc suisse (*ou dit autrement, de dépréciation du franc suisse face à l'euro*)¹⁰.

Bien mal leur en a pris. En effet, le désordre suscité par la circulation des *subprimes* dans l'économie rend très rapidement les banques européennes suspicieuses à l'idée de se prêter les unes aux autres, sur le marché interbancaire. Celles-ci cherchent alors à se refinancer davantage en francs suisses, entraînant inéluctablement une tension à la hausse de la devise, qui va s'opérer aux dépens exclusifs des emprunteurs de prêts en devises qu'ils soient roumains, hongrois, polonais¹¹, ou encore français. Pire encore, face aux contre-mesures de *quantitative easing* menées contre la crise par la Banque Centrale Européenne¹², la Confédération Helvétique se voit contrainte, en 2015, de supprimer le taux de change plancher de sa monnaie¹³, consommant définitivement son « *décrochage* » à la hausse¹⁴. Dès lors, la débâcle est totale dans les mensualités de remboursement des emprunteurs, l'évolution

⁸ H. CLARET, « Chronique de contrats spéciaux (2ème partie) », LPA 12 juin 2018, n° 137c5, p.4

⁹ X. HENRY, « Synthèse de jurisprudence – Prêt indexé sur le franc suisse, Observatoires des contentieux », Obs. n° 9, 02 janvier 2021.

¹⁰ T. SAMIN, S. TORCK, « Les prêts Helvet Immo à l'épreuve du droit consommériste », RD banc. et fin., n°4, juillet 2017, comm. 144.

¹¹ « Krach en Suisse : la Pologne et la Croatie dans la tourmente », *Le Figaro*, 15 janv. 2015

¹² Nom donné à ce nouveau type de politique de relance monétaire, d'inspiration américaine, menée par la Banque centrale européenne à la suite de la crise, et passant par l'injection importante de liquidités dans l'économie européenne. Plus cette politique expansionniste est forte, plus la quantité de monnaie circulante augmente, entraînant en contrepartie une dépréciation de sa valeur et donc, dans le cas présent, la diminution de l'euro entraîne relativement une appréciation du franc suisse.

¹³ Le taux plancher était alors de 1 euro pour 1,2 franc suisse.

¹⁴ H. ROUSSEAU, « Krach boursier en Suisse après une décision monétaire historique », *Le Figaro*, 15 janv. 2015.

défavorable de leur taux de change accroissant parfois leur dette jusqu'au triple de l'emprunt initial. S'il fallait ainsi approximativement 68 centimes d'euros pour acquérir 1 franc suisse en 2008, environ 88 centimes étaient devenus nécessaires pour la même conversion en 2018, soit une augmentation de près de 30 %¹⁵. Dans certains cas, c'est près de 60% de hausse qu'a subie la charge de la dette initiale¹⁶.

2) Le contentieux français

4. **Contentieux multiforme.** En France, de par ses multiples enjeux et son caractère massif impliquant des charges économiques très lourdes pour des milliers de particuliers européens, l'aspect jurisprudentiel des prêts en devises a pris une véritable dimension « *transcendantale* » avec les années, dont l'affaire la plus emblématique n'est autre que celle des prêts « *Helvet Immo* », bien que d'autres prêts soient également concernés. Sur un plan pouvant se traduire comme « *horizontal* », le contentieux se décline ainsi de manière multisectorielle, formant un véritable croisement avec le droit bancaire, financier, monétaire, consumériste ainsi qu'avec le droit pénal s'agissant des sanctions afférentes aux manquements mais également le droit commun des contrats en ce qui concerne les conditions de validité d'un contrat, expliquant par la même la complexité du régime des prêts en devises¹⁷. Sur un plan davantage « *vertical* », il a fait, et continue de faire, intervenir de nombreuses juridictions différentes, à l'échelle nationale et supranationale, confrontant des positions conceptuelles complexes et parfois opposées entre les juges du fond, la Cour de cassation et la Cour de Justice.

5. **Circonscription de la portée de l'étude** - À tous ces égards, certaines particularités « *franco-françaises* » méritent donc d'être mises en lumière pour saisir plus nettement les subtilités de cette bataille juridique exceptionnelle et ainsi fixer le cadre de cette étude de manière pertinente.

Pour commencer, le prêt en devises français s'est majoritairement inscrit dans le cadre supposément attractif d'une formule d'investissement locatif. L'objectif pour l'emprunteur était ainsi d'acheter un bien au moyen de ce produit *a priori* avantageux (*taux inférieurs à ceux présents en France*), pour ensuite le placer en location et ainsi bénéficier d'abattements

¹⁵ G. CATTALANO, « Prêts en francs suisses : peu d'espoir pour les emprunteurs », *Deffrénois* 15 nov. 2018, n° 141n8, p. 27.

¹⁶ F. SCHMIDIGER, « Emprunts en devise : le Crédit Agricole condamné », *Le Figaro Particuliers*, 29 août 2018.

¹⁷ C. KLEINER, « Les prêts libellés en devises octroyés aux particuliers : l'inutile réforme ? », *RDBF* 2017, dossier 20, n° 26.

d'impôts au titre des lois Robien¹⁸ ou Scellier¹⁹ lui permettant de financer une partie de son emprunt. Par conséquent, il semble adéquat de faire porter l'analyse-ci présente, uniquement sur des prêts immobiliers.

Ensuite, les prêts libellés en devises étrangères ont pu être accordés dans le cadre de contrats administratifs, commerciaux ou d'adhésion (*comprendre ici, comme relevant du droit commun*) mais la majorité des enjeux portés par ce contentieux va avoir lieu sur le terrain de la consommation²⁰, aussi apparaît-il avisé d'y circonscrire notre analyse, ce qui n'empêchera pas de recourir à certaines analogies avec ces autres domaines.

Plus encore, puisque les prêts en cause ont été octroyés par un prêteur professionnel, cela justifie l'attrait du droit bancaire dans l'affaire, que nous évoquerons, puisqu'en vertu de l'article L. 511-5 du Code monétaire et financier, seul un établissement de crédit ou une société de financement peut effectuer des opérations de crédit à titre habituel. À ce titre, rappelons que « *constitue une opération de crédit tout acte par lequel une personne agissant à titre onéreux met ou promet de mettre des fonds à la disposition d'une autre personne ou prend, dans l'intérêt de celle-ci, un engagement par signature tel qu'un aval, un cautionnement, ou une garantie* »²¹.

Surtout, l'objet du contrat étant la mise à disposition d'une somme d'argent, cela va forcément induire une intervention de la législation monétaire. À cet égard, s'agissant des prêts libellés en devises étrangères, ceux-ci vont être soumis à certaines exigences supplémentaires tirées notamment des « *règles d'usage de la monnaie* » relatives aux clauses d'indexation et aux modalités de paiement en France, celles-ci relevant du droit national des États membres. Or, en France, le Code monétaire et financier subordonne la licéité de l'indexation caractérisant de tels prêts au fait qu'elle soit le fruit d'une relation directe « *avec l'objet du statut ou de la convention ou avec l'activité de l'une des parties* »²². À ce sujet, la Cour de cassation retient depuis de nombreuses années la présomption selon laquelle une indexation est toujours en lien avec l'activité d'un établissement de crédit²³, de par ses

¹⁸ Loi n° 2003-590 du 2 juillet 2003 urbanisme et habitat (1), dite « *Loi Robien* ».

¹⁹ Loi n° 2008-1443 du 30 décembre 2008 de finances rectificative pour 2008 (1), dite « *Loi Scellier* », venue remplacer la loi Robien. Aujourd'hui abrogée.

²⁰ Des prêts en devises ont notamment été octroyés à un certain nombre de collectivités territoriales. Cependant, tout d'abord, le contentieux a rapidement été réduit du point de vue législatif du fait de la loi validant les emprunts consentis aux collectivités et du processus mis en place invitant les collectivités à renoncer aux actions judiciaires. Il a ensuite été largement atténué dans le cadre des procédures déjà ouvertes, la jurisprudence considérant notamment les collectivités comme étant averties. Pour davantage d'informations à ce sujet, v. D. LEGAIS, « *Emprunts toxiques* », RTD Com. 2018, p.999.

²¹ C. mon. et fin., art. L. 313-1 al. 1.

²² C. mon. et fin., art. L. 112-1.

²³ V. par ex : Cass. com. 22 mai 2001, n° 98-14406 ; Cass. civ. 1ère, 29 mars 2017, n° 15-27231 ; V. encore : Cass. civ. 1ère, 10 avril 2019, n° 17-20722 (« *la clause d'indexation litigieuse étant en relation directe avec l'activité de banquier la cour d'appel en a déduit, à bon droit, que la clause litigieuse, fût-elle afférente à une opération purement interne, était licite* »).

opérations spécifiques²⁴ mais cela est bien loin d'être le cas pour d'autres acteurs²⁵. Un raisonnement aux allures d'implacabilité qui n'en demeure pas moins un non-sens pour certains observateurs²⁶, relevant ainsi que cela se justifie uniquement si l'on considère une devise comme un indice. Cependant, les indices ne sont-ils pas censés refléter l'activité d'un secteur économique particulier ? La question se pose, et même à supposer le postulat de l'indice fondé, il peut être critiquable d'affirmer qu'un indice « *monnaie étrangère* » a un lien avec l'activité d'un établissement de crédit de par son simple statut, surtout que choisir une autre devise est précisément une référence déliée de l'objet du contrat puisque celle-ci est « *étrangère* ». Le débat a le mérite d'être pertinent, cependant si cette position peut être vue comme discutable, elle n'est pas moins indiscutée par la jurisprudence, aussi sera maintenu ce postulat pour la suite des développements.

Par ailleurs, nous sommes en présence de prêts assortis d'un taux variable, une caractéristique doublant ainsi le risque pour l'emprunteur qui se voit supporter à la fois le risque lié à la variabilité du taux et des cours. Le taux variable, à l'inverse du taux fixe, est, effet, un taux d'emprunt évoluant chaque année à la date anniversaire du prêt, et révisé en fonction de l'indice Euribor, qui est le taux interbancaire de la zone euro. L'incertitude liée à la connaissance du coût final du crédit (*ainsi qu'à sa potentielle hausse*) est en principe compensée par des taux réputés plus bas que les taux fixes. Or, en France, c'est justement face au constat d'une perte de compétitivité de ces taux, que les établissements bancaires ont souhaité se tourner vers cette valeur « *refuge* » du franc suisse.

Enfin, l'ACPR a, certes, pu émettre plusieurs recommandations²⁷ (*s'inscrivant dans la continuité de la recommandation CERS 2011/1 du Conseil européen du risque systémique*²⁸)

²⁴ Son activité portant notamment sur des opérations passées sur les marchés internationaux de devises pour assurer son approvisionnement en ressources financières, comme le rappelle souvent les juges du fond. V. par ex : CA Nancy (2e ch. civ.), 26 janvier 2017, n° 15/02576.

²⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 11 oct. 1989, n° 87-16341 (prêt entre personnes physiques avec contrevaletur à payer en francs français d'une somme exprimée en francs suisse : « *la cour d'appel a exactement déduit que, sous l'apparence d'un acte juridique régulier, l'opération, soumise au droit interne, comportait une indexation déguisée contraire aux dispositions d'ordre public de l'ordonnance n° 58-1374 du 30 décembre 1958 modifiée qui prohibent les indexations lorsque, comme en l'espèce, elles ne sont pas en relation directe avec l'objet de la convention ou avec l'activité de l'une des parties* ») ; V. encore : Cass. civ. 3e, 18 octobre 2005, n° 04-13930 ; Bull. civ. III, n° 196 (bail commercial notarié incluant le paiement d'une « *indemnité de dépréciation* » en dollars ; *s'agissant d'un contrat de droit interne, la monnaie de paiement devait être nécessairement le franc ou l'euro et non une monnaie étrangère, ce qui équivalait à une indexation dont la référence n'avait aucune relation avec l'une ou l'autre des parties et en en déduisant que la clause litigieuse, prohibée par l'ordonnance du 4 février 1959 modifiant l'article 79 de l'ordonnance du 30 décembre 1958, devait être annulée et la somme versée restituée*) ou encore : Cass. 1^{ère} civ., 9 avr. 2015, n° 13-24183 (Cabaret Courtois c/ SCI Société de l'Extrême-Orient, D.).

²⁶ T. SAMIN, S. TORCK, « Les prêts Helvet Immo à l'épreuve du droit consommériste », RD banc. et fin., n°4, juillet 2017, comm. 144. ; ou encore, C. KLEINER, « Les prêts libellés en devises octroyés aux particuliers : l'inutile réforme ? », RDBF 2017, dossier 20, n° 26.

²⁷ AUTORITÉ DE CONTRÔLE PRUDENTIEL, *Recommandation sur la commercialisation auprès des particuliers de prêts comportant un risque de change*, n° 2012-R-01, 6 avr. 2012 ; ainsi que : AUTORITÉ DE CONTRÔLE PRUDENTIEL ET DE RÉOLUTION, *Recommandation sur la commercialisation auprès des particuliers de prêts comportant un risque de change*, n° 2015-R-04 du 2 mars 2015, aujourd'hui modifiée depuis le 6 décembre 2019.

allant dans le sens d'une transparence accrue à l'égard des emprunteurs. Cependant, si celles-ci sont utiles intellectuellement et ont certainement été un guide des plus opportuns pour le législateur français, elles n'en demeurent pas moins postérieures à la majorité des prêts octroyés qui font l'objet de cette étude et, en dépit de certaines prévisions des observateurs²⁹, ont été, dès lors, d'office écartées par la jurisprudence³⁰. Aussi, il ne semble pas adapté de s'y référer davantage dans le cadre de cette contribution. Tout au plus, à des fins d'exhaustivité, nous rappellerons que l'institution a fait preuve d'une pertinence indéniable en identifiant très rapidement la problématique qui allait se poser devant les juridictions nationales et européenne puisqu'elle a énoncé, entre autres, que « *le risque de change étant une caractéristique essentielle du contrat de prêt et compte tenu des effets particuliers qu'il peut avoir sur l'emprunteur, il convient d'expliquer à l'emprunteur, lors de la proposition, le risque de change associé au prêt par la remise d'un document distinct de tout autre* ». Dans le cadre de ces documents supplémentaires, elle a également souligné l'importance de fournir différentes simulations exposant une variation défavorable d'envergure du taux de change, ainsi que celle de communiquer régulièrement (*une fois par an*) sur le capital restant dû qui devait être comparé avec les montants initiaux.

3) Les actions civiles menées dans le cadre des prêts en devises

6. Actions civiles variées aux fortunes diverses. – Ces précisions ayant été opérées, il convient de préciser les contours des actions menées, sur le plan civil, par les consommateurs à l'encontre des établissements de crédit. Dénotant du millefeuille normatif applicable aux prêts en devises, quatre axes majeurs vont ainsi être retenus et continuent toujours d'être utilisés dans les multiples argumentaires des demandeurs, rencontrant des fortunes diverses.

7. L'hypothèse du bouclier financier écartée d'office au niveau européen. – À titre liminaire, notons qu'une approche sur le plan financier aurait été *a priori* envisageable, à raison de la nature même « *de l'activité du prêteur – établissement de crédit –*, qui en

²⁸ COMITE EUROPEEN DU RISQUE SYSTEMIQUE, *Recommandation concernant les prêts en devises*, 21 septembre 2011, n° CERS/2011/1, sect. 1

²⁹ G. CATTALANO, « *Clauses abusives et prêt en francs suisses : retour sur la transparence des clauses* », RDC 2019, n° 115y5, p. 109.

³⁰ V. par ex : CA Montpellier (2e ch.), 5 mai 2015, n° 14/01757 ; CA Douai (8e ch. sect. 1), 17 septembre 2015, n° 14/07861, CA Paris (pôle 5 ch. 6), 31 décembre 2015, n° 14/24721. Dans la majorité des arrêts d'appel, qui n'ont pas été censurés à ce sujet par la Haute juridiction, était ainsi relevée qu'une recommandation de l'ACP ne peut être rétroactive et ainsi permettre de constituer une preuve d'une éventuelle faute du prêteur, telle que la circonstance de simulation aux proportions largement inférieures à ce qui était préconisé par l'autorité dès 2012.

proposant un crédit impliquant plusieurs opérations sur les marchés monétaires, peut alors être considéré comme un prestataire de service d'investissement »³¹. Présentant un intérêt certain, elle permettait, en effet, de faire bénéficier l'emprunteur (*devenu « investisseur »*) d'un régime particulier de protection issue de la directive MIF³², imposant au prestataire de service d'investissement d'évaluer le caractère adéquat ou approprié du service proposé, sans avoir à démontrer une quelconque qualité « *profane* » de l'emprunteur. Soulevée justement par un consommateur hongrois de prêts en devises devant la Cour de justice, cette interprétation va rapidement être écartée par le juge européen, dès 2015, dans une décision *Banif Plus Bank Zrt*³³. En effet, si la CJUE relève que les opérations de change ne figurent pas dans l'annexe de cette directive qui se veut exhaustive, elle ajoute que celles-ci n'ont, de toute manière, qu'un caractère accessoire dans le contrat en cause. Elles s'analysent ainsi uniquement comme des modalités d'exécution du contrat de prêt en cause, qui n'a jamais eu d'autre finalité que celle de mettre à disposition du capital par le prêteur à l'emprunteur et non réaliser un investissement³⁴. L'octroi de crédit aurait, en outre, effectivement pu être perçu comme auxiliaire à un service d'investissement, encore aurait-il fallu qu'il tende à réaliser une transaction sur instruments financiers, ce qui n'était probablement pas le cas dans l'affaire soulevée, selon la Cour³ qui évince donc par la même occasion l'opportunité des emprunteurs de se protéger derrière le bouclier informationnel du droit financier.

8. Les particularités avantageuses pour les emprunteurs du versant monétaire français. – Le premier versant de la contestation des emprunteurs va donc être éclairé par la dimension monétaire du contentieux et permettre d'opérer une distinction entre les différents prêts en devises octroyés, avec des conséquences notables.

En effet, comme nous avons pu le voir, les prêts tirés de ce contentieux, étant libellés dans une monnaie étrangère, sont soumis à législation monétaire imposant une relation directe avec l'activité d'une des parties, celle du banquier dispensateur du crédit remplissant bien cette condition selon la Haute juridiction³⁵. Cependant, cette analyse doit s'articuler, s'agissant des contrats internes³⁶, avec un autre principe jurisprudentiel de droit monétaire d'interdiction de

³¹ C. KLEINER, « Les prêts libellés en devises octroyés aux particuliers : l'inutile réforme ? », RDBF 2017, dossier 20, n° 26.

³² Dir. 2004/39/CE concernant les marchés d'instruments financiers dite « MIF » ou « MiFID ».

³³ CJUE, 3 déc. 2015, aff. C-312/14, *Banif Plus Bank Zrt*.

³⁴ CJUE, 3 déc. 2015, préc., pt. 57 à 64.

³⁵ V. *supra*, § 5.

³⁶ Par opposition aux contrats internationaux revêtant un élément d'extranéité tels que les contrats soumis à une loi étrangère ou conclus avec des travailleurs transfrontaliers. Ceux-ci ne feront pas l'objet de notre étude car beaucoup plus marginaux, bien que des juridictions françaises aient pu avoir à se prononcer sur ces derniers ; V. par ex : CA Pau (2e ch. sect. 1), 29 mai 2008, RG n° 06/03443 (ouverture de crédit pour un besoin de refinancement de trésorerie et constitution d'un portefeuille – absence de remise en cause du choix de la monnaie suisse comme monnaie de paiement) ; ou encore CA Besançon (1ère ch.

paiement en monnaie étrangère formulé depuis 1917³⁷ et aujourd’hui codifié à l’article 1343-3 du Code civil³⁸ via l’ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016³⁹.

En ce sens, il convient ainsi de distinguer entre la clause de monnaie de compte et la clause de paiement en monnaie étrangère. Autrement dit, si le contrat oblige le débiteur à payer en monnaie étrangère, la clause est alors illicite. Cette précision a son importance car elle a conduit à l’éviction de nombreux contrats ainsi stipulés notamment auprès du Crédit Agricole et du Crédit mutuel⁴⁰ où la Cour de cassation a logiquement confirmé l’analyse des juges du fond. Ces derniers relevaient ainsi, en substance, que la clause selon laquelle l’emprunteur devait nécessairement acquérir des devises par l’intermédiaire de son compte en euros en vue de rembourser le prêt, démontrait que celui-ci n’était remboursable qu’en monnaie étrangère, et par conséquent, que la monnaie de paiement était étrangère⁴¹. Or, « *dans les contrats internes, la clause obligeant le débiteur à payer en monnaie étrangère est nulle et de nullité absolue car portant atteinte au cours légal de la monnaie* ». Efficace, cette protection n’en est pas moins disponible qu’à la demande de l’emprunteur, et n’a pas à être soulevée d’office par le juge, ce qui a pu conduire, paradoxalement, à la résurgence ponctuelle de ce type de prêts dans des arrêts très récents⁴².

9. Le cas particulier des prêts *Helvet Immo*. – Bien entendu, si cette analyse a pu apparaître providentielle pour certains emprunteurs lésés, nombre sont ceux qui avaient davantage conclus des prêts libellés en francs suisses et remboursables en euros. Autrement dit, des prêts à l’« *indexation déguisée* »⁴³, où seule la clause de monnaie de compte avait été stipulée en devises étrangères, écartant *ipso facto* la protection offerte par l’aspect monétaire

civ. com.), 23 avril 2019 : RG n° 17/01663 (*prêt immobiliers en francs suisses pour travailleur frontalier – absence de déséquilibre significatif*).

³⁷ Cass. req., 11 juill. 1917, *Schreter c/ Whishaw*.

³⁸ L’ancien article 1343-3 du Code civil disposait ainsi que « *le paiement, en France, d’une obligation de somme d’argent s’effectue en euros. Toutefois, le paiement peut avoir lieu en une autre devise si l’obligation ainsi libellée procède d’un contrat international ou d’un jugement étranger.* ». Le nouvel article, tel qu’issu de la loi de transposition, a fait l’objet d’un remaniement du texte qui se voit adjoindre un second alinéa comme suit : « *Toutefois, le paiement peut avoir lieu en une autre monnaie si l’obligation ainsi libellée procède d’une opération à caractère international ou d’un jugement étranger. Les parties peuvent convenir que le paiement aura lieu en devise s’il intervient entre professionnels, lorsque l’usage d’une monnaie étrangère est communément admis pour l’opération concernée* ».

³⁹ Bien que légèrement modifiée par la loi de transposition du 20 avril 2018 (n°2018-287) pour accueillir une option à l’égard des contrats conclus entre professionnels.

⁴⁰ Cass. civ. 1ère, 11 juill. 2018, n° 17-19.873 ; v. égal. Cass. civ. 1ère, 27 novembre 2019, n° 18-19.678.

⁴¹ C. KLEINER, « Emprunts en devises : application du principe d’interdiction du paiement en monnaie étrangère pour les contrats internes », *Gaz. Pal.* 23 oct. 2018, n° 333r0, p. 61.

⁴² V. *infra*, § 51 (dans le cadre de l’objet du contrat) ; § 130 (dans le cadre du relevé d’office).

⁴³ En principe, l’indexation classique consiste à faire varier un élément – tel que le prix – en fonction d’une autre donnée, de manière expressément stipulée. À l’inverse, la clause d’indexation déguisée, notion jurisprudentielle française spécifique à ce type de prêt, ne résulte d’aucune mention expresse, mais davantage de la synergie de différentes clauses.

de ce contentieux. Pour ces emprunteurs-ci, il fallut donc actionner d'autres leviers d'argumentation pour contester leur contrat de prêt, comme nous le verrons plus après⁴⁴.

En France, c'est dans le cadre de l'affaire *Helvet Immo*, qu'ont pu s'illustrer ces prêts à l'indexation déguisée. Produits issus de la BNP Paribas *Personal Finance*, ils avaient été ainsi élaborés par l'établissement pour lutter contre la baisse de compétitivité des taux variables face aux taux fixes, une dépréciation qui était, en effet, en mesure d'affecter durablement la viabilité du modèle économique de la firme.

Puisque ce seront majoritairement ces prêts qui serviront de fondement à notre analyse, il convient, dès à présent, d'en expliquer succinctement leur fonctionnement. Deux périodes pouvaient ainsi se distinguer dans la vie de ce produit. La première, d'une durée de 3 à 5 ans selon les stipulations, voyait le taux de change fixé à celui existant au moment de la conclusion du contrat. La seconde, laissait ensuite le taux du prêt s'indexer classiquement sur le taux de change franc suisse – euro. Or, cette dernière période était nécessairement bien plus longue puisque les prêts étaient destinés à financer d'important investissements locatifs – de quinze ou vingt ans – ce qui tendrait *a priori* à relativiser une prévisibilité fiable des échéances de remboursement. Les évolutions du taux de change, quant à elles, pouvaient se manifester en principe autant à la hausse qu'à la baisse et ce, sans véritable plafond, induisant un véritable risque de change pour l'emprunteur (« *clause de risque de change* »⁴⁵). Parallèlement à ce mécanisme, était aménagée une option (« *clause de levée d'option* ») : tous les 5 ans, l'emprunteur pouvait opérer la conversion du capital restant dû en euros mais augmenté selon un taux particulier. Enfin, le risque inhérent à la variation du taux de change, était accru par la possibilité de déplafonnement totale des mensualités (« *clause de déplafonnement des mensualités* »). En effet, si la variation s'opère de façon défavorable à l'emprunteur, il était en principe prévu que les mensualités restent les mêmes et puissent s'effectuer sur 5 années supplémentaires maximum (« *clause d'allongement de la durée du contrat* »). Cependant, si la BNP PPF constatait que ce délai n'était pas suffisant pour rembourser le capital restant dû, alors pouvaient être augmentées sans limite les mensualités afin que les emprunteurs puissent finir de régler dans ces cinq années supplémentaires.

⁴⁴ V. *infra*, § 10 et s.

⁴⁵ À noter, nous le verrons, que cette clause n'était pas forcément stipulée, ou alors simplement sous la forme d'une simple clause formelle, sans information sur l'ampleur réelle du risque.

10. L'usage non concluant du versant bancaire contractuel. – La première approche fut de solliciter très logiquement le droit bancaire, notamment par le biais d'un manquement au devoir de mise en garde et d'information à l'égard des emprunteurs.

S'agissant du premier, il est à l'origine le fruit d'une construction prétorienne, sur laquelle les chambres civiles et commerciales ont longtemps connu une certaine « *dissonance* » pour finir par sembler se concilier en 2005⁴⁶, solution qui sera définitivement adoubée par la chambre mixte deux ans plus tard⁴⁷. Aujourd'hui, il pourrait se traduire par un devoir incombant au banquier dispensateur de crédit d'alerter un emprunteur non averti, compte-tenu de ses capacités financières, si l'octroi d'un prêt est de nature à entraîner un risque d'endettement excessif par rapport à ses capacités financières⁴⁸. Au-delà des difficultés classiques entourant le standard d'emprunteur non averti (*rationae personae*), cette forme d'« *obligation d'information renforcée* », pourrait également tendre à voir son champ varier avec le contenu de la notion de « *risque* » (*rationae materiae*). Dans le cadre des prêts en devises, la Cour de cassation n'a pas accueilli favorablement ce moyen, malgré certaines décisions des juges du fond en faveur des emprunteurs⁴⁹. La raison d'une telle direction est évidemment probatoire : dans la majorité des espèces, la preuve n'était pas apportée qu'en lui-même le prêt libellé en francs suisses comportait un risque d'endettement excessif. Ce risque ne s'est, en effet, révélé qu'ultérieurement, lorsque l'euro s'est déprécié face au franc suisse. Bien entendu, ce raisonnement ne se tient qu'à supposer que la banque ne disposait pas d'une telle information avant la commercialisation du prêt litigieux...

La deuxième approche, quant à elle, se situe à la « *croisée des chemins* » de plusieurs aspects juridiques, puisqu'elle concerne le devoir d'information du banquier. Celui-ci ne provient pas directement du droit bancaire mais va trouver toute son utilité dans ce cadre particulier. En effet, il est, d'une part, tiré du devoir général d'information précontractuel lui-même issu d'un développement jurisprudentiel avant d'avoir été consacré par la réforme du droit des contrats en 2016⁵⁰, à l'article 1112-1 du Code civil⁵¹. L'article traite notamment de

⁴⁶ Pour la chambre civile : v. not. Cass. civ 1^{ère}, 12 juil. 2005, n° 03-10921 ; Cass. civ 1^{ère}, 12 juil. 2005, n° 02-13155 ou encore, Cass. civ 1^{ère}, 12 juil. 2005, n° 03-10770 ; Pour la chambre commerciale : v. not. Cass. com., 3 mai 2006, no 04-15517 ; Cass. com., 3 mai 2006, n° 02-1121 ou encore Cass. com., 3 mai 2006, n° 04-19315.

⁴⁷ Cass. mixte, 29 juin 2007, n°05-21.104 et n° 06-11.673, Bull. ch. Mixte 2007, n°07 et n°8.

⁴⁸ M. MIGNOT, J. LASSERRE CAPDEVILLE et a., *Droit bancaire*, Dalloz, Précis, 2e éd., 2019, p. 866.

⁴⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 12 sept. 2018, n° 17-17650, non publié au bulletin, Cass. civ. 1^{ère}, 3 mai 2018, n° 17-13593, publié au bulletin ou encore Cass. civ. 1^{ère}, 29 mars 2017, n° 15-27231, publié au bulletin.

⁵⁰ Ord. n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

⁵¹ C. civ., art. 1112-1 al. 1 à 3 : « Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant ; Néanmoins, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation ; Ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties. »

l'information « *déterminante* » détenue par l'une partie devant être communiquée à l'autre partie dès lors que celle-ci « *fait confiance à son cocontractant* », cette dernière allusion faisant directement référence à des organismes tels que les établissements de crédit. D'autre part, cette obligation est d'autant plus renforcée en droit de la consommation puisque l'article L. 111-1 a trait à l'obligation générale d'information du consommateur sur les caractéristiques essentielles et le prix des services et biens offerts, ce qui vise bien évidemment à s'appliquer en matière de crédit bancaire. Dans cette perspective, c'est d'ailleurs au professionnel, énonce l'article L. 111-5 du Code de la consommation, de prouver qu'il a correctement exécuté son obligation d'information, raison pour laquelle le banquier remet souvent nombre d'écrits à ses clients pour se prémunir de toute contestation ultérieure. L'on pourrait voir dans cet article une certaine similarité avec la règle de preuve prévue à l'article 1112-1 du Code civil⁵², à ceci près qu'ici, le consommateur n'a pas besoin de prouver que le professionnel lui devait cette information, puisque cette règle de preuve s'applique dès lors qu'est constaté l'aspect consumériste du contrat.

Dans le cadre des prêts en devises, l'exécution de ce devoir va principalement être remise en cause sur le point de savoir si la banque a effectivement informé l'emprunteur sur le risque de variation du taux de change. Pour l'instant réceptionné de manière restrictive par les juridictions nationales, celui-ci est d'une importance d'autant plus cruciale, qu'il va faire un certain écho avec l'exigence de transparence tirée de la législation des clauses abusives⁵³.

11. L'espoir offert par les dispositions protectrice du droit de la consommation. – C'est donc ici, parmi cet *imbroglio* juridique, que la sollicitation du droit de la consommation a pu apparaître astucieuse, et pour cause : selon les emprunteurs, outre les autres manquements de la banque, le contrat de prêt contiendrait en lui-même des clauses abusives, notamment celles ayant trait à l'indexation déguisée et au risque de change⁵⁴.

⁵² C. civ., art. 1112-1 al. 4 : « *Il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie* » ; À noter que cet article n'est autre que la simple transposition de la règle de droit commun issue de l'article 1353 du Code civil disposant que « *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.* ».

⁵³ Compte-tenu de la transparence matérielle qui va induire pour le prêteur l'obligation de communiquer une information bien plus conséquente sur le risque de change, V. *infra*, § 94 et s. À mettre en perspective avec la vision française de cette information, v. *infra*, § 106 et s.

⁵⁴ V. *infra*, § 17.

4) La législation des clauses abusives et son implication au cœur du droit du crédit

12. Un postulat de déséquilibre structurel. Issue de la directive 1993/13⁵⁵, la législation européenne luttant contre l'existence de clauses abusives répondait alors à un besoin de stabiliser le marché intérieur notamment via la protection de ses consommateurs. En effet, ces derniers pouvaient être durablement affectés économiquement en présence de clauses déséquilibrant trop fermement les droits et obligations des parties au contrat.

L'idée sous-jacente est alors la suivante : le consommateur se trouve dans une situation d'infériorité à l'égard du professionnel en ce qui concerne tant le pouvoir de négociation que le niveau d'information, situation qui le conduit donc à adhérer aux conditions rédigées préalablement par son cocontractant, sans pouvoir exercer une influence sur le contenu de celles-ci. Dès lors, un tel constat justifiait la mise en place d'une protection plus élevée pour cette partie réputée « *faible* », et soumise à des clauses ainsi potentiellement défavorables.

13. Une préexistence de la notion éparse entre les États membres. – Postulat consumériste louable s'il en est, il faut néanmoins saisir que le concept de clause abusive a constitué une véritable petite révolution dans l'Hexagone, où l'axiome « *qui dit contractuel, dit juste* »⁵⁶ a longtemps fait loi en droit civil. En effet, à partir des principes d'autonomie de la volonté et de force obligatoire des contrats, les rédacteurs du Code civil avaient estimé que cette liberté dans la détermination des stipulation contractuelles, emportaient une présomption d'équilibre du contrat s'imposant aux parties et pour lequel le juge ne devait pas intervenir sous peine de transformer la volonté initiale librement exprimée.

Jusqu'à la fin des années 70, aucun principe général n'assurait donc directement l'équilibre du contrat, bien que la lésion, la bonne foi, l'abus de droit ou la théorie de la cause aient pu ponctuellement, voire de manière marginale, servir à sanctionner une forme de déséquilibre contractuel. Un usage parcellaire dénotant bien de la volonté longtemps ancrée dans le paysage juridique français de préférer la sécurité des transactions à un équilibre contractuel effectif. Ce n'est pourtant pas faute d'avoir disposé de sources d'inspiration puisqu'outre Atlantique existait déjà, depuis 1962, le concept d'« *unconscionable clause* », et que progressivement la Suède (1971), le Royaume Uni (1973) ou encore l'Allemagne

⁵⁵ Dir. 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.

⁵⁶ Formule du philosophe Alfred Fouillée, illustrant la forte croyance de l'auteur et de ses contemporains en l'autonomie de la volonté et la liberté contractuelle, une croyance qui, si elle a eu ses précurseurs aux XVII^{ème} et XVIII^{ème} siècles, s'est surtout trouvée consacrée par les acquis de la Révolution française mis sous la cloche du Code civil de 1804.

(1976)⁵⁷ se sont dotés d'une législation à ce sujet, faisant de la France, figure de « *mouton noir* » de l'époque. Mais autre temps, autre mœurs, et le législateur français a fini par entrer dans le rang de cet autre principe très important, celui de la justice contractuelle⁵⁸, synonyme d'une vision plus protectrice et interventionniste dans l'équilibre de ce qu'on décrit comme étant la « *chose de parties* ». La loi *Scrivener* de 1978⁵⁹ va même tenter de proposer une définition proche de celle que l'on connaît aujourd'hui⁶⁰ mais le spectre tenace de la lésion⁶¹ conduit à lui substituer deux autres critères pour qu'une clause soit considérée comme abusive : d'une part, elle devait apparaître comme imposée aux consommateurs (*ou non professionnels*) par un abus de la puissance économique de l'autre partie, et d'autre part, elle devait conférer à cette dernière un avantage excessif.

14. Enjeux de la législation européenne. – Comme toujours avec le droit communautaire, l'objectif visé est avant tout de préserver le marché unique qui ne peut fonctionner de manière optimale tant que les consommateurs ne sont pas suffisamment protégés (*entraînant une perte de confiance à même de le dissuader d'opérer un certain nombre de transactions*)⁶² ou de manière trop disparate (*entraînant une distorsion de concurrence entre vendeurs et prestataires de service mais aussi entre pays-membres*)⁶³. L'objectif de la directive est même en réalité double : il en va autant de protéger les intérêts des parties que l'ordre juridique et économique. À ce titre, la Commission européenne a pu livrer certains éléments d'analyse très intéressants sur cette question dans son rapport sur l'application de la directive *Clauses abusives* de l'année 2000⁶⁴. Elle relève notamment qu'en termes économiques « *un risque doit être assumé par celui qui se trouve dans les meilleures conditions de contrôler ce risque ou de s'assurer contre celui-ci ; une obligation doit être assumée par celui qui est dans les meilleures conditions pour l'assumer* ». Or, « *les clauses contractuelles abusives déplacent la charge de ces risques et de ces obligations, en externalisant les coûts respectifs* » entraînant, d'une part, que « *les prix des produits et services ne reflètent pas les véritables coûts, provoquant des distorsions de concurrence en*

⁵⁷ J. CALAIS-AULOY, H. TEMPLE., M. DEPINCE, *Droit de la consommation*, Dalloz, Précis, 10e éd., 2020, § 167.

⁵⁸ L. ROLLAND, « 'Qui dit contractuel, dit juste.' (Fouillée) ... en trois petits bonds, à reculons », (2006) 51 R.D. McGill, p. 769.

⁵⁹ Loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services.

⁶⁰ Le texte définissait alors la clause abusive comme celle qui « *entraîne au détriment du consommateur un déséquilibre manifeste des droits et obligations des parties* ».

⁶¹ N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, C. AUBERT DE VINCELLES, G. BRUNAU, L. USUNIER, *Les contrats de consommation. Règles communes*, 2e éd., § 924.

⁶² Dir. 93/13/CEE, préc., 5^{ème} et 6^{ème} considérants.

⁶³ Dir. 93/13/CEE, préc., 2^{ème} considérant.

⁶⁴ COMMISSION EUROPÉENNE, *Sur l'application de la directive 93/13/CEE du conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, Rapport de la commission*, 27 avr. 2000, COM(2000)248 final.

faveur des entreprises les moins performantes et des produits et services de moindre qualité » et, d'autre part, que « *les coûts supportés par la collectivité sont supérieurs, car les risques et obligations sont mis à charge de personnes autres que celles qui pourraient les supporter de la façon économiquement la plus efficiente* »⁶⁵.

Par conséquent, pour lutter contre ces défaillances, le système de protection mis en œuvre va être exprimé autant sur le plan matériel que sur le plan procédural. Il s'agit, d'une part, à la fois d'innover les contrats consuméristes de clarté et compréhensibilité (art. 5.1⁶⁶) que d'identifier leur clauses abusives (art 3.1⁶⁷). Il est question, d'autre part, autant de faire en sorte que les clauses « *parasites* » ne puissent lier les consommateurs (art. 6.1⁶⁸) que d'assainir le marché via la mise à disposition de « *moyens adéquats et efficaces* » pour faire cesser l'utilisation de clauses abusives présentes dans les contrats de consommation (art 7.1⁶⁹).

Enfin, dans le but de fixer ce socle d'exigences communes, la directive est venue instaurer un cadre d'harmonisation minimal, ce qui n'a pas singulièrement « *rebattu les cartes* » pour certains pays, mais a toutefois permis de réduire les différences entre les niveaux de protection jusqu'alors disparates entre les États membres⁷⁰. Désormais, chaque pays de l'Union est soumis *a minima* aux mêmes règles, mais une marge de manœuvre est laissée dans le cas où un législateur national choisirait d'adopter une législation encore plus favorable aux consommateurs.

15. Champ d'application de la directive. – S'agissant de la directive elle-même, elle dispose d'un champ volontairement étendu. *Rationae personae*, elle s'applique aux contrats conclus entre consommateurs et professionnels. La notion de « *consommateur* » est définie par l'article 2, b, comme « *toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle* ». Quant à celle de « *professionnel* », l'article 2, c,

⁶⁵ COMMISSION EUROPÉENNE, *Sur l'application de la directive...* Rapport préc., p. 13.

⁶⁶ Dir. 93/13/CEE, préc., art. 5.1 : « *Dans le cas des contrats dont toutes ou certaines clauses proposées au consommateur sont rédigées par écrit, ces clauses doivent toujours être rédigées de façon claire et compréhensible. En cas de doute sur le sens d'une clause, l'interprétation la plus favorable au consommateur prévaut. Cette règle d'interprétation n'est pas applicable dans le cadre des procédures prévues à l'article 7 paragraphe 2* ».

⁶⁷ Dir. 93/13/CEE, préc., art. 3.1 : « *une clause d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle est considérée comme abusive lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi, crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat* ».

⁶⁸ Dir. 93/13/CEE, préc., art. 6.1 : « *Les États membres prévoient que les clauses abusives figurant dans un contrat conclu avec un consommateur par un professionnel ne lient pas les consommateurs, dans les conditions fixées par leurs droits nationaux, et que le contrat restera contraignant pour les parties selon les mêmes termes, s'il peut subsister sans les clauses abusives* ».

⁶⁹ Dir. 93/13/CEE, préc., art. 7.1 : « *Les États membres veillent à ce que, dans l'intérêt des consommateurs ainsi que des concurrents professionnels, des moyens adéquats et efficaces existent afin de faire cesser l'utilisation des clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs par un professionnel* ».

⁷⁰ J. CALAIS-AULOY, H. TEMPLE., M. DEPINCE, *Droit de la consommation*, Dalloz, Précis, 10e éd., 2020, § 167 et s.

énonce qu'il s'entend comme « *toute personne physique ou morale qui, agit dans le cadre de son activité professionnelle, qu'elle soit publique ou privée* ». Ce faisant, ainsi que le rappelle le 10^{ème} considérant, sont expressément exclus les contrats de travail et les contrats relatifs au droit de succession, au droit de la famille et au droit des sociétés. *Rationae materiae*, l'article 1.2 de la directive énonce que celle-ci n'est pas applicable aux « *clauses contractuelles reflétant des dispositions législatives ou réglementaires impératives ainsi que des dispositions ou principes des conventions internationales, dont les États membres ou la Communauté sont partis* », étant précisé que le 13^{ème} considérant y inclut les « *règles qui, selon la loi, s'appliquent entre les parties contractantes lorsqu'aucun autre arrangement n'a été convenu* ».

16. La compétence d'interprétation autonome du droit de l'Union. – Bien que la législation soit ancienne, la CJUE, conformément à sa compétence d'interprétation autonome des « *notions abstraites* » du droit de l'Union⁷¹, continue d'apporter des précisions sur la protection qui doit être conférée par le biais de la directive de 1993. L'objectif étant de constamment garantir l'effectivité du droit européen face à des juridictions nationales qui pourraient, d'une part, être prises de doute sur la mise en œuvre d'un aspect du dispositif, et d'autre part, se mettre à appliquer de manière non-conforme certains pans de cette législation communautaire.

17. L'influence de la CJUE dans le cadre des prêts en devise. – Face à des parties cherchant à exploiter toutes les subtilités du droit des clauses abusives, la Cour de justice va être conduite à se voir éminemment sollicitée dans le cadre des prêts en devises⁷². Ce faisant, elle va saisir l'occasion, à partir de son célèbre arrêt *Kásler*⁷³, pour donner un puissant second souffle à son interprétation aux fins d'en développer la portée au profit des consommateurs. En effet, les questions préjudicielles qui ont pu lui être soumises étaient notamment relatives à des clauses d'indexation et de risque de change. Or, celles-ci étaient analysées comme définissant l'objet principal, évinçant dès lors le contrôle de leur caractère abusif, pour autant qu'elles soient claires et compréhensibles. Cependant, que recouvrent véritablement les notions d'« *objet principal* » du contrat et de « *caractère clair et compréhensible* » ? La Cour va alors prendre position, et entre autres précisions, estimer que la transparence attendue doit

⁷¹ Traité de Fonctionnement de l'Union Européenne dit « *TFUE* », article 267.

⁷² M. ROUSSILLE, « Prêts en francs suisses : consolidation des solutions », *Gaz. Pal.* 25 févr. 2020, n° 371k5, p. 59

⁷³ CJUE, 30 avril 2014, aff. C-26/13, *Árpád Kásler, Hajnalka Káslerné Rábai*.

être substantielle, si bien que l'emprunteur doit en avoir compris les conséquences économiques réelles pour lui. Voilà qui laisse songeur sur l'étendue du rôle informationnel du prêteur, à la vue des milliers d'emprunteurs bien incapables de comprendre ce type de mécanisme de change par eux-mêmes. Bien entendu, les questions entourant le caractère abusif de l'indexation vont se poser pour d'autres clauses telles que celles relatives aux taux d'intérêts variables ou aux frais de commission, dont il ne pourra être fait de réels développements ici – compte-tenu de l'importance de notre sujet principal – mais pour lesquels les raisonnements mis en lumière dans le cadre de cette contribution, seront parfaitement à même d'en éclairer les enjeux.

Par ailleurs, la question de la notion de clause abusive n'est qu'une composante de l'équation constituée par la directive 93/13, et d'autres aspects, plus procéduraux, vont mériter une attention toute particulière en ce qu'ils ont également bénéficié de développements importants de la part du juge européen. En effet, nous y reviendrons, il importe bien peu qu'un droit soit porteur d'une protection matérielle étendue, si son efficacité demeure soumise à des voies de recours inadaptées. Ce faisant, si ces éléments sont parfois issus de litiges différents à celui de la présente étude, ils ne peuvent être ignorés, dans la mesure où ils vont justement permettre de rendre effective la protection dans le cadre du contentieux des prêts en devises. Dans cette perspective, c'est ainsi notamment l'office du juge *lato sensu* qui va se révéler être un vecteur clé de l'assainissement des contrats consuméristes, alors même que le jeu de la prescription va être progressivement remis en cause...

18. L'articulation de son analyse avec les juridictions nationales. – Cependant, quel que soit l'éclairage apporté par l'interprétation *in abstracto* de la Cour de justice, celle-ci n'a de portée réelle qu'à la condition de s'articuler avec l'analyse *in concreto* des juges nationaux en fonction des éléments de droit et de fait dont ils disposent. C'est pourquoi seule la confrontation des arrêts rendus par la CJUE avec ceux des cours d'appel ainsi que de la Cour de cassation pourra permettre de livrer une grille de lecture exhaustive de ce contentieux. Or, nous le verrons, la mise en œuvre de l'interprétation européenne par les juridictions françaises va cristalliser un certain nombre d'interrogations, certaines quant à l'aspect procédural de la protection, mais surtout quant à son aspect matériel. À ce titre, si le contentieux *Helvet Immo* a vu nombre de ses clauses connexes (*déplafonnement, levée d'option*) être contestées sur le terrain des clauses abusives, une fois encore, à l'instar de notre analyse européenne, il conviendra d'axer nos développements sur les clauses d'indexation et de risque de change,

bien que d'autres stipulations puissent être envisagées ponctuellement pour refléter de manière exhaustive la portée de ce litige.

5) Réactions communautaires et françaises

19. Contre-mesures d'envergure. – Loin d'être en retrait, la France puis l'Union européenne ont depuis pris des mesures « *draconiennes* » pour éviter plus longtemps la prolifération de ce type de prêts hautement risqués pour les consommateurs *néophytes*.

20. Une législation européenne favorable aux emprunteurs... – Le législateur européen est depuis plusieurs années très actif dans le domaine du crédit, puisqu'il avait déjà élaboré les directives 2008/48/CE, 2013/36/UE et le règlement (UE) n° 1093/2010, dont les origines remontent à près de quinze ans lorsque la Commission avait émis une recommandation « *relative à l'information précontractuelle devant être fournie aux consommateurs par les prêteurs offrant des prêts au logement* »⁷⁴. C'est pourquoi face aux nouveaux enjeux portés par les prêts en devise, il a logiquement infléchi sa législation en matière immobilière et pris en compte les problématiques apparues s'agissant du risque de change. Ainsi, était née la « *Directive Immobilier* » du 4 février 2014⁷⁵. Outre l'objectif initial de développer un marché du crédit plus performant et plus transparent, la crise et ses conséquences ont conduit le législateur européen à y adjoindre une volonté de responsabiliser les différents acteurs et assainir les pratiques du secteur⁷⁶. De nombreuses exigences générales ont ainsi été posées, que cela soit d'un point de vue de la formation du contrat (*information publicitaire, fiche d'information standardisée européenne personnalisée, mode de calcul du taux annuel effectif global, évaluation rigoureuse de la solvabilité du consommateur et période de réflexion ou de rétractation, etc.*), que de l'exécution du contrat (*modification du crédit, incitation à la tolérance de la part des prêteurs, etc.*) ou encore de l'éthique professionnelle.

Quoi qu'il en soit, dans le cadre des prêts en devises, la directive *Immobilier* a indéniablement constitué un moteur d'atténuation des risques d'opacité des clauses de conversion en devises étrangères et ce, « *du fait des règles spécifiques qui les concernent et notamment de l'obligation des États membres de prévoir un cadre juridique afin de limiter le*

⁷⁴ C. AUBERT DE VINCELLES, « Chronique Droit européen des obligations – Protection des emprunteurs immobiliers », RTD eur. 2014. 715.

⁷⁵ Dir. 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 et le règlement (UE) n° 1093/2010* ».

⁷⁶ Dir. 2014/17/UE du 4 février 2014, préc., Cons. 3.

risque de change auquel le consommateur est exposé dans le cadre du contrat de crédit' ou de l'obligation pesant sur les professionnels d'informer les consommateurs en cours d'exécution du contrat lorsque le taux de change subit des variations conséquentes »⁷⁷.

21. ...venant renforcer une législation française déjà protectrice. – Probablement inspiré des recommandations de l'Autorité de contrôle prudentiel⁷⁸, le législateur français, quant à lui, avait déjà pris une certaine avance en encadrant, dès 2013⁷⁹, l'octroi des prêts en devises étrangères. Depuis, il est venu renforcer le cadre légal préexistant, élargissant ainsi son champ d'application et intégrant les nouvelles exigences de la directive par une série d'interventions durant l'année 2016⁸⁰. Ce nouveau cadre, parmi ses nombreuses implications, vise notamment à prévenir le risque de change via une restriction des clients éligibles et une information accrue de ces derniers.

S'agissant, tout d'abord, de la limitation portée aux clients éligibles, le droit français a élargi le champ d'application du texte communautaire, tout en maintenant les conditions qui avait déjà été mises en place dans le droit interne. Au titre de ce champ d'application, l'on notera notamment que l'ancien article L. 312-3-1 du Code de la consommation disposait que *« les emprunteurs, personnes physiques n'agissant pas pour des besoins professionnels, ne peuvent contracter de prêts libellés dans une devise étrangère à l'Union européenne remboursables en monnaie nationale »*. Deux limites se faisaient ainsi ressentir : d'une part cela rendait, par exemple, inapplicable le texte à un emprunt libellé en couronnes danoises, alors même que le Danemark est bien un État membre. D'autre part, seuls les prêts libellés en devises étrangères et remboursables en monnaie nationale étaient concernés, c'est-à-dire, lorsque la devise étrangère n'était que la monnaie de compte. L'actuel article L. 313-64 a fort heureusement *« corrigé »* ces restrictions puisqu'il vise à présent les emprunteurs ayant souscrit des crédits immobiliers *« dans une devise autre que l'euro, remboursables en euros ou dans la devise concernée »*⁸¹. Bien entendu, en tout état de cause, les règles relatives aux contrats français demeuraient valables, notamment la prohibition d'une monnaie de paiement étrangère, et ce même s'ils remplissent les critères d'éligibilité de l'actuel article L. 313-64⁸².

⁷⁷ C. AUBERT DE VINCELLES, « Chronique Droit européen des obligations... », *op. cit.*

⁷⁸ V. *supra.* § 5.

⁷⁹ Loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires (1).

⁸⁰ Ord. n°2016-351 du 25 mars 2016 sur les contrats de crédit aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage d'habitation ; Décret n°2016-607 du 13 mai 2016 portant sur les contrats de crédit immobilier aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage d'habitation ; Décret 2016-622 du 19 mai 2016 portant transposition de la 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.

⁸¹ C. KLEINER, « Les prêts libellés en devises octroyés aux particuliers : l'inutile réforme ? », RDBF 2017, dossier 20, n° 26.

⁸² N. KILGUS, « L'encadrement du crédit immobilier en devises », Gaz. Pal. LPA, 01 juin. 2018, n° 131r2, p.39.

S'agissant de cette éligibilité, l'article L. 313-64 du Code de la consommation reprend la lettre de l'ancien article L. 312-3-1 et notamment ses *trois conditions cumulatives*. En premier lieu, l'emprunteur ne doit pas supporter le risque de change. Ce dernier est établi lorsque la variation du taux de change affecte le montant des échéances, la durée du prêt ou le coût total du crédit qu'il acquitte. À noter que lorsque l'emprunteur a souscrit une assurance ou un contrat financier le garantissant contre le risque de change sur toute la durée du contrat, le risque de change n'est pas considéré comme supporté par celui-ci⁸³. En deuxième lieu, une telle offre de prêt ne peut plus lui être adressée qu'à la condition qu'il ait déclaré sur l'honneur percevoir plus de la moitié de ses revenus annuels dans la devise d'emprunt, diminuant ainsi le risque de surcoût du prêt. En troisième lieu, cette même déclaration doit préciser, au moment de la signature du contrat de prêt, qu'il détient un patrimoine, financier ou immobilier, dans cette même devise, au moins égal à 20 % de l'emprunt considéré⁸⁴. Une solution qui a pu paraître insuffisante pour certains observateurs au point que soit introduit devant le Conseil d'État, un recours en annulation du décret d'application l'énonçant⁸⁵, resté néanmoins sans succès⁸⁶.

S'agissant, ensuite, de l'information étendue du client éligible, le droit français, déjà conforme à la directive, s'est contenté de reprendre les exigences dans sa nouvelle législation. Pourrait ainsi être relevée l'obligation pour le prêteur d'informer des risques via la FISE⁸⁷ et une simulation décrivant les conséquences d'une fluctuation de 20% du taux de change ou, en présence d'un plafond, le montant maximum. Également, il est important de souligner que le prêteur devra préciser « *si l'offre sera assortie ou non de la possibilité de convertir le crédit dans une autre monnaie et, dans l'hypothèse où cette faculté [soit] prévue, [il devra également en indiquer] ses conditions et modalités précises* »⁸⁸.

22. Un contentieux aux évolutions à prévoir - Désormais, depuis la directive *Immobilier* de 2014, force est de constater que l'octroi des prêts en devises semble, en pratique, quasiment rendu impossible dans la majeure partie des États membres, ou tout cas si strictement encadré, que les établissements de crédit devraient moins s'y risquer⁸⁹. Pour autant, nul besoin de rappeler que les lois ne valent que pour l'avenir et que la condition de

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ C. consom., art. R313-31.

⁸⁵ D. n° 2014-544, 26 mai 2014.

⁸⁶ C.E., 15 févr. 2016, n° 383143, Juris-Data n° 2016-002685.

⁸⁷ Fiche d'Information Standardisée Européenne.

⁸⁸ C. consom., art. R. 313-4.

⁸⁹ Pour la critique relative à la potentielle insuffisance des seuils conditionnant l'octroi de prêts en devise v. C. KLEINER, « Les prêts libellés en devises octroyés aux particuliers : l'inutile réforme ? », RDBF 2017, dossier 20, n° 26.

ceux qui ont pu contracter de tels prêts avant l'intervention du législateur, reste entre les mains de la jurisprudence, qui doit se prononcer eu égard de la loi ancienne et de tous les intérêts en présence⁹⁰.

Or, l'émulsion juridique créée par ce contentieux ne cesse d'avoir des retombées très importantes dont les incidences vont bien au-delà du simple cadre des prêts en devises, constituant une véritable opportunité de repenser la protection du consommateur de crédit et du consommateur en général par la CJUE et la Cour de cassation.

À ce titre, de nombreuses évolutions factuelles et juridiques sont encore à prévoir et bien que les observateurs d'hier aient pu apparaître peu optimistes au gré des décisions successives de la Haute juridiction, rien ne reste éternellement gravé dans le marbre jurisprudentiel. Bien au contraire d'ailleurs, et ce pour au moins trois raisons : tout d'abord, en parallèle de l'aspect civil du contentieux⁹¹, une action pour pratiques commerciales trompeuses semble mettre à jour une version beaucoup plus compromettante à l'égard de la BNP Paribas. Après plusieurs années d'investigation et d'audition diligentées par le juge d'instruction, le Tribunal correctionnel de Paris a reconnu la culpabilité de la banque incriminée⁹². Bien que cette dernière ait fait appel, il pourrait *a priori* sembler logique que les juridictions civiles tiennent compte de certaines révélations susceptibles d'éclairer l'affaire au niveau civil. Ensuite, la mise en examen de la BNP Paribas a achevé de convaincre les associations de se lancer « à l'assaut » des prêts en devises, une volonté se traduisant par l'action de groupe menée par la CLCV⁹³, association agréée de défense des consommateurs⁹⁴, à l'encontre de la BNP Paribas en 2016⁹⁵. Il s'agit pour elle que l'ensemble des victimes puisse être finalement effectivement indemnisé. Face aux importantes révélations de l'instruction, le juge civil saisi de cette action a d'ailleurs décidé de surseoir à statuer en attendant la décision *définitive* du juge pénal qui ne pourra intervenir que dans les prochaines années, compte-tenu de l'interjection en appel de BNP Paribas. Une situation soulignant bien la connexion exceptionnelle à l'œuvre entre les deux types de juridictions. Enfin, ces mêmes révélations paraissent avoir renforcé la détermination des emprunteurs français, qui ont formulé de nouvelles questions préjudicielles transmises par les juges du fond⁹⁶, et dont la récente réponse européenne pourrait bien remettre en cause le *statu quo* établi.

⁹⁰ La grande majorité des prêts ayant été octroyés entre les années 2008 et 2010.

⁹¹ V. *supra*, § 6 et s.

⁹² Tribunal correctionnel, 26 février 2020, aff. n°12290076010.

⁹³ Association « *Consommation Logement Cadre de Vie* ».

⁹⁴ C. consom., art. L623-1.

⁹⁵ P. FRASNETTI, *Action de groupe : BNP Paribas poursuivie pour ses prêts Helvet Immo annoncés sécurisés*, Le Figaro Particulier, 20 déc. 2016. V. égal. : TGI Paris, 17 mai 2017, n° 17/01643.

⁹⁶ V. par ex. TI de Lagny-sur-Marne, 2 août 2019, n°2017/23 (aff. C-609/19).

23. Problématique. – Eu égard aux enjeux et au contexte ainsi précisés, il conviendra de s’interroger sur le point de savoir dans quelle mesure la police des clauses abusives peut-elle constituer un vecteur d’assainissement du marché du crédit, et notamment du crédit en devises octroyé aux consommateurs français ?

24. Plan général. – Quand bien même la protection de la directive 93/13 se veut étendue, libérer les contrats consuméristes du joug des clauses abusives à même de les « *entacher* », demeure un procédé éminemment complexe, comme va venir en témoigner le conflit opposant les nombreux emprunteurs européens à leur différents établissements de crédit nationaux.

En ce sens, dans un premier temps, c’est l’analyse centrale de la notion de clause abusive qui apparaît mise à l’épreuve du contentieux des prêts en devises, celle-ci se retrouvant entravée par l’existence de clauses portant sur l’objet principal du contrat et justifiant, sous condition de leur transparence, leur évincement du contrôle du caractère abusif. Si la Cour de justice a relativisé cette levée de l’appréciation judiciaire, la Cour de cassation consacre une vision beaucoup ferme à l’égard des emprunteurs (Titre I).

Dans un second temps, si l’identification de ces clauses peut se révéler délicate, cela ne doit pas occulter le fait qu’une part importante de la protection tirée de la directive se retrouve également dans sa dimension procédurale, celle-ci venant encadrer les conséquences du constat de l’existence de telles clauses. Or, à ce titre, la Cour de justice est venue élaborer de considérables avancées, permettant de prolonger nettement la protection matérielle de la directive, et ce, bien au-delà du cadre des clauses propres au marché du crédit en devises. Certes, les retombées de ces développements dans le contentieux français semblent actuellement revêtir un aspect plutôt théorique, mais de nouvelles perspectives apportées sur le plan pénal, et très récemment, par le juge européen, conduisent à penser que la situation actuelle ne demeure guère inamovible très longtemps. À tous ces égards, il apparaît alors nécessaire d’appréhender l’éradication des clauses abusives à l’épreuve du contentieux des prêts en devises dans son aspect procédural avant d’observer la potentielle réalisation de cette éradication dans le cadre des prêts *Helvet Immo* (Titre II).

Les choses que nous concevons fort clairement et fort distinctement sont toutes vraies, mais [...] il y a seulement quelque difficulté à bien remarquer quelles sont celles que nous concevons distinctement.

~ R. DESCARTES, *Discours de la méthode*¹

- TITRE I -

L'ANALYSE DE LA NOTION DE CLAUSE ABUSIVE À L'ÉPREUVE DU CONTENTIEUX DES PRÊTS EN DEVISES

25. Plan. - Le droit consumériste, dont la directive *Clauses abusives* constitue l'un des piliers fondateurs, est un droit en constant mouvement, tant l'interprétation des textes par la CJUE peut se voir évoluer en fonction du contexte économique et politique. À ce titre, le contentieux des prêts en devises va permettre de mettre en exergue deux axes majeurs de la protection issue du texte européen. D'une part, celle-ci n'est pas omnipotente. Ainsi, même au sein du champ d'application de la directive, il est possible que le contrôle du caractère abusif ne puisse opérer en ce que les clauses contestées portent sur l'objet principal. Partant, cet objet va cristalliser un certain nombre d'enjeux s'agissant de son interprétation, enjeux que la CJUE va en partie éclairer à l'aune des clauses d'écart de change² et de risque de change (Chap. 1). D'autre part, la protection est innervée par une puissante exigence de transparence, puisque le caractère clair et compréhensible s'impose à tous les contrats consuméristes mais surtout déverrouille l'éviction du contrôle du caractère abusif portant sur des clauses principal. Or, le contentieux de prêts en devises va justement être l'occasion, pour la CJUE, de remanier extensivement cette notion (Chap. 2).

Bien entendu, l'analyse de la Cour de justice délivrée nécessairement *in abstracto*, rend obligatoire sa mise en œuvre *in concreto* par les juridictions internes, et notamment française. Or, si les conceptions doctrinales divergent quant à ce que doit revêtir l'objet principal d'un contrat de prêt en devises (Chap. 1), c'est surtout la mise en œuvre de l'appréciation de la transparence par la Haute juridiction, qui va susciter certaines interrogations (Chap. 2).

¹ R. DESCARTES, *Discours de la méthode*, Paris, 2000 (1637).

² Vocabulaire européen décrivant la clause d'indexation déguisée.

- CHAPITRE 1 -

L'objet principal exclu en principe de l'appréciation du caractère abusif

26. Plan. – La notion européenne d'objet principal du contrat est à la source d'une éviction du contrôle du caractère abusif des clauses contractuelles consuméristes tiré de la directive 93/13, qui a vu sa transposition varier entre les États membres (Sect. 1). L'apparition des prêts en devises et les risques qu'ils vont rapidement induire pour les consommateurs de nombreux pays européens, va alors constituer l'occasion pour la Cour de justice d'interpréter plus précisément les contours de cette notion, interprétation qui semble connaître une mise en œuvre conforme par la Cour de cassation (Sect. 2).

Section 1 – La notion d'« *objet principal* »

27. Une notion à l'allure nébuleuse en droit français. – La notion d'« *objet principal du contrat* » n'est pas nouvelle pour les praticiens mais elle a ceci de particulier qu'elle semble venir à contre-courant du droit français puisque n'existant pas dans celui-ci, ni selon la doctrine classique d'ailleurs. En effet, cette dernière a longtemps considéré qu'un contrat n'a pas d'objet, et *a fortiori* pas d'objet principal, mais qu'en revanche, il a bien des effets résidant dans la création d'obligations qui, elles, ont un objet : la prestation³. Depuis lors, deux conceptions plus originales semblent avoir pourtant pris place dans le paysage juridique français.

La première, une conception analytique, avec des auteurs qui, s'ils reconnaissent l'existence de l'objet principal, préfèrent se rapprocher de sa plus simple expression, l'obligation principale du contrat, initialement, une prestation en vertu de laquelle l'accord des volontés intervient, ou *a contrario* l'élément en l'absence duquel les parties n'auraient pas songé à former le contrat⁴. C'est alors à cette obligation que vont se rapporter toutes les autres.

La seconde conception se veut plus globale, avec un objet principal qui traduirait ce que les parties « *veulent accomplir ensemble, indépendamment des buts plus ultimes qu'elles*

³ S. CHAUDOUET, *Le déséquilibre significatif*, préf. N. Ferrier, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2021, t. 609, § 178

⁴ Selon G. RIPERT et J. BOULANGER, cités dans S. CHAUDOUET, *Le déséquilibre significatif*, préf. N. Ferrier, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2021, t. 609, § 182.

poursuivent individuellement, l'opération concrète souhaitée par eux »⁵. Ainsi, puisqu'il constitue la volonté commune, il ne devrait pas pouvoir être circonscrit à la seule prestation d'une partie, principale ou non d'ailleurs. De manière générale, « *ce ne serait qu'à l'issue de l'examen de l'économie d'un contrat donné et par un effort de hiérarchisation qualitative des éléments composant le contenu de celui-ci que l'on sera en mesure de découvrir ses prestations principales* »⁶.

28. Une notion clé de la directive Clause abusive. – Bien entendu, si la question de l'objet principal est aussi cruciale en droit de la consommation, c'est qu'elle va être à la source d'une exclusion au sein de la directive et plus particulièrement dans le cadre de son article 4. Celui-ci dispose ainsi que « *l'appréciation du caractère abusif des clauses ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation entre le prix et la rémunération [...]* ». Le 18^{ème} considérant de la directive éclaire quelque peu les enjeux de cette notion dans le cadre des contrats d'assurance, dénotant ainsi que c'est principalement celui-ci que le législateur européen a eu à l'esprit lors de la rédaction, bien que tous les contrats soient effectivement concernés. Il énonce ainsi que :

« pour les besoins de la présente directive, l'appréciation du caractère abusif ne doit pas porter sur des clauses décrivant l'objet principal du contrat ou le rapport qualité/prix de la fourniture ou de la prestation ; que l'objet principal du contrat et le rapport qualité/prix peuvent, néanmoins, être pris en compte dans l'appréciation du caractère abusif d'autres clauses ; qu'il en découle, entre autres, que, dans le cas de contrats d'assurance, les clauses qui définissent ou délimitent clairement le risque assuré et l'engagement de l'assureur ne font pas l'objet d'une telle appréciation dès lors que ces limitations sont prises en compte dans le calcul de la prime payée par le consommateur ».

29. Les enjeux de l'éviction du contrôle du caractère abusif. – Afin de comprendre les enjeux d'une telle exclusion, plusieurs remarques méritent d'être opérées dès à présent. Pour commencer, l'exclusion de l'article 4.2 n'est donc pas une exclusion du champ d'application de la directive (*uniquement fixé par l'article 1^{er}*) mais bien une exclusion potentielle du contrôle judiciaire, qui va s'en retrouver ainsi réduit⁷. Cet article vise ainsi simplement à « *établir les modalités et l'étendue du contrôle de fond des clauses contractuelles, n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle, qui décrivent les prestations essentielles des contrats conclus entre un professionnel et un consommateur* », comme il a pu l'être expliqué par la CJUE⁸.

⁵ Selon A.-S. LUCAS-PUGET, cité dans S. CHAUDOUET, *Le déséquilibre significatif*, préf. N. Ferrier, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2021, t. 609, § 180.

⁶ S. CHAUDOUET, *Le déséquilibre significatif*, *op. cit.*, § 187.

⁷ N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, et a., *Les contrats de consommation. Règles communes*, 2e éd., 2018, § 923 et s.

⁸ CJCE, 3 juin 2010, aff. C-484/08, *Caja de Ahorros*, pt. 34.

Ensuite, cette exclusion repose sur les clauses définissant le cœur même du contrat, sa raison d'être, entre un professionnel et un consommateur, autrement dit, celles qui fixent les termes essentiels de leur accord et qui doivent rester hors d'atteinte d'une éventuelle appréciation judiciaire de leur équilibre. Elles seraient de ces clauses sans lesquelles le contrat ne peut subsister, entraînant, dès lors, sa disparition ou sa transformation en une autre espèce de rapport contractuel.

Enfin, cette exclusion s'explique à la lumière des différents objectifs en présence, opposant ainsi la nécessité de protection des intérêts économiques des consommateurs à ceux liés à la préservation de l'autonomie de la volonté des parties et de leur liberté contractuelle, dans le cadre plus vaste de la liberté du commerce et de l'industrie et d'une économie de marché fondée sur la concurrence des prix et des prestations. Ainsi, s'agissant des prestations principales, le consommateur est vu comme suffisamment protégé par le jeu de la concurrence. Par ailleurs, cela semble également empreint d'une volonté de ne pas vouloir sanctionner trop généralement la lésion ni « *de mettre en place une protection générale du consommateur qui l'empêcheraient de conclure un marché désavantageux* » nous rappelle la CJUE⁹. Enfin, il est un dernier constat plutôt équitable, celui « *que les clauses définissant l'objet du contrat ou le prix de la prestation sont considérées comme les seules clauses auxquelles le consommateur est censé porter une réelle attention et exercer son faible pouvoir de négociation* »¹⁰.

30. Le contrôle résiduel des clauses dites « accessoires ». – Par conséquent, *a contrario*, seules les clauses « *accessoires* » sont en principe susceptibles de contrôle telles que celles par lesquelles les contractants aménagent leurs relations contractuelles, ou plutôt celles par lesquelles le professionnel les détermine unilatéralement, que ce soit quant à l'exigibilité des obligations, à leurs modalités, à l'interprétation des dispositions contractuelles, à la charge et à l'administration de la preuve, à la compétence en cas de litige, à la sanction de l'inexécution, au sort du contrat inexécuté, à la durée de la relation ou encore aux modalités de leur résiliation¹¹.

Toutefois, rappelons que la directive de 1993 visait à maintenir un seuil minimal uniformisé de protection pour les consommateurs présents dans le marché unique, prenant

⁹ CJCE, 3 juin 2010, aff. C-484/08, *Caja de Ahorros*, préc., pt. 1.

¹⁰ G. CATTALANO, « Clauses abusives et prêt en francs suisses : retour sur la transparence des clauses », RDC 2019, n° 115y5, p. 109.

¹¹ D. MAZEAUD, « Protection des consommateurs contre les clauses abusives, la Cour de cassation va *piano* », D. 2018, p. 1355.

ainsi en compte l'existence des disparités entre les États membres, où certains offraient déjà une protection conséquente en ce sens, quand d'autres étaient quelque peu « *laxistes* » sur la question. Dans cette perspective, énonce son article 8, rien ne fait obstacle à ce que les États membres puissent « *adopter ou maintenir dans le domaine régi par la présente directive, des dispositions plus strictes, compatibles avec le traité, pour assurer un niveau de protection plus élevé au consommateur* ». Cette plus grande sévérité, pourrait être ainsi parfaitement caractérisée par une disposition interne prévoyant la réintégration des clauses « *principales* » dans le giron classique du contrôle du déséquilibre significatif par le juge disposant des éléments de droit et de fait nécessaires, puisqu'elle permettrait au consommateur d'être protégé en toutes circonstances.

Une possibilité qui a pu être explicitée par la Cour de justice en 2010, à l'occasion de sa décision *Caja de Ahorros*¹². Était alors en cause, un consommateur face à un établissement bancaire espagnol lui ayant octroyé un prêt dans le but d'opérer l'acquisition d'un véhicule. Or, parmi les différentes questions qui avaient été posées au le juge européen, une problématique d'interprétation des articles 4.2 et 8 de la directive avait été portée au débat. En effet, la réglementation espagnole n'avait pas transposé en droit interne l'article 4, paragraphe 2, de la directive ce qui avait eu pour conséquence que le juge pouvait, en toutes circonstances, apprécier, dans le cadre d'un litige concernant un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur, le caractère abusif d'une clause n'ayant pas été individuellement négociée, portant notamment sur l'objet principal dudit contrat, même dans les hypothèses où cette clause a été rédigée préalablement par le professionnel de façon claire et compréhensible¹³. Pour la *Caja de Ahorros*, une telle réglementation n'était pas conforme au droit de l'Union dans la mesure où, selon elle, la directive posait un principe d'harmonisation maximale des dispositions de la directive, ne permettant pas aux EM « *d'introduire, par le biais de mesures de transposition, ou de maintenir, en cas d'absence de telles mesures, une réglementation nationale contraire à l'article 4, paragraphe 2, de la directive*¹⁴ ». Serait ainsi exclue « *toute possibilité pour les États membres d'y déroger, même afin de prévoir une réglementation nationale plus favorable aux consommateurs*¹⁵ ». À l'appui de son argumentaire, l'établissement avait invoqué l'existence d'un autre arrêt rendu par la Cour de justice à l'encontre des Pays-Bas en 2001¹⁶, alors sanctionnés pour ne pas avoir

¹² CJCE, 3 juin 2010, aff. C-484/08, *Caja de Ahorros*.

¹³ CJCE, 3 juin 2010, aff. C-484/08, *Caja de Ahorros*, préc., pt. 42.

¹⁴ CJCE, 3 juin 2010, aff. C-484/08, *Caja de Ahorros*, préc., pt. 25.

¹⁵ CJCE, 3 juin 2010, aff. C-484/08, *Caja de Ahorros*, préc., *idem*.

¹⁶ CJCE, 10 mai 2001, aff. C-144/99, *Commission c/ Pays-Bas*.

correctement transposé l'article 4.2 de la directive dans sa législation nationale. Ou, à tout le moins, c'était l'interprétation qu'avait pu en retenir la *Caja de Ahorros*.

En réalité, c'est ce que rappelle la CJUE, cela constituait une « *lecture erronée dudit arrêt* »¹⁷. En effet, la réglementation néerlandaise :

« excluait toute possibilité de contrôle juridictionnel des clauses décrivant les prestations essentielles dans les contrats conclus entre un professionnel et un consommateur, **même lorsque la rédaction de ces clauses était obscure et ambiguë**, de sorte que le consommateur était **empêché de manière absolue de faire valoir le caractère abusif** d'une clause portant sur la définition de l'objet principal du contrat et sur l'adéquation entre le prix et les services ou les biens à fournir ».

Or, une telle restriction n'était plus compatible avec l'objectif de protection tiré de la directive de 93/13. La Cour, garante de l'effectivité du droit de l'Union, se devait donc de rappeler à l'ordre le législateur national sur le fait que cette exclusion, si elle était intégrée dans le droit national, devait nécessairement être assortie de son exception tirée du caractère obscur ou ambigu des clauses présentées au juge interne, de sorte que la protection minimale garantie par la directive ne soit pas réduite. En revanche, cela ne signifiait aucunement l'impossibilité pour cette éviction du contrôle d'être simplement écartée au sein d'une législation nationale, puisque cette fois cela avait pour conséquence non pas de réduire mais bien d'accroître la protection du consommateur¹⁸, ce que permet parfaitement le degré d'harmonisation minimal de la directive.

31. Des transpositions diverses. – À l'image de l'Espagne, d'autres pays se sont également engagés sur la voie d'un niveau de protection plus élevé des consommateurs, écartant ainsi l'exclusion du contrôle des clauses définissant l'objet principal du contrat. Un mouvement d'ailleurs loin d'être marginal, puisqu'en 2000, la Commission Européenne ne dénombrait pas moins de sept pays de l'Union¹⁹ n'ayant pas transposé cette exclusion, dans son rapport livrant un état des lieux de l'application de la directive entre les différents États membres²⁰. À l'inverse, d'autres législateurs ont semblé se contenter du strict minimum, comme en Allemagne, où il a été opté une modification sommaire se réduisant aux exigences imposées par la directive, sans venir réformer les fondements du droit civil allemand²¹.

¹⁷ CJCE, 3 juin 2010, aff. C-484/08, *Caja de Ahorros*, préc., pt. 37.

¹⁸ CJCE, 3 juin 2010, aff. C-484/08, *Caja de Ahorros*, préc., pts. 39 et 40.

¹⁹ Outre l'Espagne, il y avait alors également le Danemark, la Finlande, le Luxembourg, le Portugal, la Suède, la Grèce soit en tout 7 pays sur les 12 États membres présents lors de la transposition de la directive à opérer en principe avant le 31 décembre 1994.

²⁰ COMMISSION EUROPÉENNE, *Sur l'application de la directive 93/13/CEE du conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs*, Rapport de la commission, 27 avr. 2000, COM(2000)248 final.

²¹ A. LABADI, « La transposition de la directive 93/13 relative aux clauses abusives en droit allemand et français », *Les Blogs Pédagogiques de l'Université Paris Nanterre, MBDE, Rapports Droit Interne et Droit International ou Européen*, 15 septembre 2009.

Quant à la France, si elle a pu profiter de cette marge de manœuvre pour étendre le champ matériel et personnel de la protection²², elle n'a, cependant, pas usé de cette faculté dans le cadre de l'éviction de l'examen des clauses claires et compréhensibles qui viendraient définir l'objet principal. Mieux encore, elle était en 1995 en situation de non-conformité²³, puisqu'ayant supprimé la possibilité de pouvoir contrôler de telles clauses quand bien même celles-ci seraient obscures ou ambiguës²⁴, à l'instar des Pays-Bas, justement sanctionnés pour cette raison. Après un avertissement de la Commission, elle finit toutefois par se mettre en conformité à ce sujet par une ordonnance de 2001²⁵, mais sans pour autant aller au-delà. L'actuel article L. 212-1 du Code de la consommation reprend désormais mot à mot la lettre de la directive en disposant que « *l'appréciation du caractère abusif des clauses au sens du premier alinéa ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert pour autant que les clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible* ».

La *ratio legis* de cette transposition illustre donc bien la tradition française persistante de primauté de la liberté contractuelle et d'absence de contrôle de l'équilibre des prestations. Ainsi, le but n'est pas de sanctionner la lésion mais uniquement de garder dans son collimateur les clauses gravitant « *autour du cœur de la centrale contractuelle, celles qui n'entretiennent pas de rapport direct avec l'opération économique dont le contrat est le support et dont les prestations dues par les contractants constituent l'expression* »²⁶. Une décision qui va, bien entendu, avoir des conséquences notables dans la déclinaison du contentieux des clauses abusives en France et plus particulièrement du contentieux des prêts en devises.

32. Conclusion sur la notion d'objet principal. – S'il nous a été possible de comprendre un peu plus les enjeux entourant la notion d'objet principal du contrat, notamment au travers des difficultés qui sont ressorties des transpositions nationales, il convient de rappeler que ladite notion reste avant tout une notion européenne puisque provenant directement de la

²² Ont ainsi été supprimés de la caractérisation de l'aspect abusif d'une clause les critères de l'absence de négociation individuelle et de bonne foi, ce qui a eu pour effet d'en élargir la portée *rationae materiae*. En outre, a également été opéré un élargissement *rationae personae* par l'extension de la protection aux non-professionnels, catégorie franco-française, pouvant inclure des personnes morales.

²³ Ce n'était pas la seule. Nous avons, certes, pu évoquer les Pays-Bas, mais la Grèce, le Portugal ou encore la Belgique ont également dû amender leur législation nationale afin de se mettre en conformité avec la directive de 1993. Pour davantage d'information, v. le COMMISSION EUROPEENNE, Sur l'application de la directive..., Rapport préc., p. 7 et 8.

²⁴ C. conso., art L. 132-1 (dans sa rédaction initiale de 1995).

²⁵ Ord. n° 2001-741 du 23 août 2001 portant transposition de directives communautaires et adaptation au droit communautaire en matière de droit de la consommation.

²⁶ D. MAZEAUD, « Protection des consommateurs contre les clauses abusives, la Cour de cassation va *piano* », D. 2018, p. 1355.

transposition de la directive du 5 avril 1993 qui vise « *the main subject matter* »²⁷. Par conséquent, si des interprétations doctrinales peuvent tout au mieux s’y adjoindre pour en affiner la portée précise, celle-ci doit surtout recevoir l’interprétation *in abstracto* de la CJUE qui a primauté pour en déterminer le contenu au nom du principe d’interprétation autonome. Or, c’est justement dans le cadre des prêts en devise, que celle-ci a eu l’occasion de revenir plus clairement sur les contours de l’objet principal du contrat.

Section 2 – La mise en œuvre de la notion d’« *objet principal* » dans le contentieux des prêts en devises

33. L’éviction de l’adéquation du prix ou de la rémunération s’agissant de l’indexation. – La présente étude vise notamment à étudier la clause d’indexation déguisée et le risque de change. Dans cette perspective, très rapidement la Cour de justice a précisé que l’adéquation du prix ou de la rémunération n’est exclue de l’appréciation du caractère abusif que si les clauses pertinentes prévoient une rémunération réelle pour une livraison ou une prestation de service²⁸. Elle relève ainsi que :

« [...] cette exclusion ne saurait s’appliquer à des clauses qui [...] se limitent à déterminer, en vue du calcul des remboursements, le cours de conversion de la devise étrangère dans laquelle le contrat de prêt est libellé, sans toutefois qu’aucun service de change ne soit fourni par le prêteur lors dudit calcul, et ne comportent, dès lors, aucune “rémunération” dont l’adéquation en tant que contrepartie d’une prestation effectuée par le prêteur ne saurait faire l’objet d’une appréciation de son caractère abusif en vertu de l’article 4, paragraphe 2, de la directive 93/13²⁹ ».

Ce faisant, ne restait que l’hypothèse que ces clauses définissent l’objet principal du contrat pour se voir potentiellement évincées d’un contrôle de leur caractère abusif, d’où la circonscription logique à cette dimension.

34. Plan. – Rapidement, la Cour de justice va reconnaître que les clauses caractérisant notamment le taux de change (*i.e la clause d’indexation déguisée*) ainsi que le risque qui en découle peuvent définir l’objet principal (§1), un raisonnement que la Cour de cassation semble depuis suivre « *à la lettre* » (§2).

²⁷ S. CHAUDOUET, *Le déséquilibre significatif*, préf. N. Ferrier, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2021, t. 609, § 176.

²⁸ CJUE, 30 avr. 2014, aff. C-26/13, *Kásler et Káslerné Rábai*, pts. 57 et 58.

²⁹ CJUE, 30 avr. 2014, aff. C-26/13, *Kásler*, préc., pt. 58. Depuis confirmée dans CJUE, 26 février 2015, aff. C-143/13, *Matei et Matei*, pt. 70.

§1 – La mise en œuvre par la Cour de justice

35. Le contexte de l'arrêt *Kásler*. – En 2014, l'Europe n'est peut-être qu'à l'aube du « décrochage » monétaire opéré par la Suisse qui accentuera l'insolvabilité des consommateurs de prêts en devises, pourtant, elle n'en demeure pas moins alerte sur leur dangerosité qui ne cesse de s'affirmer dans les différents pays qui ont abrité leur octroi. C'est dans ce contexte que la *Kúria*, juridiction suprême de la Hongrie – « patient zéro » du prêt libellé en francs suisses – va surseoir à statuer aux fins d'interroger la CJUE sur la notion d'objet principal du contrat, à l'aune du cadre des prêts en devises. En l'espèce, nous étions en présence d'un prêt souscrit le 29 mai 2008, libellé en francs suisses (*i.e. la monnaie de compte*) mais remboursables en forints (*i.e. la monnaie de paiement*). Un tel agencement, nous avons pu l'observer, est constitutif de ce qu'on appelle une indexation déguisée puisque sans avoir une indexation expressément stipulée il est incontestable qu'à partir du moment où monnaie de compte et de paiement sont dans une devise différente, le taux de change va avoir une incidence sur le montant effectivement remboursé lors de la vente de la devise sur le marché des changes.

Était notamment critiquée la clause du contrat stipulant que « *le prêteur déterminait le montant en forints hongrois de chaque mensualité à verser sur le fondement du cours appliqué par la banque à la vente de la devise [étrangère] le jour précédant la date d'exigibilité*³⁰. Pour les emprunteurs, le caractère abusif était ainsi tiré du fait que celle-ci prévoyait, aux fins de remboursement du prêt, un cours différent de celui utilisé lors de la mise à disposition du prêt³¹. Les juridictions, ayant successivement fait droit aux demandes de l'emprunteur, la banque a fait notamment valoir que la clause litigieuse était couverte par l'exclusion prévue en droit national en ce qu'elle portait sur l'objet du contrat.

Dès lors, il s'agissait pour la CJUE de savoir *si « en cas d'emprunt libellé en devise étrangère, mais débloqué en devise nationale et à rembourser par le consommateur exclusivement en devise nationale, la clause contractuelle déterminant les taux de change, qui n'a pas fait l'objet d'une négociation individuelle, relève de la notion de définition de l'objet principal du contrat*³² ? ».

³⁰ CJUE, 30 avr. 2014, aff. C-26/13, *Kásler*, préc., pt. 24.

³¹ S. PIEDELIÈVRE, « Clauses abusives et prêt en devises étrangères », *Gaz. Pal.* 19 juin 2014, n° 182a7, p. 16.

³² CJUE, 30 avr. 2014, aff. C-26/13, *Kásler*, préc., pt 35.

36. Contenu de l'objet principal. – Alors, dans quelle mesure la clause, en vertu de laquelle le cours de vente de la devise est appliqué aux fins du calcul de remboursement du prêt, recouvre-elle l'objet du contrat ?

Sur le contenu de cette notion, l'on peut d'ores et déjà constater que celui-ci ne s'avère pas nécessairement très éloigné des analyses doctrinales délivrées jusqu'ici puisque sont ainsi susceptibles de relever de cet objet principal la ou les clauses qui fixent ou décrivent « *les prestations essentielles* » et qui comme telles, « *caractérise celui-ci* ». En ce sens, l'avocat général suggère au juge de s'interroger au cas par cas afin « *de déterminer si ladite clause fait intrinsèquement partie des prestations qui définissent le contrat, en ce que, en l'absence d'une telle clause, le contrat perd une de ses caractéristiques fondamentales, voire ne peut subsister sur la base des stipulations contractuelles restantes* »³³. Dès lors, l'objet principal d'un contrat pourrait se traduire par la fonction économique remplie par ce contrat, la finalité que les parties poursuivent³⁴, ce que l'on pourrait rapprocher d'une autre notion bien connue du droit européen : la prestation caractéristique du contrat. Autrement dit, celle des prestations qui révèlent la substance du contrat et le distingue des autres, le marquant ainsi de son empreinte le plus fermement possible.

D'ailleurs, dans le cadre de l'affaire *Kásler*, l'avocat général prend ainsi clairement position en faveur de considérer la clause fixant le taux de change comme un paramètre essentiel du contrat puisque selon lui, le mécanisme de prêt en devises étrangères repose sur plusieurs aspects qui sont, en principe, indissociables³⁵. Ainsi, « *premièrement, le prêt, bien que concrètement débloqué et remboursé en monnaie domestique, est, en toute hypothèse, libellé en devise étrangère. Deuxièmement, le taux d'intérêt applicable, qui porte sur le montant du prêt libellé en devise étrangère, est généralement inférieur à celui applicable au prêt libellé en devise locale. Troisièmement, les versements des mensualités du prêt sont effectués en monnaie domestique en fonction du taux de change applicable au moment des versements* ».

A contrario, rappelle la Cour, les clauses revêtant un caractère accessoire par rapport à celles définissant l'essence même du rapport contractuel, ne peuvent, bien évidemment, relever de la notion d'« *objet principal du contrat* »³⁶.

³³ *Ibid.*, Concl. Avocat Général M. N. Wahl.

³⁴ G. CATTALANO, « Clauses abusives et prêt en francs suisses : retour sur la transparence des clauses », RDC 2019, n° 115y5, p. 109.

³⁵ Ce caractère indissociable va d'ailleurs se retrouver tout au long de cette étude, dans le cadre du contentieux français sur l'objet principal (v. *infra*, § 49), sur la transparence (v. *infra*, § 112) mais également s'agissant plus généralement de l'office du juge (v. *infra*, §141).

³⁶ CJUE, 30 avr. 2014, aff. C-26/13, *Kásler*, préc., pt. 50.

37. Une appréciation stricte de l'exclusion du contrôle du caractère abusif. – Étant donné que les clauses portant sur l'une ou l'autre des prestations essentielles sont extraites de toute appréciation d'un caractère abusif, ces prestations devaient logiquement être entendues de manière étroite par la CJUE³⁷. D'une part, du point de vue de la politique législative communautaire, cela se comprend avec l'objectif général de protection posé par la directive, où l'exclusion de l'article 4.2 (*tout comme les termes employés*)³⁸ se doit d'être interprétée strictement, car revêtant uniquement un caractère dérogatoire à l'exigence du contrôle des clauses abusives des contrats consuméristes. D'autre part, du point de vue de la technique juridique, un exclusion entendue largement conduirait à rejeter l'examen pour toutes les clauses puisque chacune pourrait peu ou prou participer à la réalisation de son objet principal, le contrat étant avant tout un système. Il est dès lors nécessaire, pour échapper à un contrôle, et si l'on reprend les termes de l'article 4.2, que la clause « *définisse* » à proprement parler l'une ou l'autre des prestations essentielles du professionnel ou du consommateur et ce, lors de la conclusion du contrat.

38. Une appréciation s'articulant entre la CJUE et les juridictions nationales. – La CJUE rappelle ici qu'elle est seule compétente pour « *dégager des dispositions de la directive 93/13, en l'occurrence celles de l'article 4, paragraphe 2, les critères que le juge national peut ou doit appliquer lors de l'examen d'une clause contractuelle au regard de celles-ci* »³⁹. En revanche, il incombe pleinement aux juridictions nationales, compte-tenu de ces critères généraux, de se prononcer sur la clause eu égard des circonstances propres à chaque cas d'espèce. Autrement dit, dans le cadre de l'affaire, en dépit de la position de l'avocat général favorable à ce que la clause d'indexation soit considérée comme définissant l'objet principal, il n'en demeure pas moins que seule la juridiction nationale doit « *apprécier, eu égard à la nature, à l'économie générale et aux stipulations du contrat de prêt ainsi qu'à son contexte juridique et factuel, si [une telle clause] constitue un élément essentiel de la prestation du débiteur consistant dans le remboursement du montant mis à disposition par le prêteur* »⁴⁰.

39. La distinction entre les prêts remboursés ou non dans la même devise étrangère. - Pour autant, la protection étendue accordée au consommateur par la CJUE va apparaître

³⁷ CJUE, 30 avr. 2014, aff. C-26/13, *Kásler*, préc., pt. 49.

³⁸ D. BERLIN, « Obscurité des clauses contractuelles... et de la directive », JCP 2014, n° 564.

³⁹ CJUE, 30 avr. 2014, aff. C-26/13, *Kásler*, préc., pt. 45.

⁴⁰ CJUE, 30 avr. 2014, aff. C-26/13, *Kásler*, préc., pt. 51.

finalement un peu plus complexe à déchiffrer, au gré des arrêts qui vont succéder à la décision *Kásler*.

C'est notamment l'arrêt *Andriciuc*⁴¹ qui va illustrer ce mouvement. En effet, à l'occasion de cette affaire originaire de Roumanie⁴², plusieurs ressortissants ont souscrit des prêts stipulés en francs suisses et remboursables dans cette même devise. Ces contrats de prêt étaient alors assortis d'autres clauses permettant à la banque de débiter voire de convertir les devises de leur compte dans la devise du contrat, au taux de change pratiqué lors de cette opération, le tout concourant *in fine* à faire supporter aux emprunteurs pleinement le risque de change.

Or, la Cour de justice va audacieusement opérer une distinction entre les prêts remboursés ou non dans la même devise étrangères et, selon les cas, renvoyer ou non à l'appréciation du juge national⁴³. En ce sens, elle rappelle qu'effectivement, dans le cadre de l'arrêt *Kásler*, elle avait bien relevé que les termes d'« *objet principal du contrat* » ne pouvaient recouvrir une clause, intégrée dans un contrat de prêt consommériste libellé dans une devise étrangère, en vertu de laquelle le cours de vente de cette devise s'applique aux fins du calcul des remboursements du prêt, que pour autant qu'il était constaté par le juge national que ladite clause fixait une prestation essentielle de ce contrat⁴⁴.

Cependant, les prêts en cause ici (*qu'elle nomme* « *contrat de crédit en devises* ») ne « *sauraient être assimilés* » aux prêts libellés en devises étrangères et remboursables en devises nationales (*qu'elle nomme* « *contrat de crédit indexés sur des devises étrangères* »), comme le rappelle l'avocat général⁴⁵.

40. Une prise de position affirmée sur la nature de la clause d'indexation. – Ce faisant, la CJUE, qui avait laissé une certaine marge de manœuvre au juge national dans le cadre de l'arrêt *Kásler*, va prendre les devants de manière quelque peu étonnante et se prononcer très concrètement sur la nature de la clause d'un prêt libellé en devise étrangère et remboursable dans cette même devise⁴⁶. Elle rappelle ainsi que le « *prêteur s'engage, principalement, à mettre à la disposition de l'emprunteur une certaine somme d'argent, ce dernier s'engageant, pour sa part, principalement à rembourser, en règle générale avec intérêts, cette somme selon les échéances prévues* »⁴⁷. Dès lors, les prestations essentielles d'un tel contrat se rapportent à

⁴¹ CJUE, 20 sept. 2017, aff. C-186/16, *Ruxandra Paula Andriciuc e.a.*

⁴² Soulignant, s'il en était encore nécessaire, l'importance qu'a pu revêtir et que revêt toujours le contentieux des prêts en devises pour les pays de l'Est.

⁴³ G. CHANTEPIE, N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Déséquilibre significatif », Rép. Civ. 2019, § 65.

⁴⁴ CJUE, 20 sept. 2017, aff. C-186/16, *Andriciuc*, préc., pt. 39.

⁴⁵ CJUE, 20 sept. 2017, aff. C-186/16, *Andriciuc*, préc., pt. 40.

⁴⁶ N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, et al., *Les contrats de consommation. Règles communes*, 2e éd., 2018, § 927 et s.

⁴⁷ CJUE, 20 sept. 2017, aff. C-186/16, *Andriciuc*, préc., pt. 38.

une « *somme d'argent définie par rapport à la monnaie de paiement et de remboursement stipulée* »⁴⁸. D'où elle déduit logiquement que le fait pour un crédit d'avoir à être remboursé dans une certaine monnaie a trait, en principe, « *non pas à une modalité accessoire de paiement, mais bien à la nature même de l'obligation du débiteur* », constituant ainsi un élément essentiel d'un contrat de prêt⁴⁹. Ainsi, une clause contractuelle selon laquelle le prêt doit être remboursé dans la même devise étrangère que celle dans laquelle il a été contracté définit bien l'objet principal d'un contrat de prêt libellés en devises étrangères, entraînant son exclusion de l'examen du caractère abusif pour autant qu'elle soit rédigée de façon claire et compréhensible.

L'analyse peut se comprendre à condition de se poser la bonne question. Comme a pu le rappeler une auteure, il était concevable de s'interroger sur le point de savoir si l'objectif principal de « *ces prêts [était] la mise à disposition d'une somme d'argent en vue d'une acquisition immobilière ou la mise à disposition d'une somme d'argent en francs suisses* »⁵⁰. Un débat doctrinal délicat, comme nous avons pu le souligner, puisqu'il s'agit ni plus ni moins de savoir si l'on s'attache davantage à l'objet (*principal*) du contrat ou l'objet de l'obligation (*essentielle*). Néanmoins, à la lecture de l'arrêt, ce n'est pas la grille de compréhension qui semble avoir été retenue. La CJUE s'est au contraire davantage tournée vers la prestation du débiteur et non pas du prêteur, où l'objet de son obligation réside dans la restitution des fonds prêtés. Dès lors, il peut sembler logique que la clause d'indexation déguisée affecte sensiblement cette obligation essentielle puisqu'elle en détermine le montant, entraînant son exclusion de l'appréciation du caractère abusif⁵¹.

Dernière remarque, accessoire, mais qui mérite de s'y arrêter un instant. En effet, la précision de l'interprétation européenne rend utile de rappeler qu'en principe, l'objet principal en matière de clause abusive (*à contre-courant des habitudes juridiques classiques et tout particulièrement françaises*), n'est pas déterminé de manière abstraite, par référence aux grandes catégories contractuelle, à la qualification du contrat en cause, mais de manière plus concrète, en fonction des stipulations qu'il comporte. Constat logique puisqu'après tout, détourner un éventuel caractère abusif revient à s'attacher à une ou plusieurs clauses particulières et non au contrat dans son ensemble⁵².

⁴⁸ CJUE, 20 sept. 2017, aff. C-186/16, *Andriciuc*, *idem*

⁴⁹ CJUE, 20 sept. 2017, aff. C-186/16, *Andriciuc*, *idem*

⁵⁰ C. KLEINER, « L'obligation de relever d'office le caractère abusif des prêts en devises : une avancée, mais tout n'est pas joué », D. 2017. 1893

⁵¹ D. MAZEAUD, « Protection des consommateurs contre les clauses abusives, la Cour de cassation va *piano* », D. 2018, p. 1355.

⁵² H. CLARET, « Chronique de contrats spéciaux (2ème partie) », LPA 12 juin 2018, n° 137c5, p. 4.

41. Une distinction entre les types de prêts possiblement superflue. – Pour commencer, la distinction n'est peut-être pas aussi imperméable qu'on pourrait le croire, et les analogies parfaitement possibles, à tout le moins pour saisir plus finement le sens du raisonnement de la CJUE à l'égard de l'objet du contrat⁵³. Surtout, cette distinction opérée entre les prêts en devises peut apparaître bien abstraite pour les emprunteurs qui ne s'attachent en réalité qu'au « *résultat final* » relatif à leur mensualités de paiements ou à la durée de leur dette. Or, qu'il s'agisse de clauses prévoyant que « *remise des fonds* » et « *remboursement* », se traduisent en devises étrangères ou plutôt de clauses stipulant que « *la monnaie [serve] seulement à évaluer le montant des mensualités* », ne changera pas leur condition : les emprunteurs verront à chaque fois la devise venir fixer le *quantum* de leur obligation⁵⁴ et seront, dans tous les cas, pleinement soumis au risque de change⁵⁵.

42. Une prise de position plus relative sur la clause de risque de change. À la suite de la décision *Andriciuc*, la CJUE a eu l'occasion de préciser quelque peu son analyse de l'objet principal en venant, pour la première fois, y distinguer la clause dite « *d'écart de change* » avec celle « *de risque de change* », dans le cadre d'une décision *OTP Bank*⁵⁶. Il s'agissait alors d'un prêt en devises remboursable en monnaie nationale qui, après une intervention du législateur hongrois, avait vu cette clause « *d'écart de change* » réputée abusive et automatiquement substituée au profit d'un taux défini par la Banque nationale de Hongrie. Dès lors, en vertu de l'article 1.2 de la directive, cette clause ne pouvait donc plus relever de son champ d'application. Pourtant, rappelle la Cour de justice, cela n'a pas à emporter la totalité du contrat hors de l'empire de la directive⁵⁷, et particulièrement s'agissant de la « *clause risque de change* », puisqu'en l'espèce, la disposition légale n'avait pas prévu de traiter de la période s'étant écoulée entre la conclusion du contrat et la conversion en forints hongrois, période durant laquelle l'emprunteur avait bien été soumis à un tel risque⁵⁸.

Cependant, la Cour semble aller plus loin, puisque dans un de ses motifs, au-delà de la question du champ d'application de la directive 93/13, elle se prononce directement, et de manière générale, sur la nature de « *clauses contractuelles relatives au risque de change* », et énonce que celles-ci « *relèvent de l'article 4, paragraphe 2, de la directive 93/13 échappant*

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴T. SAMIN, S. TORCK, « Les prêts Helvet Immo à l'épreuve du droit consommériste », *RD banc. et fin.*, n°4, juillet 2017, comm. 144.

⁵⁵ G. CHANTEPIE, N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Déséquilibre significatif », *Rép. Civ.* 2019, § 66.

⁵⁶ CJUE, 20 sept. 2018, aff. C-51/17, *OTP Bank Nyrt et a.*

⁵⁷ CJUE, 20 sept. 2018, aff. C-51/17, *OTP Bank*, préc., pt. 65-66.

⁵⁸ CJUE, 20 sept. 2018, aff. C-51/17, *OTP Bank*, préc., pt. 67.

seulement à l'appréciation de leur caractère abusif, dans la mesure où la juridiction nationale compétente considère, à la suite d'un examen au cas par cas, qu'elles ont été rédigées par le professionnel de façon claire et compréhensible »⁵⁹. Autrement dit, la Cour estime que, de façon générale, une clause relative au risque de change porte bien sur la définition de l'objet principal d'un contrat de prêt en devises.

Loin d'être isolé, ce motif va se voir également repris dans le cadre de la décision *Dunai*⁶⁰, à la problématique très proche, puisqu'issue également d'une juridiction hongroise, tout en renchérissant même d'un second motif pour le moins explicite : « la clause relative au risque de change définit l'objet principal du contrat⁶¹ ». Néanmoins, à l'image de l'affaire *OTP Bank*, cela ne traitait toujours pas directement de la question de savoir si la clause de risque de change définissait bien l'objet principal d'un contrat tel que susvisé.

Le fait que ce motif n'ait jamais été véritablement consacré au sein d'un dispositif de la Cour, comme il a pu en être le cas au sein de l'arrêt *Andriciuc*, suggère donc de s'en tenir à une certaine prudence quant à la portée réelle de cette motivation récente. À noter, toutefois, que celle-ci semble s'inscrire dans une certaine continuité, comme peuvent encore en témoigner les décisions *BNP Paribas*⁶² du 10 juin 2021 qui reprennent ce vocable, et dont nous aurons l'occasion de préciser les enjeux et la portée plus après dans cette étude⁶³.

43. Une vision européenne demeurant débattue. – La position de la CJUE, quelque peu clarifiée, rencontre toujours certaines critiques sur le sol français. Si nous voulons insister sur la notion d'objectif poursuivi par le contrat, certains notent qu'il était également envisageable de relever que celui de l'emprunteur était d'utiliser la somme d'argent dans sa monnaie nationale. Libeller la somme en francs suisses n'était alors qu'un moyen de faire varier le capital dû. Ainsi pour G. Cattalano, « en retenant ainsi une conception moins juridique mais peut-être plus réaliste de la notion d'objet du contrat, on pouvait admettre que les clauses libellant les prêts en francs suisses et celles relatives au risque de change ne portaient pas, en vérité, sur l'objet principal du contrat », n'ayant ainsi trait qu'à une modalité particulière d'exécution d'un simple contrat de prêt⁶⁴. Une contre-position que ne partagent pas MM. Samin et Torck qui souscrivent pleinement à l'approche de la Cour de justice. En ce sens, ils

⁵⁹ CJUE, 20 sept. 2018, aff. C-51/17, *OTP Bank*, préc., pt. 68.

⁶⁰ CJUE, 14 mars 2019, aff. C-118/17, *Zsuzsanna Dunai*, pt. 48.

⁶¹ CJUE, 14 mars 2019, aff. C-118/17, *Dunai*, préc., pt. 52.

⁶² CJUE, 10 juin 2021, aff. jointes, C-776/19 à C-782/19, *BNP Paribas Personal Finance SA* ; ainsi que, CJUE, 10 juin 2021, aff. C-609/19, *BNP Paribas Personal Finance SA*, TI LAGNY

⁶³ V. *infra*, § 177 et s..

⁶⁴ G. CATTALANO, « Clauses abusives et prêt en francs suisses : retour sur la transparence des clauses », RDC 2019, n° 115y5, p. 109.

rappellent, que la clause d'indexation, en ce qu'elle vient fixer le *quantum* de la dette, s'inscrit bien dans l'objet d'une obligation au paiement d'une somme d'argent. Il ne ferait ainsi aucun doute que ladite clause :

« *entre dans l'objet principal du contrat de prêt, eu égard à sa nature, [le prêt étant libellé en devises], mais également eu égard à son économie générale puisque l'indexation du prêt sur le franc suisse détermine les conditions financières du prêt et spécifiquement la stipulation d'un taux d'intérêt répondant aux conditions de marché applicables en Suisse, le risque de change attaché à la clause d'indexation étant la contrepartie de l'application desdites conditions* »⁶⁵.

44. Transition. – Si l'arrêt *Kásler* a pu être l'occasion de rappeler l'existence d'une articulation des compétences entre juge européen et juridictions nationales, force est de constater que la Cour de justice a pu parfois fortement réduire la marge de manœuvre classiquement octroyée aux juges nationaux. En effet, en principe, la CJUE est seule actrice de l'interprétation des notions issues du droit de l'Union aux fins d'en délivrer une interprétation *in abstracto*, ce qui lui a permis d'énoncer dans le cadre de l'objet principal d'un contrat, que cette notion recouvrait toutes les clauses fixant une prestation essentielle en l'absence desquelles, le contrat perdrait une caractéristique fondamentale voire verrait son maintien menacé. Tandis qu'à l'inverse, est dévolu au juge national, le rôle de contrôler *in concreto*, cette interprétation, et notamment dans le cadre des prêts en devises, de vérifier si la clause étudiée « *eu égard à la nature, à l'économie générale et aux stipulations du contrat de prêt ainsi qu'à son contexte juridique et factuel [constituait bien] un élément essentiel de la prestation du débiteur consistant dans le remboursement du montant mis à disposition par le prêteur* »⁶⁶.

En dépit de cette articulation⁶⁷, la CJUE va pourtant parfois venir directement s'exprimer sur la notion d'objet principal, remettant quelque peu en cause ce partage des compétences. D'une part, s'agissant de la clause d'indexation, elle opère une distinction très claire entre les prêts en devises remboursables ou non dans la même devise. Ainsi, depuis l'arrêt *Andriciuc*, qui a connu confirmation depuis⁶⁸, la clause prévoyant qu'un prêt en devises soit remboursable dans cette même devise, définit l'objet principal d'un tel contrat. Or, bien que certains auteurs puissent considérer qu'une analogie avec des prêts remboursables en monnaie

⁶⁵ T. SAMIN, S. TORCK, « Les prêts Helvet Immo à l'épreuve du droit consommériste », RD banc. et fin., n°4, juillet 2017, comm. 144.

⁶⁶ V. *supra* § 38.

⁶⁷ Qui a eu l'occasion d'être confirmée depuis, v. par ex. : CJUE, 26 février 2015, aff. C-143/13, *Bogdan Matei, Ioana Ofelia Matei*, § 54 et 78.

⁶⁸ CJUE, ord., 22 février 2018, aff. C-119/17, *Lupean et Lupean*, § 18 à 21, où dans une affaire similaire, la Cour de justice ainsi venue confirmer cette position singulière en se contentant de rappeler son argumentaire issu de son arrêt de 2017, tout en précisant toutefois que la circonstance que le montant emprunté ait été mis à la disposition du consommateur en devise locale et non dans la devise stipulée dans le contrat est sans incidence sur la caractérisation

nationale puisse être opérée, la Cour de justice, laisse dans ce cas-là, toujours le soin aux juridictions nationales de se prononcer. D'autre part, s'agissant de la clause de risque de change, la Cour semble également reconnaître depuis l'arrêt *OTP Bank*⁶⁹ et *Dunai*⁷⁰ que celle-ci définit l'objet principal mais cette fois uniquement au sein de ses motifs, et non de son dispositif, la question n'étant alors pas directement orientée sur ce terrain, laissant une part d'obscurité quant aux conséquences à en tirer.

Ces constats étant opérés⁷¹, il n'en demeure pas moins que la mise en œuvre de cette interprétation par les juridictions françaises reste essentielle, d'autant plus que la majorité des arrêts constituant le contentieux auquel font face les emprunteurs, ne concerne que des prêts en francs suisses remboursables en euros, soit des prêts dont la clause d'indexation déguisée est en principe laissée à l'appréciation concrète des juges nationaux par la CJUE.

§2 – La mise en œuvre par la Cour de cassation

45. Une mise en œuvre progressive de l'interprétation européenne. – En France, le litige *lato sensu* des prêts en devises a, semble-t-il, pris un peu plus de temps avant de se consolider autour d'une solution durable. Après un très commenté « *rappel à l'ordre* » des cours d'appel n'ayant pas étudié le caractère abusif d'office en 2017⁷², la Cour de cassation ne s'est prononcée sur le caractère abusif, et plus particulièrement sur l'exclusion de son appréciation due au titre de l'objet principal, qu'à partir de 2018. Ce qui peut sembler récent, mais qui n'a pas empêché la construction d'un contentieux massif autant du point de vue de l'objet principal du contrat, que du caractère clair et compréhensible ou de la prescription de l'action en réputé non écrit⁷³.

À titre de rappel, l'on mentionnera que la distinction opérée lors de l'arrêt *Andriciuc* n'a en principe trouvé que peu de portée en France, puisque la législation monétaire de cette dernière prohibe, sans exception, l'existence – pour les contrats internes – de prêts libellés en devises étrangères et remboursables dans cette même devise. Ainsi, la majeure partie des arrêts de cassation qui ont eu à traiter de cette question ont tous approuvé les cours d'appel

⁶⁹ CJUE, 20 sept. 2018, aff. C-51/17, *OTP Bank*, préc.

⁷⁰ CJUE, 14 mars 2019, aff. C-118/17, *Dunai*, préc.

⁷¹ Pour un état des lieux de la problématique de l'objet principal et du prix allant au-delà du contentieux des prêts en devises, v. COMMISSION EUROPEENNE, *Orientations relatives à l'interprétation et à l'application de la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs*, Communication de la Commission, 22 juill. 2019, C(2019)5325 final, p. 26 et s.

⁷² Cass. civ. 1ère, 29 mars 2017, n°15-27231 et Cass. civ. 1ère, 29 mars 2017, n°16-13050. Pour davantage de précision, v. *infra*, § 128.

⁷³ V. *infra*, § 46 et s. (pour l'objet principal du contrat) ; v. égal., *infra*, § 105 et s. (pour le caractère clair et compréhensible) ; ou encore v. *infra*, § 148 et s. (pour la mise à l'écart de la prescription).

qui avaient reconnu que de tels prêts étaient, logiquement, entachés de nullité absolue⁷⁴. Cependant, nous le verrons, certains arrêts n'ont pas vu soulevé le caractère prohibé d'une telle clause de monnaie de paiement, conduisant exceptionnellement à l'analyse du caractère abusif de prêts qui auraient dû pourtant connaître l'annulation au titre du versant monétaire du contentieux⁷⁵.

A contrario, s'agissant des prêts libellés en devises étrangères et remboursables en devises nationales c'est-à-dire en euros, l'apport de la CJUE a été d'une utilité certaine pour le juge français qui a pu progressivement calquer son raisonnement sur celui du juge européen. Concrètement, il lui s'agissait ainsi notamment d'apprécier si « *le calcul des échéances de remboursement sur la base du taux de change euro/francs suisses concernait ou non un élément essentiel de la prestation du débiteur, consistant [...] dans le remboursement du montant mis à disposition par le prêteur* »⁷⁶.

46. L'objet principal d'un prêt en francs suisses remboursable en euros. – Très rapidement, les juges du fond, appuyés par la Cour de cassation vont adopter une position en faveur de l'évincement du contrôle du caractère abusif s'agissant des clauses d'indexation. En effet, il ressort ainsi de la majeure partie des arrêts rendus par la Haute juridiction, que la « *détermination des modalités de remboursement* »⁷⁷ va directement participer à la définition de l'objet principal d'un contrat de prêt en devises et remboursable en euros, écartant par la même occasion d'autres analyses qui auraient conduit à maintenir la clause d'indexation soumise au contrôle du juge⁷⁸.

47. L'exclusion du financement d'une acquisition comme prestation essentielle. – Plusieurs cours d'appel ont ainsi pu connaître l'argument soulignant que l'objet principal d'un contrat de prêt en devises ne résiderait non pas dans l'indexation mais davantage dans le « *financement d'une acquisition d'un bien immobilier* »⁷⁹. Si la doctrine semble divisée sur la question⁸⁰, la Cour de cassation réfute une telle logique, dès ses arrêts du 3 mai 2018⁸¹ et du 12 décembre 2018⁸², et approuve les juges d'appel qui retiennent ainsi que la clause

⁷⁴ V. *supra*, § 8, à propos des prêts en devises octroyés par le Crédit Agricole et le Crédit Mutuel.

⁷⁵ V. *infra* § 51 (arrêt du 13 mars 2019) et § 130 (Cass. civ. 1^{ère}, 22 mai 2019, 17-23.663).

⁷⁶ G. CHANTEPIE, N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Déséquilibre significatif », Rép. Civ. 2019, § 66.

⁷⁷ Pour cette mention spécifique, v. not. Cass. civ. 1^{ère}, 27 mars 2019, n° 17.26-912.

⁷⁸ V. *infra*, § 47 et s.

⁷⁹ Pour cette formulation spécifique, voir l'arrêt du 12 décembre 2018 ou encore l'arrêt du 24 octobre 2019.

⁸⁰ V. *supra*, § 40.

⁸¹ Cass. civ. 1^{ère}, 3 mai 2018, n° 17-13593, publié au bulletin.

⁸² Cass. civ. 1^{ère}, 12 sept. 2018, n° 17-17650, non publié au bulletin.

d'indexation, « *en ce qu'elle prévoit la conversion en francs suisses du solde des règlements mensuels après paiement des charges annexes du crédit* », définit bien l'objet principal du contrat. L'on regrettera toutefois une reproduction quelque peu infidèle de l'article L. 212-1 (*anc. L. 132-1*) du Code de la consommation dans les motifs de la Haute juridiction celle-ci ayant reproduit que l'exclusion de l'appréciation du caractère abusif s'appliquaient à toute les clauses « *qui portent sur l'objet principal* » plutôt que « *sur la définition de l'objet principal* » comme le prescrit l'article susvisé. Fort heureusement, s'il n'est pas certain que les deux termes recouvrent exactement la même signification, il peut néanmoins être constaté que cette erreur ne s'est pas généralisée dans les arrêts de cassation qui ont pu suivre.

48. L'exclusion de l'obligation de remboursement en euros comme prestation essentielle. – De la même manière, l'objet principal n'est pas simplement caractérisé par une obligation de remboursement en euros, où la clause d'indexation ne serait qu'un « *accessoire* » de cette obligation. Ce qu'a pu rappeler expressément la Haute juridiction dans le cadre d'une série d'arrêts rendus le 20 février 2019⁸³, où elle approuve ainsi l'arrêt d'appel d'avoir relevé que « *le prêt a pour caractéristique essentielle d'être un prêt en francs suisses remboursable en euros* ». Ce n'est donc pas uniquement le remboursement en euros qui doit être pris en compte, mais bien celui-ci appliqué à un prêt en francs suisses, soulignant l'importance du mécanisme qui « *prévoit la conversion en francs suisses du solde des règlements mensuels en euros après paiement des charges annexes du crédit* » selon la Cour de cassation⁸⁴.

Il convient de remarquer qu'à l'occasion de ses motivations du 20 février 2019, la Cour a pris également le soin d'évoquer le risque de change – chose rare dans le cadre de l'objet principal du contrat – et semble le déduire directement des caractéristiques de ce type de prêt, justifiant dès lors d'y renvoyer dans le paragraphe suivant.

49. Le caractère « composite » de la clause d'indexation. – Plus récemment, dans un arrêt du 10 avril 2019⁸⁵, avait pu être contesté l'aspect « *indissociable* » de la clause de

⁸³ Cass. civ. 1ère, 20 février 2019, n° 17-31067 ; Cass. civ. 1ère, 20 février 2019 n° 17-19495 ; Cass. civ. 1ère, 20 février 2019 n° 17-31065 ; Cass. civ. 1ère, 20 février 2019, n° 17-31066 ; Cass. civ. 1ère, 20 février 2019, n° 17-31068 ; Cass. civ. 1ère, 20 février 2019 : n° 17-19495 ; Cass. civ. 1ère, 20 février 2019, n° 17-31071 ; Cass. civ. 1ère, 20 février 2019 : n° 17-31072 ; Cass. civ. 1ère, 20 février 2019 n° 17-31073 ; Cass. civ. 1ère, 20 février 2019, n° 17-31074 ; Cass. civ. 1ère, 20 février 2019, n° 17-31075 ; Cass. civ. 1ère, 20 février 2019, n° 17-31076 ; Cass. civ. 1ère, 20 février 2019, n° 17-31077 ; Cass. civ. 1ère, 20 février 2019, n° 17-31078 ; Cass. civ. 1ère, 20 février 2019, n° 17-31079.

⁸⁴ Ici le dispositif est extrait de l'arrêt au n° de pourvoi 17-31066, toutefois les motivations étant majoritairement toutes les mêmes pour chacun des arrêts du 20 février 2019, il est apparu quelque peu redondant d'en délivrer les dispositifs, un à un, pour chaque décisions de la Haute juridiction.

⁸⁵ Cass. civ. 1re, 10 avril 2019, n° 17-20722.

monnaie de compte, monnaie destinée à évaluer la dette, avec le reste des stipulations « relatives à l'indexation du remboursement du prêt sur l'évolution du taux de change franc suisse/euro ». Les emprunteurs reprochaient alors à la cour d'appel de se livrer à une analyse globale pour affirmer que les clauses contestées se rattachaient bien à une prestation essentielle du contrat.

Une fois encore, la Cour de cassation confirme la position de la cour d'appel, à l'aune de la vision européenne⁸⁶, en rappelant qu'il ne faut pas s'attacher uniquement au libellé du prêt en francs suisse (*i.e.* la clause de monnaie de compte) mais bien aux « conditions de remboursement du prêt » prises de manière générale, celles-ci définissant « l'essence même du rapport contractuel et [relevant] de la nature même de l'obligation du débiteur ». De la sorte, ce sont toutes les clauses régissant ce mécanisme, dont la clause de monnaie de compte est certes le pivot initial, qui fixent la prestation essentielle du débiteur d'un tel contrat.

À noter, par ailleurs, que la clause d'indexation semble être profondément liée la clause de risque de change, sinon confondue, puisque selon la Haute juridiction, dans ses précédents arrêts du 20 février 2019, « le risque de change, inhérent à ce type de prêt, a une incidence sur les conditions de remboursement du crédit », ce qui induit dès lors sa participation à la définition de l'objet principal, au vu des développements précédents.

Par conséquent, la spécificité de ce type de prêt⁸⁷, comme le relevait justement des emprunteurs dans un arrêt rendu le 27 mars 2019, est qu'« aucune disposition unique du contrat ne résume le principe d'indexation ainsi retenu qui figure dans l'ensemble du chapitre relatif au remboursement du crédit »⁸⁸. Or, ce constat est loin d'être anodin puisque, nous le verrons, c'est justement un tel aspect « épars » qui va être source de certaines difficultés autant du point de vue des emprunteurs s'agissant de la transparence⁸⁹, que de celui du juge, s'agissant de la technique du réputé non écrit, cette dernière nécessitant d'éliminer précisément une clause, aux fins de pouvoir laisser subsister le reste du contrat⁹⁰.

50. L'extension aux clauses connexes⁹¹ – Dans la même logique, la Haute juridiction va parallèlement étendre l'éviction du contrôle à certaines stipulations intimement liées à la clause d'indexation, celles-ci affectant également les modalités de remboursement du prêt.

⁸⁶ V. *supra*, § 36 et s.

⁸⁷ Un constat particulièrement marqué dans le cadre du prêt français *Helvet Immo*, comme nous le verrons au sein de cette étude.

⁸⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 27 mars 2019, 17.26-912.

⁸⁹ V. *infra*, § 112 ; Comp., avec les constats de l'instance pénale, v. *infra*, § 168.

⁹⁰ V. *infra*, § 140 et 141.

⁹¹ Pour des précisions supplémentaires sur l'agencement contractuel de ce type de prêt et tout particulièrement le produit *Helvet Immo*, v. *supra* § 9.

Elle retient ainsi, dans le cadre de ses arrêts du 20 février 2019⁹², « *que les stipulations prévoyant l’allongement de la durée du contrat et l’augmentation des règlements en euros pour permettre de payer le solde du compte, en cas de non-remboursement à l’échéance*⁹³, font partie intégrante de la clause litigieuse » (i.e., en l’espèce, la clause d’indexation déguisée).

De même, dans le cadre de frais de change, elle approuve dans son arrêt du 10 avril 2019⁹⁴, la cour d’appel qui énonce que :

« la clause ‘opération de change’ n’est pas uniquement consacrée aux frais de change, mais rappelle la caractéristique fondamentale du prêt proposé [i.e. d’être un prêt en devises], de sorte qu’accepter l’offre équivaut à accepter les opérations de change de francs suisses en euros et d’euros en francs suisses et à accepter que les frais de change fassent partie intégrante des règlements, qui relève que la clause détaille le mécanisme du prêt, fixe le taux de change initial, décrit les diverses opérations de change devant intervenir pendant la durée du crédit et précise que le montant du prêt comprend les frais de change et que pour chaque opération, les frais de change sont égaux à 1,50 % du montant à convertir, et qui constate que la clause n’est pas la seule clause à traiter des frais de change ; a pu déduire que la clause litigieuse ne pouvait être détachable de la clause « monnaie de compte » régissant tout le contrat ».

51. L’objet principal d’un prêt en francs suisses remboursable dans cette même devise. – Du fait de l’illicéité de la clause de monnaie de paiement stipulée en devise étrangère⁹⁵, le contentieux français des prêts en devises est aujourd’hui quasiment exclusivement tourné vers les prêts en devises remboursables en euros. Néanmoins, cela n’a pas empêché la Cour de cassation d’avoir eu, ponctuellement, à se prononcer sur de tels prêts. À ce titre, il conviendra notamment de revenir succinctement sur son arrêt rendu le 13 mars 2019⁹⁶, ce dernier, comme nous le verrons, ayant trouvé une certaine incidence dans le cadre de l’appréciation de la transparence des clauses d’indexation et de risque de change⁹⁷. La Cour était alors interrogée au sujet du caractère abusif des clauses d’un prêt en devises octroyé en 2008 par le Crédit Agricole et sans véritable surprise, elle a confirmé l’analyse de la cour d’appel qui relevait que « *la clause litigieuse, en ce qu’elle [prévoyait] le remboursement du prêt en francs suisses, [définissait] l’objet principal du contrat* ».

⁹² V. not. Cass. civ. 1ère, 20 février 2019, n° 17-31067 ; Pour une liste plus exhaustive des arrêts rendus en cette date, nous renvoyons diligemment au § 48 de la présente étude.

⁹³ Pour des précisions sur le fonctionnement du prêt en cause (*Helvet Immo*), v. *supra*, § 9.

⁹⁴ Cass. civ. 1ère, 10 avril 2019, n° 17-20722, préc.

⁹⁵ V. *supra*, § 8.

⁹⁶ Cass. civ. 1ère, 13 mars 2019, n° 17-23169, publié au Bulletin.

⁹⁷ V. *infra*, § 108.

Non équivoque, la solution n'est pas moins succincte – le pourvoi ayant délaissé l'intérêt de poser cette question à la Haute juridiction – et surtout, en parfaite conformité avec les attentes européennes de l'arrêt *Andriiciuc*⁹⁸.

Enfin, et c'est peut-être là son intérêt le plus marqué, l'arrêt dénote de l'importance de la dimension procédurale d'une protection légale. En effet, dans notre cas, alors que le prêt était illicite, cet argument n'a jamais été soulevé par les emprunteurs, rendant inopérante la protection qui aurait pu découler de ce constat. Or, nous le verrons⁹⁹, de par l'existence d'un devoir de relevé d'office du juge, la législation sur les clauses abusives offre justement une protection bien plus efficace.

52. Conclusion sur la mise en œuvre de la notion d'objet principal. – Au-delà d'une reprise évidente du vocable européen, les solutions de la Cour de cassation semblent s'inscrire aujourd'hui dans une conformité européenne quasiment incontestable. En effet, en dépit de ce que certains emprunteurs français avaient pu faire valoir, la vision de la Cour de justice a toujours été de considérer que l'objet principal d'un contrat de prêt est caractérisé par les modalités de remboursement de celui-ci, or la monnaie de compte et ses déclinaisons participent bien de cet objet puisqu'elles déterminent le montant de la dette¹⁰⁰. Bien entendu, les arguments adverses, puisés pour beaucoup dans la doctrine, ne manquaient pas de pertinence, cela étant la position française semble désormais nettement acquise sur le sujet. Cette conformité est d'ailleurs encore plus évidente, lorsque l'on sait que la marge laissée aux juridictions nationales par l'arrêt *Kásler* pour déterminer *in concreto* les contours de l'objet principal, s'est retrouvé rapidement réduite par les interventions successives de la Cour de justice. En réalité, de manière générale, que ce soit la clause d'indexation ou de risque de change, la CJUE semble finalement fortement encline à considérer que celles-ci participent à la définition de l'objet principal du contrat¹⁰¹. Finalement, seules les clauses connexes pouvaient éventuellement laisser subsister un voile sur leur éviction du contrôle, mais la CJUE dans ses arrêts rendus en 2021¹⁰² s'agissant des prêts *Helvet Immo*, semble une nouvelle fois confirmer la conformité de l'analyse de la Cour de cassation¹⁰³.

⁹⁸ V. *supra*, § 40.

⁹⁹ V. *infra*, § 123 et s.

¹⁰⁰ J-D. PELLIER, « Le retour en grâce des prêts libellés en francs suisses », D. act., 17 mai 2018.

¹⁰¹ V. *supra*, § 44.

¹⁰² CJUE, 10 juin 2021, aff. jointes, C-776/19 à C-782/19, *BNP Paribas Personal Finance SA* et CJUE, 10 juin 2021, aff. C-609/19, *BNP Paribas Personal Finance SA*.

¹⁰³ V. *infra*, § 178 et s. (pour les questions préjudicielles françaises) et § 185 et s. (pour la décision de la CJUE).

53. Conclusion du Chapitre 1 relatif à la notion d'objet principal du contrat à l'épreuve du contentieux des prêts en devises. – Notion européenne demeurée longtemps insaisissable, l'objet principal du contrat était pourtant un concept clé de la directive 93/13 dont la maîtrise permettait aux professionnels de sauver leur clause d'un éventuel contrôle du caractère abusif. Cette éviction, si elle n'était pas obligatoire, a pourtant été consacré dans de nombreux pays¹⁰⁴, dont la France, accentuant la nécessité de connaître ce que recouvrait véritablement l'objet principal du contrat. Or, à ce titre, des développements considérables ont pu avoir lieu à l'occasion du contentieux des prêts en devises. S'ils ne sont pas indiscutables, les contours ainsi dessinés autour de la notion de prestation essentielle sans laquelle le contrat perdrait une de ses caractéristiques fondamentales¹⁰⁵, n'en demeurent pas moins acquis pour le juge européen. Ce faisant, nul doute que de telles précisions fourniront une base juridique providentielle pour les futures problématiques à venir.

Côté français, malgré certaines critiques, la Cour de cassation s'est rapidement rangée du côté de l'analyse européenne. La construction progressive de ce consensus illustre une modélisation désormais bien plus précise des problématiques dont certaines sont désormais résolues autant sur le plan européen que français¹⁰⁶. Ce constat est d'autant plus important qu'il renforce le caractère déterminant de l'analyse de la clarté et de la compréhensibilité, seul mécanisme capable de déverrouiller l'appréciation du déséquilibre significatif, et ce notamment du point de vue du contentieux français dont la mise en œuvre de l'interprétation européenne suscite beaucoup plus d'interrogations que s'agissant de l'objet principal du contrat.

¹⁰⁴ V. *supra*, § 31.

¹⁰⁵ V. *supra*, § 36 et s.

¹⁰⁶ X. HENRY, « Contentieux civil Helvet Immo. De quelques questions toujours sans réponse », D. 2020, p.223.

- CHAPITRE 2 -

L'objet principal soumis au test du déséquilibre significatif en présence d'une rédaction dénuée de clarté et de compréhensibilité

54. La mise en avant progressive du caractère clair et compréhensible dans le débat.

– L'analyse de l'objet principal et notamment dans le cadre des prêts en devises a depuis un certain temps laissé sa place à de nouveaux débats, si bien qu'aujourd'hui, Haute juridiction et doctrine paraissent l'avoir quelque peu délaissée. Après tout cela peut se comprendre, de par cette conformité parallèle entre CJUE et Cour de cassation, le débat semble être clos, au moins du point de vue de la jurisprudence. En s'effaçant progressivement, la notion d'objet principal a laissé toute la place à une autre notion, peut-être encore plus essentielle, tant les retombées vont largement déborder sur d'autres domaines que celui du crédit. Il est bien sûr question de l'étude du caractère clair et compréhensible d'une clause.

55. Plan. – Notion centrale de la directive *Clauses abusives*, la transparence se retrouve en filigrane de tout le dispositif élaboré puisqu'il s'agit autant d'une exigence de présentation des contrats consuméristes que du mécanisme central de l'éviction du caractère abusif d'une clause définissant l'objet principal du contrat (Section 1), formant ainsi la clé de voûte du contentieux des prêts en devises. À l'instar de la notion d'objet principal, la Cour de justice va logiquement avoir la primauté pour délivrer son interprétation autonome de la notion, interprétation qu'elle a éminemment développée dans le cadre des prêts en devises. En revanche, il peut être remarqué que sa mise en œuvre en France par la Cour de cassation semble plus nuancée (Section 2).

Section 1 – L'exigence de « *clarté et compréhensibilité* »

56. Plan. - L'exigence de clarté et compréhensibilité est un enjeu majeur de la législation des clauses abusives puisqu'elle seule est à même de permettre au consommateur d'avoir un avis éclairé lorsqu'il prend sa décision de conclure un contrat avec un professionnel (§1). Ce faisant, le non-respect de cette exigence va nécessairement emporter des conséquences au détriment du professionnel : textuellement, son défaut entraîne du juge qu'il interprète la clause litigieuse favorablement aux intérêts du consommateur, et dans le cas de clauses

« principales », qu'il puisse *a minima* de nouveau exercer son contrôle du caractère abusif jusque-là évincé (§2).

§1 – La rédaction claire et compréhensible des clauses proposées aux consommateurs

57. Plan. – Le postulat d'un déséquilibre relatif à l'information et la négociation inhérent à la conclusion d'un contrat consommériste (A) a justifié que la directive soit innervée par une importante exigence de transparence (B). Cette exigence a connu en France une transposition conforme bien qu'à même de susciter quelques interrogations (C). Depuis, les juridictions nationales des États membres, souvent accompagnées d'organes composés de praticiens expérimentés, ont eu l'occasion de préciser la manière dont devait se décliner classiquement le caractère clair et compréhensible des clauses contractuelles. En France, la Commission des clauses abusives¹⁰⁷ a ainsi fourni un nombre non négligeable de recommandations identifiant des clauses suspectes qui vont se révéler un support très utile pour les juges (D).

A) Enjeux de la transparence

58. Le déséquilibre informationnel entre le consommateur et le professionnel... – L'importance du principe directeur de transparence va trouver son explication dans l'axiome à l'origine de la Directive 93/13. En effet, tout l'enjeu de cette protection à destination des consommateurs repose sur le constat que ces derniers sont dans une situation d'infériorité face aux professionnels, auprès desquels ils ne peuvent que rarement négocier (*contrat d'adhésion*) et où l'accès à une information claire et exhaustive n'est pas toujours optimal, entravant, dès lors, la prise d'une décision libre et éclairée.

59. ...Renforcé par la situation d'un professionnel, maître de la plume. – En réalité, ce déséquilibre informationnel, évidemment latent, va même se retrouver appuyé par cette absence de négociation puisque cela va accroître les probabilités de voir un contrat établi de

¹⁰⁷ Actrice de l'identification du déséquilibre significatif en France, la Commission des clauses abusives est un organe institué par la loi du 18 janvier 1978 et placé sous l'égide de l'institut national de la consommation. Dotée de compétences plurielles, elle peut notamment être consultée pour certains projets réglementaires ou législatifs, proposer des modifications de plusieurs pans du droit positif, jouer un rôle d'expert auprès du juge, et émettre un nombre important de recommandations publiées au BOCRF. Ces dernières, dépourvues de force contraignante, ont plus vocation à jouer un rôle de guide pour les professionnels, aux fins que ceux-ci évitent des situations potentiellement porteuses d'abus, ainsi qu'une aide pour les juges dans le rendu de leur verdict bien que cela ne soit pas systématique. Sa composition spécifique alliant magistrats, représentants de consommateurs et représentants de professionnels, en fait un organe de *soft law* incontournable dans le domaine des clauses abusives. Pour davantage de détail, v. G. CHANTEPIE, N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Déséquilibre significatif », Rép. Civ. 2019, § 80 et s. ; ou encore : J. CALAIS-AULOY, H. TEMPLE., M. DEPINCE, *Droit de la consommation*, Dalloz, Précis, 10e éd., 2020, § 179.

manière abusive. Après tout, pour le professionnel devenu maître dans la rédaction contractuelle, grande est la tentation de vouloir « *voiler derrière un rideau de fumée* »¹⁰⁸ une clause qui pourrait jouer en sa faveur le moment venu, en lui octroyant un droit exorbitant ou en niant un de ceux du consommateur. Surtout, qu'est-ce qui pourrait l'empêcher de rédiger une clause volontairement ambiguë ou négligemment rendue impropre à la compréhension d'un consommateur ?

Par ailleurs, la dimension aujourd'hui massive du phénomène des contrats d'adhésion a rendu nécessaire la stipulation d'un nombre de clauses parfois démesuré aux fins de prévoir toutes les situations possibles, selon les différents consommateurs potentiels. Or, une telle accumulation de clauses, parfois mal agencées¹⁰⁹, ou encore dispersées au travers de documents annexes, post-contractuels (*bon de commande*)¹¹⁰ ou encore « *gigognes* »¹¹¹, va conduire sinon à définitivement « *égarer* » le consommateur dans les méandres du contrat, au moins à réduire son recul sur la portée de celui-ci.

Enfin, une divulgation défectueuse d'une information lors de la conclusion du contrat pourrait conduire à en occulter un élément préjudiciable, présent dès l'origine, mais qui n'apparaîtrait qu'à l'invocation de la clause litigieuse. Autrement dit, ce ne serait qu'une fois la vérité révélée que le déséquilibre apparaîtrait, malgré une existence préalable mais masquée¹¹². À tous ces égards, c'est un fait incontestable, les enjeux liés à la prohibition des clauses obscures ou ambiguës étaient et sont toujours colossaux.

B) Exigence de transparence tirée de la directive 93/13 relatives aux clauses abusives

60. La déclinaison du principe de transparence. – Conscient de ces potentielles dérives, le législateur européen va alors élaborer au sein de la directive de 1993, plusieurs dispositifs qui vont directement prendre racine sur l'exigence de clarté et compréhensibilité aux fins de procéder à l'éradication des clauses abusives.

¹⁰⁸ J. CALAIS-AULOY, H. TEMPLE., M. DEPINCE, *Droit de la consommation*, Dalloz, Précis, 10e éd., 2020, § 163.

¹⁰⁹ L'on verra que le contrat *Helvet Immo* a pu se voir critiqué sur ce point, en ce que certaines des clauses portant sur des éléments essentiels du contrat avaient pu être dispersées tout au long de celui-ci et ce, de manière pas nécessairement accessible pour un consommateur moyen, selon l'argumentaire des demandeurs.

¹¹⁰ S. CHAUDOUET, *Le déséquilibre significatif*, préf. N. Ferrier, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2021, t. 609, § 83 et s.

¹¹¹ À la manière de ces poupées russes, creuses et boisées, s'emboîtant les unes sur les autres, chaque document renvoie ainsi à un autre qui lui-même redirige à un autre au moyen de références ou de lien hypertextes, pouvant devenir rapidement un fastidieux dédale pour le consommateur moyen.

¹¹² S. CHAUDOUET, *Le déséquilibre significatif*, *op. cit.*, § 73.

Le premier dispositif que nous évoquerons est le principe général tiré de l'article 5 de la directive qui dispose que dans le cas des contrats où *a minima* certaines clauses seraient écrites, celles-ci « *doivent toujours être rédigées de façon claire et compréhensible* ». Une lettre claire pour un résultat précis : le professionnel a intérêt à éviter un maximum une rédaction obscure ou ambiguë, celle-ci étant expressément prohibée dans la directive. Le principe de transparence apparaît ainsi avant tout comme un moyen de contrôle de l'insertion des conditions contractuelles lors de la conclusion du contrat¹¹³ comme en témoigne le 20^{ème} considérant¹¹⁴, ou du contenu des conditions contractuelles (*lorsqu'il est analysé à l'aune du critère général établi par l'article 3*). Il devait également conduire à garantir une information précontractuelle optimale afin que la décision du consommateur soit prise en parfaite connaissance de cause¹¹⁵, ce que soulignait l'ancienne rédaction de l'article 5¹¹⁶ qui n'a finalement pas été reprise¹¹⁷, bien que selon la Commission européenne, dans son rapport d'observation de 2000, la synergie de certains éléments de la directive permette encore de déceler une interprétation en ce sens¹¹⁸.

Le second dispositif, opérant dans le cadre de l'appréciation judiciaire, subordonne l'éviction de l'examen du caractère abusif à l'exigence de transparence. En ce sens, l'article 4.2 de la directive dispose ainsi que « *l'appréciation du caractère abusif des clauses ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation entre le prix et la rémunération, d'une part, et les services ou les biens à fournir en contrepartie, d'autre part, pour autant que ces clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible* ». Cette condition *sine qua non*, n'a en réalité rien de surprenant, puisque l'article 5 précité impose bien *en tout état de cause* l'existence de clarté et compréhensibilité pour *les contrats écrits*, une protection minimale devant toujours être accordée au consommateur. Dès lors, et compte-tenu des objectifs de la directive, il était inenvisageable pour le législateur européen de prévoir une situation où dans un contrat, l'obscurité, l'ambiguïté ou l'inintelligibilité d'une

¹¹³ COMMISSION EUROPEENNE, *Sur l'application de la directive 93/13/CEE du conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs*, Rapport de la commission, 27 avr. 2000, COM(2000)248 final, p. 18.

¹¹⁴ Dir. 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, 20^{ème} considérant : « *les contrats doivent être rédigés en termes clairs et compréhensibles ; que le consommateur doit avoir effectivement l'occasion de prendre connaissance de toutes les clauses, et que, en cas de doute, doit prévaloir l'interprétation la plus favorable au consommateur* ».

¹¹⁵ COMMISSION EUROPEENNE, *Sur l'application de la directive 93/13...*, Rapport préc., p. 18.

¹¹⁶ L'article 5 prévoyait à l'origine un second paragraphe rédigé comme suit : « *indépendamment du caractère abusif ou non, les clauses n'ayant pas fait l'objet de négociation individuelle ne sont considérées comme ayant été acceptées par le consommateur que lorsque celui-ci a eu effectivement l'opportunité d'en prendre connaissance avant la conclusion du contrat* ».

¹¹⁷ Le Conseil, certes favorable au principe, considérait que cela relevait davantage du domaine de la formation des contrats que du champ d'application de la présente directive.

¹¹⁸ Notamment lorsque l'on fait jouer, conjointement, le 20^{ème} considérant avec certaines dispositions de l'annexe I de la directive.

clause ne pouvait être sanctionnée et ce, quand bien même cette clause définirait la prestation essentielle dudit contrat.

C) Transposition de l'exigence de transparence

61. Des transpositions disparates à l'échelle européenne. – Pour autant, si la volonté européenne est on ne peut plus claire à ce sujet, il n'en demeure pas moins que la transposition conséquente a connu certains déboires notables auxquels le législateur français n'est d'ailleurs pas étranger. Sans revenir sur les développements précédents détaillés lors de notre étude de l'objet principal¹¹⁹, il convient de rappeler que la transposition a subi des divergences entre les États membres s'agissant tout particulièrement de l'article 4.2 de la directive.

Ainsi, certaines transpositions sont demeurées conformes, tout en profitant du degré d'harmonisation minimal pour fixer des dispositions plus sévères à l'encontre du professionnel, supprimant notamment l'éviction du contrôle des clauses définissant l'objet principal contractuel, et rendant par la même occasion moins « *incontournable* » l'examen du caractère clair et compréhensible (*qui demeure une exigence évidemment importante*).

D'autres, *a contrario*, se sont révélées en contradiction avec les exigences européennes. Les législateurs néerlandais ou français avaient ainsi supprimé, par volonté ou par négligence, la possibilité de pouvoir contrôler les clauses définissant l'objet principal d'un contrat même si celles-ci étaient obscures ou ambiguës, ce qui portait gravement atteinte à la protection effective du consommateur. La France, héritière d'une longue tradition d'absence de contrôle de l'équilibre des prestations, avait en effet alors paru réticente à laisser la possibilité, même réduite, de contrôler les clauses portant sur l'objet principal du contrat. Une crainte à relativiser car l'objectif de la directive est justement tourné davantage vers la transparence de l'information – que l'on retrouve à chaque étape de ses raisonnements – que vers une forme de contrôle de l'équilibre économique du contrat¹²⁰, comme nous avons pu l'observer dans le cadre de la notion de l'objet principal¹²¹. Depuis, l'uniformisation progressive sous l'égide de la Commission a fait son œuvre et la notion de clarté et compréhensibilité a pu asseoir progressivement une certaine influence sur les contrats consuméristes, qui n'a cessé d'être

¹¹⁹ Développements auxquels nous renvoyons diligemment nos lecteurs – *supra*, § 31.

¹²⁰ N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, et al., *Les contrats de consommation. Règles communes*, 2e éd., 2018, § 924.

¹²¹ V. *supra*, § 29.

accrue depuis par le biais d'autres directives venues renforcer l'information du consommateur¹²².

62. Transposition française conforme laissant planer certaines interrogations. – En France, cette exigence de transparence des clauses consuméristes, issue de la loi de transposition du 1^{er} février 1995, est aujourd'hui conformément reprise dans le cadre de deux articles du Code de la consommation. Le premier, l'article L. 211-1, s'inscrit dans le chapitre 1^{er} « *Présentation des contrats* » du Code et vient énoncer que les « *clauses des contrats proposés par les professionnels aux consommateurs doivent être présentées et rédigées de façon claire et compréhensible* ». Le second, désormais bien connu au sein de cette étude, est l'article L. 212-1 du Code précité, qui dispose désormais que l'éviction du contrôle du caractère abusif de clauses définissant l'objet principal ne vaut que pour autant que les « *clauses sont rédigées de manière claire et compréhensible* ».

Cette transposition appelle néanmoins plusieurs remarques. Pour commencer, d'une manière générale, il convient de rappeler que si ces dispositifs ont été transposés de manière distincte, ils répondent bien au même impératif de transparence contractuelle, lui-même n'étant que l'expression de la volonté générale européenne de transparence du marché¹²³. Ensuite, cette exigence de transparence consumériste semble finalement en droite continuité avec la règle préexistante de 1804 présente à l'article actuel 1602 du Code civil selon laquelle le vendeur se doit d'expliquer ce à quoi il s'oblige. Une règle fondée ni plus ni moins sur l'idée que le vendeur, fixant les conditions du contrat, doit donc le faire de manière à être compris par l'acheteur¹²⁴. La logique européenne apparaît épouser ainsi parfaitement l'esprit juridique français. Enfin, la lettre de L. 211-1 diffère légèrement puisqu'elle ajoute que les clauses des contrats consuméristes doivent être « *présentées et rédigées* » de manière claire et compréhensible. Si cette modification a pu faire l'objet d'interprétations diverses, compte-tenu de l'absence de précision de la directive à ce sujet¹²⁵, la conjonction « *et* » semble évidemment postuler pour l'exigence de clarté et de compréhensibilité autant dans la *présentation* que dans la *rédaction* des contrats. Il s'agit ici pour le législateur de clairement

¹²² V. par ex. Dir. 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil, art. 5. 1 : « *Avant que le consommateur ne soit lié par un contrat autre qu'un contrat à distance ou hors établissement, ou par une offre du même type, le professionnel fournit au consommateur les informations suivantes, d'une manière claire et compréhensible, pour autant qu'elles ne ressortent pas du contexte [...]* ».

¹²³ SAUPHANOR-BROUILLAUD, et al., *Les contrats de consommation...*, op. cit., § 824.

¹²⁴ CALAIS-AULOY, H. TEMPLE., M. DEPINCE, *Droit de la consommation*, Dalloz, Précis, 10e éd., 2020, § 157.

¹²⁵ Même s'il semble plus que probable que le législateur européen ait souhaité intégrer la dimension de la présentation contractuelle dans son article 5 ; c'est en tout cas le sentiment que nous partageons.

souligner l'idée que le consommateur se doit d'accepter en connaissance de cause autant sur le plan intellectuel (*fond rédactionnel*) que dans une dimension formelle (*présentation contractuelle*)¹²⁶. Mais cet ajout n'était-il pas finalement superflu ? L'observation de ce que recouvre l'expression « *claire et compréhensible* » tend à aller dans ce sens puisque la clarté d'une clause traduit déjà bien la nécessité d'une présentation formelle aisément accessible, ce que relève la Commission européenne¹²⁷. Surtout, si cette précision était si nécessaire aux yeux du législateur, pour quelle raison ne pas en avoir fait également bénéficier l'article L. 212-1 – doté uniquement du terme « *rédigées* » – alors que les deux articles procèdent de la même exigence ? Par conséquent, dans un souci de minimum de cohérence, il eût été de bon ton d'uniformiser ces dispositions. Cela aux fins, *a minima*, d'éviter qu'un lecteur – mal informé – puisse imaginer que le législateur ait tenté de faire transparaître une distinction entre les deux articles... alors qu'il est fort probable que cela soit le fruit d'une simple mais fâcheuse négligence.

D) Contenu de l'exigence de transparence : la clarté et la compréhensibilité d'une clause

63. Une notion à l'épreuve de l'évolution technologique. – En 2000, la Commission européenne¹²⁸ déplorait, avec l'appui de plusieurs études économiques, une « *absence totale de 'concurrence' quant à la qualité des clauses contractuelles* » qui n'étaient que rarement adjointes d'une information précontractuelle en temps et en heure. Elle regrettait même que, malgré l'effort du législateur communautaire et des autorités nationales, nous étions « *encore très loin de l'existence généralisée de rapports contractuels équilibrés* », avec nombre de clauses abusives toujours largement usitées et de nouvelles faisant leur apparition un peu plus chaque jour. Ce déséquilibre informationnel, bien qu'ancien, n'a jamais été autant d'actualité et tout particulièrement via l'essor de la digitalisation, source d'un consentement offert trop aisément par les consommateurs inattentifs ou insuffisamment préparés. En France, les nombreux exemples de sociétés épinglées par la Commission des clauses abusives pour des

¹²⁶ S. CHAUDOUET, *Le déséquilibre significatif*, op. cit., § 73.

¹²⁷ COMMISSION EUROPEENNE, *Orientations relatives à l'interprétation et à l'application de la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs*, Communication de la Commission, 22 juill. 2019, C(2019)5325 final, p. 29. La Commission relève ainsi qu'au titre de l'exigence de transparence doit être observé : « * [le fait que] le consommateur a eu la possibilité effective de prendre connaissance d'une clause contractuelle avant la conclusion du contrat [...] ; * l'intelligibilité des différentes clauses, compte tenu de la clarté de leur libellé et de la spécificité de la terminologie utilisée, ainsi que, le cas échéant, d'autres clauses contractuelles à considérer conjointement [...] ; * la manière dont les clauses contractuelles sont présentées (clarté visuelle et structure logique [...]) ».

¹²⁸ COMMISSION EUROPEENNE, *Sur l'application de la directive 93/13...*, Rapport préc., p. 18.

contrats rendus parfois très subtilement confus pour les consommateurs, témoignent également d'une mauvaise foi évidente de la part de certains professionnels.

Cette tension constante conduit à faire de la transparence une notion évolutive et partant entraîne la nécessité de procéder à la clarification de ce qu'elle recouvre en l'état du droit positif, au travers des deux axes d'étude distincts qui ressortent de la directive *Clause abusive* : la « *clarté* », d'une part, et la « *compréhensibilité* », d'autre part.

64. Clarté ou présentation extérieure de la clause – La clarté renvoie en réalité à une exigence d'apparence et de lisibilité des clauses. Si le législateur français semble avoir rencontré quelques problèmes formels de rédaction des articles actuels L. 211-1 et L. 212-1 du Code de la consommation, il n'en demeure pas moins que cette obligation de clarté est aujourd'hui bien connue du droit français¹²⁹, d'autant plus avec l'apparition du numérique. À cet égard, l'article 1176 alinéa 1 du Code civil¹³⁰ fixe, par exemple, un principe de continuité entre la clarté exigée dans les contrats « *papiers* » et celle due au titre des contrats électroniques. Toutefois, c'est le droit de la consommation qui décline spécifiquement ce concept de lisibilité dans le cadre du contrat de crédit consommériste en imposant une rédaction « *en caractères dont la hauteur ne peut être inférieure à celle du corps huit* », tout en devant comporter « *de manière claire et lisible* » un certain nombre de mentions informatives¹³¹.

En l'état du droit positif, lorsque l'on s'intéresse à un contrat établi sous un format papier, il est en réalité toujours nécessaire de s'interroger sur le point de savoir s'il remplit les conditions d'une transparence formelle. En ce sens, la taille des caractères d'imprimerie, la qualité de l'impression d'un document, les mises en exergue de clauses suivant leur importance et les obligations qu'elles imposent¹³², en sont des éléments récurrents. Gare ainsi à ce qu'une clause engageant le consommateur, ne se retrouve pas dissimulée dans un document qui ne traite en principe pas de cette obligation, comme avait pu le reconnaître un juge du fond, sur le fondement de la clarté et compréhensibilité, où une clause de reconduction tacite d'abonnements à des programmes audiovisuels payants, « *se retrouvait noyée au sein d'un magazine dont l'objet principal est manifestement d'informer les abonnés sur les programmes de la chaîne, c'est-à-dire sur un tout autre objet que celui de renseigner le client sur sa situation contractuelle particulière* »¹³³.

¹²⁹ N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, et al., *Les contrats de consommation...*, op. cit., § 827.

¹³⁰ C. civ., art. 1776 al. 1 : « *Lorsque l'écrit sur papier est soumis à des conditions particulières de lisibilité ou de présentation, l'écrit électronique doit répondre à des exigences équivalentes* ».

¹³¹ C. consom., art. R. 312-10.

¹³² N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, et al., *Les contrats de consommation...*, op. cit., § 827.

¹³³ Trib., proximité, Coutance, 18 mars 2011, n° 91-10-00078.

Preuve de la récurrence de cette problématique, la CCA n'a cessé, depuis sa mise en place, de délivrer des recommandations à cet égard à destination des professionnels aux fins qu'ils s'y conforment¹³⁴. Cependant, longue est la route menant à la clarté, en témoigne sa recommandation rendue en 2020, dans le cadre de contrats de locations de moyens de transports en libre-service où elle alertait une nouvelle fois sur le fait que « *les conditions générales d'utilisation de quelques contrats de location de moyens de transports en libre-service sont difficilement lisibles à l'écran comme sur papier après impression en raison de la charte graphique et de la taille de police de caractères* »¹³⁵.

65. Compréhensibilité ou intelligibilité de la clause. – Après la présentation formelle, c'est l'accessibilité de la clause sur le plan intellectuel qui va être exigée au titre de la directive *Clauses abusives*. Cette « *intelligibilité* » de la clause est à mettre en perspective avec le droit commun des contrats qui ne saurait tolérer que l'acceptation d'une offre puisse valablement porter sur une clause incompréhensible¹³⁶. Or, à ce sujet, les professionnels redoublent parfois d'ingéniosité pour égérer leurs cocontractants. Aujourd'hui, et avec l'évolution des techniques, cinq axes d'analyse de la compréhensibilité peuvent ainsi se décliner.

Le premier a trait au langage puisque la législation française, depuis la loi du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française¹³⁷, est venue imposer la langue officielle de l'Hexagone dans de nombreux secteurs d'activité tels que le milieu du travail, de l'enseignement ou encore de la consommation, une situation désormais uniformisée au niveau des contrats électroniques¹³⁸.

Le deuxième va référer à la complexité des termes utilisés par le professionnel qui vont amener à rendre confus le contrat pour le consommateur et en réduire sa compréhensibilité, un phénomène que l'on trouve notamment dans les contrats techniques tels que les contrats d'assurance (*dont on rappelle qu'ils étaient le contrat particulièrement visé par la directive 93/13*) mais également les contrats de crédit dont le contrat *Helvet Immo* est un exemple (*avec*

¹³⁴ V. par ex. : COMMISSION DES CLAUSES ABUSIVES, *Recommandation n° 87-03 relative aux contrats proposés par les clubs de sport à caractère lucratif*, 28 juin 1987, I, 3° ; *Recommandation, n° 94-04 concernant les contrats de locations saisonnières*, 1^{er} juillet 1994 ; *Recommandation n° 14-02 relative aux contrats de fourniture de services de réseaux sociaux*, 7 novembre 2014, pt 2. ; *Recommandation n° 17-02 ayant trait aux contrats relatifs aux services de médias audiovisuels à la demande (SMAD)*, 7 décembre 2017, pt. 1.

¹³⁵ COMMISSION DES CLAUSES ABUSIVES, *Recommandation n° 20-01 relative aux contrats de location de moyens de transports individuels en libre-service*, préc., pt. 2.

¹³⁶ N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, et al., *Les contrats de consommation...*, op. cit., § 828.

¹³⁷ Loi n° 94-665 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française.

¹³⁸ Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

notamment la référence à des taux interbancaires spécifiques, « jargon » bancaire certes classique mais difficilement saisissable pour le « premier emprunteur venu »).

Un troisième type de pratique va résulter de l'agencement du contrat et de l'accès effectif à son contenu¹³⁹ qui traduit l'usage excessif de clauses de renvoi venant emboîter de nombreux documents contractuels les uns sur les autres. Élément trouvant toute sa portée dans les contrats électroniques avec l'existence de liens hypertextes, il conduit à égarer le consommateur dans sa compréhension globale, qui ne peut alors pas compter sur un délicat « fil d'Ariane » pour le sortir de ce dédale contractuel.

La quatrième pratique va se rapporter à une terminologie élaborée de manière confuse par le professionnel dans le titrage de ses documents (« Charte », *Politique de confidentialité* », « *Politique d'utilisation* », « *Règle de communauté* »)¹⁴⁰ empêchant le consommateur de déterminer si ceux-ci ont valeur contractuelle.

Enfin, la cinquième manœuvre va résulter de l'ambiguïté créée par le contrat qui va se manifester de manière intrinsèque ou extrinsèque¹⁴¹. Intrinsèquement, l'ambiguïté signifie que la lecture d'une clause ne va pas permettre d'en saisir le sens que cela soit dû au fait d'un usage dont le sens va différer selon son acception usuelle ou juridique ou encore d'une lacune grammaticale (*virgule manquante, un pronom pouvant renvoyer à deux éléments, etc.*). L'ambiguïté extrinsèque va s'exprimer de manière plus subtile puisqu'elle va résulter non plus de la clause elle-même, qui va être claire et précise, mais de sa synergie avec d'autres clauses du contrat qui vont mener à des discordances d'interprétation.

À l'instar de l'exigence de clarté, la Commission des clauses abusives veille activement au respect de la compréhensibilité des contrats, offrant ainsi une série d'exemples de pratiques à éviter. Très tôt, dans le cadre du secteur automobile, elle alerte par exemple sur des clauses imprécises voire obscures en ce que la computation des délais n'était nullement indiquée pour le consommateur¹⁴². Tout comme le secteur des assurances, les réseaux sociaux sont également très « mauvais élèves » car cumulant de nombreux défauts de compréhensibilité. Par le biais de sa recommandation de 2014¹⁴³, la Commission des clauses abusives a ainsi eu l'occasion d'avertir qu'une clause rédigée en langue étrangère sans être accompagnée d'une version française ne permettait pas de remplir l'exigence de compréhensibilité pour l'utilisateur

¹³⁹ N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, et al., *Les contrats de consommation...*, op. cit., § 829.

¹⁴⁰ N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, et al., *Les contrats de consommation...*, op. cit., § 830.

¹⁴¹ N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, et al., *Les contrats de consommation...*, op. cit., § 831.

¹⁴² COMMISSION DES CLAUSES ABUSIVES, *Recommandation n°96-02 relative aux locations de véhicules automobiles*, 14 juin 1996 : « *Recommande, que soient éliminées des contrats de location de véhicule automobile les clauses ayant pour objet ou pour effet de : 13° Imposer en cas de vol ou d'incendie du véhicule un délai inférieur à 24 heures non compris les jours fériés pour saisir les autorités de police et sans prévoir que le délai ne court qu'à partir de la découverte du sinistre* ».

¹⁴³ COMMISSION DES CLAUSES ABUSIVES, *Recommandation n° 14-02 relative aux contrats de fourniture de services de réseaux sociaux*, préc., pt. 3.

français. Elle alerte également sur leur usage des terminologies confuses autant dans leur titre que dans leur contenu avec la notion de gratuité¹⁴⁴. Aujourd'hui encore, les efforts demeurent insuffisants et la Commission en 2020, dans sa recommandation relative aux contrats de locations de moyens de transports en libre-service, relevait de nombreuses pratiques critiquables tels que le mélange de l'emploi de plusieurs langues, des constructions syntaxiques incompréhensibles, des difficultés de lecture récurrentes à l'écran ou sur papier, ou encore l'existence de liens hypertextes dont il n'était pas certain qu'ils répondent aux exigences de support durable tiré de l'article L. 221-1, 3° du Code de la consommation¹⁴⁵.

66. Transition. – En constant mouvement car étant une notion malléable au contact de l'évolution des pratiques et des technologies, l'exigence de transparence est un verrou plus que nécessaire à la protection du consommateur et à leur confiance dans le marché unique. Or, une règle n'a de réelle portée que si elle est assortie de réelles conséquences, et à ce titre, le régime des clauses obscures ou ambiguës présente des caractéristiques particulières dont l'étude est primordiale.

§2 – Le sort des clauses obscures ou ambiguës

67. Plan. – Qu'elles induisent en erreur, obscurcissent le jugement ou rendent ambiguë la portée du contrat, la rédaction des clauses et leur présentation formelle se doivent d'être sanctionnables au titre de la transparence promue par la directive 93/13. En premier lieu, elles conduisent évidemment à une interprétation en faveur du consommateur lésé (A) mais elles ouvrent également sur l'examen du caractère abusif des clauses définissant l'objet principal, allant même jusqu'à, semble-t-il, devenir source de ce caractère abusif (B).

A) Interprétation *in favorem*

68. Une interprétation potentiellement en faveur du consommateur. – En vertu de l'article 5 de la directive de 93/13, la violation du principe de transparence conduit *per se* uniquement à une interprétation *in favorem* au profit du consommateur. Ainsi « *en cas de doute sur le sens d'une clause, l'interprétation la plus favorable au consommateur prévaut* ».

¹⁴⁴ Gratuité qui n'existe pas dans le cas présent puisque la contrepartie de l'usage d'un réseau social et la collecte des données des utilisateurs.

¹⁴⁵ COMMISSION DES CLAUSES ABUSIVES, *Recommandation n° 20-01 relative aux contrats de location de moyens de transports individuels en libre-service*, préc., pts 1 et 3.

Le lettre de l'article 5 de la directive 93/13 pourrait paraître décevante en ce qu'elle n'entraîne pas en principe de sanction à proprement dite¹⁴⁶, « *puisque les clauses contractuelles qui ne respectent pas les critères de clarté et de compréhensibilité ne sont ni écartées du contrat ni considérées comme abusives* »¹⁴⁷ bien que les jurisprudences européenne et françaises aient pu potentiellement y trouver la source d'un déséquilibre significatif¹⁴⁸. La Commission européenne, si elle a pu s'interroger sur la viabilité de cet aménagement en envisageant potentiellement des mécanismes plus efficaces telles que l'inopposabilité¹⁴⁹, n'a d'ailleurs pas encore soutenu d'évolution en la matière.

69. Transposition conforme. – En droit interne, l'article L. 211-1 du Code de la consommation reprend pertinemment cette logique en disposant que les clauses d'un contrat « *proposé au consommateur s'interprètent en cas de doute dans le sens le plus favorable au consommateur* », bien qu'il en écarte l'application dans le cadre d'une action en cessation de l'illicite prévue à l'article L. 621-8 du Code susvisé. Une fois encore, la question de la nature de cette disposition a pu resurgir, puisque si beaucoup militent en faveur de son appellation de sanction, elle n'est pourtant pas située dans le chapitre prévu à cet effet dans le sein du Code de la consommation, qui distingue très clairement, depuis sa recodification, les règles de leur sanction.

70. Le principe de l'interprétation préexistant en droit interne. – En France, l'arrivée d'un principe d'interprétation de source européenne n'eut pas de caractère véritablement novateur dès lors qu'il existait déjà, depuis 1804, les articles 1156 à 1164 qui apportaient des éclairages très utiles aux juges sur la façon dont ils devaient interpréter les clauses ambiguës. Le fondement majeur gouvernant l'interprétation était alors assis sur l'idée de faire ressortir la portée la plus « *vraisemblante* » du contrat. Posé par l'ancien article 1156 (*devenu l'art. 1188*), il énonçait ainsi en substance que les juges se devaient d'interpréter le contrat d'après la commune intention des parties plutôt qu'en s'arrêtant au sens littéral des termes mais qu'à défaut, il devrait s'interpréter selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée

¹⁴⁶ De nombreux commentateurs de la directive restent néanmoins en faveur de cette appellation notamment en vertu du fait qu'elle soit juxtaposée à l'obligation de transparence de l'article 5 et, qu'en outre, elle ne cherche pas à redonner de la vraisemblance à la clause mais bien à sanctionner le professionnel rédacteur qui n'a pas su donner de clarté et de compréhensibilité à son contrat. V. à ce propos : N. Sauphanor-Brouillaud, et a., *Les contrats de consommation. Règles communes*, 2e éd., 2018, § 840.

¹⁴⁷ COMMISSION EUROPEENNE, *Sur l'application de la directive 93/13...*, Rapport préc., p. 18.

¹⁴⁸ V. *infra.*, § 81 (pour l'induction en erreur – vision européenne) et § 90 (pour la clause de « *laisser croire* » – vision française). À noter qu'à l'échelle européenne, il semble y avoir une confusion entre transparence et caractère abusif, v. not. *infra.*, § 102.

¹⁴⁹ COMMISSION EUROPEENNE, *Sur l'application de la directive 93/13...*, Rapport préc., p. 19.

dans la même situation. Ce postulat essentiel, était ensuite articulé d'autres articles plus spécifiques et notamment l'article 1162 qui instaurait déjà une possibilité d'interprétation *contra proferentem* d'une convention en énonçant que « *dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation* ».

Le pouvoir d'interprétation demeurant une forme d'intrusion dans la loi des parties, il a donc été dévolu à l'office du juge, et plus particulièrement aux seuls juges du fond, ceux-ci ayant la primauté face à la Haute juridiction dès lors que l'on considère que l'interprétation des contrats est une question de fait.

Plus encore, la Cour de cassation a même décidé d'accroître la marge de manœuvre des juges, en estimant que les articles relatifs à l'interprétation du contrat n'était qu'une forme de guide d'analyse devant simplement les « *aider* », et non « *s'imposer* » à leur verdict¹⁵⁰, et ce, sans réserver de sort particulier à l'article 1162 et sa vision protectrice.

71. Le conflit opposant les visions françaises et européennes de l'interprétation. – L'intronisation de l'article L. 211-1 du Code de consommation va néanmoins quelque peu s'écarter de la vision française en *imposant* cette fois-ci de prendre, en cas de doute, le parti du consommateur qui se serait vu « *proposer un contrat* », autrement dit, qui aurait conclu un contrat d'adhésion¹⁵¹. Cette disposition centrale va conséquemment susciter une levée de boucliers de la part des observateurs, certains la qualifiant même d'hérésie sémantique, en ce qu'elle impose une interprétation aussi orientée, nécessairement en défaveur de l'autre partie, ne pouvant plus répondre à sa définition, à savoir la pure recherche de la commune intention¹⁵². Pourtant, force est de constater que la recherche de la volonté des parties relève bien souvent de « *l'artifice pure et simple* »¹⁵³, véritable quête illusoire dans le cadre de contrats d'adhésion de plus en plus utilisés. En effet, la caractéristique principale de ces derniers conduit à ce que le contractant n'adhère au contrat que de manière globale sans volonté précise sur chacune des clauses. Par ailleurs, à supposer une telle volonté possible, l'interprétation que font les deux parties de chacune des clauses est rarement similaire, et *in fine* difficilement *commune*¹⁵⁴. Surtout, en pratique, les juges, certes affranchis de s'inspirer obligatoirement des lignes directrices du Code civil, s'étaient révélés être de véritables

¹⁵⁰ N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, et al., *Les contrats de consommation...*, *op. cit.*, § 848.

¹⁵¹ Les débats sémantiques sur la question sont nombreux mais la doctrine orthodoxe se rejoint sur la signification du terme « *proposé* » utilisé dans l'article L. 211-1 du Code de la consommation, et estime qu'il renvoie bien à un contrat qui n'a pu qu'être accepté dans son ensemble, sans avoir laissé la possibilité d'en négocier chacune de ses stipulations.

¹⁵² N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, et al., *Les contrats de consommation...*, *op. cit.*, § 841.

¹⁵³ J. CALAIS-AULOY, H. TEMPLE., M. DEPINCE, *Droit de la consommation*, Dalloz, Précis, 10e éd., 2020, § 163.

¹⁵⁴ N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, et al., *Les contrats de consommation...*, *op. cit.*, § 841.

« *parangons* » de l'équité juridique en donnant aux clauses obscures ou ambiguës le sens qui leur paraissait assurer le meilleur équilibre contractuel¹⁵⁵. A tous ces égards, cette « *crise de l'interprétation* », pouvait donc certainement trouver à être relativisée.

Toutefois, il demeure indéniable que ces modifications apportées au principe français de l'interprétation vont conduire à voir les juges contrôlés plus sévèrement par la Haute juridiction. En effet, auparavant, compte-tenu de l'absence de soumission aux règles d'interprétation du Code civil, seule la dénaturation d'une clause claire et précise ou l'absence de prise en compte d'une ambiguïté manifeste aurait pu conduire à ce que les juges encouraient la cassation. Désormais, l'interprétation consumériste, marquée par le sceau de l'impérativité, va conduire à voir des arrêts censurés dès lors que la clause obscure ou ambiguë n'aura pas fait l'objet d'une interprétation en faveur du consommateur, et surtout dans le sens *le plus favorable* qui puisse lui être possible¹⁵⁶. Véritable confirmation de l'originalité de l'interprétation *in favorem*, cette analyse semble donc bien clore le chapitre de la vraisemblance au profit d'une sanction inéluctable du professionnel.

72. La primauté du droit consumériste sur le droit commun des contrats. – Preuve de la forte interaction du droit commun des contrats et du droit de la consommation, l'ensemble des dispositions du droit commun relatives à l'interprétation du contrat a été depuis modernisé¹⁵⁷ lors de l'ordonnance de 2016, offrant ainsi notamment aux contractants français, le nouvel article 1190 – forme de calque de l'article L. 211-1 – qui dispose ainsi que « *dans le doute, le contrat de gré à gré s'interprète contre le créancier et en faveur du débiteur, et le contrat d'adhésion contre celui qui l'a proposé* ». Certes, les contrats de consommation, et plus particulièrement de crédit, ne sont rien d'autre que des contrats d'adhésion puisque standardisés et proposés en masse à des milliers de consommateurs. Pour autant, il ne faut pas s'y tromper : si les deux articles se recoupent en pratique dans leurs effets et objectifs, le caractère d'ordre public de L. 211-1 conduira à écarter systématiquement toutes les dispositions du droit commun, dès lors que l'on est en présence d'un contrat de consommation.

¹⁵⁵ J. CALAIS-AULOY, H. TEMPLE., M. DEPINCE, *Droit de la consommation, op. cit.*, § 163.

¹⁵⁶ Cass. civ. 1ère, 21 janv. 2003, n° 00-13342 : « [...] *Attendu qu'il résulte des énonciations mêmes de l'arrêt attaqué qui a débouté M. X... de sa demande, que la clause définissant le risque invalidité était bien ambiguë de sorte qu'elle devait être interprétée dans le sens le plus favorable à M. X... ;* ».

¹⁵⁷ À noter que les anciens articles 1158, 1159, 1160, 1163 et 1164, jugés inutiles ou peu utilisés par la jurisprudence, n'ont pas été conservés lors de la réforme de 2016.

73. Les limites de l'interprétation *in favorem*. – La mécanique semble donc « *bien huilée* » et pourtant, comme souvent en droit, la dichotomie théorie – pratique va venir nuancer cette affirmation.

En effet, si les juges sont les seuls maîtres de l'interprétation, il ne faut pas oublier que les litiges de consommation échappent bien souvent au tribunaux¹⁵⁸, faisant passer l'interprétation *in favorem* du statut d'intention louable à « *coup d'épée dans l'eau* », bien que l'on puisse constater une amélioration dans la rédaction des contrats de consommation au fil des années¹⁵⁹. Par ailleurs, l'interprétation *in favorem* risque potentiellement de montrer ses limites en présence d'une clause si confuse qu'aucun choix d'interprétation ne soit possible. Plus encore, elle ne semble pas couvrir toute la portée de la clarté et de la compréhensibilité et notamment son versant lié à la présentation de la clause puisque si les termes sont parfaitement compréhensibles mais peu lisibles ou « *noyés* » dans le flot d'autres informations, il apparaîtra difficile d'interpréter convenablement sauf à réécrire complètement la clause¹⁶⁰. Or, une telle manœuvre se heurte à la défiance d'un pouvoir trop grand de révision du contenu des clauses¹⁶¹ qui ne saurait être admis par la CJUE que dans de très rares cas¹⁶². *A fortiori*, à côté du principe général, c'est son application dans le cadre de l'éviction du contrôle du caractère abusif qui va pouvoir apparaître bancaire puisqu'interpréter la clause définissant l'objet principal conduit à remettre en cause inévitablement l'essence même du contrat.

À tous ces égards, l'on ne peut s'empêcher de penser que l'interprétation *in favorem* constitue parfois une arme d'une efficacité bien relative, pour corriger les éventuels déséquilibres dus à une rédaction insuffisamment claire et compréhensible. Partant, l'on comprend un peu mieux les craintes de la Commission européenne, présentes dans son rapport sur l'application de la directive 93/13, qui s'interrogeait ainsi sur l'opportunité de sanctionner plus sévèrement la transgression du principe de transparence¹⁶³. En ce sens, nombreux sont aujourd'hui les observateurs qui préfèrent se tourner vers d'autres outils juridiques

¹⁵⁸ Un constat qui trouve notamment sa source dans le fait que les litiges de consommation, hormis ceux liés au crédit, portent souvent sur de petits montants et dissuadent ainsi les consommateurs à prendre le « risque » d'amener l'affaire devant un juge, une telle action pouvant, en effet, se révéler longue ; coûteuse et dont l'issue demeure incertaine.

¹⁵⁹ J. CALAIS-AULOY, H. TEMPLE., M. DEPINCE, *Droit de la consommation*, *op. cit.*, § 157.

¹⁶⁰ N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, et al., *Les contrats de consommation...*, *op. cit.*, § 856.

¹⁶¹ S. CHAUDOUET, *Le déséquilibre significatif*, *op. cit.*, § 199.

¹⁶² La CJUE exclut, avec certaines nuances, que le juge national puisse réviser une clause abusive, 21 janv. 2015, aff. jointes C-482/13, C-484/13, C-485/13 et C-487/13 ; CJUE, 8 août 2018, aff. C-96/16 et C-97/17 : Le juge « *est uniquement tenu d'[en] écarter l'application [...] sans qu'il soit habilité à [en] réviser le contenu de [celle-ci]* ». Pour davantage de précisions sur la prohibition de la révision des clauses, v. *infra*, § 135 de la présente contribution.

¹⁶³ COMMISSION EUROPÉENNE, *Sur l'application de la directive...*, Rapport préc., p. 19 : « *En cas de transgression au principe de transparence, faudrait-il accroître le niveau de protection du consommateur en prévoyant soit une extension du champ d'application de l'article 7 (possibilité d'action en cessation contre les clauses obscures; indépendamment de leur caractère abusif) soit une sanction spécifique (telle que l'inopposabilité des clauses contractuelles obscures au consommateur dès que ce dernier n'a pas la possibilité de les connaître avant la conclusion du contrat) ?* ».

donnant davantage de résultats. Si l'inopposabilité tirée du droit commun¹⁶⁴ a fait ses preuves, le réputé non écrit – œuvre du droit consommériste – est également souvent utilisé, bien qu'il nécessite classiquement de la clause obscure ou ambiguë, qu'elle soit soumise à l'appréciation de son caractère abusif.

74. Transition. – Au-delà de l'interprétation *in favorem*, les conséquences d'une rédaction obscure ou ambiguë vont se ressentir au niveau de l'appréciation du déséquilibre significatif puisqu'elle va contribuer à réintégrer les clauses principales dans le contrôle du caractère abusif opéré par le juge.

B) Appréciation du caractère abusif

75. Plan. – L'appréciation du caractère abusif d'une clause, tiré de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 93/13 (1) doit être opérée *in concreto* par les juges nationaux sur le fondement de critères interprétés *in abstracto* par la Cour de justice (2). Si, en principe, une telle appréciation ne peut pas porter sur des clauses définissant l'objet principal d'un contrat, celle-ci redevient possible dès lors que les clauses sont considérées comme ne satisfaisant pas l'exigence de transparence (3).

1) Notion de caractère abusif tirée de la directive 93/13

76. Les éléments du contrôle tirés de l'article 3.1 de la directive. – En dépit de tous les développements précédents, il ne faut pas perdre de vue que l'objectif initial de la directive réside dans l'assainissement du milieu contractuel consommériste *via* la sanction de l'existence d'un rapport contractuel trop déséquilibré pour le consommateur en situation d'infériorité face au professionnel. C'est l'article 3.1 de la directive qui va ainsi venir définir de manière abstraite les éléments conférant un caractère abusif à une clause contractuelle. Aux termes de celui-ci, la « *clause d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle est considérée comme abusive lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat* ».

¹⁶⁴ Dont la portée ne sera pas davantage explicitée ici, l'objet de notre étude concernant principalement le droit de la consommation et la police des clauses abusives qu'il porte en son sein. Toutefois, pour plus de précision, v. N. Sauphanor-Brouillaud, et a., *Les contrats de consommation. Règles communes*, 2e éd., 2018, § 856 et s.

Trois caractéristiques sont ainsi importantes. Premièrement, ce qui est davantage un élément du champ d'application du contrôle, ce dernier n'a vocation à s'opérer que si la clause a été stipulée en l'absence de négociation individuelle, ce qui réunit donc autant les clauses préédigées que les clauses individuelles non négociées. Deuxièmement, la clause doit conduire à entraîner un déséquilibre significatif au détriment du consommateur. C'est cette notion qui va cristalliser une partie des débats jurisprudentiels et doctrinaux. Troisièmement, le déséquilibre doit être créé « *en dépit de l'exigence de bonne foi* », traduction maladroite qui renvoie davantage à notion de « *contrariété* » à la bonne foi. La référence à une « *exigence* » a pu poser question sur les contours exacts cette notion. Éclairé par le 15^{ème} considérant¹⁶⁵ mis en perspective avec l'article 4, invitant à se référer, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent celle-ci, il peut être aujourd'hui déduit que la bonne foi visée est une bonne foi précontractuelle évaluant le comportement des parties au moment de ladite conclusion¹⁶⁶. Pour autant, ce dernier élément n'en demeure pas moins difficile à saisir s'agissant de l'importance de son rôle dans l'appréciation du caractère abusif, comme il nous sera donné de l'observer plus après¹⁶⁷.

77. Une transposition française à l'accent placé sur le déséquilibre significatif. – Le législateur français, profitant du degré d'harmonisation minimal de la directive, est venu élargir la portée du contrôle opéré par le juge puisqu'il énonce à l'article L. 212-1 alinéa 1^{er}, que dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs, « *sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat* ».

Par conséquent, d'une part, a été supprimée la mention relative à l'absence de négociation individuelle, impliquant dès lors que soient concernés tous les contrats consuméristes écrits. D'autre part, c'est également la mention relative à la contrariété à la bonne foi qui a disparu, peut-être en raison des spécificités du paysage juridique français qui est déjà fortement irrigué par les principes de bonne foi et de loyauté contractuelle¹⁶⁸. Une innervation, en effet, bien visible à l'endroit de l'article 1104 du Code civil, remplaçant l'ancien article 1134 dudit Code, qui dispose que « *les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi* ».

¹⁶⁵ Dir. 93/13/CEE, préc., 15^{ème} considérant : « *Dans l'appréciation de la bonne foi, il faut prêter une attention particulière à la force des positions respectives de négociation des parties, à la question de savoir si le consommateur a été encouragé par quelque moyen à donner son accord à la clause et si les biens ou services ont été vendus ou fournis sur commande spéciale du consommateur ; que l'exigence de bonne foi peut être satisfaite par le professionnel en traitant de façon loyale et équitable avec l'autre partie dont il doit prendre en compte les intérêts légitimes* ».

¹⁶⁶ N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, et al., Les contrats de consommation..., *op. cit.*, § 911.

¹⁶⁷ V. *infra*, § 87.

¹⁶⁸ F. CAMPAGNOLA, « Bonne foi et loyauté en droit des contrats », Village de la justice, Actualité juridique, 29 juin 2018.

Le mot d'ordre français était donc clair : seul compte le déséquilibre significatif¹⁶⁹.

2) Articulation des compétences dans le cadre de l'appréciation du caractère abusif

78. Plan. – Comme à chaque fois avec des notions issues du droit européen, un partage des compétences est opéré entre la CJUE – qui a la primauté d'interprétation du droit de l'Union – et les juges nationaux. Plus particulièrement s'agissant du contrôle du caractère abusif, la Cour de justice s'est prononcée dès 2004, par une décision *Freiburger*¹⁷⁰, dans le cadre d'un litige allemand opposant des particuliers à une entreprise au sujet d'un contrat ayant trait à la construction d'un emplacement de parking, et dont la clause d'intérêts moratoires serait abusive. À elle, l'élaboration des critères abstraits de la clause abusive¹⁷¹ (a), aux juges nationaux, l'application concrète de ces critères en tenant compte des circonstances et du contexte contractuel (b).

a) Interprétation in abstracto des critères du caractère abusif par la CJUE

79. La nécessité grandissante d'élaboration de critères généraux à destination des juges nationaux. – Au-delà des analyses doctrinales portant sur sa nature, le déséquilibre significatif, notion européenne par excellence, se doit d'être « décrypté » par la CJUE, en vertu du principe d'interprétation autonome du droit de l'Union. La référence au cryptage n'est ici pas anodine tant il a pu être sibyllin de savoir ce que recouvraient les termes « déséquilibre » et « significatif ». Or, en exigeant du juge une vigilance accrue par l'imposition d'un devoir de relever d'office les clauses abusives¹⁷², la Cour de justice a rendu davantage nécessaire l'élaboration de guide d'interprétation de cette notion¹⁷³.

80. L'analyse comparative aux règles supplétives de volonté. – Ce n'est que très récemment, via son remarqué arrêt *Mohamed Aziz* de 2013¹⁷⁴ que la CJUE va être mise en mesure d'apporter d'utiles éclairages aux juges nationaux sur le déséquilibre significatif. La

¹⁶⁹ N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, et al., Les contrats de consommation..., *op. cit.*, § 911.

¹⁷⁰ CJCE, 1er avril 2004, aff. C-237/02, *Freiburger Kommunalbauten GmbH Baugesellschaft & Co* ; depuis confirmé par CJCE, 4 juin 2009, aff. C-243/08, *Pannon GSM* et précisé à l'occasion de l'arrêt CJUE, 9 nov. 2010, aff. C-137/08, *VB Penzügyi Lízing*.

¹⁷¹ CJCE, 1er avril 2004, aff. C-237/02, *Freiburger*, préc., pt. 22.

¹⁷² V. *infra*, § 123 et s.

¹⁷³ S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, « Clauses abusives : précisions procédurales et matérielles », *JADE*, 2013.

¹⁷⁴ CJUE, 1ère chbre, 14 mars 2013, aff. C-415/11, *Mohamed Aziz c. Catalunyacaixa*.

Cour de justice avait été saisie par un tribunal espagnol sur demande d'un consommateur ayant contracté un contrat de crédit assorti d'une hypothèque sur son logement et qui était actuellement sous le coup d'une procédure de saisie hypothécaire engagée par son établissement bancaire. Ce dernier contestait ainsi notamment la validité d'une telle saisie au motif de la présence de clauses abusives dans son contrat de prêt, portant sur la sanction de son défaut de paiement des échéances. La CJUE va alors fournir des orientations méthodologiques avant de dégager les critères dont le juge national va devoir tenir compte¹⁷⁵ pour déterminer concrètement l'existence ou non d'un déséquilibre significatif et partant le caractère abusif d'une clause.

Tout d'abord, le juge doit procéder à une analyse comparative¹⁷⁶ et ainsi s'interroger sur les règles applicables en droit national « *en l'absence d'un accord des parties* » pour observer si la modification de la relation contractuelle induite par la clause litigieuse place le consommateur dans une situation plus défavorable qu'en l'absence de cette clause. Cela renvoie très concrètement à ce qu'on appelle en France, la « *règle supplétive de volonté* » et corrobore l'idée qu'outre sa fonction technique de remédier au silence des parties, elle constitue une règle axiologique, puisqu'elle vient ici exprimer un modèle idéal de justice contractuel¹⁷⁷, une fonction directrice, une normalité¹⁷⁸. Ensuite, il doit analyser la bonne foi du professionnel, contrepoids à son pouvoir d'élaboration unilatérale du contrat¹⁷⁹, afin de se demander si en présence d'une négociation individuelle, loyale et équitable, le professionnel pouvait raisonnablement s'attendre à ce que la clause soit acceptée par le consommateur¹⁸⁰, ce qui pose des questions sur la place qu'occupe réellement la bonne foi dans l'examen du caractère abusif, et notamment son autonomie¹⁸¹. Dans le cadre de l'examen du déséquilibre significatif, la CJUE invitait donc notamment le juge à comparer le taux élevé des intérêts de retard (*18,75% annuel*) avec le taux légal pour en vérifier la proportionnalité¹⁸² entre le « *supplément de taux les objectifs légitimes qu'il est censé permettre d'atteindre dans le système national considéré* »¹⁸³. Toujours dans cette objectif de proportionnalité, s'agissant de la clause relative à l'échéance anticipée, la Cour de justice suggère au juge espagnol de vérifier *si* la faculté de déclarer exigible la totalité du prêt concernait uniquement la violation

¹⁷⁵ CJUE, 1ère chbre, 14 mars 2013, aff. C-415/11, *Mohamed Aziz*, préc., pt. 66.

¹⁷⁶ CJUE, 1ère chbre, 14 mars 2013, aff. C-415/11, *Mohamed Aziz*, préc., pt. 68.

¹⁷⁷ S. CHAUDOUET, *Le déséquilibre significatif*, *op. cit.*, §290.

¹⁷⁸ Pour un approfondissement des enjeux entourant la notion de règle supplétive, v. C. Perès-Dourdou, *La règle supplétive*, L.G.D.J., : Thèses, Bibliothèque de droit privé, 04 mai 2004, Tome 421.

¹⁷⁹ S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, « *Clauses abusives : précisions procédurales et matérielles* », *op. cit.*

¹⁸⁰ CJUE, 1ère chbre, 14 mars 2013, aff. C-415/11, *Mohamed Aziz*, préc., pt. 69.

¹⁸¹ V. *infra*. § 87.

¹⁸² CJUE, 1ère chbre, 14 mars 2013, aff. C-415/11, *Mohamed Aziz*, préc., pt. 74

¹⁸³ S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, « *Clauses abusives : précisions procédurales et matérielles* », *op. cit.*

d'une obligation essentielle du contrat en cause, *si* une telle violation devait être suffisamment grave par rapport à la durée et au montant du prêt, *si* une telle faculté était exceptionnelle par rapport aux règles applicables en la matière et *enfin si* le droit national prévoyait des moyens « *adéquats et efficaces permettant au consommateur soumis à l'application d'une telle clause de remédier aux effets de ladite exigibilité du prêt* »¹⁸⁴.

Toujours au cœur de la Péninsule Ibérique, la Cour de justice est venue préciser la façon dont se déclinait le déséquilibre significatif avec une décision *Constructora Principado*¹⁸⁵, opposant un consommateur à une entreprise de construction, le premier contestant certains versements en soulevant le caractère abusif d'une clause qui lui répercutait une obligation de paiement légalement dévolue au professionnel. La question qui se posait alors était de savoir si seule l'incidence économique significative d'une clause au regard de l'opération en cause pouvait être source de déséquilibre indicatif. La Cour répond à la négative, et relève que ce déséquilibre « *ne saurait se limiter à une telle analyse économique de nature quantitative* »¹⁸⁶, mais pourrait parfaitement résulter « *du seul fait d'une atteinte suffisamment grave à la situation juridique dans laquelle le consommateur, en tant que partie au contrat en cause, est placé en vertu des dispositions nationales applicables* », que ce soit sous la forme « *d'une restriction au contenu de ces droits* », « *d'une entrave à l'exercice de ceux-ci* » ou encore « *de la mise à sa charge d'une obligation supplémentaire non prévue par les règles nationales* »¹⁸⁷.

Au-delà du coût économique, c'est donc une atteinte aux droits du consommateur qui va pouvoir être source de déséquilibre significatif faisant de celui-ci un déséquilibre juridique¹⁸⁸. À ce titre, la Cour identifie la source de déséquilibre de manière assez concrète, en relevant que « *tandis que le professionnel tire profit d'une telle augmentation de la valeur du bien qu'il vend, le consommateur [semble devoir] verser non seulement un prix de vente incorporant la plus-value acquise par ce bien, mais encore une taxe assise sur cette plus-value* », une atteinte dont il revient à la juridiction de renvoi de vérifier qu'elle est suffisamment grave, compte-tenu des dispositions supplétives nationales¹⁸⁹.

¹⁸⁴ CJUE, 1ère chbre, 14 mars 2013, préc., pt. 73.

¹⁸⁵ CJUE, 16 janv. 2014, aff. C-226/12, *Constructora Principado, SA*.

¹⁸⁶ CJUE, 16 janv. 2014, aff. C-226/12, *Constructora Principado*, préc., pt. 22.

¹⁸⁷ CJUE, 16 janv. 2014, aff. C-226/12, préc., pt. 23.

¹⁸⁸ N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, et al., *Les contrats de consommation...*, op. cit., § 919.

¹⁸⁹ S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, « *Clauses abusives : précisions sur la notion de déséquilibre significatif* », JCP E, n° 14, 03 avr. 2014, 1177.

81. L'induction en erreur, illustration du manque de transparence. – Après la comparaison aux règles supplétives, c'est au tour de la transparence des clauses accessoires de faire son entrée, assez audacieusement, par la grande porte du caractère abusif, non sans une certaine impulsion donnée par le contentieux des prêts en devises et de l'élaboration de l'exigence de transparence matérielle par la CJUE dans le cadre des clauses principales.

De manière générale, il convient de remarquer que la CJUE prend le soin depuis quelques années et notamment depuis sa décision *RWE Vertrieb*¹⁹⁰, de rappeler le rôle fondamental de l'information entourant la période précontractuelle, celle-ci étant gage d'une parfaite compréhension de la portée dudit contrat sur le fondement duquel va s'engager le consommateur¹⁹¹. Une forme de contrôle de la transparence préexistait donc déjà à celui qui allait être opéré dans le cadre de la législation des clauses abusives, même si ce dernier va prendre une dimension plus autonome¹⁹², à partir du contentieux des prêts en devises.

Néanmoins, c'est dans le cadre de sa décision *Amazon*¹⁹³, qu'elle va clairement rappeler que si l'exigence de transparence se trouve dans la directive *Clauses abusives*, c'est bien qu'un lien potentiel peut être fait entre l'exigence générale de clarté et compréhensibilité et le caractère abusif, et ce même si initialement cette exigence est absente de l'article 3 de la directive. S'opposait ainsi une association de défense des intérêts des consommateurs face à la société Amazon, au sujet d'une série de clauses abusives (*dont une clause de choix en faveur de la législation luxembourgeoise*) contenues dans ses conditions générales d'utilisation proposés aux utilisateurs autrichiens. En premier lieu, chose inédite, la Cour élève donc la transparence au rang de critère général fondant le caractère abusif d'une clause, la faisant ainsi désormais cohabiter avec les autres critères que sont la bonne foi et l'équilibre¹⁹⁴. En second lieu, et par voie de conséquence, elle relève que le caractère abusif d'une clause « *peut découler d'une formulation ne satisfaisant pas à l'exigence d'une rédaction claire et compréhensible énoncée à l'article 5 de la directive* », exigence qui est « *interprétée de manière extensive* »¹⁹⁵ par la Cour depuis son intervention dans le cadre des prêts en devises et qui repose sur une forte composante informationnelle¹⁹⁶.

Or, lorsqu'il existe des droits impérativement attribués au consommateur (*ici tiré du règlement*

⁸⁴ CJUE, 21 mars 2013, aff. C-92/11, *RWE Vertrieb AG*.

¹⁹¹ CJUE, 21 mars 2013, aff. C-92/11, *RWE Vertrieb*, préc., pt. 44.

¹⁹² E. POILLOT, « Le contrôle de la transparence matérielle des clauses portant sur l'objet du contrat : une nouvelle arme en matière de lutte contre les clauses abusives », D. 2017, p. 1096.

¹⁹³ CJUE, 28 juill. 2016, aff. C-191/15, *Verein für Konsumenteninformation c/ Amazon EU*.

¹⁹⁴ CJUE, 28 juill. 2016, aff. C-191/15, *Amazon EU*, préc., pt. 65.

¹⁹⁵ CJUE, 28 juill. 2016, aff. C-191/15, *Amazon EU*, préc., pt. 68.

¹⁹⁶ V. *infra*. § 95 et s.

Rome I¹⁹⁷), la communication de ces informations doit pouvoir le mettre en situation d'en prendre connaissance, à défaut de quoi la clause est susceptible de l'induire en erreur sur l'étendue de ses droits. En réalité, la clause est ici parfaitement licite puisque l'article 6.2, du règlement Rome I prévoit bien que puisse être convenu par les parties du droit applicable au contrat, mais cela ne vaut qu'à condition que soit assuré le respect des droits du consommateur en vertu des dispositions de la loi du for auxquelles il ne peut être dérogées par accord. Dès lors, si la clause ne plaçait pas *per se* le consommateur dans une situation moins favorable, le fait qu'aucun élément du contrat n'informait celui-ci sur ses *droits (et notamment le bénéfice des dispositions spéciales du règlement Rome I)*, a fait néanmoins basculer la clause dans un rapport potentiellement abusif, puisqu'elle va être en mesure d'induire en erreur le consommateur « *en lui donnant l'impression que seule la loi de cet État membre s'applique au contrat* »¹⁹⁸.

À noter que si la Cour érige la transparence en critère général du caractère abusif, certains observateurs maintiennent que le constat d'une insuffisance dans la fourniture d'informations essentielles au consommateur demeure en réalité qu'une étape précédant l'examen du déséquilibre significatif niché dans la stipulation ambiguë, les étapes n'étant ainsi pas fongibles, « *le non-respect des exigences de transparence n'équivalant pas au caractère abusif même s'il peut constituer un élément au soutien de sa preuve* »¹⁹⁹. Cette délicate subtilité va d'ailleurs se voir renforcée dans le cadre de l'examen des prêts en devises²⁰⁰.

82. Transition. - Bien entendu, ces critères restent volontairement généraux et abstraits, nécessitant par conséquent d'être appliqués au cas d'espèce en fonction du contexte et des circonstances : c'est l'appréciation *in concreto* opérée par le juge national.

b) Appréciation in concreto des critères du caractère abusif par le juge national

83. La prise en compte du contexte et des circonstances entourant la conclusion du contrat. – Connaître le contenu général du caractère abusif est insuffisant si l'on ne maîtrise

¹⁹⁷ L'article 6, paragraphe 2, du règlement Rome I dispose ainsi que « *le choix de la loi applicable ne peut avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord en vertu de la loi qui aurait été applicable en l'absence de choix* ».

¹⁹⁸ CJUE, 28 juill. 2016, aff. C-191/15, *Amazon EU*, préc., pt. 71.

¹⁹⁹ H. AUBRY, É. POILLOT, N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Droit de la consommation - janvier 2019 à décembre 2019 », D. 2020, p.624.

²⁰⁰ V. *infra.*, § 102.

pas les règles encadrant son appréciation. En ce sens, le législateur communautaire a tenu à ce que son appréciation soit contextualisée et circonstanciée²⁰¹ puisqu'elle dispose que « *le caractère abusif d'une clause contractuelle est apprécié en tenant compte de la nature des biens ou services qui font l'objet du contrat et en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat, ou d'un autre contrat dont il dépend* »²⁰². Autrement dit, les juridictions nationales doivent se déterminer « *eu égard à la nature, à l'économie générale et aux stipulations (du contrat concerné) ainsi qu'au contexte juridique et factuel dans lequel (les clauses litigieuses) s'inscrivent* »²⁰³.

84. L'analyse contextualisée. – Celle-ci va porter autant sur la nature des biens ou services faisant l'objet du contrat que sur l'environnement contractuel entourant la clause litigieuse. D'une part, doit donc être pris en compte la nature spécifique de certains biens ou services. Une telle mention trouve évidemment un écho particulier, selon le 16^{ème} considérant de la directive²⁰⁴, dans le cadre des services publics régis par des contrats administratifs, ces derniers prévoyant souvent des pouvoirs exorbitants du droit commun qui, s'ils étaient regardés sous le prisme classique du déséquilibre significatif, seraient vus comme abusifs. D'autre part, la clause doit être mise en perspective dans son environnement contractuel pertinent. En effet, l'analyse du déséquilibre doit être menée globalement eu égard à d'autres clauses du contrat – la CJUE parle ainsi d'un « *effet cumulatif* »²⁰⁵ – et des autres documents contractuels juridiquement liés au contrat. En effet, une clause peut apparaître, de prime abord, abusive mais perdre ce caractère dès lors qu'elle va se trouver une contrepartie au profit du consommateur dans une autre stipulation ou document lié au premier contrat hébergeant ladite clause²⁰⁶. La CJUE est d'ailleurs venue préciser certains éléments de cette analyse. Depuis l'arrêt *Freiburger*, elle précise ainsi que doivent également « *être appréciées les conséquences que ladite clause peut avoir dans le cadre du droit applicable au contrat, ce qui implique un examen du système juridique national* »²⁰⁷. Sont par ailleurs indifférentes à l'appréciation du caractère abusif, les situations d'une éventuelle application effective ou non

²⁰¹ N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, et a., *Les contrats de consommation*, op. cit., § 931 et 932.

²⁰² Dir. 93/13/CEE, préc., art. 4, paragraphe 1.

²⁰³ S. CHAUDOUET. *Le déséquilibre significatif*, op. cit., § 178.

²⁰⁴ Dir. 93/13/CEE, préc., 16^{ème} considérant : « *considérant que l'appréciation, selon les critères généraux fixés, du caractère abusif des clauses notamment dans les activités professionnelles à caractère public fournissant des services collectifs prenant en compte une solidarité entre usagers, nécessite d'être complétée par un moyen d'évaluation globale des différents intérêts impliqués* ».

²⁰⁵ CJUE, 21 avril 2016, aff. C-377/14, *Ernst Georg Radlinger, Helena Radlingerová c/ Finway a.s.*, pt. 92

²⁰⁶ G. CHANTEPIE, N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Déséquilibre significatif », *Rép. Civ.* 2019, § 55 et 56.

²⁰⁷ CJCE, 1^{er} avril 2004, aff. C-237/02, *Freiburger Kommunalbauten*, préc., pt 21.

de la clause (*la clause doit simplement avoir pour objet ou effet de créer un déséquilibre significatif*)²⁰⁸, ou encore le fait que cette clause ait pu être modifiée par la suite²⁰⁹.

85. L'analyse des circonstances entourant la conclusion du contrat. – Celle-ci va avoir une portée réduite dans le cadre des contrats d'adhésion (*qui représente la majeure partie des contrats de consommation*). En effet, comme le font remarquer N. Sauphanor-Brouillaud et G. Chantepeie, ces contrats sont rarement précédés de négociation, aussi, cette disposition va surtout présenter un intérêt « *lorsqu'il s'agira de s'assurer que les éléments susceptibles d'avoir une incidence sur la portée de l'engagement principal du consommateur lui ont bien été transmis* »²¹⁰. Autrement dit, le respect d'une information et d'une publicité suffisante devra être assuré par le professionnel, ce qui va prendre évidemment tout son sens dans le cadre de la transparence matérielle élaborée par la CJUE à l'occasion du contentieux des prêts en devises.

86. Les circonstances raisonnablement en état d'être connues. – S'il ne doit, certes, pas être tenu compte des circonstances se manifestant durant l'exécution du contrat²¹¹, les circonstances à étudier doivent néanmoins inclure autant les circonstances dont le professionnel avait eu connaissance, eu égard à son expertise, que celles dont il « *aurait raisonnablement pu avoir connaissance et qui pourraient affecter l'exécution future du contrat* »²¹².

En effet, si l'on prend l'exemple des prêts en devises, le risque de variation du taux de change inhérent à la souscription d'un prêt en devises étrangère ne peut se matérialiser que pendant l'exécution du contrat²¹³, un fait qui, dans certaines situations, peut être considéré comme étant prévisible, compte-tenu des compétences du professionnel, qui se doit alors d'en avertir le consommateur.

87. Le complexe statut de la bonne foi. – Les développements précédents le démontrent, l'exigence de bonne foi, en dépit d'être un critère général consacré autant par la directive que par la CJUE, demeure difficile à saisir. Surtout qu'en droit interne, pour rappel, cette exigence

²⁰⁸ CJUE, 11 juin 2015, aff. C-602/13, *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA c/ Fernando Quintano Ujeta, María-Isabel Sánchez García*, pt. 50.

²⁰⁹ CJUE, 20 septembre 2018, aff. C-51/17, *OTP Bank Nyrt. et a*, préc., pt. 80 à 83.

²¹⁰ G. CHANTEPEIE, N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Déséquilibre significatif », *op. cit.*, §53.

²¹¹ C. KLEINER, « Les prêts libellés en devises octroyés aux particuliers : l'inutile réforme ? », RDBF 2017, dossier 20, n° 26.

²¹² CJUE, 20 sept. 2017, aff. C-186/16, *Ruxandra Paula Andriuc e.a*, pt. 54.

²¹³ V. *infra*, § 98.

n'a pas été transposée, un professionnel étant toujours censé faire preuve de bonne foi lorsqu'il conclut un contrat. Tout au plus, il peut être relevé qu'elle va s'exprimer avec force dans le cadre des circonstances entourant la conclusion du contrat, puisque les connaissances et l'expertise du professionnel vont avoir un rôle clé pour savoir s'il celui-ci a agi de manière loyale et équitable²¹⁴. En revanche, comme nous le reverrons dans la cadre des prêts en devises²¹⁵, ce critère ne semble pas véritablement autonome, agissant plutôt en synergie avec la transparence ou allant appuyer l'existence d'un déséquilibre significatif. Un déséquilibre sans lequel, il est rarement envisageable que la bonne foi suffise à fonder l'existence d'un caractère abusif.

88. Un référentiel adapté au type de litige. – Eu égard de l'action de groupe actuellement pendante devant les juridictions françaises au sujet des prêts en devises, il convient de rappeler une subtilité : selon que l'action en contestation du caractère abusif soit menée en défense d'intérêts individuels (*action en réputé non écrit*) ou collectifs (*action en cessation des clauses abusives*), un référentiel différent sera utilisé pour l'appréciation du caractère abusif. Par conséquent, à l'instar des arrêts examinés dans cette étude, si le juge est en présence d'un contrat déterminé déjà conclu, alors le contrôle du caractère abusif aura lieu en considération du consommateur contractant et des circonstances de la conclusion. En revanche, s'il est en présence de conditions générales standardisées sans référence à un contrat en particulier, alors le contrôle sera logiquement opéré en considération d'un consommateur moyen et des circonstances habituelles²¹⁶.

3) Le maintien de l'appréciation du caractère abusif de clauses principales dénuées de transparence

89. L'exception à l'éviction du contrôle tiré de l'article 4.2 de la directive. – *Alea jacta est*. Le Rubicon est franchi. Pour le professionnel, les enjeux sont désormais devenus sérieux puisque sa rédaction obscure et ambiguë va potentiellement lui porter préjudice en l'exposant au retour de l'appréciation du caractère abusif des clauses « principales ». À ce titre, la lettre de l'article 4.2 de la directive est explicite : « *l'appréciation du caractère abusif des clauses ne porte [pas] sur la définition de l'objet principal du contrat [...], pour autant que ces*

²¹⁴ V. *supra*, § 84-86.

²¹⁵ V. *infra*, § 98 (décision européenne *Andriuciu*) ou encore § 188 (décision européenne *BNP Paribas*).

²¹⁶ J. CALAIS-AULOY, H. TEMPLE., M. DEPINCE, *Droit de la consommation*, *op. cit.*, § 174.

clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible ». En effet, une clause cesse de participer de la définition de l'objet principal du contrat lorsqu'elle n'est pas rédigée de manière claire et compréhensible et il convient alors d'apprécier si elle est ou non abusive²¹⁷.

Par conséquent, dès lors qu'une clause va être dénuée de clarté ou compréhensibilité, il importera peu qu'elle soit « *accessoire* » ou « *principale* », puisque dans les deux cas, elle va pouvoir être soumise à l'appréciation de son caractère abusif.

90. Transparence et le caractère abusif : une relation devenant sibylline. – Certes, la directive a semblé consacrer une dualité dans les contrôles opérés par le juge, puisque le constat d'un caractère obscur ou ambigu n'affranchit pas, pour quiconque souhaite voir sa clause devenir non contraignante à son égard, de passer également par l'examen du caractère abusif. Cependant, le fait de faire cohabiter l'abus et la transparence au sein d'un même texte, souligne l'intention du législateur européen d'avoir souhaité un lien entre ces notions, d'autant plus que l'exigence de clarté et compréhensibilité gouverne, via l'article 5.1, la rédaction de l'ensemble des contrats de consommation²¹⁸.

Cette ambivalence explique, qu'en pratique, la transparence est progressivement en train de jouer un rôle bien plus déterminant dans la caractérisation d'une clause abusive, comme nous le démontre les développements jurisprudentiels européens à cet égard, que l'on se place du point de vue des prêts en devises²¹⁹ ou au-delà²²⁰. En France, cette évolution se révèle bien plus subtile, puisque le prisme du déséquilibre significatif a été conservé. En effet, la transposition distincte des dispositions de la directive aux articles L. 211-1 et L. 212-1, a conduit à ce que l'obligation de clarté et de compréhensibilité soit actuellement formulée en dehors de la législation des clauses abusives. Ainsi, bien avant la décision *Amazon*, alors que le paysage juridique français commençait à (*re*)connaître l'existence de clauses de « *laisser croire* »²²¹ grâce à la Commission des clauses abusives, l'induction en erreur a été non pas érigée aux côtés du déséquilibre significatif, mais de manière consubstantielle à ce dernier²²². C'est la raison pour laquelle nombre de décisions déploient un raisonnement soumettant la clause induisant en erreur à un test de déséquilibre significatif. Sans revenir sur les développements précédents opérés dans le cadre de la notion de clarté et compréhensibilité²²³,

²¹⁷ D. R. MARTIN, H. SYNVEY, « Droit bancaire - juillet 2018 à septembre 2019 », D. 2019 p.2009.

²¹⁸ V. *supra*, § 60.

²¹⁹ V. *infra*, § 102.

²²⁰ V. not., CJUE, 28 juill. 2016, aff. C-191/15, *Amazon EU*, préc., pt. 65, ; ou encore CJUE, 3 septembre 2020, *Profi Credit Polska SA*, pt 96.

²²¹ J. CALAIS-AULOY, H. TEMPLE., M. DEPINCE, *Droit de la consommation*, *op. cit.*, § 180.

²²² G. CHANTEPIE, N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Déséquilibre significatif », *op. cit.*, § 47.

²²³ V. *supra*, § 64 et 65.

l'on rappellera qu'outre les clauses à l'ambiguïté contestée, la Haute juridiction vient régulièrement sanctionner le défaut d'accessibilité en le soumettant à l'appréciation du déséquilibre significatif²²⁴. Défaut d'accessibilité qui rappelons-le, ne pouvait pas véritablement être sanctionné sur le plan de l'interprétation *in favorem*, renforçant l'intérêt de cette opération pour les consommateurs. Preuve s'il en est que, l'impulsion de la Commission via l'élaboration de ses « *clauses blanches* » au sein de ses multiples recommandations, a fortement influencé les juridictions nationales et, partant, contribué à l'assainissement des contrats consuméristes²²⁵, ainsi que le relève d'ailleurs la Commission européenne²²⁶.

Quoi qu'il en soit, comme nous allons l'observer, loin de dissiper les interrogations autour de cette question, le contentieux des prêts en devises va au contraire sembler accroître la porosité des étapes de l'appréciation du caractère abusif et renforcer les confusions, sur le rôle de la bonne foi et de la transparence face à celui du déséquilibre significatif²²⁷.

91. Conclusion sur l'exigence de « clarté et compréhensibilité ». – Indubitablement, la transparence commence à avoir une place de choix dans la protection offerte aux consommateurs face à l'évolution grandissante des techniques de stipulations contractuelles qui voient leur variété de support et leur complexité s'accroître. Dans cette perspective, les efforts fournis par la Cour de justice et les instances nationales (*Cour de cassation, juge du fond, Commission des clauses abusives*), ont contribué à mettre en place une police efficace des clauses obscures ou ambiguës, conduisant même à estimer qu'un tel manque de transparence puisse être source d'un caractère abusif. Une nouvelle conception qui semble bienvenue tant la sanction de l'interprétation *in favorem* semblait insuffisante à remplir son rôle, notamment en présence de clauses définissant l'objet principal d'un contrat. Pourtant, cette nouvelle lecture, européenne, semble se faire au prix d'une certaine confusion des critères fondant un caractère abusif, ce qui ne va pas manquer pas de s'améliorer dans le cadre des prêts en devises. Ce dernier va d'ailleurs être l'occasion pour la Cour de justice de revoir

²²⁴ V. par ex. : Cass. civ. 1^{ère}, 14 nov. 2006, n° 04-17578 : « *Mais attendu que, ayant souverainement estimé que, par comparaison avec les rubriques précédentes et non par rapport aux conditions générales et particulières figurant au verso, la clause litigieuse était rédigée en petits caractères dont la taille était inférieure à celle des autres clauses voisines et, dès lors, n'avait pu attirer l'attention du client, la cour d'appel, qui a ainsi mis en évidence que cette clause ne répondait pas aux exigences de l'article L. 133-2, alinéa 1, du code de la consommation, en a, à bon droit, ordonné la suppression, comme étant abusive.* »

²²⁵ Pour davantage de détails sur l'action de la CCA, v. N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Les remèdes en droit de la consommation : clauses noires, clauses grises, clauses blanches, clauses proscrites par la jurisprudence et la Commission des clauses abusives », RDC 2009, n° RDCO2009-4-062, p. 1629

²²⁶ COMMISSION EUROPÉENNE, *Sur l'application de la directive 93/13/CEE*, Rapport préc., p. 22, où la Commission relève ainsi que « *la base CLAB fournit de nombreuses décisions de juridictions françaises de première instance et d'appel qui appuient leurs dispositifs sur les recommandations de la Commission des clauses abusives* ».

²²⁷ V. *infra*, § 102 et § 188.

le contenu de l'exigence de transparence afin de lui insuffler une dimension substantielle, comme il va nous l'être, dès à présent, donné de l'étudier.

Section 2 – La mise en œuvre de l'exigence de « *clarté et compréhensibilité* » dans le contentieux des prêts en devises

92. Plan. - Jusqu'à maintenant, nous avons pu voir que la Cour de justice, si elle était exigeante en termes de transparence, n'imposait qu'une compréhension grammaticale et intellectuelle des clauses contenues dans les contrats de consommation. Cependant, à l'instar de l'objet principal du contrat, le contentieux des prêts en devises et notamment la stipulation de clause d'indexation déguisée faisant supporter le risque de change sur l'emprunteur vont conduire à ce qu'elle approfondisse son interprétation de la directive *Clauses abusives*. Bien évidemment, d'autres clauses ont pu être examinées par les différentes juridictions, telles que celle ayant trait au taux d'intérêt variable, aux commissions, ou à la clauses de déchéances des intérêts. Néanmoins, à des fins de précisions, il apparaît plus pertinent de maintenir, en majeure partie, le cadre de cette étude aux clauses spécifiques des prêts en devises. À ce titre, les problématiques de transparence soulevées par le biais des clauses d'indexation et de risque de change, vont alors être l'occasion par la CJUE de renforcer la portée de l'obligation de transparence (§1) dont la mise en œuvre par la Cour de cassation va apparaître quelque peu plus nuancée (§2).

§1 – Une interprétation extensive de la Cour de Justice exigeant une compréhension substantielle de la clause par la consommateur

93. La mise en lumière de lacunes informationnelles. – L'ampleur prise par le contentieux des prêts en devises au sein de l'Union européenne, et le fort déséquilibre informationnel qu'il va mettre à jour, vont conduire la CJUE à prendre les choses en main dès 2014, dans le cadre de l'examen du caractère abusif des clauses définissant l'objet principal d'un contrat de prêt en devises. Or, nous avons pu le voir, de telles clauses ne sont en principe pas soumises au contrôle du caractère abusif sauf à être dénuées d'un caractère clair et

compréhensible²²⁸, une réserve de clarté dont la Cour va permettre une extension très protectrice pour les emprunteurs. Il en allait, en effet, de la confiance des consommateurs envers les professionnels et de la stabilisation d'un marché du crédit en proie à une certaine fragilisation. Plus encore, il s'agissait de faire respecter effectivement les objectifs de la directive *Clauses abusives* qui vise justement à compenser la situation d'infériorité du consommateur (*sur sa connaissance et son pouvoir de négociation*) dans sa relation contractuelle avec le professionnel.

94. La compréhension de la portée économique du contrat sur les obligations financières du consommateur. – C'est donc par son arrêt *Kásler*²²⁹, que la Cour de justice va poser les fondements d'une interprétation substantielle de l'exigence de transparence. L'affaire, d'origine hongroise, opposait deux consommateurs à un établissement de crédit leur ayant octroyé un prêt libellé en francs suisses et remboursable en forints hongrois²³⁰. Après avoir rappelé que l'exigence de l'article 4.2 a la même portée que celle contenue dans l'article 5²³¹, le juge européen relève ainsi que si le caractère clair et compréhensible doit se traduire par une clause intelligible pour le consommateur sur un plan grammatical, elle doit également induire du contrat qu'il expose « *de manière transparente le motif et les particularités du mécanisme de conversion (i.e. le « fonctionnement concret* ») de la devise étrangère ainsi que la relation entre ce mécanisme et celui prescrit par d'autres clauses relatives au déblocage du prêt, de sorte qu'un consommateur puisse prévoir, sur la base de critères précis et intelligibles, les conséquences économiques qui en découlent pour lui »²³².

Selon elle, cette interprétation extensive procède du lien entre l'obligation de transparence tirée de l'article 5 et le postulat de la directive 93/13 selon lequel le consommateur est en situation d'infériorité s'agissant de son niveau d'information²³³, or celui-ci, selon le 20^{ème} considérant, doit avoir effectivement l'occasion de prendre connaissance de toutes les clauses aux fins qu'il fournisse un engagement véritablement éclairé.

95. L'importance donnée à la fourniture de l'information - En outre, afin de remplir cette obligation de transparence matérielle, la Cour va venir l'articuler avec l'importance de la

²²⁸ Sauf à ce que la transposition ait ouverte le contrôle des clauses « *principales* », ce qui n'a néanmoins pas été le cas en France, v. *supra.*, § 30 et 31.

²²⁹ CJUE, 30 avril 2014, aff. C-26/13, *Árpád Kásler, Hajnalka Káslerné Rábai c/ OTP Jelzálogbank Zrt.*

²³⁰ Pour plus de détail sur l'espèce, v. *supra.*, § 35.

²³¹ CJUE, 30 avril 2014, aff. C-26/13, *Árpád Kásler*, préc., pt. 69.

²³² CJUE, 30 avril 2014, aff. C-26/13, *Árpád Kásler*, préc., pt. 74.

²³³ CJUE, 30 avril 2014, aff. C-26/13, *Árpád Kásler*, préc., pt. 71 et 72.

fourniture d'une information précontractuelle²³⁴. Elle indique ainsi que parmi les éléments de faits à prendre en compte, les juridictions nationales doivent prêter plus particulièrement attention à « *la publicité et [...]l'information donnée dans le cadre de la négociation du contrat de prêt* », dans le but de vérifier que le consommateur moyen, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, « *pouvait non seulement connaître l'existence de la différence, généralement observée sur le marché des valeurs mobilières, entre le taux de change de vente et le taux de change d'achat d'une devise étrangère, mais également évaluer les conséquences économiques, potentiellement significatives, pour lui de l'application du taux de change de vente pour le calcul des remboursements dont il sera en définitive redevable et, partant, le coût total de son emprunt* »²³⁵. En effet, même si les clauses sont grammaticalement correctes et intelligibles, seule une information exhaustive sur les conditions contractuelles et les conséquences de la conclusion du contrat, va permettre d'assurer que le consommateur a bien compris la portée économique dudit contrat. Celle-ci est ainsi « *d'une importance fondamentale* » car « *c'est, notamment, sur la base de cette information que [le consommateur] décide s'il souhaite se lier contractuellement à un professionnel en adhérant aux conditions rédigées préalablement par celui-ci* »²³⁶.

96. L'intégration de la notion abstraite de consommateur moyen. – Par ailleurs, aux fins de contrôler le respect du dispositif de transparence, il faut nécessairement que cette dernière soit calibrée en fonction de son récepteur et que soit ainsi fixé un certain seuil de compréhension²³⁷. À ce titre, la CJUE est venue préciser son référentiel avec le vocable aujourd'hui incontournable de « *consommateur moyen, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé* », un terme renvoyant ainsi à une forme de « *standard objectif conforme à la logique de protection plus collective qu'individuelle que défend le droit des contrats de consommation* »²³⁸

Toutefois, la question se pose de savoir ce que recouvre véritablement ce standard. Or, justement, il n'existe pas à proprement parler de réponse précise, le but étant avant tout que cette notion puisse justement demeurer malléable selon les situations envisagées, permettant à la Cour de justice d'en préciser les contours, notamment à l'occasion de l'interprétation d'autres

²³⁴ E. POILLOT, « Le contrôle de la transparence matérielle des clauses portant sur l'objet du contrat : une nouvelle arme en matière de lutte contre les clauses abusives », D. 2017, p. 1096.

²³⁵ CJUE, 30 avril 2014, aff. C-26/13, *Árpád Kásler*, préc., pt. 73.

²³⁶ CJUE, 30 avril 2014, aff. C-26/13, *Árpád Kásler*, préc., pt. 70.

²³⁷ N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, C. AUBERT DE VINCELLES, G. BRUNAU, L. USUNIER, *Les contrats de consommation. Règles communes*, 2e éd., 2018, § 835.

²³⁸ N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, *Les contrats de consommation. op. cit.*, § 835.

directives plus récentes qui avaient, *a contrario* de la directive 93/13, intégré cette terminologie. Un prudent raisonnement par analogie pourrait donc s'envisager dès lors que la directive étudiée, à l'instar de de la directive *Clauses abusives*, vise, au moins en partie, la protection du consommateur à un niveau informationnel. En ce sens, la directive 2005/29/CE relative aux pratiques commerciales déloyales²³⁹ va être source de certains éclairages sur le vocable de « *consommateur moyen* »²⁴⁰. La lecture de son 18^{ème} considérant rappelle ainsi qu'il doit être normalement informé et raisonnablement attentif et avisé « *compte-tenu des facteurs sociaux, culturels et linguistiques* ».

Par conséquent, le concept de consommateur moyen, à l'image des développements précédent, fera donc nécessairement l'objet d'un double niveau d'appréciation, avec des juges nationaux qui devront ainsi s'en remettre à leur propre faculté d'analyse, compte-tenu de la jurisprudence de la Cour de justice, afin de déterminer la réaction typique du consommateur moyen dans un cas donné. Un standard qui justement semble bien élevé s'agissant de l'analyse jurisprudentielle française des emprunteurs de prêts en devises...²⁴¹.

97. L'importance donnée à l'explication du risque de change. – Par la suite, la Cour va venir préciser et intensifier cette obligation de transparence avec l'arrêt *Andriuc*²⁴² qui, s'il portait sur un prêt roumain remboursable en devises étrangères (*et non en monnaie nationale*)²⁴³, peut pleinement servir d'inspiration, par analogie, dans le cadre de notre étude, puisque c'est davantage sur l'objet du contrat que la Cour avait pu opérer une distinction dans son analyse.

Dans cet arrêt, elle renvoie à une recommandation CERS/2011/1244 du Comité européen du risque systémique et met en exergue la dimension dangereuse de ces prêts qui, partant, nécessitent d'être appréhendés avec « *prudence* » et « *en toute connaissance de cause* », ce que seules des informations suffisantes peuvent permettre, celles-ci devant au moins traiter de l'incidence sur les remboursements d'une dépréciation « *importante* » de la monnaie ayant

²³⁹ Dir. 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) no 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil (« *directive sur les pratiques commerciales déloyales* ») (*Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE*).

²⁴⁰ Celle-ci est en effet imprégnée par l'exigence de transparence substantielle puisqu'elle qualifie de trompeuse la pratique qui « *induit ou est susceptible d'induire en erreur le consommateur moyen, même si les informations présentées sont factuellement correctes* », et qui « *l'amène ou est susceptible de l'amener à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement* ».

²⁴¹ V. *infra* § 112.

²⁴² CJUE, 20 sept. 2017, aff. C-186/16, *Ruxandra Paula Andriuc e.a.*

²⁴³ Rappelons que ces prêts sont en principe illicites en France en vertu de la jurisprudence monétaire, v. *supra*. §8.

²⁴⁴ Pour plus de détail v. Recommandation CERS/2011/1, du 21 septembre 2011 - Recommandation A – Sensibilisation des emprunteurs aux risques, point 1.

cours légal dans l'État membre où l'emprunteur est domicilié et d'une hausse du taux d'intérêt étranger²⁴⁵. Cette prise de position va servir à ancrer pour la première fois distinctement la problématique du « *risque* » pour le consommateur, puisqu'à l'inverse de l'arrêt *Kásler* qui ne l'évoquait qu'en filigrane avec l'importance de comprendre les conséquences « *potentiellement significatives* », la décision *Andriuciuc* permet à la Cour de préciser ce qu'elle entend par sa logique « *d'information pertinente permettant d'évaluer, sur la base de critères précis et intelligibles, les conséquences économiques d'une clause* » en délivrant une analyse beaucoup plus précise compte-tenu des enjeux recherchés. En effet, à cette occasion, la CJUE rappelle que l'emprunteur doit être clairement informé du fait que, en souscrivant un contrat de prêt libellé dans une devise étrangère, il s'expose à un « *risque de change qu'il lui sera, éventuellement, économiquement difficile d'assumer en cas de dévaluation de la monnaie dans laquelle il perçoit ses revenus* ». La prudence est donc bien de mise. Dans cette perspective, elle insiste sur le fait que, le professionnel se doit d'exposer « *les possibles variations des taux de change et les risques inhérents à la souscription d'un prêt en devises étrangère, notamment dans l'hypothèse où le consommateur emprunteur ne perçoit pas ses revenus dans cette devise* »²⁴⁶.

Sont, par conséquent, ici ciblées l'information sur les potentielles variations liées au change mais également celle sur le risque tiré de l'incertitude que comporte une telle variation. Cette dernière est, en effet, liée à des facteurs difficilement appréhendables pour le consommateur moyen qui, même s'il était en mesure d'en comprendre les méandres, serait incapable d'en prédire avec certitude les évolutions (*ce qui confère un caractère aléatoire au contrat de prêt en devises*). Par conséquent, décrire le fonctionnement concret d'une clause d'indexation ne suffit pas nécessairement à la rendre transparente. Il faut également que le risque auquel il se soumet soit mis en avant « *et qu'il soit explicité dans ses conséquences concrètes* »²⁴⁷.

98. L'existence d'une synergie entre bonne foi et transparence. – L'on notera enfin que l'arrêt *Andriuciuc*, vient en filigrane articuler l'information sur le risque de change avec la bonne foi du professionnel²⁴⁸, et notamment eu égard à son expertise et ses connaissances. En effet, s'il peut être démontré qu'une banque était en mesure de pouvoir anticiper les fortes

²⁴⁵ CJUE, 20 sept. 2017, aff. C-186/16, *Andriuciuc*, préc., pt 49.

²⁴⁶ CJUE, 20 sept. 2017, aff. C-186/16, *Andriuciuc*, préc., pt 50.

²⁴⁷ G. CATTALANO, « Clause abusive : la Cour de cassation ouvre-t-elle la porte de l'éternité ? », RDC 2019, n° 116f3, p. 73

²⁴⁸ Sur la délicate position de la bonne foi dans l'appréciation du caractère abusif, v. également *supra.*, l'appréciation *in concreto* du juge national.

« variations des taux de change et les risques inhérents à la souscription d'un prêt en devises étrangère »²⁴⁹, cela devrait indubitablement accroître son obligation d'information et partant, la portée de l'obligation de transparence matérielle qui était due à l'emprunteur.

99. Précisions sur la prise en compte de certains éléments indicateurs d'une transparence matérielle. – L'année 2018 voit la CJUE en mesure de s'impliquer davantage en proposant une liste plus détaillée des éléments dont il doit être tenu compte pour s'assurer que la transparence substantielle ait bien été respectée.

D'emblée, il convient de reconnaître que, s'agissant de la transparence, certains doutes avaient pu subsister quant à la portée réelle de la décision *Andriiciuc*, puisque celle-ci portait uniquement sur des prêts remboursables en devises étrangères. Or, la motivation des arrêts lui ayant succédé et portant sur des prêts remboursables en monnaie nationale, va maintenir son raisonnement et notamment la mise en avant de la notion de « *risque de change* », permettant d'estimer que « *les directives jurisprudentielles valent pour les prêts où la devise est in obligatione et non in solutione* »²⁵⁰.

Ensuite, dans une ordonnance du 22 février 2018²⁵¹ à propos d'un prêt hypothécaire libellé uniquement en francs suisses, la CJUE offre une application un peu plus concrète des précédents arrêts. Elle précise ainsi qu'aux fins que le consommateur moyen puisse effectivement calculer le coût total de son emprunt, il est nécessaire que le contrat lui expose de manière transparente « *la somme d'argent mise à sa disposition, exprimée en devise étrangère en tant que monnaie de compte et qui doit être définie par rapport à la monnaie de paiement* »²⁵². Cependant, « *dans la mesure où la détermination de cette somme prêtée dépend du taux de change en vigueur à la date du déblocage des fonds, [l'exigence de transparence] impose que le mécanisme de calcul de la somme totale prêtée par la banque ainsi que le taux de change applicable soient également transparents* »²⁵³, comprendre donc qu'outre le libellé des clauses, le consommateur doit pouvoir être mis en mesure de calculer lui-même aisément les conséquences économiques sur ses obligations financières, sans que la circonstance d'un mécanisme de change vienne l'en empêcher.

Plus encore, dans le cadre de sa décision *OTP Bank*²⁵⁴, après avoir rappelé, comme à son habitude, qu'il revient à la juridiction de renvoi de se prononcer sur la transparence effective,

²⁴⁹ CJUE, 20 sept. 2017, aff. C-186/16, *Andriiciuc*, préc., pt 56.

²⁵⁰ D. R. MARTIN, H. SYNDET, « Droit bancaire - juillet 2018 à septembre 2019 », D. 2019 p.2009

²⁵¹ CJUE, ord., 22 février 2018, aff. C-126/17, *ERSTE Bank Hungary*

²⁵² CJUE, ord., 22 février 2018, aff. C-126/17, *ERSTE Bank Hungary*, préc., pt. 32.

²⁵³ CJUE, ord., 22 février 2018, aff. C-126/17, *ERSTE Bank Hungary*, *ibid.*

²⁵⁴ CJUE, 20 septembre 2018, aff. C-51/17, *OTP Bank Nyrt. et a. c/ Teréz Ilyés et a.*

la Cour n'hésite pas à se prononcer de manière impliquée sur les éléments de l'espèce hongroise. Elle semble ainsi relever l'importance de l'existence d'informations telles qu'une clause de « *déclaration de prise de connaissance du risque* » ou encore impose aux juridictions nationales de prendre en compte la « *fiche d'information complémentaire relative au risque de change, contenant des exemples de calcul concrets du risque en cas d'une dépréciation du forint hongrois par rapport au franc suisse* ». Or, la CJUE affirme de longue date que le dispositif de ses arrêts doit être compris à la lumière de ses motifs²⁵⁵. Ce faisant, en relevant ces documents particuliers, la Cour souligne que de tels éléments pourraient jouer en faveur de la clarté, à supposer toutefois qu'ils permettent bien au consommateur de comprendre les conséquences économique concrètes de la conclusion de ce contrat de prêt. Ensuite, elle ajoute que cette vérification suppose de se pencher sur les clauses du contrat telles qu'elles y figuraient au moment de sa conclusion, « *nonobstant la circonstance que certaines de ces clauses ont été déclarées ou présumées abusives et, à ce titre, annulées, à un moment ultérieur, par le législateur national* »²⁵⁶. Précision apparaissant assez juste dans la mesure où l'idée demeure de « *sanctionner le professionnel peu scrupuleux dans la conclusion du contrat* »²⁵⁷.

Enfin, nous rappelle la décision *VE* du 8 novembre 2018²⁵⁸, quand bien même il ressortirait de l'analyse *in concreto* du contrat litigieux que certains éléments relatifs à la somme prêtée, au montant des échéances et à la durée d'amortissement n'ont été donnés qu'« *à titre informatif* », sans garantie d'une portée concrète, l'hypothèse où ceux-ci seraient à « *certaines égards contradictoires* », entraîne pour le juge national une obligation de vérifier que cela n'a pas eu pour conséquence « *d'induire le consommateur en erreur quant à ces montants ou s'ils avaient, en revanche, pour but d'illustrer le caractère encore indéterminé de ceux-ci à la date de la conclusion du contrat* »²⁵⁹. À noter néanmoins, pour la Cour, que l'absence de mise en garde sur la fluctuation non plafonnée du taux de change ne caractérise pas un manque de transparence matérielle dès lors que le consommateur a été informé de la possibilité de variation de la devise dans laquelle le prêt a été contracté, qu'il peut en évaluer les conséquences économiques potentiellement significatives et que le montant total de la

²⁵⁵ G. CATTALANO, « Clause abusive : la Cour de cassation ouvre-t-elle la porte de l'éternité ? », *op. cit.*

²⁵⁶ CJUE, 20 septembre 2018, aff. C-51/17, *OTP Bank*, préc., pt. 83.

²⁵⁷ G. CATTALANO, « Clauses abusives et prêt en francs suisses : retour sur la transparence des clauses », RDC 2019, n° 115y5, p. 109.

²⁵⁸ CJUE, ord., 8 novembre 2018, aff. C-227/18, *VE c/ WD*.

²⁵⁹ CJUE, ord., 8 novembre 2018, aff. C-227/18, *VE*, préc., pt. 39.

somme mise à disposition de l'emprunteur ainsi que le montant des échéances de remboursements aient été clairement déterminés²⁶⁰.

100. Obligation d'information renforcée : *ersatz* d'un devoir personnalisé de mise en garde sur le risque ? – En l'espace d'à peine quatre années, face au constat d'une clause de risque de change difficilement compréhensible pour le consommateur moyen, la CJUE a donc élaboré une véritable obligation d'information renforcée induisant du professionnel qu'il apporte la preuve qu'il a suffisamment et clairement explicité le risque encouru²⁶¹. Une telle intensité, traduisant la méfiance à l'égard des prêts en devises²⁶², pourrait d'ailleurs presque s'analyser comme un devoir de mise en garde sur les risques du prêt en devises²⁶³. Si l'explication de la portée concrète de la clause vise normalement le « *consommateur moyen* », celle-ci tend presque à se doter d'une allure « *personnalisée* » en ce que la Cour impose du consommateur d'être « *clairement informé du fait [qu'il] s'expose à un risque de change qu'il lui sera éventuellement difficile d'assumer en cas de dépréciation de la monnaie dans laquelle il reçoit ses revenus par rapport à la devise dans laquelle le prêt est accordé* »²⁶⁴, or une telle information ne nécessiterait-elle pas justement de connaître le patrimoine du consommateur et dès lors d'insérer une certaine subjectivité ?

101. L'analogie pertinente avec d'autres contentieux récents. – Bien entendu, cette nouvelle exigence de transparence matérielle mise au point dans la décision *Kásler*²⁶⁵ va rejaillir bien au-delà des simples prêts en devises et venir irriguer la législation des clauses abusives dans son ensemble tels que dans le domaine du crédit classique²⁶⁶ ou encore celui des assurances²⁶⁷. À cet égard, même si le choix de cette étude a été de s'en tenir aux clauses d'indexation ou de taux de change induisant une information sur le risque, il n'en demeure pas moins que certaines analogies méritent d'être soulevées, d'autant plus que parfois la CJUE s'en sert elle-même de précédent dans le cadre des prêts en devises, offrant ainsi une

²⁶⁰ G. CHANTEPIE, N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Déséquilibre significatif », Rép. Civ. 2019, § 67.

²⁶¹ É. BAZIN, « Toujours sur le caractère abusif des clauses figurant dans un prêt en devise étrangère », AJ contrat, 2018, p.431.

²⁶² B. BRIGNON, « Prise de position exigeante du juge européen sur les prêts en devise étrangère – Cour de justice de l'Union européenne 20 septembre 2017 », AJ contrat 2017. 484

²⁶³ G. CATTALANO, « Clauses abusives et prêt en francs suisses... », *op. cit.*

²⁶⁴ CJUE, 20 septembre 2018, aff. C-51/17, *OTP Bank*, préc., § 75.

²⁶⁵ CJUE, 30 avril 2014, aff. C-26/13, *Árpád Kásler*, préc.

²⁶⁶ CJUE, 9 juillet 2015, aff. C-348/14, *Maria Bucura c/ SC Bancpost SA* ; CJUE, 20 septembre 2018, aff. C-488/17, *EOS KSI Slovensko s. r. o. c/ Ján Danko et Margita Danková* ; ou encore CJUE, 3 mars 2020, aff. C-125/18, *Marc Gómez del Moral Guasch c/ Bankia SA*.

²⁶⁷ CJUE, 23 avril 2015, aff. C-96/14, *Jean-Claude Van Hove c/ CNP Assurances SA*.

cohérence d'ensemble et une dimension plus large à sa conception extensive de la transparence.

D'une part, dans le cadre de son arrêt *Van Hove*²⁶⁸, la CJUE rappelle que malgré une rédaction grammaticalement correcte, il est important de toujours vérifier que la clause a bien été comprise par le consommateur²⁶⁹, ce qu'une inscription dans le cadre d'un ensemble contractuel plus vaste peut légitimement entraver, de fait, il ne saurait être exigé du consommateur la même vigilance lors de la conclusion de contrats liés²⁷⁰. D'autre part, s'agissant de la compréhension de taux d'intérêt tels qu'ils existent dans les contrats de crédits octroyés au consommateur, la simple mention d'une équation mathématique de calcul d'un TAEG non assortie des éléments nécessaires pour procéder à ce calcul, doit être assimilée une situation d'absence d'indication du TAEG. En effet, le consommateur ne peut être regardé comme « *possédant une entière connaissance des conditions de l'exécution future du contrat souscrit, lors de la conclusion de celui-ci, et, par suite, comme détenant l'ensemble des éléments susceptibles d'avoir une incidence sur la portée de son engagement* »²⁷¹.

Surtout, la CJUE a eu l'occasion de s'exprimer sur la clarté et la compréhensibilité des taux variables contenus dans les contrats de crédit, apportant un éclairage très intéressant s'agissant des prêts en devises. En effet, d'une part, les prêts libellés en devises sont systématiquement fondés sur un taux variable et d'autre part, la clause d'indexation elle-même peut être vue comme un taux variable dont l'indice serait tiré des différents cours monétaires²⁷². Ainsi, dans un arrêt *Marc Gómez* rendu en 2020²⁷³, la CJUE fixe certains critères de transparence dans le cadre d'un intérêt variable dont la valeur exacte ne peut logiquement être matériellement déterminée pour toute la durée du contrat de crédit. En premier lieu, est ainsi recevable la circonstance que les éléments principaux relatifs au calcul du taux²⁷⁴ soient aisément accessible par toute personne envisageant de contracter un prêt hypothécaire en raison de la publication du mode de calcul dudit taux²⁷⁵. En second lieu, si le professionnel ne peut être tenu d'exposer les informations précises quant aux conséquences financières liées aux variations du taux d'intérêt en cours du contrat²⁷⁶, il doit apporter la preuve d'avoir *a minima* fourni des informations sur l'évolution passée de l'indice sur lequel

²⁶⁸ CJUE, 23 avril 2015, aff. C-96/14, *Jean-Claude Van Hove*, préc.

²⁶⁹ CJUE, 23 avril 2015, aff. C-96/14, *Jean-Claude Van Hove*, préc., pt. 43.

²⁷⁰ CJUE, 23 avril 2015, aff. C-96/14, *Jean-Claude Van Hove*, préc., pt. 48.

²⁷¹ CJUE, 20 septembre 2018, aff. C-488/17, *EOS KSI Slovensko*, préc., pts. 66 et 67.

²⁷² Bien que cette qualification puisse appeler certaines contradictions, v. *supra*, § 5.

²⁷³ CJUE, 3 mars 2020, aff. C-125/18, *Marc Gómez*, préc.

²⁷⁴ Ici l'espèce traitait d'un indice hypothécaire : l'IRPH des caisses d'épargne espagnoles.

²⁷⁵ CJUE, 3 mars 2020, aff. C-125/18, *Marc Gómez*, préc., pt. 53.

²⁷⁶ H. AUBRY, É. POILLOT, N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Droit de la consommation - janvier 2020 à décembre 2020 », D. 2021, p.594.

était fondé ce taux. Ces informations doivent ainsi mettre en mesure de comprendre les conséquences économiques découlant de l'application d'un tel indice et constituer un point de comparaison utile entre le calcul du taux d'intérêt variable fondé sur l'indice en cause et d'autres formules de calcul de taux d'intérêt²⁷⁷. L'objectif visé étant de permettre au consommateur d'obtenir une information utile aux fins d'arbitrer au mieux sa décision de s'engager ou non²⁷⁸. Un constat d'autant plus important que dans l'espèce, l'indice proposé se révélait plus « coûteux » que celui proposé dans 90% des prêts hypothécaires.

102. Un processus d'analyse du caractère abusif apparaissant désormais confus. – La CJUE a visiblement souhaité accroître les chances pour les emprunteurs de pouvoir contester les clauses supposément abusives contenues dans les contrats de prêts en devises, notamment s'agissant de la clause d'indexation et du risque de change qu'elle emporte. Cependant, une légère confusion semble se dessiner dans le processus d'analyse du caractère abusif. En effet, à l'instar de ce que nous avons vu pu soulever dans le cadre général et plus particulièrement celui de l'induction en erreur²⁷⁹, la Cour semble considérer un manquement à l'information garantissant une transparence matérielle conforme, comme conduisant directement à caractériser l'aspect abusif de la clause. Ainsi, dans le cadre de l'arrêt *Andriciuc*²⁸⁰, elle relève que le respect de l'exigence de transparence doit s'analyser eu égard aux circonstances et au contexte contractuel, une analyse pourtant classiquement dévolue à l'étape de l'étude d'un potentiel déséquilibre significatif, qui semble disparaître ici ou tout au moins se confondre. En ce sens, elle énonce qu'« *il incombe au juge national, lorsqu'il tient compte de l'ensemble des circonstances entourant la conclusion du contrat, de vérifier que, dans l'affaire concernée, ont été communiqués au consommateur l'ensemble des éléments susceptibles d'avoir une incidence sur la portée de son engagement [...]* »²⁸¹, notamment la publicité et l'information qui ont pu être communiquées par le prêteur. Ce faisant, la transparence matérielle se retrouve imbriquée dans l'appréciation *in concreto*, ainsi qu'il peut l'être rappelé par la Cour à l'occasion d'une question traitant du déséquilibre significatif, en relevant que « *l'appréciation du caractère abusif d'une clause contractuelle doit être effectuée [...] en tenant compte de l'ensemble des circonstances dont le professionnel pouvait*

²⁷⁷ CJUE, 3 mars 2020, aff. C-125/18, *Marc Gómez*, préc., pt. 54.

²⁷⁸ M. ROUSSILLE, « Clauses abusives dans les contrats de crédit : comment la CJUE garantit l'effectivité des droits des consommateurs », *Gaz. Pal.* 20 oct. 2020, n° 389e6, p. 46.

²⁷⁹ V. *supra*, § 81.

²⁸⁰ CJUE, 20 sept. 2017, aff. C-186/16, *Andriciuc*, préc.

²⁸¹ CJUE, 20 sept. 2017, aff. C-186/16, *Andriciuc*, préc., pt 47.

*avoir connaissance [...] »*²⁸². Ce même constat peut être opéré de manière encore plus significative dans le cadre de l'arrêt *OTP Bank*²⁸³, où la Cour formule spécifiquement que :

« il découle du libellé de **l'article 4, paragraphe 1**, de la directive 93/13 que, afin d'apprécier, dans une situation où la clause concernée porte sur la définition de l'objet principal du contrat, si cette clause est rédigée de **manière claire et compréhensible**, au sens de l'article 4, paragraphe 2, de cette même directive, **il convient de tenir compte, notamment, de toutes les clauses du contrat qui y figuraient au moment de sa conclusion**, dès lors que c'est à ce moment que le consommateur décide s'il souhaite se lier contractuellement à un professionnel en adhérant aux conditions rédigées préalablement par celui-ci »²⁸⁴.

Or, l'article 4.1 de la directive, traite justement de l'appréciation *in concreto* du caractère abusif et non du caractère clair et compréhensible d'une clause, laissant donc sous-entendre qu'à l'instar du déséquilibre significatif, la transparence puisse mener à la caractérisation de cet aspect abusif.

Cependant, il apparaît actuellement trop ambitieux de se prononcer avec certitude sur le maintien ou non des étapes classiques de l'appréciation du caractère abusif. Surtout que cette apparente confusion pourrait très bien venir du fait que la Cour n'était pas interrogée sur le déséquilibre significatif *stricto sensu* mais uniquement sur le caractère transparent des clauses définissant l'objet principal du contrat²⁸⁵. D'autant plus, que les récents arrêts *BNP Paribas*²⁸⁶ rendus à l'occasion de l'affaire *Helvet Immo*, comme nous le verrons plus après²⁸⁷, semblent réintroduire le prisme du déséquilibre significatif tout en le faisant cohabiter avec la bonne foi et la transparence.

Toujours est-il que les orientations de la Commission européenne de 2019, pointent assez précisément cette problématique, dénotant ainsi du caractère délicat de la place accordée à la transparence au sein de la directive²⁸⁸. Selon elle, certes, il est vrai que conformément à la directive, le manque de transparence n'emporte pas automatiquement le caractère abusif d'une clause contractuelle, et que des clauses parfaitement transparentes peuvent néanmoins être abusives²⁸⁹. Pourtant, les développements opérés par la CJUE n'en demeurent pas moins conformes, en ce qu'en fonction du contenu de la clause contractuelle en cause et à la lumière de l'impact du manque de transparence, il puisse être conclu que « *l'éventuel caractère abusif*

²⁸² CJUE, 20 sept. 2017, aff. C-186/16, *Andriuciu*, préc., pt 54.

²⁸³ CJUE, 20 septembre 2018, aff. C-51/17, *OTP Bank*, préc.

²⁸⁴ CJUE, 20 septembre 2018, aff. C-51/17, *OTP Bank*, préc., § 80.

²⁸⁵ N. SAUPHANOR-BROUILAUD, et al., *Les contrats de consommation*, op. cit., § 864.

²⁸⁶ CJUE, 10 juin 2021, aff. jointes, C-776/19 à C-782/19, *BNP Paribas Personal Finance SA*, ainsi que, CJUE, 10 juin 2021, aff. C-609/19, *BNP Paribas Personal Finance SA*.

²⁸⁷ V. *infra*, § 188.

²⁸⁸ Pour un état des lieux de la problématique de la transparence allant au-delà du contentieux des prêts en devises, v. COMMISSION EUROPÉENNE, *Orientations relatives à l'interprétation et à l'application de la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs*, Communication de la Commission, 22 juill. 2019, C(2019)5325 final, p. 23 à 31 et 41 à 43.

²⁸⁹ COMMISSION EUROPÉENNE, *Orientations relatives à l'interprétation et à l'application de la directive 93/13/CEE*, Communication préc., p. 41 et 42.

d'une clause contractuelle peut être étroitement lié à son manque de transparence ou que c'est précisément le manque de transparence qui en indique le caractère abusif ». Après tout, il est parfaitement probable que des consommateurs se trouvent dans une position désavantageuse en raison de clauses peu claires, cachées, trompeuses, ou lorsque les explications nécessaires à la compréhension de leurs implications ne leur ont pas été fournies. Un tel constat, ne peut d'ailleurs qu'entraîner la supposition que le professionnel n'a pas eu, envers son cocontractant, un comportement loyal et équitable, fondant, dès lors, très largement une suspicion de caractère abusif de la clause à laquelle le consommateur est soumis²⁹⁰.

103. Transition. – Quoi qu'il en soit, bien que l'on puisse juger la Cour de justice assez intrusive dans son appréciation donnée dans le cadre du contentieux des prêts en devises, cette dernière doit néanmoins laisser les juges nationaux appliquer *in concreto* les critères qu'elle a élaborés. Or, en France, il a bien été adopté un raisonnement en deux étapes bien distinctes qui conduit, tout d'abord, à analyser l'existence ou non de la fourniture de l'information exigée au titre de la transparence matérielle, pour ensuite la soumettre au test du déséquilibre significatif.

§2 – Une interprétation nuancée de la Cour de cassation sur la compréhension effective de la clause par le consommateur

104. Plan. – En vertu du principe de partage des compétences, les prêts en devises sont désormais l'affaire des juges nationaux. En France, il revient au juge du fond, contrôlé par la Cour de cassation, de déterminer, à l'aune de cette interprétation extensive de la Cour de justice, si *in concreto* les clauses litigieuses manquent effectivement de transparence et partant sont potentiellement abusives. Si elle a aujourd'hui fixé son analyse et surtout sa motivation (A) sa position nuancée appellent toujours de nombreuses questions qui restent malheureusement encore en suspens (B).

²⁹⁰ COMMISSION EUROPÉENNE, *Orientations relatives à l'interprétation et à l'application de la directive 93/13/CEE*, Communication préc., p. 43.

A) La délivrance d'une information complexe et standardisée jugée suffisante par la Cour de cassation

105. L'affaire *Helvet Immo* au cœur des débats entourant la transparence - Depuis l'arrêt *Kásler*, la CJUE considère que le consommateur moyen doit être éclairé par le professionnel sur le mécanisme concret de son prêt en devises et le risque qui en découle. Dans cette perspective, la juridiction nationale doit vérifier que l'emprunteur a non seulement été mis en mesure de connaître la possibilité de hausse ou de dépréciation de la devise étrangère dans laquelle le prêt a été contracté, mais aussi d'évaluer les conséquences économiques potentiellement significatives d'une telle clause sur ses obligations financières. Ce contrôle renforcé de la transparence va dès lors donner un sens tout nouveau à l'appréciation circonstanciée effectuée par les juges du fond²⁹¹. Si les juridictions françaises vont connaître nombre de litiges dans le cadre du contentieux des prêts en devises, s'agissant des prêts octroyés en francs suisses et remboursables en euros, c'est évidemment l'affaire « *Helvet Immo* »²⁹², opposant la BNP Paribas à ses anciens clients, qui va occuper l'essentiel des litiges qui vont leur être soumis.

Cependant, après une brève entrouverture en 2017 qui s'est révélée être davantage une critique d'un office du juge mal respecté qu'un accueil du caractère abusif des clauses d'indexation et de risque de change²⁹³, la Cour de cassation s'est mise à opérer une analyse plutôt nuancée des prêts en devises, qui s'est vu agrémentée progressivement des apports de la CJUE.

106. Un contrôle opéré initialement en surface par la Cour de cassation. – Les premières décisions qui vont venir fixer la position de la Cour de cassation favorable à l'analyse des juges du fond sont rendues durant l'année 2018 et il est indéniable qu'elles ne viennent pas en soutien des emprunteurs²⁹⁴, leur offrant ainsi peu d'espoir de voir un jour leurs mensualités s'alléger²⁹⁵. C'est notamment le 3 mai²⁹⁶, que la Haute juridiction approuve pour la

²⁹¹ G. CHANTEPIE, N. SAUPHANOR-BROUILAUD, « Déséquilibre significatif », *op. cit.*, § 67.

²⁹² Sur les caractéristiques spécifiques de ce prêt, nous renvoyons aux développements effectués dans l'introduction – *supra*, § 9.

²⁹³ La Cour de cassation n'a pas tranché la question du caractère abusif de la clause litigieuse, mais elle a seulement reproché aux cours d'appel de Paris et de Douai de ne pas avoir examiné d'office la question des clauses abusives jugeant qu'il leur incombait de rechercher d'office, notamment, si le risque de change ne pesait pas exclusivement sur l'emprunteur et si, en conséquence, la clause litigieuse n'avait pas pour objet ou pour effet de créer un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat, au détriment du consommateur. V. *infra*, § 127 et s.

²⁹⁴ É. BAZIN, « Toujours sur le caractère abusif des clauses figurant dans un prêt en devise étrangère », *AJ contrat*, 2018, p.431.

²⁹⁵ G. CATTALANO, « Prêts en francs suisses : peu d'espoir pour les emprunteurs », *Defrénois* 15 nov. 2018, n° 141n8, p. 27.

²⁹⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 3 mai 2018, n° 17-13593, Publié au bulletin.

première fois une cour d'appel de ne pas contrôler le caractère abusif de la clause d'indexation déguisée, celle-ci définissant l'objet principal du contrat²⁹⁷ et étant parfaitement claire et compréhensible. Face aux emprunteurs qui reprochaient à la Cour d'appel de Paris de ne pas avoir recherché d'office si la clause créait un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, elle souligne ainsi :

« que cette clause figure dans une offre préalable qui précise que le prêt contracté est libellé en francs suisses, que l'amortissement du prêt se fait par la conversion des échéances fixes payées en euros, qu'une telle conversion s'opère selon un taux de change qui est susceptible d'évoluer à la hausse ou à la baisse, que cette évolution peut entraîner l'allongement ou la réduction de la durée d'amortissement du prêt et, le cas échéant, modifier la charge totale de remboursement ; ayant ainsi fait ressortir le caractère clair et compréhensible de la clause litigieuse, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de procéder à une recherche ni de répondre à des conclusions que ses constatations et énonciations rendaient inopérantes, a légalement justifié sa décision de ce chef ».

Ce faisant, comme le relève non sans une certaine amertume un auteur, peu importe que l'emprunteur subisse le poids d'un contrat ayant pour effet d'emporter un déséquilibre structurel important, puisqu'il en était parfaitement averti, il doit en assumer les conséquences, même si celles-ci sont élevées²⁹⁸. Cependant, encore fallait-il que l'information communiquée soit véritablement substantielle, et de cela il était alors permis d'en douter.

Le 12 décembre de la même année²⁹⁹ la Haute juridiction reprend le même dispositif énumérateur, peinant ainsi à justifier d'un véritable respect des exigences de la Cour de justice s'agissant de la compréhension de la portée concrète de la clause d'indexation. En effet, il est indéniable que l'explication formelle délivrée par le contrat et relevée par la cour d'appel semble correcte, offrant un grand luxe de détails quant à l'objet et les modalités de l'obligation de restituer, encore que celle-ci soit tout de même relativement complexe. Par ailleurs, rien dans la décision ne semble souligner l'existence d'un « *risque* » tirée de la variation des cours monétaires, exigence pourtant clairement mise en exergue depuis l'arrêt *Andriciuc*. Certes, le taux est dit « *susceptible d'évoluer à la hausse ou à la baisse* » mais cela ne demeure qu'une énonciation du fonctionnement du prêt et non une explicitation des conséquences potentiellement élevées sur les obligations financières de l'emprunteur tirées de ce risque. Un risque qui, rappelons-le, est difficilement compréhensible pour le consommateur moyen³⁰⁰, puisque cela revient à établir qu'il pouvait connaître l'existence de la différence entre le taux de change de vente et le taux de change d'achat d'une devise étrangère pour en

²⁹⁷ Sur la sémantique discutable alors utilisée par la Haute juridiction, v. *supra*, § 47.

²⁹⁸D. MAZEAUD, « Protection des consommateurs contre les clauses abusives, la Cour de cassation va *piano* », D. 2018, p. 1355.

²⁹⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 12 décembre 2018, 17-18.491.

³⁰⁰ É. BAZIN, « Toujours sur le caractère abusif des clauses figurant dans un prêt en devise étrangère », AJ contrat, 2018, p.431.

mesurer ensuite les conséquences sur le montant de ses mensualités et ce faisant de son emprunt. Or, il est difficilement possible d'affirmer avec certitude qu'un consommateur moyen puisse faire un tel lien entre les différentes clauses du contrat afin de comprendre de lui-même les conséquences à en tirer sur le coût total de son emprunt qui, par définition, ne peut justement pas être connu à l'avance³⁰¹.

107. L'enrichissement de la motivation de la Cour de cassation. – Que l'on se pose en désaccord ou non avec la position de la Cour de cassation, il faut tout de même lui reconnaître qu'elle ne va pas s'arrêter sur cette analyse « *embryonnaire* » à l'allure formelle. En effet, le prolongement du contentieux, va être l'occasion pour elle de nettement améliorer son contrôle, illustrant ainsi son souhaitable repositionnement³⁰², au moins en apparence, dans le giron de l'interprétation de la Cour de justice³⁰³. Le 20 février 2019³⁰⁴ est ainsi marqué par une série de quatorze arrêts qui vont révéler une Haute juridiction bien plus pointilleuse dans la vérification de la motivation des juges du fond³⁰⁵. Pour commencer, comme pour se prémunir de toute potentielle critique relative à la conformité de la mise en œuvre de son interprétation, elle va importer le vocable européen allant même jusqu'à reprendre *in extenso* le dispositif³⁰⁶ de la décision *OTP Bank*³⁰⁷. Ensuite, elle vient enrichir sa propre motivation via l'ajout d'éléments d'explications inédits sur le fonctionnement du prêt à la source du litige dans un attendu pour le moins considérable :

« Attendu que l'arrêt relève que l'offre préalable de prêt **détaille les opérations de change**³⁰⁸ réalisées au cours de la vie du crédit et précise que le taux de change euros contre francs suisses **sera celui applicable deux jours ouvrés avant la date de l'événement** qui détermine l'opération

³⁰¹ C. AUBERT DE VINCELLES, « Chronique Droit européen des obligations – Protection des emprunteurs immobiliers », RTD eur. 2014, 715.

³⁰² D. R. MARTIN, H. SYNDET, « Droit bancaire - juillet 2018 à septembre 2019 », D. 2019 p.2009.

³⁰³ X. HENRY, « Contentieux civil Helvet Immo. De quelques questions toujours sans réponse », D. 2020, p.223.

³⁰⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 20 février 2019, n° 17-31067 ; Cass. civ. 1^{ère}, 20 février 2019 n° 17-19495 ; Cass. civ. 1^{ère}, 20 février 2019 n° 17-31065 ; Cass. civ. 1^{ère}, 20 février 2019 : n° 17-31066 ; Cass. civ. 1^{ère}, 20 février 2019, n° 17-31068 ; Cass. civ. 1^{ère}, 20 février 2019 : n° 17-19495 ; Cass. civ. 1^{ère}, 20 février 2019, n° 17-31071 ; Cass. civ. 1^{ère}, 20 février 2019 : n° 17-31072 ; Cass. civ. 1^{ère}, 20 février 2019 n° 17-31073 ; Cass. civ. 1^{ère}, 20 février 2019, n° 17-31074 ; Cass. civ. 1^{ère}, 20 février 2019, n° 17-31075 ; Cass. civ. 1^{ère}, 20 février 2019, n° 17-31076 ; Cass. civ. 1^{ère}, 20 février 2019, n° 17-31077 ; Cass. civ. 1^{ère}, 20 février 2019, n° 17-31078 ; Cass. civ. 1^{ère}, 20 février 2019, n° 17-31079.

³⁰⁵ G. CATTALANO, « Clause abusive : la Cour de cassation ouvre-t-elle la porte de l'éternité ? », RDC 2019, n° 116f3, p. 73.

³⁰⁶ Elle énonce comme suit : « *Attendu, ensuite, que la Cour de justice de l'Union européenne a dit pour droit (arrêt du 20 septembre 2018, C-51/17) que l'article 4, § 2, de la directive 93/13 doit être interprété en ce sens que l'exigence selon laquelle une clause contractuelle doit être rédigée de manière claire et compréhensible oblige les établissements financiers à fournir aux emprunteurs des informations suffisantes pour permettre à ceux-ci de prendre leurs décisions avec prudence et en toute connaissance de cause ; que cette exigence implique qu'une clause relative au risque de change soit comprise par le consommateur à la fois sur les plans formel et grammatical, mais également quant à sa portée concrète, en ce sens qu'un consommateur moyen, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, puisse non seulement avoir conscience de la possibilité de dépréciation de la monnaie nationale par rapport à la devise étrangère dans laquelle le prêt a été libellé, mais aussi évaluer les conséquences économiques, potentiellement significatives, d'une telle clause sur ses obligations financières* ».

³⁰⁷ CJUE, 20 sept. 2018, aff. C-51/17, *OTP Bank*, préc.

³⁰⁸ Mise en exergue opérée uniquement dans l'étude et non présente dans l'arrêt original de la Haute juridiction.

et qui est publié sur le site de la Banque centrale européenne ; qu'il constate qu'il est mentionné dans l'offre que les **emprunteurs acceptent les opérations de change de francs suisses en euros et d'euros en francs suisses nécessaires au fonctionnement et au remboursement du crédit**, et que le **prêteur opérera la conversion** en francs suisses du solde des règlements mensuels en euros après paiement des charges annexes du crédit ; qu'il énonce que l'offre indique que, **s'il résulte de l'opération de change une somme inférieure à l'échéance en francs suisses exigible, l'amortissement du capital sera moins rapide et l'éventuelle part de capital non amorti au titre d'une échéance sera inscrite au solde débiteur du compte en francs suisses**, et qu'il est précisé que l'amortissement du **capital du prêt évoluera en fonction des variations du taux de change** appliqué aux règlements mensuels, **à la hausse ou à la baisse**, que cette évolution peut entraîner l'allongement ou la réduction de la durée d'amortissement du prêt et, le cas échéant, modifier la charge totale de remboursement ; que l'arrêt ajoute que les **articles « compte interne en euros » et « compte interne en francs suisses » détaillent les opérations effectuées** à chaque paiement d'échéance au crédit et au débit de chaque compte, et que le contrat **expose de manière transparente le fonctionnement concret du mécanisme de conversion** de la devise étrangère ; que l'arrêt précise qu'a été jointe à l'offre de prêt une notice assortie de simulations chiffrées de l'impact des variations du taux de change sur le plan de remboursement afin d'éclairer les emprunteurs sur les risques inhérents à la souscription d'un prêt en devises ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel a légalement justifié sa décision de retenir le caractère clair et compréhensible de la clause litigieuse ».

Par conséquent, la Cour de cassation, approuvant l'analyse de la cour d'appel, souligne via sa longue énumération que l'emprunteur disposait bien de tous les éléments explicatifs nécessaires à sa bonne compréhension de la portée économique qu'induisait la conclusion d'un tel contrat de prêt. Elle relève notamment, non sans rappeler le dispositif de la Cour de justice, que le contrat décrit, de manière « *transparente* », le « *fonctionnement concret* » du mécanisme de conversion de la devise étrangère, en lui exposant notamment, d'une part l'impact des variations, à la hausse, du taux d'intérêt sur le montant des règlements en euros et sur la durée du crédit, et d'autre part, les conséquences d'un défaut d'apurement du crédit au terme de la durée initiale³⁰⁹. La possibilité de la variation est donc bien indiquée, cependant, la Cour de cassation continue d'éviter la problématique du risque de change en ne recherchant toujours pas, par exemple, l'existence d'une clause particulière par laquelle l'emprunteur avait reconnu comprendre et assumer le risque de change et s'est uniquement bornée à indiquer parmi les motifs l'existence de la notice présentant des simulations chiffrées³¹⁰ qui lui semble d'ailleurs indifférente puisque la solution adoptée est restée similaire selon les arrêts, même lorsque les juges du fond ont retenu la clarté de la clause en l'absence d'exemples chiffrés³¹¹.

³⁰⁹ D. LEGEAIS, « Appréciation du caractère abusif des clauses relatives aux prêts libellés en devises étrangères », RTD Com. 2019, p.463.

³¹⁰ Décivant de manière précise l'effet de l'appréciation de la devise sur la contre-valeur en euros du capital restant dû en francs suisses.

³¹¹ G. CATTALANO, « Clause abusive : la Cour de cassation ouvre-t-elle la porte de l'éternité ? », *op. cit.*

108. La mention nécessaire du risque de change – C’est finalement au sein de l’arrêt du 13 mars 2019³¹² que la Cour de cassation va sembler mieux prendre la mesure des exigences européennes, bien que l’issue en reste inchangée pour les emprunteurs. Une fois encore, elle approuve donc la cour d’appel d’avoir fait ressortir le caractère clair et compréhensible de la clause d’indexation déguisée définissant l’objet principal du contrat, entraînant d’exclure l’application du régime des clauses abusives. Au soutien de son argumentation, la cour d’appel avait ainsi relevé que :

« cette clause figure dans une offre précisant que le **risque de change** est intégralement supporté par les emprunteurs, qui reconnaissent avoir **été informés du risque** particulier lié à ce type de financement par une **notice signée** par eux, laquelle mentionne que les risques, réels et cumulatifs, de taux et de change, portent sur la totalité du crédit, et contient un **paragraphe sur la variabilité du cours** de change qui indique que, selon l’orientation de la devise sur le marché des changes par rapport à l’euro, **la perte ou le gain éventuels** sont intégralement à la charge ou au profit de l’emprunteur, sauf pour celui-ci à solliciter la couverture de ce risque moyennant un coût supplémentaire ; que l’arrêt ajoute que cette notice **comporte un exemple chiffré décrivant de manière précise l’effet de l’appréciation de la devise** sur la contre-valeur en euros du capital restant dû en francs suisses ».

L’on notera qu’à rebours des arrêts du 20 février 2019, la Cour fait soigneusement ici ressortir de l’analyse de la cour d’appel que les emprunteurs avaient bien été informés sur le risque de change et du fait qu’ils allaient devoir intégralement le supporter, qu’ils ont même signé une notice distincte à ce titre, et que celle-ci contenait d’ailleurs un exemple chiffré décrivant précisément l’effet de la devise sur la contre-valeur en euros du capital restant dû en francs suisses. Elle écarte, néanmoins, certains pans de l’argumentation du pourvoi³¹³ qui, selon elle, n’avaient pas à être nécessairement suivi par la cour d’appel, notamment s’agissant des différences structurelles entre les économies suisse et de la zone euro et des évolutions possibles et probables du taux, puisque comme le relève un auteur « *la banque n’a pas à faire un cours d’économie politique à ses clients* »³¹⁴.

³¹² Cass. civ. 1^{ère}, 13 mars 2019, n° 17-23169, Publié au bulletin.

³¹³ Était notamment reproché à la Cour d’appel de Metz, dans la première branche du premier moyen, de ne pas avoir recherché, « *comme elle y était invitée, si les emprunteurs avaient été en mesure de comprendre les incidences concrètes et d’évaluer les conséquences économiques, potentiellement significatives, de l’évaluation de leur dette selon les fluctuations du franc suisse, en fonction de mécanismes macro-économiques, des différences structurelles entre les économies suisse et de la zone euro, et des évolutions possibles et probables risquant d’entraîner une hausse de cette devise considérée comme étant une valeur refuge sujette par cette raison à des variations particulières, d’un prêt consenti pour une longue durée alors qu’ils ne disposaient d’aucun revenu en francs suisses* ».

³¹⁴ D. R. MARTIN, H. SYNDET, « Droit bancaire... », *op. cit.*

B) Une motivation inconstante, source de certaines incertitudes

109. Incertitude quant aux éléments de fait à retenir. – Si la position de la Cour est finalement toujours restée la même, reste à savoir si les différents critères soulevés par les juges du fond – notamment les simulations concrètes chiffrées et la clause de reconnaissance du risque – devront nécessairement être tous réunis afin que les clauses caractérisant le prêt en devises³¹⁵ soient analysées comme transparentes³¹⁶. Or, rien n'est moins sûr puisque passé l'arrêt du 13 mars 2019, l'on va assister à une « *discord* » dans la motivation de la Cour de cassation. Si cela pourrait être perçu comme le fruit d'un appauvrissement de l'argumentation des juridictions du fond ou de celui des parties³¹⁷, il n'en demeure pas moins qu'elle cesse de relever systématiquement la mention d'un risque de change alors même que le pourvoi l'y invite³¹⁸, quant à l'existence d'une notice d'information comprenant des exemples chiffrés, celle-ci apparaît bien trop aléatoire³¹⁹.

110. Incertitude quant à l'information sur le risque. – Au-delà de la place occupée par ces éléments de faits, il faut reconnaître qu'il est plus largement difficile d'affirmer l'interprétation de la Cour de justice comme parfaitement respectée. Si la première chambre civile s'est effectivement référée à la méthodologie européenne, relevant bien l'existence de certaines informations, celles-ci demeurent très standardisées, ce qui pousse à constater qu'elle a en quelque sorte laissé de côté la question de savoir si le consommateur avait réellement compris les informations ainsi communiquées³²⁰. D'ailleurs, bien souvent, même lorsque le risque de change est mentionné, cela ne se traduit que par une clause de « *connaissance que l'engagement comporte un risque* », sans comporter de véritables explications sur les conséquences économiques concrètes sur ses obligations financières³²¹. Surtout, la question se pose de savoir si une information sur l'ampleur du risque de change ne serait pas nécessaire. Une simulation montrant les effets d'une évolution de 15% n'est certainement pas apte à faire comprendre à l'emprunteur les conséquences d'une variation de

³¹⁵ C'est-à-dire la clause d'indexation et de risque de change, mais pas uniquement, puisque nous avons pu constater que d'autres clauses connexes avaient pu être considérées comme définissant l'objet principal du contrat de prêt Helvet Immo, à l'image de la clause de déplaçonnement des mensualités.

³¹⁶ G. CATALANO, « Clause abusive : la Cour de cassation ouvre-t-elle la porte de l'éternité ? », *op. cit.*

³¹⁷ X. HENRY, « Contentieux civil Helvet Immo... », *op. cit.*

³¹⁸ Pour l'absence de mention du risque, v. Cass. civ. 1re, 27 mars 2019 n° 17-26912 ; pour le maintien de sa mention, v. Cass. civ. 1^{ère}, 24 octobre 2019, n°12-12.255.

³¹⁹ Pour l'absence de mention d'une notice explicative, v. Cass. civ. 1re, 10 octobre 2019 : pourvoi n° 17-20.199 pour le maintien de sa mention, v. Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} juillet 2020, n°19-13.200.

³²⁰ S. PIEDELIÈVRE, « Prêts en devises étrangères et clauses abusives », *Gaz. Pal.* 2 avril 2019, n° 345u6, p. 33.

³²¹ H. AUBRY, É. POILLOT, N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Droit de la consommation - janvier 2019 à décembre 2019 », *D.* 2020, p.624.

45%. Pour certains auteurs, elle serait d'ailleurs d'autant plus justifiée que le but de ces prêts proposés dans le cadre d'opérations de défiscalisation était bien avant tout financier, ce faisant le risque de change acceptable devait être apprécié eu égard du gain potentiel apporté par le taux suisse censé être plus bas, rendant nécessaire l'existence d'une information sur l'ampleur de ce risque³²².

111. Incertitude quant à la bonne foi de l'établissement bancaire. – Conjointement avec le manque d'information, ce sont les circonstances entourant la conclusion du contrat qui soulèvent certaines interrogations. En effet, la CJUE³²³ estime qu'elles doivent autant être celles du moment de la conclusion du contrat que celles dont aurait raisonnablement pu avoir connaissance le professionnel et qui pourraient affecter l'exécution future du contrat, un postulat auquel ne semble pas nécessairement adhérer les juridictions françaises.

Par ailleurs, cela vient directement à la rencontre de la bonne foi du prêteur. En ce sens, nous avons vu, dès la décision *Andriciuc*, que la Cour de justice estime nécessaire de prendre en compte l'expertise et les connaissances du professionnel afin de vérifier que l'exposition au risque de change est conforme aux exigences de bonne foi. Or, au-delà du caractère imprévisible de la crise (*en tout cas, selon la conception des juridictions françaises*), il était parfaitement envisageable pour un spécialiste d'anticiper le fait que la dépréciation du franc suisse n'allait pas pouvoir perdurer à moyen terme qui allait finir par s'exposer un des « *phénomènes de sur-réaction entraînant une appréciation brutale du taux de change*³²⁴ ». Sans mentionner le fait que l'instruction menée lors du procès pénal pour pratiques commerciales trompeuses à l'encontre de la BNP PPF semble révéler certaines anomalies qui pourraient susciter une certaine défiance de la part des juges à leur égard³²⁵.

112. Incertitude quant à la présentation de l'information. – Enfin, la question se pose de savoir si l'agencement du contrat n'a pas pu rendre complexe une appréhension décente et partant, conduire à en réduire la clarté et compréhensibilité pour le consommateur moyen. La difficulté est que ce type de prêt repose sur une mécanique globale³²⁶, résultant d'une synergie entre toutes les clauses réparties dans l'offre de prêt. Les détracteurs de ces prêts y voient ainsi

³²² X. HENRY, « Contentieux civil Helvet Immo... », *op. cit.*

³²³ V. *supra*, § 86 et § 98.

³²⁴ X. HENRY, « Synthèse de jurisprudence – Prêt indexé sur le franc suisse, Observatoires des contentieux », Obs. n° 9, 02 janvier 2021.

³²⁵ V. *infra*, § 166 et s.

³²⁶ M. ROUSSILLE, « L'affaire Helvet Immo et l'épineuse question des clauses abusives dans les prêts en devises », Gaz. Pal. 13 juin 2017, n° 297f0, p. 49.

non pas une indexation simplement « *déguisée* » mais fortement « *implicite* » en ce qu'elle reposerait uniquement sur une combinaison très complexe de toutes les clauses réparties dans l'offre de prêt. Cependant, les cours d'appel approuvées par la Haute juridiction, ne semblent visiblement pas partager cet avis pour le moment, ce qui laisse certainement supposer un référentiel de « *consommateur moyen* » calibré de manière très sévère, à l'inverse de ce qui semble avoir été élaboré dans le cadre de l'instance pénale, comme nous le verrons plus après³²⁷.

113. Décisions *BNP Paribas*. Renvoi – De récentes décisions européennes, que nous avons déjà eu l'occasion d'évoquer dans nos développements, ont été rendues pour la première fois spécifiquement à l'affaire *Helvet Immo*. Ce faisant, elles vont être l'occasion de lever nombres des incertitudes entourant la mise en œuvre française de la transparence matérielle. Néanmoins, il conviendra d'y revenir en détail dans notre Titre 2, en ce qu'elles vont certainement permettre l'éradication définitive d'une majeure partie des clauses abusives stipulées dans les contrats français de prêts en devises³²⁸.

114. Conclusion sur la *mise en œuvre du caractère clair et compréhensible dans le cadre du contentieux des prêts en devises*. – Depuis l'arrêt *Kásler*, la CJUE a connu de nombreuses sollicitations de la part des emprunteurs européens de prêts en devises. En effet, pour nombre d'entre eux, les clauses contestées – dont celle d'indexation et de risque – allaient se révéler comme portant sur l'objet principal, évinçant dès lors le contrôle de l'aspect abusif³²⁹, sous conditions que ces clauses soient claires et compréhensibles. Or, la CJUE va venir étendre la portée de la transparence, en lui adjoignant une dimension « *matérielle* ». Désormais, l'emprunteur doit non plus seulement avoir été mis en mesure de comprendre grammaticalement son contrat mais également d'appréhender précisément la portée économique de son engagement, au moyen d'une information conséquente sur le fonctionnement concret de son prêt – ici, notamment le mécanisme de change – ainsi que le risque qui en découle inévitablement, et ce, eu égard des connaissances d'un expert tel qu'un établissement de crédit et du contexte de la crise.

De son côté, certes, la Cour de cassation a pu avoir des motivations laissant parfois quelque peu circonspects certains observateurs mais a toujours tenté de se placer

³²⁷ V. *infra*, § 168.

³²⁸ V. *infra* § 185 et s.

³²⁹ Il est, bien entendu, ici question des pays ayant transposé *in extenso* l'article 4.2 de la directive 93/13.

progressivement dans le giron de l'analyse de la CJUE. Pourtant, ces améliorations peinent à être suffisantes. Si les avis divergent sur la question, nombre sont ceux qui lui reconnaissent une certaine sévérité à l'égard du consommateur moyen de prêts en devises, standard qu'elle semble avoir placé à un niveau élevé. À cet égard, sous réserve que, pour chaque prêt, la banque ait communiqué une documentation fournie bien que complexe, le pronostic semble donc mal engagé pour ceux qui souhaiteraient soulever le caractère « opaque »³³⁰ de certaines clauses du contrat de prêt en devises³³¹. Certaines décisions des juges du fond ont, certes, pu se montrer plus favorables à l'emprunteur³³², notamment si l'on regarde du côté de la clause d'intérêt variable, consubstantielle à ce type de prêt et dont la contestation semble rencontrer un peu plus de succès³³³. Néanmoins, force est de constater que de manière générale, le « ciel semble s'être durablement assombri » pour les emprunteurs³³⁴. D'autant plus, que la majorité des arrêts de cassation sont des arrêts de rejet, démontrant ainsi que les juges du fond participent conjointement avec la Haute juridiction, à ce mouvement défavorable aux emprunteurs³³⁵. Cette position est toutefois fortement en passe d'être modifiée compte-tenu de la position critique de la Cour de justice à l'égard de l'interprétation jurisprudentielle menée dans le cadre de l'affaire des prêts en devises, comme nous le verrons plus après³³⁶.

115. Conclusion du chapitre 2 – L'objet principal soumis au test du déséquilibre significatif en présence d'une rédaction dénuée de clarté et de compréhensibilité. – Concept incontournable, le postulat européen d'un déséquilibre informationnel entre le consommateur et le professionnel, a justifié que soit imposé le respect d'un caractère clair et compréhensible des clauses rédigées au sein des contrats de consommation (art. 5.1) et ce, peu importe que ces clauses portent sur la définition de l'objet principal (art. 4.2).

³³⁰ En référence au terme utilisé par la Professeure Poillot pour couvrir les hypothèses classiques de clarté et compréhensibilité avec celles liées à la transparence matérielle. V. E. POILLOT, « Le contrôle de la transparence matérielle des clauses portant sur l'objet du contrat : une nouvelle arme en matière de lutte contre les clauses abusives », D. 2017, p. 1096.

³³¹ O. POINDRON, J. MOREAU, « Affaire Helvet Immo : clap de fin pour les emprunteurs ? », AJDI 2019, p.708.

³³² CA, Besançon, 1^{re} ch. civ. com., 15 oct. 2019, n° 18/01038 - Décision exigeant clairement, dans le cadre de l'appréciation du déséquilibre significatif, une information sur l'ampleur du risque et non seulement sur l'existence de ce risque, condition qui n'est pas remplie par la Banque, cela étant, cette étape ne suffira pas, au terme de l'analyse *in concreto* (compte tenu des autres clauses du contrats notamment), à conduire au constat d'un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties.

³³³ Cour d'appel de Metz, 1^{ère} chambre, 27 avril 2017, n° 15/00410. En l'espèce, après avoir retenu que la clause définissait l'objet principal du contrat, la cour d'appel a notamment relevé que la clause n'était pas rédigée de manière claire et compréhensible. Elle estimait ainsi que l'offre comportait des clauses qui se contredisaient sur le caractère fixe ou variable du taux et que son imprécision avait conduit le professionnel à pouvoir appliquer un taux fixe ou variable et à choisir, dans cette dernière hypothèse, l'indice de référence et la date ainsi que l'heure du taux, faisant évoluer la charge de remboursement des emprunteurs, sans contrepartie pour ces derniers. Analyse qui a d'ailleurs été approuvée par la Cour de cassation dans son arrêt du 13 mars 2019 vu supra.

³³⁴ O. POINDRON, J. MOREAU, « Affaire Helvet Immo : clap de fin pour les emprunteurs ? », *op. cit.*

³³⁵ M. ROUSSILLE, « Prêts en francs suisses : consolidation des solutions », Gaz. Pal. 25 févr. 2020, n° 371k5, p. 59.

³³⁶ V. *infra* § 177 et s.

En principe, l'importance de cet objectif de transparence va paradoxalement apparaître relativisée dans son régime, puisque selon la directive, seule l'interprétation *in favorem* constitue une véritable sanction du défaut de transparence. Parfois efficace, une telle interprétation connaît nécessairement des limites face aux « *clauses principales* », dès lors qu'interpréter de telles clauses reviendrait à revisiter les caractéristiques essentielles du contrat, ce que ni la Cour de justice ni les juridictions françaises ne permettent. Or, les développements précédents ont justement mis en lumière que ce sont ces mêmes clauses principales qui constituent l'essentiel du contentieux des prêts en devises. C'est pourquoi, il apparaît parfois plus pertinent de les voir réputées non écrites, nécessitant dès lors, une fois leur opacité constatée, de les voir soumises au test du déséquilibre significatif.

En pratique, le défaut de transparence va pourtant connaître une portée dépassant les délimitations formelles de la directive sous l'impulsion de la Cour de justice, allant ainsi jusqu'à sembler concurrencer le rôle du déséquilibre significatif, comme le relève la Commission européenne. Ainsi, les motifs de la décision *Amazon*³³⁷, ont semblé élever la transparence au rang de véritable critère fondant l'existence d'un caractère abusif, tandis qu'à l'occasion de l'élaboration de la transparence « *substantielle* », la Cour de justice a semblé atténuer la distinction entre l'étape de l'examen du caractère clair et compréhensible de clauses portant sur l'objet principal, et celle de l'étude conséquente du caractère abusif.

Néanmoins, il serait téméraire d'exagérer la portée réelle de cette évolution de la transparence et des conséquences qu'elle pourrait emporter sur le contentieux des prêts en devises. D'une part, la mise en œuvre européenne n'est pas exempte d'incertitudes, puisque l'apport de l'arrêt *Amazon* reste circonscrit à l'induction en erreur (*ne couvrant ainsi pas tous les cas d'opacité*) et l'apparente confusion du contrôle susmentionnée n'était peut-être tirée que du fait que la Cour n'était pas directement interrogée sur l'existence d'un caractère abusif. D'autre part, à l'échelle française, si la Cour de cassation a pu se montrer favorable à considérer une clause dénuée de transparence comme constitutive d'un déséquilibre significatif, elle maintient toujours cette double étape. D'autant plus, que dans le cadre des prêts en devises, elle retient une définition bien particulière de ce déséquilibre, puisque, nous le verrons, elle exige de vérifier « *si le risque de change ne pesait pas exclusivement sur l'emprunteur* », de sorte qu'il apparaît difficile de voir la transparence exercer une véritable influence sur la question.

³³⁷ CJUE, 28 juill. 2016, aff. C-191/15, *Verein für Konsumenteninformation c/ Amazon EU*.

116. Conclusion du titre 1 relatif à l'analyse de la notion de clause abusive à l'épreuve du contentieux des clauses abusives. – Fruit d'une élaboration récente, la notion de clause abusive innerve pourtant aujourd'hui une grande part des litiges consuméristes, compte-tenu de contrats de plus en plus standardisés mais aussi digitalisés. En effet, en dépit d'une réglementation accrue à l'égard des professionnels dans de nombreux secteurs d'activité, il peut être constaté qu'à mesure que la technique évolue, les moyens de déséquilibrer subtilement un contrat apparaissent plus aisés, surtout si l'on parvient à lui éviter une appréciation judiciaire. À ce titre, le contentieux des prêts en devises a pu soulever de sérieuses questions quant à l'efficacité de la directive 93/13, puisque pour des dizaines de milliers d'emprunteurs européens, le bénéfice du contrôle du caractère abusif s'est vu dérobé des mains du juge, les clauses contestées portant sur l'objet principal de leur contrat, tout en étant claires et compréhensibles. La règle, initialement justifiée sous de nombreux aspects, a pu sembler alors contre-productive à l'objectif de protection du consommateur de la directive, tant les nombreux litiges au sein des différents États membres ont fondé nombre de questions préjudicielles ainsi que d'interventions légales pour endiguer l'existence de tels contrats.

Pour autant, loin de signifier l'échec de la législation des clauses abusives, l'apparition du contentieux des prêts en devises va permettre à la Cour de justice de développer certaines de ces notions pour les actualiser aux enjeux actuels et, partant, faciliter le retour de l'appréciation du caractère abusif des clauses contestées. D'une part, elle rappelle avec précision que si la protection accordée par la directive peut souffrir de certaines exceptions, celles-ci doivent logiquement être entendues de manière restrictive, à l'image de cet objet principal du contrat permettant l'éviction du contrôle. Partant, elle définit utilement ce que recouvre la notion à l'aune des mécanismes spécifiques qui lui sont soumis allant parfois jusqu'à se prononcer directement sur le caractère des clauses d'indexation et de risque de change. D'autre part, elle revoit la conception du caractère clair et compréhensible d'une clause pour lui adjoindre une dimension matérielle, afin d'assurer que le consommateur, en dépit d'un contrat clair et compréhensible sur le plan formel, puisse comprendre concrètement le mécanisme de son contrat ainsi que les conséquences économiquement significatives pour lui. À ce titre, la Cour rappelle l'importance des circonstances entourant la conclusion de ces contrats, notamment à l'égard de la connaissance et de l'expertise attendue d'un professionnel du crédit. Surtout, le renouveau de la transparence est tel, que les observateurs envisagent désormais la possibilité de la voir devenir un véritable critère de l'abus et ce, de manière générale.

Toutefois, l'action de la CJUE demeure limitée à une portée *in abstracto*, seuls les juges nationaux ayant le pouvoir d'analyser *in concreto* les stipulations contractuelles, compte-tenu de l'environnement contractuel et contextuel du contrat. En France, la mise en œuvre nationale de la notion de clause abusive dans le cadre des prêts en devises est donc apparue cruciale, d'autant plus que, contrairement à certains autres États membres, sa récente législation restreignant l'octroi de tels prêts n'a eu d'effet que pour l'avenir. Cependant, l'application du cadre européen par les juridictions françaises s'est rapidement traduite en un rejet massif et systématique de toutes les contestations du caractère clair et compréhensible des clauses. Or, une telle analyse apparaît assez ambivalente en présence de contrats certes détaillés mais éminemment complexe et pas nécessairement précis dans l'ampleur du risque que faisaient encourir leur conclusion pour l'emprunteur.

Faut-il pour autant comprendre une stabilisation du contentieux en faveur des établissements de crédit ? Il vaut mieux éviter de tirer des conclusions hâtives estiment certains observateurs, notamment à la vue des récents évènements³³⁸. La portée du contrôle réellement exercé par la Cour de cassation ne doit pas être exagérée, puisqu'elle s'est souvent retranchée derrière les constatations des cours d'appel qui se sont en effet exprimées sur des considération de faits, laissant certaines questions en suspens. Surtout, le contentieux français, loin de tarir, s'étoffe de jour en jour, comme peut en témoigner l'ouverture d'un volet pénal qui semble déjà mettre en lumière des problèmes de cohérence entre juridictions, les juges d'instruction ayant relevé une particulièrement inintelligibilité des clauses ainsi qu'une certaine mauvaise foi de l'établissement de crédit. Plus encore, les critiques des emprunteurs ont fini par se faire entendre par certains juges du fond qui ont alors renvoyés des questions préjudicielles à la Cour de justice. Pour la première fois, celle-ci a donc eu à se prononcer sur des prêts français, ce qui va accroître l'effectivité de son interprétation pour les emprunteurs de l'Hexagone³³⁹. Cependant, à supposer que les clauses d'indexation et de risque contenues dans les contrats de prêts en devises soient un jour perçues comme opaques par les juridictions françaises, encore faudra-t-il qu'elles passent le test du déséquilibre significatif, ce qui n'ira pas forcément de soi³⁴⁰.

³³⁸ V. par ex. J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Prêts en devise : confirmations et nouveautés de la Cour de cassation », D. 2020, p.135 ; ou H. AUBRY, É. POILLOT, N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Droit de la consommation - janvier 2020 à décembre 2020 », D. 2021, p.594. ; ou encore : J. MOREAU, « Prêt libellé en francs suisses et clauses abusives », AJDI 2018, p.871.

³³⁹ V. *infra*, § 178 et s.

³⁴⁰ Pour un exemple très rare d'une clause de risque de change ayant subi un tel test, v. *infra*, § 130.

117. Transition. – La notion de clause abusive mise à l'épreuve du contentieux des prêts en devises, ayant fait l'objet de notre premier Titre, il conviendra, dès à présent, de nous tourner vers l'éradication de ces clauses abusives, autant du point de vue processuel, que du point de vue concret et spécifique au contrat de prêt *Helvet Immo*, à la lumière des récents événements judiciaires.

Si l'on juge, il faut accepter d'être à son tour jugé

~ P. TRUCHE, *Juger et être jugé*¹

- TITRE II -

L'ÉRADICATION DES CLAUSES ABUSIVES A L'ÉPREUVE DU CONTENTIEUX DES PRÊTS EN DEVISES

118. Plan. – Débattre de la notion de clause abusive dans le cadre du contentieux des prêts en devises, n'a d'intérêt que si cette opération peut permettre leur éradication au sein des milliers de contrats qui ont pu être conclus depuis 2008, permettant ainsi d'accomplir cet objectif visé d'assainissement du marché du crédit. De manière générale, à l'échelle européenne, cette élimination passe évidemment par les différents instruments confiés au juge civil qui vont lui octroyer une marge d'action décisive pour cette opération (Chap. 1). De manière spécifique, sur le plan du contentieux français des prêts en devises, l'éradication effective des clauses abusives contenues dans les prêts *Helvet Immo*, va recevoir le soutien de la justice pénale mais également celui de la Cour de justice qui, par leurs efforts cumulés, vont potentiellement pouvoir conduire à un infléchissement de la position actuelle de la Cour de cassation (Chap. 2).

¹ P. TRUCHE, *Jugé et être jugé, le magistrat face aux autres et à lui-même*, Paris 2001.

- CHAPITRE I -

Les instruments confiés aux juges

119. La protection procédurale garantie par la directive *Clauses abusives*. – Le droit de la consommation est bien connu pour offrir une protection matérielle considérable à l’égard des consommateurs du marché unique, pour autant, il ne faut pas nier l’importance de la dimension procédurale *lato sensu* de cette protection, l’une et l’autre étant les deux faces d’une même pièce, si bien que l’action de la première ne saurait être entravée par l’insuffisance de la seconde. Or, la protection issue de la directive 93/13 étant vue par la CJUE comme d’« *intert public* »², elle se devait d’avoir « *les moyens de ses ambitions* » et produire des effets visibles et durables sur le marché consommériste.

À ce titre, deux dispositions spécifiques de la directive viennent ainsi fixer un cadre sur la manière dont doit se décliner la protection des consommateurs. Ainsi, d’une part, l’article 6.1³, – considéré par la CJUE comme une norme équivalente aux règles nationales d’ordre public⁴ – impose que les clauses déclarées abusives ne puissent lier le consommateur ce qui va avoir des conséquences sur l’élimination de la clause et sa mise en œuvre par le juge. D’autre part, l’article 7.1⁵ vise l’assainissement général des contrats consuméristes par l’élaboration de moyens adéquats et efficaces pour faire cesser les clauses abusives, et partant, reflète le droit général à un recours effectif contre la violation de droits de l’Union européenne⁶.

Certes, à proprement parler, aucune règle spécifique de procédure n’est énoncée dans le cadre de la directive 93/13, reflétant ainsi l’autonomie générale des États membres en la matière. Cependant, il va de la responsabilité de ces derniers « *de veiller à ce que les droits*

² V. par ex : CJUE, 4 juin 2009, aff. C-243/08, *Pannon GSM Zrt*, pt. 31 ; CJCE, 26 octobre 2006, aff. C-168/05, *Elisa María Mostaza Claro*, pt. 3 ; CJUE, 30 avr. 2014, aff. C-26/13, *Kásler et Káslerné Rábai*, pt. 78.

³ Dir. 93/13/CEE, préc., art. 6.1 : « *Les États membres prévoient que les clauses abusives figurant dans un contrat conclu avec un consommateur par un professionnel ne lient pas les consommateurs, dans les conditions fixées par leurs droits nationaux, et que le contrat restera contraignant pour les parties selon les mêmes termes, s’il peut subsister sans les clauses abusives* ».

⁴ V. par ex., CJUE, 21 décembre 2016, aff. jointes, C-154/15, C-307/15 et C-308/15, *Naranjo Gutierrez*, pt. 54 ; V. égal., CJUE, 30 mai 2013, aff. C-488/11, *Asbeek Brusse*, pt. 44.

⁵ Dir. 93/13/CEE, préc., art. 7.1 : « *Les États membres veillent à ce que, dans l’intérêt des consommateurs ainsi que des concurrents professionnels, des moyens adéquats et efficaces existent afin de faire cesser l’utilisation des clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs par un professionnel* ».

⁶ Charte des droits fondamentaux de l’UE, art. 47 : « *Toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l’Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal dans le respect des conditions prévues au présent article* ».

déoulant du droit de l'Union soient effectivement protégés »⁷, ainsi que le rappelle très souvent la CJUE⁸.

En ce sens, les objectifs de ces articles ne peuvent être atteints « *que si les modalités de procédure nationales contribuent à leur réalisation et ne créent pas d'obstacles injustifiés afin de permettre aux consommateurs de compter sur la protection qui leur est accordée par la directive [...] »*⁹. Ce défaut d'effectivité va ainsi très souvent être causé soit par un élément procédural unique telle que « *des frais de justice élevés ou discriminatoires* », soit par une combinaison d'éléments différents, « *tel qu'un délai court combiné à la nécessité de faire appel à un avocat ou à l'obligation de présenter des mémoires détaillés* »¹⁰. En effet, si de telles barrières existaient, elles seraient susceptibles de rendre réticents les consommateurs à user des outils légaux mis à leur disposition alors même que les clauses contractuelles abusives utilisées à leur encontre seraient manifestement abusives.

Par conséquent, la Cour de justice est venue poser un certain nombre d'exigences s'agissant des voies de recours et des droits procéduraux dont doivent *a minima* disposer les consommateurs ainsi que s'agissant des obligations auxquelles sont assujetties les juridictions nationales. Ces exigences vont, à chaque décision, être fondées, alternativement ou cumulativement, sur l'*effectivité* du caractère non contraignant des clauses contractuelles abusives, sur l'exigence de *moyens adéquats et efficaces* pour empêcher l'utilisation généralisée et continue de telles clauses, sur le droit fondamental à un *recours effectif* tiré de l'article 47 de la charte¹¹, et sur le principe d'*équivalence*, variant selon le droit national applicable¹².

120. Plan. – En pratique, les voies de recours et garanties procédurales exigées par la Cour de justice au titre de la directive *Clauses abusives* vont se traduire par des instruments procéduraux d'exception octroyés au juge civil, puisque celui-ci va voir son office

⁷ COMMISSION EUROPÉENNE, *Orientations relatives à l'interprétation et à l'application de la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs*, Communication de la Commission, 22 juill. 2019, C(2019)5325 final, p. 57.

⁸ V. par ex. : CJUE, 18 mars 2010, aff. jointes, C-317/08 à C-320/08, *Rosalba Alassini*, pt. 61 : « [...] le principe de protection juridictionnelle effective constitue un principe général du droit de l'Union, qui découle des traditions constitutionnelles communes aux États membres et qui a été consacré par les articles 6 et 13 de la CEDH, ce principe ayant d'ailleurs été réaffirmé à l'article 47 de la CEDH ».

⁹ COMMISSION EUROPÉENNE, *Orientations relatives à l'interprétation et à l'application de la directive 93/13/CEE...*, Communication préc., § 5.1, p. 57.

¹⁰ COMMISSION EUROPÉENNE, *Orientations relatives à l'interprétation et à l'application de la directive 93/13/CEE...*, Communication préc., § 5.4.2, p. 68.

¹¹ CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, art. 47 al. 1 : « Toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal dans le respect des conditions prévues au présent article ».

¹² COMMISSION EUROPÉENNE, *Orientations relatives à l'interprétation et à l'application de la directive 93/13/CEE...*, Communication préc., § 5.1, p. 58.

particulièrement valorisé dans le cadre de son action, permettant ainsi aux consommateurs de n'être *effectivement* pas liés à des clauses abusives (Sect. 1). Cette marge de manœuvre exceptionnelle va se retrouver renforcée par la levée progressive, de la part de la CJUE, de la majeure partie des bornes classiques de la prescription (Sect. 2).

Étant donné le caractère éminemment transversal de cet aspect de notre étude, il ne peut être raisonnable de s'en tenir strictement à la circonscription générale relative aux simples clauses d'indexation et de risque de change et plus largement au contentieux des prêts en devises. En effet, la Cour de justice ayant eu l'occasion d'opérer des avancées majeures dans le cadre d'arrêts rendus au-delà de l'objet de cette contribution, il conviendra d'intégrer ceux-ci tant leur apport apparaît pertinent à la compréhension des suites à donner à ce contentieux.

Section 1 – Un office du juge porteur de sécurité juridique

121. Plan. – Progressivement, la plume de la Cour de justice va permettre à l'office du juge de connaître une importante expansion, et ce, notamment dans le cadre du contentieux des prêts en devises. L'explication est simple : davantage que le consommateur, le juge *est* l'acteur central de la « *mise en musique* » de la protection consumériste et plus particulièrement de celle tirée de la directive 93/13¹³. En ce sens, sa faculté de relever d'office les clauses abusives va ainsi se voir muée en véritable devoir au service de l'assainissement des contrats de consommation (§1). Ce devoir va ensuite s'inscrire dans un mouvement plus large de développement de son office s'agissant de la mise en œuvre effective de la nature non contraignante d'une clause, principe dont il reviendra de préciser les modalités. De manière générale, ses interventions vont toutes s'inscrire dans une logique de protection du consommateur et de sécurité juridique, permettant de conserver ainsi une certaine prévisibilité du droit, nécessaire aux enjeux économiques du marché intérieur (§2).

§1 – L'exigence du relevé d'office des clauses abusives

122. Plan. – Pièce maîtresse du mécanisme de suppression des clauses abusives stipulées dans les contrats de consommation, le juge civil est aujourd'hui devenu dans ce domaine un élément proactif, d'abord par faculté puis par obligation, aux fins de renforcer l'efficacité de la directive 93/13 (A). Cependant, loin d'être un raisonnement parfaitement intégré par

¹³ J-D. PELLIER, « Retour sur l'office du juge en matière de crédit à la consommation », AJ contrat 2020, p.469.

les juges internes, la problématique a même eu à se poser récemment dans le cadre du contentieux des prêts en devises, nécessitant un rappel à l'ordre de la part de la Haute juridiction française (B).

A) Un relevé d'office fruit d'une longue élaboration jurisprudentielle

123. L'importance du devoir de relevé d'office. – Aujourd'hui, revenir sur le devoir de relevé d'office des notions issues du droit européen¹⁴ paraît presque superflu, en ce qu'il est devenu monnaie courante au sein de l'Union. Pourtant, il n'en a pas toujours été ainsi et force est de constater, qu'une fois encore, la CJUE a permis au droit consumériste de révéler toute sa dimension protectrice. Or, c'est justement les clauses abusives qui ont été initialement le vecteur de cette amélioration procédurale, et des plus bienvenues, tant il en va de l'effectivité de la protection accordée par la directive de 1993, comme l'indiquait déjà la Commission européenne dans son rapport rendu durant l'année 2000¹⁵.

En ce sens, au-delà des arrêts *Océano* et *Cofidis*¹⁶, qui avait marqué en leur temps l'importance conférée à la faculté de relever d'office, ce sont les décisions *Mostaza Claro*¹⁷ et *Pannon GSM*¹⁸, qui vont venir rappeler la nécessité d'instituer un véritable devoir de relever d'office les clauses abusives. En effet, selon la Cour, bien qu'il soit vrai qu'en « *l'absence de réglementation communautaire en la matière, les modalités procédurales visant à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit communautaire* » relèvent de la souveraineté des États membres, cela ne vaut que tant que les principes d'équivalence¹⁹ et d'effectivité²⁰ du droit de l'Union soient respectés²¹. Ce faisant, compte-tenu de la situation d'infériorité du consommateur à l'égard du professionnel, particulièrement s'agissant de son pouvoir de négociation et de son niveau d'information, il est fort probable que son ignorance légitime conduise à ce qu'il n'invoque pas la législation des clauses abusives et partant, ne

¹⁴ CJUE, 4 juin 2015, aff. C-497/13, *Froukje Faber*.

¹⁵ COMMISSION EUROPÉENNE, *Sur l'application de la directive 93/13/CEE du conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs*, Rapport de la commission, 27 avr. 2000, COM(2000)248 final, p. 20 et 21.

¹⁶ L'arrêt *Océano* (27 juin 2000, aff. C-240/98) était venu conférer aux juges nationaux leur faculté de relever d'office puis la décision *Cofidis* (21 nov. 2002, aff. C-473/00) était venue renforcer sa portée en estimant que la législation des clauses abusives s'opposait à une réglementation interne qui, dans le cadre d'une action intentée par un professionnel à l'encontre d'un consommateur fondée sur un contrat conclu entre eux, et à l'expiration d'un délai de forclusion, prohibait au juge de pouvoir user de sa faculté de relever d'office.

¹⁷ CJCE, 26 octobre 2006, aff. C-168/05, *Elisa María Mostaza Claro*.

¹⁸ CJUE, 4 juin 2009, aff. C-243/08, *Pannon GSM Zrt*.

¹⁹ Les règles procédurales visant à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit communautaire ne doivent pas être moins favorables que celles régissant des situations similaires de nature interne

²⁰ Les règles procédurales ne doivent pas rendre impossible en pratique ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire.

²¹ CJCE, 26 octobre 2006, aff. C-168/05, préc., *Mostaza Claro*, pt. 24.

bénéficie pas du système de protection mis en place à son égard, dont l'efficacité devient alors amoindrie. Une telle situation ne peut alors être compensée que par une intervention positive, extérieure aux seules parties au contrat²², aux fins de protéger autant l'intérêt individuel du consommateur qui ne se verra ainsi pas lié par la clause litigieuse, que « *l'intérêt public* »²³, puisque cela peut contribuer à « *avoir un effet dissuasif concourant à faire cesser l'utilisation de clauses abusives dans les contrats* »²⁴. Un marché ainsi assaini est alors un espace économique pleinement concurrentiel dans lequel les consommateurs ont confiance et peuvent bénéficier des meilleurs produits et services, au meilleur prix.

Par conséquent, ajoute l'arrêt *Pannon*, dès lors que le juge dispose des éléments de droit et de faits nécessaires, il est tenu d'examiner d'office le caractère abusif d'une clause ainsi que de la neutraliser le cas échéant²⁵, et ce, même si l'exécution de la stipulation n'aurait pas été réclamée par le professionnel²⁶. Une solution désormais acquise qu'il reste néanmoins nécessaire de rappeler²⁷, et ce même dans le cadre du récent contentieux des prêts en devises avec l'arrêt *OTP Bank*²⁸, démontrant ainsi que le contrôle de la CJUE est toujours autant d'actualité, même pour des positions depuis longtemps établies.

124. La renonciation possible du consommateur. – Une exception subsiste toutefois, et est mentionnée à l'occasion de l'arrêt *Pannon*²⁹ rappelant ainsi que « *dans l'exercice de cette obligation, le juge national n'est [...] pas tenu, en vertu de la directive, d'écarter l'application de la clause en cause si le consommateur, après avoir été avisé par ledit juge, entend ne pas en faire valoir le caractère abusif et non contraignant* »³⁰. À cet égard, il ne s'agit pas ici de s'opposer réellement au relevé d'office qui est désormais une obligation mais uniquement de s'opposer à sa sanction (*le caractère non contraignant*), qui en est la conséquence³¹. Autrement dit, dès lors que le consommateur est informé par le juge, son infériorité se dissipe et sa protection légale ne peut plus se justifier³².

²² CJCE, 26 octobre 2006, aff. C-168/05, préc., *Mostaza Claro*, pt. 26.

²³ N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, et al., *Les contrats de consommation. Règles communes*, 2e éd., 2018, § 882.

²⁴ CJCE, 26 octobre 2006, aff. C-168/05, préc., *Mostaza Claro*, pt. 27.

²⁵ CJUE, 4 juin 2009, aff. C-243/08, préc., pt. 35.

²⁶ CJUE 26 janv. 2017, aff. C-421/14, *Banco Primus*.

²⁷ CJUE, 14 juin 2012, aff. C-618/10, *Banco Español de Crédito*.

²⁸ CJUE, 20 septembre 2018, aff. C-51/17, *OTP Bank Nyrt. et a.*, pt. 91.

²⁹ CJUE, 4 juin 2009, aff. C-243/08, *Pannon*, préc.

³⁰ CJUE, 4 juin 2009, aff. C-243/08, *Pannon*, préc., pt. 33.

³¹ Pour des développements plus étendus sur la sanction d'une clause abusive v. *infra*, § 132 et s.

³² N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, et al., *Les contrats de consommation...*, *op. cit.*, § 960.

125.L'encadrement par les principes directeurs du procès. - Ce pouvoir du juge aux allures exorbitantes doit toutefois nécessairement se concilier avec les principes directeurs du procès³³. À ce titre, la Cour a eu plusieurs fois l'occasion de se prononcer³⁴ mais c'est la décision hongroise *Lintner*³⁵ dans le cadre d'un contrat de prêt hypothécaire³⁶, qui va lui permettre de délivrer une solution agglomérée et exhaustive de cet encadrement de l'office du juge.

D'une part, elle rappelle que l'appréciation d'office du caractère abusif est, en effet, contenue dans le carcan des éléments de faits et de droit dont dispose le juge et doit respecter les limites de l'objet du litige, cette dernière étant entendue « *comme étant le résultat qu'une partie poursuit par ses prétentions, lues à la lumière des conclusions et des moyens présentés à cette fin* »³⁷. Pour autant, le juge doit conserver un comportement « *proactif* » afin de permettre la révélation de l'abus contractuel³⁸. À cet égard, la Cour relève que :

« si les éléments de droit et de fait figurant dans le dossier soumis au juge national font naître des **doutes sérieux** quant au caractère abusif de certaines clauses qui n'ont pas été visées par le consommateur, mais qui **présentent un lien avec l'objet du litige**, sans pour autant qu'il soit possible de procéder à des appréciations définitives à ce sujet, [alors] il incombe au juge national de **prendre, au besoin d'office, des mesures d'instruction** afin de compléter ce dossier, en demandant aux parties, dans le respect du contradictoire, de lui fournir les éclaircissements et les documents nécessaires à cet effet »³⁹.

D'autre part, certes, au titre de l'article 4.1 prévoyant l'appréciation *in concreto*, le juge national doit tenir compte de l'environnement contractuel, cependant, indique la Cour, cela n'induit pas non plus, en tant que tel, un devoir d'examiner d'office le caractère abusif des autres clauses du contrat de manière autonome⁴⁰.

Ainsi, quoi qu'on puisse en dire, compte-tenu de l'implication grandissante du juge en consommation, le procès civil doit demeurer la chose des parties à qu'il appartient d'en délimiter elles-mêmes les contours (*principe dispositif*), tout en étant toujours mis en mesure de le faire vivre par leur argumentaire (*principe du contradictoire*)⁴¹ sans que le juge ne puisse outrepasser leur prétention (*principe ne ultra petita*).

³³ V. LEGRAND, « La portée et l'étendue de l'office du juge national en matière de clauses », AJ contrat 2020, p.292.

³⁴ V. not., CJUE 9 nov. 2010, aff. C-137/08, VB Pénzügyi Lízing Zrt., où CJUE imposait déjà au « *juge national de prendre d'office des mesures d'instruction afin d'établir si une clause [...] entre dans le champ d'application de la directive 93/13 et, dans l'affirmative, apprécier d'office le caractère éventuellement abusif d'une telle clause* ».

³⁵ CJUE, 11 mars 2020, aff. C-511/17, Györgyné Lintner.

³⁶ Contrat dans lequel étaient en effet contestées par l'emprunteur certaines clauses de modification unilatérale de ce contrat, mais pas celles relatives à l'attestation notariée, aux motifs de résiliation et aux autres frais incombant à l'emprunteur.

³⁷ CJUE, 11 mars 2020, aff. C-511/17, *Lintner*, préc., pts. 27 et 28.

³⁸ H. AUBRY, É. POILLOT, N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Droit de la consommation - janvier 2020 à décembre 2020 », D. 2021, p.594.

³⁹ CJUE, 11 mars 2020, aff. n° C-511/17, préc., pt. 37.

⁴⁰ CJUE, 11 mars 2020, aff. n° C-511/17, préc., pt. 48.

⁴¹ J. CALAIS-AULOY, H. TEMPLE., M. DEPINCE, Droit de la consommation, Dalloz, Précis, 10e éd., 2020, § 178.

126. Législation interne en deçà des attentes de la CJUE. – La France, bien que s'étant pliée tardivement aux attentes de la CJUE, connaît depuis la loi Hamon⁴² un deuxième alinéa à l'article L. 141-4 du Code de la consommation devenu R. 632-1, qui impose désormais au juge d'écarter d'office, « *après avoir recueilli les observations des parties, l'application d'une clause dont le caractère abusif ressort des éléments du débat* ». Si le droit positif interne a le mérite d'être respectueux du principe dispositif, du principe du contradictoire, ainsi que de la renonciation du consommateur⁴³, aucune disposition juridique ou décision jurisprudentielle ne semblent pour le moment aller dans le sens d'une obligation pour le juge d'ordonner des mesures d'instructions afin de compléter son analyse⁴⁴.

À noter que cette obligation générale de relever d'office est venu quelque peu perturber l'articulation française classique entre étendue de l'office du juge et le type d'intérêt protégé, puisqu'elle le fonde sur l'importance d'un « *intérêt public* » alors que le droit français opérait la distinction entre un ordre public de protection (*intérêt individuel et simple faculté du juge*) et ordre public de direction (*intérêt général et obligation du juge*)⁴⁵.

B) Le rappel à l'ordre de la Cour de cassation dans le cadre des prêts en devises

127. Le contrôle opéré par la Cour de cassation. – L'exécution du devoir de relevé d'office des clauses abusives est contrôlée depuis de nombreuses années par la Haute juridiction, et pourtant le contentieux des prêts en devises va venir illustrer certaines négligences des juges du fond. Celles-ci vont expliquer la réaction particulière de la Cour de cassation, comparé à celles qui avaient pu être observées jusque maintenant au sein de cette étude.

128. Un rappel à l'ordre nécessaire. – C'est le 29 mars 2017, via deux arrêts⁴⁶, que sont censurés pour la première fois les juges du fond dans le cadre des prêts en devises, décisions qui vont ainsi constituer le point de départ de l'appréhension de ce contentieux massif par la Haute juridiction. Étaient alors en cause les désormais bien connus prêts « *Helvet Immo* », libellés en francs suisses et remboursables en euros, face à des juges du fond semblant « *sourds* »

⁴² Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation (1), dite « *Loi Hamon* ».

⁴³ Cass. civ. 1^{ère}, 12 mai 2016, n° 14-24.698.

⁴⁴ J-D. PELLIER, « Retour sur l'office du juge en matière de crédit à la consommation », *op. cit.*

⁴⁵ G. CHANTEPIE, N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Déséquilibre significatif », Rép. Civ. 2019, § 94.

⁴⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 29 mars 2017, n°15-27231 ; Cass. civ. 1^{ère}, 29 mars 2017, n°16-13050.

à toutes les doléances des emprunteurs sur le plan civil⁴⁷. Ces derniers s'étaient alors pourvus en cassation et s'agissant plus particulièrement de la clause d'indexation, soutenaient le caractère illicite de celle-ci d'une part, et reprochait au juge d'appel de ne pas avoir soulevé d'office le caractère abusif de la clause d'autre part, et ce, alors même qu'ils soulignaient l'existence de stipulations ambiguës qui conduisaient à rembourser des montants nettement supérieurs à ceux initialement prévus et ce, sans aucune limite dans les cinq dernières années du prêt.

Si elle approuve le raisonnement classique sur le caractère licite de l'indexation⁴⁸, la Haute juridiction casse l'arrêt au visa de l'article L. 212-1 du Code de la consommation en relevant, à la lumière de l'arrêt *Pannon*, qu'il incombait aux juges du fond « *de rechercher d'office, notamment, si le risque de change ne pesait pas exclusivement sur l'emprunteur et si, en conséquence, la clause litigieuse n'avait pas pour objet ou pour effet de créer un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat, au détriment des consommateurs* ». En effet, la Cour d'appel de Paris disposait effectivement des éléments de faits et de droits nécessaires à ce contrôle du caractère abusif puisqu'il résultait du contrat litigieux, dans la première affaire, que « *toute dépréciation de l'euro par rapport au franc suisse avait pour conséquence d'augmenter le montant du capital restant dû et, ainsi, la durée d'amortissement du prêt d'un délai maximum de cinq ans* » et dans la seconde affaire, que « *les mensualités étaient susceptibles d'augmenter, sans plafond, lors des cinq dernières années* ». Concrètement, le fait pour l'emprunteur de devoir restituer plus que ce qu'il avait reçu (*hors intérêt*) aurait dû constituer un indice de déséquilibre pour les juges.

Les vertus protectrices du droit de la consommation semblaient donc alors garanties par la Cour de cassation, ou du moins, au niveau procédural...

129. Portée de la décision. – D'une part, une telle motivation aurait dû rapidement mettre un terme aux errements des juges du fond au sein de ce contentieux, mais bien au contraire, la Haute juridiction a eu à censurer plusieurs autres arrêts sur ce fondement jusqu'à aujourd'hui⁴⁹.

D'autre part, la position d'alors de la Cour de cassation a évidemment fait couler beaucoup d'encre auprès des observateurs de l'époque. Pour certains, elle était susceptible d'amorcer une jurisprudence favorable aux emprunteurs sur le terrain des clauses abusives,

⁴⁷ M. ROUSSILLE, « Affaire des prêts en francs suisses : le flop ! », Gaz. Pal. 08 mars 2016, n° 259k5, p. 66.

⁴⁸ V. *supra*. § 5.

⁴⁹ V. par ex. Cass. civ. 1re, 12 septembre 2018 n° 17-17650 ; Cass. civ. 1^{ère}, 16 mai 2018, n° 17-11.337 ; Cass. civ. 1^{ère}, 10 avril 2019, n°17-20722.

surtout qu'un début d'éclairage de la Cour de justice commençait à se faire sentir sur les prêts en devises, via sa décision *Kásler*. Ce qui s'est bien entendu révélé être une immense déception pour les partisans de cette vision, puisque la Cour de cassation n'a en réalité censuré que sur un motif disciplinaire⁵⁰ finalement porteur d'aucun indice dans le sens d'une sanction des établissements de crédits. En témoigne sa jurisprudence qui consiste majoritairement depuis lors, à approuver les cours d'appel de ne pas contrôler le caractère abusif de la clause d'indexation (*et de risque*), celle-ci portant sur l'objet principal et étant claire et compréhensible⁵¹.

130. Le risque de change supporté exclusivement par l'emprunteur. – Il convient néanmoins de revenir sur l'appréciation du déséquilibre significatif dans le cadre des prêts en devises telle qu'elle a pu être prônée par la Haute juridiction depuis ses arrêts du 29 mars 2017. En effet, le relevé d'office du juge aurait dû conduire à cette étape, mais l'éviction du contrôle des clauses d'indexation analysées comme définissant l'objet principal du contrat a entravé cet office, lui adjoignant ainsi une étape intermédiaire : celle de l'examen du caractère clair et compréhensible. Certes, les développements précédents ont effectivement fait « *la part belle* » à l'analyse de la transparence, allant même jusqu'à évoquer les possibilités où son absence serait en mesure de caractériser directement l'aspect abusif d'une clause⁵². Il n'en demeure pas moins que la règle interne classique reste de soumettre, dans tous les cas, une clause dénuée de caractère clair et compréhensible au test du déséquilibre significatif⁵³.

Dès lors, s'intéresser à l'éradication des clauses abusives par le biais du relevé d'office revient donc à étudier ce à quoi la Cour de cassation subordonne le caractère abusif dans le cadre des prêts en devises. Selon elle, dans une telle hypothèse, le déséquilibre significatif résulte du fait que le consommateur supporte unilatéralement les conséquences d'une clause à laquelle il ne peut échapper et qu'il n'a pas pu négocier⁵⁴, et plus particulièrement revient à vérifier si le risque de change pèse exclusivement sur l'emprunteur.

Cet éventuel « *caractère asymétrique* »⁵⁵ de la clause d'indexation est une question plus délicate qu'il n'y paraît. En effet, au premier abord, il pourrait être remarqué que puisque le contrat évolue à la hausse comme à la baisse, le risque qui en découle devrait théoriquement

⁵⁰ M. ROUSSILLE, « L'affaire Helvet Immo et l'épineuse question des clauses abusives dans les prêts en devises », Gaz. Pal. 13 juin 2017, n° 297f0, p. 49.

⁵¹ V. *supra*, § 105 et s.

⁵² V. *supra*, § 102.

⁵³ V. *supra*, § 90.

⁵⁴ T. BONNEAU, « Les clauses indexant le montant du prêt sur le Franc suisse sont-elles abusives et doivent-elles faire l'objet d'une mise en garde ? », JCP G 2017, 532.

⁵⁵ *Ibidem*.

être réparti de manière équivalente entre la banque et l'emprunteur⁵⁶. Cependant, après un examen plus attentif, il est possible de douter d'une telle affirmation. En effet, comme le rappelle une auteure, « *si la banque rembourse le prêt en francs suisses qu'elle a souscrit avec les montants assis sur le taux de change euro/franc suisse qu'elle reçoit de ses clients emprunteurs, elle ne court aucun risque* » mais ne fait que le transférer sur ses clients⁵⁷. À l'inverse de l'emprunteur qui a reçu la contre-valeur en euros d'un montant de francs suisses en fonction du taux applicable initialement mais qui va se voir obligé de rembourser en euros ce même montant selon l'évolution du taux de change au fil des mensualités. En réalité, plus exactement, la banque ne prendrait pas de risque sur le capital mais le subirait néanmoins, marginalement, sur les intérêts qui sont également indexés sur le franc suisse⁵⁸. Dans cette conception, si les juges étaient amenés à apprécier l'éventuel déséquilibre significatif, cela nécessiterait alors qu'ils évaluent si le risque exclusif pesant sur les emprunteurs au titre du capital est contrebalancé par le risque supporté par la banque s'agissant des intérêts, afin d'appréhender l'équilibre global des droits et obligations des parties.

Le fait qu'en France, la contestation de la transparence des prêts en devises soit restée lettre morte, devait logiquement conduire à ne pas rencontrer d'arrêt illustrant l'analyse de la Cour de cassation sur le déséquilibre significatif lui-même qui pourrait être induit par l'indexation et le risque de change... mais curieuse machine qu'est la jurisprudence, un arrêt du 22 mai 2019⁵⁹ va pourtant bien nous offrir l'occasion de se pencher sur l'opinion de la Haute juridiction. Et sa réponse risque de décevoir, pour beaucoup, les emprunteurs. En effet, elle refuse d'accueillir le moyen reprochant aux juges du fond de ne pas avoir considéré la clause de risque de change comme abusive. Selon la cour d'appel, elle ne mettait pas à la seule charge de celui-ci toute évolution du taux de change, alors que, selon les emprunteurs, elle n'était assortie d'aucune information sur les potentielles conséquences économiques auxquelles ils s'exposaient. Pour la Haute juridiction, les juges d'appel ont correctement apprécié la situation puisqu'ils ont bien relevé :

« qu'il était expressément convenu dans le contrat que le risque de change serait supporté en totalité par l'emprunteur, conformément aux dispositions de la réglementation des changes, et qu'en conséquence, le prêt ne pourrait faire l'objet d'une couverture du risque de change par achat à terme par l'emprunteur que dans la mesure où la réglementation des changes l'autoriserait, et **que l'emprunteur reconnaissait avoir été informé par le prêteur du risque particulier** lié à ce type de prêt, notamment par la **notice d'information** sur le prêt en devises qui était annexée au

⁵⁶ G. CATTALANO, « Prêts en francs suisses : peu d'espoir pour les emprunteurs », *Defrénois* 15 nov. 2018, n° 141n8, p. 27. V par ex. CA Colmar, 27 juill. 2016, n° 15/00798.

⁵⁷ M. ROUSSILLE, « La cour d'appel de Paris ne voit pas de clauses abusives dans le contrat Helvet Immo », *Gaz. Pal.* 14 nov. 2017, n° 306y0, p. 63.

⁵⁸ M. ROUSSILLE, « L'affaire Helvet Immo et l'épineuse question des clauses abusives dans les prêts en devises », *op. cit.*

⁵⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 22 mai 2019, 17-23.663.

contrat ; qu'il retient que la disposition relative au risque de change avait pour seul objet d'attirer l'attention de l'emprunteur sur le fait qu'il devrait **intégralement supporter le risque en cas d'évolution défavorable** du taux de change, mais qu'elle ne crée en elle-même aucun déséquilibre significatif entre le prêteur et l'emprunteur, **dès lors qu'elle ne met pas à la seule charge de celui-ci toute évolution du taux de change** ».

Par conséquent, la cour d'appel, qui n'avait pas à procéder à une recherche que ses constatations rendaient inopérante, a bien fait ressortir l'absence de caractère abusif de clause de risque de change. D'une part, la notice d'information qui informe de l'existence d'un risque de change, mais qui ne semble pas en préciser l'ampleur économique particulière sur les obligations financières de l'emprunteur, paraît suffisante pour la Cour de cassation. D'autre part, certes, l'emprunteur supporte exclusivement une évolution du change défavorable, mais l'hypothèse ouverte à une évolution inverse et partant, défavorable pour la banque, rééquilibre le contrat. Il est à envisager que l'appréciation rendue par la Cour de justice⁶⁰ sur le potentiel déséquilibre significatif des prêts en devises « *Helvet Immo* » conduira à un changement de paradigme, mais pour l'instant, bien peu d'espoir est laissé aux emprunteurs.

Enfin, l'on notera que la Cour ne s'est pas ici prononcée sur un prêt remboursable en euros mais bien sur un prêt remboursable en francs suisses, qui par une mégarde des emprunteurs⁶¹, n'a pas vu son caractère illicite soulevé. Et pour cause, la Cour a en effet rejeté l'argument d'un éventuel devoir de relever d'office la nullité de la clause de paiement en monnaie étrangère, ce qui illustre bien qu'une protection peut perdre de son effectivité sans une dimension procédurale adaptée. Existe-t-il meilleur argumentaire en faveur de l'importance de l'aspect procédural offert par la législation des clauses abusives ? Ainsi, les emprunteurs auraient certes pu voir se voir sauvés de leur prêt en devises par la voie monétaire mais leur négligence, ou leur croyance, a conduit à écarter définitivement cette possibilité, ce qui ne serait pas arrivé si cette nullité était tirée du droit consommériste. N'est pas champion des consommateurs qui veut, notamment lorsque l'on sait que le droit monétaire n'a pas été élaboré avec comme principaux objectifs de protéger les emprunteurs⁶². Ces derniers seraient bien avisés de s'en rappeler dans leurs demandes s'ils ne souhaitent pas subir les déboires d'un litige long et coûteux.

⁶⁰ V. *infra*, § 185 et s. Pour rappel, la CJUE a ainsi répondu le 10 juin 2021 à une série de questions préjudicielles posées dans le cadre du contentieux « *Helvet Immo* ».

⁶¹ Les emprunteurs arguaient devant la Cour de cassation, que la cour d'appel aurait dû relever d'office la nullité de la clause de paiement en monnaie étrangère devant la Cour, mais celle-ci leur a rappelé : « *Attendu, enfin, que, n'étant saisie d'aucune demande relative à la clause de paiement en monnaie étrangère, elle n'était pas tenue de relever, au besoin d'office, la nullité d'une telle clause ;* ». Dans le même sens : Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} juillet 2020, n° 19-13.200.

⁶² Pour nuancer, le droit de la consommation a en réalité été édicté avec un objectif de garantir un marché concurrentiel sain et stable, mais cela passe nécessairement par une protection accrue des consommateurs afin que ceux-ci puissent avoir confiance en ce marché et en permettre ainsi la prospérité.

131. Transition – La situation actuelle du contentieux français – qui va néanmoins probablement se voir infléchir par la CJUE – semble réduire l'intérêt pour la question de la sanction de la clause abusive. Pourtant, cette problématique est inextricablement liée au devoir de relevé d'office dont elle constitue sa portée réelle. Elle est d'ailleurs d'autant plus importante en l'espèce qu'elle repose sur une technique d'isolation des clauses « *toxiques* » qui peut se révéler difficilement mise en œuvre dans le cadre d'un contrat de prêt en devises. Surtout, elle induit de réfléchir aux suites à donner au contrat, dont la subsistance est un des principes de la directive de 1993.

§2 – La sanction civile des clauses abusives et ses conséquences

132. Plan. – La directive *Clauses abusives* exige que les clauses contractuelles ne puissent lier les consommateurs. Mécanisme opérant *ab initio* et de plein droit, il circonscrit l'action du juge qui ne saurait s'arroger un pouvoir de révision des clauses entachées et partant, modifier la volonté des parties. En France, cette condition s'est notamment traduite – de manière conforme – par la sanction du « *réputé non écrit* »⁶³, forme de constat du juge selon lequel la clause n'a jamais existé pour le consommateur (A).

Si les clauses abusives ne peuvent présenter aucun effet entre les parties, il apparaît nécessaire de s'interroger sur les conséquences de leur disparition. Une question d'autant plus primordiale que la directive pose une autre exigence : celle de la subsistance du contrat. Or, celle-ci peut parfois être remise en cause, justifiant une action du juge plus intrusive dans le contrat, pour permettre de le sauver et partant, préserver une sécurité juridique perçue comme bénéfique pour le consommateur (B).

A) Le réputé non écrit

133. Éradication des clauses abusives : l'effet dissuasif du caractère non contraignant. – Si le juge a le devoir de relever d'office la clause abusive, il en découle pour lui un devoir subséquent : celui de veiller à ce qu'elle ne lie pas le consommateur. Ce « *caractère non contraignant de la clause abusive* » est requis à titre dissuasif par la directive dans son article 6.1

⁶³ À noter que nous traiterons ici quasi exclusivement de l'action individuelle et non de l'action collective, puisque les enjeux de cette contribution portent sur les recours des consommateurs de crédit et non celui des associations protégeant les intérêts de ces derniers.

qui énonce ainsi que les « *États membres prévoient que les clauses abusives figurant dans un contrat conclu avec un consommateur par un professionnel ne lient pas les consommateurs, dans les conditions fixées par leurs droits nationaux [...]* ». En outre, cette obligation voit sa portée accrue par l'article 6.2, qui pose un principe de non-dérogation contractuelle, puisqu'il exige des États membres qu'ils « *prennent les mesures nécessaires pour que le consommateur ne soit pas privé de la protection accordée par la présente directive du fait du choix du droit d'un pays tiers comme droit applicable au contrat, lorsque le contrat présente un lien étroit avec le territoire des États membres* ».

134. Une sanction de la clause abusive innervée par les principes d'effectivité et d'équivalence. – La sanction dissuasive de la clause abusive doit s'inscrire dans un objectif plus global de lutte contre le maintien de l'utilisation de clauses contractuelles abusives impliquant qu'elle s'accompagne d'une protection procédurale, soulignée par l'article 7.1 disposant que « *les États membres veillent à ce que, dans l'intérêt des consommateurs ainsi que des concurrents professionnels, des moyens adéquats et efficaces existent afin de faire cesser l'utilisation des clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs par un professionnel.* ». Ainsi, afin de préserver la portée et de sauvegarder l'effet utile de la directive, peu importe que les systèmes appliqués divergent tant que ces derniers respectent les principes édictés par la CJUE pour assurer qu'une clause abusive ne lie pas effectivement le consommateur. Ce faisant, comme il a pu l'être constaté dans le cadre de notre étude du relevé d'office⁶⁴, côté juge, peu importe que le caractère non contraignant soit soulevé ou non par le consommateur, il doit agir de lui-même, pour effacer la portée d'une telle clause.

Côté consommateur, celui-ci doit, d'une part, avoir la possibilité d'invoquer le caractère abusif des clauses contractuelles pendant une procédure judiciaire et ce, sans pouvoir y renoncer préalablement par une stipulation ou une déclaration quelconque. D'autre part, il doit également pouvoir refuser d'honorer ses obligations découlant des clauses abusives sans besoin d'une décision judiciaire préalable⁶⁵, bien qu'en pratique la clause stipulée dans un contrat a souvent l'apparence de la légalité aux yeux du profane⁶⁶ – d'où l'importance du relevé d'office – et qu'une décision judiciaire assure une certaine sécurité juridique, en cas de divergence d'avis entre les parties⁶⁷.

⁶⁴ V. *supra*, § 123.

⁶⁵ CJUE, 4 juin 2009, aff. C-243/08, *Pannon*, préc.

⁶⁶ N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, et al., *Les contrats de consommation...*, op. cit., § 957.

⁶⁷ COMMISSION EUROPÉENNE, *Sur l'application de la directive 93/13/CEE...*, Rapport préc., p. 20.

Enfin, la décision judiciaire qui considère une clause comme abusive doit toujours lui faire courir ses effets à partir de la conclusion du contrat (*ex tunc*) et non à partir du prononcé de la décision⁶⁸, ce qui va notamment avoir une influence sur les effets restitutoires⁶⁹.

135. Le principe de la prohibition de la révision des clauses du contrat. – Au titre de l'article 6.1, les clauses abusives ne peuvent, certes, pas lier les consommateurs, cependant, les parties doivent rester tenues par le reste du contrat. Cela ne vaut toutefois que dans la mesure où ledit contrat peut subsister après la disparition de la clause litigieuse, impliquant pour le juge de laisser intact l'ensemble des stipulations, sous peine de travestir la volonté originelle des parties.

Ainsi, le pouvoir d'écarter les clauses n'induit pas celui de pouvoir en réviser le contenu. À cet égard, la CJUE a souligné à plusieurs reprises que :

« [...] conformément à l'article 6, paragraphe 1, de la directive 93/13, le juge national saisi d'une clause contractuelle abusive est uniquement tenu d'écarter l'application de celle-ci afin qu'elle ne produise pas d'effets contraignants à l'égard du consommateur, sans qu'il soit habilité à réviser le contenu de cette clause. En effet, ce contrat doit subsister, en principe, sans aucune autre modification que celle résultant de la suppression de ladite clause, dans la mesure où, conformément aux règles du droit interne, une telle persistance du contrat est juridiquement possible [...]»⁷⁰.

Ceci a d'ailleurs pu être confirmé à l'occasion du contentieux des prêts en devises dans le cadre de la décision *Kásler*⁷¹. En effet, la révision des clauses contractuelles abusives impliquerait que les clauses en question resteraient en partie contraignantes et que partant, les professionnels tireraient un certain bénéfice de leur utilisation⁷². Or, il ne saurait être ainsi porté autant atteinte à l'effectivité de l'article 6.1, et de son caractère dissuasif ainsi qu'à l'objectif général de lutte contre la stipulation de clauses abusives prévu à l'article 7.1⁷³.

Dans cette perspective, est également irrecevable la suppression partielle d'une clause contractuelle abusive, car elle équivaut généralement à une révision d'une clause contractuelle consistant à en modifier le contenu⁷⁴. Un cas résiduel existe cependant : celui où la prétendue

⁶⁸ CJUE, 21 décembre 2016, aff. jointes C-154/15, C-307/15 et C-308/15, *Naranjo*, préc.

⁶⁹ V. *infra*, § 146.

⁷⁰ V. CJUE, 14 juin 2012, aff. C-618/10, *Banco Español de Crédito, SA*, où la Cour a établi les principes fondamentaux s'agissant des conséquences à tirer de l'aspect non contraignant des clauses abusives. V. égal. : CJUE, 21 décembre 2016, aff. jointes, C-154/15, C-307/15 et C-308/15, *Naranjo*, pts. 57-61.

⁷¹ CJUE, 30 avr. 2014, aff. C-26/13, *Kásler et Káslerné Rábai*, pt 77.

⁷² COMMISSION EUROPÉENNE, *Orientations relatives à l'interprétation et à l'application de la directive 93/13/CEE...*, Communication préc., § 4.3.1, p. 49.

⁷³ CJUE, 30 avr. 2014, aff. C-26/13, *Kásler* préc., pt. 79 : « [...] En effet, cette faculté [de révision des clauses] contribuerait à éliminer l'effet dissuasif exercé sur les professionnels par la pure et simple non-application à l'égard du consommateur de telles clauses abusives, dans la mesure où ceux-ci demeureraient tentés d'utiliser lesdites clauses, en sachant que, même si celles-ci devaient être invalidées, le contrat pourrait néanmoins être complété, dans la mesure nécessaire, par le juge national de sorte à garantir ainsi l'intérêt desdits professionnels ».

⁷⁴ V. par ex. : CJUE, 26 mars 2019, aff. jointes, C-70/17 et C-179/17, *Abanca Corporación Bancaria SA*, pt. 55 : « En l'occurrence, la simple suppression du motif d'échéance rendant les clauses en cause au principal abusives reviendrait, en

clause est en réalité composée de clauses contractuelles différentes au sens de l'article 3, paragraphe 1, notamment « *lorsqu'elle contiendrait deux (ou plusieurs) stipulations qui peuvent être distinguées de telle sorte qu'il soit possible d'en supprimer une, tandis que les autres stipulations restent claires et compréhensibles et peuvent être évaluées selon leurs mérites propres* »⁷⁵. Si la Cour de justice ne s'est pas encore prononcée sur la doctrine du « *crayon bleu* »⁷⁶, la Commission européenne semble dégager deux axes de raisonnement de la jurisprudence européenne. D'une part, pour identifier le caractère séparable, doit être privilégié le contenu ou la fonction de stipulations particulières plutôt que la façon dont elles sont présentées dans un contrat donné. En ce sens, « *il n'est pas exclu qu'un paragraphe ou point d'un contrat contienne plus d'une clause contractuelle au sens de [l'article 3.1 de la directive] [...]. À l'inverse, il est possible que deux paragraphes/points ou même des dispositions de documents différents forment une seule clause contractuelle, en fonction de leur contenu* »⁷⁷. D'autre part, la suppression doit rester impossible si les deux parties d'une clause contractuelle sont liées de telle sorte que l'élimination d'un élément affecterait la substance de la clause restante du contrat⁷⁸.

En revanche, si en principe, le juge ne peut pas réviser les clauses, les parties sont pleinement libre d'en modifier ou remplacer le contenu, tant que cela ne soustrait pas le consommateur aux droits découlant du caractère non contraignant de la clause modifiée, tels que les demandes de restitution⁷⁹.

Bien entendu, ce principe de subsistance du contrat ne rencontre que peu de difficultés dans les cas où le contrat peut être exécuté sans la ou les clauses contractuelles abusives (*comme avec l'élimination de pénalités contractuelles, de clauses limitative de responsabilité ou de clauses d'élection de for ou de juridiction ou d'arbitrage*)⁸⁰, mais d'autres cas plus

définitive, à réviser le contenu de ces clauses en affectant leur substance. Partant, le maintien partiel desdites clauses ne saurait être admis, **sous peine de porter directement atteinte à l'effet dissuasif** rappelé au point précédent du présent arrêt.»

⁷⁵ COMMISSION EUROPÉENNE, *Orientations relatives à l'interprétation et à l'application de la directive 93/13/CEE...*, Communication préc., § 4.3.1, p. 50.

⁷⁶ Selon cette doctrine, une distinction est établie entre la révision inadmissible d'une clause contractuelle et la suppression permise d'une stipulation abusive contenue dans une clause contractuelle, si le reste du contenu de la clause peut s'appliquer sans autre intervention.

⁷⁷ COMMISSION EUROPÉENNE, *Orientations relatives à l'interprétation et à l'application de la directive 93/13/CEE...*, Communication préc., § 4.3.1, p. 51.

⁷⁸ COMMISSION EUROPÉENNE, *Orientations relatives à l'interprétation et à l'application de la directive 93/13/CEE...*, Communication préc., *idem*.

⁷⁹ COMMISSION EUROPÉENNE, *Orientations relatives à l'interprétation et à l'application de la directive 93/13/CEE...*, Communication préc., *idem*.

⁸⁰ COMMISSION EUROPÉENNE, *Orientations relatives à l'interprétation et à l'application de la directive 93/13/CEE...*, Communication préc 2019, préc. p. 51.

complexes peuvent néanmoins subvenir, nécessitant une intervention plus originale, comme nous le verrons dans le point (B) suivant⁸¹.

136. Transposition. – S’agissant de cette obligation de « délier » le consommateur de la clause abusive, celle-ci s’est retrouvée intégrée de façon différente entre les États membres (*les sanctions civiles variant ainsi entre l’inexistence, la nullité, l’annulabilité, l’inefficacité ou l’inapplicabilité de telles clauses abusives*), notamment en raison de la diversité des traditions légales existantes⁸².

En France, cela s’est ainsi traduit au niveau individuel par le droit de réclamer du juge qu’il répute non écrite la clause analysée comme abusive (*tout comme celle considérée mal présentée*⁸³). Ainsi l’article L. 241-1 du code de la consommation dispose en ce sens que « *les clauses abusives sont réputées non écrites. Le contrat reste applicable dans toutes ses dispositions autres que celles jugées abusives s’il peut subsister sans ces clauses. Les dispositions du présent article sont d’ordre public* ». En cela, il respecte à la fois la volonté de la directive qui est de maintenir au maximum le contrat mais également l’interprétation de la CJUE qui est d’en faire une règle d’ordre public (*de manière générale, la France n’est pas mauvaise élève sur ce point-là, puisque le droit de la consommation est dans sa majeure partie protégée par le sceau de l’impérativité*).

137. Nature du réputé non écrit – Renvoi partiel. – Sémantiquement, la réputation en droit est une fiction juridique, autrement dit un fait sans consistance matérielle qui va néanmoins être présumé par la loi, et dès lors, entraîner certaines conséquences juridiques. La clause est ainsi réputée n’avoir jamais existé, bien que concrètement cela demeure le cas, mais par l’effet de la loi celle-ci va être dissipée. Le choix du législateur peut d’ailleurs être salué tant la sanction correspond bien à la volonté originelle de la directive. D’une part, celle-ci produit effectivement d’elle-même ses effets, en se passant théoriquement de l’intervention judiciaire, bien qu’en pratique, le consommateur se verra quasi systématiquement contraint de faire appel au juge s’il souhaite ne pas être soumis aux effets de la clause par le professionnel⁸⁴, ce que n’avait pas manqué de constater la Commission elle-même⁸⁵. D’autre part, elle revêt un effet rétroactif permettant ainsi de respecter les prescriptions de la CJUE

⁸¹ V. *infra*, § 140 et s.

⁸² COMMISSION EUROPÉENNE, Sur l’application de la directive 93/13/CEE..., Rapport préc., p. 20.

⁸³ Nous ne reviendrons pas sur cette distinction, tout au plus rappelons que la Cour de cassation est parfois venue réputer non écrite, une clause dépourvue de clarté et compréhensibilité via le test du déséquilibre significatif.

⁸⁴ G. CHANTEPIE, N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Déséquilibre significatif », op. cit., § 89.

⁸⁵ V. *supra*, § 134.

rappelée dans l'arrêt *Naranjo*⁸⁶ en ce que les effets de la constatation doivent s'inscrire à la conclusion du contrat et non au moment du prononcé du jugement, permettant le « rétablissement de sa situation en droit et fait dans laquelle il se serait trouvé en l'absence de ladite clause »⁸⁷.

Cependant, preuve de l'intérêt procédural fondamental de la nature du réputé non écrit⁸⁸, de telles caractéristiques, très similaires avec celles de l'action en nullité, ont fini par interroger la Cour de cassation, dans le cadre de la prescription. Ce pourquoi, pour plus de cohérence, nous renvoyons à la section 2 traitant de cette dernière thématique⁸⁹.

138. Limites. – De manière générale, si procéduralement les moyens mis en œuvre semblent adéquats et efficaces dans la majorité des pays de l'Union dont la France, c'est davantage l'objectif de dissuasion qui pose problème. Il importe à ce titre d'assurer *a maxima* la transparence des régimes nationaux de sanctions afin que le caractère effectif, proportionné et dissuasif de celles-ci puisse être confirmé. La Commission européenne portait déjà un œil critique sur le sujet dans son rapport de l'année 2000 en relevant que la protection du consommateur et la contrainte subséquente posée sur le professionnel ne semblait pas suffisante. En effet, en réalité, le « *seul risque (d'ailleurs faible) encouru par le professionnel lorsqu'un consommateur averti conteste une clause en justice, est de voir cette clause tre dépourvue d'effet* »⁹⁰, ce qui revient simplement à replacer les parties dans leur situation antérieure sans autres modalités contraignantes pour le professionnel. Ceci ne vaut d'ailleurs que pour les consommateurs avertis, puisque le professionnel pourra parfaitement « *cueillir les fruits de l'utilisation de cette clause par rapport à [tous les autres consommateurs] qui n'auraient pas l'information ou les moyens leur permettant de réagir* »⁹¹. Or, pour ces autres consommateurs, en cas d'action en cessation, la sanction n'est pas non plus suffisamment dissuasive à l'encontre du professionnel dans la mesure où elle ne frappe pas l'utilisation antérieure de la clause abusive mais se limite à l'interdire pour le futur. Portée par ces constats, la Commission ne cesse d'ailleurs de s'interroger depuis : ne faudrait-il pas renforcer les sanctions civiles existantes ou même élaborer d'autres sanctions plus dissuasives à l'instar de sanctions pénales ?⁹² Si la dimension pénale est une solution éprouvée au sein du droit de

⁸⁶ CJUE, 21 décembre 2016, aff. jointes, C-154/15, C-307/15 et C-308/15, *Naranjo*, préc.

⁸⁷ CJUE, 21 décembre 2016, aff. jointes, C-154/15, C-307/15 et C-308/15, *Naranjo*, préc., pt. 61.

⁸⁸ G. CHANTEPIE, N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Déséquilibre significatif », *op. cit.*, § 96

⁸⁹ V. *infra*, § 154 et 155.

⁹⁰ COMMISSION EUROPÉENNE, *Sur l'application de la directive 93/13/CEE...*, Rapport préc., p. 21

⁹¹ COMMISSION EUROPÉENNE, *Sur l'application de la directive 93/13/CEE...*, Rapport préc., *idem*.

⁹² COMMISSION EUROPÉENNE, *Sur l'application de la directive 93/13/CEE...*, Rapport préc., *idem*.

la consommation qui se prêterait certainement à la législation des clauses abusives, sur le terrain civil, l'on voit moins comment renforcer une sanction visant à constater que la clause ne lie pas le consommateur, sans dénaturer complètement l'esprit de la directive. 22 ans après, le débat reste néanmoins ouvert...

139. L'hypothèse moins visible de l'action en responsabilité. – Le réputé non écrit est la première chose qui vient à l'esprit lorsque l'on évoque la sanction d'une clause abusive puisqu'il est expressément prévu à ce titre par le Code de la consommation. Pourtant, une action en responsabilité est également envisageable à l'encontre d'un professionnel, bien qu'elle soit relativement méconnue et, partant, peu usitée. Tirée du droit commun de la responsabilité dont l'article 1240 prévoit les modalités, elle nécessiterait d'apporter la preuve de l'existence d'une faute, d'un préjudice et d'un lien causal.

S'agissant de la faute, celle-ci résulterait bien évidemment de la simple insertion par le professionnel de clauses abusives dans son contrat, comme a pu le reconnaître la formation civile de la Haute juridiction dans un arrêt rendu le 1^{er} février 2005⁹³. Cependant, la preuve du préjudice risque d'être plus complexe à établir puisque la sanction des clauses abusives est indifférente au déséquilibre *effectif* du contrat (« *les clauses ont pour objet ou effet* ») et il pourrait même être considéré que le réputé non écrit permet justement de prévenir la survenance de tout préjudice⁹⁴. Pour N. Sauphanor-Brouillaud et G. Chantepie, cela va surtout dépendre du type de clause. Ainsi, un préjudice pourrait être suffisamment caractérisé, d'une part, en présence d'une clause prévoyant la « *possibilité pour le professionnel résilier de façon unilatérale et discrétionnaire un contrat consistant en la mise à jour d'un antivirus* », et d'autre part, dans l'hypothèse où le professionnel, avant le prononcé de la sanction, aurait mis en œuvre son droit de résiliation. Dès lors, ce droit aurait nécessairement conduit « *à priver l'ordinateur du consommateur d'une protection et [aurait] pu entraîner la perte de données* »⁹⁵. Dans le cadre du contentieux français des prêts en devises, cela ne devrait néanmoins pas poser autant de problème, puisque l'écart de change, le risque liée à celui-ci, ou encore le déflafonnement des mensualités ont tous manifesté clairement leurs effets et causé un préjudice financier important aux emprunteurs.

Compte-tenu de l'action de groupe actuellement pendante devant les juridictions civiles à l'encontre de la BNP Paribas pour la commercialisation de ses prêts « *Helvet Immo* », il

⁹³ V. par ex. Civ 1^{ère}, 1^{er} février 2005, n°02-20633 où en visant l'ancien article 1382 du Code civil ayant trait à la responsabilité délictuelle, la Cour de cassation avait estimé *per se* fautif, l'intégration d'une clause abusive.

⁹⁴ G. CHANTEPIE, N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Déséquilibre significatif », *op. cit.*, § 98.

⁹⁵ G. CHANTEPIE, N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Déséquilibre significatif », *idem*.

conviendra de noter qu'attirer la responsabilité du professionnel est également possible dans ce cadre. Toutefois, conformément au raisonnement précédent, cela nécessitera de prouver qu'à l'égard de chacun des consommateurs la clause a produit des effets préjudiciables. Seule l'existence d'une clause « *noire* » pouvant éventuellement venir atténuer cette exigence mais aucune clause contenue dans les prêts en devises ne relève de cette qualification.

B) Les sanctions résultant de la disparition de la clause litigieuse

140. Le principe du maintien du contrat. – L'objectif de l'article 6, paragraphe 1, consiste certes à prévenir l'introduction de clauses abusives dans les contrats de consommation, en venant « *substituer à l'équilibre formel que le contrat établit entre les droits et les obligations des cocontractants un équilibre réel de nature à rétablir l'égalité entre ces derniers* »⁹⁶, mais il n'a jamais été question qu'il devienne un vecteur d'annulation massif de contrats consuméristes⁹⁷, ce qui déstabiliserait économiquement et juridiquement le marché interne tout en affaiblissant la protection accordée au consommateur. C'est pourquoi, parallèlement à l'absence de pouvoir de révision, c'est un principe de maintien de la validité du contrat dans son ensemble qui reste le mot de la directive⁹⁸ comme la Cour de justice a pu souvent le rappeler dans le cadre du contentieux des prêts en devises⁹⁹. En effet, comme le souligne la Commission européenne, « *la nullité du contrat peut avoir des conséquences négatives pour le consommateur, par exemple l'obligation de rembourser l'intégralité du prêt en une seule traite plutôt qu'en plusieurs versements, ce qui peut aller à l'encontre de la protection prévue par la directive* »¹⁰⁰. Un constat plutôt pertinent s'agissant des consommateurs de prêts en devises qui, voyant déjà leur patrimoine financier grevé par des mensualités de plus en plus élevées, seraient inéluctablement conduit à l'insolvabilité en cas de nullité de leur prêt. À moins de considérer, comme le suggère G. Cattalano, que le prêt étant nul, il soit possible d'estimer que le consommateur « *ne sera tenu de restituer que [des] prestations réellement perçues. Or, ces prêts ayant été dès le début*

⁹⁶ V. en ce sens, CJUE, 3 septembre 2015, aff. C-110/14, *Costea*, pts. 18 et 19, ou dans le cadre spécifique des prêts en devises : CJUE, 14 mars 2019, aff. C-118/17, *Dunai*, préc., pts. 40 et 51

⁹⁷ CJUE, 15 mars 2012, aff. C-453/10, *Jana Pereničová, Vladislav Perenič*, pt. 31 : « *En effet, [...], l'objectif poursuivi par le législateur de l'Union dans le cadre de la directive 93/13 consiste à rétablir l'équilibre entre les parties, tout en maintenant, en principe, la validité de l'ensemble d'un contrat, et non pas à annuler tous les contrats contenant des clauses abusives.*

⁹⁸ À noter qu'elle tolère l'existence d'une législation nationale prévoyant qu'un contrat contenant des clauses abusives soit déclaré nul dans son ensemble, dès lors que cela assure une meilleure protection des consommateurs. V. à ce sujet : CJUE, 15 mars 2012, aff. C-453/10, *Jana Pereničová*, préc., pt. 35.

⁹⁹ CJUE, 14 mars 2019, aff. C-118/17, *Dunai*, préc., pt. 51, CJUE, 30 avr. 2014, aff. C-26/13, *Kásler* préc., pt. 82,

¹⁰⁰ COMMISSION EUROPÉENNE, *Orientations relatives à l'interprétation et à l'application de la directive 93/13/CEE...*, Communication, préc., § 4.3.2, p. 52.

*débloqués en monnaie nationale (malgré leur libellé en francs suisses), les emprunteurs ne devraient [...] qu'avoir à restituer les sommes reçues en monnaie nationale »*¹⁰¹. Ce qui constituerait un heureux dénouement pour les emprunteurs qui ne seraient plus sous l'emprise d'un taux de change toujours plus défavorable.

141. L'évaluation de la subsistance du contrat. – Cependant, une telle subsistance, va être fortement tributaire de l'importance et de l'effet de la clause écartée dans le cadre du contrat dans lequel elle s'insère, notamment lorsqu'elle va définir l'objet principal du contrat en cause. C'est pourquoi, lorsqu'il écarte l'effet d'une clause analysée comme abusive, le juge, dans son analyse *in concreto*, va également devoir s'interroger si la subsistance du contrat est possible sans la présence de cette clause. Cela va alors nécessiter une « *évaluation juridique au regard du droit national applicable* » comme le rappelle régulièrement la CJUE qui estime que ce maintien doit avoir lieu « *dans la mesure où, conformément aux règles du droit interne, une telle persistance du contrat est juridiquement possible* »¹⁰². Enfin, une telle évaluation, doit nécessairement être menée objectivement, en ce sens qu'il serait irrecevable de se fonder sur les intérêts d'une seule partie, pour orienter son jugement¹⁰³.

Dans le cadre des prêts en devises, l'enjeu d'un tel maintien rencontre de sévères difficultés en ce que, comme le fait pertinemment M. Roussille, le prêt en devises « *repose sur une mécanique globale construite sur un dispositif de 'comptes internes' et que c'est toute l'économie du contrat qui est affectée* », ce qui pourrait *a priori* révéler la limite de la technique des clauses abusives dans cet objectif de subsistance contractuelle¹⁰⁴.

Une analyse que semble partager la Cour de justice puisqu'à ses yeux, ce qu'il appartient néanmoins aux juridictions nationales de vérifier, il apparaît ainsi difficilement concevable que la suppression d'une clause puisse laisser subsister le contrat en cause, lorsque celle-ci détermine le risque de change¹⁰⁵, désigne la monnaie de paiement¹⁰⁶ ou encore, détermine le taux de change pour le calcul des échéances de remboursement d'un prêt libellé en devises étrangères¹⁰⁷, soit plus largement lorsque sa disparition risque de modifier la nature de l'objet

¹⁰¹ G. CATTALANO, « Clauses abusives et prêt en francs suisses : retour sur la transparence des clauses », RDC 2019, n° 115y5, p. 109.

¹⁰² V. par ex : CJUE, 14 juin 2012, aff. C-618/10, *Banco Español de Crédito*, préc., pt. 65 (crédit à la consommation).

¹⁰³ V. not., CJUE, 3 octobre 2019, aff. C-260/18, *Kamil Dziubak et Justyna Dziubak*, pt. 41.

¹⁰⁴ M. ROUSSILLE, « L'affaire Helvet Immo et l'épineuse question des clauses abusives dans les prêts en devises », Gaz. Pal. 13 juin 2017, n° 297f0, p. 49

¹⁰⁵ CJUE, 14 mars 2019, aff. C-118/17, *Dunai*, préc., pt. 52.

¹⁰⁶ CJUE, 20 sept. 2017, aff. C-186/16, *Ruxandra Paula Andriciu e.a.*

¹⁰⁷ CJUE, 30 avr. 2014, aff. C-26/13, *Kásler*, préc.

principal dudit contrat¹⁰⁸, ce qui reviendrait à exécuter un autre type de contrat que celui conclu par les parties.

142. Le recours exceptionnel aux dispositions supplétives nationales. – Face à ces considérations contradictoires que sont le caractère *sine qua none* de la suppression de la clause abusive présente dans le contrat confronté à la nécessité de laisser subsister celui-ci, la Cour a estimé qu'une entorse pouvait être envisagée dès lors que les conséquences d'une nullité étaient « *particulièrement préjudiciables* » pour le consommateur. En effet, bien que l'analyse de la subsistance se doit d'être objective, une atteinte trop grande à la situation du consommateur ne peut néanmoins être tolérée et se doit d'être prise en compte, celle-ci pouvant compromettre directement – comme le rappelle la CJUE dans sa décision *Kásler*¹⁰⁹ – l'effet dissuasif recherché résultant de l'annulation de la clause abusive¹¹⁰, et dès lors l'objectif même de protection du consommateur tirée de la directive 93/13. À l'occasion d'autres arrêts rendus dans le cadre du contentieux des prêts en devises, elle précise ainsi que de telles conséquences doivent être contraires aux intérêts du consommateur, de sorte que ce dernier soit vu comme « *pénalisé* »¹¹¹ par celles-ci.

Son récent arrêt *Dziubak*¹¹², est d'ailleurs l'occasion de revenir sur ce qu'entend la CJUE s'agissant des circonstances à prendre en compte pour cette appréciation. Relevant que celle-ci diffère fondamentalement de celle du caractère abusif¹¹³, elle considère que « *ces conséquences doivent nécessairement être appréciées par rapport aux circonstances existantes ou prévisibles au moment du litige* »¹¹⁴. Par ailleurs, elle estime que la protection consumériste n'est assurée qu'à la condition de prendre en compte les « *intérêts réels et donc actuels* » du consommateur, « *et non pas les intérêts qui étaient les siens dans les circonstances existantes au moment de la conclusion du contrat en cause* ». Ainsi, [...] « *les conséquences contre lesquelles ces intérêts doivent être protégés sont celles qui se produiraient réellement, dans les circonstances existantes ou prévisibles au moment du litige, au cas où le juge national procéderait à l'invalidation de ce contrat, et non pas celles qui*

¹⁰⁸ CJUE, 3 octobre 2019, aff. C-260/18, *Dziubak*, préc.

¹⁰⁹ CJUE, 30 avr. 2014, aff. C-26/13, *Kásler*, préc.

¹¹⁰ CJUE, 30 avr. 2014, aff. C-26/13, *Kásler*, préc., pt. 83.

¹¹¹ V. not., CJUE, 14 mars 2019, aff. C-118/17, *Dunai*, préc., pt. 48 ; CJUE, 20 sept. 2018, aff. C-51/17, *OTP Bank Nyrt et a.*, pt. 61.

¹¹² CJUE, 3 octobre 2019, aff. C-260/18, *Dziubak*, préc.

¹¹³ Pour rappel, les circonstances dont le juge national doit tenir compte dans l'appréciation du caractère abusif sont, aux termes de la directive, celles entourant la conclusion du contrat ainsi que, selon l'analyse délivrée par la CJUE, celles dont le professionnel « *aurait raisonnablement pu avoir connaissance et qui pourraient affecter l'exécution future du contrat* » v. *supra*, § 86 et s.

¹¹⁴ CJUE, 3 octobre 2019, aff. C-260/18, *Dziubak*, préc., pt. 50.

résulteraient, à la date de conclusion dudit contrat, de l'invalidation de celui »¹¹⁵. En outre, puisque le consommateur dispose d'une possibilité de renonciation à la protection offerte par la directive¹¹⁶, celui-ci « doit a fortiori avoir le droit de s'opposer à être, en application de ce même système, protégé contre les conséquences préjudiciables provoquées par l'invalidation du contrat dans son ensemble lorsqu'il ne souhaite pas invoquer cette protection »¹¹⁷.

Lorsque ces conditions sont réunies, la CJUE estime que la substitution à une disposition supplétive du droit national peut apparaître pertinente voire « *pleinement justifiée au regard de la finalité de la directive* »¹¹⁸, exception faite si ce maintien du contrat apparaît encore plus préjudiciable pour l'emprunteur que les conséquences de sa nullité. Cette règle « *supplétive* », notion qui a retrouvé ses lettres de noblesse dans le cadre de l'arrêt *Aziz*¹¹⁹, s'agissant de l'appréciation du déséquilibre significatif, a d'ailleurs été récemment précisée par la Cour de justice. Celle-ci pendant longtemps, à l'image de la directive, ne définissait pas l'expression « *disposition supplétive du droit national* », et se contentait souvent de refléter la lettre du 13^{ème} considérant¹²⁰ qui faisait référence dans un autre contexte à un corps de « *règles applicables par défaut, c'est-à-dire en l'absence d'un arrangement différent par les parties à cet égard* »¹²¹. Néanmoins, elle a depuis précisé son analyse dans le cadre de l'arrêt *Dziubak*, en relevant que ces « *dispositions sont supposées refléter l'équilibre que le législateur national a voulu établir entre l'ensemble des droits et des obligations des parties à certains contrats pour les cas où les parties [...] ne se sont pas écartées d'une règle standard prévue par le législateur national pour les contrats concernés, [ou] ont expressément choisi l'applicabilité d'une règle instaurée par le législateur national à cette fin* »¹²², ce qui rejoint assez précisément l'analyse qui avait pu être développée précédemment par la doctrine dans le cadre de notre étude¹²³.

¹¹⁵ CJUE, 3 octobre 2019, aff. C-260/18, *Dziubak*, préc., pt. 51.

¹¹⁶ V. *supra*, § 124.

¹¹⁷ CJUE, 3 octobre 2019, aff. C-260/18, *Dziubak*, préc., pts. 54 et 55.

¹¹⁸ V. not., CJUE, 30 avr. 2014, aff. C-26/13, *Kásler*, préc., pt. 81.

¹¹⁹ CJUE, 1^{ère} chbre, 14 mars 2013, aff. C-415/11, *Mohamed Aziz c. Catalunya Caixa*.

¹²⁰ Dir. 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, 13^{ème} considérant (à propos de l'exclusion du champ d'application de la directive des clauses reflétant le droit national) : « [...] que, à cet égard, l'expression 'dispositions législatives ou réglementaires impératives' figurant à l'article 1er paragraphe 2 couvre également les règles qui, selon la loi, s'appliquent entre les parties contractantes lorsqu'aucun autre arrangement n'a été convenu ».

¹²¹ V. par ex : CJUE, 21 mars 2013, aff. C-92/11, *RWE Vertrieb AG*, pt. 26 : « En effet, ainsi qu'il ressort du treizième considérant de la directive 93/13, l'exclusion prévue à l'article 1er, paragraphe 2, de la directive 93/13 s'étend aux clauses reflétant les dispositions du droit national s'appliquant entre les parties contractantes indépendamment de leur choix ou celles desdites dispositions qui sont applicables par défaut, c'est-à-dire en l'absence d'un arrangement différent par les parties à cet égard. ».

¹²² CJUE, 3 octobre 2019, aff. C-260/18, *Dziubak*, préc., pt. 60.

¹²³ V. *supra*, § 80.

À cette occasion, s'agissant de la nullité potentielle de la clause d'indexation du prêt libellé en devises étrangères, la Cour a d'ailleurs retenu un encadrement strict du pouvoir de substitution qui ne peut englober des dispositions générales du droit des contrats. Celui-ci, constituant une exception au principe général de maintien du contrat en sa forme d'origine¹²⁴, doit ainsi rester « *limité aux dispositions de droit interne à caractère supplétif ou applicables en cas d'accord des parties [au] motif [notamment] que de telles dispositions sont censées ne pas contenir de clauses abusives* »¹²⁵. Or, « *des dispositions nationales à caractère général prévoyant que les effets exprimés dans un acte juridique sont complétés, notamment, par les effets découlant du principe d'équité ou des usages* »¹²⁶, ne semblent pas « *avoir fait l'objet d'une évaluation spécifique du législateur en vue d'établir cet équilibre* »¹²⁷.

Bien entendu, ce dispositif ne vaut que pour autant que la législation interne présente des dispositions à même de suppléer la disparition de la clause litigieuse abusive, ce qui n'est pas toujours le cas. Dans cette dernière hypothèse, la Cour reconnaît alors au juge national la faculté d'inviter les parties à renégocier la clause¹²⁸, pourvu « *qu'il fixe le cadre de ces négociations et que celles-ci visent à établir entre les droits et les obligations des cocontractants un équilibre réel tenant notamment compte de l'objectif de [...] protection du consommateur* »¹²⁹.

Ainsi, le mot d'ordre reste de ne pas accorder de marge de création au juge¹³⁰. En aucun cas, la faculté de substitution à une disposition supplétive nationale ne doit s'interpréter comme un retour à un pouvoir de révision, sous peine – pour reprendre les mots de l'Avocat général dans l'arrêt *Dziubak* – « *d'altérer l'équilibre des intérêts voulu par les parties, ce qui réduirait l'autonomie de la volonté de manière excessive* »¹³¹.

143. L'existence de dispositions légales impératives. – À l'instar de la France, d'autres États membres ont vu leur législateur inscrire légalement leur défiance dans les prêts en devises, allant parfois jusqu'à en prohiber complètement le principe tout en apportant une solution assez favorable aux intérêts des banques. C'est ainsi que dans son arrêt *Dunai*¹³², la

¹²⁴ CJUE, 3 octobre 2019, aff. C-260/18, *Dziubak*, préc., pt. 59.

¹²⁵ CJUE, 3 octobre 2019, aff. C-260/18, *Dziubak*, *idem*.

¹²⁶ CJUE, 3 octobre 2019, aff. C-260/18, *Dziubak*, préc. pt. 57.

¹²⁷ CJUE, 3 octobre 2019, aff. C-260/18, *Dziubak*, préc. pt. 61.

¹²⁸ Rappelons que, si le juge n'a pas de pouvoir de révision, les parties peuvent, en tout état de la cause, renégocier les termes de leur contrat, v. *supra*, § 135.

¹²⁹ CJUE, 25 novembre 2020, aff. C-269/19, *Banca B. SA*, pt. 41 - 44.

¹³⁰ H. AUBRY, É. POILLOT, N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Droit de la consommation - janvier 2019 à décembre 2019 », D. 2020, p.624.

¹³¹ CJUE, 3 octobre 2019, C-260/18, *Dziubak*, concl. Av. gén., Pitruzzella, pts. 77-79.

¹³² CJUE, 14 mars 2019, aff. C-118/17, *Dunai*, préc., pt. 48.

Cour de justice a eu à se prononcer sur la conformité de la législation hongroise qui qualifiait, sans autre examen, la clause d'indexation d'abusives mais prévoyait également, de manière impérative, sa substitution avec le taux de change officiel fixé par la Banque nationale de Hongrie. Si elle reflète une volonté de concilier la protection consumériste avec une logique d'efficacité économique, via le sauvetage de « *l'utilité économique des prêts* »¹³³, cette législation ne peut s'émanciper de certains principes directeurs, rappelle la CJUE. D'une part, s'agissant des conséquences générales de la qualification, celles-ci doivent être similaires au cas classiquement rencontré et ainsi emporter des effets pour l'avenir (*disparition de la clause et substitution potentielle d'un taux*) mais aussi pour le passé avec un « *droit à restitution des avantages induit acquis à son détriment par le professionnel sur le fondement de ladite clause* »¹³⁴. D'autre part, s'agissant précisément de la substitution, en droite ligne avec le raisonnement tenu dans le cadre des dispositions supplétives, la Cour relève que celle-ci demeure subordonnée au fait que le maintien du contrat dans les termes légaux ne soit pas plus préjudiciable que les conséquences induites par sa nullité¹³⁵.

144. Mise en œuvre de la substitution par la Cour de cassation. – Nul besoin d'en débattre encore davantage, force est de reconnaître que peu d'arrêts sont venus admettre le caractère abusif des clauses contenues dans les prêts en devises, aussi la mise en œuvre de la vision européenne par la Cour de cassation n'est pas particulièrement instructive. Pour autant, si la contestation des clauses d'indexation et de risque de change n'a pas connu franc succès, l'arrêt du 13 mars 2019¹³⁶ offre un exemple *a priori* favorable aux consommateurs de prêts en devises s'agissant du taux d'intérêt conventionnel. En effet, la Haute juridiction y approuve d'une part, la Cour d'appel de Metz¹³⁷ d'avoir considéré que la clause stipulant l'intérêt conventionnel était opaque et créait au détriment des emprunteurs un déséquilibre significatif et, d'autre part, d'avoir substitué un taux de d'intérêt légal à cet intérêt contractuellement prévu. Pourtant, s'agissant de la substitution, les emprunteurs reprochaient à la cour d'appel cette opération sur deux niveaux : le premier consistait à affirmer qu'une clause nulle ne devrait permettre d'entraîner aucun effet, quant au second, il revenait à rappeler le raisonnement de la Cour de justice selon lequel la substitution par une disposition supplétive n'est permise que si l'annulation du contrat entraînerait pour le consommateur des

¹³³ N. MAUMONT, « Retour sur les clauses abusives des prêts libellés en devise étrangère », JADE, 16 juillet 2019, n° 18.

¹³⁴ CJUE, 14 mars 2019, aff. C-118/17, *Dunai*, préc., pt 44.

¹³⁵ CJUE, 14 mars 2019, aff. C-118/17, *Dunai*, préc., pt 55.

¹³⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 13 mars 2019, n° 17-23169, publié au Bulletin.

¹³⁷ Pour une lecture approfondie de sa motivation v. CA Metz, 1^{ère} ch. civ., 27 avril 2017 : RG n° 15/00410 et RG n° 15/0041.

« conséquences telles qu'il serait dissuadé d'agir ». Ce que refuse d'accueillir la Cour de cassation qui estime :

« qu'ayant relevé que la stipulation d'un intérêt caractérisait le contrat de prêt consenti le 13 août 2008, la cour d'appel a fait ressortir l'impossibilité de prévoir sa gratuité sous peine d'entraîner son annulation et d'imposer la restitution immédiate du capital emprunté, ce dont elle a exactement déduit qu'il y avait lieu de substituer le taux de l'intérêt légal à celui de l'intérêt conventionnel, en tant que disposition de droit national à caractère supplétif ».

Ainsi, le prêt n'ayant pas été consenti à titre gratuit, le caractère non écrit de la clause devait s'ensuivre du remplacement du taux initial, sous peine de voir le prêt modifié en son caractère essentiel, entraînant alors son annulation et la restitution immédiate du capital dans son entier. Au premier abord, la solution semble conforme à la vision de la Cour de justice puisqu'elle vise ici à sauver le contrat d'une annulation (*qui pourrait en principe entraîner des conséquences particulièrement préjudiciables pour l'emprunteur*) via une substitution aux dispositions légales françaises. Pourtant, à bien y regarder, cette décision enjoint plusieurs remarques. D'une part, pour opérer une telle substitution, le juge national doit effectivement caractériser que les conséquences induites par l'annulation du contrat entraînent pour le consommateur des conséquences particulièrement préjudiciables. Toutefois, comme il a pu l'être souligné plus avant¹³⁸, la nullité du prêt pourrait potentiellement ne contraindre l'emprunteur qu'à restituer les sommes effectivement perçues en euros et non en francs suisses et ce, exemptes de tous les intérêts. Or, outre la disparition de l'indexation déguisée sur le franc suisse et les intérêts, le juge pourrait « consentir des délais de grâce et l'emprunteur solliciter un nouveau crédit à un taux faible pour rembourser l'emprunt qui s'est révélé ruineux »¹³⁹. D'autant plus, qu'en l'espèce, la substitution entraînait pour les consommateurs l'application d'un taux légal supérieur au taux conventionnel¹⁴⁰, ce qui relativise particulièrement l'effet de la sanction et justifiait leur refus. D'autre part, la circonstance de l'absence de prise en compte de ce refus sous-entend l'existence d'une primauté décisionnelle du juge sur la préférence du consommateur. Or, l'arrêt européen *Dziubak* semble au contraire consacrer la prédominance de la préférence du consommateur sur les conséquences induites par la nullité d'une clause (*ici la substitution*), préférence établie au regard de son pouvoir déjà existant de renoncement à la nullité elle-même de la clause¹⁴¹. Bien entendu l'arrêt du 13 mars 2019 précédait celui rendu par la Cour de justice. Aussi, reste à voir si la Cour de cassation infléchira son analyse dans ses prochains arrêts.

¹³⁸ V. *supra*, § 140.

¹³⁹ G. CATTALANO, « Clause abusive : la Cour de cassation ouvre-t-elle la porte de l'éternité ? », RDC 2019, n° 116f3, p. 73.

¹⁴⁰ En effet, l'intérêt des prêts en francs suisses pour les emprunteurs était qu'ils étaient majoritairement consentis à des taux d'intérêt faibles, le prêteur se rémunérant davantage sur l'indexation, qui en l'occurrence pourrait avoir disparue.

¹⁴¹ V. *supra*, § 124.

145. Limites d'une telle substitution. – Le mécanisme de la substitution aux dispositions supplétives s'inscrit dans la même logique – même s'il s'en détache sur certains points – que celle menée dans le cadre de l'appréciation du caractère abusif où, pour apprécier l'existence d'un déséquilibre significatif, l'on compare la clause litigieuse aux dispositions qui aurait été applicables en l'absence d'accord des parties ou par choix exprès de celles-ci pour apprécier l'existence d'un déséquilibre significatif. Autrement dit, la substitution va s'opérer au regard des mêmes dispositions qui ont servies à caractériser l'aspect abusif de la clause.

Est-il pour autant le dispositif le plus satisfaisant et dissuasif ? De cela, il est davantage permis d'en douter, à l'image de l'arrêt français du 13 mars 2019 et des emprunteurs soumis à un taux légal encore plus contraignant que le taux conventionnel. Si pléthore de sanctions alternatives avaient pu être envisagées par la doctrine, à l'instar d'une substitution opérée en se référant aux usages ou prix du marché¹⁴² ou même d'une véritable déchéance du droit aux intérêts¹⁴³, les possibilités sont aujourd'hui nettement plus réduites au regard des jurisprudences combinées de la Cour de justice (*s'agissant de la prohibition d'une référence aux usages*) et de la Cour de cassation (*s'agissant de l'hypothèse écartée de priver la clause d'effet sans autre opération*). Pourtant, la faculté laissée au consommateur par la Cour de justice, de choisir les conséquences qu'il souhaite voir induites de la suppression de la clause abusive semble avoir pris une certaine importance. Or, si celui-ci se met à refuser systématiquement un dispositif qu'il juge inadapté à sa situation, il s'agirait pour la CJUE, dans un souci d'optimisation de la protection, de s'interroger sur d'autres sanctions éventuellement réalisables. Plus encore, l'aspect dissuasif de la sanction n'est-il pas entravé lorsqu'il permet au professionnel, par le truchement de la substitution, de bénéficier d'une rémunération alors que considérer le prêt comme devenu simplement gratuit aurait pu être davantage contraignant ?¹⁴⁴.

146. Restitution d'avantages obtenus sur le fondement de clauses contractuelles abusives – Renvoi partiel. – Parallèlement à ces questions relatives au maintien ou non du contrat par le juge, une dernière problématique demeure : celle des restitutions dues au consommateur qui aurait effectué certains paiements sur le fondement des clauses contractuelles évincées.

¹⁴² Selon C. LACHÈZE, cité dans N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, et al., *Les contrats de consommation. Règles communes*, 2e éd., 2018, § 929.

¹⁴³ H. CLARET, « Chronique de contrats spéciaux (2ème partie) », LPA 12 juin 2018, n° 137c5, p.4.

¹⁴⁴ S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, « Clauses abusives : étendue du contrôle, étendue de la sanction », JCP E 2014, n° 1482.

C'est dans le cadre de l'arrêt *Naranjo*¹⁴⁵ relatif à un prêt hypothécaire classique, que la Cour va d'ailleurs rappeler nettement ce principe puisqu'elle estime qu'il « découle [...] [de] l'obligation pour le juge national d'écartier une clause contractuelle abusive imposant le paiement de sommes qui se révèlent indues [...], en principe, un effet restitutoire [...] de ces mêmes sommes »¹⁴⁶. Ainsi, l'absence d'un tel effet serait contraire aux objectifs de la directive et plus particulièrement à celui de « l'effet dissuasif [...] [que celle-ci] entend attacher au constat du caractère abusif des clauses contenues dans les contrats conclus avec les consommateurs par un professionnel »¹⁴⁷. Outre l'aspect « matériel », cette solution se justifie procéduralement puisque, comme il a pu l'être observé¹⁴⁸, la constatation du caractère non contraignant doit avoir lieu *ex tunc*, soit à compter de la conclusion du contrat ou de l'insertion de la clause dans celui-ci et non à la date du prononcé de la décision¹⁴⁹. Ce faisant, il s'induit un aspect rétroactif qui justifie un tel effet restitutif des paiements opérés sur le fondement d'une clause abusive. Par conséquent, certes, il appartient aux États membres de fixer les conditions dans lesquelles les clauses abusives ne lient pas les consommateurs, et partant, les conséquences du constat du caractère non contraignant. Cependant, un tel encadrement ne peut modifier la substance de la protection accordée par la directive dont l'une des finalités se traduit par le rétablissement de la « situation en droit et en fait qui aurait été celle du consommateur en l'absence de cette clause abusive »¹⁵⁰. À noter néanmoins, qu'un tel effet peut être refusé partiellement, si une substitution de la clause abusive par une clause légale met néanmoins à la charge du consommateur certains des frais qu'il avait payé initialement sur le fondement de la clause écartée¹⁵¹, ce qui pourrait avoir une incidence dans le cadre des prêts en devises s'agissant de certains frais, mais pas au titre de la clause d'indexation et de risque de change.

Ce principe de restitution est en parfaite cohérence avec l'esprit de la législation française qui le reconnaît depuis fort longtemps au sein de son droit commun, par le biais de l'« action en répétition de l'indu ». Ainsi, il ressort des articles 1302 et suivant du Code civil que « tout paiement suppose une dette ; ce qui a été reçu sans être dû est sujet à restitution », et que, ce faisant, « celui qui reçoit par erreur ou sciemment ce qui ne lui est pas dû » ne puisse le conserver, devant ainsi restituer dans les mains de celui qui a indûment payé initialement. Ce

¹⁴⁵ CJUE, 21 décembre 2016, aff. jointes, C-154/15, C-307/15 et C-308/15, *Naranjo*, préc.

¹⁴⁶ CJUE, 21 décembre 2016, aff. jointes, C-154/15, C-307/15 et C-308/15, *Naranjo*, préc., §61.

¹⁴⁷ CJUE, 21 décembre 2016, aff. jointes, C-154/15, C-307/15 et C-308/15, *Naranjo*, préc., §62.

¹⁴⁸ V. *supra*, § 134.

¹⁴⁹ CJUE, 21 décembre 2016, aff. jointes, C-154/15, C-307/15 et C-308/15, *Naranjo*, préc., §62.

¹⁵⁰ CJUE, 21 décembre 2016, aff. jointes, C-154/15, C-307/15 et C-308/15, *Naranjo*, préc., § 64 à 66.

¹⁵¹ CJUE, 16 juillet 2020, aff. jointes, C-224/19 et C-259/19, *Caixabank SA et Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA*, pt 54.

qui renvoie très exactement à la situation particulière où le consommateur ayant versé des sommes sur le fondement de clauses qui n'avaient pas lieu d'être et qui sont éliminées rétroactivement du contrat, a bien payé une dette dont il se croyait, faussement, débiteur et a donc droit à répétition desdites sommes.

À l'instar de la question de la nature du réputé non écrit, cette problématique va être confrontée à des enjeux très importants s'agissant des effets de la prescription, de sorte qu'il soit plus utile d'en traiter les subtilités dans le cadre de la section suivante.

147. Conclusion Section 1. – Dans le but d'assurer une portée effective à la protection accordée aux consommateurs, la CJUE, a fait de l'office du juge un élément central du dispositif tirée de la directive 93/13, tout en plaçant le consommateur dans une position privilégiée. Tout d'abord, en imposant au juge de relever d'office le caractère abusif d'une clause, elle a accrue l'effectivité de leur éradication au sein des contrats consuméristes tout en maintenant son action dans le carcan des principes directeurs du procès. Ensuite, s'agissant de la sanction du caractère non contraignant, si elle maintient un principe de non révision des clauses, elle lui octroie, sous certaines conditions, un pouvoir de substitution à une disposition supplétive nationale, aux fins de préserver le contrat en cause. Enfin, à côté d'un juge proactif, elle laisse néanmoins le consommateur disposer de lui-même puisque celui-ci peut tout autant refuser de se prévaloir d'une clause abusive que de se soumettre à une substitution, s'il juge la nullité de son contrat plus favorable.

Pour autant, le caractère dissuasif de la directive peine à se faire sentir, et la sanction du caractère non contraignant – bien qu'efficace avec son effet restitutoire – semble parfois insuffisante à réfréner les actions malveillantes des professionnels.

Surtout, le contentieux français des prêts en devises, s'il révèle une certaine conformité du système légal – via la réputé non écrit – et de sa jurisprudence – via le relevé d'office –, ne semble toujours pas permettre aux consommateurs un droit de refus d'une éventuelle substitution. Un constat qui pourrait pourtant poser de sérieux problèmes dans le cadre des prêts en devise, l'éradication de leurs clauses, imbriquées entre elles, risquant fort d'induire la nullité des contrats litigieux. Partant, cela tendrait à conduire le juge de tenter de sauver le reste des stipulations par une telle substitution, ce qui pourrait bien être défavorable aux emprunteurs.

Section 2 – Une mise à l'écart de la prescription *a priori* favorable aux consommateurs

148. Plan. – Mal nécessaire ou obstacle intolérable, si la prescription a toujours connu partisans et détracteurs, force est de constater que pendant longtemps, la tendance n'était pas à l'imprescriptibilité d'actions portées devant les juridictions civiles. Ni la Haute juridiction ni le législateur – qui a unifié les régimes à la baisse – n'étaient ainsi enclins à déstabiliser la sécurité juridique. Néanmoins cette tendance générale perd aujourd'hui du terrain, autant du point de vue européen que français, avec un juge se tournant de plus en plus vers cette impensable levée de la prescription, notamment via le truchement des libertés fondamentales. Ce n'est cependant pas le motif invoqué par la Cour de cassation, dans le cadre des clauses abusives, qui va davantage se fonder sur la nature de l'action en réputé non écrit, pour rendre perpétuelle cette voie de recours au bénéfice du consommateur, suscitant, par la même occasion, des débats doctrinaux houleux (§1). Toutefois, les conséquences sont-elles si terribles qu'annoncées, alors même qu'il en allait de la conformité avec l'interprétation de la CJUE ? En réalité, le véritable enjeu semble plutôt se déporter non pas sur l'action visant à constater le caractère abusif d'une clause mais sur l'action visant à se voir restituer les paiements indus opérés sur le fondement de cette clause. La prescription semble alors pouvoir s'offrir un nouvel espace, bien qu'il soit soumis à certaines exigences européennes très précises (§2).

§1 – L'imprescriptibilité discutée de l'action en réputé non écrit

149. Prescription : notion et enjeux généraux. – À titre liminaire, il convient de revenir brièvement sur la vaste notion de « *prescription* ». En effet, selon le doyen Cornu, la prescription peut désigner soit un mode d'extinction soit un mode d'acquisition, par l'écoulement d'un certain laps de temps et sous les conditions déterminées par la loi¹⁵². Dès lors, en ce qu'elle peut se manifester de différentes manières, il convient d'en circonscrire le domaine, aux fins d'en comprendre pertinemment les subtilités à l'aune du contentieux des prêts en devises. Pour commencer, il sera uniquement ici question de la prescription extinctive. Ensuite, cette prescription portera davantage sur l'extinction de l'action en justice

¹⁵² G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 10^e éd., 2014, p. 792.

plutôt que celle d'un droit, bien qu'il existe un débat doctrinal d'importance sur ce point¹⁵³. Enfin, seule la prescription civile offrira de l'intérêt, compte-tenu du versant judiciaire présentement étudié. À tous ces égards, l'usage qui sera ici fait du terme « *prescription* » renverra donc uniquement à l'extinction de l'action en justice des consommateurs, introduite sur le terrain civil.

S'agissant désormais des enjeux, la prescription répond évidemment avant tout à une exigence de sécurité juridique¹⁵⁴ et va constituer un véritable obstacle à l'introduction d'une procédure ou à l'examen de certaines questions de droit matériel, quel que soit l'initiateur de ces demandes (*parties ou juge*). Partant, elle est autant une sanction de la négligence de faire valoir un droit¹⁵⁵, qu'un droit à l'oubli essentiel aux parties, dont il ne devrait pas être exigé qu'elles aient à conserver des preuves pendant un temps indéfini¹⁵⁶, compte-tenu du coût non négligeable. Ainsi, comme le rappelait un auteur, mieux vaut parfois « *ne pas faire justice que faire justice trop tard* »¹⁵⁷, et en cela, elle apparaît comme le ciment d'une paix sociale garantie aux justiciables, en permettant stabilité et prévisibilité juridique nécessaire à toute institution d'un État de droit¹⁵⁸.

150. Une législation française plutôt défavorable à l'imprescriptibilité. – En France, cette sécurité juridique s'est pendant longtemps traduite par un large éventail de délais de prescription qui étaient parfois très étendus, ce qui paradoxalement n'était plus à même d'assurer cette protection des situations acquises. Or, un tel agencement, s'il pouvait se justifier à une certaine époque, ne prenait plus compte des évolutions actuelles qu'avaient pu connaître la société. D'une part, outre l'aspect du coût et de la difficulté d'une administration de la preuve, c'est le progrès technique qui était en cause. En effet, celui-ci a permis une évolution des moyens d'informations facilitant l'accès aux données indispensables à l'exercice des droits dont peuvent disposer les justiciables, rendant moins nécessaire une durée trop longue de la prescription¹⁵⁹. D'autre part, l'accélération des échanges et la multiplication des relations contractuelles les accompagnant a rendu inadaptés de tels délais, affaiblissant l'attractivité du système juridique français pour les opérateurs économiques et

¹⁵³ V. *infra*, § 155.

¹⁵⁴ COMMISSION EUROPÉENNE, *Orientations relatives à l'interprétation et à l'application de la directive 93/13/CEE...*, Communication préc., § 5.4.2, p. 75.

¹⁵⁵ COUR DE CASSATION, *Les délais de prescription : la sanction de la négligence à faire valoir (chapitre 2)*, Rapport annuel – Le temps, 2014.

¹⁵⁶ G. CATTALANO, « Le juge peut-il relever d'office un moyen prescrit », RDC 2018, n° 115s1, p. 579

¹⁵⁷ H. BARBIER, « De l'engouement contemporain pour l'imprescriptibilité », RTD Civ. 2019, p.586.

¹⁵⁸ *Ibid.*

¹⁵⁹ COMMISSION DES LOIS DU SÉNAT, *Pour un droit de la prescription moderne et cohérent*, Rapport d'information, Paris, 2007, p. 3.

autres investisseurs, d'autant plus que le reste des États membres offraient de meilleures législations¹⁶⁰, accentuant l'absence d'uniformisation du marché intérieur alors même que la libre circulation des capitaux et des personnes reste une exigence fondamentale de l'Union. Ces multiples constats, ont conduit à une réaction du législateur en juin 2008 aux fins de porter réforme de la prescription en matière civile¹⁶¹, uniformisant ainsi un grand nombre de délais consacrés à la prescription extinctive sous l'égide de l'unique article 2224 nouveau du Code civil qui dispose ainsi que « *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* ». Si des cas de prescriptions plus étendues voire d'imprescriptibilité subsistent, ceux-ci sont rares et souvent réservés à des droits et actions porteurs de valeurs cardinales pour la société¹⁶². Plus encore, preuve d'une réelle suspicion à cet égard, le législateur français a pris garde qu'aucune imprescriptibilité de fait ne puisse être consacrée en énonçant à l'article 2232 dudit Code que « *le report du point de départ, la suspension ou l'interruption de la prescription ne peut avoir pour effet de porter le délai de la prescription extinctive au-delà de vingt ans à compter du jour de la naissance du droit* ».

151. L'application a priori nécessaire du droit commun de la prescription au réputé non écrit. – Ni la directive ni la législation française des clauses abusives n'ont prévu de délai de prescription spécifique pour encadrer l'action visant à faire constater le caractère non contraignant d'une clause par le juge. Tout au plus, l'article 7, paragraphe 1, posait l'exigence que les consommateurs puissent disposer de moyens adéquats et efficaces qu'une trop forte prescription ne pourrait remplir. En France, le vide juridique est tout aussi marqué, puisque s'il existe effectivement un délai de prescription biennal à l'action du professionnel contre le consommateur, aucune disposition n'est prévue dans le cadre de l'action du consommateur à l'encontre du professionnel s'agissant de la reconnaissance d'une clause abusive. Cette absence de disposition spéciale, a donc justifié que soit appliqué le délai de droit commun prévu à l'article 2224 du Code civil. Si le mécanisme juridique est, somme toute, classique, était-il bien certain que ce délai remplisse parfaitement l'objectif de protection de la directive ? Les récentes décisions européennes et françaises permettent d'en douter, comme nous allons pouvoir, dès à présent, l'observer.

¹⁶⁰ COMMISSION DES LOIS DU SÉNAT, *Pour un droit de la prescription...*, Rapport préc., p. 3.

¹⁶¹ Loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile.

¹⁶² H. BARBIER, « De l'engouement contemporain pour l'imprescriptibilité », *op. cit.*, où l'auteur évoque notamment la prescription dérogatoire de l'article 2227 du Code civil ou de l'article L. 121-1 du Code de propriété intellectuelle.

152. La prescription : obstacle à l'effectivité du droit de l'Union ? – La Commission européenne le rappelle très bien dans ses orientations relatives à l'interprétation de la directive 93/13 : aux fins d'apprécier l'effectivité des voies de recours, il y a lieu de tenir compte des spécificités de la procédure en question et notamment des obstacles particuliers qui peuvent restreindre la « *capacité des consommateurs à introduire des recours ou l'effet que des connaissances et des informations limitées peuvent avoir à cet égard* »¹⁶³.

À cet égard, la prescription va jouer un rôle essentiel dans le contrôle de cette effectivité puisque sa portée va induire une restriction du bénéfice de la protection pour les consommateurs, notamment dans le cadre des prêts en devises, où elle a constitué un des arguments majeurs des établissements de crédit pour écarter les prétentions des emprunteurs, compte-tenu de situations qui avaient finies par s'étendre dans la durée.

153. La consécration de l'imprescriptibilité du caractère non contraignant par les instances européennes. – C'est une nouvelle fois du côté de la CJUE que l'on va pouvoir trouver des éclaircissements utiles, et force est de constater que celle-ci n'accueille pas aisément la prescription lorsqu'il s'agit de la législation des clauses abusives.

Le très célèbre arrêt *Cofidis*¹⁶⁴, rendu en 2002, vient ainsi consacrer pour la première fois une forme d'imprescriptibilité du caractère non contraignant des clauses abusives. Était en cause une action intentée par le prêteur au titre de sommes restées impayées par un emprunteur. Le tribunal de Vienne avait alors relevé que certaines mentions contractuelles manquaient nettement de lisibilité, ce qui était de nature à induire le consommateur en erreur et conduire à regarder ces clauses d'abusives. Cependant, là où le bât blessait, c'est que le tribunal avait également constaté l'applicabilité d'un délai spécifique de forclusion empêchant, en l'espèce, d'écarter les clauses du contrat en cause, même si elles étaient abusives. Sur demande préjudicielle, la Cour de justice vient alors écarter le principe même de l'existence d'un tel délai, contraire à la protection accordée par la directive s'oppose ainsi « *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* »¹⁶⁵.

¹⁶³ COMMISSION EUROPÉENNE, *Orientations relatives à l'interprétation et à l'application de la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs*, Communication de la Commission, 22 juill. 2019, C(2019)5325 final, § 5.4.2. p. 68.

¹⁶⁴ CJUE, 21 novembre 2002, aff. C-473/00, *Cofidis SA*.

¹⁶⁵ CJUE, 21 novembre 2002, aff. C-473/00, *Cofidis*, préc., pt. 38.

Éclatante par la portée procédurale qu'elle confère à la directive *Clause abusives*, la solution n'en est pas pour autant aussi évidente qu'il n'y paraît. En effet, la Cour a répondu à une question posée bien précise, puisque la situation avait pour trait particulier de porter sur une action intentée par le professionnel sur le fondement de clauses analysées comme abusives, et non une action individuelle menée par le consommateur à l'encontre du professionnel. Dès lors, c'est uniquement dans cette perspective que l'argumentaire délivré a pris racine. Or, il était évident que le danger d'une prescription était sensiblement plus visible en ce que le professionnel étant à l'offensive, il lui suffirait, « *pour priver les consommateurs du bénéfice de cette protection, d'attendre l'expiration du délai fixé par le législateur national pour demander l'exécution des clauses abusives [qu'il continuerait] d'utiliser dans les contrats* »¹⁶⁶. Une telle situation serait « *de nature à rendre excessivement difficile, dans les litiges auxquels les consommateurs sont défendeurs, l'application de la protection que la directive entend leur conférer* »¹⁶⁷.

Cependant, cette décision était-elle véritablement transposable dans le cadre d'une action intentée cette fois-ci non pas par le professionnel mais bien par le consommateur qui viendrait soulever le caractère abusif des stipulations de son contrat ? C'est en tout cas la distinction qu'a pu opérer la Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 9 mars 2016, pour appliquer la prescription quinquennale à l'action en contestation du consommateur¹⁶⁸.

Pour autant, d'une part, ce n'est pas l'avis de la Commission européenne qui estime, dans le cadre de ses orientations relatives à l'interprétation de la directive rendues en 2019, qu'« *en tout état de cause, comme indiqué à la section 4.2, le caractère non contraignant des clauses contractuelles abusives ne peut en soi être soumis à des délais de prescription* »¹⁶⁹. Dès lors, il importe peu que les consommateurs soient demandeurs à l'action ou non. En effet, d'une part, ceux-ci « *peuvent toujours compter sur cette protection lorsqu'ils sont confrontés à des plaintes de professionnels fondées sur des clauses contractuelles abusives, soit en invoquant eux-mêmes le caractère abusif, soit par voie de contrôle d'office sans qu'elle soit frappée de prescription* » (*action à l'initiative du pro*). D'autre part, il en va de même s'agissant des « *demandes visant à faire qualifier d'abusives des clauses contractuelles dans des procédures*

¹⁶⁶ CJUE, 21 novembre 2002, aff. C-473/00, *Cofidis*, préc., pt. 35.

¹⁶⁷ CJUE, 21 novembre 2002, aff. C-473/00, *Cofidis*, préc., pt. 36

¹⁶⁸ Cour d'appel de Paris, 9 mars 2016, n° 14/26101.

¹⁶⁹ COMMISSION EUROPÉENNE, *Orientations relatives à l'interprétation et à l'application de la directive 93/13/CEE...*, Communication préc., § 5.4.2, p. 75

*individuelles ou des actions en cessation au sens de l'article 7, paragraphe 2, de la directive CACC » (action à l'initiative du conso)*¹⁷⁰.

Ensuite, d'autre part, ce n'est pas non plus l'opinion de la Cour de justice qui depuis, a eu l'occasion de se prononcer de nouveau sur la prescriptibilité. Déjà par son très remarqué arrêt du 9 juillet 2020, dit *Raiffeisen Bank*¹⁷¹, elle estime non contraire au principe d'effectivité, d'équivalence et de sécurité juridique l'existence d'une législation roumaine qui prévoyait l'imprescriptibilité de l'action tendant à constater la nullité d'une clause abusive figurant dans un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur¹⁷². Cependant, le juge européen avait alors fait le choix de mêler deux questions – une sur l'imprescriptibilité de l'action en éradication et l'autre sur la prescription de l'action en restitution, rendant le résultat plutôt sibyllin puisqu'il évoquait la possibilité d'encadrer des actions (*mais lesquelles ?*) par des délais raisonnables¹⁷³, à rebours de l'arrêt Cofidis s'agissant de l'action en éradication. Néanmoins, sa récente décision *BNP Paribas*¹⁷⁴, tout en corrigeant cette légère confusion, a été l'occasion pour la Cour de justice d'affirmer clairement la pleine imprescriptibilité de l'action en éradication d'une clause abusive. Cela étant, en raison de son importance capitale dans la cadre du contentieux français des prêts en devises, celle-ci appelle des développements plus importants à la fin de cette contribution¹⁷⁵.

154. Une mise en œuvre prudente de l'imprescriptibilité par la Cour de cassation. –

En France, l'approche classique jurisprudentielle tendait à suivre les pas du législateur vers des délais de prescription plus fermes mais certainement pas vers leur disparition. Cependant, plus récemment, alors que « *souffle un vent de faveur pour l'imprescriptibilité* »¹⁷⁶, c'est évidemment l'imprescriptibilité de l'action en réputé non écrit qui fait couler beaucoup d'encre. Or, c'est justement dans le cadre des prêts en devises que la Haute juridiction semble opérer un revirement en faveur de la levée de la prescription, à compter de son arrêt du 13 mars 2019¹⁷⁷. Elle adoube ainsi, à propos d'une action contestant la validité de la clause d'indexation et de risque de change présente dans le contrat de prêt, la motivation de la cour

¹⁷⁰ COMMISSION EUROPEENNE, *Orientations relatives à l'interprétation et à l'application de la directive 93/13/CEE...*, Communication préc., *idem*.

¹⁷¹ CJUE, 09 juillet 2020, C-698/18, *SC Raiffeisen Bank SA*.

¹⁷² CJUE, 09 juillet 2020, C-698/18, *Raiffeisen*, préc., pt. 58. À noter, comme nous le verrons plus après, que la question portait davantage sur l'existence d'un délai de prescription venant encadrer les demandes en restitution consécutives à la constatation du caractère abusif de clauses contractuelles.

¹⁷³ G. CATTALANO, « Clauses abusives : une prescription à deux vitesses n'est pas contraire au droit de l'Union », *LEDC* sept. 2020, n° 113g3, p. 1

¹⁷⁴ CJUE, 10 juin 2021, aff. jointes, C-776/19 à C-782/19, *BNP Paribas Personal Finance SA*.

¹⁷⁵ V. *infra*, 177 et s.

¹⁷⁶ H. BARBIER, « De l'engouement contemporain pour l'imprescriptibilité », *op. cit.*

¹⁷⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 13 mars 2019, n° 17-23169, publié au Bulletin.

d'appel qui a ainsi retenu à bon droit que « *la demande tendant à voir réputer non écrites les clauses litigieuses ne s'analysait pas en une demande en nullité, de sorte qu'elle n'était pas soumise à la prescription quinquennale.* »

Aussi notable que soit la pierre ainsi apposée à l'édifice de l'effectivité de la protection accordée au consommateur, la Cour semble avoir procédé par certains tâtonnements porteurs d'incertitudes. Comme on peut le constater, le prisme de résolution utilisée par la Haute juridiction va résider dans l'identification de la nature de l'action en réputé non écrit, qui va justifier de ne pas la soumettre à la prescription de droit commun. Néanmoins, la Cour ne tranche en réalité aucunement la question de la nature puisqu'elle ne définit le réputé non écrit qu'au regard de ce qu'il n'est pas : une action en nullité. Plus encore, elle se garde en réalité bien de se positionner sur une véritable imprescriptibilité – qui reste le fruit d'une délicate interprétation *a contrario* – et se contente simplement d'écarter la prescription quinquennale¹⁷⁸, par un syllogisme au demeurant fragile – forme de négation de l'antécédent – puisqu'il revient à énoncer que « *1° l'action en nullité soumise à prescription quinquennale, 2° or le réputé non écrit pas une action en nullité 3° par conséquent le réputé non écrit n'est pas soumis à prescription quinquennale* »¹⁷⁹. Finalement, les doutes subsistaient encore largement sur une véritable consécration de l'imprescriptibilité.

155. Une position française justifiée mais débattue. – Outre la dimension imprécise de la décision, celle-ci a fait resurgir de nombreux débats doctrinaux, autant sur la nature, que l'opportunité d'écarter la prescription quinquennale et plus largement favoriser une forme d'imprescriptibilité, ce que n'ont pas manqué de relever de nombreux commentateurs.

En premier lieu, c'est la distinction entre l'action en réputé non écrit et l'action en nullité qui a suscité certaines interrogations. Pourtant, ce choix n'apparaît pas si incohérent puisque, certes, si la première action emprunte à la seconde l'exigence d'un retour au *statu quo ante* du consommateur, la directive et le droit interne n'ont cependant jamais évoqué expressément de concept de « *nullité* », n'insistant ainsi que sur les effets de la sanction. Surtout, l'inexistence de la clause nulle demeure subordonnée au prononcé du juge, quand le réputé non écrit opère en principe de plein droit¹⁸⁰. En effet, il ne s'agit que de « *faire état d'une forme d'inexistence résultant du seul effet de la loi, contrairement à la clause nulle qui a connu une existence*

¹⁷⁸ D. HOUTCIEFF, « Ce qui est réputé non écrit se prescrit-il ? », *Gaz. Pal.* 17 sept. 2019, n° 358u4, p. 23

¹⁷⁹ H. BARBIER, « L'action en réputé non écrit est-elle imprescriptible ? », *RTD Civ.* 2019, p.334

¹⁸⁰ N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, et al., *Les contrats de consommation...*, *op. cit.*, § 957.

réelle »¹⁸¹. Cependant, cela n'a pas empêché l'assimilation du réputé non écrit à la nullité partielle, de recevoir une certaine reconnaissance¹⁸², en dépit de régimes légaux différents¹⁸³, tandis que l'usage de la terminologie « *tendant à voir réputer les clauses non écrites* » a pu interroger sur la réalité de cette même inexistence¹⁸⁴. En outre, certains auteurs ont pu critiquer de façon plutôt curieuse cette éviction de la qualification d'action en nullité en soulignant que cela permettrait dangereusement de se passer de la possibilité d'une appréciation judiciaire¹⁸⁵. Néanmoins, une fois encore, c'est ici l'objectif exprès de la directive que de faire opérer de plein droit la sanction du caractère non contraignant, sanction qui n'est au demeurant que théorique, puisque dans les faits, le recours au juge sera presque toujours nécessaire, et qu'il se livrera effectivement à une appréciation. Quoi qu'il en soit, le principe d'une autonomie de la sanction semble désormais avoir les faveurs de la Haute juridiction.

En second lieu, c'est le choix d'écarter la prescription quinquennale de l'article 2224 qui a été critiqué, puisque l'article susvisé visant sans distinction les actions personnelles ou mobilières¹⁸⁶, il devrait logiquement entraîner l'inclusion de l'action en réputé non écrit. Or, si « *là où la loi ne distingue pas, il n'y a pas lieu de distinguer* », comment la Cour peut-elle prétendre s'émanciper de cet adage juridique incontournable, et permettre au demandeur de contester sans borne temporelle l'existence de clauses abusives ?¹⁸⁷. Ainsi, seule une disposition spéciale devrait être à même de lever cette limitation temporelle, à l'instar de l'article L. 121-1 du Code de propriété intellectuelle¹⁸⁸. Toutefois, cela revient à occulter une autre problématique : celle du rôle du juge et de son devoir de relever d'office. En effet, limiter dans le temps les demandes des parties peut s'entendre, mais cela semble plus audacieux dans le cadre de l'office du juge. Or, la viabilité de la position précitée repose justement sur le parallélisme consistant à interdire au juge ce que le consommateur n'aurait pu faire lui-même¹⁸⁹, ce qui pourrait se justifier du point de vue d'un substantialiste¹⁹⁰ mais beaucoup moins pour un processualiste¹⁹¹. Néanmoins, la confusion sémantique actuelle

¹⁸¹ A. ETIENNEY-DE SAINTE MARIE, « À propos des emprunts toxiques : le réputé non écrit est imprescriptible... et autres solutions entre droit commun des contrats et droit de la consommation », D. 2019, p.1033.

¹⁸² Les partisans de ce rapprochement soulignant la similarité du rôle du juge.

¹⁸³ H. BARBIER, « La concurrence désordonnée entre le réputé non écrit et la nullité partielle », RTD Civ. 2021, p.124.

¹⁸⁴ A. ETIENNEY-DE SAINTE MARIE, « À propos des emprunts toxiques : le réputé non écrit... », *op. cit.*

¹⁸⁵ J-D. PELLIER, « Précisions sur l'action en restitution consécutive à la nullité d'une clause abusive, D. act., 03 sept. 2020.

¹⁸⁶ A. ETIENNEY-DE SAINTE MARIE, « À propos des emprunts toxiques : le réputé non écrit... », *op. cit.*

¹⁸⁷ H. BARBIER, « L'action en réputé non écrit est-elle imprescriptible ?, *op. cit.*

¹⁸⁸ Qui énonce entre autres l'imprescriptibilité du droit moral d'auteur.

¹⁸⁹ G. CATTALANO, « Le juge peut-il relever d'office un moyen prescrit », *op. cit.*

¹⁹⁰ Pour qui la prescription éteint le droit lui-même.

¹⁹¹ Pour qui la prescription éteint l'action en laissant substituer le droit sans force de contrainte, mais qui pourrait être alors soulevé par le juge, puisque celui-ci n'exerce pas d'action au sens processuel du terme.

résultant des différentes dispositions¹⁹² empêchent d'accréditer avec certitude l'une ou l'autre de ces thèses. Pour autant, si l'on s'attache à rester focalisé sur la prescription quinquennale, telle qu'énoncée dans l'article 2224, force est de constater que sa lettre ne semble guère en faveur d'un tel parallélisme. Il apparaît assez évident que l'institution de la prescription a été conçue pour s'appliquer aux parties à un litige et non au juge¹⁹³. Ainsi, bien que l'article 2224 prévoit la prescription des actions personnelles ou mobilières, l'article 30 du Code de procédure civile énonce que « *l'action est le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée* » et que, « *pour l'adversaire, l'action est le droit de discuter le bien-fondé de cette prétention* ». Le juge n'exerce donc pas une « *action* » au sens processuel du terme puisqu'il intervient sur le moment pour soulever un moyen de défense au profit d'une partie, ici le consommateur. Plus encore, le juge ne disposant d'aucun moyen d'agir avant que le litige ne lui soit soumis, procéder ainsi reviendrait à lui appliquer le point de départ attribué au consommateur et à faire de lui une extension ou un miroir de l'action de ce dernier ce qui peut paraître réducteur¹⁹⁴. En tout état de cause, une analyse restrictive au devoir de relever l'office du juge nuirait à l'objectif qui lui a été initialement assigné au niveau européen, à savoir celui de pallier le défaut d'exercice de ses droits par le consommateur. Or, ce dernier décèle rarement une anomalie ou alors uniquement suite à une action du professionnel à son encontre, professionnel qui aurait d'ailleurs tout intérêt à agir après le délai butoir¹⁹⁵.

En troisième lieu, l'opportunité même de l'imprescriptibilité est sujette à critique. En effet, sans rappeler les enjeux généraux justifiant l'existence de la prescription que sont la stabilité, la prévisibilité, la sécurité, et les perspectives économiques, ce sont des droits fondamentaux tels que celui à un procès équitable qui sont sacrifiés sur l'autel de l'accès au juge et menacés par le maintien de poursuites judiciaires potentielles *ad vitam eternam*. Paix social et tranquillité des justiciables peuvent-elles être indéfiniment remises en cause ? En réalité, il n'y a certainement pas de bonne ou mauvaise réponse tant cela relève davantage de la politique juridique. Il s'agissait ainsi pour la Haute juridiction de trancher, entre la sécurité des opérateurs économiques (*ici particulièrement celle des banques*) ou davantage de la police du marché (*ici le marché du crédit*), quitte à prendre le risque de favoriser quelques emprunteurs opportunistes¹⁹⁶.

¹⁹² L'article 2219 du Code civil décrit la prescription extinctive comme un mode d'extinction d'un **droit**, alors que l'article 2224 dudit Code énonce que ce sont les **actions** qui se prescrivent en cinq ans.

¹⁹³ J-D. PELLIER, « Retour sur l'office du juge en matière de crédit à la consommation », AJ contrat 2020, p.469.

¹⁹⁴ G. CATTALANO, « Le juge peut-il relever d'office un moyen prescrit », *op. cit.*

¹⁹⁵ V. *supra*, § 153, pour le raisonnement établi par la CJUE en ce sens.

¹⁹⁶ G. CATTALANO, « Le juge peut-il relever d'office un moyen prescrit », *op. cit.*

156. Une position française désormais inscrite dans la durée. – Fondées, pertinentes, développées, les critiques et plus largement les débats relatifs à cette imprescriptibilité ont eu, quoi qu’il en soit, le mérite de mettre en lumière certains éléments délicats entourant cette problématique. Fort heureusement (*ou malheureusement selon les conceptions*), la position de la Cour, tout en s’étant affirmée, semble aujourd’hui s’être précisée.

En ce sens, outre un arrêt du 19 novembre 2020¹⁹⁷, venant de nouveau appuyer la mise à l’écart de la prescription dans le cadre du droit commun des clauses abusives, c’est un arrêt du 8 avril 2021¹⁹⁸, de sa formation commerciale cette fois-ci, qui marque véritablement l’entrée de l’imprescriptibilité dans le cadre du contentieux des prêts en devises. L’affaire, assez spécifique, opposait ainsi une commune à des sociétés prêteuses, la législation française permettant en effet l’application du droit de la consommation en présence d’un non-professionnel¹⁹⁹. Or, en droite ligne de l’arrêt du 13 mars 2019²⁰⁰, la Cour de cassation censure les juges d’avoir déclaré irrecevables, car outrepassant le délai de prescription quinquennale, les demandes tendant à voir réputée non écrite une clause de remboursement anticipé. En effet, au visa des anciens articles L. 132-1 Code de de la consommation et 1304 du Code civil ainsi que du nouvel article 2224 du Code civil, elle relève que « *la demande tendant à voir une clause abusive réputée non écrite, qui ne s’analyse pas en une demande d’annulation, n’est pas soumise à la prescription* ».

Toujours aussi concise, la décision offre l’intérêt majeur de non plus seulement écarter la prescription quinquennale, mais également d’évincer de façon pleine et entière toute prescription dans le cadre de l’action en réputé non écrit. Finalement, en favorisant le droit d’accès au juge via son office perpétuel plutôt que celui à un procès équitable, CJUE et Haute juridiction semble une nouvelle fois tendre la main à la partie faible du contrat de consommation, à tout le moins procéduralement parlant s’agissant de la Cour de cassation.

§2 – La distinction des délais entre réputé non écrit et demande en répétition de l’indu

157. La résurgence de l’intérêt de sécurité juridique. – Certes, les délais de prescription ont pu apparaître en contradiction avec le droit matériel de l’Union s’agissant de l’action en éradication des clauses abusives, ce qui a pu justifier un tel évincement de ces derniers. Cependant, la CJUE ne tombe pas nécessairement dans l’absolutisme d’une protection du

¹⁹⁷ Cass. civ. 3^{ème}, 19 novembre 2020, n°19-20.405 (à l’égard d’une clause contenue dans un contrat de bail).

¹⁹⁸ Cass. com., 8 avril 2021, 19-17.997, Inédit.

¹⁹⁹ C. consom., art. liminaire : « - *non-professionnel* : toute personne morale qui n’agit pas à des fins professionnelles ».

²⁰⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 13 mars 2019, n° 17-23169, préc.

consommateur et reconnaît tout de même la valeur de la sécurité juridique dans l'ordre juridique de l'Union et des États membres²⁰¹. Ce faisant, la prescription va pouvoir retrouver de sa superbe dans le cadre de l'effacement des effets de la clause litigieuse²⁰² : soit l'action en restitution opérée sur le fondement des paiements indus qui auraient été effectués par le consommateur. Ainsi, éradiquer les clauses abusives des contrats semble être un objectif plus primordial que celui visant à remettre le consommateur dans la situation dans laquelle il se serait trouvé sans la présence de la clause abusive.

158. Un effet restitutoire confrontés à des délais de recours raisonnables. – Jusqu'à présent, il faut bien reconnaître que la Cour de justice avait davantage été mise en position de se prononcer sur l'éradication d'une clause abusive que sur les éventuelles actions en restitutions consécutives de cette élimination²⁰³. Aussi, les récents développements à l'égard de ces demandes doivent être salués sinon encouragés, tant ils permettent d'offrir des précisions incontournables dans l'analyse de la portée de la prescription dans le cadre des clauses abusives.

À ce titre, c'est une fois encore l'arrêt *Naranjo*²⁰⁴ qui vient offrir une première interprétation intéressante, quoiqu'indirecte, de la mise en œuvre de la prescription s'agissant des demandes en restitution. Après avoir rappelé le caractère essentiel de l'effet restitutoire pour la protection du consommateur et l'aspect dissuasif de la directive²⁰⁵, la Cour relève néanmoins que « *la protection du consommateur ne revêt pas de caractère absolu* », et « *que la fixation de délais raisonnables de recours à peine de forclusion dans l'intérêt de la sécurité juridique est compatible avec le droit de l'Union* »²⁰⁶. L'admission demeure donc en filigrane, car absente du dispositif de la Cour, puisque celle-ci n'était pas directement interrogée sur cette question mais plutôt sur le point de départ des restitutions²⁰⁷.

En revanche, l'arrêt *Raiffeisen Bank*²⁰⁸, vient rendre une décision bien importante sur la prescription des demandes en restitutions consécutives au constat de clauses abusives. Était alors notamment en cause un prêt « *classique* » octroyé à un emprunteur roumain, avec pour particularité intéressante d'avoir été intégralement remboursé. Outre la spécificité, jugée

²⁰¹ COMMISSION EUROPÉENNE, Orientations relatives à l'interprétation et à l'application de la directive 93/13/CEE, Communication préc., § 5.4.2, p. 73.

²⁰² G. CATTALANO, « Clauses abusives : une prescription à deux vitesses... », *op. cit.*

²⁰³ J-D. PELLIER, « Précisions sur l'action en restitution consécutives à la nullité... », *op. cit.*

²⁰⁴ CJUE, 21 décembre 2016, aff. jointes, C-154/15, C-307/15 et C-308/15, *Francisco Gutiérrez Naranjo*.

²⁰⁵ CJUE, 21 décembre 2016, aff. jointes, C-154/15, C-307/15 et C-308/15, *Naranjo*, préc., pt. 60 à 63.

²⁰⁶ CJUE, 21 décembre 2016, aff. jointes, C-154/15, C-307/15 et C-308/15, *Naranjo*, préc., pt. 69.

²⁰⁷ Qui, rappelons-le, doit correspondre à la date de l'introduction de la clause dans le contrat et non à celle du prononcé de la sanction par la juge, comme l'énonce la décision *Naranjo* à son point 75. V. égal., *supra*, § 146.

²⁰⁸ CJUE, 09 juillet 2020, C-698/18, *Raiffeisen*, préc.

conforme²⁰⁹, que la législation nationale prévoyait l'imprescriptibilité de l'action visant à faire constater le caractère abusif de clauses contractuelle, la Cour retient cette fois-ci expressément la conformité d'une législation qui soumettrait « à un délai de prescription l'action visant à faire valoir les effets restitutifs de cette constatation ». Dans cette perspective, elle rappelle que si de telles modalités procédurales demeure l'affaire du législateur national²¹⁰, c'est pour autant que soient respectés les principes d'équivalence (*les modalités ne soient pas moins favorables que celles concernant des recours similaires de nature interne*) et d'effectivité (*ne rendent pas en pratique impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par la directive 93/13*)²¹¹. La formulation n'est pas nouvelle, comme il a pu l'être étudié dans le cadre de cette contribution, pour autant elle a le mérite d'admettre clairement et spécifiquement le principe d'une prescriptibilité différenciée entre les actions tirées de l'application de la directive *Clauses abusives*²¹².

159. La notion de « délais raisonnables ». – L'apport majeur de l'arrêt *Raiffeisen Bank* réside en réalité indubitablement ici, puisque la Cour était cette fois-ci expressément invitée à se prononcer précisément sur la durée du délai de prescription ainsi que sur son point de départ. En l'occurrence, le législateur roumain avait prévu un délai de prescription de trois ans pour exercer une action en restitution des paiements indus, délai qui commençait à courir selon l'interprétation de la juridiction de renvoi, à compter de l'exécution intégrale du contrat, date à laquelle le consommateur devait ou aurait dû avoir connaissance du caractère abusif des clauses intégrées dans son contrat. Dans la continuité de sa réponse précédente, la Cour va alors expliciter plus spécifiquement au cas d'espèce ce qu'elle entend par les principes d'effectivité et d'équivalence confrontés aux exigences de sécurité juridique.

S'agissant du premier principe – l'effectivité – elle rappelle qu'il est nécessaire d'apprécier autant la durée du délai de prescription que les modalités ayant trait à son ouverture « en tenant compte de la place de cette disposition dans l'ensemble de la procédure, de son déroulement et de ses particularités, devant les diverses instances nationales », relevant le cas échéant, « les principes qui sont à la base du système juridictionnel national, tels que la protection des droits de la défense, le principe de sécurité juridique et le bon déroulement de la procédure »²¹³. Dans un premier temps, des délais

²⁰⁹ V. *supra*, § 153.

²¹⁰ CJUE, 09 juillet 2020, C-698/18, *Raiffeisen*, préc., pt. 57.

²¹¹ CJUE, 09 juillet 2020, C-698/18, *Raiffeisen*, préc., pt. 58.

²¹² G. CATTALANO, « *Clauses abusives : une prescription à deux vitesses...* », *op. cit.*

²¹³ CJUE, 09 juillet 2020, C-698/18, *Raiffeisen*, préc., pt. 61 et 62.

raisonnables de prescription fixés dans l'intérêt de la sécurité juridique sont envisageables s'ils sont matériellement suffisants pour permettre au consommateur de préparer et former un recours effectif²¹⁴, ce qu'un délai de 3 ans semble constituer, « *pour autant qu'il est établi et connu à l'avance* »²¹⁵. Cependant, dans un second temps, elle réfute l'interprétation de la juridiction nationale s'agissant du point de départ. En effet, celui-ci apparaît non-conforme, compte-tenu de l'ignorance potentielle des consommateurs de la présence de clauses abusives – et ce, même à l'exécution intégrale du contrat ou à sa suite – ainsi que du postulat général de sa situation d'infériorité, notamment informationnelle. Selon elle, ces éléments concourent à déduire qu'un départ de délai à la date d'exécution intégrale du contrat « *rend, [...] excessivement difficile l'exercice des droits de ce consommateur conférés par la directive 93/13* », puisqu'il n'est pas de nature à assurer « *une protection effective, dès lors que ce délai risque d'avoir expiré avant même que le consommateur ne puisse avoir connaissance de la nature abusive d'une clause contenue dans ce contrat* ».²¹⁶ À noter, par ailleurs, que la possibilité envisagée par la juridiction de renvoi d'une perte de qualité de consommateur, au terme de l'exécution intégrale du contrat, est inopérante selon la Cour de justice. Pour cause, aucun élément de la directive permettrait de déterminer à quel moment un contractant cesse d'être un consommateur et, en tout état de cause, « *l'exécution du contrat en cause ne change pas rétroactivement la circonstance que, au moment de la conclusion de ce contrat, le consommateur se trouvait dans cette situation d'infériorité* »²¹⁷.

S'agissant du second principe – l'équivalence – visant une application indifférenciée des recours fondés sur la violation du droit de l'Union ou sur celle du droit interne, la Cour rappelle qu'il appartient à la juridiction nationale, pour opérer cette comparaison, « *de vérifier la similitude des recours concernés sous l'angle de leur objet, de leur cause et de leurs éléments essentiels* »²¹⁸. Or, après avoir constaté que le régime de l'inopposabilité des clauses abusives était assimilé, par les juridictions roumaines, à celui de la nullité absolue, la Cour relève que dans le cadre de ce dernier, « *le délai de prescription [d'une action subséquente en restitution du paiement indu] commence à courir à la date de la constatation judiciaire de la cause de ces actions* » et ce, *a contrario* de l'affaire en cause où il commencerait à courir au terme de l'exécution intégrale du contrat²¹⁹. Par conséquent, sous réserve d'une similitude effective des actions en cause, cela reviendrait à instaurer des modalités procédurales

²¹⁴ CJUE, 09 juillet 2020, C-698/18, *Raiffeisen*, préc., pt. 62.

²¹⁵ CJUE, 09 juillet 2020, C-698/18, *Raiffeisen*, préc., pt. 64.

²¹⁶ CJUE, 09 juillet 2020, C-698/18, *Raiffeisen*, préc., pts. 65 à 67.

²¹⁷ CJUE, 09 juillet 2020, C-698/18, *Raiffeisen*, préc., pt. 71 à 73.

²¹⁸ CJUE, 09 juillet 2020, C-698/18, *Raiffeisen*, préc., pt. 77.

²¹⁹ CJUE, 09 juillet 2020, C-698/18, *Raiffeisen*, préc., pts. 78 et 79.

différentes, moins favorables dans le cas de la directive 93/13, ce qui ne peut être justifié, même par des motifs de sécurité juridique²²⁰.

Ce faisant, bien que la durée du délai de prescription de l'action en restitution de trois ans ait pu recevoir l'adhésion du juge européen, le point de départ de ce délai semblait contraire aux principes d'effectivité, d'équivalence et de sécurité juridique, de sorte que l'interprétation juridictionnelle en cause ne pouvait revêtir le sceau de la conformité à la directive par la Cour de justice. Outre la comparaison avec les règles procédurales internes, c'est le point de départ « *objectif* » exigé par la CJUE qui donne toute la portée protectrice à sa décision, puisqu'il semble impliquer du juge national une obligation de vérifier que le consommateur avait *effectivement* connaissance du caractère abusif²²¹, sans permettre d'éventuelles présomptions.

160. Mise en œuvre attendue dans le cadre des prêts français en devises. – Cette solution, qui a vocation à être étendue à l'ensemble des contrats consommateurs, n'a pour le moment trouvé que peu d'écho dans le cadre des contrats français de prêts en devises, puisque le caractère abusif de leurs clauses ayant été majoritairement écarté, la question des restitutions n'a pu être clairement abordée par la Cour de cassation.

Cependant, l'imprescriptibilité étant aujourd'hui acquise avec certitude depuis son arrêt du 8 avril 2021²²², il peut être permis de supposer que la Haute juridiction va *a minima* suivre la distinction opérée entre action en contestation et action restitutive. Cette distinction semble d'ailleurs déjà recevoir les faveurs d'une partie des juges du fond (*notamment les cours d'appel de Paris et Montpellier*), qui sans avoir pu l'aborder spécifiquement, ont pu évoquer la possibilité d'une imprescriptibilité de l'éradication de la clause face à un encadrement par la prescription des demandes conséquentes telles que des restitutions²²³.

Par ailleurs, à sa publication, la solution de l'arrêt *Raiffensen*²²⁴, a laissé également présager un écho intéressant au sein de l'Hexagone, le droit roumain présentant, sur ce terrain-là, de vives similitudes avec le droit français. Ainsi, d'une part, s'agissant de la durée du délai de prescription, puisque les trois ans du droit commun ont pu sembler suffisant à la Cour de justice, *a fortiori*, la prescription quinquennale française devra logiquement offrir suffisamment de garanties pour être jugée conforme aux exigences du droit de l'Union. Toutefois, d'autre part, c'est davantage l'interprétation juridictionnelle du point de départ du

²²⁰ CJUE, 09 juillet 2020, C-698/18, *Raiffesen*, préc., pt. 80 et 81.

²²¹ CJUE, 09 juillet 2020, C-698/18, *Raiffesen*, préc., pt. 83.

²²² Cass. com., 8 avril 2021, 19-17.997, Inédit.

²²³ X. HENRY, « Synthèse de jurisprudence – Prêt indexé sur le franc suisse, Observatoires des contentieux », Obs. n° 9, 02 janvier 2021, p. 3.

²²⁴ CJUE, 09 juillet 2020, C-698/18, *Raiffesen*, préc.

délai qui va sans doute cristalliser certaines interrogations ou tout au moins quelques attentes, notamment eu égard du principe d'effectivité. En effet, les juges français ont intérêt à prendre garde d'éviter de présumer du consommateur sa connaissance de l'existence de clauses abusives à la suite d'un délai (« *aurait dû connaître* ») tel que l'exécution intégrale de son contrat, mais bien privilégier « *comme point de départ de la prescription, la connaissance des faits, qu'il conviendra d'entendre comme la date de révélation du caractère abusif de la clause* »²²⁵, qui se traduira souvent par le constat judiciaire du caractère abusif, constat étant lui-même non soumis à prescription²²⁶. Du point de vue de l'équivalence, il est difficile de discerner une tendance générale en France sur le point de départ du délai mais l'on notera que celui-ci a pu se voir tiré d'un constat effectif de la manœuvre litigieuse. C'est le cas lorsque, dans le cadre d'un contrat de bail, l'existence de paiements indus ne peut être connue du locataire qu'au moment où le bailleur procède à des régularisations²²⁷. C'est encore davantage le cas, lorsque des créanciers lésés ont été maintenus dans l'ignorance par de multiples manœuvres frauduleuses, les empêchant d'agir dans un délai commençant normalement à courir au dépôt de l'acte visé²²⁸. Or, l'usage de clauses abusives destinées à octroyer des droits supplémentaires au professionnel ou réduire ceux du consommateur en dépit de leur prohibition européenne et interne, n'est-il pas une *forme de fraude* aux droits du consommateur, justifiant un tel décalage du délai ?

Cette critique potentielle du point de départ français a désormais pris réalité dans la décision *BNP Paribas* de 2021²²⁹, comme nous le verrons dans le cadre de la Section 2 du présent Titre. Partant, il y a certainement de quoi relativiser, à rebours de certains commentaires d'alors²³⁰, l'aspect *a priori* décevant d'une imprescriptibilité à deux vitesses.

161. Conclusion sur l'encadrement de la prescription. – « *La prescription est morte, vive la prescription !* ». Aujourd'hui, le résultat est sans appel, la Cour de justice a finalement

²²⁵ H. AUBRY, É. POILLOT, N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Droit de la consommation - janvier 2020 à décembre 2020 », D. 2021, p.594.

²²⁶ G. CATTALANO, « Clauses abusives : une prescription à deux vitesses... », *op. cit.*

²²⁷ Cass. civ., 3^{ème}, 9 novembre 2017, n° 16-22.445, où la Haute juridiction casse la Cour d'appel qui avait reconnu le point de départ comme celui du paiement de la provision alors que seule une régularisation des charges, car suffisamment explicite même pour un profane, permettait aux locataires de s'apercevoir d'une erreur et d'ainsi déterminer l'existence d'un indu.

²²⁸ Cass. civ., 3^{ème}, 12 novembre 2010, n° 19-17.156, où la Haute juridiction, au visa des articles 1341-2 et 2224 et du principe *fraus omnia corrumpit*, censure la décision des juges du fond en relevant que « *lorsque la fraude du débiteur a empêché les créanciers d'exercer l'action paulienne à compter du dépôt d'un acte de cession de parts en annexe au registre du commerce et des sociétés, le point de départ de cette action est reporté au jour où les créanciers ont effectivement connu l'existence de l'acte* ».

²²⁹ V. *infra*, § 189.

²³⁰ V. not., D. HOUTCIEFF, « Ce qui est réputé non écrit se prescrit-il ? », *op. cit.*, où l'auteur avait pu relever un aspect « *trompe-l'œil* » de la demande tendant à voir réputer non écrite une clause abusive, dont la finalité serait moins l'amputation de la clause et de ses effets que l'exécution de la convention guérie de l'illicéité, puisque les conséquences pratiques de l'imprescriptibilité seraient fortement limitées par une prescription quinquennale de l'action en restitution.

tranché en faveur d'un recours effectif au juge et écarté définitivement le spectre de la prescription du monde des clauses abusives. En apparence en tout cas, car l'effectivité de la directive ne justifie pas tout, et place a donc été faite pour un retour des délais dans le cadre des actions en restitution. La solution apparaît donc bien plus équilibrée qu'il n'y paraissait de prime abord, restera à constater la mise en œuvre effective de cette interprétation par les juges internes et tout particulièrement par la Cour de cassation.

162. Conclusion du chapitre 1. – L'assouplissement procédural opéré par la Cour de justice permet un ultime renforcement de l'office du juge qui dispose aujourd'hui de toute la marge de manœuvre nécessaire pour assainir les contrats consuméristes de leurs clauses abusives. Par la même occasion, elle offre de nouvelles perspectives pour les emprunteurs, à supposer que leur demandes en contestation aboutissent, ce que les récentes décisions de la CJUE laissent entendre, à l'instar de ce que nous étudierons dans le Chapitre suivant. Une inconnue demeure, en ce qu'elle est soumise à l'appréciation du juge interne : selon quelles modalités va-t-il agir dans le cadre de son opération d'éradication des clauses abusives des contrats de prêts en devise. S'il ne peut réviser les clauses, il peut les substituer sous certaines conditions ou choisir de considérer que le contrat ne puisse subsister en l'absence des clauses d'indexation et de risque ainsi que de toutes les autres qui en sont l'expression. Quelque sera son choix, il devra conformément à la vision de la Cour de justice, s'exécuter de la manière la moins préjudiciable pour l'emprunteur, voire selon la préférence de celui-ci.

163. Transition. – L'aspect procédural présentait un enjeu si considérable qu'il justifiait des développements pointus aux fins de « *démêler* » les différentes strates à l'œuvre dans la protection du consommateur. L'éradication des clauses abusives en sort donc vivement renforcée de manière générale, et plus particulièrement dans le cadre du contentieux des prêts en devises. Il s'agit désormais de prendre en compte de nouvelles données plus spécifiques, et observer dans quelle mesure cette éradication va s'opérer dans le versant français de ce contentieux. À ce titre, autant la procédure pénale, que les questions préjudicielles aujourd'hui en partie répondues par la Cour de justice, tendent à supposer possible un infléchissement de la Haute juridiction dans son analyse menée jusque-là.

- CHAPITRE 2 -

Un infléchissement envisageable de l'actuelle position de la Cour de cassation

164. Plan. – L'ouverture du procès pénal à l'encontre de BNP Paribas, a suscité beaucoup d'émoi parmi les emprunteurs de prêts en devises si bien qu'il a pu être envisagé une certaine influence de l'instruction pénale sur la position des juridictions civiles (Section 1). Mais cette instruction va avoir une portée indirecte encore plus importante puisqu'elle va influencer le contenu de récentes questions préjudicielles auxquelles a désormais répondu la CJUE, temporisant certainement les espérances d'exonération des banques (Section 2).

Section 1 – L'existence du contentieux pour pratiques commerciales trompeuses pendant devant la juridiction pénale

165. Plan. – La mise en examen de la BNP PPF, avait de quoi alimenter les débats, tant les révélations successives, et la contextualisation du conflit avait pu donner une perspective bien plus sévère à l'égard de l'établissement de crédit, principal pourvoyeur de prêts en francs suisses, remboursables en euros (§1). Pourtant, les juges civiles, seuls décisionnaires dans la pertinence des éléments dont il faut tenir compte dans le cadre de leur espèce, n'ont pas semblé très sensibles aux nouvelles données ainsi apportées à leur connaissance (§2).

§1 – Une influence *a priori* plausible sur le contentieux civil

166. Délit de pratique commerciale trompeuse. – Parmi l'ensemble des prêts en devises octroyés aux français, un produit a fait particulièrement figure de mauvais élève : le prêt *Helvet Immo* issu de la filiale BNP Paribas *Personal Finance*. En raison d'une présentation complexe, à la dangerosité atténuée sinon écartée, et à l'existence de manœuvres douteuses, nombre d'emprunteurs ont estimé avoir été victimes d'une véritable pratique commerciale trompeuse. Dispositif européen par essence²³¹ et prévu à l'article L121-2 et suivants du Code de la consommation, il présente la particularité d'être assez aisément mis en

²³¹ Dir. 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) no 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil («directive sur les pratiques commerciales déloyales») (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE)

oeuvre, dès lors que le consommateur est face à une pratique commerciale qui va reposer sur des éléments faux ou de nature à l'induire en erreur sur certaines caractéristiques essentielles du bien ou service et influencer son comportement économique. La dimension pénale que revêt l'action en droit interne voudrait que soit également adjoint un élément intentionnel mais celui-ci, non conforme à la directive 2005/29 d'harmonisation maximale, est de toute manière souvent interprété de manière lâche par les juridictions en matière économique, qui le déduisent de la matérialité des faits.

Par conséquent, l'enjeu est ici de taille puisque l'action étant pénale, elle va s'assortir d'une instruction judiciaire en mesure de donner plus de profondeur au contexte entourant la négociation et la conclusion des contrats de prêts en devises et venir apporter une vision différente de celles des juridictions civiles, tant sur l'importance du risque de change, que l'information et la compréhension globale de ce type de contrat.

167. Une commercialisation en parfaite connaissance de cause. – Très logiquement, les plaintes avec constitution de partie civile, se comptant par milliers, ont mené à une information judiciaire à la durée non négligeable, dont l'issue s'est traduite par la mise en examen de l'établissement de crédit en 2015, puis son renvoi devant le juge pénal. L'instruction puis le procès mettent alors à jour ce qui semble être de véritables malversations de la part de la BNP Paribas et de ses dirigeants. Plus particulièrement, le témoignage de N. Chevallier, ancienne directrice d'une agence de l'établissement de crédit, a accru la suspicion sur la connaissance présumée des dirigeants de l'établissement²³² s'agissant des risques liés à la commercialisation d'un tel produit. Après enquête, ni l'anticipation sur les *subprimes* et leur implications, ni les interrogations et inquiétudes²³³ dont ont fait part certains membres du groupe du travail lors de la présentation du produit *Helvet Immo*, n'auraient détourné les dirigeants de leurs objectifs²³⁴, ces derniers faisant sciemment dissimuler certaines informations aux intermédiaires²³⁵. Pourtant, la tension exercée depuis plusieurs années sur le franc suisse – qu'une telle opération de portage²³⁶ favorise – ne pouvait être ignorée par la direction de la BNP PPF, qui, à ce titre, se tenait

²³² Trib. jud. Paris, 13e ch. corr., 26 févr. 2020, n° 12290076010, p. 180.

²³³ N. Chevallier évoque un produit sensiblement similaire à un placement boursier en termes de risque.

²³⁴ Trib. jud. Paris, 13e ch. corr., 26 févr. 2020, préc., p. 189.

²³⁵ Trib. jud. Paris, 13e ch. corr., 26 févr. 2020, préc., p. 203, avec notamment les auditions révélant les problématiques entourant les documents relatifs aux « *crash tests* » du produit *Helvet Immo*, où ces prévisions apparaissaient finalement trop négatives pour être communiquées, mais dont l'ampleur ne devait pas non plus inquiéter, selon les dirigeants de l'établissement bancaire, puisque le but était simplement vérifier la situation la plus critique et non la plus probable.

²³⁶ Une opération bancaire est dite de « *portage* » lorsqu'un opérateur économique emprunte dans une devise à bas taux d'intérêt (« *monnaie de financement* ») et prête le montant obtenu dans la devise à fort taux d'intérêt (« *monnaie « cible »* »), ce qui traduit exactement l'opération effectuée par la filiale de la BNP Paribas pour mettre en place son produit *Helvet Immo*.

d'ailleurs régulièrement informée des actions de la Banque Nationale Suisse pour contrer les risques de « *décrochage* » de sa devise.

168. L'appréciation différenciée de la notion de consommateur moyen. – Pour caractériser l'existence d'une pratique commerciale trompeuse, le juge pénal doit notamment vérifier que les actes, négatifs ou positifs, de la banque, aient pu altérer, ou être susceptible d'altérer, le comportement économique du « *consommateur moyen* ». Un standard qui a une importance certaine dans le cadre du contentieux civil des prêts en devises, puisque la Cour de cassation semble en retenir une conception plutôt défavorable aux emprunteurs. Or, à rebours de l'analyse portée par les juridictions civiles, les éléments révélés par l'instruction insistent justement sur l'extrême complexité²³⁷ du produit pour un consommateur normalement informé et raisonnablement avisé. Ce faisant, l'offre de prêt ne pouvait être transparente autant dans son agencement (*multiplies renvois*), dans la terminologie utilisée, que dans le mécanisme lui-même.

Pour commencer, la documentation *stricto sensu* n'aurait en effet pas été adaptée « *pour présenter, vulgariser, expliquer le produits au consommateurs* »²³⁸, le choix ayant été fait de délivrer une information uniquement via le personnel des agences ou autres intermédiaires spécifiques. Un tel constat relativisait donc fortement une transparence lissée du produit entre les différents emprunteurs, celle-ci semblant être dépendante de la qualité de leur interlocuteur plus que de celle de leur documentation. La notice accompagnant parfois les documents est, par ailleurs, de clarté et compréhensibilité toute relative en ce qu'elle se contentait de citer une partie des paragraphes du contrat et d'y adjoindre une forme de conclusion évoquant l'impact des révisions du taux d'intérêt ainsi que l'existence d'une documentation porteuses de certaines simulations²³⁹. Surtout, il a pu être constaté que ces mêmes notices présentaient, en réalité, le coût global du crédit en euros alors que la somme prêtée était en francs suisses.

Ensuite, les auditions de certains responsables de l'établissement de crédit révèlent qu'il s'agissait d'un « *produit destiné à une clientèle avisée d'investisseurs locatifs* »²⁴⁰, sous-entendant une certaine expérience de ce marché et de ses aléas, alors que les professions exercées par les emprunteurs démontraient le contraire (*secrétaire, gendarme, esthéticienne, designer, attaché de communication contrôleur de gestion, technicien de laboratoire, boulanger, intermittent du spectacle, etc.*). Plus encore, la majorité des emprunteurs n'avait

²³⁷ Trib. jud. Paris, 13e ch. corr., 26 févr. 2020, préc., p. 196.

²³⁸ Trib. jud. Paris, 13e ch. corr., 26 févr. 2020, préc., p. 205.

²³⁹ Trib. jud. Paris, 13e ch. corr., 26 févr. 2020, préc., p. 209.

²⁴⁰ Trib. jud. Paris, 13e ch. corr., 26 févr. 2020, préc., p. 181.

jusqu'à maintenant jamais effectué un investissement locatif voire même un simple emprunt²⁴¹, ce qui empêchait toute familiarité avec les concepts de taux variables ou taux d'indexation. En ce sens, la lecture de l'ensemble des auditions opérées auprès des emprunteurs révèle une compréhension effective moyenne plus que limitée et instable tant la présentation de graphiques ou de documentations s'est faite de manière aléatoire, sans compter l'absence d'allusion au risque de change voire l'exacte contraire. Pour beaucoup, les emprunteurs se seraient d'ailleurs simplement contentés de faire « *confiance* » sans obtenir d'explication du mécanisme et pour d'autres, l'allusion à des mensualités fixes, sans risque de déplaçonnement, aurait suffi à les convaincre²⁴².

À tous ces égards, il était difficilement envisageable de considérer que l'emprunteur était en mesure comprendre ce que pourrait signifier en pratique l'application des différentes clauses²⁴³.

169. L'appréciation différenciée de la transparence sur le risque de change. - Outre le mécanisme du taux de change, c'est l'information sur le risque de change, pourtant déclarée suffisante parmi les juridictions civiles, qui se voit être la cible de critique de la part de la juridiction pénale.

Ainsi, l'information encadrant la transmission de la documentation contractuelle semble avoir été axée dès l'origine sur une minimisation du risque de change auprès des emprunteurs. Tout d'abord, l'accent est placé sur une stabilité du taux de change franc suisse – euro depuis vingt ans alors même qu'en principe une stabilité passée ne peut préjuger de prévisions futures²⁴⁴, surtout qu'en l'espèce, elle était rapidement devenue artificielle sous l'action de la BNS²⁴⁵. Ensuite, est perçue comme une sécurité pour l'emprunteur, sa possibilité d'option de retour à l'euro tous les cinq ans (*ou trois ans selon le contrat*)²⁴⁶ alors que celle-ci ne peut le protéger d'un risque de taux défavorable sur son capital restant dû²⁴⁷. Enfin, la notoriété de BNP Paribas, mise en avant comme celle d'un groupe puissant doté d'une image de marque, a été largement utilisée pour emporter l'adhésion de la clientèle.

²⁴¹ Trib. jud. Paris, 13e ch. corr., 26 févr. 2020, préc. p. 182.

²⁴² Trib. jud. Paris, 13e ch. corr., 26 févr. 2020, préc., p. 210 et s.

¹³ J. MOREL-MAROGER, « Prêts Helvet Immo : après les échecs au civil, une première victoire au pénal » ; Gaz. Pal. 9 juin 2020, n° 379y4, p. 71.

²⁴⁴ Trib. jud. Paris, 13e ch. corr., 26 févr. 2020, préc., p. 186.

²⁴⁵ V. *supra*, § 3, sur l'organisation du « *décrochage* » monétaire opéré par la Banque Nationale Suisse.

²⁴⁶ Trib. jud. Paris, 13e ch. corr., 26 févr. 2020, préc., p. 185.

²⁴⁷ Trib. jud. Paris, 13e ch. corr., 26 févr. 2020, préc., p. 188, délivrant ici les constatations du magistrat en charge de l'instance pénale.

Par ailleurs, dans les documents eux-mêmes, si d'autres établissements²⁴⁸ ont pu attirer spécifiquement l'attention du client sur l'existence d'un risque de change, pas plus le terme de risque que celui de déplafonnement (*qui n'est que la conséquence du risque de change manifesté*) n'apparaissent dans le contrat²⁴⁹. L'existence d'une notice spécifique a certes pu être relevée plus haut dans les développements mais son caractère insuffisant et aléatoire empêche d'en tirer une conclusion satisfaisante, d'autant plus que l'ampleur même du risque n'a jamais été clairement explicitée aux emprunteurs.

170. Condamnation de la BNP PPF. – C'est par un retentissant jugement du 20 février 2020²⁵⁰ que la juridiction pénale rend finalement son verdict, dans une décision avoisinant les 600 pages, dénotant de l'importance des enquêtes menées ainsi que du caractère massif de ce contentieux. La banque est alors condamnée autant pour pratique commerciale trompeuse que pour recel. Traduisant l'urgence de la situation ou la gravité supposée de tels actes, le juge pénal est d'ailleurs allé jusqu'à ordonner l'exécution provisoire de cette décision imposant à l'établissement le versement de dommages et intérêts (*près de 150 millions d'euros*), en dépit d'un éventuel appel, qui a d'ailleurs été interjeté depuis.

171. Transition. – Par conséquent, la solution, sans être gravée dans le marbre, apporte un éclairage inattendu au contentieux des prêts en devises : en effet, si la documentation était déjà insuffisante au regard des observations de la juridiction pénale, les informations apportées oralement par les intermédiaires ont parfois été plus loin que la minimisation du risque en ce qu'elles ont eu pour finalité la complète dissimulation de certains éléments pourtant essentiels du contrat. Autant d'éléments qui laissent penser que la transparence et la bonne foi alléguée par la banque jusque-là sont peut-être bien plus nuancées, ce qui pourrait théoriquement appeler de nouvelles perspectives pour les emprunteurs sur le terrain civil.

§2 – Une influence actuellement contestée par les juridictions civiles

172. Le décalage chronologique des litiges civils et pénal. – L'hypothèse soulevée d'une prise en compte du procès pénal par le juge civil ne doit pas occulter le décalage chronologique de l'appréhension de l'affaire entre ces deux juridictions. En effet, civilement,

²⁴⁸ V. not. les prêts octroyés par le Crédit Agricole de Lorraine ; J. MOREL-MAROGER, « Prêts Helvet Immo : après les échecs au civil... », *op. cit.*

²⁴⁹ Trib. jud. Paris, 13e ch. corr., 26 févr. 2020, préc., p. 195.

²⁵⁰ Trib. jud. Paris, 13e ch. corr., 26 févr. 2020, préc.

l'appréhension du contentieux des prêts en devises et particulièrement celui relatif au produit *Helvet Immo*, a eu lieu dès 2015 (*et 2017 pour la Cour de cassation*). Or, l'instruction venait seulement de s'ouvrir à cette date, ce qui empêchait d'avoir suffisamment d'éléments ni même que ceux-ci soient encore véritablement probants. Dans ces conditions, rien ne justifierait une influence, en tout cas « *directe* », sur le verdict du juge civil. Toutefois, dans le doute, le juge aurait très bien pu estimer raisonnable d'attendre que d'autres éléments ressortent de l'instance pénale afin de pouvoir trancher efficacement son propre litige. Dans ce cas, à l'instar des questions préjudicielles, sa possibilité de surseoir à statuer, présentera un intérêt procédural certain pour la juridiction civile et les emprunteurs, puisque venant suspendre le cours de l'instance pour une durée déterminée ou « *jusqu'à la survenance d'un évènement particulier* » tel que l'issue d'un procès.

173. L'obstacle procédural. – Sans entrer dans les méandres de la nature du sursis à statuer²⁵¹, il conviendra de rappeler que la Cour l'analyse comme une exception de procédure²⁵². Cette analyse, loin d'être anodine, va emporter plusieurs conséquences très visibles dans le cadre de l'affaire des prêts en devises et notamment celle de la compétence du juge de la mise en état pour connaître d'un tel sursis à statuer, en application de l'article 789 du Code de procédure civile²⁵³. Une subtilité procédurale qu'ont parfois eu du mal à saisir les emprunteurs, qui ont ainsi pu se voir déboutés de leur demandes, considérées comme irrecevables, par les Cour d'appel de Paris²⁵⁴ ou de Colmar²⁵⁵.

En outre, au-delà de la dimension juridictionnelle, il n'existe aucune certitude d'emporter l'adhésion du juge civil sur une telle demande, qui est ainsi, la majorité du temps, soumise à son bon vouloir. En effet, aux termes de l'article 108 du Code de procédure civile²⁵⁶, lu en combinaison avec l'article 4 du Code de procédure pénale, le sursis à statuer ne s'impose au juge civil que dans l'hypothèse où l'action civile est exercée en réparation d'un dommage causé par une infraction pour laquelle une action publique aurait été mise en mouvement devant le juge pénal. Dans le cas contraire, énonce l'article, « *la mise en mouvement de*

²⁵¹ Qui pourrait appeler de nombreux développements tant la question a pu agiter autant la doctrine que la jurisprudence, la lettre des articles 108 et 378 du Code civil entretenant notamment certaines confusions.

²⁵² V. not. Cass., Avis, 29 septembre 2008, n°0080007P, où la Haute juridiction a considéré « *la demande de sursis à statuer constitue une exception de procédure* ».

²⁵³ C. proc. civ., art. 789 : « *Lorsque la demande est présentée postérieurement à sa désignation, le juge de la mise en état est, jusqu'à son dessaisissement, seul compétent, à l'exclusion de toute autre formation du tribunal, pour : 1° Statuer sur les exceptions de procédure, les demandes formées en application de l'article 47 et les incidents mettant fin à l'instance ; [...]* ».

²⁵⁴ CA Paris (pôle 5 ch. 6), 31 décembre 2015, RG n° 14/24721.

²⁵⁵ CA Colmar (1re ch. civ. sect. A), 27 juillet 2016, RG n° 15/00798.

²⁵⁶ C. civ., art 108 : « *Le juge doit suspendre l'instance lorsque la partie qui le demande jouit soit d'un délai pour faire inventaire et délibérer, soit d'un bénéfice de discussion ou de division, soit de quelque autre délai d'attente en vertu de la loi* ».

l'action publique n'impose [aucune suspension de l'instance], même si la décision à intervenir au pénal est susceptible d'exercer, directement ou indirectement, une influence sur la solution du procès civil ». Or, dans le cadre du contentieux des prêts en devises, les emprunteurs ne se sont pas immédiatement constitués partie civile, et à supposer cette démarche effectuée, la finalité de leurs demandes au juge civile n'était pas de solliciter l'indemnisation d'un préjudice tiré du délit de pratique commerciale trompeuse mais de remettre en cause la validité des clauses du contrat (*ou d'attirer la responsabilité bancaire du prêteur*). Dès, lors, comme le rappelle la Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 23 décembre 2016²⁵⁷, « *la décision de sursis à statuer dans l'attente de l'issue de la procédure pénale [ne pouvait que présenter] un caractère facultatif pour le juge civil* ».

174. La contestation de la pertinence des éléments tirés du volet pénal. – Libéré de toute obligation légale pesant sur son office, le juge civil est alors seul maître du jeu pour déterminer si les faits dont il dispose sont suffisants pour trancher le litige ou si d'autres éléments doivent venir étoffer son analyse. Cependant, le contentieux des prêts en devises, a pu démontrer sa réticence à prendre en compte les éléments révélés par l'instruction.

En premier lieu, a été systématiquement réfutée par les magistrats la pertinence même du témoignage de N. Chevallier, pourtant au cœur de l'analyse délivrée par l'instruction, en retenant qu'en tout état de cause, il n'éclairait pas sur les informations données par la BNP PPF²⁵⁸. Dans le même sens, la Cour d'appel de Paris est venue rappeler dans une décision de 2018 que celle-ci était « *sans qualité pour émettre une opinion pertinente sur le caractère clair et compréhensible de la clause litigieuse contenue dans l'offre de prêt* »²⁵⁹.

En deuxième lieu, quand n'était pas relevé le défaut de production de pièces issues du procès pénal²⁶⁰, c'est l'influence même de l'instance pénale qui a été remise en question par les juridictions civiles, via une lecture pragmatique, relevant notamment que celle-ci ne pouvait en aucun trancher la validité de la clause d'indexation. En effet, ont pu relever les juges civils, était uniquement soutenu que la clause contrevenait à la législation monétaire ou qu'elle constituait une clause abusive au sens du droit consommériste, sans lien avec l'aspect pénal de l'affaire²⁶¹.

En troisième lieu, ce sont des arguments plus généraux mais tout autant pertinent qui sont rappelés par les cours d'appel. D'une part, si les éléments ne sont pas pertinents au procès

²⁵⁷ CA Paris (pôle 5 ch. 6), 23 décembre 2016, RG n° 16/22099.

²⁵⁸ CA Paris (pôle 5 ch. 6), 29 septembre 2016 : RG n° 15/00631 ; ou encore : CA Paris (pôle 5 ch. 6), 6 janvier 2017, RG n° 15/14029.

²⁵⁹ CA Paris (pôle 5 ch. 6), 12 décembre 2018 : RG n° 16/0296.

²⁶⁰ CA Paris (pôle 5 ch. 6), 15 décembre 2017 : RG n° 15/24250.

²⁶¹ CA Paris (pôle 5 ch. 6), 23 décembre 2016 : RG n° 16/22099.

civil, nul ne sert d'entériner des mesures dilatoires qui nuiraient à une bonne administration de la justice qui est elle-même dans l'intérêt des emprunteurs²⁶². D'autre part, la présomption d'innocence et la nécessité d'analyser et de qualifier les faits qui sont dans le débat afin de trancher le litige conformément aux règles de droit lui étant applicable s'opposait à considérer l'existence de la procédure d'instruction comme une présomption d'illégalité du contrat²⁶³.

175. Conclusion sur l'influence de l'instance pénale. – La mise en lumière du manque d'information sur les risques et le caractère éminemment non averti des emprunteurs avait de quoi interroger, dans la mesure où elle était issue d'un travail de recherche de plusieurs années sur l'ensemble des emprunteurs, face à un établissement bancaire incapable de véritablement mettre en avant des profils étant susceptibles d'avoir *pu comprendre* le prêt. C'est en tout cas une des interprétations qu'il était possible de tirer de la décision du tribunal correctionnel. Cependant, en dépit du fait que les preuves amassées puissent sembler accablantes ou que le jugement apparaisse au contraire « *incohérent* »²⁶⁴, il ne doit pas être fait abstraction que dans la majeure partie des cas qui lui était présenté, le juge n'était tenu par aucune obligation légale d'accueillir les demandes des emprunteurs de surseoir à statuer. Ce qu'il a d'ailleurs systématiquement refusé de faire, avec une motivation qui appelle nécessairement certaines remarques.

Dans un premier temps, la mise à l'écart des éléments de l'instruction, et dont ceux tirés des auditions de N. Chevallier, est plutôt contestable, puisque ceux-ci avaient le mérite de démontrer en partie que la banque avait connaissance de risques beaucoup plus importants que ceux évoqués par la documentation transmise. Or, la CJUE est pourtant sévère à l'égard de la bonne foi des parties, surtout que celle-ci portait sur l'ampleur du risque financier qui doit normalement faire partie de l'appréciation du caractère clair et compréhensible²⁶⁵.

Dans un second temps, il faut bien évidemment reconnaître que le lent démarrage de l'instance pénale y est pour beaucoup, tant nombre de pièces ont pu être apportées progressivement aux débats alors que les premières décisions sur le terrain civil étaient déjà rendues. La présomption d'innocence se doit ainsi d'être toujours préservée jusqu'à preuve du contraire. Cela étant, force est de constater qu'elle a dû être sérieusement éoussée par la

²⁶² CA Paris (pôle 5 ch. 6), 23 décembre 2016 : RG n° 16/22099.

²⁶³ CA Paris (pôle 5 ch. 6), 15 décembre 2017 : RG n° 15/24250 CA Paris (pôle 5 ch. 6), 15 décembre 2017 : RG n° 15/24246.

²⁶⁴ DELPHINE DENUIT, « Prêts toxiques de BNP Paribas : une condamnation record et des victimes soulagées », *Le Parisien*, 03 mars 2020.

²⁶⁵ X. HENRY, « Synthèse de jurisprudence – Prêt indexé sur le franc suisse, Observatoires des contentieux », *Obs.* n° 9, 02 janvier 2021, p. 8.

condamnation de la BNP PPF en 2020, ce qui pourrait conduire à une plus grande défiance des magistrats dans les prochains litiges.

En tout état de cause, l'appréciation, certes souveraine, des juges civils, ne doit pas dissimuler un véritable risque de « *cacophonie jurisprudentielle* »²⁶⁶, surtout quand une telle divergence entre juridictions est certainement porteuse d'atteinte à la cohérence et prévisibilité du droit positif.

176. Transition. – La prise en compte de l'aspect pénal de l'affaire Helvet Immo par les juges civil, pourtant prometteuse, se révèle finalement bien vaine. Si l'influence directe était bien évidemment à écarter puisque le procès est encore en cours (*malgré la sévère décision rendue à l'encontre de la BNP PPF*), une influence indirecte, via le prisme du sursis à statuer, n'a pas non plus rencontré les faveurs des magistrats.

Cela signifie-t-il pour autant que les promesses de l'instruction soient restées lettre morte ? Il est permis d'en douter, puisque les faits révélés durant la procédure pénale ont constitué la possibilité, pour les différents acteurs du procès, de prendre connaissance d'éléments très utiles, renforçant la nécessité de poser de nouvelles questions préjudicielles spécifiques. Une situation exceptionnelle à laquelle ont finalement été très sensibles plusieurs juges du fond qui ont accepté de renvoyer certaines de ces questions à la Cour de justice, qui a depuis tranché plusieurs d'entre elles.

Section 2 – L'existence de questions préjudicielles pendantes devant la Cour de justice de l'Union européenne

177. Esseulés devant des juridictions nationales leur apparaissant impitoyables, les emprunteurs ont finalement décidé de faire appel à la Cour de justice pour voir influencé, cette fois-ci de manière impérative, le contentieux *Helvet Immo*, avec à l'appui de leur prétentions, les éléments mis en lumière par l'instruction pénale. Promettant un revirement général, tant ces questions traitent de quasi tous les enjeux de la directive, cela sera également l'occasion de contextualiser et synthétiser l'état actuel des problématiques tirées de ce contentieux (§1). Après plus d'un an et demi de réflexion, la Cour de justice a depuis rendu un verdict tout aussi étoffé, qui semblent bien loin de la conception restrictive de la Cour de cassation (§2).

²⁶⁶ J. MOREL-MAROGER, « Prêts Helvet Immo : après les échecs au civil... », *op. cit.*

§1 – L'accueil prometteur de nombreuses questions préjudicielles françaises

178. Un accueil inattendu de la part des juridictions du fond. – Alors que les décisions se succédaient inéluctablement, peu d'espoir semblait avoir été laissé aux emprunteurs qui se voyaient systématiquement déboutés de leurs demandes visant à remettre en cause les clauses de leur contrat sur le terrain de la Directive 93/13. Par un mouvement combiné des juridictions de fond et de la Haute juridiction, les axes relatif à l'objet principal, la transparence, et partant le déséquilibre significatif, n'avaient pu combler leurs attentes et ce, en dépit d'une interprétation hautement protectrice opérée par la Cour de justice. Seul demeurait l'action portée tour à tour sur le relevé d'office puis la prescription devenus ainsi, sous l'action de la Cour de cassation, bien plus favorables aux actions des emprunteurs, et *a fortiori* aux consommateurs *lato sensu*. Cet aspect procédural, sans qui l'aspect matériel de la protection est bien moins effectif, demeurait bien évidemment insuffisant à inverser la tendance jusqu'alors.

Pourtant, le nombre encore important de litiges en cours, l'ouverture de l'instance pénale, et les présumées discordances entre l'analyse européenne et française, vont justifier l'élaboration de plusieurs questions préjudicielles devant diverses juridictions qui, contre toute attente, vont finalement être disposées à entendre les doutes des parties, renvoyant dès lors ces interrogations à l'instance suprême européenne. Aujourd'hui, peuvent être ainsi dénombrées, pas moins de quatre séries de questions préjudicielles²⁶⁷, posées dans le cadre de l'affaire *Helvet Immo*.

179. Une remise en question générale de la jurisprudence interne. – Certainement conscients des enjeux d'une réponse de la CJUE directement liée au contentieux français, première du genre depuis le début des « *hostilités* » jurisprudentielles, les emprunteurs vont tenter d'aborder très largement toutes les problématiques qui ont pu se poser jusqu'à maintenant et qui ont pu être progressivement étudiées au cours de cette étude. Peuvent ainsi être relevées autant des questions portant sur l'objet principal, la transparence et le déséquilibre significatif, que le principe de la prescription ou du point de départ du délai, en passant par l'existence du contexte économique prévisible et de la bonne foi du prêteur.

²⁶⁷ TI de Lagny-sur-Marne, 2 août 2019, n°2017/23 (aff. C-609/19) ; TGI de Paris, 1^{er} octobre 2019, n°18/04018 (aff. C-776/19 à C-782/19) ; TGI de Rodez, JEX, 20 décembre 2019 (aff. C-82/20) ; TGI de Bobigny, JEX, 30 juin 2020 (aff. C-288/20).

180. L'objet principal du prêt *Helvet Immo*. – En premier lieu, c'est bien entendu la notion d'objet principal qui a été à la source de plusieurs demandes, une problématique qui semblait pourtant aussi bien tranchée du point de vue de la CJUE que de celui de la Cour de cassation. En réalité, la demande des emprunteurs s'est avérée plus subtile car faite en considération du « *décor* » contractuel établi par le prêt *Helvet Immo*. L'on relèvera ainsi, à cet effet, la question posée au Tribunal Judiciaire de Bobigny ou au Tribunal de Grande Instance de Paris, qui désirait savoir si la clause d'indexation pouvait être écartée du champ de l'objet principal « *en l'absence de contestation du montant des frais de change et en présence de clauses prévoyant, à dates fixes, la possibilité pour l'emprunteur d'exercer une option de conversion en euros selon une formule prédéterminée ?* »²⁶⁸. Les questions posées au Tribunal d'Instance de Lagny-sur-Marne et au Tribunal de Grande Instance de Rodez, quant à elles, visent à voir la CJUE se prononcer sur le caractère détachable de l'objet principal que présenteraient certaines clauses, notamment celles « *stipulant des remboursements à échéances fixes imputés prioritairement sur les intérêts, qui prévoient l'allongement de la durée du contrat, et l'augmentation des règlements pour payer le solde du compte ?* »²⁶⁹. En effet, la difficulté, comme nous avons pu l'observer²⁷⁰, est que la mécanique de ce type de contrat semble globale, entraînant, au moins pour les juridictions françaises, que la majorité des clauses ne soit que la conséquence de la clause d'indexation emportant dès lors à ce qu'elles définissent l'objet principal du contrat. Si ces clauses n'ont pu être directement étudiées dans le cadre de notre contribution, il conviendra de s'y arrêter dans cette dernière analyse, tant celle-ci, pour reprendre les mots de la Cour de justice, « *matérialisent le risque de change* »²⁷¹, qui lui a justement fait l'objet de nombreux développements.

181. La transparence des clauses du prêt *Helvet Immo*. – Bien entendu, en deuxième lieu, c'est la transparence qui, inéluctablement, devait constituer une part importante des questions des emprunteurs, tant elle est une notion abstraite, difficile à saisir, et à l'interprétation plutôt discordante entre les juridictions européennes et françaises. D'autant plus, que celle-ci est au cœur de la pertinence d'une analyse contextualisée prenant en compte l'environnement économique connu par le prêteur, de par ses compétences, mais également de sa bonne foi. En ce sens, les juridictions de la ville de Rodez et de Lagny-sur-Marne, ont ainsi

²⁶⁸ TGI de Paris, 1^{er} octobre 2019, préc., [Question n° 3](#); TGI de Bobigny, JEX, 30 juin 2020, préc., [Question n° 1](#).

²⁶⁹ TI de Lagny-sur-Marne, 2 août 2019, préc., [Question n° 1](#); TGI de Rodez, JEX, 20 décembre 2019, préc., [Question n° 2](#).

²⁷⁰ V. *supra*, § 49 (caractère composite) et § 112 (incertitude qui en découle sur la compréhension).

²⁷¹ V. *infra*, § 186.

demandé, en substance, si le critère de transparence doit être apprécié en communiquant au consommateur des informations, notamment chiffrées, *uniquement objectives et abstraites*, ou si le juge national doit plutôt s'assurer que le professionnel a bien informé le consommateur sur *le contexte économique actuel et prévisible*. En l'espèce, les conséquences des difficultés économiques entre 2007 et 2009, peuvent-elle avoir une incidence sur les variations des taux de change, y compris à partir des perspectives et de l'expertise que l'on est en droit d'attendre du prêteur en qualité de professionnel et sa bonne foi ?²⁷². L'interrogation apparaît légitime au vu des constats opérés au cours de cette étude²⁷³, semblant abonder dans le sens d'une connaissance très précise des dangers tirés de la crise économique.

Ensuite, les emprunteurs vont même plus loin dans cet aspect casuistique puisque la question posée devant les juridictions de Paris et de Bobigny vise clairement à remettre en cause le seuil d'exigence jurisprudentiel, à la lumière du principe d'effectivité du droit communautaire, tirés des éléments spécifiquement pris en compte par les juges du fond, dont l'appréciation est avalisée par la Cour de cassation. Est ainsi questionnée la conformité de la jurisprudence française actuelle au principe de transparence en ce qu'elle considère que les clauses insérées dans le prêt Helvet Immo sont « *claires et compréhensibles* » du fait qu'ait notamment été relevé que :

« — l'offre préalable de prêt **détaille les opérations de change** réalisées au cours de la vie du crédit et **précise que le taux de change** euros contre francs suisses sera celui applicable deux jours ouvrés avant la date de l'événement qui détermine l'opération et qui est publié sur le site de la Banque centrale européenne ;

— il est mentionné dans l'offre que **l'emprunteur accepte les opérations de change** de francs suisses en euros et d'euros en francs suisses nécessaires au fonctionnement et au remboursement du crédit, et que le prêteur opérera la conversion en francs suisses du solde des règlements mensuels en euros après paiement des charges annexes du crédit ;

— l'offre **indique que**, s'il résulte de l'opération de change une somme inférieure à l'échéance en francs suisses exigible, **l'amortissement du capital sera moins rapide** et l'éventuelle part de capital non amorti au titre d'une échéance sera inscrite au solde débiteur du compte en francs suisses, et qu'il est **précisé que l'amortissement du capital du prêt évoluera en fonction des variations du taux de change** appliqué aux règlements mensuels, à la hausse ou à la baisse, que cette évolution peut entraîner l'allongement ou la réduction de la durée d'amortissement du prêt et, le cas échéant, modifier la charge totale de remboursement ;

— les articles « compte interne en euros » et « compte interne en francs suisses » détaillent les opérations effectuées à chaque paiement d'échéance au crédit et au débit de chaque compte, et que le **contrat expose de manière transparente le fonctionnement concret du mécanisme de conversion de la devise étrangère** ; et alors que ne figure dans l'offre, notamment, pas de mention expresse du « risque de change » qui incombe à l'emprunteur au vu de l'absence de

²⁷² TI de Lagny-sur-Marne, 2 août 2019, préc., Questions nos 3 et 4 ; TGI de Rodez, JEX, 20 décembre 2019, préc., Question n° 3, la mention de la bonne foi étant en réalité uniquement propre à la question posée au TI de Lagny.

²⁷³ V. supra, § 97 et s. (analyse européenne) ; V. égal., supra, § 167 et s. (instance pénale).

perception des revenus dans la monnaie de compte, ni de mention explicite du 'risque de taux d'intérêts' ?²⁷⁴ ».

L'information entourant l'offre de prêt n'ayant pas fait l'objet d'une divulgation uniforme, l'existence d'une simulation, des plus aléatoires parmi les offres de prêts étudiés, a d'ailleurs trait à une question spécifique²⁷⁵. Les deux juridictions de Paris et Bobigny réclament ainsi de la Cour de justice de s'interroger sur le pertinence de la jurisprudence française estimant clair et compréhensible des clauses, qui outre les éléments précités, ajouterait une simulation présentant une simple simulation de baisse de 5,27 %²⁷⁶ - ou 5,33 %²⁷⁷ - de la monnaie de règlement par rapport à la monnaie de compte, et ce dans un contrat d'une durée initiale de plus de 20 – ou 25 ans²⁷⁸ - , sans qu'aucune autre mention de termes tels que « *risque* » ou « *difficulté* » n'apparaissent expressément ?

Enfin, c'est la charge de la preuve à qui incombe cette exigence de transparence qui est remise en question par les emprunteurs²⁷⁹. Ces derniers demandent ainsi si celle-ci revient au professionnel ou au consommateur, lorsqu'il s'agit des circonstances entourant la conclusion du contrat. Dans le cas où cette preuve doit effectivement être apportée par le professionnel, est-elle véritablement conforme la jurisprudence française estimant :

« en présence de documents relatifs aux techniques de vente, qu'il appartient aux emprunteurs de prouver, d'une part, qu'ils ont été destinataires des informations contenues dans ces documents et, d'autre part, que c'est la banque qui les leur a adressés, ou, au contraire, [la directive] exige-t-elle que ces éléments constituent une présomption de ce que les informations contenues dans ces documents ont été transmis, y compris verbalement, aux emprunteurs, présomption simple qu'il incombe au professionnel, qui doit répondre des informations communiquées par les intermédiaires qu'il a choisis, de réfuter ? ».

Autrement dit, l'accent est mis ici sur le constat - notamment explicité par l'instance pénale – que les intermédiaires ne disposant que de peu de documents spécifiquement destinés aux consommateurs –, se soient parfois servis d'une documentation qui leur avait été transmise par la BNP PPF. Ainsi dans le cas, où un emprunteur souhaiterait se fonder sur cette documentation pour critiquer l'exigence de clarté et compréhensibilité, doit-il prouver qu'il en a été effectivement destinataire par la banque elle-même, ou existe-t-il une présomption simple que ces infos aient été transmises, même verbalement, présomption qu'il faudra pour le professionnel réfuter s'il ne veut pas en être tenu responsable (*de plein droit*).

²⁷⁴ TGI de Paris, 1^{er} octobre 2019, préc., Question n° 4 ; TGI de Bobigny, JEX, 30 juin 2020, préc. Question n° 2.

²⁷⁵ TGI de Paris, 1^{er} octobre 2019, préc., Question n° 5 ; TGI de Bobigny, JEX, 30 juin 2020, préc. Question n° 3.

²⁷⁶ S'agissant de la juridiction de Bobigny.

²⁷⁷ S'agissant de la juridiction de Paris.

²⁷⁸ S'agissant de la juridiction de Paris.

²⁷⁹ TGI de Paris, 1^{er} octobre 2019, préc., Questions nos 6 et 7 ; TGI de Bobigny, JEX, 30 juin 2020, préc., Questions nos 4 et 5.

182. L'existence d'un déséquilibre significatif tiré du mécanisme lui-même ou des circonstances spécifiques. – Après l'objet principal et la transparence, c'est le déséquilibre significatif qui a suscité plusieurs questions de la part des consommateurs. En effet, celui-ci revêt une interprétation très spécifique de la part de la Cour de cassation qui dès 2017 rappelait qu'il était nécessaire que l'emprunteur subisse exclusivement le risque de change pour qu'un tel déséquilibre soit caractérisé. Or, nous avons pu l'observer, ce caractère exclusif fait l'objet d'une interprétation complexe parmi la doctrine (*certaines considérant par exemple que la banque subissent le risque au niveau des intérêts, quand pour l'emprunteur, c'est au niveau du capital à rembourser*)²⁸⁰ et semble actuellement très peu favorable à l'emprunteur : le seul arrêt ayant eu à se prononcer sur la question, considérant que le risque, en plus d'être « notifié », était partagé entre les cocontractants²⁸¹.

Le Tribunal d'instance de Lagny-sur-Marne renvoie alors une question qui élude le fait de savoir si le risque est intégralement supporté ou non par l'emprunteur mais plutôt si les « *clauses stipulant des paiements à échéances fixes imputés prioritairement sur les intérêts et qui prévoient l'allongement de [la] durée [du contrat] et l'augmentation des règlements, pour payer le solde du compte, pouvant augmenter significativement à la suite des variations des parités, créent un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties au contrat, notamment en ce qu'elles exposent le consommateur à un risque disproportionné de change ?* ».

À l'inverse, les juridictions de Bobigny²⁸² et de Paris²⁸³, se sont vues posées des questions préjudicielles bien plus précises s'agissant du contexte. Ainsi, après avoir relevé que certes le risque de change était effectivement partagé entre les parties, les emprunteurs demandent si un déséquilibre significatif peut néanmoins être caractérisé du fait, d'une part, que le professionnel dispose de *moyens supérieurs* pour anticiper un tel risque et, d'autre part, que ce *risque lui était plafonné* alors que *celui du consommateur ne l'était pas*. Par ailleurs, dans une telle configuration, la juridiction de Rodez demande à la CJUE si l'absence de bonne foi du professionnel pourrait-elle contribuer directement à la caractérisation « *déséquilibre et l'existence de l'abus* »²⁸⁴.

²⁸⁰ V. *supra* § 130.

²⁸¹ *Ibid.*

²⁸² TGI de Bobigny, JEX, 30 juin 2020, préc., Question n° 6.

²⁸³ TGI de Paris, 1^{er} octobre 2019, préc., Question n° 8.

²⁸⁴ TGI de Rodez, JEX, 20 décembre 2019, préc., Question n° 4.

183. Le principe de la prescription et de son point de départ. – Un dernier élément, et non des moindres tant il a agité la jurisprudence et la doctrine française ces dernières années, est l'application de la prescription aux différentes actions tirées du caractère abusif d'une clause contractuelle. Dans le cadre des questions préjudicielles, l'on notera que, cette fois-ci, seules les juridictions de Paris et de Rodez ont été sollicitées sur cette dimension procédurale. Le Tribunal de grande instance de Paris ayant renvoyé des demandes similaires à celles du TGI de Rodez, à ceci près que les premières sont bien plus détaillées, c'est de celles-ci dont nous traiterons via cette étude²⁸⁵. En l'occurrence, les deux pans de la problématique de la prescription – principe et point de départ – était ainsi abordés.

Dans un premier temps, la CJUE était interrogée sur la conformité à la directive de l'application de la prescription, et notamment quinquennale, dans les cas suivants : « (a) pour la déclaration du caractère abusif d'une clause, (b) pour les restitutions éventuelles, (c) lorsque le consommateur est demandeur et (d) lorsque le consommateur est défendeur, y compris à une demande reconventionnelle ? ». La question se voulait volontairement large pour recouvrir tous les cas de figure possibles, mais visait certainement plus particulièrement la problématique des actions en restitution qui, bien que découlant du caractère abusif d'une clause, s'apparentent à des demandes reconventionnelles²⁸⁶, ce qui en France, semble les soumettre à la prescription. Rappelons, qu'au niveau européen, la CJUE et la Commission européenne, semblait jusqu'à maintenant pencher en faveur d'une imprescriptibilité absolue de l'action visant à faire constater le caractère non contraignant d'une clause contractuelle abusive, et ce, que le consommateur soit défendeur ou demandeur. En revanche, les autres actions, telles que celles visant à obtenir les restitutions de paiements indus opérés sur le fondement de ces clauses, étaient considérées comme susceptibles d'être encadrées par la prescription dans un intérêt de sécurité juridique, sous certaines conditions particulières, notamment celles de « *délais raisonnables* » et de point de départ spécifique.

C'est notamment ce point de départ que, dans un second temps, cherchent à éclaircir les emprunteurs, en interrogeant la CJUE sur le point de savoir si « *la directive n° 93/13, interprétée à la lumière du principe d'effectivité, s'oppose [...], dans un dossier comme celui*

²⁸⁵ TGI de Paris, 1^{er} octobre 2019, préc., *Questions n°s 1 et 2*.

²⁸⁶ Qui à la différence de la défense au fond, tend à obtenir un avantage en nature autre que le simple rejet de la prétention de l'adversaire (*art 64 CPC*), or un rejet de la prétention du demandeur-professionnel au titre de clauses qui seraient abusives, entraîne bien souvent, de par le caractère rétroactif des effets du réputé non écrit, une demande en restitution. Mais celle-ci est-elle véritablement conventionnelle quand elle n'est que la conséquence même du retour au *statu quo ante* induit par l'aspect abusif d'une clause ? Les divergences doctrinales et jurisprudentielles françaises empêchent d'avoir une vision claire sur la question qui pourtant emporte en principe certains effets notables s'agissant de la prescription en droit positif interne, ce qui va peut-être entrer en contradiction avec l'analyse de la CJUE. Pour plus de détail, v. not. Assemblée Plénière, 22 avril 2011, n°09-16.008, Rapport de M. Frouin, conseiller rapporteur.

en cause au principal, à l'application d'une jurisprudence nationale fixant le point de départ du délai de prescription à la date d'acceptation de l'offre de prêt, plutôt qu'à la date de survenance de difficultés financières sérieuses ? ». Or, depuis la décision *Raiffeisen*²⁸⁷, la Cour de justice estime qu'un délai de prescription – raisonnable – doit voir son point de départ fondé non pas sur la connaissance présumée du consommateur mais bien sa connaissance effective de l'aspect abusif de la clause à laquelle il était initialement soumis²⁸⁸, ce qui par conséquent devrait écarter une prise en compte de la date d'acceptation de l'offre.

184. Transition – Comme il peut l'être constatée, ce sont fort de ces nombreuses questions préjudicielles, très complètes et variées, que les emprunteurs espèrent désormais voir leur situation s'améliorer vis-à-vis des juridictions françaises. Certes, quelques questions, à l'instar de celle ayant trait à la prescription, pouvaient très certainement déjà trouver réponse dans d'autres arrêts de la Cour de justice, mais la majorité des demandes visaient surtout à mettre l'accent sur le contexte très particulier du contentieux *Helvet Immo* ainsi que sur le niveau d'exigence actuel de la Cour de cassation. En effet, ces demandes sont motivées par une volonté évidente d'infléchir, à tous les niveaux, la jurisprudence de la Haute juridiction, une situation que seule une décision européenne spécifique au cas français pouvait désormais rendre possible.

§2 – Une solution européenne favorable aux emprunteurs français

185. Une réponse européenne très attendue au contentieux *Helvet Immo*. – La mise à l'épreuve de la jurisprudence hexagonale à l'analyse du juge européen, entretenait de nombreuses attentes, autant de la part des observateurs que des justiciables eux-mêmes dont la patience a pu être mise à rude épreuve par la Haute juridiction, qui a logiquement dû surseoir à statuer en considération de la future décision européenne²⁸⁹. En effet, l'affaire *Helvet Immo* continue de réunir plusieurs milliers de consommateurs devant les tribunaux, au sein d'un contentieux qui commençait à fortement s'enraciner dans des développements redondants voire stériles.

²⁸⁷ CJUE, 09 juillet 2020, C-698/18, *SC Raiffeisen Bank SA*.

²⁸⁸ V. *supra*. § 159.

²⁸⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 25 novembre 2020, n° 19-17.966 sursoit à statuer en raison des questions préjudicielles posées à la Cour de justice dans le cadre des affaires C609/19 et C776-19 à C-789/19 ; Cass. civ. 1^{ère}, 5 mai 2021, 19-12.947, Inédit, sursoit à statuer pour les mêmes raisons.

À ce titre, la Cour de justice semble avoir rempli son office dans sa première série de décisions du 10 juin 2021²⁹⁰, en tout cas pour les consommateurs, comme peuvent en témoigner les premiers retours presque *dithyrambiques*, qu'ils soient doctrinaux²⁹¹ ou médiatiques²⁹². Si à ce jour, seules deux séries de questions préjudicielles, respectivement transmises par les juridictions de Paris et Lagny-sur-Marne, ont vu la CJUE y répondre, celles-ci recouvrent décevantement les quatre problématiques évoquées plus avant (*objet, transparence, déséquilibre, prescription*) et suffisent sans nul doute à se dessiner une vision pertinente des retombées européennes dans le droit positif français.

186. Une analyse classique de l'objet principal. – S'agissant de la demande issue du Tribunal de grande instance de Paris, après avoir classiquement rappelé le principe de l'interprétation stricte de l'éviction du contrôle du caractère abusif ainsi que la notion de clause fixant une prestation essentielle du contrat, la CJUE maintient sa position depuis longtemps acquise. Elle estime ainsi qu'il appartient à la juridiction de renvoi d'apprécier si la clause d'indexation déguisée et de risque de change fixe bien une prestation essentielle du débiteur, en rappelant toutefois que le fait qu'un crédit doit être remboursé dans une certaine monnaie a trait, en principe, non pas à une modalité accessoire de paiement, mais bien à la nature même de l'obligation du débiteur, constituant ainsi un élément essentiel d'un contrat de prêt²⁹³. Seule précision notable au cadre français : l'indifférence expresse dans le cadre de l'analyse de l'objet principal, du fait de savoir si la contestation du consommateur portait également sur les frais de change ou du fait que l'emprunteur bénéficiait contractuellement d'une option de conversion en euros à dates prédéterminées²⁹⁴.

À la demande formulée devant le Tribunal d'instance de Lagny-sur-Marne, s'agissant du caractère accessoire ou non des clauses d'imputation sur les intérêts, de fonctionnement du prêt et de sa prorogation éventuelle, potentiellement accompagnée d'un déplaçonnement des échéances, la Cour rend une interprétation plus originale en imposant une hiérarchie dans l'analyse de la juridiction de renvoi. Ainsi, dans un premier temps, face à l'argumentaire de la BNP PPF aux termes duquel la clause d'imputation ne serait que le reflet de dispositions

²⁹⁰ CJUE, 10 juin 2021, aff. jointes, C-776/19 à C-782/19, *BNP Paribas Personal Finance SA*, répondant aux questions préjudicielles transmises par le Tribunal de Grande Instance de Paris ; ainsi que, CJUE, 10 juin 2021, aff. C-609/19, *BNP Paribas Personal Finance SA*, répondant aux questions préjudicielles formulées devant le Tribunal d'instance de Lagny-sur-Marne.

²⁹¹ J-D. PELLIER, « Suite et fin de la saga des prêts libellés en francs suisses ? », D. act., 25 juin 2021.

²⁹² V. DE SENNEVILLE, « Helvet Immo : victoire des clients de BNP Paribas devant la justice européenne », Les Échos [en ligne], 10 juin 2021.

²⁹³ CJUE, 10 juin 2021, aff. jointes, C-776/19 à C-782/19, préc., pts. 57 et 58.

²⁹⁴ CJUE, 10 juin 2021, aff. jointes, C-776/19 à C-782/19, préc., pt. 59.

nationales (*ce qui est effectivement vérifiable à l'article 1343-1 du Code civil*), elle renvoie à la juridiction française le soin de vérifier cette similarité avant d'opérer toute autre appréciation. Ensuite, dans un second temps, elle rappelle que le fait pour un crédit d'être remboursable « *dans une certaine monnaie a trait, en principe, non pas à une modalité accessoire de paiement, mais bien à la nature même de l'obligation du débiteur* »²⁹⁵. Cependant, les clauses contestées « *ne se rapportent pas, de manière directe, au montant prêté ou aux intérêts du prêt devant être remboursés, ni à la fixation de la monnaie de compte et de paiement* » puisque celles-ci gèrent davantage « *les conséquences du changement de parité en précisant les règles de remboursement applicables en fonction des variations du taux de change* »²⁹⁶. Pour autant, cela ne signifie pas nécessairement que ces clauses soient accessoires, puisque la Cour relève enfin, qu'en l'espèce, ces clauses matérialisent également le taux d'intérêt rattaché à la monnaie de paiement, qui lui caractérise bien le prêt, rendant l'analyse plus complexe²⁹⁷, appréciation qu'il incombe en tout état de cause à la juridiction française d'opérer²⁹⁸.

En réalité, le constat que les clauses d'indexation, de risque de change, ou celles connexes puissent définir l'objet principal du contrat *Helvet Immo*, semble recevoir les faveurs du juge européen en filigrane, bien qu'il renvoie à la juridiction nationale le soin d'opérer son analyse *in concreto*. En tout état de cause, il n'y a donc plus guère de doute que dans le cadre de l'affaire *Helvet Immo*, l'appréciation actuellement retenue par les juridictions françaises se maintienne, renforçant les attentes autour de l'interprétation de la transparence à l'aune du contentieux français spécifique.

187. Une transparence « contextualisée » favorable aux emprunteurs de prêts en devises. – Si la (*re*)définition de l'objet principal du prêt *Helvet Immo* apparaît finalement assez vaine, la transparence de ce produit, dernier espoir de contestation possible, offre une interprétation européenne bien plus encourageante pour les emprunteurs. Sans revenir sur son appréciation délivrée et enrichie depuis l'arrêt *Kásler*, qui a pu être abordée au sein de cette étude²⁹⁹, il peut être remarqué que la Cour apporte des éléments d'analyse notables en ce qu'ils sont spécifiques au cadre de l'affaire *Helvet Immo*.

²⁹⁵ CJUE, 10 juin 2021, aff. C-609/19, préc., pt. 35

²⁹⁶ CJUE, 10 juin 2021, aff. C-609/19, préc., pt. 36.

²⁹⁷ CJUE, 10 juin 2021, aff. C-609/19, préc., pt. 37.

²⁹⁸ CJUE, 10 juin 2021, aff. C-609/19, préc., pt. 38.

²⁹⁹ Notamment eu égard de l'importance de l'information, compte-tenu du postulat d'infériorité du consommateur, et de l'aspect substantiel de la transparence induisant une compréhension, grammaticale et formelle mais également sur les conséquences potentiellement significatives que peut avoir la conclusion d'un contrat sur les obligations financières de

Relevons d'ailleurs dès maintenant, que si les questions portées par les juridictions de Paris et Lagny-sur-Marne, différaient en ce qu'elle questionnaient la transparence, pour la première, de la clause d'indexation déguisée et de risque de change supportée exclusivement par l'emprunteur, et pour la seconde, davantage des clauses matérialisant ce risque³⁰⁰, la CJUE a toutefois repris une argumentation pleinement similaire, qui entraîne dès lors de les traiter de façon jointe³⁰¹.

Ainsi, pour apprécier que le consommateur ait pu évaluer correctement la portée de son engagement et notamment le cout total de son emprunt, la Cour rappelle que doivent être analysés autant la clarté et compréhensibilité des clauses existantes, que le défaut de clauses pourtant essentielles eu égard de la nature du bien ou service (*ici le contrat de prêt en devises*)³⁰², et ce, indifféremment que la publicité ou les informations fournies l'aient été directement par le professionnel ou par tout autre personne ayant participé, au nom de celui-ci, à la commercialisation du prêt concerné³⁰³. À tous ces égards, et compte-tenu des constats de la juridiction de renvoi³⁰⁴, trois séries d'éléments apparaissent pertinents à relever, selon la CJUE, qui s'arroge ici le droit de s'impliquer de manière assez marquée dans l'analyse *in concreto*.

En premier lieu, la clarté et compréhensibilité passe par une information concrète, inscrite dans l'environnement économique pertinent. Ce faisant, si toute information sur le fonctionnement du mécanisme de change et du risque qui en découle est essentielle, la CJUE met de nouveau l'accent sur l'information sur l'ampleur de ce risque qui peut être encouru en cas de modification de parité défavorable à l'emprunteur. À défaut, cette information serait insuffisante pour permettre une prise de décision « *prudente* » et éclairée de la part du consommateur qui doit avoir conscience qu'une éventuelle dépréciation sera difficile à assumer. Pour cela, il est important que lui soit exposé les possibles variations des taux de change et les risques inhérents à la conclusion d'un tel contrat, ce risque étant le risque *réel* eu

l'emprunteur, ce qui passe par le fait de le mettre en mesure de comprendre le fonctionnement concret du mécanisme du prêt ainsi que, le cas échéant, la relation entre ce mécanisme et celui prescrit par d'autres clauses.

³⁰⁰ Les clauses de ce contrat stipulant que les paiements à échéances fixes sont imputés prioritairement sur les intérêts et prévoyant, afin de payer le solde du compte, l'allongement de la durée dudit contrat et l'augmentation du montant des mensualités.

³⁰¹ Seule la question portant sur la charge de la preuve, uniquement soumise par la juridiction de Paris, a fait l'objet de développements spécifiques dans le cadre des affaires jointes C-776/19 à C-782/19.

³⁰² CJUE, 10 juin 2021, aff. C-609/19, préc., pt 46 ; CJUE, 10 juin 2021, aff. jointes, C-776/19 à C-782/19, préc., pt. 67.

³⁰³ CJUE, 10 juin 2021, aff. C-609/19, préc., pt. 45 ; CJUE, 10 juin 2021, aff. jointes, C-776/19 à C-782/19, préc., pt. 66.

³⁰⁴ CJUE, 10 juin 2021, aff. C-609/19, préc., pt. 47 ; CJUE, 10 juin 2021, aff. jointes, C-776/19 à C-782/19, préc., pt. 68.

– Il ressort ainsi des dires des juridictions de Paris et de Lagny-sur-Marne que les requérants ont reçu un nombre important d'informations avant la souscription du prêt en cause au principal. Elle précise toutefois que ces informations ont été fondées sur l'hypothèse que la parité euro/franc suisse resterait stable. Le risque de change n'aurait toutefois été nullement mentionné

égard à toute la durée du contrat³⁰⁵. L'existence de simulations, déjà abordée dans de précédentes décisions³⁰⁶, est accueillie favorablement, encore qu'elles doivent refléter des données « *suffisante et exactes* » assorties d'appréciations objectives³⁰⁷. Cependant, l'ampleur du risque ne peut être décrite qu'en considération du contexte économique susceptible d'avoir des répercussions sur le taux de change. Or, cette exigence n'est pas remplie, si l'information repose sur l'hypothèse que la parité entre la monnaie de compte et la monnaie de paiement restera stable tout au long de la durée de ce contrat, et ce peu importe bien la quantité de données communiquées³⁰⁸. La Cour vise ici l'aspect préjudiciable de la crise économique mis en exergue par les emprunteurs et dont la BNP PPF, de par son expertise, aurait dû tenir compte pour leur livrer une information adéquate sur les risques et leur ampleur, notamment s'agissant des simulations. Toutes ces informations semblent être en effet restées fondées sur une stabilité du taux de change franc suisse – euro, n'indiquant que de potentielles variations marginales avoisinant les 5% alors que les variations réelles ont approché les 30%, une situation qui, puisqu'elle était prévisible, aurait dû être transmise aux emprunteurs, qui n'auraient peut-être pas pris ce risque de contracter un tel prêt.

En deuxième lieu, s'agissant de la carence d'éléments utiles à la compréhension du consommateur, la Cour évoque le langage utilisé dans toute la documentation - précontractuelle ou contractuelle – et tout particulièrement « *l'absence de termes ou d'explications* », pourtant essentiels en ce qu'ils permettraient d'avertir explicitement l'emprunteur de l'existence de risques particuliers inhérents à ce type de prêts. Un défaut, qui s'il était prouvé, suffirait à venir confirmer le non-respect de l'exigence de transparence³⁰⁹. La Cour fait ici très clairement allusion au constat de l'absence de mention du risque de change au sein des stipulations d'*Helvet Immo*, celui-ci semblant simplement se déduire (*ce qui est prohibé par l'exigence de transparence*) du fonctionnement global du prêt mais qui n'est parfois ni spécifiquement nommé, ni même *a fortiori* convenablement expliqué.

En troisième lieu, de manière plus générale, c'est l'incidence de l'existence d'une instance parallèle à celle qui pourrait avoir lieu sur le terrain des clause abusive qui est appréciée. Dans cette perspective, selon la Cour, la prise en compte d'une instance pénale est effectivement pertinente mais, uniquement comme « *un élément parmi d'autres* » qui ne « *saurait établir automatiquement et à lui seul que l'exigence de transparence [...] n'est pas satisfaite* », les

³⁰⁵ CJUE, 10 juin 2021, aff. C-609/19, préc., pt. 48 à 51 ; CJUE, 10 juin 2021, aff. jointes, C-776/19 à C-782/19, préc., pt. 69-72.

³⁰⁶ V. not., CJUE, 20 sept. 2018, aff. C-51/17, *OTP Bank Nyrt et a.*

³⁰⁷ CJUE, 10 juin 2021, aff. C-609/19, préc., pt. 52 ; CJUE, 10 juin 2021, aff. jointes, C-776/19 à C-782/19, préc., pt. 73.

³⁰⁸ CJUE, 10 juin 2021, aff. C-609/19, préc., pt. 53 ; CJUE, 10 juin 2021, aff. jointes, C-776/19 à C-782/19, préc., pt. 74.

³⁰⁹ CJUE, 10 juin 2021, aff. C-609/19, préc., pt. 54 ; CJUE, 10 juin 2021, aff. jointes, C-776/19 à C-782/19, préc., pt. 75.

circonstances propres au cas d'espèce devant nécessairement être examinées³¹⁰. À l'image des précédents éléments d'analyse, celui-ci renforce la particularité des décisions du 10 juin 2021 au cas français, et vont pouvoir servir d'appui aux juges civils notamment en considération de la connaissance du prêteur et du niveau de compréhension moyen établi par l'enquête pénale.

Enfin, c'est la question de la charge de la preuve, propre à la juridiction de Paris, qui est assez logiquement traitée favorablement pour le consommateur, puisque la directive « *s'oppose à ce que la charge de la preuve du caractère clair et compréhensible d'une clause contractuelle, [...] incombe au consommateur.* ». En effet, la directive vise justement à dissiper le déséquilibre entre le consommateur et le professionnel, résultant de la situation d'infériorité du premier et induisant du second une obligation d'information substantielle pour le professionnel. Dès lors, l'effectivité de ce rééquilibrage informationnel ne peut être qu'entravée s'il incombe au consommateur d'apporter la preuve d'un fait négatif (*i.e. que le professionnel, n'a pas rempli son obligation de transparence*). La Cour ajoute, par ailleurs, que le professionnel ne peut se dissimuler derrière le fait que certains documents aient été transmis non par lui mais par des intermédiaires, pour ne pas avoir à apporter la preuve du caractère clair et compréhensible des clauses, puisqu'il lui appartient « *de maîtriser les canaux de distribution de ses produits, qu'il s'agisse du choix des intermédiaires ou de la communication commerciale vis-à-vis du consommateur* ».

188. Un prêt teinté d'un caractère abusif. – Une fois encore, bien que les juridictions de Paris et Lagny-sur-Marne ait posé des questions légèrement différentes (*l'une critiquant la clause d'indexation et de risque de change compte-tenu de l'expertise du professionnel, l'autre critiquant les clauses matérialisant le risque de change*), la CJUE ne s'embarrasse pas d'établir un raisonnement variant entre ses décisions, renforçant la cohérence de son interprétation, et désapprouve assez nettement le produit *Helvet Immo* et ses conditions de commercialisation. En effet, selon la Cour :

« l'article 3, paragraphe 1, de la directive 93/13 doit être interprété en ce sens que les clauses d'un contrat de prêt qui prévoient que la devise étrangère est la monnaie de compte et que l'euro est la monnaie de paiement et qui ont pour effet de **faire porter le risque de change, sans qu'il soit plafonné, sur l'emprunteur, sont susceptibles de créer un déséquilibre significatif** entre les droits et les obligations des parties découlant dudit contrat au détriment du consommateur, **dès lors que le professionnel ne pouvait raisonnablement s'attendre, en respectant l'exigence de transparence à l'égard du consommateur, à ce que ce dernier accepte, à la suite d'une négociation individuelle, un risque disproportionné** de change qui résulte de telles clauses »³¹¹.

³¹⁰ CJUE, 10 juin 2021, aff. C-609/19, préc., pts. 55 et 56, CJUE, 10 juin 2021, aff. jointes, C-776/19 à C-782/19, préc., pts. 76 et 77.

³¹¹ CJUE, 10 juin 2021, aff. C-609/19, préc., pt. 71 ; CJUE, 10 juin 2021, aff. jointes, C-776/19 à C-782/19, préc., pt. 103.

Pour parvenir à ce résultat, la Cour use de développements très intéressants sur lesquels il est nécessaire de revenir tant ceux-ci apparaissent fort spécifiques à l'affaire *Helvet Immo*, surtout que de manière générale, comme nous avons pu le souligner, son dispositif doit être lu à la lumière de ses motifs.

D'une part, le mécanisme du prêt, bien que prévoyant « *que les deux parties subissent un risque de change* »³¹², présente en réalité, uniquement pour l'emprunteur, un risque non plafonné traduisant une disproportion « *par rapport aux prestations et au montant du prêt reçus, puisque l'application [des clauses du contrat] a pour conséquence que le consommateur doit supporter le coût de l'évolution des taux de change à terme* »³¹³. Une évolution qui peut le conduire à rembourser un capital restant bien plus important, au travers de mensualités ne couvrant *in fine* que les intérêts, surtout lorsque cette évolution défavorable n'est pas équilibrée « *par la différence entre le taux d'intérêt de la devise étrangère et celui de la devise nationale, [alors qu'une telle] différence constitue l'avantage principal d'un prêt libellé en devise étrangère pour l'emprunteur* »³¹⁴.

D'autre part, certes, ce risque semble « *disproportionné* » mais il aurait pu se voir « *neutralisé* » dans ses effets, si les exigences de transparence et de bonne foi avaient été réunies, ce qui ne semble pas être le cas ici. Le manque de transparence, déjà remis en cause dans les précédents développements, est en réalité même accru par le défaut de bonne foi, puisque celle-ci s'interprète comme « *l'obligation pour le juge de vérifier si le professionnel, en traitant de façon loyale et équitable avec le consommateur, pouvait raisonnablement s'attendre à ce que ce dernier accepte [une] clause à la suite d'une négociation individuelle* »³¹⁵. Or, il ressort des éléments de l'espèce, qu'il conviendra au juge interne de vérifier³¹⁶, que le professionnel disposait bien de « *connaissances et des moyens supérieurs [...] pour anticiper le risque de change* »³¹⁷, et qu'il n'en a malgré tout pas fait part au consommateur, ou dans des proportions singulièrement minimisées, soulignant ainsi qu'il ne pouvait décentement s'attendre à ce que celui-ci « *accepte de telles clauses à la suite d'une négociation* »³¹⁸.

³¹² CJUE, 10 juin 2021, aff. C-609/19, préc., pt. 63 ; CJUE, 10 juin 2021, aff. jointes, C-776/19 à C-782/19, préc., pt. 95.

³¹³ CJUE, 10 juin 2021, aff. C-609/19, préc., pt. 69 ; CJUE, 10 juin 2021, aff. jointes, C-776/19 à C-782/19, préc., pt. 101.

³¹⁴ CJUE, 10 juin 2021, aff. C-609/19, préc., pt. 69 ; CJUE, 10 juin 2021, aff. jointes, C-776/19 à C-782/19, préc., pt. 101.

³¹⁵ CJUE, 10 juin 2021, aff. C-609/19, préc., pt. 66 ; CJUE, 10 juin 2021, aff. jointes, C-776/19 à C-782/19, préc., pt. 98.

³¹⁶ Dans son pt. 99, la Cour de justice rappelle ainsi que pour apprécier le caractère abusif, le juge national doit *tenir compte de l'ensemble des circonstances dont le prêteur professionnel pouvait avoir connaissance au moment de la conclusion de ce contrat, compte tenu notamment de son expertise, en ce qui concerne les possibles variations des taux de change et les risques inhérents à la souscription d'un tel prêt et qui étaient de nature à avoir des répercussions sur l'exécution ultérieure du contrat ainsi que sur la situation juridique du consommateur* ».

³¹⁷ CJUE, 10 juin 2021, aff. C-609/19, préc., pt. 68 ; CJUE, 10 juin 2021, aff. jointes, C-776/19 à C-782/19, préc., pt. 100.

³¹⁸ CJUE, 10 juin 2021, aff. C-609/19, préc., pt. 70 ; CJUE, 10 juin 2021, aff. jointes, C-776/19 à C-782/19, préc., pt. 102.

Ainsi, avec bonne foi et transparence écartée, et une disproportion constatée, il n'en fallait pas davantage pour que la CJUE considère que la clause d'indexation et de risque de change, ainsi que celle relative au dé plafonnement des mensualités, soient susceptibles de déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. L'on notera d'ailleurs ici, que c'est bien le prisme du déséquilibre significatif qui est utilisé, dans une forme assez développée puisqu'autant le déséquilibre, le manque de transparence, et l'absence de bonne foi ont pu servir cumulativement d'indices à un tel constat. Voilà qui ne penche guère en faveur d'une interprétation trop extensive de l'arrêt *Amazon*³¹⁹ rendu en 2016, où semblait fait de la transparence, par le biais de l'induction en erreur du consommateur, un critère alternatif au déséquilibre significatif.

189. Une interprétation française de la prescription insuffisamment conforme. – Ne répondant cette fois que dans le cadre des questions préjudicielles transmises par le Tribunal de grande instance de Paris, la Cour de justice s'est vu offrir l'occasion d'approfondir sa jurisprudence face à des questions préjudicielles très exhaustives.

Ici, elle va plus loin que sa décision *Raiffeisen*³²⁰ puisqu'elle ne juge plus l'éventuelle imprescriptibilité légale de l'action en constatation d'une clause abusive comme uniquement conforme à la directive mais estime *sine qua none* l'existence d'une telle imprescriptibilité pour l'effectivité de la protection du consommateur³²¹, et ce peu importe le statut procédural de la demande³²². En effet, une clause abusive ne peut en aucun cas lier un consommateur et des moyens adéquats et efficace doivent nécessairement avoir été prévus pour faire cesser de manière générale l'application des clauses abusives³²³. À ce titre, l'on peut saluer la conformité jurisprudentielle française depuis l'arrêt de la première chambre civile de cassation rendu le 13 mars 2019 et dont la solution a été précisée et confirmée depuis.

S'agissant, à l'inverse des demandes restitutoires de sommes indûment versées, elle maintient avec cohérence son raisonnement antérieur, notamment tiré de la décision *Raiffeisen* et estime qu'un tel délai n'est pas incompatible avec le principe d'effectivité, « pour autant que son application ne rend pas en pratique impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par cette directive »³²⁴, ce qu'un délai de 3 à 5 ans, à

³¹⁹ CJUE, 28 juill. 2016, aff. C-191/15, *Verein für Konsumenteninformation c/ Amazon EU*.

³²⁰ CJUE, 09 juillet 2020, C-698/18, *Raiffeisen*, préc.

³²¹ CJUE, 10 juin 2021, aff. jointes, C-776/19 à C-782/19, préc., pt. 38.

³²² Autrement dit, peu importe que le consommateur soit demandeur ou défendeur à l'action.

³²³ CJUE, 10 juin 2021, aff. jointes, C-776/19 à C-782/19, préc., pt. 35 et 36.

³²⁴ CJUE, 10 juin 2021, aff. jointes, C-776/19 à C-782/19, préc., pts. 39 à 40.

l'instar du délai de droit commun français, peut parfaitement remplir³²⁵. Cependant, la conformité de la prescription française semble s'arrêter à ce délai « *raisonnable* », puisqu'en revanche, selon la Cour, l'interprétation jurisprudentielle du point de départ « *glissant* » ne permet pas une protection suffisamment effective³²⁶. En effet, le postulat de déséquilibre, notamment informationnel, et l'hypothèse de l'ignorance du consommateur du caractère abusif de certaines clauses ou d'une mauvaise perception de l'étendue de ses droits, ne joue pas en faveur d'un point de départ commençant à courir à la date de l'acceptation de l'offre de prêt, « *dès lors que ce délai risque d'avoir expiré avant même que le consommateur ne puisse avoir connaissance de la nature abusive d'une clause contenue dans le contrat en cause* »³²⁷. Ce qui était donc auparavant fortement suggéré par les observateurs, est devenu aujourd'hui une certitude : les juridictions françaises auront intérêt à interpréter bien plus favorablement la prescription quinquennale s'appliquant aux demandes en restitution.

190. Conclusion sur l'influence des questions préjudicielles françaises. – De nombreuses demandes préjudicielles demeurent encore pendantes devant la CJUE, mais nul doute que les arrêts du 10 juin 2021 viennent rebattre les cartes d'une jurisprudence française jugée trop sévère à l'égard des emprunteurs. La Cour a d'ailleurs pu opérer un double mouvement de renforcement de la protection puisqu'autant l'aspect matériel que procédural de la directive ont pu être abordé dans le cadre de ses décisions. Au niveau du fond, les contours de l'objet principal semblent demeurer intacts, *a contrario* de la transparence qui est spécifiquement réaffirmée du point de vue du risque réel, de son ampleur et du contexte économique ainsi que de l'absence de mentions essentielles et de l'intérêt d'une procédure ouverte devant la juridiction pénale. Elle poursuit son raisonnement avec l'appréciation du déséquilibre significatif en observant qu'outre la transparence, le prêt lui-même offrait une certaine dangerosité, dont le professionnel avait parfaitement connaissance, ajoutant ainsi à l'obscurité d'un contrat risqué, son manque de bonne foi. Cette mise en avant du déséquilibre significatif et non de la transparence pour évincer ce type de prêt, ne va certainement pas simplifier les questionnements entourant la portée de l'arrêt *Amazon* et de son induction en erreur. Sur le plan procédural, la CJUE renforce les perspectives des emprunteurs français qui, s'ils pouvaient espérer un jour voir écartées les clauses du prêt *Helvet Immo (dont celles d'indexation et de risque)*, n'envisageaient que peu la possibilité de pouvoir se faire restituer

³²⁵ CJUE, 10 juin 2021, aff. jointes, C-776/19 à C-782/19, préc., pt. 42.

³²⁶ CJUE, 10 juin 2021, aff. jointes, C-776/19 à C-782/19, préc., pts. 43 à 44.

³²⁷ CJUE, 10 juin 2021, aff. jointes, C-776/19 à C-782/19, préc., pts. 45 à 47.

les paiements effectués indûment sur le fondement de ces clauses. L'interprétation jurisprudentielle française du point de départ de la prescription quinquennale applicable ne jouant pas en faveur d'une connaissance effective de la clause, situation qui aurait fortement atténué la protection accordée par la directive, et qu'est venue désormais corriger la CJUE.

191. Conclusion sur l'infléchissement attendu de la Cour de cassation. – Finalement, c'est peut-être l'association du travail de la juridiction pénale à celui de l'office du juge européen qui va permettre d'enfin donner le change aux emprunteurs. Insuffisante *per se*, l'instance pénale avait néanmoins permis d'apporter un nouvel éclairage sur des éléments – tels que le contexte économique, la connaissance et l'expertise du professionnel, la mauvaise foi, l'inintelligibilité des clauses – qui s'ils n'avaient pas été retenus par les juridictions civiles, avaient probablement pu étayer l'argumentation présentes au sein des diverses questions préjudicielles étudiées. En retour, ces demandes se sont vues couronnées d'un succès quasi-total par l'interprétation favorable de la CJUE à la majorité des interrogations des emprunteurs. Cette dernière a d'ailleurs pu relever l'importance de l'instance pénale dans l'appréciation de la transparence des clauses d'*Helvet Immo*, éléments qui s'ils ne peuvent être seuls à fonder la décision des juges, pourront venir par synergie appuyer les autres constats opérées par les juridictions civiles.

Finalement, le *deus ex machina* aura-t-il vraiment lieu pour les emprunteurs ? Seul le temps y répondra, et c'est pourquoi une attention particulière devra être prêtée au retour de ces questions préjudicielles devant les juridictions internes, dont beaucoup ont depuis sursis à statuer dans l'attente de cette nouvelle interprétation européenne appliquée à la situation française.

192. Conclusion du Titre 2. – Comme il a pu l'être succinctement relevé dans l'introduction du présent titre, identifier une clause abusive n'a de réel effet que si cela s'inscrit dans un processus plus large d'éradication de celle-ci. À ce titre, l'appui procédural garanti en filigrane par la directive 93/13 en ses articles 6 et 7, s'est vu nettement renforcé via l'interprétation qui en a été donnée par la Cour de justice, notamment dans le cadre des prêts en devises, mais pas uniquement. Ce faisant, de nombreuses et utiles précisions ont été apportées autant du point de vue du devoir de relever d'office, que des sanctions et de la marge de manœuvre accordée au juge, en passant par une levée importante mais équilibrée de la prescription.

De manière générale, la mise en œuvre de cette vision procédurale par la Cour de cassation semble conforme puisqu'autant l'action (*provenant des parties*) ou l'intervention (*émanant du juge*) visant à constater le caractère abusif de clauses contractuelles consuméristes, sont désormais émancipés du joug de la prescription. Le doute demeure toutefois permis quant à la question des restitutions, dont nous avons pu supposer que la jurisprudence française actuelle ne serait pas en conformité avec la décision *Raiffeisen*, ce qu'a semblé confirmé la CJUE dans l'un de ses arrêts *BNP Paribas*.

A contrario, de manière plus spécifique au contentieux français des prêts en devises et particulièrement de l'affaire *Helvet Immo*, l'espoir d'une éradication semble, depuis plusieurs années, être « *grippé* », du fait de l'enracinement d'une position inflexible de la part de la Cour de cassation à l'égard des emprunteurs³²⁸. Or, les récentes instances pénales et décisions européennes vont peut-être justement permettre d'inverser la tendance. Indirectement, l'éradication des clauses *Helvet Immo* pourrait, en effet, être favorisée par le déroulement de l'instance pénale et la révélation d'éléments porteurs de suspicion à l'égard des manœuvres opérées par la banque défenderesse. Directement, l'éradication des clauses *Helvet Immo* semble hautement probable de par l'influence des récentes décisions *BNP Paribas* de la CJUE. Autrefois un débat théorique, la possibilité d'un assainissement des prêts français en devises, apparaît donc bel et bien réelle par le biais d'instances parallèles aux juridictions civiles, chacune étant venue, à sa manière, se désolidariser de la position de la Cour de cassation.

³²⁸ La Haute juridiction, rappelons-le, ne veut pas apprécier le caractère abusif des clauses contenues dans les contrats de prêts *Helvet Immo*, en ce qu'elles définiraient l'objet principale du contrat et seraient claires et compréhensibles. Pour des développements plus précis sur la question, v. *supra*, § 104 et s.

*Il est aussi noble de tendre à l'équilibre qu'à la perfection ;
car c'est une perfection que de garder l'équilibre.*

~ J. GRENIER, *Nouveau Lexique*³²⁹

CONCLUSIONS

193. Le marché du crédit européen, de par ses importantes implications économiques et son constant besoin d'innovation démontre une fois encore qu'il constitue un formidable moyen de tester l'efficacité de la police des clauses abusives. Certes, l'accélération des échanges, la société de consommation et le progrès technique ont progressivement justifié que la conclusion des contrats de masse proposés par ce secteur soit progressivement encadrée par des réglementations européennes ou nationales et notamment par des obligations d'information toujours plus exhaustives. Cependant, il ne faut pas oublier que le crédit, présentant un caractère incontournable dans les sociétés développées, concerne un nombre considérable de consommateurs dans le cadre du marché unique européen. Or, cette masse d'emprunteurs potentiels fait face à un nombre limité de professionnels habilités à octroyer de tels crédits et dont les velléités de différenciation ont conduit à l'émergence de produits complexes voire dangereux. Par conséquent, ce sont autant d'éléments propices à l'émergence d'un potentiel déséquilibre entre les droits et obligations de ces parties prenantes.

Dans cette perspective, les règles tirées de la directive 93/13 ont ainsi été récemment particulièrement éprouvées, notamment mais pas uniquement, au regard du contentieux des prêts en devises. En premier lieu, c'est la dimension matérielle de la protection et sa notion de clause abusive qui a été mise à mal puisque son appréciation s'est retrouvée tout d'abord évincée en ce que les clauses contestées, inscrites dans une mécanique globale, sont apparues porter sur la définition du contrat. Ce faisant, seule un défaut de transparence pouvait les réintroduire dans le cadre de l'analyse judiciaire, ceci compte-tenu du fait que les professionnels avaient *a priori* informé convenablement leur client par la présentation de nombreuses explications certes complexes mais souvent exhaustives. Par ailleurs, dans le cadre français, c'est l'analyse même du déséquilibre significatif qui est apparue très

³²⁹ J. GRENIER, *Nouveau Lexique*, Montpellier 1969.

défavorable aux emprunteurs en ce qu'elle imposait qu'il soit caractérisé uniquement si l'ensemble du risque de change reposait sur leurs épaules, alors que les contrats proposés envisageaient autant des possibilités de hausse comme de baisse de leurs mensualités (*et partant défavorable à l'établissement prêteur*). En second lieu, les récents évènements judiciaires, notamment tiré du contentieux *Helvet Immo*, ont été l'occasion de rappeler l'importance de la dimension procédurale de la directive, puisqu'autant des problématiques de relever d'office, de sanction et de prescription ont pu paraître engrener les rouages de la protection du consommateur.

194. Toutefois, si les spécificités des produits offerts par le marché du crédit européen ont pu mettre à mal la protection des consommateurs sur le plan des clauses abusives, elles ont aussi permis de démontrer les capacités de la directive à délivrer des solutions autant *efficaces* qu'*effective*, à la mesure de la complexité des enjeux rencontrés.

Dans un premier temps, l'efficacité de la police des clauses abusives va se manifester dans le cadre du versant *matériel* de la directive qui va se voir étendu témoignant ainsi d'une véritable *résilience* des règles originelles face à des problématiques exceptionnelles que peuvent connaître les consommateurs européens. En effet, sous la plume de la CJUE, vont pouvoir être interprétées plusieurs des notions cristallisant les problématiques du contentieux des prêts en devises pour les adapter aux enjeux de celui-ci. Pour commencer, l'objet principal, va ainsi se traduire de manière restrictive – afin de préserver *a maxima* la protection octroyée au consommateur et recouvrir uniquement les clauses fixant les prestations essentielles du contrat, celles sans lesquels il ne peut subsister sans changer de caractéristiques fondamentales. Cependant, c'est surtout le caractère clair et compréhensible qui va prendre une dimension matérielle inattendue, exigeant du professionnel des explications plus précises du mécanisme concret du prêt en cause ainsi que de ses conséquences économiques pour le consommateur. Ainsi, même si les stipulations étaient formellement exhaustives cela est désormais insuffisant. Cette obligation de transparence semble donc quasiment se confondre avec une obligation d'information où la Cour rappelle que les connaissances et compétences du professionnelles en tant qu'expert seront autant d'éléments à charge dans l'appréciation du juge.

Dans un deuxième temps, l'effectivité de la police des clauses abusives va se traduire au sein de sa dimension *procédurale* qui, tout en étant aujourd'hui l'une des plus développées, permet la délivrance de solutions motivées par la recherche d'un *équilibre* économique et juridique. En premier lieu, le devoir de relevé d'office du juge, aujourd'hui étendu à toutes les

règles de droit de la consommation mais originellement issu du droit des clauses abusives, contribue à voir réellement neutralisées les clauses entachées en dépit du fait qu'elles n'aient pu être repérées par le consommateur lui-même. En deuxième lieu, la sanction se veut dissuasive mais conciliante, puisque certes l'effet de la clause disparaît et ce rétroactivement, permettant un juste *statu quo ante* au consommateur, mais cela ne doit pas en principe entraîner la disparition du contrat. En effet, il s'agit là de préserver une certaine continuité de la vie économique. Mais ce maintien peut également être justifié par la protection du consommateur, puisque la CJUE, en présence d'un contrat encourant malgré tout la nullité, permet au juge de pouvoir lui substituer des dispositions nationales supplétives dès lors que ladite nullité pourrait avoir des conséquences particulièrement préjudiciables pour le consommateur. Face à cet office étendue, la Cour de justice a d'ailleurs su conserver au consommateur une place de choix, puisque même dans cette extrémité, ce dernier semble conserver le privilège de pouvoir décider de la sanction qu'il souhaite se voir appliqué (*nullité ou substitution*). En troisième et dernier lieu, la prescription a été lourdement infléchie au profit de l'effectivité de la directive puisque si la CJUE le sous-entendait déjà depuis l'arrêt *Cofidis*, elle l'a désormais confirmé dans le cadre de sa décision *Raiffeisen* et surtout *BNP Paribas*. Néanmoins, elle a tenu à distinguer entre l'action en constatation et l'action en restitution, la seconde restant soumise à un délai raisonnable de prescription, à condition toutefois que son point de départ soit objectif. Une fois encore, la protection du consommateur est accrue, mais la sécurité juridique n'est pas annihilée complètement, permettant le maintien d'une confiance des opérateurs économiques.

Dans un troisième temps, de manière plus auxiliaire, c'est l'influence européenne dans la mise en œuvre de la police des clauses abusives qui va apparaître d'une utilité certaine, spécifiquement au regard du contentieux français des prêts en devises (*Helvet Immo*). En effet, certes, le législateur français a permis aux consommateurs nationaux de bénéficier d'une transposition désormais conforme avec notamment une sanction du réputé non écrit reflétant bien le caractère non contraignant d'une clause abusive, tel qu'énoncé dans la directive. Cependant, la Haute juridiction, de son côté, a adopté une mise en œuvre plus critiquable de certains éléments de la protection, et ce, eu égard à la nouvelle vision de la Cour de justice. Partant, si sa lecture de l'objet principal, du relevé d'office et d'une partie de la prescription est conforme, d'autres solutions apparaissent de plus en plus en opposition avec la lecture européenne. Or, cette position peut être, en partie, infléchie de par la primauté européenne dans l'interprétation du droit de l'Union. Dans cette perspective, les décisions *BNP Paribas*, se sont posées en quasi complète contradiction avec les solutions rendues par la Cour de

cassation. Pour commencer, la CJUE considère l'appréciation de la transparence matérielle non conforme, notamment eu égard des connaissances de l'établissement de crédit qui ne pouvait ainsi décentement ignorer les conséquences néfastes pour les consommateurs, compte-tenu de la crise de 2008. Ensuite, la vision française du déséquilibre significatif comme faisant peser uniquement le risque de change sur l'emprunteur est perçue comme trop étreinte puisqu'une telle disproportion peut bien exister malgré tout et qu'elle nécessite surtout d'être appréciée compte-tenu des moyens supérieurs du professionnel, et plus largement du respect de l'exigence de transparence et de bonne foi. Enfin, c'est l'appréciation des juges français quant à la prescription des délais de restitutions et de leur point de départ qui apparaît également non conforme. Bien entendu, d'autres questions à la marge restent en suspens (*telle que celle du choix du consommateur dans la substitution d'une clause ou la nullité du contrat qui ne semble pas pris en compte en France*), mais l'appui de la Cour de Justice démontre que les consommateurs peuvent toujours la solliciter pour voir appliquer effectivement et efficacement la protection qu'elle tire de la directive 93/13.

195. En revanche, pour efficiente qu'elle soit, la mise en œuvre de la police des clauses abusives n'en demeure pas moins exempte de limites intrinsèques. D'une part, elle est bien évidemment dépendante d'une mise en œuvre conforme par les juridictions nationales, ce qui dans le cas des prêts français en devises s'est avérée ambivalent. Certes, l'appui de la Cour de justice peut toujours être demandé, mais remettre en cause les juridictions nationales ne va pas forcément immédiatement de soi pour les consommateurs. Or, dans le cadre des prêts en devises, malgré une décision *BNP Paribas* porteuse d'espoir pour les emprunteurs, nombre sont ceux qui se sont déjà vus appliqués une solution revêtue de la force jugée, et dont il est désormais impossible d'en contester le contenu. D'autre part, les sanctions sont peut-être équilibrées mais selon les aveux même de la Commission, elles peinent à réellement « *endiguer* » l'usage des clauses abusives à long terme. Pour autant, faire de nouvelles sanctions paraît également un ouvrage complexe puisque si elles doivent contribuer à assainir le marché du crédit des clauses abusives, elles ne doivent pas non plus tendre à affaiblir voire dissuader l'activité au sein de ce dernier.

196. À tous ces égards, il apparaît, aujourd'hui plus qu'hier, que la protection issue de la directive 93/13 demeure un puissant outil pour assainir le marché du crédit, fort d'une dimension matérielle et procédurale désormais exceptionnellement étendue. Ce faisant, en dépit de nombreuses réglementations successives, c'est le droit des clauses abusives qui

apparaît une nouvelle fois comme « *le mur porteur de l'édifice dressé par Bruxelles pour protéger les consommateurs* »³³⁰. Ainsi, dans le cadre des prêts en devises, tout en étant animée d'une volonté de rééquilibrer les positions des parties au contrat, la protection a démontré sa capacité à fournir des solutions protectrices mais proportionnées, ne venant pas perturber tout l'écosystème du crédit. La CJUE opère d'ailleurs désormais un contrôle très important dans le cadre des mécanismes de taux, puisqu'à l'instar du taux de change, elle est venue également subordonner à des conditions très spécifiques, la clause d'intérêt variable. Ce mécanisme, déjà évoqué dans le cadre de cette étude, appellerait, bien entendu de nombreux autres développements, tant son usage est encore plus répandu que l'indexation.

Finalement, après avoir enrichi le droit du crédit, le contentieux des prêts en devises a donc indéniablement contribué au développement du droit des clauses abusives³³¹. Demeure encore, côté français, à voir si la Cour de cassation se conformera aux prescriptions européennes, mais son argumentaire devient indéniablement difficile à maintenir, surtout, si celle-ci souhaite assurer une cohérence au droit interne, compte tenu des solutions apportées par l'instance pénale toujours en cours.

La remise en cause de la police des clauses abusives se pose donc davantage s'agissant de son maintien dans la durée, car une législation en ce qu'elle est écrite est nécessairement sujette à une certaine obsolescence qui, si elle n'est pas programmée, n'en est pas moins inéluctable. Or, les évolutions techniques s'accroissant exponentiellement, nul doute que le marché du crédit connaîtra de nombreuses autres évolutions porteuses de nouvelles techniques contractuelles qui nécessiteront une nouvelle fois l'appui indéfectible de la directive *Clauses abusives* et de son interprétation innovante par la Cour de justice.

³³⁰ M. ROUSSILLE, « *Clauses abusives dans les contrats de crédit : comment la CJUE garantit l'effectivité des droits des consommateurs* », *Gaz. Pal.* 20 oct. 2020, n° 389e6, p. 46.

³³¹ D. LEGAIS, « *Prêts libellés en devises étrangères* », *RTD Com.* 2019 p.742.

• BIBLIOGRAPHIE •

OUVRAGES GÉNÉRAUX

J. CALAIS-AULOY, H. TEMPLE., M. DEPINCE, *Droit de la consommation*, Dalloz, Précis, 10e éd., 2020.

M. MIGNOT, J. LASSERRE CAPDEVILLE et a., *Droit bancaire*, Dalloz, Précis, 2e éd., 2019.

N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, et al., *Les contrats de consommation. Règles communes*, 2e éd., 2018.

OUVRAGES SPÉCIAUX ET THÈSES

S. CHAUDOUET, *Le déséquilibre significatif*, préf. N. Ferrier, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2021, t. 609.

C. PÈRES, *La règle supplétive*, préf. G. Viney, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2004, t. 421.

ARTICLES, ÉTUDES ET AUTRES PUBLICATIONS

C. AUBERT DE VINCELLES, « Chronique Droit européen des obligations – Protection des emprunteurs immobiliers », RTD eur. 2014. 715.

H. AUBRY, É. POILLOT, N. SAUPHANOR-BROUILLAUD,

- « Droit de la consommation - janvier 2019 à décembre 2019 », D. 2020, p.624.

- « Droit de la consommation - janvier 2020 à décembre 2020 », D. 2021, p.594.

H. BARBIER,

- « L'action en réputé non écrit est-elle imprescriptible ? », RTD Civ. 2019, p.334.

- « De l'engouement contemporain pour l'imprescriptibilité », RTD Civ. 2019, p.586.

- « La concurrence désordonnée entre le réputé non écrit et la nullité partielle », RTD Civ. 2021, p.124.

É. BAZIN,

- « Modalités du recours des consommateurs en présence d'une clause abusive dans un prêt en devise étrangère », AJ contrat, 2018, p.383.

- « Toujours sur le caractère abusif des clauses figurant dans un prêt en devise étrangère », AJ contrat 2018 p.431.

D. BERLIN, « Obscurité des clauses contractuelles... et de la directive », JCP 2014, n° 564.

T. BONNEAU, « Les clauses indexant le montant du prêt sur le Franc suisse sont-elles abusives et doivent-elles faire l'objet d'une mise en garde ? », JCP G 2017, 532.

B. BRIGNON, « Prise de position exigeante du juge européen sur les prêts en devise étrangère – Cour de justice de l'Union européenne 20 septembre 2017 », AJ contrat 2017. 484

F. CAMPAGNOLA, « Bonne foi et loyauté en droit des contrats », Village de la justice [en ligne], Actualité juridique, 29 juin 2018 [Consulté le 29/05/2021] Disponible à l'adresse

G. CATTALANO

- « Prêts en francs suisses : peu d'espoir pour les emprunteurs », Defrénois, 15 nov. 2018, n° 141n8, p. 27.

- « Le juge peut-il relever d'office un moyen prescrit », RDC 2018, n° 115s1, p. 579

- « Clauses abusives et prêt en francs suisses : retour sur la transparence des clauses », RDC 2019, n° 115y5, p. 109.

- « Clause abusive : la Cour de cassation ouvre-t-elle la porte de l'éternité ? », RDC 2019, n° 116f3, p. 73
- « Clauses abusives : une prescription à deux vitesses n'est pas contraire au droit de l'Union », LEDC sept. 2020, n° 113g3, p. 1
- G. **CHANTEPIE**, N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Déséquilibre significatif », Rép. Civ. 2019
- H. **CLARET**, « Chronique de contrats spéciaux (2ème partie) », LPA 12 juin 2018, n° 137c5, p.4.
- A. **ETIENNEY-DE SAINTE MARIE**, « À propos des emprunts toxiques : le réputé non écrit est imprescriptible... et autres solutions entre droit commun des contrats et droit de la consommation », D. 2019, p.1033.
- X. **HENRY**,
 - « Contentieux civil Helvet Immo. De quelques questions toujours sans réponse », D. 2020, p.223.
 - « Synthèse de jurisprudence – Prêt indexé sur le franc suisse, Observatoires des contentieux », Obs. n° 9, 02 janvier 2021.
- D. **HOUTCIEFF**, « Ce qui est réputé non écrit se prescrit-il ? », Gaz. Pal. 17 sept. 2019, n° 358u4, p. 23.
- N. **KILGUS**, « L'encadrement du crédit immobilier en devises », Gaz. Pal. LPA, 01 juin. 2018, n° 131r2, p.39.
- C. **KLEINER**,
 - « Les prêts libellés en devises octroyés aux particuliers : l'inutile réforme ? », RDBF 2017, dossier 20, n° 26.
 - « L'obligation de relever d'office le caractère abusif des prêts en devises : une avancée, mais tout n'est pas joué », D. 2017. 1893.
 - « Emprunts en devises : application du principe d'interdiction du paiement en monnaie étrangère pour les contrats internes », Gaz. Pal. 23 oct. 2018, n° 333r0, p. 61.
- A. **LABADI**, « La transposition de la directive 93/13 relative aux clauses abusives en droit allemand et français », *Les Blogs Pédagogiques de l'Université Paris Nanterre, MBDE, Rapports Droit Interne et Droit International ou Européen*, 15 septembre 2009.
- J. **LASSERRE CAPDEVILLE**,
 - « Nouvelles précisions intéressant les prêts en devise », Gaz. Pal. 11 sept. 2018, n° 330t6, p. 20.
 - « Prêts en devise : confirmations et nouveautés de la Cour de cassation », D. 2020, p. 135.
- D. **LEGEAIS**,
 - « Emprunts toxiques », RTD Com. 2018, p.999.
 - « Appréciation du caractère abusif des clauses relatives aux prêts libellés en devises étrangères », RTD Com. 2019, p.463.
 - « Prêts libellés en devises étrangères », RTD Com. 2019 p.742.
- V. **LEGRAND**, « La portée et l'étendue de l'office du juge national en matière de clauses », AJ contrat 2020, p.292.
- D. R. **MARTIN**, H. **SYNVET**, « Droit bancaire - juillet 2018 à septembre 2019 », D. 2019 p.2009.
- N. **MAUMONT**, « Retour sur les clauses abusives des prêts libellés en devise étrangère », JADE, 16 juillet 2019, n°18.
- D. **MAZEAUD**, « Protection des consommateurs contre les clauses abusives, la Cour de cassation va *piano* », D. 2018, p. 1355.
- J. **MOREAU**, « Prêt libellé en francs suisses et clauses abusives », AJDI 2018, p.871.
- J. **MOREL-MAROGER**, « Prêts Helvet Immo : après les échecs au civil, une première victoire au pénal », Gaz. Pal. 9 juin 2020, n° 379y4, p. 71.
- S. **MORACCHINI-ZEIDENBERG**,
 - « Clauses abusives : précisions procédurales et matérielles », JADE, 2013.
 - « Clauses abusives : précisions sur la notion de déséquilibre significatif », JCP E, n° 14, 03 avr. 2014, 1177.
 - « Clauses abusives : étendue du contrôle, étendue de la sanction », JCP E 2014, n° 1482.

J-D. PELLIER,

- « Le retour en grâce des prêts libellés en francs suisses », D. act., 17 mai 2018.
- « Retour sur l'office du juge en matière de crédit à la consommation », AJ contrat 2020, p.469.
- « Précisions sur l'action en restitution consécutive à la nullité d'une clause abusive, D. act., 03 sept. 2020
- « Suite et fin de la saga des prêts libellés en francs suisses ? », D. act., 25 juin 2021

S. PIEDELIÈVRE,

- « Clauses abusives et prêt en devises étrangères », Gaz. Pal. 19 juin 2014, n° 182a7, p. 16.
- « Prêts en devises étrangères et clauses abusives », Gaz. Pal. 2 avril 2019, n° 345u6, p. 33.

E. POILLOT, « Le contrôle de la transparence matérielle des clauses portant sur l'objet du contrat : une nouvelle arme en matière de lutte contre les clauses abusives », D. 2017, p. 1096.

O. POINDRON, J. MOREAU, « Affaire Helvet Immo : clap de fin pour les emprunteurs ? », AJDI 2019, p.708.

L. ROLLAND, « 'Qui dit contractuel, dit juste.'(Fouillée) ... en trois petits bonds, à reculons », (2006) 51 R.D. McGill.

M. ROUSSILLE,

- « Affaire des prêts en francs suisses : le flop ! », Gaz. Pal. 08 mars 2016, n° 259k5, p. 66.
- « Charivari en vue en matière de prêts en devises : annulation de certains prêts, clauses abusives dans d'autres », Gaz. Pal. 13 juin 2017, n° 297k4, p. 62.
- « La cour d'appel de Paris ne voit pas de clauses abusives dans le contrat Helvet Immo », Gaz. Pal. 14 nov. 2017, n° 306y0, p. 63.
- « L'affaire Helvet Immo et l'épineuse question des clauses abusives dans les prêts en devises », Gaz. Pal. 13 juin 2017, n° 297f0, p. 49.
- « Prêts en francs suisses : consolidation des solutions », Gaz. Pal. 25 févr. 2020, n° 371k5, p. 59.
- « Clauses abusives dans les contrats de crédit : comment la CJUE garantit l'effectivité des droits des consommateurs », Gaz. Pal. 20 oct. 2020, n° 389e6, p. 46.

T. SAMIN, S. TORCK, « Les prêts Helvet Immo à l'épreuve du droit consommériste », RD banc. et fin., n°4, juillet 2017, comm. 144.

N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Les remèdes en droit de la consommation : clauses noires, clauses grises, clauses blanches, clauses prosrites par la jurisprudence et la Commission des clauses abusives », RDC 2009, n° RDCO2009-4-062, p. 1629.

RAPPORTS, AVIS ET RECOMMANDATIONS

COMMISSION DES CLAUSES ABUSIVES,

- *Recommandation n° 87-03 relative aux contrats proposés par les clubs de sport à caractère lucratif*, 28 juin 1987.
- *Recommandation, n° 94-04 concernant les contrats de locations saisonnières*, 1^{er} juillet 1994
- *Recommandation n°96-02 relative aux locations de véhicules automobiles*, 14 juin 1996
- *Recommandation n° 14-02 relative aux contrats de fourniture de services de réseaux sociaux*, 7 novembre 2014.
- *Recommandation, n° 17-02 ayant trait aux contrats relatifs aux services de médias audiovisuels à la demande (SMAD)*, 7 décembre 2017.
- *Recommandation n° 20-01 relative aux contrats de location de moyens de transports individuels en libre-service*, 30 septembre 2020.

COMMISSION DES LOIS DU SÉNAT, *Pour un droit de la prescription moderne et cohérent*, Rapport d'information, Paris, 2007, p. 3.

COMMISSION EUROPÉENNE,

- *Sur l'application de la directive 93/13/CEE du conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs*, Rapport de la commission, 27 avr. 2000, COM(2000)248 final

- *Orientations relatives à l'interprétation et à l'application de la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs*, Communication de la Commission, 22 juill. 2019, C(2019)5325 final.

COUR DE CASSATION, *Les délais de prescription : la sanction de la négligence à faire valoir (chapitre 2)*, Rapport annuel – Le temps, 2014.

REVUE DE PRESSE

M. CHARREL, V. CHOCRON, « Dix ans après la crise financière, 'il ne faut pas compter sur le secteur pour être raisonnable' », *Le Monde* [en ligne], 14 sept. 2018.

D. DENUIT, « Prêts toxiques de BNP Paribas : une condamnation record et des victimes soulagées », *Le Parisien* [en ligne], 03 mars 2020.

V. DE SENNEVILLE, « Helvet Immo : victoire des clients de BNP Paribas devant la justice européenne », *Les Échos* [en ligne], 10 juin 2021.

D. FORTIN, « Le banquier et le philosophe : une nouvelle lecture de la crise – Interview de R-P. Droit et F. Henrot – », *Les Échos* [en ligne], 24 fév. 2010.

« **Krach** en Suisse : la Pologne et la Croatie dans la tourmente », *Le Figaro* [en ligne], 15 janv. 2015.

« **La** crise du coronavirus bien pire que celle de 2008, juge l'ex-n°1 de la Banque d'Angleterre », *Capital, Entreprises et Marchés* [en ligne], 23 fév. 2020.

« **Le** coronavirus fera souffrir l'économie mondiale pendant des années, avertit l'OCDE », *Capital, Entreprises et Marchés* [en ligne], 23 fév. 2020.

H. ROUSSEAU, « Krach boursier en Suisse après une décision monétaire historique », *Le Figaro*, 15 janv. 2015.

L. SANCHEZ, « Il y a dix ans : la faillite de Lehman Brothers déclenche la crise financière », *TV5MONDE*, 16 sept. 2018.

F. SCHMIDIGER, « Emprunts en devise : le Crédit Agricole condamné », *Le Figaro Particuliers*, 29 août 2018.

DICTIONNAIRE

G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 10^e éd., 2014, p. 792 ?

• INDEX ALPHABÉTIQUE •

Les numéros renvoient aux numéros de paragraphes.

— A —

Abus (v. appréciation du caractère abusif)

Accessoire :

clause — (v. ce mot)

ACPR : 5, 21.

Action :

— de groupe, 22, 88, 139.

— en constatation (contestation) d'une clause abusive, 88, 134, 153, 160, 189, 193.

— en restitution, **135, 146**, 153, **158**, 159, 160, 183, **189**.

— en responsabilité, 139.

Adhésion :

contrat d'— (v. ce mot)

Ambiguïté (v. transparence classique)

Annulation (v. nullité)

Appréciation :

— du caractère abusif
notion, 76, 77.

partage de compétence (v. articulation)

analyse in abstracto, 79, 80, 81, 116.

contexte, 83, 84.

circonstances, 83, 85, 86, 110, 111, 117, 181, 187, 188.

principe de l'exclusion de l'—, 17, 28, 29, 31.

et transparence, confusion (v. transparence)

existence de l'— dans les prêts en devises, 130, 144, 182, 188.

— de l'objet principal du contrat (v. objet principal)

— du caractère clair et compréhensible (v. transparence)

Articulation

— entre règles consuméristes et droit commun, 72.

— de l'appréciation des notions entre les

juridictions, 18, 38, 44, 78.

— B —

Bancaire (droit), 10.

BNP Paribas :

établissement, 9, 22, 105, 139, 160, 170.

prêts (v. Helvet Immo)

arrêts de la CJUE, 51, 102, 113, **185 et s.**

Bonne foi

— et caractère abusif, 76, 77, 87, 102, 111, 182, 188.

— et transparence, **98**, 102, **111**, 181.

— et aspect pénal, 167, 170.

— C —

Caractère non contraignant (d'une clause)

Caractéristique

— fondamentale, 43, 44, 51, 53.

Clarté (v. transparence)

Clause :

— accessoire, notion, 30.

— principale (v. prestation essentielle)

— illicite, aspect monétaire, 5, 8, 130.

— abusive (v. appréciation du caractère abusif)

— d'indexation (v. indexation)

— de risque de change (v. risque de change)

— connexe, 18, 50, 52, 186.

Champ d'application de la directive 93/13 : 15.

Circonstance (circonstanciée) :

appréciation — (v. appréciation du caractère abusif)

Commission des clauses abusives (CCA) : 63, 65, 90.

Commission européenne :

Rapport, année 2000, 14. 57. 123. 134. 135. 138. 149.

Orientations, année 2019, 102, 119, 123, 134, 135. 140, 149, 153, 158.

Compréhensibilité (v. transparence)

Connexité (v. clause connexe)

Consommateur moyen : 88, 95, 96, 97, 99, 100, 105, 106, 112, 114, 168.

Contexte (contextualisée) :

appréciation — (voir appréciation du caractère abusif)

Contrat d'adhésion : 58, 59, 71, 72, 85.

Contrôle (v. appréciation)

— D —

Directive européenne (notion) :

— 1993/13/CE, 12, 14, 15, 16.

— 2005/29/CE, 96.

— 2014/17/UE, 20.

Disposition supplétive : 80, 142, 143, 144, 145, 147, 194.

Disproportion, prêts en devises : 188.

Déséquilibre :

— significatif (v. appréciation du caractère abusif)

— informationnel, 12, 58, 59, 63, 93, 115.

— E —

Effectivité (principe d') : 30, 116, **119**, **123**, 130, **134**, **135**, 147, **152**, 153, 154, 158, **159**, 160, 161, 181, 183, 187, 189, 193.

Équilibre :

— contractuel, 13, 71.
— des prestations, 31, 61.
— réel, 40.

Équivalence (principe d') : 119, 123, 134, 153, 158, 159, 160.

Essentielle :

prestation — (v. ce mot)

— F —

Faible

partie —, (v. ce mot)

— G —

Global (v. mécanisme)

— H —

Helvet Immo (litige, prêt) : **4**, **9**, **18**, 52, 65, 102, **105**, 113, 117, 118, 128, 130, 139, 166, 167, 172, 176, 177, 178, 180, 181, 184, 185, 186, **187**, **188**, 191, 193, 194.

— I —

Imprescriptibilité (v. prescription)

Indexation :

Contexte de l'—, 5, 7, 9, 11, 17.

— et objet principal, 17.

mise en œuvre européenne, **34 et s.**, **40**, **43**, 44, 52, 53, 117, **187**, 191, 195.

mise en œuvre française, **45 et s.**, 53, 117, **187**, 191, 195.

— et transparence, 17.

mise en œuvre européenne, **94 et s.**, 97, 100, 103, 104, 114 et s., 117, 188, 189, 191, 195.

mise en œuvre française, **106, et s.**, 117, 182, **188**, 189, 191, 192, 195.

— et substitution (v. ce mot)

Induction en erreur : 82.

Intention :

— commune, 27, **70**, 71.

Interprétation in favorem : 68, **71**, **73**, 74, 90, 91, 115, 116.

Instance pénale :

— et BNP PPF, 166, 167, 168, 169, 170, 175.

— et juridictions civiles, 172, 173, 174, 175.

— J —

Juge :

Office du —, 17, 51, 70, 105, **121 et s.**, 126, 130, 147, 155, 162, 191, 194.

Relevé d'office (v. ce mot)

— L —

Lésion (c/ règles consommateurs) : 13, 29, 31.

Loi

— de transposition (v. ce mot)

— d'encadrement des prêts en devises, 21.

— M —

Matérielle (v. transparence)

Mécanisme (global) : 49, 112, 141, 180, 187, 193.

Mise en œuvre

— de l'objet principal (v. objet principal)

— du caractère clair et compréhensible (v. transparence)

Monétaire (v. nullité du contrat)

— N —

Nullité :

— de la clause abusive (v. réputé non écrit)

— du contrat :

droit monétaire, 8, 45, 51, 130.

droit des clauses abusives, 137, 141, 143, 144, 145, 148, 195.

— et réputé non écrit, 138, 155, 156, 157.

— O —

Objet principal du contrat

Approche doctrinale, 27, 32, 40.

Approche européenne (v. prestation essentielle)

— et clause d'indexation (v. indexation)

— et clause de risque de change (v. risque de change)

Obligation

— essentielle, 40, 81.

Obscurité (v. transparence classique)

Ordre public : 73, 120, 127, 137.

— P —

Partie faible : 12, 156.

Pénal (v. instance pénale)

Préjudicielle (v. question préjudicielle)

Prescription :

— et notion de délai raisonnable, 154, **158 et s.**, **162**, 184, 190, 195.
— et point de départ, 151, 156, **159**, 160, **161**, 180, 184, **190**, 191, 193, 195.
— de l'action en constatation d'une clause abusive, 138, 147, **149 et s.**, **157**, 162, 184, **190**, 193, 195.
— de l'action en restitution, 138, 147, 153, **158**, 159, 160, 183, 189.

Prestation :

— essentielle, 29, 36, 39, 40, 47, 48, 49, 53, 60, 116, 186, 193.
— caractéristique, 36.
Adéquation du prix à la —, 33.

Principe :

— d'effectivité (v. ce mot)
— d'équivalence (v. ce mot)
— de prohibition de la révision (v. révision)
— de maintien du contrat (v. subsistance du contrat)

Pratique commerciale trompeuse, 166.

— Q —

Question préjudicielle : 22, 116, 163, 164, 172, 176, 178, 182, 183, 184, 185, 189, 190, 191.

— R —

Rapport :

— de la Commission européenne (v. ce mot)
— du Sénat, prescription, 150.
— de la Cour de cassation, prescription, 155.

Recommandation :

— ACPR, 5, 21.
— CCA (v. ce mot)

Relevé d'office :

— en droit consommériste (oui), 51, 123, 124, 126, 127, 130, 131, 134, 147, 178, 193.
— en droit monétaire (non), 8, 51, 130.

Réputé non écrit, 137, 139, 147, 154, 155, 193.

Responsabilité (v. action)

Restitution (v. action)

Révision des clauses : 135.

Risque de change

— et objet principal, 17.
mise en œuvre européenne, 34, 39, 41, 42, 43, 44, 187, 195.
mise en œuvre française : 48, 49, 51, 52, 187, 191, 195.
— et transparence, 17.
mise en œuvre européenne, **95 et s.**, 101, 103, **188**, 191, 195.
mise en œuvre française, 106, 107, **108 et s.**, **112**, 182, **188**, 191, 195.

— S —

Sanction :

— Inopposabilité, 68, 73.
— Interprétation in favorem (v. ce mot)
— Réputé non écrit (v. ce mot)
— Responsabilité civile (v. action)

Significatif

Déséquilibre — (v. appréciation)

Sécurité juridique : 122, 133, 135, 149, **150**, 151, **154**, **158**, **159**, 160, 184, 195.

Subsistance du contrat (principe) : 140, 141, 142.

Substitution : 143 et s., 148, 195.

Supplétive (v. disposition supplétive)

— T —

Taux d'intérêt conventionnel (variable) : 101, 144.

Taux annuel effectif global : 101.

Transparence

— classique, 55, 57, 58, 60, 61, 62, 63.

— clarté, 64.

— compréhensibilité, 65.

— matérielle

— et indexation (v. indexation)

— et risque de change (v. risque de change)

— et bonne foi, 99, 189.

— et caractère abusif, 82, **90**, **91**, **102**, 116, 117, 189, 191, 189.

Transposition (directive 93/13)

— de l'éviction de l'appréciation du caractère abusif, 30, 31, 32.

— de l'exigence de transparence, 61, 62.

— de l'interprétation in favorem, 69.

— du caractère non contraignant des clauses, 136.

— V —

Volonté :

— commune (v. intention commune)

• TABLE DES MATIÈRES •

<u>REMERCIEMENTS</u>	5
<u>LISTES DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS</u>	6
<u>SOMMAIRE</u>	7

<u>INTRODUCTION</u>	9
1) Un contexte historique globalisé	9
2) Le contentieux français	12
3) Les actions civiles menées dans le cadre des prêts en devises	15
4) La législation des clauses abusives et son implication au cœur du droit du crédit	21
5) Réactions communautaires et françaises	26
<u>TITRE I – L’ANALYSE DE LA NOTION DE CLAUSE ABUSIVE A L’ÉPREUVE DU CONTENTIEUX DES PRÊTS EN DEVISES</u>	31
CHAPITRE 1 — L’OBJET PRINCIPAL EXCLU EN PRINCIPE DE L’APPRÉCIATION DU CARACTÈRE ABUSIF	33
SECTION 1. — La notion d’« <i>objet principal</i> »	33
SECTION 2. — La mise en œuvre de la notion d’« <i>objet principal</i> » dans le contentieux des prêts en devises	39
§1 – La mise en œuvre par la Cour de justice	40
§2 – La mise en œuvre par la Cour de cassation	48
CHAPITRE 2 — L’OBJET PRINCIPAL SOUMIS AU TEST DU DÉSÉQUILIBRE SIGNIFICATIF EN PRÉSENCE D’UNE RÉDACTION DÉNUÉE DE CLARTÉ ET DE COMPRÉHENSIBILITÉ	55
SECTION 1. — L’exigence de « <i>clarté et compréhensibilité</i> »	55
§ 1 — La rédaction claire et compréhensible des clauses proposées aux consommateurs	56
A. Enjeux de la transparence	56
B. Exigence de transparence tirée de la directive 93/13 relatives aux clauses abusives	57
C. Transposition de l’exigence de transparence	59
D. Contenu de l’exigence de transparence : la clarté et la compréhensibilité d’une clause	61
§2 — Le sort des clauses obscures ou ambiguës	65
A. Interprétation <i>in favorem</i>	65
B. Appréciation du caractère abusif	70
1) Notion de caractère abusif tirée de la directive 93/13	70
2) Articulation des compétences dans le cadre de l’appréciation du caractère abusif	72

a) Interprétation <i>in abstracto</i> des critères du caractère abusif par la CJUE	72
b) Appréciation <i>in concreto</i> des critères du caractère abusif par le juge national	76
3) Le maintien de l'appréciation du caractère abusif de clauses principales dénuées de transparence	79
SECTION 2. — La mise en œuvre de l'exigence de « clarté et compréhensibilité » dans le contentieux des prêts en devises	82
§1. — Une interprétation extensive de la Cour de Justice exigeant une compréhension substantielle de la clause par la consommateur	82
§2. — Une interprétation nuancée de la Cour de cassation sur la compréhension effective de la clause par le consommateur	93
A. La délivrance d'une information complexe et standardisée jugée suffisante par la Cour de cassation	94
B. Une motivation inconstante, source de certaines incertitudes	99
<u>TITRE II – L'ÉRADICATION DES CLAUSES ABUSIVES A L'ÉPREUVE DU CONTENTIEUX DES PRÊTS EN DEVISES</u>	107
CHAPITRE 1 — LES INSTRUMENTS CONFISÉS AUX JUGES	109
SECTION 1. — Un office du juge porteur de sécurité juridique	111
§1 — L'exigence du relevé d'office des clauses abusives	111
A. Un relevé d'office fruit d'une longue élaboration jurisprudentielle	112
B. Le rappel à l'ordre de la Cour de cassation dans le cadre des prêts en devises.....	115
§2 — La sanction civile des clauses abusives et ses conséquences	120
A. Le réputé non écrit	120
B. Les sanctions résultant de la disparition de la clause litigieuse	127
SECTION 2. — Une mise à l'écart de la prescription <i>a priori</i> favorable aux consommateurs	137
§1 — L'imprescriptibilité discutée de l'action en réputé non écrit	137
§2 — La distinction des délais entre réputé non écrit et demande en répétition de l'indu	146
CHAPITRE 2. — UN INFLÉCHISSEMENT ENVISAGEABLE DE L'ACTUELLE POSITION DE LA COUR DE CASSATION	153
SECTION 1. — L'existence du contentieux pour pratiques commerciales trompeuses pendant devant la juridiction pénale	153
§1 — Une influence <i>a priori</i> plausible sur le contentieux civil	153
§2 — Une influence actuellement contestée par les juridictions civiles	157

SECTION 2. — L’existence de questions préjudicielles pendantes devant la Cour de justice de l’Union européenne	161
§1 — L’accueil prometteur de nombreuses questions préjudicielles françaises	161
§2 — Une solution européenne favorable aux emprunteurs français	168
<u>CONCLUSIONS</u>	179

<u>BIBLIOGRAPHIE</u>	185
<u>INDEX ALPHABÉTIQUE</u>	189
<u>TABLE DES MATIÈRES</u>	192