



UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

Pour obtenir le grade de
DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

Spécialité droit privé
Arrêté ministériel : 7 août 2006

Présentée et soutenue publiquement par

Wellerson MIRANDA PEREIRA

Le 27 novembre 2010

La protection des consommateurs dans les opérations de crédit

Etude de droit comparé franco-brésilien

Thèse codirigée par Monsieur le doyen Gilles PAISANT et par Madame le
professeur Cláudia LIMA MARQUES

JURY

- Monsieur BOURGOIGNIE, Thierry
Professeur à l'Université du Québec à Montréal, Président
- Monsieur BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos
Magistrat au *Superior Tribunal de Justiça* du Brésil, professeur à l'Universidade
Católica de Brasília, Rapporteur
- Monsieur LEVENEUR, Laurent
Professeur à l'Université de Paris II – Panthéon-Assas, Rapporteur
- Madame MARQUES, Cláudia Lima
Professeur à l'Universidade Federal do Rio Grande do Sul, codirectrice
- Monsieur PAISANT, Gilles
Professeur à l'Université de Savoie, codirecteur

Thèse préparée au sein du Centre de droit public et privé des obligations et
de la consommation, à l'Université de Savoie - « **Ecole Doctorale SISEO** »

À la mémoire de Luiz Pereira Cardoso, mon grand-père
(20.7.1921 – 18.5.2009)

« La faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans la thèse. Elles doivent être considérées comme propres à leur auteur »

LISTE DES ABREVIATIONS UTILISEES

APC	Procédure d'appel civile
Ass. plén.	Assemblée plénière (Cour de Cassation)
Act. Jur.	Actualité juridique ou Actualités jurisprudentielles (du Recueil Dalloz)
BICC	Bulletin d'information de la Cour de Cassation
Bull. civ.	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
Bull. Crim.	Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation
CA	Cour d'appel
CCC	Revue Contrats, Concurrence, Consommation
Code cons.	Code de la consommation
Code mon. et. fin.	Code monétaire et financier
Comm.	commentaire
Const.	Constituição Federal do Brasil
Constr., hab.	Code de la construction et de l'habitation Dalloz
CE	Conseil d'Etat
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
Civ.	Arrêt d'une chambre civile de la Cour de Cassation
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CMN	Conseil Monétaire National du Brésil
COJ	Code de l'organisation judiciaire
Com.	Arrêt de la chambre commerciale de la Cour de Cassation
CPC	Code de procédure civile
Crim.	Arrêt de la chambre criminelle de la Cour de Cassation
D.	Recueil Dalloz
DDHC	Déclaration des droits de l'homme et du citoyen
Defrénois	Répertoire du notariat Defrénois
Des.	Magistrat rapporteur au sein d'une Cour d'appel brésilienne
DI	Droit immobilier
DIP	Droit international privé

DJ	<i>Diário da Justiça</i> (Journal officiel des publications de la justice fédérale brésilienne)
DP	Recueil périodique et critique mensuel Dalloz (antérieur à 1941)
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
<i>Idem</i>	même source (renvoie à la référence indiquée au-dessus)
<i>Idem, ib idem</i>	même source et même endroit
In	dans
Info. rap.	Informations rapides du Recueil Dalloz
JCP	Juris-classeur périodique (Semaine juridique) édition générale
JCP E	Juris-classeur périodique, édition entreprise
JCP N	Juris-classeur périodique, édition notariale
J.	jugé le (suivi de la date de l'arrêt)
L.	Loi
Lamy dr. écon. conc. distr. consom.	Recueil Lamy de droit économique – Concurrence, distribution, consommation
LGDJ	Librairie générale de jurisprudence
LPA	Les Petites Affiches
NCPC	Nouveau Code de procédure civile
OAB	Ordem dos advogados do Brasil
Obs.	Observations
<i>Op. cit.</i>	<i>Opere citato</i>
Préc.	Ouvrage précité
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
Rapp.	Rapport
RDC	Revue des contrats
RE	Recours extraordinaire (formé auprès du <i>Supremo Tribunal Federal</i> du Brésil)
Resp	Recours spécial (formé auprès du <i>Superior Tribunal de Justiça</i> du Brésil)
Rev.	Revue
Rev. dr. banc. et fin.	Revue de droit bancaire et financier (ex- de la Bourse)
Rev. int. dr. comp.	Revue internationale de droit compare
Rev. dr. sociétés	Revue du droit des sociétés
Rev. dir. cons.	Revista de direito do consumidor
Rép. civ.	Répertoire de droit civil Dalloz
RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaire

Rel. Min.	Magistrat rapporteur d'un arrêt d'une Cour supérieure brésilienne
Req.	Chambre des requêtes de la Cour de cassation
Rev.	Lamy dr. écono. Revue Lamy de droit économique
Rés.	résolution (du Conselho Monetário Nacional du Brésil)
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
RJ	État fédéré du Rio de Janeiro
RS	État fédéré du Rio Grande do Sul
RT	Revista dos Tribunais
S.	Recueil Sirey (Dalloz-Sirey à partir de 1965)
Soc.	Arrêt de la chambre sociale de la cour de Cassation
Somm.	Sommaire de jurisprudence
STF	<i>Supremo Tribunal Federal</i> du Brésil
STJ	<i>Superior Tribunal de Justiça</i> du Brésil
T.	<i>Turma</i> (chambre d'un tribunal brésilien)
TJ	Tribunal de Justice (= cour d'appel) d'un État fédéré du Brésil
SP	État fédéré de São Paulo
TGI	Tribunal de grande instance
TI	Tribunal d'instance
V.	Voir
V ^o	<i>verbo</i>
1 ^a , 2 ^a , 3 ^a ou 4 ^a	Première, deuxième (ou seconde), troisième ou quatrième chambre d'un tribunal brésilien

SOMMAIRE

PREMIÈRE PARTIE – L’OCTROI DU CRÉDIT	29
TITRE I – LA PROTECTION DU DEMANDEUR DU CRÉDIT	31
Chapitre I – Le domaine d’application des règles sur le crédit aux consommateurs..	33
Chapitre II – Les modalités de la protection	105
TITRE II – LE RÉGIME DU CRÉDIT CONSENTI	189
Chapitre I – Le lien d’interdépendance entre le crédit et le contrat dont il assure le financement	191
Chapitre II – Les limites à la liberté contractuelle	225
SECONDE PARTIE – LES DIFFICULTÉS DE REMBOURSEMENT DU CRÉDIT	269
TITRE I – LA PROTECTION PAR LES LOIS CONSUMÉRISTES	271
Chapitre I – Les droits accordés au consommateur de crédit en difficulté	273
Chapitre II – La mise en œuvre des droits accordés au consommateur endetté	381
TITRE II – L’APPUI DU DROIT COMMUN À LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR DE CRÉDIT .	477
Chapitre I – La responsabilité civile des professionnels du crédit	479
Chapitre II – La correction des excès contractuels	531

INTRODUCTION

« Pour acquérir le sens de l'argent, il n'est pas nécessaire de connaître les biens qu'il procure, il faut avoir éprouvé le mal qu'il donne à se laisser gagner »¹

1. Le consommateur de crédit trouverait bon conseil à lire cette épigraphe. L'histoire des relations menées par ces deux acteurs économiques, n'est-elle marquée du signe d'un antagonisme d'intérêts, se ramenant d'ailleurs à la saga universelle entre les créanciers et leurs débiteurs ?² Les rapports noués entre établissements de crédit et consommateurs sont déséquilibrées par nature. Le consumérisme est un mouvement de luttes³ et le secteur économique du crédit n'échappe pas à ses manifestations. Certes, à l'échelle individuelle, l'évidence s'émousse, tant que les destins de ces acteurs ne sont pas définitivement liés. Au début, les premiers n'ont que des mots doux et alléchants, les seconds, la gratitude et une promesse de fidélité bâtie sur l'honneur. La suite du récit est parfois aussi celle de la fourmi et de la cigale. Le plaisir de vivre au-dessus de ses moyens se teinte pourtant vite d'amertume, le moment venu de restituer ce qui avait rempli la bourse. On peut toutefois voir les choses de façon moins lyrique.

2. **L'endettement et l'évolution des mœurs** – Les mœurs d'un temps où l'on disait que « l'intérêt pour l'argent est quelque chose de si bas qu'il ne faut jamais qu'un honnête homme montre pour lui de l'attachement »⁴ sont révolues. Peu à peu, une logique économique de l'endettement⁵ s'impose dans les relations du vieux couple créancier-débiteur. Avec l'évolution de l'économie et l'avènement de la société de consommation, les pratiques du crédit se sont profondément transformées. L'exaltation de l'utilité économique et sociale du crédit a bouleversé la perception classique de ce type d'opérations⁶. Un changement drastique des

¹ HÉRIAT, Philippe. « Famille Boussardel », chap. XVII.

² CARBONNIER, Jean. « Droit civil – Les biens, les obligations », v. II, Quadrige/PUF, 2004, n° 1030, p. 2119 : « entendons que, par des moyens communs, de pure opportunité, chacun des contractants cherche à atteindre des fins propres, et qu'un conflit est latent sous la coopération ».

³ BIHL, Luc. « Une histoire du mouvement consommateur – Mille ans de luttes », Aubier, 1984.

⁴ MOLIÈRE. « Le bourgeois gentilhomme », acte I, scène I.

⁵ CORNU, Gérard. « Vocabulaire juridique », v⁰ « endettement » : « le passif correspondant au montant de l'ensemble des prêts obtenus pour financer une opération ou une activité ».

⁶ CARBONNIER, Jean. « Flexible droit – pour une sociologie du droit sans rigueur », 8^e éd., LGDJ, 1995, p. 331 à 333 : « respecter les intérêts d'autrui, tenir parole, ce sont des maximes qui sont communes aux petits contrats et aux grands [...] Tel était l'esprit initial. Les textes, qui n'ont guère été modifiés, continuent d'en porter témoignage

mentalités peut être constaté lorsqu'on soumet au crible de la critique juridique le phénomène, de généralisation récente, de l'endettement⁷. Désormais, le crédit sert le bien-être du consommateur. Il lui procure le niveau de vie dont l'insuffisance de ses ressources immédiates l'empêche de jouir. La masse des consommateurs s'y adonne ; le crédit devient un mode de vie⁸. La croissance dépend, de plus en plus largement, de l'essor du crédit. Le recours massif au crédit fait qu'il convient de l'envisager comme un phénomène collectif⁹. Le consommateur devient ainsi un acteur important dans les stratégies des détenteurs du pouvoir politique. Il est appelé à soutenir le développement économique. La consommation de crédit devient même un impératif de gouvernance. Il n'est alors pas difficile d'établir un lien entre la solidité du système macro-économique et la situation des consommateurs endettés¹⁰. Crédit et endettement sont « l'avvers et le revers d'une seule et même médaille »¹¹.

3. Les conséquences sociales de la vulgarisation du crédit – En réalité, cette propagation de l'endettement est jugée moins inquiétante sur le plan macro-économique que sur le plan social et dans ses aspects juridiques¹². Ce système engendre un processus cumulatif d'écrasement des débiteurs sous le poids d'engagements qui excèdent leur capacité de régler leurs dettes¹³. Au moment où le consommateur s'est « laissé amadouer, il en avait les moyens. Au moment où il doit payer, les ressources ont fui »¹⁴. De plus en plus souvent, des ménages financièrement fragiles s'écroulent¹⁵. C'est par la prise de conscience de la vulnérabilité du consommateur dans une telle conjoncture socio-économique que le consumérisme se forme et se fait entendre. Le législateur est alors appelé à intervenir pour sauvegarder les intérêts de la partie faible¹⁶. Cette réalité, concerne-t-elle pour autant de

sous nos yeux. Ils ont dû composer, cependant, avec le changement des habitudes et les innovations de l'économie [...] Le moralisme historique des petits contrats n'a donc point suffi à empêcher leur démoralisation ».

⁷ OPPETIT, Bruno. « L'endettement et le droit », Mélanges Breton et Derrida, p. 301 ; MAZEAUD, Denis. « L'endettement des particuliers – Rapport français », in L'endettement, Travaux de l'association Henri Capitant, LGDJ, 1995 ; PERRU, Éric. « L'impayé », LGDJ, 2005, n° 17, p. 18.

⁸ MAZEAUD, Denis. « L'endettement des particuliers », *op. cit.*, p. 128 : « endettez-vous ! tel est désormais le leitmotiv économique auquel notre droit fait largement écho » ; LAGARDE, Xavier. « L'endettement des particuliers – Étude critique », *op. cit.*, n° 57, p. 178 ; GJIDARA, Sophie. « L'endettement et le droit privé », thèse LGDJ, 1999, n° 43, p. 34 ; pour un résumé de cette évolution, v. ce dernier auteur, n° 159 et s.

⁹ Rappr. SAVATIER, René. « Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui », 3^e éd., Dalloz, 1964, n° 49, p. 56 : « le contrat n'est pas seulement collectif par le fait que ce sont les groupes qui contractent ; il l'est aussi dans les échos collectifs qu'il suscite ».

¹⁰ Pour des « tests de stress » des risques que la défaillance dans les crédits consentis aux personnes physiques peut avoir sur le système économique, v. GAGLIANONE, Wagner Piazza et SCHECHTMAN, Ricardo. « Teste de estresse na ligação macro-risco de crédito : uma aplicação ao setor doméstico de pessoas físicas » in « Relatório de economia bancária e crédito », Banco Central do Brasil, 2008, p. 183. V. aussi RIZZO, Fabrice. « Le traitement juridique de l'endettement », thèse PUAM, 1996, n° 3, p. 24 ; leur insolvabilité réelle et potentielle serait de nature à faire « peser de sérieuses menaces sur la paix sociale dans les pays industrialisés et constitue un facteur de déséquilibre et d'instabilité pour le système bancaire et financier international ».

¹¹ GJIDARA, Sophie. *Op. cit.*, n° 42, p. 32.

¹² *Idem*, n° 40, p. 31.

¹³ OPPETIT, Bruno. *Op. cit.*, p. 300.

¹⁴ SINAY-CYTERMANN, Anne. « Les relations entre professionnels et consommateurs en droit français », in La protection de la partie faible dans les rapports contractuels – comparaisons franco-belges, GHESTIN, Jacques et FONTAINE, Marcel (dir.), LGDJ, 1996, n° 1, p. 241.

¹⁵ V. RIZZO, Fabrice. *Op. cit.*, n° 3, p. 23.

¹⁶ MAZEAUD, Denis. « L'endettement des particuliers », *op. cit.*, p. 129 : « la promotion de l'endettement, autrement dit le développement du crédit, constitue un impératif qui imprègne et infléchit notre droit positif [...] Il revient alors au

manière identique aussi bien le consommateur brésilien que le français ? Quand bien même il en serait ainsi, leurs besoins de droit ou de justice sont-ils ressentis de la même manière dans ces deux systèmes juridiques ? Voilà les questions qui guideront la recherche sur la protection des consommateurs de crédit dans cette comparaison juridique franco-brésilienne.

4. Comparaison juridique et protection des consommateurs – Pascal trouverait aujourd’hui sa justice moins plaisante si son regard, par-dessus les Pyrénées, pouvait traverser l’Atlantique. Les droits brésilien et français de la consommation partagent sinon une source¹⁷, une certaine idée de la protection du consommateur. La recherche qu’on mènera ici n’est pourtant pas calquée, on s’en doutera, en termes de « vérité » ou d’« erreur ». La méthode du droit comparé s’écarte d’une telle logique, alors même qu’elle se donnerait pour objectif de faire ressortir les ressemblances entre deux ordres juridiques¹⁸. Au surplus, ce sont les différences constatées entre les solutions formulées par les systèmes français et brésilien qui portent le plus d’enseignements et qui contribuent à la richesse de la comparaison juridique.

5. Les points de convergence sont tout de même nombreux. Ils débutent par l’origine même de la législation de protection des consommateurs au Brésil. On éprouve alors un vif intérêt envers la recherche lorsqu’on apprend que le Code de défense du consommateur adopté en 1990 s’inspire très largement des travaux de la commission française de refonte du droit de la consommation¹⁹. Il n’en est sûrement pas la copie fidèle et, à ce titre, nous le verrons, il est loin d’être la « pierre angulaire » rejetée par le législateur français. En tout cas, à l’heure où celui-ci admet la possibilité d’avoir commis d’« éventuelles erreurs ou insuffisances de codification »²⁰, la comparaison entre ces deux monuments, érigés en considération des consommateurs, que sont les deux seuls Codes de protection au monde s’impose. Certes, elle

Droit de concilier l’impératif économique que représente l’endettement et les risques sociaux, tels la précarité et l’exclusion, qu’il emporte lorsqu’il est excessif ».

¹⁷ Pour le justifier, ce serait facile, voire caricatural d’évoquer la « loi de la bonne raison », adoptée le 18 août 1769 par le roi du Portugal pour application par les juridictions métropolitaines installées dans l’ancienne colonie, avant même que ne surgisse la jeune nation brésilienne de 1822 : « il est raisonnable et cohérent de rechercher, pour suppléer les lacunes des lois impériales, l’aide des Lois des Nations Chrétiennes illuminées et polies ».

¹⁸ Ce sont plutôt leurs différences qui portent le plus d’enseignements et qui contribuent à la richesse de la comparaison juridique. V. les enseignements de DAVID, René. « Le droit comparé : droits d’hier, droits de demain », *Economica*, 1982 ; SACCO, Rodolfo. « La comparaison juridique au service de la connaissance du droit », *Economica*, p. 1991 ; ANCEL, Marc. « Utilité et méthodes du droit comparé : éléments d’introduction générale à l’étude comparative des droits », *Ides et Calendes*, 1971 ; CONSTANTINESCO, Léontin-Jean. « La science des droits comparés », *Economica*, 1983 ; FROMONT, Michel. « Les grands systèmes de droit contemporains », Dalloz 1987 ; VAN DER HELM, Adrianus. J. et MEYER, Vincent Marie. « Comparer en droit : essai méthodologique », *Cerdic*, 1991 ; WATSON, Alan. « Legal transplants : an approach to comparative law » in « Comparative legal traditions in a nutshell », GLENDON, Mary Ann et al., Thomson-West, 1982, p. 2.

¹⁹ L’adoption du « Código brasileiro de defesa do consumidor », a été le résultat d’un long débat sur le besoin de protéger les consommateurs, avec la participation des représentants de différents secteurs de la société, y compris de ceux des professionnels. Plusieurs conférences d’ampleur nationale et internationale avaient été organisées dans le but de discuter les mesures les plus appropriées au contexte socio-économique du pays, avec la participation de professeurs renommés internationalement tels que Eike von Hippel, Norbert Reich, Thierry Bourgoignie, Françoise Maniet, Mario Frota et Edwoud Hondius, ainsi que d’importants professeurs brésiliens tels que Fábio Konder Comparato, Eros Roberto Grau, José Carlos Barbosa Moreira, Alcides Tomasetti Júnior, Waldírio Bulgarelli, Rachel Sztajn et Carlos Alberto Bittar. Le Brésil devenait alors le premier pays du monde à avoir un Code systématisé de défense des consommateurs, regroupant les principaux domaines du droit de la consommation. V. GRINOVER, Ada Pellegrini et BENJAMIN, Antônio Herman de V. « Código brasileiro de defesa do consumidor – Comentado pelos autores do anteprojeto », 9^e éd., Forense Universitária, 2008, p. 2.

²⁰ Art. 63, I, 1^o, de la loi n^o 2010-737 du 1^{er} juill. 2010.

ne portera que sur le domaine beaucoup plus restreint des opérations de crédit. On ne saurait oublier toutefois que l'adoption des législations de protection en la matière nous ramène, tant en France qu'au Brésil, aux origines mêmes du droit de la consommation.

6. Les origines de la protection du consommateur de crédit en France – Dans ce pays, le crédit a connu un puissant essor après la seconde guerre mondiale. Le besoin d'écouler les produits et la relative stabilité du taux de l'inflation ont entraîné, chaque année, une multiplication rapide des chiffres du crédit à la consommation²¹. Une réglementation a été adoptée à propos des ventes à tempérament²². Un plafond d'usure a aussi été fixé²³. Ces mesures n'apportaient toutefois qu'une protection indirecte du consommateur²⁴. Le vrai objectif des pouvoirs publics était de promouvoir le crédit comme moyen de lutte contre les menaces de ralentissement de l'activité générale : « la défatalisation des crises s'opère par la délivrance de la consommation »²⁵. En outre, le développement du crédit personnel a réduit l'efficacité pratique des mesures alors adoptées²⁶. Le niveau d'endettement des consommateurs commençait à prendre des allures menaçantes. On a vite constaté que le développement sans contrôle des opérations de crédit était source d'inflation²⁷. L'absence de dispositions suffisamment protectrices laissait les consommateurs sans défense devant les abus de puissance économique²⁸. Le législateur est alors intervenu. Son défi majeur a été de trouver des mesures équilibrées, de sorte, à la fois, à assurer leur protection et à éviter de les traiter comme des « prodigues » ou des « incapables majeurs »²⁹. Deux lois ont été finalement adoptées, communément dénommées « lois Scrivener »³⁰. La première, celle 78-22 du 10

²¹ Ils passaient de 13,6 milliards de francs en 1972 à 21,6 milliards en 1975. Le Conseil économique et social indiquait l'augmentation à 98% du volume des encours du crédit employé à l'achat de biens à usage domestique de 1961 à 1971 (v. « L'information et la protection du consommateur en matière de crédit », J.O., avis et rapports du Cons. écon. et soc. 15 fév. 1974, p. 191). Les prêts personnels aussi avaient subi une augmentation de 3,83 à 9,13 milliards de francs de 1971 à 1972. V. BEY, El Moktar, « De l'information et de la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit – Loi n° 78-22, 10 janvier 1978 », JCP CI 1978, 12845, p. 501.

²² Décrets du 20 mai 1955 et du 4 août 1956 ; JCP CI 1955, 55812.

²³ Institué par la loi du 28 déc. 1966 ; JCP CI 1967, 80549.

²⁴ CHARDIN, Nicole. « Le Contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté », Lib. Gén. de droit et de jurisprudence, 1988, p. 43.

²⁵ BEAUBRUN, MARCEL. « La notion de consommateur de crédit », in « Le droit du crédit au consommateur », FADLALLAH, Ibrahim (dir.), Litec, 1982, p. 5, note 14. L'auteur affirme que « selon M. Edgar Faure – qui a joué un rôle de premier plan dans la conception et la mise en œuvre de la première législation protectrice du consommateur à crédit, celle issue du décret de 1955 – la 'société de consommation est une autre désignation pour la société sans crises. La défatalisation des crises s'opère par la délivrance de la consommation' : L'âme du combat, p. 166, Fayard 1970 ».

²⁶ PIEDELIÈVRE, Stéphane. « Crédit à la consommation », Rép. civ. Dalloz, février 2008, n° 5 ; « Droit de la consommation », *Economica*, 2008, n° 297, p. 232.

²⁷ BEAUBRUN, MARCEL. *Op. cit.*, p. 5.

²⁸ CALAIS-AULOY, Jean. « Les cinq réformes qui rendraient le crédit moins dangereux pour les consommateurs », D. 1975, chr. p. 19.

²⁹ RAYMOND, Guy, « La protection du consommateur dans les opérations de crédit », Gaz. Pal. 1978, lég. 9 nov. 1978, p. 557. Lors des débats parlementaires, on a exprimé la nécessité d'adapter « la matière des obligations et plus particulièrement celle des prêts aux besoins nouveaux, nés d'une civilisation technique où l'individu se perd dans la masse » sans toutefois « balayer d'un revers de main les principes les plus traditionnels sous prétexte que nous sommes tous des consommateurs » : THYRAUD, Jacques, intervention Sénat : J.O. Déb. Sénat, 7 nov. 1977, p. 2624, *apud* BEY, El Moktar. *Op. cit.*, p. 505, note 32.

³⁰ D'après le nom de la Ministre de l'époque, chargée des affaires de la consommation.

janvier 1978, visait le crédit mobilier à la consommation³¹. La seconde a été adoptée l'année suivante. Elle concerne « l'information et la protection des emprunteurs dans le domaine immobilier ». Malgré les critiques unanimes de la doctrine sur la complexité des dispositions adoptées, considérées comme incompréhensibles pour la plupart des consommateurs, on concédait que « la loi ne peut pas être simple si la réalité ne l'est pas »³². On a fini par reconnaître que le consommateur français devenait ainsi, au moins théoriquement, l'un des mieux protégés du monde³³.

7. Les origines de la protection du consommateur de crédit au Brésil – Les intérêts du consommateur ont attiré l'attention du législateur brésilien à partir de la promulgation de la Constitution du 5 octobre 1988³⁴. L'ensemble de la législation applicable aux opérations de crédit immobilier avait été élaboré par les gouvernements militaires³⁵, juste après le coup d'état de 1964. Ces dispositions légales n'avaient toutefois pas pour but de procurer une protection spéciale au consommateur. Elles instituaient un nouveau « Système Financier de l'Habitation » (SFH), fondé sur des considérations d'intérêt général, qui ne se confondaient pas avec les intérêts spécifiques du premier³⁶. Elles visaient avant tout à résoudre des problèmes liés à un déficit de logements suivi d'une urbanisation tardive et désordonnée ainsi qu'à une insalubrité urbaine croissante. La priorité était ainsi donnée à la « construction d'ensembles d'habitation destinés à éliminer les 'favelas', les bidonvilles et d'autres agglomérations où règnent des conditions inhumaines d'habitation »³⁷. Quant au crédit à la consommation, un décret-loi issu de la même période avait créé la catégorie de contrats dits d'« aliénation fiduciaire en garantie »³⁸. Conçue juridiquement dans l'intérêt exclusif des professionnels, cette formule servait l'objectif économique des dirigeants de l'époque, à savoir, le développement de

³¹ On a ainsi résumé les motifs ayant conduit la démarche du législateur : « l'importance du crédit à la consommation, le désir des pouvoirs publics, d'une part, de réglementer une matière en laquelle intérêt général et intérêts particuliers s'interpénètrent, d'autre part, d'éviter aux particuliers un endettement démesuré, sans rapport avec leurs revenus et leur capacité de délibération, au détriment de la vie du ménage dès lors menacée en sa sécurité matérielle et morale par le manque de ressources, le chômage et la maladie, et plus généralement l'atteinte des équilibres fondamentaux de l'économie et la paix sociale, enfin de mettre en ordre des textes épars qu'il convient d'intégrer à un ensemble juridique organisé dès lors à compléter, ont amené le gouvernement à déposer sur le bureau du Sénat le projet de loi n° 2547, qui devint la loi relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit » : BEY, El Moktar. *Op. cit.*, p. 505.

³² CALAIS-AULOY, Jean et BIHL, Luc. « La loi 78-22 du 10 janvier 1978 protégeant les consommateurs contre les dangers du crédit », JCP CI 1978, chr. 7245, p. 239.

³³ RAYMOND, Guy. *Op. cit.*, p. 563.

³⁴ Adoptée sous un régime démocratique vingt quatre ans après l'installation d'un régime dictatorial.

³⁵ Loi n° 4.380, du 21.8.1964.

³⁶ Sur la distinction entre les domaines propres à l'intérêt public et ceux intéressant spécifiquement les consommateurs, v. BENJAMIN, Antônio Herman V. « A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico : apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor », in « Ação Civil Pública », MILARÉ, Édís (dir.), RT, 1995, p. 70 et s.

³⁷ Art. 4, al. I, de la loi n° 4.380 préc. Un programme à forte connotation capitaliste permettant le financement de l'accès à la propriété procurait au gouvernement dictatorial une certaine popularité, surtout à une période où des mesures de réduction des salaires étaient mises en œuvre dans le but de contrôler l'inflation. V. ARAGÃO, José Maria. « Sistema Financeiro da Habitação, uma análise sociojurídica da gênese, desenvolvimento e crise do sistema », 3^e éd., Juruá, 2006.

³⁸ Déc.-loi n° 911 du 1.10.1969.

l'industrie automobile nationale³⁹. Le consommateur de crédit restait démuné face à des professionnels plus puissants, avec la bienveillance des autorités cumulant les pouvoirs exécutif et législatif.

8. L'adoption de la loi n° 8.078 le 11 septembre 1990, dans le délai assigné par la nouvelle Constitution⁴⁰, a couronné les efforts du mouvement consumériste brésilien. Elle a institué le Code de défense du consommateur. Celui-ci comporte certaines règles destinées à régir les opérations de crédit. Aujourd'hui âgé de vingt ans, le Code a connu peu de modifications. La réalité économique ayant profondément changé entretemps, la question se pose actuellement sur la nécessité de l'élaboration de nouvelles règles destinées à rééquilibrer les intérêts en jeu dans le marché du crédit.

9. Les intérêts en jeu dans le marché de crédit aux consommateurs – Des consommateurs se pressent en masse sur le marché du crédit, attirés par la possibilité d'un accès immédiat au bien-être. Cette masse forme la demande, l'une des composantes de la loi du marché. Ce n'est, jusqu'ici, qu'une vision des choses. Les acteurs placés à l'autre bout de la chaîne, à savoir les fournisseurs de crédit, ne restent pas passifs dans ce jeu économique. Au contraire, ils investissent de gros efforts dans le but d'attirer une clientèle potentielle, tout en s'efforçant de « fidéliser » leurs propres clients. La publicité et les pratiques commerciales jouent un rôle essentiel à cet égard. Parfois, ces pratiques dépassent le seuil de loyauté qu'on peut attendre d'un marché assaini. Ainsi séduit, le consommateur peut tomber dans l'excès. N'arrivant plus par la suite à régler ses dettes, il est poursuivi en paiement par son créancier. Il suffit aussi parfois d'un léger changement de circonstances pour que sa situation financière bascule dans le surendettement. Désireux de rejoindre la société de consommation, il devient alors un demandeur de justice. Pour se justifier, il s'en prend parfois à son propre créancier. Enfin, se positionnant au-dessus de ce jeu, les autorités publiques s'efforcent de contrôler l'élan des différents acteurs, coincées elles-mêmes entre, d'une part, les impératifs de la croissance économique et du bien-être social et, d'autre part, les risques d'une dérive inflationniste. Ce schéma est bien connu dans les sociétés capitalistes occidentales. Reste à savoir si Brésil et France en présentent un tableau semblable.

10. Proposition de recherche – L'hypothèse alors à tester est que la comparaison entre les solutions juridiques organisées au sein des systèmes brésilien et français peut contribuer à l'élévation du niveau de protection des consommateurs de crédit dans ces deux pays. Pour mener cette recherche, il convient de vérifier le bien-fondé de deux prémices, l'une d'ordre économique, l'autre d'ordre juridique. Tout d'abord, on doit constater l'existence d'un

³⁹ V. la rés. n° 1 de la Banque Centrale du Brésil, du 1.6.1965, par laquelle il est institué « un programme de financement de l'acquisition de biens de consommation durable, à caractère général et à des prix accessibles au plus grand nombre de la population brésilienne ainsi que des véhicules automobiles, fabriqués suivant les standards et modèles approuvés par le Ministère de la l'industrie et du commerce ».

⁴⁰ L'art. 48 de l'Acte des dispositions constitutionnelles transitoires a fixé un délai de 120 jours suivant la promulgation de la Constitution pour l'élaboration d'un Code de défense du consommateur.

marché de crédit aux consommateurs suffisamment important pour fournir à la recherche son substrat d'investigation. La réalité socio-économique qui caractérise chacun de ces pays est, globalement, très distincte. De prime abord, ce constat pourrait frustrer l'intérêt d'une recherche juridique. Pour un pays en voie de développement, le Brésil se « rattrape » pourtant de manière assez surprenante ces dernières années. La composition du marché du crédit dans ce pays se rapproche, par un objectif avoué des pouvoirs publics, de celle des pays développés. Plus juridiquement, les opérations réalisées dans ces deux pays placent les consommateurs de crédit dans une situation de fragilité telle qu'un besoin de protection juridique spécifique se fait ressentir.

11. Les réalités actuelles des marchés de crédit aux consommateurs – On parlait autrefois de « tigres asiatiques » pour évoquer la célérité de l'avancement économique de certains « marchés émergents ». Il est aujourd'hui question d'un « BRIC »⁴¹, au sein duquel le Brésil est répertorié. À en croire les statistiques officielles, le marché brésilien du crédit aux consommateurs se comporte, depuis plus d'une dizaine d'années, en véritable « tigre » économique. En dix ans, le volume de crédit distribué à la consommation a connu une hausse de 1314,08%⁴², soit une moyenne annuelle de 29,37%. Le financement de véhicules automobiles a cru de manière spectaculaire, ce type de bien étant encore perçu au sein de la population comme un moyen de se procurer un certain statut social. Les chiffres n'impressionnent pas moins dans le secteur du crédit immobilier. Les autorités publiques ont joué un rôle fondamental dans la promotion du financement de la « casa própria ». Le montant du crédit distribué pour l'acquisition de logements dans le secteur libre a augmenté de 1518,21%, d'août 2001 à juillet 2010, soit une hausse annuelle moyenne de 35,28%⁴³. Ces chiffres explosent dans le secteur réglementé. Pendant cette même période, ils révèlent un taux de croissance de 2352,94%, l'équivalent d'une augmentation annuelle de 42,03% en moyenne⁴⁴.

12. En France, où le nombre d'habitants représente à peu près un tiers de celui du Brésil, le volume mensuel total des encours de crédit octroyés aux ménages est environ quatre fois plus important. Les taux de croissance pendant la même période évoquée ci-dessus se révèlent néanmoins sensiblement inférieurs. Au total, les crédits immobiliers occupent une place bien plus importante que celle des crédits de trésorerie et autres. Les encours aux

⁴¹ Cet acronyme, imaginé par l'économiste Jim O'Neill participant au groupe de recherche économique organisé par Goldman Sachs, dans un travail intitulé « The World Needs Better Economic BRICs » et publié le 30 novembre 2001 (<http://www2.goldmansachs.com/ideas/brics/building-better-doc.pdf>), fait allusion à un groupe formé par les pays qui présentent, depuis quelques années, les taux de croissance économique les plus élevés parmi ceux qui aspirent au développement, à savoir Brésil, Russie, Inde et Chine.

⁴² Passant de 48,06 milliards de reais (R) en octobre 2000 à 631,55 R milliards (environ 252 milliards d'euros) en août 2010. V. « Juros e spread bancário no Brasil », nov. 2001, p. 13 ; « Indicadores econômicos » du 20 oct. 2010, disponible sur le site internet de la Banque Centrale du Brésil (www.bcb.gov.br).

⁴³ Passant de 20,7 R millions à 314,27 R millions (environ 125,7 millions d'euros). Sont seuls considérés les crédits immobiliers à taux librement fixés dont les fonds consentis proviennent de l'épargne privée (SBPE).

⁴⁴ Les montants prêtés sont passés de 108,8 R millions en août 2001 à 2,56 R milliards en juillet 2010 (environ 1,02 milliard d'euros) ; crédits à taux plafonnés dont les fonds proviennent du SBPE.

ménages, toutes modalités d'opérations confondues, ont présenté, de septembre 2000 à août 2010, une croissance de 214%, soit un taux annuel moyen de 7,9%⁴⁵. Dans cette assiette, les crédits immobiliers correspondent, en août 2010, à trois quarts du total. En dix ans, ils ont porté à eux seuls une croissance de 256%, soit un taux annuel moyen de 9,9%⁴⁶. Le marché français du crédit aux consommateurs a été d'ailleurs plus affecté par la crise financière internationale que celui du Brésil. De septembre 2007 à octobre 2009, les taux de croissance annualisés ont baissé, en France, de 10,98% à 3,18%, toutes opérations confondues. Au Brésil, s'ils sont passés, pendant la même période, de 33,4%⁴⁷ à 18,7% annuels⁴⁸, le secteur du crédit immobilier a présenté, en revanche, des taux successifs de croissance annuelle de 58,7%⁴⁹ et de 45,2%⁵⁰.

13. À y regarder de plus près, cependant, on s'aperçoit que ce tableau cache des imperfections regrettables. Au Brésil, cette évolution se produit dans un contexte de progressive déréglementation financière. L'explosion du crédit aux consommateurs s'est accompagnée d'un éclatement du contentieux y afférant. Jamais le taux de réclamations n'a été aussi élevé, les établissements de crédit étant constamment classés champions dans le recueil de réclamations du système national d'informations sur la consommation (SINDEC)⁵¹. S'en est suivie l'apparition et le développement du fléau du surendettement⁵². En août 2001, du total des contrats de crédit immobilier en cours, 26,91% présentaient des incidents de paiement de plus de trois mois⁵³. En l'absence d'un taux d'usure, les emprunteurs sont soumis à des taux d'intérêts astronomiques, bien qu'une baisse aussi lente que progressive puisse être observée depuis trois lustres⁵⁴. Alors qu'on est revenu à une relative stabilité monétaire⁵⁵, les intérêts pratiqués, par exemple, pour les découverts en compte ou pour les crédits personnels s'élèvent actuellement, en moyenne, à

⁴⁵ Ils sont passés de 476,67 milliards d'euros en septembre 2000 à 1019,6 milliards en août 2010 ; v. Bulletin « Stat-info : les crédits au secteur privé », août 2010, disponible depuis le 27 sept. 2010 sur le site internet de la Banque de France.

⁴⁶ Ils sont passés de 300,5 milliards d'euros en septembre 2000 à 770,3 milliards en août 2010.

⁴⁷ V. Bulletin 2007 de la Banque Centrale « Moeda e crédito », p. 57, disponible sur le site internet de la BC.

⁴⁸ V. Bulletin 2009 de la Banque Centrale « Moeda e crédito », p. 51, disponible sur le site internet de la BC.

⁴⁹ V. Bulletin 2008 de la Banque Centrale « Moeda e crédito », p. 54, disponible sur le site internet de la BC.

⁵⁰ Bull. BC 2009, préc., p. 52.

⁵¹ Institué et géré par le Département national de défense du consommateur (DPDC), subordonné au Ministre de la Justice.

⁵² Aucune statistique officielle ne rend compte des taux de surendettement. Celles disponibles, suivies d'avertissements, proviennent des travaux de recherche menés sur le terrain par la doctrine. V. n° 659, note 2108 *infra*.

⁵³ Le nombre de contrats comportant des incidents de 1 à 3 mois correspondant, à cette date, à 23,87% du total, seuls 49,22% des contrats en cours étaient régulièrement honorés (crédits dont les fonds proviennent du SBPE). Malgré une baisse relativement forte de ce chiffre, il se trouve encore élevé à hauteur de 7,87% en juillet 2010, soit 4,27 points au-dessus de la moyenne générale des crédits du système financier. À cette dernière date, 80,14% des contrats de crédit immobilier en cours sont exécutés sans incidents de paiement (fonds du SBPE).

⁵⁴ Sauf pendant la période la plus aiguë de la crise internationale, entre les mois de mai 2008 et mars 2009. Dans les crédits consentis aux personnes physiques, de déc. 1998 à août 2010, ils sont passés d'une moyenne générale annuelle de 120,4% à 39,9% ; v. « Juros e spread bancário no Brasil », nov. 2000, préc., p. 8 ; « Indicadores econômicos » (v. le site internet de la BC).

⁵⁵ Indice national étendu des prix à la consommation (IPCA) : 22,41% en 1995 ; 9,56% en 1996 ; 5,22% en 1997 ; 1,65% en 1998 ; 8,94% en 1999 ; 5,97% en 2000 ; 7,67% en 2001 ; 12,53% en 2002 ; 9,30% en 2003 ; 7,60% en 2004 ; 5,69% en 2005 ; 3,14% en 2006 ; 4,46% en 2007 ; 5,90% en 2008 et 2,97% en 2009. V. le site internet de l'Institut brésilien de géographie et statistique (IBGE) :

http://ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/precos/inpc_ipca/ipca-inpc_200908_3.shtm

205%⁵⁶ et à 73,52%⁵⁷ par an, respectivement. Dans ce contexte rempli de paradoxes économiques – surréaliste pour un observateur étranger – hormis une jurisprudence marginale, seule la doctrine fait un appel à la prudence. Un avant-projet de loi sur le crédit à la consommation a été élaboré récemment par une commission d'universitaires⁵⁸, dans le but de renforcer la protection du consommateur dans les domaines du crédit et du surendettement. Il a vocation à être soumis au gouvernement, dans l'espoir d'une future présentation au Parlement.

14. En France, ce sont les ruses des crédits renouvelables, d'une part, et le phénomène du surendettement, d'autre part, qui tourmentent les pouvoirs publics. Les premiers attirent les attentions de ces autorités depuis un certain temps. Non seulement ils comportent des taux considérés élevés dans la conjoncture du marché français⁵⁹, mais aussi ils sont présents dans 91% des dossiers de surendettement⁶⁰. Par ailleurs, le nombre de dossiers déposés auprès des commissions de la Banque de France ne cesse de s'accroître depuis l'adoption du dispositif légal⁶¹. Déterminé à mieux encadrer ce phénomène, le législateur vient d'adopter de nouvelles règles en la matière. La récente loi n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010 réalise une réforme assez large des mécanismes de prévention et de traitement du surendettement en France. Ces modifications n'interviennent pourtant qu'accessoirement à la transposition des dispositions communautaires de 2008, de réglementation du crédit à la consommation dans l'Union européenne⁶².

⁵⁶ Ces données sont relatives à la seconde semaine du mois d'oct. 2010 ; elles sont disponibles sur le site internet de la BC (<http://www.bcb.gov.br/fis/taxas/htms/tx012010.asp>).

⁵⁷ Données relatives à la seconde semaine d'oct. 2010, disponibles sur le site internet de la BC (<http://www.bcb.gov.br/fis/taxas/htms/tx012020.asp>). La BC fait état d'un établissement de crédit (Crefisa SA - CFI) qui pratique pour cette modalité de crédit, à cette date, un taux de 23,63% par mois, soit 1275% par an !

⁵⁸ MARQUES, Cláudia Lima, LIMA, Clarissa Costa de et BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz. « Anteprojeto de Lei dispendo sobre a prevenção e o tratamento das situações de superendividamento de consumidores pessoas físicas de boa-fé », Rev. dir. consum. n° 73, janv.-mars 2010, p. 345.

⁵⁹ Le taux effectif global moyen pour les crédits à la consommation dits « de trésorerie » (découverts, prêts renouvelables et ventes à tempérament) d'un montant dépassant 1524 euros est de 14,45% par an au deuxième trimestre de 2010, en baisse de 4,47% depuis oct. 2009. Pour les prêts personnels, ce taux n'est que de 6,46% en moyenne annuelle pour la même période de 2010, alors que la moyenne des crédits immobiliers (à taux fixe) ne dépasse pas 4,57% par an. À partir du 1^{er} juillet 2010, les crédits de trésorerie sont soumis à un plafond d'usure de 19,27% par an (les prêts personnels étant plafonnés à 8,61%) et, les crédits immobiliers (à taux fixe), au seuil de 6,09% par an. V. « Bulletin de la Banque de France », n° 181, 3^e trim. 2010, p. S28.

⁶⁰ « Baromètre du surendettement à fin juin 2010 », disponible sur le site internet de la Banque de France (<http://www.banque-france.fr/fr/instit/telechar/services/barometre201006.pdf>). Les dossiers déposés jusqu'à la fin du mois de juin 2010 comportent un taux d'endettement moyen de 44700 euros par dossier. Seuls 11% comprennent des crédits immobiliers, mais le taux moyen d'endettement s'élève alors à 94500 euros dans ceux-ci. Enfin, les crédits non assortis d'un échéancier d'amortissements (crédits renouvelables, découverts en compte etc.), présents dans 91% des dossiers, révèlent un taux moyen d'endettement de 21200 euros par dossier, contre 17600 euros pour les crédits dits « amortissables » (prêts personnels, crédits affectés etc.), présents dans 55% des dossiers.

⁶¹ En 1990, des 90174 dossiers déposés, 64320 ont été jugés recevables, seuls 13662 plans amiables ayant pu être conclus. En 2009, 216396 dossiers ont été déposés, 182695 ayant été jugés recevables. Cela représente un taux de croissance annuel de 4,47% des dépôts en vingt ans, ce chiffre s'élevant toutefois à 14,8% de 2008 à 2009. Le nombre de plans conventionnels conclus a nettement progressé, s'élevant à 95426 en 2009, soit dans 52,2% des cas. Le nombre de procédures clôturées est de l'ordre de 11% des dossiers recevables. Pendant l'année 2009, les commissions ont été amenées à procéder à des recommandations – homologuées par les juges de l'exécution – dans 19,43% des cas. Enfin, 22,46% des dossiers ont été orientés en 2009 vers la procédure de rétablissement personnel. Jusqu'à la fin du mois de juin 2010, 778500 dossiers sont en cours de « désendettement ». V. « Baromètre du surendettement à fin juin 2010 », préc.

⁶² Directive n° 2008/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avr. 2008.

15. Cette présentation succincte des marchés du crédit brésilien et français, au sein desquels les consommateurs jouent un rôle d'acteurs économiques, permet de relever l'intérêt de la comparaison juridique. La nécessité de les protéger par des dispositions spéciales est ressentie dans ces deux ordres juridiques, la réalité la plus récente permettant une telle conclusion. Tant en France qu'au Brésil, le consommateur est placé dans une situation de nette fragilité par rapport aux établissements de crédit. La comparaison entre, d'une part, les prévisions et, d'autre part, les aboutissants juridiques et sociaux des solutions adoptées dans chacun de ces pays pourrait permettre une meilleure compréhension des droits nationaux ; mieux encore, elle fournirait aux acteurs juridiques des éléments de réflexion opportuns, le but étant d'aboutir à une amélioration de la performance socio-économique des marchés de crédit. Il convient alors d'assumer le rôle du comparatiste, à savoir celui de « préparer le terrain » pour les juristes qui s'intéressent aux droits étrangers⁶³.

16. **Délimitation du sujet** – On pourrait s'étonner de l'absence d'une définition du « crédit » dans l'introduction d'une étude dont l'objet n'est pas limité à *certaines* opérations de crédit mais à toute opération de ce type conclue avec un consommateur. La notion de crédit appelant toutefois des développements techniques qui se trouvent au cœur du sujet, il ne convenait pas de se précipiter à sa recherche. Pour l'instant, il suffit de signaler l'intérêt que le crédit présente pour le consommateur. De manière très générale, il lui permet d'obtenir, par avance, ce qu'il ne paiera que postérieurement. Pour ce faire, il se met ordinairement en relation avec un professionnel. En regard de sa situation personnelle, ce dernier décide de donner ou non satisfaction à sa demande. On sait que des discriminations fâcheuses sont parfois pratiquées dans le marché de crédit. À la lumière de la sociologie juridique, certaines études ont déjà été consacrées à l'analyse de ce type de discriminations⁶⁴. Cette problématique sera pourtant exclue de la présente étude. Certes, la prodigalité des dispensateurs de crédit avérée depuis plusieurs années, au Brésil et en France, ne signifie nullement que des méthodes de sélection abusives n'y existent pas. Elles s'inscrivent cependant dans l'objectif bien plus vaste de la lutte contre l'inégalité entre les individus dans un État de droit. Malgré l'importance de ce thème, on s'attaquera ici, spécifiquement, aux dangers que le crédit fait encourir au consommateur et qui commandent de le protéger avec des règles spéciales. La problématique évoquée a pourtant le mérite d'attirer le regard sur une question voisine : existe-t-il un droit au crédit ?⁶⁵ Il convient d'y apporter une réponse claire, avant que l'étude de la protection des consommateurs qui s'engagent dans des opérations de crédit ne soit entamée.

⁶³ DAVID, René et SPINOSI, Camille Jauffret. « Les grands systèmes de droit contemporain », 11^e éd., Dalloz 2002, p. 9, n^o 9.

⁶⁴ RAMSAY, Iain et WILLIAMS, Toni. « Inequality, Market Discrimination and Credit Markets », in « Consumer Law in the Global Economy », RAMSAY, Iain (dir.), Dartmouth, 1997, p. 233.

⁶⁵ Les deux questions ne se confondent pas. La discrimination d'une personne en fonction de sa situation civile, de son appartenance à un rang social déterminé, ou encore suivant des critères de race, sexe, religion, origine etc., ne préjugent en rien la reconnaissance éventuelle d'un droit général au crédit. Alors même que celui-ci existât, des discriminations fâcheuses pourraient être pratiquées dans le marché. Le constat d'infractions commises en dépit des

17. La facilitation de l'accès au crédit – On dénonce parfois le phénomène de la « bancarisation »⁶⁶ de la société contemporaine. Il est vrai qu'on ne peut, sans être exclu d'un nombre non négligeable d'aspects de la vie quotidienne, se dispenser des instruments mis à disposition par les établissements bancaires pour faire circuler la monnaie. Le support par excellence des relations alors nouées est le compte bancaire. En droit, il est vrai, il n'est pas besoin d'être titulaire d'un compte en banque pour souscrire un contrat de crédit. En pratique, cependant, c'est un préalable indispensable à l'accès du consommateur au crédit. La nécessité constatée d'un compte bancaire pour accomplir des activités essentielles de la vie quotidienne a ouvert la réflexion sur l'opportunité d'élever la titularisation d'un compte au rang d'un véritable droit. Or, qui dit compte ne dit pas nécessairement crédit. S'il est admis que l'accès au crédit suppose normalement l'existence d'un compte bancaire, la question de savoir si l'utilisation de celui-ci implique un droit au crédit reste encore à démontrer.

18. Du droit au compte au droit au crédit ? – En France, toute personne physique résidant au pays et dépourvue d'un compte de dépôt a droit à l'ouverture d'un tel compte dans l'établissement de crédit de son choix⁶⁷. Dans ce pays, il est devenu un lieu commun de rappeler que l'usage d'un compte bancaire est de nature à maintenir un lien de socialisation⁶⁸. Certaines règles posent alors le régime de la procédure organisée en vue de la réalisation du droit à l'ouverture d'un compte de dépôt⁶⁹ ainsi que les services de base liés à sa gestion⁷⁰. Il n'en va toutefois pas de même au Brésil. On n'y connaît pas de dispositifs légaux consacrant un droit au compte⁷¹. C'est, en principe, la liberté contractuelle qui prime⁷². Depuis quelques

règles qui criminalisent, tant au Brésil qu'en France, le refus de vente ou de prestations de services en sont la preuve. Reste à savoir si ces règles sont applicables aux opérations de crédit.

⁶⁶ HUGON, Christine. « Le droit au compte », Mélanges Michel Cabrillac, 1999, p. 483 ; STOUFFLET, Jean. « Un élargissement du droit aux services bancaires », Rev. dr. banc. et bourse, n° 69, sept.-oct. 1998, p. 153.

⁶⁷ Art. L. 312-1, al. 1^{er}, du Code mon. et fin. V. HUGON, Christine. *Op. cit.*, p. 488 ; SAMIN, Thierry. « Article 137 de la loi contre les exclusions », Rev. Banque et droit, n° 63, janv.-fév. 1999, p. 4 ; PIEDELIÈVRE, Stéphane. « Remarques sur la charte relative aux conventions de compte dépôt », RTD com. 2003, p. 467.

⁶⁸ En ce sens, v. SAMIN, Thierry. « Origine et portée du droit au compte », Banquemagazine n° 665, janvier 2005, p. 46. Avec la création récemment des « établissements de paiement » (art. L. 522-1 du Code mon. et fin.), le gouvernement semble prétendre fomenter l'utilisation, alternativement à un compte bancaire, de simples comptes de paiement (art. L. 314-1 du même Code). L'arrêté du 29 juillet 2009 (art. 1^{er}) indique que le terme « compte de paiement » désigne aussi les comptes de dépôt à vue ouverts par des personnes physiques n'agissant pas pour des besoins professionnels.

⁶⁹ Arts. L. 312-1-1 et s. du Code mon. et fin. La banque garde la faculté de refuser d'ouvrir ledit compte. Le consommateur qui se heurte à un refus peut saisir la Banque de France afin qu'elle lui désigne un établissement de crédit, qui ne sera par ailleurs pas forcément l'établissement choisi par le consommateur. V. STOUFFLET, Jean. « Le service bancaire de base », Rev. dr. banc. et fin., n° 2, mars-avr. 2001, p. 118 ; « Nouvelles interventions législatives dans les relations entre les établissements de crédit et leurs clients », Rev. dr. banc. et fin., n° 1, janv.-fév. 2002, p. 36, qui parle d'une « 'consommérisation' du droit bancaire, impliquant un développement des sources législatives et un déclin relatif du rôle du contrat » ; BONNEAU, Thierry. « Des nouveautés bancaires et financières issues de la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier », JCP E 2002, p. 119, n° 6 ; BOUTEILLER, Patrice. « Le nouveau cadre juridique des relations entre les banques et leurs clients », CCC 2002, p. 4 ; PIEDELIÈVRE, Stéphane. « Les nouvelles relations contractuelles entre les banquiers et les consommateurs », JCP E 2005, n° 1134, p. 1268

⁷⁰ Art. D. 312-5 du Code mon. et fin. Sur un nouveau « contrat-cadre de services de paiement », v. l'art. L. 314-12, al. 2, du même Code.

⁷¹ Le CMN a adopté la rés. n° 3.518, du 6.12.2007 (art. 2, I) qui établit la gratuité de la « prestation de services bancaires essentiels aux personnes physiques », y compris la gestion d'un compte. Elle comprend aussi une liste de services similaire à celle prévue en droit français. Aucune de ses règles n'impose toutefois d'ouvrir un compte à quiconque. Bien que la majorité de la population semble encore demeurer exclue de l'accès à ce type de services, le

années, le gouvernement procède toutefois à une politique d'incitation des classes défavorisées de la population à l'accès aux services financiers de base⁷³. Par ailleurs, les relations entre un banquier et son client ont beaucoup changé ces dernières années avec l'apparition des banques virtuelles. Ce mouvement se traduit par la mise à disposition de nouveaux moyens et techniques de contractualisation à distance ou par voie électronique⁷⁴. En Europe, il a conduit le législateur à adopter certaines règles en vue d'harmoniser le cadre juridique communautaire⁷⁵. Désormais, on dispose des moyens techniques et juridiques qui permettent d'ouvrir d'un compte bancaire en ligne⁷⁶. Malgré tout, on ne trouve pas dans ces ordres juridiques de dispositions garantissant un service de crédit. Est-ce à dire qu'il ne constitue pas un droit au rang duquel sont assurées l'existence et la dignité humaines ? Les juristes y portent un regard plutôt conservateur. Une recherche interdisciplinaire contribue pourtant à oxygéner la discussion.

19. Le crédit, un droit fondamental ? – Depuis longtemps on a vanté son importance et son rôle essentiel pour le dynamisme du commerce et pour le développement de l'industrie et des nouvelles technologies dans les sociétés modernes⁷⁷. Certains économistes affirmaient, en ce sens, que le crédit était un puissant agent, à la fois d'impulsion de l'économie et de promotion de l'amélioration de la qualité de la vie. « Dans une société simple le fonctionnement du crédit a des effets remarquablement égalitaires. Il permet aux hommes de bonne volonté dépourvus d'argent de participer à l'économie sur une base plus ou moins égale avec ceux qui possèdent des capitaux »⁷⁸. La société de consommation actuelle n'a pourtant rien de simple. Or, un mouvement formé plus récemment et mené, précisément, par des organismes internationaux de crédit et de développement, prétend que le crédit est un instrument puissant

développement du crédit à la consommation depuis quelques années contribue, en pratique, à combler peu à peu l'absence d'une norme reconnaissant un droit au compte.

⁷² À la différence du droit français, toutefois, il n'y a dans la loi n° 4.595 de 1964 qui régit le système financier brésilien, aucune exception accordée aux institutions financières à l'interdiction du refus de vente et de prestation de services, contenue dans le Code de défense du consommateur à l'article 39, al. IX et assortie de peines d'amende. L'art. 3 de la rés. n° 2.878/2001 et l'art. 2 de la rés. n° 2.025/1993 posent quelques exigences sur le contenu des conventions de compte.

⁷³ Les mobiles initiaux d'une telle politique nous semblent avoir procédé moins d'un souci de lutte contre l'exclusion sociale de la part des autorités publiques que de son adhésion (voire son incitation) à un mouvement entamé par les institutions financières depuis les années 1990, soit la diffusion à très large échelle du crédit. On relèvera, en ce sens, les déclarations du président de la Banque Centrale à la suite d'une étude organisée sous les auspices de la Banque Mondiale et visant à fournir aux autorités publiques des suggestions de modifications législatives et de politiques financières qui favorisent l'offre de services financiers. V. KUMAR, Anjali. « Access to financial services in Brazil », World Bank, 2004, p. 1. La création récente de la Banque Populaire ainsi que de la Banque Postale témoigne des efforts de distribution auprès des classes les plus démunies des services bancaires de base, dont l'ouverture d'un compte.

⁷⁴ La rés. n° 2817/2001 du CMN fixe « les conditions d'ouverture et de gestion de comptes de dépôt exclusivement par moyen électronique ».

⁷⁵ Directive n° 99/93/CE du 13 décembre 1999 sur les signatures électroniques, dir. n° 2000/31/CE du 8 juin 2000 sur le commerce électronique et dir. n° 2002/65/CE du 23 septembre 2002 sur la commercialisation à distance de services financiers. En France, les lois n° 2000-230 du 13 mars 2000, n° 2004-575 du 21 juin 2004 et l'ordonnance n° 2005-648 du 6 juin 2005 ont assuré leur transposition.

⁷⁶ En France, v. l'art. L. 312-1-1, I, al. 4, du Code mon. et fin. ; les arts. 1.108-1 et 1316-1 du Code civil ; les arts. L.121-20-10 et L. 134-2 du Code consom ; et le déc. n° 2005-137 du 16 février 2005.

⁷⁷ ASCARELLI, Tulio. « Teoria Geral dos Títulos de Crédito », Saraiva, 1943.

⁷⁸ GALBRAITH, John Kenneth. « L'argent », trad. Daniel Blanchard, Gallimard, 1976, p. 123.

de la lutte contre la pauvreté et de la promotion de la dignité de l'homme⁷⁹. La question s'est posée alors de savoir s'il pouvait exister un droit au crédit⁸⁰. Sur un plan strictement juridique, la doctrine spécialisée s'accorde, du moins en France, pour affirmer qu'au regard des principes classiques du droit des obligations, l'idée d'un droit au crédit apparaît absurde⁸¹. L'idée répugne qu'une banque puisse être contrainte de prêter de l'argent à un client non désiré, en raison, notamment, du caractère *intuitu personae*⁸² qui fonde toute relation de crédit.

20. Les économistes ne portent pas un regard aussi pessimiste sur la question. Pour ceux qui ont consacré leurs carrières au métier de « banquier des pauvres »⁸³, non seulement la réponse est affirmative mais, bien au-delà, le droit au crédit constitue un véritable droit fondamental. On prétend que le crédit est de nature à aider les personnes pauvres à améliorer leurs conditions de vie, à développer des aptitudes personnelles, à réussir leur réinsertion sociale et à retrouver leur dignité humaine. Les arguments présentés sont pénétrants, tout autant que les réussites du modèle proposé pour la lutte contre la pauvreté⁸⁴. On évoque, entre autres, des statistiques résultant de l'expérience avec des milliards d'emprunteurs dans le monde entier : alors qu'ils ne fournissent aucune garantie, leur taux de remboursement est plus élevé que celui constaté dans les contrats conclus avec des banques traditionnelles⁸⁵. Sous un angle moins philanthropique, d'autres s'efforcent encore de démontrer que la reconnaissance d'un droit au crédit est possible, pourvu que certains efforts soient entrepris. Ce droit serait,

⁷⁹ D'innombrables ouvrages soutiennent aujourd'hui l'idée que le crédit contribue à l'éradication de la pauvreté. L'expérience du microcrédit au Bangladesh a conduit à l'adoption de cette politique dans plus de cent pays dans le monde entier. Elle a été réalisée aussi au Brésil et en France. Plusieurs organismes internationaux de crédit, tels que la Banque Mondiale ou la Banque Interaméricaine du Développement ont financé des études dans ce domaine. V. TEJERINA, Luis et WESTLEY, Glen D. « Financial Services for the Poor – Household Survey Sources and Gaps in Borrowing and Saving », BID, mai 2007 ; NAVAJAS, Sergio et TEJERINA, Luis. « Microfinance in Latin-America and the Caribbean : How Large is the Market ? », BID, nov. 2006 ; SUÁREZ, Liliana R. « Promoviendo el Acceso a los Servicios Financieros : ¿ Qué nos dicen los datos sobre bancarización en América Latina ? », Federación Latinoamericana de Bancos, févr. 2007 ; WESTLEY, Glen. « Can Financial Market Policies Reduce Income Inequality ? », BID, oct. 2001. Les textes peuvent être obtenus sur le site web des organisations précitées : BID (www.iadb.org) ; FELABAN (www.felaban.com), dernier accès le 25 sept. 2010. En France, la loi n° 2010-737 du 1^{er} juill. 2010 portant réforme du crédit à la consommation (arts. 23 à 25), adopte des dispositions destinées à promouvoir le microcrédit (« prêts à des fins sociales »).

⁸⁰ DIETSCH, Michel. « Peut-il exister un droit au crédit ? », Rev. d'écon. fin., n° 58, 3-2000, p. 135 ; BONNEAU, Thierry. « Le droit au crédit », Rev. dr. banc. et fin., janv.-févr. 2002, p. 3. STOUFFLET, Jean. « Le droit au crédit ? », Mélanges Sohm, PU Clermont Ferrand, 2005, p. 205.

⁸¹ Outre les auteurs, précités, v. GAVALDA, Christian et STOUFFLET, Jean. *Op. cit.*, n° 297, p. 172 ; SAMIN, Thierry. Rev. Banque et droit, n° 63, janv.-fév. 1999, p. 4 ; RIVES-LANGE, Jean-Louis et CONTAMINE-RAYNAUD, Monique. « Droit bancaire », 6^e éd., Dalloz, 1995, n°387.

⁸² VASSEUR, Michel. « Droit et économie bancaires, les opérations de banque », Fasc. I, 4^e éd., 1987-1988, p. 19-20. On pourrait avancer aussi les risques liés à la responsabilité civile d'un établissement de crédit ayant accordé des crédits excessifs. En France, l'art. L. 511-10 du Code mon. et fin. fait pourtant allusion à la « reconnaissance effective d'un droit au crédit ». On a, ici encore, refusé cette idée, sous prétexte que la référence à un « droit au crédit » traduisait simplement « la volonté des pouvoirs publics que l'offre de crédit soit élargie et que des possibilités de financement soient offertes à des activités exercées dans des conditions qui pourraient être jugées peu attractives par les établissements de crédit classiques » : STOUFFLET, Jean. « Le droit au crédit ? », préc., p. 209 ; BONNEAU, Thierry. « Le droit au crédit », préc., p. 3.

⁸³ YUNNUS, Muhammad. « Banker to the Poor – Micro-Lending and the Battle Against World Poverty », Public Affairs, 2003 : L'auteur a obtenu le Prix Nobel de la Paix en 2006, comme récompense à « ses efforts dans la création du développement économique et social ».

⁸⁴ *Idem*, p. 150 et 258 : « le crédit n'est pas qu'un business. Comme la nourriture, le crédit est un droit fondamental ».

⁸⁵ *Idem*, p. 58. Le taux de remboursement de la *Grameen Bank* au Bangladesh s'élève à 98,9%, sans qu'aucune garantie ne soit jamais demandée. V. DARNIL, Sylvain et LE ROUX, Mathieu. « 80 hommes pour changer le monde – Entreprendre pour la planète », JC Lattès, 2005, p. 105, qui affirment qu'en France le taux de remboursement des banques commerciales se situe aux alentours de 97%.

avant tout, dans cette perspective, un « droit à la liquidité », c'est-à-dire un moyen d'accéder aux services de liquidité bancaire⁸⁶. Cet accès pourrait être facilité, tout d'abord, par un assouplissement des clauses contenues dans les conventions de crédit⁸⁷. Afin de « desserrer l'étau », on propose ainsi une adaptation des clauses contractuelles, de manière à aligner les remboursements de l'emprunteur sur la périodicité effective de ses ressources⁸⁸. Ensuite, il est suggéré que l'attribution de cartes de crédit (et non de paiement) qui prévoient un plafond négocié soit développée⁸⁹. La renégociation régulière de lignes de crédits à court terme, des découverts autorisés ou des cartes de crédit est enfin recommandée. Elle permettrait de résoudre le problème de la périodicité de leur renouvellement⁹⁰.

21. Revenant au droit, on pourrait aussi être tenté de tirer parti de l'exemple du droit fondamental au logement. On remarquera, à ce titre, qu'un « droit au logement opposable »⁹¹ a été consacré en France. Dès lors, l'idée apparaît-elle insolite, qu'on puisse opposer à l'État (ou à ses concessionnaires) une demande de financement de la consommation ?⁹² Encore faudrait-il pour autant répondre à la question de savoir s'il s'agirait d'un droit perpétuel, c'est-à-dire renouvelable après remboursement. Le crédit n'est qu'un accessoire et les biens de la vie courante qu'il vise à financer se multiplient dans la société de consommation⁹³.

22. Un droit au crédit n'existe pas – On reconnaîtra la générosité dont les arguments précités sont empreints. Ils ne sauraient suffire pour autant pour fonder un véritable droit au crédit. D'abord, dans les sociétés capitalistes, les banques n'ont pas vocation à la charité. Ce n'est pas, ensuite, en communiquant le problème à d'autres « vases » qu'on résoudra la question : n'est-il pas tautologique de prôner un droit au crédit lorsque celui-ci a déjà été octroyé ? Enfin, à la différence du logement, le crédit présente des dangers importants pour le

⁸⁶ DIETSCH, Michel. *Op. cit.*, p. 135. Le raisonnement est mené de la façon suivante : d'un point de vue technique, « pour une banque, il y a peu de différences entre les obligations de gestion de la liquidité qui résultent des opérations de retraits à vue des déposants et celles qui résultent des tirages effectués sur les lignes de crédit » (p. 136).

⁸⁷ *Idem*, p. 139. La rigidité des clauses incitatives ainsi que des échéanciers d'amortissements classiques peut se heurter au caractère irrégulier des revenus de l'emprunteur. Au lieu de mettre en place des contrats adaptés à la situation des plus démunis, les prêteurs préfèrent souvent restreindre leur accès au crédit.

⁸⁸ *Idem*, p. 145.

⁸⁹ « Le droit au crédit est, pour cette catégorie d'emprunteurs, un droit d'accès à la liquidité bancaire, c'est à dire au fond le droit de payer en utilisant d'autres moyens de paiement que les billets » : *idem, ibidem*.

⁹⁰ *Idem*, p. 146. Enfin, d'autres suggestions sont présentées relatives à la réglementation du secteur financier, par l'encouragement des prêteurs à distribuer des crédits à ces clientèles minoritaires, ou encore par la diversification du portefeuille bancaire, dans le but de réduire le risque du crédit et les coûts de l'information

⁹¹ Loi n° du 2007-290 du 5 mars 2007, ayant inséré l'art. L. 300-1 dans le Code constr. et hab., ainsi rédigé : « le droit à un logement décent et indépendant, mentionné à l'article 1^{er} de la loi n°90-449 du 31 mai 1990 visant à la mise en œuvre du droit au logement, est garanti par l'Etat à toute personne qui, résidant sur le territoire français de façon régulière et dans des conditions de permanence définies par décret en Conseil d'Etat, n'est pas en mesure d'y accéder par ses propres moyens ou de s'y maintenir ».

⁹² Sur ce sujet, v. DERRUPÉ, Jean. « Rapport de synthèse », in « L'endettement », *op. cit.*, p. 24 : « le droit à l'endettement est présenté comme un prolongement naturel du droit au logement voire à une certaine qualité de vie » ; dans le même sens, mais d'un avis plutôt critique, v. LAGARDE, Xavier. « L'endettement des particuliers – Étude critique », *op. cit.*, n° 56, p. 174 : « l'article 25 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 confirme, à sa manière, cette intuition, en disposant que toute personne a droit à un niveau de vie suffisant pour assurer sa santé, son bien-être et ceux de sa famille. Et dans cette perspective, le contrat de consommation ne devient donc que l'instrument de la réalisation d'un droit à un bonheur socialement défini, cette réalisation devenant la mesure de la force obligatoire de ce contrat ».

⁹³ V. BAUDRILLARD, Jean. « La société de consommation », Denoël, 1970, p. 19.

consommateur⁹⁴. Il peut, à défaut d'une utilisation responsable et modérée, l'entraîner dans sa propre ruine. À ces arguments s'ajoute l'influence qu'exercent des facteurs culturels sur la politique et le marché financier dans chaque pays. A ce sujet, on dénonce souvent, au Brésil, une méfiance particulièrement accrue des prêteurs vis-à-vis des débiteurs, supposément due au niveau particulièrement élevé des taux de défaillance par rapport à celui des autres pays. Certains associent cela à l'« incertitude juridictionnelle »⁹⁵ qu'entraîne l'intervention du juge – estimée trop fréquente – dans les conditions convenues entre les parties.

23. Certes, les banques chercheront à accroître la diffusion du crédit si les marchés bancaires sont efficaces. L'explosion du crédit à la consommation au Brésil depuis une décennie, surtout auprès des classes les plus démunies de la population, en fournit un indice. Mais la disposition (passagère ?) des établissements privés à universaliser l'offre de crédit ne saurait se transmuter en la reconnaissance d'un véritable droit. Par ailleurs, quand bien même le crédit serait devenu fondamental dans la société contemporaine de consommation, la consécration d'un droit inconditionnel présenterait un inconvénient majeur. Les effets de la distribution démesurée du crédit, observée depuis plusieurs années tant au Brésil qu'en France, sont déjà notés : le surendettement des particuliers est aujourd'hui reconnu comme un grave problème social.

24. Devant le scénario de prodigalité du crédit qui s'est dessiné dans le secteur financier depuis un certain temps, plutôt que de prôner la reconnaissance d'un droit fondamental au crédit, mieux vaut aujourd'hui rechercher un équilibre entre l'accroissement du portefeuille bancaire des crédits aux consommateurs et la capacité soutenue et durable de son absorption par ceux qui en sont le plus exclus. L'effort de rendre l'accès au crédit plus facile peut, certes, présenter des avantages sociaux. La recherche d'un équilibre demeure pourtant non seulement un défi pour les autorités publiques, mais aussi un aspect indispensable au maintien d'un environnement de croissance économique où les droits des consommateurs sont respectés. Dans les développements qui vont suivre, on s'efforcera de garder toujours cet esprit d'équilibre, de manière à concilier les intérêts des professionnels et des consommateurs, voire ceux de la société en général, en ce qu'ils sont affectés par le développement des pratiques de crédit.

25. Plan – L'accès au crédit doit être stimulé ou réduit, suivant les besoins et les nécessités de chaque société. La question qui s'ensuit est celle de savoir à quelle protection un

⁹⁴ Par ailleurs, si le bien objet de l'opération, que ce soit de l'argent ou une autre facilité de paiement, est fourni « à perte », c'est-à-dire sans espérance de restitution ou sans s'attendre nécessairement à l'exécution d'une contrepartie à la charge du consommateur – comme c'est le cas pour d'autres prestations fournies par l'État, en sauvegarde de la dignité humaine (éducation, santé, sécurité etc.) – il ne s'agirait plus d'un droit au crédit au sens technique du terme, sinon probablement d'un droit au bien même, dont l'acquisition le crédit était destiné à financer. V. GJIDARA, Sophie. « L'endettement et le droit privé », thèse LGDJ, 1999, n° 269, p. 221 : « l'intégration sociale n'a rien à voir avec l'assistance, ni le crédit avec l'aide publique ».

⁹⁵ ARIDA, Persio, BACHA, Edmar et RESENDE, André. « Credit, Interest and Jurisdictional Uncertainty – Conjectures on the Case of Brazil », Travail présenté au séminaire « Inflation Targeting and Debt : The Case of Brazil », Rio de Janeiro, le 12.12.2003.

consommateur aura droit, lorsqu'un prêteur se dispose à lui octroyer un crédit. Le génie de Molière, d'une actualité éclatante, a pu résumer son parcours avec beaucoup de réalisme :

« Les dettes aujourd'hui, quelque soin qu'on emploie,
Sont comme les enfants que l'on conçoit en joie,
Et dont avec peine on fait l'accouchement.
L'argent dans une bourse entre agréablement ;
Mais le terme venu que nous devons le rendre,
C'est lors que les douleurs commencent à nous prendre »⁹⁶.

26. Ce qui nous conforte à formuler le plan suivant :

PREMIÈRE PARTIE – L'OCTROI DU CRÉDIT

SECONDE PARTIE – LES DIFFICULTÉS DE REMBOURSEMENT DU CRÉDIT

⁹⁶ « L'étourdi ou les contretemps », acte I, scène V.

PREMIÈRE PARTIE – L’octroi du crédit

27. L’objectif du droit spécial de protection est de former le contrepied des manipulations et des déséquilibres auxquels est soumise la masse des consommateurs de crédit. Leur protection juridique commande de garantir que les sollicitations dont ils font parfois l’objet se déroulent dans un cadre où la loyauté des affaires est assurée. L’adoption de règles destinées à assurer qu’ils puissent réaliser leur démarche de manière éclairée et réfléchie (titre I) témoigne, dans une certaine mesure, des victoires du consumérisme. La notion d’« équilibre » étant la traduction juridique des aspirations de ce mouvement social, cette devise se manifeste plus encore dans le domaine des opérations de crédit. Cela explique que le législateur se soit décidé à organiser les obligations du consommateur selon un régime équilibré (titre II).

Titre I – La protection du demandeur du crédit

28. La « protection du demandeur du crédit » est un thème récent. Le droit commun du crédit a été élaboré avant tout en considération des risques encourus par celui qui « fait crédit »⁹⁷. La nature réelle dont on qualifie traditionnellement le contrat de prêt⁹⁸ ainsi que les sûretés pesant sur le patrimoine du débiteur en constituent des preuves. Le consommateur, lorsqu'il a recours au crédit, cherche essentiellement à satisfaire un besoin de consommation. Il est conduit par ses nécessités, mais aussi par ses désirs et ses impulsions⁹⁹. Le demandeur de crédit se met alors en relation avec un professionnel. Classiquement, le principe de la liberté contractuelle trouve son application, le professionnel étant en principe le seul maître de la décision d'octroi du crédit. Si celui-ci décide de fournir le crédit demandé, une relation juridique est nouée. Elle sera régie, d'abord, par les règles générales du droit commun sur la formation des contrats. Livré à la recherche d'une protection légale, le consommateur pourra avoir recours notamment aux vices du consentement du Code Civil. Mais ces dispositions n'apportent pas une protection efficace de ses intérêts, ne serait-ce qu'en raison des preuves, difficiles à apporter, et de la nécessité d'une action en justice intentée *a posteriori*¹⁰⁰. Pour le reste, traditionnellement on peut résumer l'essentiel à une obligation de loyauté devant animer le comportement des parties, les obligations du consommateur étant en pratique les seules visées, grâce au caractère unilatéral des obligations inhérent au contrat de prêt classique.

29. Tout cela conduit à conclure que la mise en oeuvre d'une approche préventive serait plus à même d'apporter une protection efficace des intérêts du consommateur. Compte tenu des dangers liés au crédit, le législateur a institué, tant au Brésil qu'en France, des règles spécifiques qui visent à procurer au consommateur une protection spéciale de ses intérêts économiques. Avant de comparer les différentes modalités de la protection du demandeur de crédit dans les deux ordres juridiques concernés (chapitre II), il convient de préciser le domaine d'application de ces règles spéciales, largement dérogoires au droit commun (chapitre I).

⁹⁷ CALAIS-AULOY, Jean. *Op. cit.*, D. 1975, chr. p. 19.

⁹⁸ Le contrat n'est formé que lorsque les fonds sont mis à la disposition du débiteur.

⁹⁹ CHARDIN, Nicole. « Le Contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté », Lib. Gén. de droit et de jurisprudence, 1988, p. 34.

¹⁰⁰ GAVALDA, Christian. « L'information et la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit », D. 1978, chr. p. 191.

Chapitre I – Le domaine d’application des règles sur le crédit aux consommateurs

30. Ces règles ont pour but de favoriser un personnage privilégié. Elles visent, d’une part, les acteurs agissant dans le marché du crédit (section 1), d’autre part, les opérations que ceux-ci accomplissent dans le cadre des relations qu’ils nouent (section 2).

Section 1 – Les acteurs concernés

31. La logique du droit du crédit aux consommateurs ne diverge pas de celle, plus large, du droit de la consommation. Ce droit concerne les relations nouées entre, d’une part, un consommateur et, d’autre part, un professionnel, où un déséquilibre intrinsèque est avéré¹⁰¹. Sa logique gravite autour de la protection de la partie faible. Le crédit est une opération complexe, qui aboutit à « enlever le frein qu’impose le besoin de trésorerie pour payer comptant »¹⁰². L’achat inconsidéré de biens à crédit ou l’obtention démesurée de prêts à la consommation sont autant de raisons qui justifient l’intervention du législateur dans ce domaine. Il s’agit certes de protéger le consommateur contre les sirènes des promoteurs et des agents du crédit¹⁰³, mais aussi contre le principal danger pour lui, qui provient, semble-t-il... de lui-même¹⁰⁴ !

32. Or, la consécration d’une protection spéciale accordée à un sujet privilégié exige qu’on connaisse au préalable celui qu’on veut protéger. Il est alors nécessaire, afin d’appréhender l’étendue du champ propre aux règles protectrices, de bien cerner la notion de consommateur de crédit (§ 1^{er}). Cette notion n’est par ailleurs comprise que lorsqu’un fournisseur de crédit (§ 3^e) figure à l’autre pôle de la relation. On ne saurait oublier, enfin, celui qui intervient en qualité de garant du consommateur car, dans les opérations de crédit, souvent une sûreté personnelle est fournie par une caution (§ 2^e).

§ 1^{er} – Le consommateur de crédit

33. Il peut paraître évident que celui qui achète une voiture à crédit ou qui obtient un prêt personnel afin de financer ses besoins de consommation est le consommateur type. Vis-à-vis du vendeur ou du prêteur, le consommateur se trouve en position de faiblesse. Le droit de la consommation s’est construit autour de cette notion de déséquilibre, où la partie faible

¹⁰¹ AMIEL-DONAT, Jacqueline. « Contrat de consommation », *Jurisclasseur conc. consom.*, fasc. n° 800, 1989, n° 16 : « le contrat de consommation par lequel un consommateur se procure auprès d’un professionnel un bien ou un service qu’il destine à un usage personnel ou familial, est le contrat qui, parce qu’il correspond à un besoin humain, économique et juridique, fait l’objet de règles spécifiques instaurant des prérogatives exorbitantes de droit commun en faveur du consommateur, afin de rétablir un équilibre contractuel perdu ».

¹⁰² STOUFFLET, Jean. « La protection du consommateur faisant appel au crédit », *Mélanges Émmérentine Lagrange*, p. 228.

¹⁰³ RAYMOND, Guy. RAYMOND, Guy. « Crédit immobilier », *Jurisclasseur conc. consom.*, fasc. n° 1110, 15 mai 2008, n° 2.

¹⁰⁴ *Idem*, n° 8 ; PIEDELIÈVRE, Stéphane. « Crédit à la consommation », *op. cit.*, n° 3.

représente le dernier maillon d'une chaîne économique de production – distribution – échange – consommation¹⁰⁵.

34. On a affirmé que le but majeur des règles sur le crédit à la consommation était de protéger le « consommateur d'argent »¹⁰⁶. Or, l'argent n'appartient pas au genre de biens que l'on détruit lorsqu'on réalise un « acte de consommation ». En ce sens, il ne serait pas *consumptible*¹⁰⁷ car il est de la nature même de la monnaie, soit en sa forme fiduciaire soit en celle scripturale, de favoriser l'échange et la circulation des biens. L'argent étant ainsi utilisé comme simple moyen d'obtention d'une autre prestation, le consommateur est-il jamais le destinataire final de l'argent reçu ? Autrement dit, à moins qu'il ne soit un collectionneur de monnaies...¹⁰⁸, n'est-on pas en droit de refuser la qualité de consommateur à celui qui utilise le crédit obtenu dans le but de le donner en paiement à autrui ? C'est en ces termes que la question s'est posée, et des juristes l'ont débattue sérieusement dans l'ordre juridique brésilien, de savoir si l'on pouvait appliquer les dispositions protectrices du consommateur à celui qui n'utilise l'argent fourni par un établissement de crédit que dans le but de remettre ensuite les fonds dans le circuit du marché, c'est-à-dire de l'employer dans l'acquisition d'autres produits et services fournis. Le doute n'est pas ici permis. Une réponse ferme et définitive à cette question de principe mérite d'être établie (A), préalablement à l'analyse de la notion de consommateur de crédit (B).

A) Principe

35. « Aucune discipline ne laisse indifférent le spécialiste du droit de la consommation : droit bancaire, droit des assurances, droit de la concurrence, droit de la distribution... »¹⁰⁹. Si en France nul n'oserait mettre en cause la possibilité de qualifier de consommateur celui qui se sert d'un crédit, au Brésil il n'en va pas de même. Après l'avènement du Code du consommateur, dans la presque totalité des litiges portés devant les tribunaux où un établissement de crédit était partie, celui-ci soulevait une question préjudicielle contestant la qualité de consommateur de son cocontractant. En doctrine, des voix isolées se sont manifesté pour affirmer que l'emprunteur n'était jamais le destinataire final du crédit lorsqu'il employait les

¹⁰⁵ BOURGOIGNIE, Thierry. « Éléments pour une théorie du droit de la consommation », Story Scientia, 1988, p. 47 : « [...] Seule une appréhension subjective du phénomène de la consommation centrée sur la personne du consommateur et sur les conditions dans lesquelles celle-ci remplit son rôle au sein du cycle production – distribution – échange – consommation, permet de déceler les oppositions qui traversent le champ de la consommation, d'identifier les faiblesses et les besoins du groupe socio-économique 'consommateur' au sein de ce cycle et de parvenir ainsi à une définition plus exacte des remèdes que le droit est susceptible d'apporter à la situation du consommateur ».

¹⁰⁶ GAVALDA, Christian. *Op. cit.*, p. 191.

¹⁰⁷ « Consumptible dérive du verbe consumer, qui vient du latin *consumere* (détruire, consumer) » : CALAIS-AULOY, Jean et STEINMETZ, Frank. « Droit de la consommation », 7^e éd., Dalloz, 2006, p. 8, note 1.

¹⁰⁸ C'était la suggestion du Ministre Nelson Jobim dans son vote annexé à la décision finale dans le dossier ADIN n° 2591-DF auprès du *Supremo Tribunal Federal*, publiée au DJ le 29.9.2006, p. 226, lequel a adhéré à cette théorie.

¹⁰⁹ PICOD, Yves et DAVO, Hélène. « Droit de la consommation », 2^e éd., Sirey, 2010, n° 5.

fonds obtenus dans l'acquisition d'autres produits¹¹⁰. On a pu même déclarer qu'« appliquer les règles du Code du consommateur à des institutions financières serait comme appliquer le Code pénal à des enfants »...¹¹¹ Les juges du fond n'ont pas hésité : le moyen était systématiquement jugé irrecevable, le Code n'ayant fait aucune faveur aux établissements de crédit par rapport aux autres catégories de professionnels. La question a été portée devant le *Superior Tribunal de Justiça*. Celui-ci a confirmé les décisions des instances du fond et a fini par adopter un avis, n° 297¹¹², qui énonce en des termes on ne peut plus clairs, que « Le Code de défense du consommateur s'applique aux institutions financières ».

36. On aurait pu croire le débat clos, la plus haute juridiction fédérale en matière légale¹¹³ ayant tranché la question. La Confédération nationale du système financier – CONSIF, association regroupant l'ensemble des établissements de crédit, a toutefois décidé en décembre 2001 d'intenter une « action directe d'inconstitutionnalité » (ADIN), enregistrée sous le n° 2951 auprès de la Cour Constitutionnelle. La demanderesse alléguait que l'application des dispositions du Code de défense du consommateur aux institutions financières représentait une violation de la Constitution (art. 5^o, al. LIV) pour atteinte à un prétendu principe de proportionnalité¹¹⁴. En résumé, la CONSIF soutenait¹¹⁵ qu'il existait une distinction fondamentale entre, d'une part, un *consommateur* et, d'autre part, un *client* d'une banque¹¹⁶. Cette distinction semblait, d'ailleurs, étrangère au débat sur l'identification des personnes pouvant avoir la qualité de consommateur, d'après une simple interprétation des dispositions du Code. Elle aurait un autre fondement épistémologique. Elle procéderait, selon la demanderesse, d'une différence de nature entre les diverses activités exercées par les établissements de crédit : le *consommateur* serait, ainsi, l'utilisateur de « *services* » bancaires, tandis que le *client* serait, quant à lui, le destinataire d'« *opérations* » bancaires et financières. On le devinera, seules ces dernières caractériseraient une activité de crédit, activité « typique de banque ». Les *services bancaires* se limiteraient ainsi à la fourniture de chèquiers, à la mise à jour de relevés de compte, à l'utilisation d'automates etc.

37. Or, concluait la CONSIF, l'application des règles protectrices du Code du consommateur indistinctement aux *services* et aux *opérations de crédit*, sans tenir compte de la

¹¹⁰ Dans son vote (ADIN n° 2591, DJ 29.9.2006, p. 228), le Ministre Nelson Jobim cite BROSSARD, Paulo, in « Defesa do consumidor, atividade do Ministério Público – incursão em atividades bancárias e quebra de sigilo – impossibilidade de interferência », RT 1995, n° 718, p. 90 ; il cite aussi (p. 273) LACERDA, Galeno, « Direito comercial, obrigações e contratos », v. III, Forense, p. 14.

¹¹¹ VIDIGAL, Geraldo de Camargo. « Tarifas bancárias », in Cadernos de Direito Tributário e finanças públicas, n° 17, p. 127-143, *apud* FILOMENO, José Geraldo B. F., « Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto », 9^e ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 56.

¹¹² Avis n° 297 de la *Summula de Jurisprudência* du STJ, du 9.9.2004.

¹¹³ Au Brésil, la vérification des violations de la législation ordinaire relève, en dernière instance, de la compétence juridictionnelle du *Superior Tribunal de Justiça* (Const./88, art. 105, III, a), tandis que les atteintes portées aux principes de la Constitution Fédérale font l'objet de l'appréciation du Suprême Tribunal Fédéral (Const./88, art. 102, III, a).

¹¹⁴ P. 13 des conclusions annexées au dossier ADIN-DF N° 2591 auprès du STF.

¹¹⁵ P. 9 des conclusions annexées au dossier ADIN-DF N° 2591 auprès du STF.

¹¹⁶ À la distinction entre *consommateur* et *client*, le Ministre Nelson Jobim a promu un glissement vers celle de *consommateur* et *emprunteur* (celui-ci ne consomme jamais le crédit, sauf s'il est un collectionneur de monnaies... (ADIN n° 2591, DJ 29.9.2006, p. 226).

spécificité du métier de banque serait déraisonnée et excessive ; elle porterait ainsi atteinte à la Constitution. Elle serait surtout de nature à provoquer une déstabilisation globale de l'ordre économique et une perturbation de la politique monétaire nationale, celle-ci étant l'apanage exclusif des autorités monétaires. Des auteurs renommés ont été, finalement, engagés pour émettre des avis juridiques sur la question, qui ont été joints à ses conclusions dans le dossier judiciaire¹¹⁷ dont la consultation était ouverte au public. Les arguments présentés par la CONSIF dissimulaient mal les vrais enjeux de la cause. Ce que craignaient véritablement les établissements de crédit était une intervention trop récurrente du juge, non seulement dans l'économie générale des contrats individuellement conclus mais, qui plus est, celle d'une collectivité indéfinie de consommateurs, au moyen d'actions de groupe intentées par des associations de défense de leurs intérêts¹¹⁸. Le Brésil étant un pays où le crédit aux consommateurs est l'un des plus chers au monde, les juges brésiliens étaient souvent amenés à statuer sur des litiges où ceux-ci se plaignaient du caractère excessivement onéreux du crédit consenti. L'article 4^o, alinéa VIII, de la loi bancaire¹¹⁹ prévoyant qu'il appartient au Conseil Monétaire National de « régler la constitution, le fonctionnement et le contrôle de ceux qui exercent des activités régies par cette loi », les établissements de crédit estimaient qu'en aucun cas le juge ne pouvait, sous prétexte de protéger un consommateur, modifier les conditions du crédit librement acceptées par celui-ci.

38. La question a mérité une réponse catégorique de la part du *Supremo Tribunal Federal*. Les magistrats ont d'abord rappelé que la protection du consommateur est consacrée dans la Constitution de la République comme un droit fondamental (art. 5^o, XXXII) et comme un principe fondateur de l'ordre économique national (art. 170, al. V); et, qu'en tant que telle, elle représente la sauvegarde de la dignité de l'homme¹²⁰. Ensuite, sur la prétendue distinction entre consommateur et client, la Cour a considéré qu'elle était artificielle et ne reposait sur aucune norme juridique. Au contraire, il a été expressément affirmé que « consommateur, pour l'application du Code de défense du consommateur, est toute personne physique ou morale qui utilise, comme destinataire final, une activité bancaire, financière et de crédit »¹²¹. Les magistrats n'ont pas manqué de faire la morale aux demandeurs, en affirmant que « le juriste ne devrait pas perdre du temps à formuler des argumentations rhétoriques, fondées sur des

¹¹⁷ WALD, Arnaldo. « O direito do consumidor e suas repercussões em relação às instituições financeiras », Rev. de informação legislativa, n^o 111, 1991, p. 312.

¹¹⁸ À l'époque, la menace provenait du fait que les représentants du Ministère Public de différents États de la Fédération avaient intenté des actions collectives au bénéfice de consommateurs possédant des comptes-épargne, à propos de pertes monétaires des montants investis. Ce pas franchi, le coup suivant pourrait venir d'actions collectives où les intérêts débiteurs de milliers de contrats de crédit seraient contestés.

¹¹⁹ Loi n^o 4595, du 31.12.1964.

¹²⁰ V. ADIN n^o 2591-DF, DJ 29.9.2006, pp. 334 (Min. Eros Grau), 368 (Min. Marco Aurélio), 371 (Min. Celso de Mello).

¹²¹ *Idem*, v. *Ementa*. Il y est aussi précisé qu'il n'existe pas dans la Constitution de la République un prétendu principe de proportionnalité. Celle-ci, ainsi que la « raisonabilité » ne sont que des « postulats normatifs d'interprétation et d'application du droit ». L'activité du législateur ne se mesure donc pas, eu égard à la Constitution, à l'aune d'un principe de proportionnalité. C'est le juge qui, dans l'application des normes, réalise une vérification de proportionnalité comme « instrument d'équité ». V. p. 330.

considérations du sens commun ou sur des matières scientifiques car tout effort visant à éluder l'efficacité des normes fondamentales mentionnées serait inutile »¹²². Enfin, la Cour Suprême a déclaré, de façon très nette, que les dispositions protectrices du Code de la consommation s'appliquent à toute activité, opération de crédit et services proposés par un établissement de crédit à un consommateur. Elle a tenu à ajouter que ce serait le cas, « qu'il s'agisse d'une personne physique ou, encore, d'une petite ou moyenne entreprise, car dans ces cas – et de façon prononcée – une relation de domination s'instaure, voire, dans certains cas, des situations d'authentique dépendance économique »¹²³.

39. Or, la Cour n'en a-t-elle pas dit trop sur les personnes ayant la qualité de consommateur ? C'est ce qu'il convient d'analyser désormais car, après tout, c'est la Cour elle-même qui affirme dans sa décision qu'« il ne convient pas de préciser le contenu des principes de la Constitution à partir des définitions contenues dans la législation ordinaire »¹²⁴ : la définition du consommateur relève, en réalité, de la compétence des juges chargés d'uniformiser l'interprétation de la législation infra-constitutionnelle¹²⁵.

B) La définition du « consommateur de crédit »

40. Les spécialistes du droit de la consommation affirment que la délimitation du domaine d'application de cette branche du droit se réalise par la définition des notions de consommateur et de professionnel¹²⁶. Le Brésil et la France ont adopté des codes de protection des consommateurs. Il serait donc naturel que l'on procédât à la recherche de la définition du consommateur de crédit à partir des dispositions qu'ils contiennent.

41. Fort dans la conviction de rendre plus précis les contours du droit de la consommation, le législateur brésilien a adopté une définition générale du consommateur. Cette définition est déterminante pour l'application de toutes les règles protectrices du Code, qu'elles concernent les clauses abusives, la responsabilité du fait des produits défectueux ou encore celles sur le crédit aux consommateurs. Les normes du Code forment ainsi un « micro-système » juridique où les intérêts du consommateur sont pris en compte de manière harmonieuse. Par conséquent, un consommateur qui achète sa nourriture méritera, en principe, la même protection qu'un autre qui conclut un contrat de crédit¹²⁷. On ne saurait négliger, toutefois, une probable influence que les profondes disparités socio-économiques de la

¹²² *Idem*, p. 335.

¹²³ V. rapport du Min. Eros Grau, p. 342.

¹²⁴ V. rapport initial du Min. Carlos Velloso, où il cite le professeur Celso Ribeiro Bastos (p. 173).

¹²⁵ Art. 105, al. III, c, de la Constitution Fédérale de 1988.

¹²⁶ CALAIS-AULOY, Jean et STEINMETZ, Frank. *Op. Cit.*, p. 18, note 1.

¹²⁷ On songera, toutefois, à une différence d'appréciation à l'égard des normes sur la protection de la santé et de l'intégrité physique et psychologique du consommateur.

population brésilienne exerceront sur l'appréciation du juge à l'égard de la situation spécifique d'un consommateur individuel¹²⁸.

42. En France, à l'inverse, le législateur n'a pas donné de définition générale de cette notion dans le Code. La Commission de refonte du droit de la consommation avait proposé une définition plus précise : « Les consommateurs sont les personnes physiques ou morales de droit privé qui se procurent ou qui utilisent des biens ou des services pour un usage non professionnel »¹²⁹. Cette proposition a cependant été refusée par le législateur, au profit d'une compilation des normes existantes¹³⁰ dans une codification dite « à droit constant ». En conséquence, la définition du consommateur est l'oeuvre oscillante de la jurisprudence qui poursuit une approche sectorielle du droit de la consommation. Cela aboutit à la fragmentation de la notion du consommateur en plusieurs notions plus ou moins distinctes suivant les règles du Code envisagées. On peut douter de l'efficacité de cette méthode qui, d'ailleurs, a suscité un contentieux abondant. Sans doute, tous les éléments du contenu contractuel n'ont pas la même importance dans l'économie générale du contrat. Mais si l'on considère que le législateur a entendu protéger le consommateur contre les dangers du crédit, on voit mal pourquoi, par exemple, une même personne devrait avoir la possibilité d'exercer un droit de rétractation, tandis que l'annulation d'une clause abusive lui serait refusée. En tout cas, l'approche choisie par le législateur français doit nous conduire à poursuivre, dans les développements suivants, la découverte de cette notion dans le domaine exclusif des lois sur le crédit à la consommation.

43. On estime que l'adoption d'une définition unitaire du consommateur devrait rendre une certaine cohérence au droit de la consommation. Il convient alors de comparer la démarche suivie dans les deux ordres juridiques concernés, d'abord dans celui qui, longtemps, n'a pas connu de définition précise (1), ensuite dans celui où une telle définition a été aussitôt adoptée (2), afin de pouvoir mesurer les avantages et les inconvénients des différentes méthodes.

1) Le consommateur de crédit en France

44. La nouvelle loi portant réforme du crédit à la consommation¹³¹ vient d'adopter, pour la première fois en droit français, une définition du consommateur. La nouveauté légale ne concerne toutefois que les opérations de crédit mobilier à la consommation (a). Dès lors, elle ne fait pas perdre à l'analyse comparative l'intérêt de la présentation d'une jurisprudence abondante et riche d'enseignements, formée en l'absence d'une définition précise du consommateur de crédit (b).

¹²⁸ Ainsi, on peut estimer que la perception de cette notion par le juge ne sera ni identique ni homogène, dans l'application des dispositions codifiées. Car il devra prendre en compte, à l'intérieur même de la notion juridique, la situation spécifique du consommateur individuel faisant l'objet de son appréciation.

¹²⁹ CALAIS-AULOY, Jean. « Propositions pour un code de la consommation – Rapport de la commission de codification du droit de la consommation », La documentation française, 1990, p. 39 (art. L. 3).

¹³⁰ PAISANT, Gilles. « Essai sur la notion de consommateur en droit positif », JCP 1993, I, 3655.

¹³¹ Loi n° 2010-737 du 1^{er} juill. 2010.

a) La nouvelle définition du consommateur de crédit dans les opérations de crédit mobilier

45. Elle résulte de la transposition en droit français de la Directive n° 2008/48/CE du 23 avril 2008 sur le crédit à la consommation¹³². Le nouvel article L. 311-1, alinéa 2°, du Code de la consommation définit, « au sens du chapitre I, du titre 1^{er}, du livre III » du Code¹³³, comme « emprunteur ou consommateur, toute personne physique qui est en relation avec un prêteur, dans le cadre d'une opération de crédit réalisée ou envisagée dans un but étranger à son activité commerciale ou professionnelle ». Cette définition est conforme à la législation et à la jurisprudence communautaires, lesquelles réservent la protection spéciale aux personnes physiques¹³⁴. Un auteur a pu affirmer qu'elle devrait avoir pour effet de « ranger au rang de l'histoire les quelques décisions anciennes de la jurisprudence française, qui avaient accordé les faveurs des articles L. 311-1 et suivants » du Code aux personnes morales¹³⁵. Cela n'est toutefois pas certain. Il est permis aux États membres de « maintenir ou introduire des dispositions nationales correspondant aux dispositions de la présente directive ou à certaines de ses dispositions pour les contrats de crédit n'entrant pas dans le champ d'application de la présente directive »¹³⁶. Le législateur n'a pas entendu le faire lors de la transposition de la directive sur le crédit à la consommation mais rien ne l'en empêcherait dans l'avenir. En tout cas, si la précision sur la personnalité du consommateur constitue une nouveauté en droit français¹³⁷, celle sur la finalité non professionnelle du crédit consenti n'en est pas une. Prévue aux dispositifs du Code¹³⁸, elle n'a pourtant pas empêché la jurisprudence de se développer autour de la notion de consommateur de crédit.

¹³² Art. 3, a. V. GOURIO, Alain. « La Directive européenne du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs », JCP E 2008, 2047, n° 4 ; v. aussi PIEDELIÈVRE, Stéphane. « La directive du 23 avril 2008 sur le crédit aux consommateurs », D. 2008, p. 2614. Il s'agit d'une directive d'harmonisation maximale, qui ne laisse pas au législateur national la possibilité de maintenir les dispositions internes plus protectrices (considérant n° 9 et art. 22, al. 1^{er}, de la dir.).

¹³³ Art. L. 311-1.

¹³⁴ Art. 2, d, de la dir. n° 2002/65/CE du Parlement et du Conseil, du 23 septembre 2002 : « consommateur est toute personne physique qui, dans les contrats à distance, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale ou professionnelle ». Les dispositions de la directive figurent aux articles L. 121-20-8 et s. du Code de la consommation. Ainsi, lorsqu'un consommateur utilise une ou plusieurs techniques de communication à distance, il bénéficiera, outre la protection des nouvelles règles sur le crédit, de celle apportée par cette directive. Si l'opération n'entre pas dans le champ d'application des premières, elle devra tout de même se conformer à la seconde. Or, la définition de consommateur prévue à la directive « services financiers à distance » n'a pas été transposée au Code. On sait cependant que, conformément à la jurisprudence de la CJCE (10 avr. 1984, Von Colson et Kamann, aff. C-14/83 : Rec. CJCE, p. 1891), le juge français devra interpréter les dispositions du Code à la lumière du texte et de la finalité de la directive en vue d'assurer son plein effet. Enfin, la Directive n° 2000/31/CE sur le commerce électronique, du 8 juin 2000 prévoit une définition identique aux précédentes, à l'art. 2, e.

¹³⁵ RAYMOND, Guy. « Premières approches sur la directive n° 2008/48/CE », JCP G n° 48, 26 nov. 2008, I 215, n° 10.

¹³⁶ *Considérant* n° 10 de la Directive, qui semble reprendre la solution rendue par la CJCE 14 mars 1991, C-361/89, arrêt Di Pinto, Rec. 1991, p. I-1189.

¹³⁷ Lorsqu'on recherchait une définition positive, en matière de crédit mobilier à la consommation, tout ce qu'on pouvait relever, c'était qu'« emprunteur » était simplement le cocontractant d'un « prêteur » (art. L. 311-2, 2°, abrogé à partir du 1^{er} mai 2011 par la loi n° 2010-737 du 1^{er} juill. 2010, art. 61, I, al. 1^{er}). Dans le crédit immobilier, encore actuellement, l'« acquéreur » est « toute personne qui acquiert, souscrit ou commande au moyen des prêts » mentionnés dans la loi (art. L. 312-1, a).

¹³⁸ Art. L. 311-3, 3° (abrogé à compter du 1^{er} mai 2011 par la loi n° 2010-737 du 1^{er} juill. 2010) et art. L. 312-3, 2°.

b) La notion jurisprudentielle du consommateur de crédit en fonction du but de l'opération

46. À la veille de l'adoption de la loi sur le crédit à la consommation, on a affirmé que « déterminer le domaine d'application de la loi revient à circonscrire le propre champ d'application du droit de la consommation »¹³⁹. Paradoxalement, cependant, la loi ne contenait pas de définition du consommateur. Les lois Scrivener de 1978 et 1979 ont été intégrées dans le Code de la consommation. Leur contenu a été largement conservé par la nouvelle loi de réforme du crédit aux consommateurs. Elles figurent aux articles L. 311-1 et s. (crédit à la consommation) et aux articles L. 312-1 et s. (crédit immobilier)¹⁴⁰. Dans les deux séries de dispositions, la loi procède par exclusions. La méthode est critiquée par la doctrine¹⁴¹. Le point essentiel de la législation française repose, pour toutes sortes de crédit, sur la règle générale suivante : ne méritent pas la protection spéciale les personnes qui contractent des opérations destinées à financer les besoins d'une activité professionnelle¹⁴². Consommateur serait, *a contrario*, la personne qui agit dans un but essentiellement privé ou familial¹⁴³. La seule exception à cette règle consiste à admettre, pour les crédits immobiliers, que le consommateur fasse de l'immeuble un usage mixte, à la fois professionnel et d'habitation¹⁴⁴. Dans ce cas, l'usage d'habitation doit être prédominant¹⁴⁵. C'est ainsi la finalité du crédit qui déterminera l'application de la loi¹⁴⁶.

¹³⁹ M. Thyraud, rapporteur au Sénat, *apud* RAYMOND, Guy. « La protection... », *op. cit.*, p. 557. La réalité aujourd'hui dément cette affirmation, l'étendue de cette branche du droit semble même déborder de celle du Code. V. CALAIS-AULOY, Jean et STEINMETZ, Frank. *Op. cit.*, n° 17, p. 19.

¹⁴⁰ Certains auteurs ont affirmé que ces dernières règles devraient figurer plutôt dans le Code de la construction et de l'habitation, l'acquisition d'un logement étant, pour eux, un acte d'investissement ; v. RAYMOND, Guy. « Crédit immobilier », *op. cit.*, n° 5 ; ROCHE-DAHAN, Jannick. « Le domaine d'application des lois Scrivener », *RTD com.* 1996, p. 19, n° 23. Dans le même sens, v. COURET, Alain. « La distribution du crédit immobilier », in « Droit du crédit au consommateur », *op. cit.*, p. 219. D'autres, à l'opposé, estiment que la distinction est abusive « à une époque où les logements sont des 'produits' de consommation courante, dont la durée de vie est à peine plus longue que celle de certains appareils ménagers », et qu'en réalité « la loi ne vise pas le consommateur immobilier mais le consommateur de crédit immobilier » : CHARDIN, Nicole. *Op. cit.*, p. 15 ; CALAIS-AULOY, Jean et STEINMETZ, Frank. « Droit de la consommation », *op. cit.*, n° 380 p. 441. Cette banalisation de l'acquisition du logement personnel semble discutable, mais elle n'en relève pas moins du droit de la consommation. En tout cas, eu égard à la définition du consommateur, la démarche poursuivie par le législateur ne diffère pas essentiellement, d'un cas à l'autre.

¹⁴¹ MAZEAUD, Denis et PIEDELIÈVRE, Stéphane. « Crédit immobilier », *Répertoire Dalloz*, 2006, n° 6. Lorsqu'on recherchait une définition positive, en matière de crédit mobilier à la consommation, tout ce qu'on pouvait relever, c'était qu'« emprunteur » était simplement le cocontractant d'un « prêteur » (ancien art. L. 311-2, 2°). Dans le crédit immobilier, encore actuellement, l'« acquéreur » est « toute personne qui acquiert, souscrit ou commande au moyen des prêts » mentionnés dans la loi (art. L. 312-1, a).

¹⁴² Arts. L. 311-3, 3° (en vigueur jusqu'au 30 avr. 2011 ; v. loi n° 2010-737 du 1^{er} juill. 2010, art. 61, I, al. 1^{er}) et L. 312-3, 2°.

¹⁴³ PIEDELIÈVRE, Stéphane. « Crédit à la consommation », *op. cit.*, n° 41 ; RAYMOND, Guy. « Définition du consommateur et du professionnel », CCC, 2005, comm. n° 100 ; « Crédit immobilier », *op. cit.*, n° 16 ; CALAIS-AULOY, Jean et STEINMETZ, Frank., *op. cit.*, n° 13, p. 13 ; PAISANT, Gilles. « Essai... », *op. cit.* ; « À la recherche du consommateur – Pour en finir avec l'actuelle confusion née de l'application du critère du 'rapport direct' », *JCP* 2003, I, 121, n° 17.

¹⁴⁴ Art. L.312-2, 1°.

¹⁴⁵ Cass. 3^e civ. 25 avr. 1984 : *Bull. civ.* III, n° 91, pourvoi n° 82-16573 ; Cass. 1^{re} civ. 7 oct. 1992 : *Bull. civ.* I, n° 244, pourvoi n° 89-18702 ; *JCP* 1992. IV. 2988. Remission de la note 78 *infra*.

¹⁴⁶ Civ. 1^{re} 8 juill. 1997. V. PIEDELIÈVRE, Stéphane. « Crédit à la consommation », *op. cit.*, n° 29. Mais on notera que les personnes morales de droit public sont exclues dans tous les cas. V. n° 50, note 161 *infra*.

47. Le critère de distinction – La jurisprudence décide que cette finalité doit être appréciée à partir de l'indication effectuée par l'emprunteur dans le contrat¹⁴⁷. Il appartient aux juges du fond de rechercher cette destination¹⁴⁸. Lorsque le but indiqué par le demandeur du crédit est de l'utiliser pour les besoins de son activité professionnelle, celle-ci ne s'appliquera pas. Mais on notera, à l'inverse, que lorsque l'emprunt est réalisé à des fins personnelles, la simple indication dans le contrat, par exemple, que l'emprunteur était avocate¹⁴⁹ ne devrait pas nécessairement conduire à son exclusion de la protection de la loi.

48. Une difficulté peut toutefois apparaître dans le silence des parties. Lorsque le professionnel ignore, en contractant, la qualité de consommateur de l'autre partie, sera-t-il néanmoins soumis aux règles du droit de la consommation ? La question est importante, au vu du nombre croissant des opérations de crédit réalisées à distance et du commerce électronique¹⁵⁰. On a remarqué que « si l'on veut que les règles protectrices restent efficaces, il faut éviter que le professionnel puisse trop facilement invoquer son ignorance »¹⁵¹. La Cour de cassation a fini par décider que « la destination formelle d'un crédit, même affecté à un compte professionnel, ne peut résulter que d'une stipulation expresse »¹⁵². Dans une affaire où un découvert en compte semblait avoir été utilisé par un médecin à des finalités mixtes, personnelles et professionnelles, elle casse la décision de la Cour d'appel d'Aix en Provence qui lui avait refusé l'application des règles de protection. Cette solution, qui avait été longtemps suggérée par un auteur¹⁵³, a été approuvée par la doctrine¹⁵⁴ car elle semble pouvoir éviter des litiges où la recherche de la volonté des parties est souvent aléatoire. Un autre auteur suggère que la finalité du crédit pourrait être recherchée par la vérification de la cause de l'opération, en répondant aux questions suivantes : « pourquoi l'emprunt a-t-il été contracté ? Quelle opération l'emprunteur veut-il financer ? »¹⁵⁵ Il n'est toutefois pas certain que la réponse apportée à

¹⁴⁷ Cass. 1^{re} civ. 4 mai 1999, Bull. civ. I, n° 148 ; CCC 1999, n° 165, obs. RAYMOND, Guy ; RTD com. 2000. 161, obs. BOULOC, Bernard ; CA Paris 29 oct. 1996, RJDA 1997, n° 238. V. PIEDELIÈVRE, Stéphane. « Crédit à la consommation », *op. cit.*, n° 30.

¹⁴⁸ Cass. 1^{re} civ. 22 mai 2002, Juris-Data n° 2002-014684.

¹⁴⁹ CA Versailles, 24 novembre 1995, Juris-Data n° 1995-050822.

¹⁵⁰ MAZEAUD, Denis et PIEDELIÈVRE, Stéphane. « Crédit immobilier », *op. cit.*, n° 2.

¹⁵¹ CALAIS-AULOY, Jean et STEINMETZ, Frank. « Droit de la consommation », *op. cit.*, n° 10, p. 9.

¹⁵² Cass. 1^{re} civ. 21 oct. 2003 : Bull. civ. I, n° 208, pourvoi n° 02-13026 : « attendu qu'en statuant ainsi, alors que par motifs adoptés elle avait constaté que l'offre préalable d'ouverture du découvert en compte du 20 février 1988 ne mentionnait pas que le crédit était destiné aux besoins de l'activité professionnelle de M. X..., la cour d'appel a violé par fausse application le texte susvisé » ; Gaz. Pal. 25 mai 2004, p. 19, note PIEDELIÈVRE, Stéphane ; D. 2003, AJ 2829, obs. RONDEY, Céline ; LPA 11 oct. 2004, p. 14, obs. PAISANT, Gilles ; Cass. 1^{re} civ. 27 mai 2003, Bull. civ. I, n° 130, pourvoi n° 01-03781 ; JCP 2004, II, 10050, note BONNET, V. ; RTD com. 2003, p. 802, obs. BOULOC, Bernard ; Rev. Banque et droit, sept.-oct. 2003, p. 74, obs. BONNEAU, Thierry ; Cass. 1^{re} civ. 22 nov. 2007 : inédit, pourvoi n° 05-21714 ; Cass. 1^{re} civ. 30 sept. 2008 : inédit, 04-12457 ; Juris-Data n° 2008-045205, Contr., conc. consom. 2008, n° 281, obs. RAYMOND, Guy. V. GAVALDA, Christian et STOUFFLET, Jean. « Droit bancaire », 7^e éd., Paris : Litec, 2008, n° 656, p. 362 ; v. aussi PIEDELIÈVRE, Stéphane. « Crédit à la consommation », *op. cit.*, n° 30, pour qui il s'agit d'une présomption qui ne peut toutefois pas être combattue par tous moyens. Lamy dr. écon. conc. distr. consom., éd. 2009, n° 6067 : « dans le silence du contrat, le crédit semble relever du droit de la consommation ».

¹⁵³ GAVALDA, Christian. « L'information et la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit », D. 1978, Chr. p. 192.

¹⁵⁴ PIEDELIÈVRE, Stéphane. « Crédit à la consommation », *op. cit.*, n° 30.

¹⁵⁵ RAYMOND, Guy. « Crédit à la consommation », Jurisclasseur Concurrence consommation, fascicule n° 940, 15 mars 2003, n° 24.

celles-ci puisse résoudre, dans tous les cas, la question de savoir si le contrat financé l'a été ou non « pour les besoins de la profession » de l'emprunteur.

49. L'élargissement jurisprudentiel du champ de la protection spéciale – En l'absence de définitions plus précises du consommateur dans les lois mentionnées, certains magistrats, mus par un esprit d'équité, ont tendance à appliquer les dispositions protectrices à des professionnels lorsque ceux-ci, tout en s'engageant pour les besoins de leurs activités professionnelles, se trouvent en position d'infériorité technique, économique, juridique, intellectuelle ou psychologique à l'égard de leurs cocontractants¹⁵⁶. Parfois le litige naît de la volonté d'exercer une rétractation pour se dégager d'un contrat qui, après réflexion, se révèle trop coûteux¹⁵⁷. Cette extension de la notion du consommateur a suscité un contentieux abondant. Avant l'entrée en vigueur de la loi portant réforme du crédit à la consommation¹⁵⁸, la question de l'application du Code aux contrats conclus entre professionnels s'est posée, non seulement s'agissant d'une personne physique (I), mais aussi à l'égard des personnes morales (II) car on admettait que celles-ci pouvaient contracter en dehors de leurs besoins professionnels¹⁵⁹.

I – Les opérations de crédit conclues avec les personnes morales

50. Seules les personnes morales de droit public ont été expressément exclues par les lois Scrivener de leurs domaines d'application¹⁶⁰. *A priori* celles de droit privé n'étaient donc pas exclues des règles de protection. On peut estimer, toutefois, qu'elles disposent normalement des moyens nécessaires pour déjouer les dangers du crédit. Cela devrait être le cas surtout pour les sociétés, les besoins de trésorerie étant un aspect inhérent à l'exercice du commerce. On affirme ainsi que « le prêt consenti à une société ne peut être considéré que comme un crédit à finalité professionnelle »¹⁶¹, ce qu'avait décidé par ailleurs la chambre commerciale de la Cour de cassation, dans un arrêt du 4 février 1992¹⁶². Si la question de leur soumission aux règles spéciales ne doit plus se poser dans les opérations de crédit mobilier à la consommation, il n'en va pas de même dans celles du crédit immobilier.

51. Les solutions retenues en matière de crédit mobilier à la consommation – Contrairement à leurs homologues de la chambre commerciale, les magistrats de la Première

¹⁵⁶ Un auteur a ainsi résumé les difficultés rencontrées dans la définition du consommateur : « il semble en définitive, que toute recherche d'un critère précis soit très difficile car le juge paraît d'abord sensible à des considérations d'équité. Il recherche l'existence d'un déséquilibre économique entre les deux parties au contrat. La personne protégée par la jurisprudence n'est pas uniquement le consommateur, mais aussi celle qui se trouve en situation de faiblesse. La taille de l'entreprise, le fait d'agir en dehors de sa spécialité, la compétence, la technicité de l'opération effectuée sont autant d'indices permettant d'apprécier la situation de faiblesse de l'emprunteur par rapport au prêteur ». V. ROCHE-DAHAN, Jannick. *Op. cit.*, n° 27.

¹⁵⁷ PAISANT, Gilles. « À la recherche du consommateur... », *op. cit.*, n° 8.

¹⁵⁸ Elle est prévue pour le 1^{er} mai 2011 (art. 61, I, al. 1^{er}, de la loi n° 2010-737 du 1^{er} juill. 2010).

¹⁵⁹ La question demeure pertinente quant aux personnes morales contractant des crédits immobiliers. V. n° 56 *infra*.

¹⁶⁰ Arts. L. 311-3, 3° et L. 312-3, 1°.

¹⁶¹ V. RAYMOND, Guy. « Crédit à la consommation », *op. cit.*, n° 28 ; PIEDELIÈVRE, Stéphane. « Crédit à la consommation », *op. cit.*, n° 30.

¹⁶² Cass. com. 4 févr. 1992 : Bull. civ. IV, n° 61, pourvoi n° 89-19773.

chambre civile de la Cour de cassation se sont montrés plus bienveillants à l'égard des personnes morales. Le 22 mai 2002¹⁶³, ils ont cassé la décision d'une Cour d'appel qui avait refusé l'application des règles sur le crédit à la consommation à une société ayant conclu un contrat de crédit-bail d'un véhicule automobile. Ce qui a déterminé la cassation, c'est le fait que les juges du fond n'avaient pas recherché « quelle était la finalité contractuelle du crédit ». Il semble que l'on puisse conclure, contrairement à la décision précédente de la chambre commerciale, que certaines activités réalisées par une société peuvent avoir une finalité non professionnelle. Elle pourra ainsi se voir appliquer la protection du Code si le contrat de crédit se destine à financer une activité de ce type.

52. Dans une affaire ayant fait l'objet d'un arrêt récent¹⁶⁴, une société de vente de véhicules automobiles, à la suite d'un démarchage au lieu de son siège social, avait passé commande d'un matériel de vidéo destiné à la surveillance de son établissement, auprès de la Société française de protection et d'électronique (SFPE). Le bon de commande mentionnait expressément certaines dispositions de la loi du 22 décembre 1972 relative à la protection des consommateurs en matière de démarchage à domicile. Par l'entremise de son cocontractant, la société a ensuite conclu avec une banque un contrat de crédit-bail, afin de financer l'acquisition dudit matériel. Suite à des échéances impayées, la banque obtient en justice la condamnation de la société au paiement du solde du crédit restant dû. Sur appel, celle-ci obtient toutefois, d'une part, l'annulation du contrat de vente pour non conformité aux dispositions en matière de démarchage à domicile, d'autre part, la résolution du contrat de crédit-bail, sur le fondement de l'article L. 311-21 du Code de la consommation¹⁶⁵, qui prévoit l'interdépendance entre le contrat de crédit et le contrat principal. La banque forme un pourvoi en cassation, où elle affirme que la seule mention sur le contrat de vente de certaines dispositions de la loi sur le démarchage à domicile n'emporte pas soumission volontaire des parties à l'ensemble des dispositions impératives de cette loi ; mais, poursuit-elle, encore que ce fût le cas, la soumission conventionnelle du contrat de vente aux règles mentionnées ne pouvait pas entraîner l'application au contrat de crédit-bail des règles sur le crédit à la consommation, en l'absence de convention particulière à cet égard, sous peine de violation de l'article 1134 du Code civil¹⁶⁶.

53. La Cour de cassation a tranché la question en faveur de l'application des règles sur le crédit à la consommation à la société défenderesse. Elle a affirmé, d'abord, que la Cour d'appel avait souverainement déduit que les parties avaient entendu se soumettre aux règles sur le démarchage à domicile, devenues les articles L. 121-21 et suivants du Code de la consommation. Ensuite, elle conclut qu'« ayant relevé que le contrat de crédit-bail conclu entre la SFPE et le Crédit Universel était destiné à financer l'acquisition du matériel de vidéo-surveillance, la cour d'appel a exactement décidé, en application de l'article L. 311-21 du code

¹⁶³ Cass. 1^{re} civ. 22 mai 2002 : inédit, pourvoi n° 99-19916.

¹⁶⁴ Cass. 1^{re} civ. 28 mars 2008 : inédit, pourvoi n° 04-18724.

¹⁶⁵ Nouvel art. L. 311-32, qui entrera en vigueur à partir du 1^{er} mai 2011.

¹⁶⁶ « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ».

de la consommation qui ne comporte pas d'autre condition, que l'annulation du contrat de vente de ce matériel emportait la résolution de plein droit du contrat de crédit ».

54. La Cour, aurait-elle franchi un pas important consistant à admettre, bien qu'implicitement, que l'application de certaines règles du Code au contrat principal a pour effet l'application immédiate au contrat de crédit des règles codifiées relevant d'un autre domaine de protection, du seul fait que le second était destiné à assurer le financement du premier ? Cela signifierait sans doute l'abandon jurisprudentiel de l'approche *rationae materiae* d'application des dispositions du Code, une sorte de systématisation des règles codifiées ayant pour conséquence l'unification de la définition de consommateur, dès lors valable pour l'application de toutes les dispositions protectrices¹⁶⁷. Une telle conclusion paraît toutefois excessive. Tirée d'un arrêt qui n'a pas été publié au Bulletin de la Cour de Cassation, sa portée semble plus réduite qu'il n'y paraît. Dans l'espèce, les parties au contrat de crédit étaient la société automobile et une banque, le vendeur du matériel de surveillance n'étant qu'un intermédiaire les mettant en relation. Ainsi, lorsque la Cour fait référence au contrat de crédit-bail « conclu par la SFPE [vendeur] et le Crédit Universel », c'est sans doute qu'elle estime que ce partenariat économique entre vendeur et fournisseur de crédit impliquait une volonté commune, relevée d'ailleurs souverainement par les juges du fond, de soumettre les contrats qu'ils proposaient aux règles du Code de la consommation. Ceci étant, non seulement la méthode d'application des règles du droit de la consommation demeurerait inchangée, mais aussi la notion du consommateur de crédit ne subirait pas une extension abusive, dans une affaire où l'application du Code à une société professionnelle découlait, semble-t-il, de la seule volonté des parties.

55. Le crédit immobilier – Dans ce domaine, on est tenté de croire qu'une personne morale ne pourrait jamais bénéficier des dispositions protectrices du Code. Elle doit certes avoir des locaux destinés à son fonctionnement. Mais comment réaliser l'exigence légale d'un « usage d'habitation » ?¹⁶⁸ On fait remarquer toutefois que certains particuliers « se déguisent en société civile immobilière à des fins fiscales ou familiales »¹⁶⁹. On admet ainsi leur protection « au détriment de la cohérence du Code de la consommation »¹⁷⁰. Ici encore, le critère retenu serait l'absence de finalité professionnelle de l'acquisition du crédit¹⁷¹. Ce critère devrait *a fortiori* conduire à protéger les personnes morales lorsqu'elles n'ont pas de but lucratif. C'est le cas de certaines associations ou des syndicats de copropriétaires. Dans ces cas, la jurisprudence leur accorde les bénéfices légaux. Un parti politique ayant obtenu un prêt a ainsi pu bénéficier des dispositions du Code¹⁷². Mais encore faut-il que le crédit consenti soit destiné

¹⁶⁷ Dans le même sens unificateur, v. Cass. 1^{re} civ. 25 mai 1992 : Bull. civ. I, n° 162, pourvoi n° 89-15860, mais pour un critère de définition aujourd'hui abandonné ; v. n° 490 *infra*.

¹⁶⁸ Art. L. 312-2, 1^o du Code consom.

¹⁶⁹ RAYMOND, Guy. « Crédit immobilier », *op. cit.*, n° 33.

¹⁷⁰ *Idem, ib idem*. Dans le même sens, v. PIEDELIÈVRE, Stéphane. « Droit de la consommation », *op. cit.*, n° 345, p. 273, pour qui devraient être protégées les sociétés immobilières civiles familiales.

¹⁷¹ Pour CALAIS-AULOY, Jean et STEINMETZ, Frank (*op. cit.*, n° 419, p. 492) les SCI de location n'ont pas d'activité professionnelle.

¹⁷² CA Paris 5 juill. 1991 ; CCC, n° 16, obs. RAYMOND, Guy.

au financement d'une activité non professionnelle. Les juges du fond ne doivent pas s'en tenir uniquement au but non lucratif déclaré de l'association. Ils doivent rechercher, notamment, si elle demande une rémunération comme contrepartie de ses prestations, ce qui pourrait représenter une activité professionnelle, auquel cas elle serait exclue de la protection¹⁷³.

56. Synthèse – En conclusion, pour la jurisprudence le critère déterminant de la loi n'était donc pas tant, jusqu'à présent, la personnalité du contractant mais l'objet, la finalité non professionnelle du crédit consenti¹⁷⁴. À ce titre, une société qui avait obtenu un prêt pour l'achat d'un véhicule destiné à son activité « qui ne pouvait être que professionnelle au sens de l'article 3 de la loi du 10 janvier 1978 »¹⁷⁵ a été exclue des règles sur le crédit à la consommation ainsi que, dans le domaine du crédit immobilier, une société civile immobilière (SCI) de location¹⁷⁶ et une SCI faisant de l'immeuble un usage de bureaux¹⁷⁷. Désormais, seules les personnes morales de droit privé contractant des crédits immobiliers, en dehors de leurs besoins professionnels, pourront encore bénéficier de la protection spéciale au même titre que les personnes physiques. Le doute émerge, en revanche, lorsque celles-ci réalisent, à l'occasion de l'exercice de leur profession, des opérations de crédit qu'elles affirment, postérieurement, être destinées à une finalité non professionnelle.

II – Les opérations de crédit conclues entre professionnels

57. L'exploitant d'un commerce de vêtements, par exemple, démarché pour l'achat à crédit d'un système d'alarme destiné à protéger son magasin contre les risques de vol, n'agit-il pas pour les besoins de son activité professionnelle ? Ne devrait-on pas lui refuser la protection des règles sur le crédit à la consommation ? La Cour de cassation, par un arrêt du 25 mai 1992¹⁷⁸, a répondu négativement à cette dernière question mais elle se fondait alors sur le critère de la compétence professionnelle, aujourd'hui abandonné¹⁷⁹.

¹⁷³ Cass. 1^{re} civ. 23 mars 1999 : Bull. civ. I, n° 106, pourvoi n° 97-11392 ; LPA 4 mai 2000, n° 89, p. 9, note AMLON, Guy. ; BONNEAU, Thierry (Rev. dr. sociétés 1999, n° 109) qui explique qu'« on pourrait penser que cette solution n'est pas en harmonie avec le but non lucratif de l'association. Mais comme on le sait, le critère essentiel réside dans le fait non de réaliser des bénéfices, mais celui de les destiner à un partage entre les associés. C'est l'idée de partage qui est essentielle. Il est donc permis à une association de réaliser des bénéfices, non de les répartir entre ses membres' (R. Bricet « Associations et syndicats », Litec, 1992, 6^e éd., n° 12, p. 7) » ; CCC, 1999, n° 165, obs. RAYMOND, Guy ; D. 2000, somm. 40, obs. PIZZIO, Jean-Pierre ; CRÉDOT, Francis J. et GÉRARD, Yves (Rev. dr. banc. fin. 1999, p. 71, n° 7) affirment que « ce qui est interdit à l'association, c'est non pas de réaliser des bénéfices, mais de les distribuer directement ou indirectement ».

¹⁷⁴ Cass. 1^{re} civ. 8 juill. 1997 : inédit, pourvoi n° 95-11500 ; Cass. 1^{re} civ. 4 mai 1999 : Bull. civ. I, n° 148, pourvoi n° 97-04073 ; Cass. 1^{re} civ. 18 déc. 2001 : Bull. civ. I, n° 323, pourvoi n° 99-14544.

¹⁷⁵ Cass. com. 4 févr. 1992, préc., pourvoi n° 89-19773.

¹⁷⁶ Cass. 1^{re} civ. 10 févr. 1993 : Bull. civ. I, n° 71, pourvoi n° 91-12382.

¹⁷⁷ Cass. 1^{re} civ. 26 mai 1993 : inédit, pourvoi n° 91-15876.

¹⁷⁸ Civ. 1^{re} 25 mai 1992 : Bull. civ. I, n° 162, pourvoi n° 89-15860 ; D. 1993, p. 87, note NICOLAU, Gilda ; D. 1992, somm. 401, obs. KULLMANN, Jérôme.

¹⁷⁹ « Attendu qu'en statuant par de tels motifs, alors que le contrat principal litigieux concernait l'installation d'un système d'alarme échappant à la compétence professionnelle de Mme X... qui se trouvait dès lors dans le même état d'ignorance que n'importe quel autre consommateur, la cour d'appel a violé les textes susvisés ». Ce critère a été appliqué par la Cour de 1987 à 1993 à propos des règles sur les clauses abusives, que nous retrouverons plus loin ; v. PAISANT, Gilles. « À la recherche du consommateur... », *op. cit.*, n° 9. Suivant cette orientation, la Cour d'appel de Riom a décidé d'accorder la protection légale à un artisan vitrier qui avait souscrit un contrat de *leasing* pour l'acquisition d'un radio-téléphone, sous l'argument que son activité « ne lui donne pas les compétences pour

58. Les professionnelles salariés – En 1996, c'est à la demande d'un professeur salarié que la Cour de cassation fait droit¹⁸⁰. En l'espèce, l'intéressé avait obtenu un prêt pour l'acquisition d'un matériel informatique destiné à faciliter son travail d'enseignant¹⁸¹. La destination professionnelle du prêt était par ailleurs indiquée dans le contrat, et les juges du fond avaient retenu que « le prêt avait été contractuellement destiné au financement de divers investissements professionnels ». La Haute Juridiction reproche à la Cour d'appel de « ne pas avoir recherché, comme elle y était invitée, si le fait que M. Martin était salarié lors de la conclusion du contrat, ne s'opposait pas à ce que le prêt eût un caractère professionnel ». Est-ce à dire que le salarié en question ne s'était pas engagé pour financer les besoins de son activité professionnelle ? Dans l'espèce, on ne saurait sérieusement le soutenir. On pourrait alors estimer que la Cour suggère que les professionnels salariés, lorsqu'ils concluent des opérations de crédit, agissent toujours en qualité de consommateur. Un auteur a été convaincu par cette proposition¹⁸². Cela aurait sans doute l'avantage de concilier cette décision avec le critère adopté pour les règles sur le crédit à la consommation. Mais une telle distinction opérée en faveur des professionnels salariés entraînerait un élargissement dangereux de la définition du consommateur. Au surplus, elle ajouterait au droit du crédit aux consommateurs une condition d'application, là où la loi ne le fait pas.

59. Les professions de... foi – En 2003, la Cour de cassation a approuvé une Cour d'appel d'avoir appliqué la loi à un contrat de crédit-bail conclu par le curé d'une paroisse en vue de l'acquisition d'une photocopieuse¹⁸³. Cette fois-ci, le critère utilisé a été celui du « rapport direct », que la Cour utilise depuis 1995¹⁸⁴ pour l'application des règles sur les clauses abusives¹⁸⁵ et sur le démarchage à domicile¹⁸⁶. Elle a décidé que « la cour d'appel, qui a souverainement retenu qu'il n'existait pas de rapport direct entre l'activité pastorale exercée par M. Danty La France, qui avait conclu les contrats litigieux en sa qualité de curé de la paroisse Saint-Laurent, et l'acquisition d'un photocopieur, a exactement décidé que celui-ci était en droit d'invoquer les dispositions protectrices du Code de la consommation, peu important que cette 'acquisition' eût été réalisée pour les besoins de la paroisse ». Encore une fois, on peut s'interroger sur la portée de cette décision, en particulier de la clarification qu'elle apporte – ou

apprécier l'opportunité de l'opération » : CA Riom, 18 janv. 1995 : Juris-Data n° 1995-040999 ; CCC 1995, comm. n° 172, obs. RAYMOND, Guy.

¹⁸⁰ Cass. 1^{re} civ. 17 juill. 1996 : Bull. civ. I, n° 330, pourvoi n° 94-13296 ; CCC 1996, comm. n° 158.

¹⁸¹ V. RAYMOND, Guy. « Crédit à la consommation », *op. cit.*, n° 26.

¹⁸² *Idem, ib idem.*

¹⁸³ Cass. 1^{re} civ. 8 juill. 2003 : inédit, pourvoi n° 01-11640 ; Juris-Data n° 2003-010224 ; v. DUVERT, Cyrille et SAUPHANOR-BROUILLAUD, Natacha. « Le curé et le photocopieur. Sur la notion de professionnel », JCP 2004, II, 10107.

¹⁸⁴ Cass. 1^{re} civ. 24 janv. 1995 : Bull. civ. I, n° 54, pourvoi n° 92-18227 ; CCC 1995, comm. n° 84, note LEVENEUR, Laurent ; D. 1995, jurispr. p. 327, note PAISANT, Gilles ; D. 1995, somm. p. 229, obs. DELEBECQUE, Philippe et p. 310, obs. PIZZIO, Jean-Pierre.

¹⁸⁵ Dans ces domaines, elle refuse désormais l'application du Code aux seuls contrats présentant un « rapport direct » avec l'activité professionnelle de celui qui invoque la qualité de consommateur.

¹⁸⁶ Art. L.121-22 du Code consom., dans la rédaction que lui a donnée la loi du 31 déc. 1989, excluant de son champ d'application les contrats qui « ont un rapport direct avec les activités exercées dans le cadre d'une... profession ».

qu'elle n'apporte pas – à la question de l'application du critère des « besoins de l'activité professionnelle » consacré dans les lois Scrivener.

60. L'allusion au « rapport direct » dans cette décision, signifie-t-elle que la Cour de cassation entend désormais étendre ce critère au crédit à la consommation ? On pourrait y voir, en effet, un désir d'unification jurisprudentielle d'un critère déjà utilisé dans d'autres domaines du droit de la consommation. Cependant, il ne semble pas nécessaire d'en déduire autant d'une décision qui n'a pas été publiée au Bulletin de la Cour de cassation et qui semblerait, à première vue, contredire la lettre de la loi. Or, la Cour affirme que la destination de la photocopieuse, obtenue à crédit « pour les besoins de la paroisse », n'avait aucune importance à l'égard de l'application de la loi. Toujours dans un esprit de cohérence, on pourrait en déduire qu'elle estime simplement que l'activité pastorale d'un curé n'est pas une profession. Nombre d'auteurs s'interrogent d'ailleurs sur cette question, surtout en raison du caractère non lucratif de l'activité exercée par les ministres du culte¹⁸⁷. Cette approche de la question semblerait aussi renforcer une jurisprudence rendue quinze ans auparavant, où la Cour avait décidé, dans une affaire similaire, que « le seul fait que l'achat d'un 'photocopieur' par un ecclésiastique a été fait pour les besoins de la paroisse est insuffisant pour considérer qu'il a été conclu 'pour les besoins d'une activité professionnelle' »¹⁸⁸.

61. Le crédit obtenu « pour les besoins » d'une activité professionnelle – La Cour de cassation présente depuis quelques années une tendance à refuser la protection du Code de la consommation à des professionnels qui contractent « pour les besoins de leur activité professionnelle ». Elle fait allusion expresse à ce dernier critère, non seulement pour la solution de litiges concernant des contrats de crédit¹⁸⁹ mais aussi dans des domaines du Code où le critère habituellement retenu était celui du rapport direct¹⁹⁰. À ce titre, ont été exclus des règles sur le crédit à la consommation, par exemple, un commerçant en radio-télévision, électroménager ayant obtenu un prêt pour l'acquisition d'une machine à imprimer ses cartes de visite¹⁹¹, un agent d'assurances contractant un crédit-bail d'un matériel informatique pour la

¹⁸⁷ CALAIS-AULOY, Jean et STEINMETZ, Frank (Droit de la consommation », *op. cit.*, p. 12, note 3) posent la question suivante : « cet arrêt signifie-t-il que le rapport avec la profession n'est pas direct ? ou que l'activité pastorale n'est pas une profession ? » V. aussi DUVERT, Cyrille et SAUPHANOR-BROUILLAUD, Natacha. *Op. cit.*

¹⁸⁸ Cass. civ. 1^{re} 3 mai 1988 : Bulletin civ. I, n° 125, pourvoi n° 85-18466 ; D. 1988, somm. 407, obs. AUBERT, Jean-Luc. L'arrêt concernait l'application des règles sur le démarchage à domicile.

¹⁸⁹ Cass. com. 22 fév. 2005 : inédit, pourvoi n° 02-18366. Dans l'affaire, qui concernait l'application de l'article L. 122-1 du Code, le demandeur reprochait à une Cour d'appel de ne pas avoir recherché si le contrat de location de matériel de télésurveillance avait ou non un rapport direct avec son activité professionnelle. La Cour de cassation confirme l'arrêt attaqué sous l'argument que le demandeur faisait état, lui-même, dans ses écritures d'appel que le contrat avait été conclu « pour les besoins de son exploitation ».

¹⁹⁰ Cass. civ. 2^e 18 mars 2004 : Bull. civ. II, n° 136, pourvoi n° 03-10327. La Cour opère une association entre les critères du rapport direct et des besoins de l'activité professionnelle du contractant, où le premier se vérifie en fonction du second. En l'espèce, la Cour refuse l'application des règles sur les clauses abusives à un contrat d'assurances, sous l'argument que les prêts dont ce contrat était l'accessoire se destinaient à financer les besoins de la profession du contractant.

¹⁹¹ Cass. 1^{re} civ. 23 juin 1987 : Bull. civ. I, n° 209, pourvoi n° 85-15593 ; RTD com. 1988. 483, obs. HÉMARD, Jean et BOULOC, Bernard.

gestion de son cabinet¹⁹², un membre d'une SARL qui avait obtenu un prêt bancaire, à titre personnel, mais à charge pour lui de réinvestir les fonds dans ladite société¹⁹³, le mari d'une commerçante, co-emprunteur au contrat avec celle-ci, alors que les fonds avaient été utilisés pour les besoins du commerce de son épouse¹⁹⁴. Mais a pu en bénéficier, à juste titre, un étudiant d'école de commerce ayant souscrit un prêt d'études¹⁹⁵.

62. Les crédits à finalité mixte – Lorsque le crédit est employé à des finalités mixtes, à la fois personnelles et professionnelles, on conseille l'exclusion de l'emprunteur de la protection légale¹⁹⁶. Mais cette opinion ne fait pas l'unanimité ; on suggère alors l'application de la loi lorsque l'emploi professionnel du crédit ne représente qu'une part accessoire par rapport à l'utilisation personnelle¹⁹⁷. Par exemple, un agriculteur ayant emprunté pour acquérir la propriété agricole qu'il avait prise à bail aux fins d'exploitation, n'a pas pu bénéficier des dispositions légales car l'usage d'habitation était simplement accessoire à l'exploitation professionnelle¹⁹⁸. La Cour de cassation avait décidé, par un arrêt du 4 mai 1999, l'exclusion du bénéfice de la loi d'un crédit destiné à financer l'achat d'un véhicule utilisé pour la profession du mari mais aussi pour les besoins familiaux¹⁹⁹ ; mais on notera que seule la destination professionnelle du crédit figurait au contrat. Ensuite, pour des découverts liés à différents comptes personnels et professionnels de l'emprunteur, où des virements avaient été constatés de l'un à l'autre, la Cour a décidé le 18 décembre 2001 que les juges du fond devaient rechercher la destination contractuelle de chaque opération de crédit²⁰⁰.

63. La Cour de Justice des Communautés Européennes semble s'être ralliée, au moins partiellement, à cette solution. Dans une affaire²⁰¹ concernant l'application de la Convention de Bruxelles de 1968²⁰², elle indique que le juge doit « prendre en considération l'ensemble des éléments de fait pertinents résultant objectivement du dossier » et que, pour l'application des règles protectrices, la destination professionnelle du bien doit avoir un « rôle insignifiant » par rapport à son usage personnel ; mais elle semble indiquer aussi que le juge pourra écarter la protection lorsque « la personne qui invoque la qualité de consommateur s'est comportée de manière telle qu'elle a légitimement pu faire naître l'impression, dans le chef de l'autre partie au

¹⁹² Cass. com. 10 mai 1989 : Bull. civ. IV, n° 148, pourvoi n° 88-10649 ; Gaz. Pal. 27-28 oct. 1989, p. 3, note BEY, El-Moktar.

¹⁹³ Cass. com. 20 nov. 1990 : Bull. civ. IV, n° 283, pourvoi n° 89-15647 ; RTD com. 1991, p. 429, obs. BOULOC, Bernard.

¹⁹⁴ Cass. 1^{re} civ. 8 juill. 1997 : inédit, pourvoi n° 95-11500.

¹⁹⁵ Cass. 1^{re} civ. 17 nov. 1993 : Bull. civ. I, n° 333, pourvoi n° 91-15647 ; Rev. Huissiers 1994, p. 461, note BAZIN, Éric.

¹⁹⁶ PAISANT, Gilles. « Essai... », *op. cit.*

¹⁹⁷ CALAIS-AULOY, Jean et STEINMETZ, Frank. *Op. cit.*, n° 11, p. 10 et n° 419, p. 492.

¹⁹⁸ Cass. 1^{re} civ. 7 oct. 1992 : Bull. civ. I, n° 244, pourvoi n° 89-18702 ; JCP 1992, IV, 2988.

¹⁹⁹ Cass. 1^{re} civ. 4 mai 1999, Bull. civ. I, n° 148, pourvoi n° 97-04073 ; CCC 1999, n° 165, obs. RAYMOND, Guy ; RTD com. 2000, p. 161, obs. BOULOC, Bernard.

²⁰⁰ Civ. 1^{re} civ. 18 déc. 2001 : Bull. civ. I, n° 323, pourvoi n° 99-14544 ; RTD com. 2002, p. 354, obs. CABRILLAC, Michel. La question serait plus difficile s'il s'agissait d'un seul découvert en compte ayant servi, à la fois aux besoins personnels et professionnels de l'emprunteur. V. cependant CA Orléans, 22 juill. 1997 ; CCC 1998, comm. n° 4.

²⁰¹ CJCE 20 janv. 2005, C-464/01, Gruber c/ Bay Wa AG, Rec. 2005, p. I-439.

²⁰² Cette décision a été rendue à propos de l'application de l'art. 14, al. 1^{er} de la Convention de Bruxelles de 1968, devenu l'art. 15 du Règlement CE du Conseil n° 44/2001 du 22 déc. 2000.

contrat, qu'elle agissait à des fins professionnelles ». Cette solution pourrait, pour certains auteurs, être généralisée à tous les domaines du droit de la consommation²⁰³.

64. Les « professionnels de l'immobilier »²⁰⁴ – Ceux-ci sollicitent aussi très souvent les faveurs de la loi. On sait que l'immeuble doit être destiné avant tout à un usage d'habitation²⁰⁵. *A priori* il n'est pas nécessaire que l'emprunteur habite lui-même le logement, il sera protégé même s'il l'acquiert pour le donner ensuite en location²⁰⁶. À condition, toutefois, que cela ne constitue pas son activité professionnelle²⁰⁷. Ainsi, lorsque les prêts sont destinés à financer l'achat de parts d'une société dont l'objet est l'acquisition et l'aménagement d'un hôtel, non à vocation d'habitation, mais à vocation commerciale, il a été jugé que les emprunts souscrits étaient exclus du champ d'application des dispositions du Code de la consommation²⁰⁸. Au même titre, ont été exclus une personne indiquant qu'elle faisait une acquisition dans le cadre de son activité de marchand de biens²⁰⁹, des promoteurs immobiliers empruntant pour acheter ou construire des immeubles²¹⁰, ainsi qu'un gérant associé d'une société civile immobilière (SCI) construisant et commercialisant des maisons en vue d'édifier son habitation personnelle, « dès lors que les deux opérations sont liées et que l'activité de l'emprunteur consiste à procurer à autrui des immeubles bâtis en propriété »²¹¹.

65. La jurisprudence des juges du fond – Ceux-ci se montrent sévères à l'égard des professionnels cherchant à se prévaloir des règles sur le crédit. Par exemple, les avocats, mal versés dans le domaine de l'informatique, cherchent souvent les secours des règles protectrices lorsqu'ils concluent des contrats de crédit pour l'acquisition de tels matériels ; mais ils sont souvent déboutés de leurs demandes²¹². Il en va de même pour un avocat ayant utilisé indistinctement ses découverts en compte, des virements étant constatés de son compte personnel sur son compte professionnel²¹³. Le crédit-bail a fourni aussi l'occasion pour les juges

²⁰³ RAYMOND, Guy. « Définition du consommateur et du professionnel », *op. cit.* En même sens, v. PIEDELIÈVRE, Stéphane. « Droit de la consommation », *op. cit.*, n° 24, p. 17. La question concernait l'usage mixte que faisait de son immeuble un agriculteur qui invoquait la qualité de consommateur, à l'égard de son cocontractant se situant, lui, dans un autre État membre de l'Union Européenne.

²⁰⁴ L'art. L. 312-3, 2° du Code de la consommation exclut de son domaine d'application les crédits « destinés, sous quelque forme que ce soit, à financer une activité professionnelle, notamment celle des personnes physiques ou morales qui, à titre habituel, même accessoire à une autre activité, ou en vertu de leur objet social, procurent, sous quelque forme que ce soit, des immeubles ou fractions d'immeubles, bâtis ou non, achevés ou non, collectifs ou individuels, en propriété ou en jouissance ». V. MAZEAUD, Denis et PIEDELIÈVRE, Stéphane. « Crédit immobilier », *op. cit.*, n° 7 ; CALAIS-AULOY, Jean et STEINMETZ, Frank. *Op. cit.*, n° 419, p. 492 : « les marchands de biens et les promoteurs qui contractent des emprunts pour acheter ou construire des immeubles ne peuvent pas invoquer les dispositions du Code de la consommation ».

²⁰⁵ V. n° 46 *supra*.

²⁰⁶ En ce sens, CALAIS-AULOY, Jean et STEINMETZ, Frank. *Op. cit.*, n° 419, p. 492 ; RAYMOND, Guy. « Crédit immobilier », *op. cit.*, n° 18, qui cite en appui de cette opinion Cass. crim. 7 août 1990 : Bull. crim. n° 300, pourvoi n° 87-80303 ; D. 1990, inf. rap. p. 225.

²⁰⁷ En ce sens, v. RAYMOND, Guy. « Crédit immobilier », *op. cit.*, n° 18.

²⁰⁸ Cass. 1^{re} civ. 20 mars 2007 : Bull. civ. I, n° 122, pourvoi n° 06-13884 ; D. 2007, p. 1077, obs. RONDEY, Céline ; Cass. 1^{re} civ. 14 juin 2007 : Bull. civ. I, n° 235, pourvoi n° 05-12048 ; D. 2007, p. 1869, obs. RONDEY, Céline.

²⁰⁹ Cass. com. 3 mai 1994 : Bull. civ. IV, n° 168, pourvoi n° 92-17273 ; Dr. et patrimoine 1994, n° 19 p. 64, obs. SAINT-ALARY-HOUIN, Corinne.

²¹⁰ Cass. 1^{re} civ. 11 oct. 1994 : Bull. civ. I, n° 285, pourvoi n° 92-20563.

²¹¹ Cass. 3^e civ. 9 févr. 1999 : inédit, pourvoi n° 96-21940.

²¹² CA Versailles 19 juin 1998 ; D. affaires 1998, p. 1390, obs. AVENA-ROBARDET, Valéry.

²¹³ CA Versailles, 9 mai 1997 ; D. affaires 1997, p. 828 ; rapp. CA Paris, 29 oct. 1996, Juris-Data n° 1996-023818.

de refuser la protection à un pharmacien ayant obtenu un émetteur télématique de messages publicitaires²¹⁴. Enfin, n'a pas mérité cette protection un agent commercial dont le découvert en compte était utilisé à des fins mixtes, mais qui présentait un mouvement à hauteur de 77,57% des opérations destiné à l'escompte de lettres de change²¹⁵.

66. Les avis de la doctrine – La doctrine est très partagée à l'égard des extensions, en général, de la définition du consommateur par la jurisprudence. Tandis que certains souhaitent l'adoption d'une notion stricte, qui s'applique aux seules personnes physiques qui contractent pour la satisfaction d'un besoin privé ou familial²¹⁶, d'autres s'accrochent mieux d'un « standard juridique difficilement réductible à une seule acception »²¹⁷, admettant ainsi l'extension aux personnes morales à but non lucratif, aux professionnels salariés²¹⁸, aux artisans, agriculteurs et petits commerçants contractant en dehors de leurs spécialités professionnelles²¹⁹, voire à des professionnels qui agissent pour les besoins de leurs professions²²⁰.

67. De telles extensions de la notion de consommateur entraînent un affaiblissement de l'efficacité du droit de la consommation. À force d'être appliqué à des rapports entre professionnels, il subit un élargissement indéfini de son domaine d'application, et finit par envahir celui du droit commun. Cela ne devrait pas signifier, concèdent certains auteurs²²¹, un refus de prendre en considération les abus de puissance commis dans les rapports inégaux entre professionnels. Mais les recours contre ces inégalités devraient être recherchés au sein du droit civil et du droit commercial.

68. On affirme, à propos du droit du crédit aux consommateurs, que la notion de « besoins d'une activité professionnelle » est ambiguë²²². Notamment, la jurisprudence semble distinguer entre deux hypothèses subtilement différentes : celle d'agir « pour les besoins de sa profession », ou celle d'agir « dans le cadre » ou encore « à l'occasion de l'exercice » de celle-ci, sans que l'on sache avec certitude quelle formule contredit, selon la jurisprudence, plus ouvertement l'esprit des lois de protection. Un auteur a ainsi suggéré l'interprétation de la formule « pour les besoins d'une activité professionnelle » : « elle concernerait les professionnels ayant agi pour permettre, faciliter, développer ou promouvoir l'exercice de leur

²¹⁴ CA Paris, 1^{re} ch., D, 17 janv. 1996 : Juris-Data n° 1996-022023 (la décision signale le rapport direct de l'opération avec la profession de l'intéressé, ainsi que le fait qu'elle était réalisée pour les besoins de celle-ci) ; Trib. com. Paris, 1^{er} mars 1996 : Juris-Data n° 1996-042061.

²¹⁵ CA Orléans, 22 juill. 1997, Juris-Data 1997-043689, CCC 1998, comm. n° 48.

²¹⁶ RAYMOND, Guy. « Définition... », *op. cit.* ; PIEDELIÈVRE, Stéphane. « Droit de la consommation », *op. cit.*, n° 26, p. 18 ; CALAIS-AULOY, Jean et STEINMETZ, Frank. *Op. cit.*, n° 15, p. 17.

²¹⁷ PICOD, Yves et DAVO, Hélène. *Op. cit.*, n° 38.

²¹⁸ RAYMOND, Guy. « Crédit à la consommation », *op. cit.*, n° 26.

²¹⁹ PICOD, Yves et DAVO, Hélène. *Op. cit.*, n° 38.

²²⁰ MAZEAUD, Denis. « Droit commun du contrat et le droit de la consommation », Mélanges Calais-Auloy, Dalloz, 2004, p. 697 et s., spéc. n° 17.

²²¹ PIEDELIÈVRE, Stéphane. « Droit de la consommation », *op. cit.*, n° 25, p. 17.

²²² RAYMOND, Guy. « Crédit à la consommation », *op. cit.*, n° 26.

activité. [...] L'exclusion ne tiendrait pas ici à la qualité en laquelle le contrat a été conclu, mais à la finalité professionnelle de l'opération »²²³.

69. L'adoption désormais d'une notion plus stricte du consommateur, du moins en droit du crédit à la consommation, ne devrait-elle pas conduire la jurisprudence à se conformer aux suggestions de la doctrine ? Cela n'est pas certain. Si la même formule est retenue dans la loi française de transposition du droit communautaire, celle-ci ne permettra toujours pas de régler avec certitude des cas ci-dessus évoqués dans lesquels un professionnel contracte un crédit pour se procurer, par exemple, tel ou tel matériel d'équipement. Le législateur français n'a d'ailleurs pas entendu saisir l'occasion pour adopter une définition unitaire du consommateur, qui soit commune à tous les domaines du droit de la consommation. Cette démarche aurait pu rendre à cette branche du droit une plus grande cohérence. On peut penser que c'était dans cet esprit que le législateur brésilien a, quant à lui, poursuivi une démarche active dans la définition du consommateur.

2) Le consommateur au Brésil

70. L'article 2, *caput*, du Code du consommateur brésilien définit cette notion comme « toute personne physique ou morale qui acquiert ou qui utilise un produit ou un service comme destinataire final ». Il s'agit de la définition du consommateur individuel, ou du consommateur *stricto sensu*. Le Code prévoit encore trois autres définitions. Elles ont été codifiées aux articles 2, paragraphe unique, 17²²⁴ et 29²²⁵. Très largement dérogoires au droit commun, ces normes « extensives »²²⁶ de la définition consacrent la protection des intérêts collectifs des consommateurs²²⁷. Elles ont inauguré dans l'ordre juridique brésilien la notion de « consommateur par équivalence », le fameux *bystander* du droit anglo-saxon. Elles s'inspirent, notamment, des *class actions* américaines²²⁸. Dans les opérations de crédit, la protection collective des consommateurs se réalise par le biais d'actions de groupe souvent intentées par des associations de défense de leurs intérêts. Ces définitions méritent donc une étude à part²²⁹. Dès lors, c'est la définition du consommateur *stricto sensu* qui nous retiendra ici.

71. **Le consommateur « stricto sensu »** – La définition transcrite ci-dessus s'inspire des travaux de la commission de refonte du droit de la consommation en France²³⁰. La formule

²²³ PAISANT, Gilles. « À la recherche du consommateur – Pour en finir avec l'actuelle confusion née de l'application du critère du 'rapport direct' », *op. cit.*, n° 17.

²²⁴ Seules la première et la dernière concernent l'objet de cette étude, celle de l'article 17 ayant trait aux « victimes » ayant subi des dommages du fait des produits et des services défectueux : « pour les effets de cette Section, sont considérées comme consommateurs toutes les victimes de l'événement ».

²²⁵ « Aux fins de ce Chapitre [Des pratiques commerciales] et du Chapitre suivant [De la protection contractuelle], sont considérées comme consommateurs toutes les personnes déterminables ou non déterminables, exposées aux pratiques qui y sont prévues ».

²²⁶ MARQUES, Cláudia Lima *et al.* *Op. cit.*, p. 77.

²²⁷ Consacrés depuis 1988 dans la Constitution, art. 129, III et § 1°.

²²⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* « Código de Defesa do Consumidor – comentado pelos autores do anteprojeto », *op. cit.*, p. 882.

²²⁹ V. n° 857 et s. *infra*.

²³⁰ V. n° 42 *supra*.

enfin adoptée semble toutefois beaucoup plus large. De la notion de « destinataire final », peuvent s'entendre à la fois la personne qui détruit, en les utilisant, le produit ou le service, c'est-à-dire celle qui les *consume*²³¹, mais aussi celle qui, en les utilisant, altère leur forme ou leur substance, les transforme ou les emploie dans une autre activité, le produit ou service initial n'étant alors plus perçus en tant que tels car intégrés à un autre produit ou un autre service. À la suite de la promulgation du Code, deux courants se sont ainsi formés en doctrine sur l'interprétation de cette expression.

72. Les différents courants doctrinaux – D'abord, un courant nommé *finaliste* a adhéré à la première approche mentionnée. Ses partisans considèrent que consommateur est la personne qui acquiert ou qui utilise un produit ou un service pour un usage privé, personnel ou familial. « Destinataire final » serait ainsi celui qui achève le processus économique d'un produit ou d'un service. Pour ceux-ci, le législateur aurait visé plutôt la personnalité, la qualité de consommateur en tant que partie présumée faible, que l'acte de consommation. Car cette définition, dit-on, est indissociable du principe consacré à l'article 4^e, al. I, du même Code, qui prévoit la « reconnaissance de la vulnérabilité du consommateur dans le marché de consommation ». Les personnes morales ont certes été comprises dans la loi, malgré le désaccord de certains des rédacteurs de l'avant-projet²³² ; mais il ne s'agirait que de celles à but non-lucratif, qui ne poursuivent pas d'activité professionnelle. Enfin, dit-on, l'intention du législateur brésilien était d'instituer, non pas un Code de la « société de consommation » qui comprenne tous les rapports économiques, mais un Code de « défense du consommateur »²³³.

73. Pour un autre courant, nommé *maximaliste* ou objectif, c'est la deuxième approche qui devrait être retenue. La définition du consommateur devrait être entendue dans un sens large, de manière à comprendre le plus grand nombre d'acteurs au sein du marché. Destinataire final serait, non seulement celui qui agit dans un but personnel, mais aussi ceux qui donnent aux produits et aux services une destination purement factuelle, peu important qu'ils mettent fin ou non à leur processus économique de production. Les professionnels, les entreprises, les commerçants, les agriculteurs, les artisans, les membres de professions libérales, bref toute personne qui agit dans le marché devrait être comprise dans la définition de consommateur, encore qu'elle agisse pour les besoins de sa profession²³⁴. Le but lucratif et le caractère professionnel ne devraient pas avoir pour effet d'exclure une personne de cette définition, dès lors qu'elle est le destinataire final du produit ou du service considéré. La

²³¹ Il s'agirait de produits et services *consumptibles*. V. n° 34 *supra*.

²³² FILOMENO, José Geraldo Brito. « Código de Defesa do Consumidor – comentado pelos autores do anteprojeto », 9^e ed., Forense Universitária, 2007, p. 33.

²³³ MARQUES, Cláudia. « Contratos no Código de Defesa do Consumidor », *op. cit.*, p. 254. L'auteur indique aussi Rizzato Nunes, Fábio Ulhôa Coelho, Gabriel Saad et Toshio Mukai, comme partisans du courant finaliste. *Idem*, p. 286.

²³⁴ ALVIM, Arruda, ALVIM, Thereza, ALVIM, Eduardo Arruda et MARINS, James. « Código do Consumidor Comentado », RT, 2^a éd., 1995, p. 22 et 29; DENARI, Zelmo. « Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto », *op. cit.*

vulnérabilité du consommateur serait, enfin, une donnée objective, une sorte de présomption irréfragable²³⁵.

74. Les aboutissants jurisprudentiels des divergences doctrinales – Si le législateur comptait éviter les dérives constatées dans la jurisprudence étrangère, sa démarche n'a manifestement pas eu les effets escomptés. La discussion s'est transposée en jurisprudence et on a assisté à des décisions très disparates et contradictoires. Un auteur a affirmé récemment que « la recherche de la définition du consommateur est probablement la question qui a suscité le plus de débats et de polémiques tout le long des quinze ans d'application du Code de Défense du Consommateur »²³⁶.

75. Dans un premier temps, les magistrats se sont montrés ouverts au courant maximaliste mentionné. On concède, toutefois, que ce premier mouvement de la jurisprudence a été, d'une manière générale, favorable aux consommateurs, du moins dans une perspective de politique judiciaire. À cet égard, l'inclusion des personnes morales dans la définition légale serait révélatrice, en vérité, d'un objectif particulier du législateur : connaissant la réalité brésilienne, d'une moindre organisation de la société civile, ainsi qu'une certaine passivité du consommateur-final liée à des facteurs culturels, son but aurait été d'inciter l'appel aux nouveaux instruments juridiques et, de ce fait, de voir se développer un certain renouvellement de la jurisprudence. Cet assainissement relatif des pratiques du marché finirait par se répercuter, indirectement mais positivement, sur les intérêts des consommateurs²³⁷. On indique d'ailleurs que les juges manifestaient une tendance particulière à étendre l'application du Code aux professionnels lorsque, d'une part, ceux-ci se trouvaient confrontés à des institutions bancaires, financières et d'assurances, et d'autre part, un déséquilibre manifeste était constaté entre la situation des parties au contrat²³⁸.

76. La jurisprudence « Teka vs. Aiglon » – En 1999, la Cour constitutionnelle a rendu une décision importante dans le cadre de sa compétence juridictionnelle internationale. Dans une affaire opposant un fabricant national de linges et un fournisseur de coton étranger, le premier invoquait la qualité de consommateur, pour échapper à une décision d'arbitrage international qui lui était défavorable. La Cour lui a refusé cette qualité, en déclarant que « le Code de Défense du consommateur s'applique exclusivement à la personne physique ou morale qui acquiert ou qui utilise un produit ou un service comme destinataire final »²³⁹. On y a vu une victoire du courant finaliste, en disant qu'il « ressort très nettement de cette décision que les produits et les services utilisés directement dans la production d'autres biens et services qui, eux, seront destinés au consommateur final, ne relèvent pas de l'application du Code »²⁴⁰.

²³⁵ ALVIM, Arruda et alii. *Op. cit.*, p. 23 ; DENARI, Zelmo. *Op. cit.*

²³⁶ PFEIFFER, Roberto. « CDC e SFN : primeiras reflexões sobre o julgamento da ADIN nº 2.591 », in « Aplicação do código de defesa do consumidor aos bancos », *op. cit.*, p. 293.

²³⁷ MARQUES, Cláudia. « Contratos no Código de Defesa do Consumidor », *op. cit.*, p. 296-297.

²³⁸ *Idem*, p. 281.

²³⁹ STF-Sentença Estrangeira Contestada nº 5.847-1, rel. Min. Maurício Corrêa, j. 1.12.1999.

²⁴⁰ MARQUES, Cláudia Lima *et alii*. *Op. cit.*, p. 70.

Pourtant, on l'aura noté, à s'en tenir à cette seule affirmation, les portes resteraient toujours ouvertes aux professionnels qui, tout en contractant pour les besoins de leurs professions, n'utilisent pas le produit ou le service acquis « directement » dans la production d'autres biens et services.

77. Certains partisans du courant finaliste se sont laissés convaincre par l'idée que certains professionnels, tels les petits commerçants, les artisans ou des membres de professions libérales devraient mériter la protection spéciale en tant que consommateurs, lorsqu'ils se trouvaient dans une position de faiblesse vis-à-vis de leurs cocontractants puissants²⁴¹. Pour eux, la définition du consommateur demanderait une interprétation de l'article 2 nécessairement combinée avec celle de l'article 4, al. I, du Code, qui proclame « la vulnérabilité du consommateur dans le marché de consommation ». Celle-ci serait ainsi la pièce maîtresse du droit de la consommation, le « point de départ » de toute son application, surtout en matière contractuelle²⁴². Il existerait une présomption de vulnérabilité en faveur des seules personnes physiques, « destinataires finales » des biens mentionnés²⁴³. Mais les professionnels pourraient également bénéficier de la protection dès lors qu'ils démontreraient *in concreto* leur situation de vulnérabilité. On a ainsi pu parler d'un « finalisme mitigé »²⁴⁴.

78. Malgré tout, une certaine évolution a pu s'opérer en jurisprudence, et les juges se sont montrés plus prudents à l'égard de l'application des dispositions du Code, en général, et à propos des opérations de crédit, en particulier²⁴⁵. Surtout, les magistrats du *Superior Tribunal de Justiça* n'ont pas été indifférents à cette évolution, ce qui est d'autant plus important que c'est à eux, précisément, que la Constitution attribue le rôle d'uniformiser l'interprétation de la législation ordinaire²⁴⁶. Un panorama de la jurisprudence rendue ces huit dernières années démontre comment la définition du consommateur a subi, sous l'appréciation du STJ, un véritable effet d'accordéon. La discussion a tourné autour de l'adoption de deux critères pour sa caractérisation : celui du destinataire final et celui de la vulnérabilité du consommateur.

79. **Le « destinataire final »** – Tout d'abord, une opposition s'est installée entre l'orientation des 1^e et 3^e chambres du STJ, d'une part, et celle des 4^e et 6^e chambres, d'autre part, sur l'interprétation de cette expression. Tandis que les premières adoptaient une notion très large, accordant la protection même aux professionnels agissant pour les besoins de leur activité professionnelle, les dernières leur refusaient la qualité de consommateur. Les contrats

²⁴¹ BENJAMIN, Antônio Herman V., tel qu'indiqué par MARQUES, Cláudia Lima (« Contratos no Código de Defesa do Consumidor », *op. cit.*, p. 254, note 8).

²⁴² MARQUES, Cláudia Lima, BENJAMIN, Antônio Herman V. et BESSA, Leonardo Roscoe. « Manual de Direito do Consumidor », RT, 2007, p. 77. Ce dernier auteur attribue l'expression au deuxième. V. aussi PFEIFFER, Roberto. « Constitucionalidade da submissão dos serviços de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária ao Código de Defesa do Consumidor », *in* « Aplicação do código de defesa do consumidor aos bancos », MARQUES, Cláudia Lima *et al.* (org.), RT, 2006, p. 192.

²⁴³ MARQUES, Cláudia. « Contratos no Código de Defesa do Consumidor », 4^e éd., RT, 2002, p. 298.

²⁴⁴ PFEIFFER, Roberto. « CDC e SFN: primeiras reflexões sobre o julgamento da Adin 2.591 », *op. cit.*, p. 297.

²⁴⁵ *Idem*, p. 288; MARQUES, Cláudia Lima. « Da possibilidade constitucional de instituir regras de conduta para os bancos », *in* « Aplicação do código de defesa do consumidor aos bancos », *op. cit.*, p. 93.

²⁴⁶ Art. 105, al. III, c, de la Constitution Fédérale de 1988.

de *leasing* ont constitué un terrain de prédilection de la jurisprudence. Par des décisions du 24 octobre 2000²⁴⁷, du 16 novembre 2000²⁴⁸ et du 13 février 2001²⁴⁹, la 3^e chambre du STJ a reconnu la qualité de consommateur à des agriculteurs, commerçants et autres professionnels ayant acheté des matériels d'équipement. Sous l'argument que les biens faisant l'objet de leurs acquisitions n'avaient ni été transmis à des tiers ni subi aucune transformation lors de leur utilisation, les magistrats ont considéré que les professionnels en question étaient les *destinataires finaux* desdits biens, « encore qu'ils les utilisent pour le développement de leurs activités économiques ». Ces décisions ont été confirmées par un arrêt du 2 décembre 2003²⁵⁰. Trois mois plus tôt, ils avaient considéré comme consommateur une entreprise d'aplatissage de terrains qui avait obtenu un prêt pour l'achat de tracteurs automobiles²⁵¹.

80. À l'opposé de cette orientation, la 4^e chambre du STJ adoptait une notion stricte du consommateur. Ainsi, dans un contrat de prêt consenti par un établissement de crédit à un garagiste, elle a refusé à celui-ci, par un arrêt du 16 septembre 1999 la qualité de consommateur, sous l'argument qu'il n'avait pas « utilisé les fonds en tant que destinataire final, mais pour une finalité de trésorerie destinée à accroître sa production »²⁵². Le 8 mai 2001, c'est à une entreprise de vente de produits chimiques ayant obtenu un crédit garanti par un contrat d'« aliénation fiduciaire » que les juges ont refusé, sous le même argument, la protection légale²⁵³. Enfin, la 6^e chambre du *Superior Tribunal de Justiça* semblait se rallier à cette orientation, par un arrêt du 24 juin 2003, où il est affirmé qu'un contrat d'approvisionnement de produits carburants était « lié directement à l'activité lucrative » du demandeur. Parallèlement à ce cloisonnement d'interprétations sur la notion de « destinataire final », une deuxième approche s'était développée, sur le fondement du seul critère de la vulnérabilité des professionnels invoquant la qualité de consommateur. Ici, il a été la répercussion de la dévaluation de la monnaie nationale en 1999 – face à la crise économique internationale – sur les contrats de crédit qui a motivé les professionnels à chercher les bénéfices du Code.

81. La vulnérabilité du consommateur – Dans des espèces où des « professionnels de la santé » avaient conclu des contrats de *leasing* avec des fournisseurs étrangers pour l'utilisation d'équipements médicaux, les magistrats du STJ leur ont refusé la protection du

²⁴⁷ STJ-Resp n° 235.200/RS, rel. Min. Menezes Direito, 3^a T., j. 24.10.2000, DJ 04.12.2000.

²⁴⁸ STJ-Resp n° 248.424/RS, rel. Min. Menezes Direito, 3^a T., j. 16.11.2000, DJ 05.02.2001.

²⁴⁹ STJ-Resp n° 263.721/MA, rel. Min. Menezes Direito, 3^a T., j. 13.2.2001, DJ 09.04.2001.

²⁵⁰ STJ-Resp n° 445.854/MS, rel. Min. Castro Filho, 3^a T., j. 2.12.2003, DJ 19.12.2003.

²⁵¹ STJ-Resp n° 468.148/SP, rel. Min. Menezes Direito, 3^a T., j. 2.9.2003, DJ 28.10.2003. Rendues à propos de contrats de crédit, ces décisions ne sauraient surprendre à la lecture d'un arrêt de la 1^{re} chambre, du 14 nov. 2000, où les magistrats affirment, à propos d'un litige entre un producteur pêcheur industriel et la Compagnie d'Eau de São Paulo, que « l'entreprise Dauphin Bleu n'utilise pas l'eau comme un produit intégré au processus de production, transformation ou commercialisation d'un autre produit » (STJ-Resp n° 263.229/SP, rel. Min. José Delgado, 1^a T., j. 14.11.2000, DJ 9.4.2001. Enfin, on peut penser que les magistrats ont suivi une orientation qui avait été adoptée dans un jugement du 18 nov. 1999, où un agriculteur ayant acheté du fertilisant avait été considéré comme consommateur, sous l'argument que le produit était destiné « à préparer la terre, ne subissant ainsi aucune transformation » (STJ-Resp n° 208.793/MT, Rel. Min. Menezes Direito, 3^a T., j. 18.11.1999, DJ 1.8.2000).

²⁵² STJ-Resp n° 218.505/MG, Rel. Min. Barros Monteiro, 4^a T., j. 16.9.1999, DJ 14.2.2000.

²⁵³ STJ-Resp n° 264.126/RS, Rel. Min. Barros Monteiro, 4^a T., j. 8.5.2001, DJ 27.8.2001.

Code sous prétexte que, soit le capital social de l'entreprise était très élevé, soit le prix du contrat faisait présumer l'absence d'une vulnérabilité vis-à-vis de leurs cocontractants.

82. L'attribution de compétence juridictionnelle dans les litiges sur le crédit – Le 10 octobre 2001, dans un litige portant sur l'annulation d'une clause contractuelle d'attribution de compétence au juge du lieu du domicile du prêteur, la 2^{nde} Section de droit privé du STJ a décidé qu'une société à responsabilité limitée (LTDA)²⁵⁴ de prestation de services médicaux n'était pas un consommateur, car l'objet du contrat était l'acquisition à crédit d'un matériel très sophistiqué, par une entreprise « d'une taille importante »²⁵⁵. L'analyse du scrutin est particulièrement révélatrice des jeux de force menés entre les deux courants juridiques formés autour de la définition du consommateur. Il est ainsi intéressant de noter que les magistrats composant la majorité du scrutin étaient ceux-là mêmes qui prônaient une interprétation restrictive de l'expression « destinataire final ». Si leurs arguments à cet égard ne parvenaient pas à convaincre leurs homologues, l'adoption d'une nouvelle orientation fondée sur le seul critère de la vulnérabilité du professionnel a pu, en revanche, mériter l'adhésion de ceux-ci. Cette jurisprudence a ainsi été confirmée à plusieurs reprises par les différentes chambres du STJ²⁵⁶.

83. Toutefois, si l'objectif des magistrats était de restreindre le domaine de protection légale, il n'est pas certain que la formule adoptée ait été la plus appropriée. Faisant abstraction du critère de la destination finale, la définition du consommateur effectuée à l'aune du seul critère de la vulnérabilité rendrait le droit de la consommation désormais applicable à tous les rapports de faible à fort, élargissant indéfiniment ses frontières. C'est ainsi que, par un arrêt du 24 juin 2004²⁵⁷, la 2^{nde} Section a semblé, enfin, adhérer au courant maximaliste. Sa position a été pourtant nuancée. Le concept de « destinataire final » a été mis en avant mais, dans un esprit de conciliation, le critère de la vulnérabilité a aussi été pris en compte dans la définition du consommateur. Encore une fois, le litige portait sur la clause conventionnelle d'attribution de compétence juridictionnelle.

84. En l'espèce, un pharmacien prenait en location des équipements fournis par la Compagnie Brésilienne de Moyens de Paiement, lesquels lui permettaient de proposer ses propres produits à crédit. À l'issue d'un mauvais fonctionnement des équipements, elle a demandé le paiement de dommages et intérêts à son cocontractant, où les préjudices matériels

²⁵⁴ En droit français on parle de SARL.

²⁵⁵ STJ-CC n° 32.270/SP, rel. Min. Ari Pargendler, 2^a Seção, j. 10.10.2001, DJ 11.3.2002.

²⁵⁶ STJ-CC n° 32.469/SP, 2^a Seção, rel. Min. Castro Filho, j. 8.5.2002, DJ 17.6.2002 ; STJ-Resp n° 457.398/SC, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4^a T., j. 12.11.2002, DJ 9.12.2002 ; STJ-Resp n° 258.780/ES, rel. Min. Barros Monteiro, 4^a T., j. 20.5.2003, DJ 15.2.2003 ; STJ-Resp n° 519.946/SC, rel. Min. César Asfor Rocha, 4^a T., j. 9.9.2003, DJ 28.10.2003 ; STJ-AgRgEDResp n° 561.853/MG, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, 3^a T., j. 27.4.2004, DJ 24.5.2004 ; STJ-Resp n° 629.049/MT, rel. Min. Menezes Direito, 3^a T., j. 14.6.2005, DJ 12.9.2005.

²⁵⁷ STJ-CC 41056/SP, rel. p. ac. Min. Nancy Andrighi, 2^a Seção, j. 24.6.2004, DJ 20.9.2004. Les termes de la décision rejoignent ceux formulés par BOURGOIGNIE, Thierry (*op. cit.*, p. 53) : « pour rendre compte de cette réalité, on préférera au critère de l'usage privé ou non-professionnel celui, certes plus diffus, de la non-continuation, dans le chef de la personne qui acquiert, entre en possession ou utilise un bien ou un service, de toute production, transformation ou distribution relativement au même bien ou de toute prestation relativement au même service, dans le cadre de l'objet de son activité commerciale ou professionnelle ».

avaient été évalués à 158 R (approx. 55 euros). Elle a invoqué la qualité de consommateur afin que soit reconnue la compétence juridictionnelle du juge de son domicile. Les magistrats lui ont reconnu cette qualité, sous l'argument qu'« une entreprise assume la qualité de consommateur de produits et de services lorsqu'elle les acquiert ou les utilise comme destinataire final, à savoir lorsque les biens, encore qu'ils viennent composer l'établissement commercial, ne sont pas intégrés directement – par le biais de transformations, montages, ou reventes – aux produits ou aux services qui seront proposés à des tiers. [...] Les services de paiement par carte n'intègrent pas les produits fournis par un distributeur de médicaments ». Or, dans le mécanisme propre aux opérations de crédit, cette définition du consommateur aboutirait, poussée à l'extrême, à ce que seuls les banquiers, eux-mêmes, seraient exclus de la protection spéciale²⁵⁸.

85. Quant à la vulnérabilité du professionnel, une allusion marginale y a été faite dans la décision, mais son importance comme critère de définition semble avoir été réduite comme peau de chagrin : les magistrats ont affirmé que « la vulnérabilité peut se caractériser par une infériorité économique, par la dépendance économique à un produit du fait de sa qualité inégalable, par la conclusion d'un contrat d'adhésion, par le monopole de la production du bien considéré, par l'extrême nécessité du bien ou du service ou par les exigences de la modernité, entre autres facteurs ». Cette décision a été prise par scrutin majoritaire, le président de la Section ayant dû se prononcer pour trancher le débat. Une fois n'est pas coutume, la 2^{nde} Section a eu à trancher la question à nouveau.

86. L'uniformisation nuancée autour de la notion de « consommateur intermédiaire » – Le 10 novembre 2004, des circonstances identiques au litige précédant ont permis à la 2^{nde} Section, dans sa composition plénière, d'opérer un revirement de sa jurisprudence. Il s'agissait cette fois-ci d'un vendeur de peinture qui avait pris en location des équipements de paiement fournis par l'Américan Express du Brésil S/A. Les magistrats de la 2^{nde} Section ont refusé au demandeur la qualité de consommateur, mais sous une nouvelle formule, qu'ils semblent utiliser depuis, celle de « consommateur intermédiaire » : « l'acquisition de biens ou l'utilisation de services par une personne physique ou morale, dans le but *d'infléchir* ou d'améliorer son activité *économique*, ne caractérisent pas des relations de consommation, mais une activité de consommation intermédiaire »²⁵⁹. C'est ainsi le critère du « destinataire final » qui a été repris, cette fois-ci sous une interprétation restrictive. Aucune allusion au critère de la vulnérabilité du consommateur n'a été faite dans cette décision. Consommateur serait alors celui qui acquiert ou qui utilise des produits et des services comme destinataire final, dans un but étranger à son activité économique. La position du *Superior Tribunal de Justiça* devrait être, enfin, uniformisée.

²⁵⁸ Peut-on dire que l'argent est utilisé « directement » dans la production d'une machine à laver ? Peut-être faudra-t-il supposer qu'il est « transformé » en pièces mécaniques, si l'on veut restreindre le domaine de la protection...

²⁵⁹ STJ-Resp n° 541.867, rel. p. ac. Min. Barros Monteiro, 2^a Seção, j. 10.11.2004, DJ 16.5. 2005. Les expressions « infléchir » et « activité économique » ont été traduites du portugais : « implementar » et « atividade negocial » respectivement.

87. Cohérente à l'égard des critères de la définition, la démarche poursuivie par la Cour ne l'a pas été à propos de leur application puisqu'elle établit une distinction suivant qu'il s'agit de protéger une personne physique ou morale. La jurisprudence inaugurée le 10 octobre 2001 et fondée sur le seul critère de la vulnérabilité du consommateur est restée ancrée dans l'esprit des magistrats. Elle continue de s'appliquer à un cas particulier malgré l'uniformisation réalisée par la 2nde Section de droit privé le 10 novembre 2004. Le litige donnant lieu à cette jurisprudence concernait l'annulation d'une clause de fixation de compétence prétendument abusive, dans un contrat de *leasing* conclu par une entreprise de prestation de services médicaux. Plusieurs litiges ont d'ailleurs porté sur des faits identiques²⁶⁰. L'enjeu précis de la cause importait peu, dans la mesure où l'application des dispositions du Code ne suit pas, nous l'avons vu²⁶¹, une méthode *rationae materiae*. Ce n'est toutefois pas ce qu'estiment les magistrats du STJ. Désormais, lorsqu'une entreprise conclut un contrat contenant une clause d'attribution de compétence, elle ne pourra pas invoquer le caractère abusif de celle-ci dans deux hypothèses : soit que l'entreprise ait un capital social élevé, soit que le contrat soit économiquement important.

88. C'est, par exemple, ce qu'a décidé la 3^e chambre le 21 juin 2005, dans une espèce où les magistrats se sont fondés sur la valeur élevée du prix du contrat litigieux (859.820 dollars américains) constatée souverainement par les juges du fond – et ce, malgré le faible montant du capital social (20.000 reais) dont le contractant apportait la preuve – pour refuser d'annuler la clause du contrat qui privait le demandeur de la possibilité de plaider à domicile, alors même qu'il s'agissait de la caution de l'entreprise. Il y est affirmé que « même dans les hypothèses d'application immédiate du Code, la jurisprudence du Tribunal retient la compétence de la juridiction contractuellement choisie, à condition, soit que l'entreprise ait un capital social élevé, soit que le contrat soit économiquement important »²⁶².

89. Or, d'un point de vue méthodologique cette solution est d'autant plus grave qu'elle revient à créer en droit brésilien une sorte d'interprétation *ratione materiae* de la définition du consommateur sur l'application, spécifiquement, des clauses de fixation de la compétence juridictionnelle. Ce serait la consécration jurisprudentielle de la méthode poursuivie en droit français, avec toutes les distortions que cela peut soulever. Elle contrevient manifestement à la logique du système inauguré par le Code. Nuisible du point de vue de la cohérence du droit, cette solution ne l'est cependant pas autant d'un point de vue de politique judiciaire. Elle tend à restreindre la protection du Code aux consommateurs qui en ont vraiment besoin, malgré le caractère extrêmement flou des concepts adoptés. On devrait s'attendre ainsi à ce que seules les grandes entreprises soient contractuellement empêchées de se défendre devant le tribunal de leur domicile. Une décision de la 2^e Section de droit privé du 10 octobre 2007 laisse

²⁶⁰ V. n° 82 *supra*.

²⁶¹ V. n° 70 *supra*.

²⁶² STJ-Resp n° 684.613/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, 3^a T., j. 21.6.2005, DJ 1.7.2005 ; v. n° 118 *infra*.

cependant planer le doute. Elle affirme, dans des termes très généraux, que « la soumission du contrat aux dispositions du Code de défense du consommateur n'exclut pas *per se* la validité de la clause relative au for conventionnellement choisi »²⁶³.

90. La persistance d'un appel à la notion de « vulnérabilité » – On peut penser que c'est aussi cette persistance anachronique d'une jurisprudence basée sur la seule vulnérabilité de l'intéressé qui a fourni à la 3^e chambre du STJ un prétexte pour résister à l'effort d'uniformisation réalisé par la 2nde Section en 2004. Le scrutin de cette décision avait été, encore une fois, trop serré²⁶⁴ pour empêcher la 3^e chambre d'accorder la protection légale à des commerçants qui n'avaient pas « employé le service utilisé directement dans la production d'autres produits ou services ». Dans deux arrêts, le premier rendu le 19 avril 2005 (une société hôtelière qui réclamait une indemnisation contre son fournisseur de gaz)²⁶⁵, le deuxième le 11 avril 2006 (les tenants d'un centre commercial cherchant à se faire indemniser par leur assureur à cause de vols commis à l'intérieur de l'établissement)²⁶⁶, les magistrats ont précisé que : « si le STJ a pu adhérer au courant finaliste sur l'interprétation de la notion de consommateur, il n'en reconnaît pas moins la nécessité de tenir compte de certaines situations spécifiques, afin d'atténuer la rigueur de ce critère subjectif lorsqu'un déséquilibre manifeste entre la situation des parties révèle la vulnérabilité du consommateur. [...] Sont considérées comme consommateurs toutes les personnes déterminables ou non déterminables, exposées aux pratiques commerciales abusives [article 29 du Code] »²⁶⁷.

91. Un « finalisme approfondi » – Cette orientation a été approuvée par la doctrine, qui l'a alors baptisée de *finalisme approfondi*, ceci étant le résultat d'une interprétation « mûrie » de la définition du consommateur par la jurisprudence²⁶⁸. En réalité, il s'agit d'une sorte de compromis jurisprudentiel trouvé afin, d'une part, de restreindre le domaine d'application du Code, et d'autre part, de tenir compte d'un sentiment d'équité pesant fort sur l'esprit des juges. Hormis cette résistance marginale présentée dans ces deux décisions, il semble, d'une façon générale, que les magistrats du *Superior Tribunal de Justiça* adoptent depuis la décision de sa 2nde Section du 10 novembre 2004, une notion plus stricte du consommateur. Elles mentionnent, outre la notion de « consommateur intermédiaire », le besoin d'une démonstration de la vulnérabilité *in concreto* du professionnel.

92. Plusieurs décisions ont été rendues en ce sens, refusant à des professionnels, commerçants et agriculteurs la protection du Code : par la 4^e chambre : à un producteur de

²⁶³ STJ-CC n° 42.591, rel. Min. Fernando Gonçalves, 2^e section, j. 10.10.2007, DJ 22.10.2007.

²⁶⁴ Quatre Ministres étaient favorables à l'application du Code au professionnel (MM. Antônio P. Ribeiro, Humberto G. Barros, Castro Filho et Mme. Nancy Andrighi), contre cinq qui y étaient contraires (MM. Barros Monteiro, Cesar A. Rocha, Fernando Gonçalves, Aldir Passarinho et Jorge Scartezinni).

²⁶⁵ STJ-Resp n° 476.428/SC, rel. Min. Nancy Andrighi, 3^a T. j. 19.4.2005, DJ 9.5.2005.

²⁶⁶ STJ-Resp n° 733.560/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, 3^a T. j. 11.4.2006, DJ 2.5.2006.

²⁶⁷ STJ-Resp n° 476.428/SC, préc.

²⁶⁸ MARQUES, Cláudia Lima *et. al. Op. cit.*, p. 71.

granite ayant obtenu un prêt pour couvrir ses besoins de trésorerie²⁶⁹, ainsi qu'à un producteur d'aluminium qui avait conclu un contrat de découvert en compte courant²⁷⁰; par la 2^e chambre : à une municipalité cherchant à obtenir une réduction de ses factures d'électricité²⁷¹ ; par la 5^e chambre : à un distributeur de carburant qui s'approvisionnait auprès d'un producteur pétrolier²⁷² ; par la 3^e chambre : à un fermier éleveur de bétail ayant conclu un contrat d'approvisionnement avec un fournisseur de poudre de soja²⁷³, voire à la Banque du Brésil S/A... qui prétendait agir en consommateur pour obtenir des dommages-intérêts de son cocontractant agent de sécurité privé, qui n'avait pas pu empêcher des attaques à mains armées²⁷⁴. C'est aussi la solution adoptée dans une dernière décision de la 2^{nde} Section du 27 septembre 2006, à propos d'un conflit de compétence juridictionnelle où un producteur rural prétendait, à tort selon le STJ, agir en consommateur contre son fournisseur de grains de soja²⁷⁵.

93. Synthèse – Un effort de synthèse semble nous permettre d'aboutir au tableau suivant sur la définition du consommateur *stricto sensu* : d'abord, il faut que celui-ci soit le destinataire final du crédit obtenu, à savoir qu'il ne l'utilise pas pour infléchir ou améliorer son activité économique. Cette condition semble suffisante pour une personne physique, qu'elle soit professionnelle ou non. S'il s'agit d'une personne morale, elle doit en être le destinataire final dans les mêmes conditions qu'une personne physique, mais une preuve peut être apportée qu'elle n'est pas vulnérable. Cette condition porterait avant tout sur l'importance économique du contrat ou sur la surface financière de l'entreprise. Elle est d'ailleurs la seule condition retenue en présence d'une clause contractuelle d'attribution de compétence. Rien n'est dit, cependant, sur les personnes physiques professionnelles qui ne sont pas vulnérables. On ne peut que regretter un manque de fermeté de la part du STJ dans la fixation des critères d'interprétation de la notion de consommateur. On a le sentiment qu'un revirement d'orientation peut s'avérer à tout moment, et qu'une formule générale semble trop difficile à saisir. Dans ce domaine, plus que dans d'autres, il semble y avoir, pour reprendre une expression devenue ordinaire, de la jurisprudence pour tous les goûts...

94. Dès lors qu'on permet à des entreprises de bénéficier de la protection réservée aux consommateurs, deux conséquences alternatives risquent de s'opérer : soit on assistera à une application à deux vitesses du droit de la consommation suivant qu'il s'agit d'un consommateur ou d'un professionnel, plus souple pour le premier, plus sévère pour ce dernier ; cela nuirait à la cohérence de cette branche du droit dit spécial. Soit une orientation unitaire se dégagera de la jurisprudence, fatalement avec une élévation du niveau d'exigences à l'égard du comportement

²⁶⁹ STJ-AgRg Edcl Resp 936997/ES, rel. Min. H. Quaglia Barbosa, 4^a T., j. 20.11.2007, DJ 3.12.2007.

²⁷⁰ STJ-Resp 716.386/SP, rel. Aldir Passarinho Júnior, 4^a T., j. 5.8.2008, DJ 15.9.2008 ; v. aussi pour un fournisseur de services d'internet utilisant des services de transmission téléphonique : STJ-Resp 660.026, rel. Min. Jorge Scartezini, 4^a T., (j. 3.5.2005) DJ 27.6.2005.

²⁷¹ STJ-REsp 913.711/SP, rel. Min. Mauro C. Marques, 2^a T., j. 19.8.2008, DJ 16.9.2008.

²⁷² STJ-REsp 858.239/SC, rel. Min. Arnaldo Esteves de Lima, 5^a T., j. 5.10.2006, DJ 23.10.2006.

²⁷³ STJ-Resp 872.666/AL, rel. Min. Nancy Andrighi, 3^a T., j. 14.12.2006, DJ 5.2.2007.

²⁷⁴ STJ-AgRg Resp 687.239/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, 3^a T., j. 6.4.2006, DJ 2.5.2006.

²⁷⁵ STJ-CC 64524/MT, rel. . Min. Nancy Andrighi, 2^a Seção, j. 27.9.2006, DJ 9.10.2006.

attendu du consommateur. Cela aboutirait à la création de conceptions abstraites telles qu'un « consommateur moyen », voire dans les opérations de crédit, le « bon chef d'entreprise » ! Dans ces opérations en particulier, on peut penser que l'alourdissement des conditions de preuve réalisé par le STJ à l'égard du déséquilibre des prestations contractuelles²⁷⁶ soit un frein aux impulsions d'équité des juges du fond, ayant accueilli peut-être de façon trop récurrente les recours des entreprises aux dispositions protectrices du Code afin de faire intervenir au juge dans les contrats. Enfin, sous l'angle de la cohérence du droit, on pourrait être plus optimiste à propos du droit communautaire régional.

95. Le droit supranational – Le Brésil appartient au Marché Commun du Sud, un marché d'intégration régionale institué en 1991 et appelé Mercosul²⁷⁷. Un abondant ensemble législatif a déjà été produit et des transactions commerciales se développent de façon croissante. Depuis la signature du Protocole d'Olivos, du 18 février 2002, un Tribunal Permanent de Révision (TPR) a été créé. Il est chargé du règlement des litiges vérifiés dans le cadre du marché commun ainsi que de l'interprétation des normes communautaires. Dans une affaire récente²⁷⁸, les magistrats du TPR ont, d'une part, refusé la qualité de consommateur à une entreprise paraguayenne, en réalisant une interprétation finaliste du droit supranational « laquelle considère comme consommateur seulement celui qui achète un produit pour un usage personnel ou familial »²⁷⁹. S'inspirant des décisions de la CJCE, le TPR affirme que « contrairement aux traités internationaux ordinaires, le Traité d'Asunción a créé un ordre juridique spécifique, intégré au sein du système juridique des Etats membres depuis son entrée en vigueur et obligatoire pour leurs juridictions nationales »²⁸⁰. Toutefois, on doit rappeler que, malgré les vœux exprimés dans cette décision, les « opinions consultives » rendues par le TPR dans le cadre de sa mission d'uniformisation interprétative, à la différence des décisions de la CJCE, ne sont pas obligatoires pour les juges nationaux²⁸¹.

²⁷⁶ V. n° 534 *infra*.

²⁷⁷ Institué par le Traité d'Assunción du 26 mars 1991 et composé par l'Argentine, le Brésil, le Paraguay, l'Uruguay et, bientôt, le Venezuela.

²⁷⁸ Le litige opposait une entreprise paraguayenne à une argentine, à propos de l'application du Protocole du Buenos Aires sur la compétence juridictionnelle internationale en matière contractuelle, du 5 août 1994.

²⁷⁹ Opinión Consultiva n° 01/2007 du 3 avril 2007, n° III, F, 3, où il est affirmé que cette interprétation est « la seule cohérente avec la finalité des normes du Protocole ».

²⁸⁰ Une mention expresse y est faite (n° III, D, 2) à la décision CJCE : Costa/Enel, 6/64, EEE 1964-1966, p. 99 – considérant n° 7.

²⁸¹ Art. 11 du Règlement du Protocole d'Olivos, Décision CMC n° 37/2003, du 15 décembre 2003. La doctrine unanime critique ce mécanisme institué par les autorités régionales. V. spécialement CASELLA, Paulo B. « Modalidades de Harmonização, Unificação e Uniformização do Direito – O Brasil e as Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado », in « Integração Jurídica Interamericana », CASELLA, P. et ARAÚJO, Nádia. (org.), LTr, 1998 ; du même auteur, v. « Quais os fins da integração no MERCOSUL? », in « América Latina – Cidadania, Desenvolvimento e Estado », VENTURA, Deisy F. L. (org.), Livraria do Advogado, 1996, p. 50 ; FARIA, Werter. « Métodos de harmonização aplicáveis no MERCOSUL e incorporação das normas correspondentes nas ordens jurídicas internas », in « Mercosul – seus Efeitos Jurídicos, Econômicos e Políticos nos Estados-Membros », BASSO, Maristela (org.), Livraria do Advogado, 1995 ; « O impasse do Mercosul », Rev. Info. Legis., n° 155, juill./sept. 2002, p. 29 ; « Harmonização Legislativa no Mercosul », Assoc. Bras. de Estudos da Integração, v. 8, 1995, p. 66 ; « Unidade do Direito e Uniformidade na Interpretação e Aplicação das Normas do Mercosul », in « O Direito Internacional no Terceiro Milênio », BAPTISTA, Luiz Olavo et FONSECA, José R. F. (coord.), LTr, 1998 ; FINATTI, Mauro A. M. « A difícil implementação do Direito do Consumidor do Mercosul : Balanço e Prognósticos », Rev. dir. consum. n° 20, oct.-déc. 1996, p. 138 ; ARAÚJO, Nádia. « Mercosul: Balanço

96. Un droit de la consommation socialement efficace exige encore que soient protégées les personnes qui, avec leur concours personnel, garantissent l'exécution de l'obligation du consommateur de crédit. En cas de défaillance de l'emprunteur, elles sont obligées de payer une somme d'argent qui n'est, pour elles, la contrepartie d'aucun avantage²⁸².

§ 2^e – La caution du demandeur de crédit

97. La caution²⁸³ est la personne qui « s'engage envers un créancier à exécuter l'obligation de son débiteur au cas où celui-ci n'y satisferait pas lui-même »²⁸⁴. Il s'agit d'un engagement juridique par lequel une sûreté personnelle est constituée au bénéfice du fournisseur du crédit. La sûreté représentée par la caution constitue un élément de décision important pour le prêteur, l'octroi du crédit dépendant dans une large mesure de la limitation des risques encourus par le créancier. « Le cautionnement est devenu un instrument de crédit trop précieux pour que l'on puisse s'aventurer à le détraquer », affirmait un spécialiste du droit du cautionnement²⁸⁵. Avant l'avènement des lois spéciales, la protection de la caution se faisait par le biais du droit commun. On peut mesurer l'efficacité de cette protection à l'aune de l'affirmation d'un auteur : « le contrat de cautionnement est un contrat rêvé pour un créancier dans la mesure où il est marqué du signe de la liberté »²⁸⁶.

98. Dans les opérations de crédit à la consommation, la caution est souvent un ami ou un membre de la famille de l'emprunteur. Psychologiquement, toutefois, elle perçoit son acte comme un service rendu à un proche²⁸⁷. Parfois le créancier « situe l'efficacité de sa garantie davantage dans les sentiments qui unissent débiteur et caution que dans l'étendue de la surface financière de cette dernière »²⁸⁸. La caution n'a d'ordinaire pas conscience de la nature, des risques et des conséquences de son engagement²⁸⁹. Il serait ainsi nécessaire de trouver un compromis entre les intérêts en jeu, afin d'éviter que la liberté laissée aux parties implique pour la caution la prise d'un engagement irréfléchi²⁹⁰. D'autant plus que les obligations dont elle se constitue garant portent le plus souvent sur un montant et une durée indéterminés.

Jurídico Através da Análise da Jurisprudência Brasileira », in « Direito da Integração – Estudos em Homenagem a Werter R. Faria », PIMENTEL, Luiz Olavo (org.), v. II, Juruá, 2001, p. 163.

²⁸² CALAIS-AULOY, Jean et STEINMETZ, Frank. *Op. cit.*, n° 357, p. 421.

²⁸³ Du latin *cautio*, proprement « précaution », dérivé de *cavere* : « prendre garde ». V. CORNU, Gérard. « Vocabulaire Juridique », Paris : PUF, 1987, p. 121. V. aussi SIMLER, Philippe. « Le cautionnement », Litec, 1982, n° 8, note 1, p. 11 : « Dans un langage archaisant, la caution est également appelée *fidéjusseur* ».

²⁸⁴ SIMLER, Philippe. *Op. cit.*, n° 8, p. 11. L'article 2288 du Code civil prévoit le verbe « soumettre » au lieu de « s'engager ».

²⁸⁵ SIMLER, Philippe, note sous CA Paris, 18 janvier 1978, JCP 1980, II, n° 19318.

²⁸⁶ CHARDIN, Nicole. *Op. cit.*, p. 265.

²⁸⁷ *Idem*, p. 261.

²⁸⁸ SIMLER, Philippe. « Le cautionnement », *op. cit.*, n° 1, p. 2.

²⁸⁹ *Idem*. JCP 1980, II, n° 19318 : « que de drames pour une signature consentie dans un moment d'affolement, dans l'euphorie d'une entreprise dont on n'imaginait pas l'échec, ou plus banalement dans l'indifférence ou l'inconscience ».

²⁹⁰ CERLES, Alain et SÉJAN, Michel (« Le cautionnement : du Code civil au Code de la consommation ou les illusions de la protection », in Mélanges Simler, Dalloz-Litec, 2006, p. 273) rappellent l'avertissement inscrit au

99. On a pu s'étonner de la non-disparition de ce « petit-contrat » dans notre siècle marqué « par une logique froide »²⁹¹. Le cautionnement semble toutefois, du moins en France²⁹², se développer dans les opérations de crédit conclues avec les consommateurs. Selon certains²⁹³, ce développement est dû, pour partie à une érosion de la consistance des patrimoines privés et, pour une autre partie, à la lenteur des procédures de recouvrement de certaines sûretés réelles. Les praticiens rappellent aussi la simplicité de sa constitution, l'absence de coût et son adaptabilité à tous les types de concours – prêts, découverts etc.²⁹⁴. La caution se trouve démunie vis-à-vis du prêteur professionnel. Elle mérite dès lors une protection spéciale au même titre que le demandeur du crédit. Tantôt elle bénéficie de règles spécifiquement établies à son profit (A), tantôt elle se fait appliquer celles destinées à tous les consommateurs (B).

A) Les règles spéciales de protection de la caution

100. Seul le législateur français a prévu des règles spécifiques dans ce domaine. L'état actuel du droit de protection de la caution résulte d'une évolution jurisprudentielle et législative révélant un souci progressif de protéger les personnes qui s'engagent pour garantir la dette d'autrui. Entamée dans le cadre des crédits aux consommateurs (1), la protection a été élargie par la suite aux personnes dont les intérêts ne sont point étrangers à leurs activités professionnelles (2).

Rapport de la Cour de cassation pour 1986 : « Le créancier qui demande à son débiteur de lui procurer une caution pour accorder ou maintenir un crédit prend une précaution, une sûreté : mais la caution, trop souvent, ne prend pas réellement garde à la portée de son engagement ; elle y voit encore fréquemment une sorte de garantie instantanée d'aptitude ou de moralité du débiteur, alors qu'en réalité, elle s'expose dans le temps à la perte de tout ou partie de ses biens ».

²⁹¹ SIMLER, Philippe. « Le cautionnement », *op. cit.*, n° 2, p. 2. L'auteur introduit son ouvrage par une citation biblique tirée du Livre des Proverbes, 6, 1-5 : « si tu t'es porté caution auprès de ton prochain..., dégage toi comme la gazelle du filet, comme l'oiseau du piège de l'oiseleur ».

²⁹² Le mouvement inverse semble se produire au Brésil ; v. le résultat des recherches menées à Rio Grande do Sul par MARQUES, Cláudia Lima. « Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo : proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul », in « Direitos do consumidor endividado – Superendividamento e crédito », MARQUES, Cláudia Lima et CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (dir.), RT, 2006 p. 303, qui révèle que dans 77% des contrats de crédits de toute nature recensés, aucune garantie n'avait été demandée ; parmi les cas résiduels, 64,2% étaient des cautionnements. V aussi LOPES, José Reinaldo de Lima. Préface à l'ouvrage « Direitos do consumidor endividado – Superendividamento e crédito », *op. cit.*, p. 8 : « la plupart du crédit est distribuée au Brésil sous des prêts personnels, sans garanties ».

²⁹³ PIEDELIÈVRE, Stéphane. « Droit de la consommation », *op. cit.*, n° 389, p. 309 ; SIMLER, Philippe. *Op. cit.*, n° 3, p. 4.

²⁹⁴ CERLES, Alain et SÉJAN, Michel. *Op. cit.*, p. 273. Les auteurs rappellent un passage du Rapport de la Cour de cassation pour 2001 : « en procurant aux établissements de crédit une garantie supplémentaire et efficace car indépendante de l'évolution de la situation économique du débiteur principal, puisqu'elle repose sur les épaules d'un tiers, le cautionnement est un moyen essentiel au crédit ».

1) Le cautionnement des crédits aux consommateurs

101. Les lois Scrivener n'avaient pas tenu compte des intérêts de la caution²⁹⁵. C'est par l'adoption de dispositifs spéciaux qu'elle a pu profiter, d'abord, de la même protection accordée au consommateur de crédit (a), ensuite d'une protection spécifiquement prévue à son profit (b).

a) Un régime juridique commun au crédit et à son cautionnement

102. Une loi du 23 juin 1989 a inséré dans les textes de protection des prévisions qui accordaient à la caution le même régime destiné au débiteur principal²⁹⁶. Toutefois, seul le cautionnement des crédits mobiliers à la consommation a été concerné par le législateur²⁹⁷. Dans ce cadre, la protection de la caution obéit à la même logique qui inspire celle du consommateur de crédit : la caution est un non professionnel. Son engagement n'intervient pas pour garantir des obligations contractées pour les besoins professionnels du demandeur de crédit²⁹⁸. En tant que contrat accessoire, le cautionnement méritera l'application des règles spéciales pour autant que celles-ci soient applicables au contrat principal. À défaut, la caution ne pourra pas s'en prévaloir.

103. Cette orientation faisait déjà l'objet de certaines décisions des juges du fond²⁹⁹, avant que la Cour de cassation n'y adhère elle-même. Par un arrêt du 23 mai 2000, la Cour a décidé que « la cour d'appel, ayant souverainement apprécié que le prêt litigieux avait été consenti pour les besoins exclusifs d'une activité professionnelle, en a exactement déduit qu'il n'était pas soumis aux dispositions des articles L. 311-1 et suivants du Code de la consommation et que la caution ne pouvait se prévaloir de ces dispositions »³⁰⁰. Elle a confirmé cette solution le 15 mai 2001, en reprochant à une Cour d'appel d'avoir retenu que « l'engagement n'était pas professionnel à l'égard de la caution » alors qu'elle avait constaté que les prêts litigieux étaient destinés à l'acquisition d'un matériel destiné à l'activité professionnelle du débiteur principal³⁰¹.

104. La Cour de cassation a, enfin, étendu cette solution au crédit immobilier. Dans un arrêt rendu en 2005, elle a approuvé la Cour d'appel de Rennes d'avoir refusé la protection du

²⁹⁵ V. DAVO, Hélène. « Formalisme bancaire et protection du consommateur », *Liber amicorum* Jean Calais-auloy, Dalloz, 2004, p. 333. Un devoir d'information était pourtant prévu par l'article 5 de chacune des lois Scrivener, concernant la remise aux cautions de l'offre préalable adressée au consommateur. L'article 7 de la loi de 1979 prévoyait aussi un délai de réflexion de dix jours à son profit. V. DELEBECQUE, Philippe. « Les garanties du crédit au consommateur », in « Le droit du crédit au consommateur », *op. cit.*, n° 26, p. 311.

²⁹⁶ Loi n° 89-421 du 23 juin 1989.

²⁹⁷ L'art. L. 311-2 du Code consom. prévoit l'application des dispositions en la matière au cautionnement d'une opération de crédit.

²⁹⁸ ALBIGES, Christophe. « L'influence du droit de la consommation sur l'engagement de la caution », in *Liber amicorum* Jean Calais-Auloy, Dalloz, 2004, n° 4, p. 4.

²⁹⁹ CA Grenoble, 18 juin 1996, Juris-Data n° 1996-042755 (cautionnement donné par l'épouse d'un agent immobilier qui avait acquis un ordinateur avec logiciel pour les besoins de sa profession).

³⁰⁰ Cass. 1^{re} civ. 23 mai 2000 : Bull. civ. I, n° 154, pourvoi n° 98-13784 ; RTD com. 2000, p. 998, obs. BOULOC, Bernard.

³⁰¹ Cass. 1^{re} civ. 15 mai 2001 : inédit, pourvoi n° 98-19498.

Code au cautionnement réalisé par le gérant d'une société qui avait obtenu des prêts relais³⁰². En l'occurrence, les emprunts visaient à l'acquisition d'un terrain destiné à être aussitôt vendu sans construction. Ce dessein est contraire, suivant la Cour de cassation, à l'article L. 312-2, 2^o dudit Code qui ne comprend que « l'achat de terrains destinés à la construction d'immeubles à usage d'habitation ou à usage professionnel et d'habitation ». Enfin, dans les conditions évoquées ci-dessus, la protection de la caution est celle même destinée au consommateur de crédit. Elle en suit la même logique. Le législateur ne s'est toutefois pas limité à ce cadre. Il a décidé de prendre des mesures spécifiques de protection des personnes souscrivant un cautionnement.

b) Un régime juridique spécifique pour le cautionnement

105. Des règles spécifiques ont été prévues par une loi du 31 décembre 1989³⁰³. Elles ont été codifiées aux articles L. 313-7 à L. 313-10 du Code de la consommation et concernent, d'une part, l'information de la caution, d'autre part, une exigence de proportionnalité de l'engagement qu'elle souscrit par rapport à ses ressources. Ces règles prévoient que la caution protégée est une personne physique qui s'engage pour garantir l'une des opérations relatives au crédit à la consommation ou au crédit immobilier³⁰⁴. Jusqu'en 2003 certaines décisions des juges du fond restreignaient l'application de ces règles spécifiques aux cas où l'opération cautionnée n'était pas destinée à financer un besoin professionnel³⁰⁵. Cette solution est pourtant vouée à la disparition puisque le législateur a entendu élargir le champ d'application des règles de protection spécifique de la caution.

2) L'élargissement du champ d'application des règles sur la protection de la caution

106. Les dispositions codifiées aux articles L. 313-7 à L. 313-10 n'ont pas été abrogées. Une loi du 1^{er} août 2003³⁰⁶ a pourtant prévu des règles identiques visant toute caution personne physique qui s'engage envers un créancier professionnel (a). Cette même loi a encore élargi le champ de la protection aux cautions se trouvant en situation de surendettement (b).

³⁰² Cass. com. 18 mai 2005 : Bulletin 2005, IV, n° 106, pourvoi n° 03-10508.

³⁰³ Dite loi « Neiertz », n° 89-1010.

³⁰⁴ Régies par les chapitres I^{er} et II du Titre I, Livre III, du Code consom. L'art. L. 313-7 restreint l'obligation de mention manuscrite sur l'étendue de l'obligation de la caution aux actes sous seing privé. La Cour de Cassation a étendu cette restriction à l'article L. 313-8, sur les mentions manuscrites à propos de la renonciation au bénéfice de discussion (cautionnement solidaire) : Cass. 1^{re} civ. 24 févr. 2004 : Bulletin civ. I, n° 60, pourvoi n° 01-13930.

³⁰⁵ CA Paris, 4 juin 1993 : D. 1993, info. rap. p. 243 (cautionnement donné par le président d'une société) ; CA Paris, 9 avril 1999 : CCC 2000, n° 115, Juris-Data n° 022845 (cautionnement du prêt obtenu par une personne morale pour son activité immobilière) ; CA Grenoble, 25 oct. 2000 : JCP 2002, IV, 3081 (cautionnement donné par l'épouse d'un agent commercial pour l'utilisation d'un compte courant) ; CA Bordeaux, 24 juin 1997, Gaz. Pal. 1998, 1, somm. 24. Dans l'espèce, la caution épouse d'un artisan invoquait l'absence de mention manuscrite dans l'acte de cautionnement, contrairement aux prévisions de l'art. L. 313-7 du Code consom. La protection du Code lui est refusée car l'opération de crédit principale avait été consentie à titre professionnel (un « prêt conventionné artisan » destiné à l'achat de matériel et d'un véhicule) et ne relevait par conséquent pas des règles protectrices.

³⁰⁶ Loi n° 2003-721, dite loi « pour l'initiative économique ».

a) Le cautionnement souscrit au bénéfice d'un créancier professionnel

107. Désormais, la violation, par exemple, des règles sur les formalités qui entourent l'information de la caution ainsi que de celles sur la proportionnalité de son engagement par rapport à ses ressources pourra être invoquée par toute personne physique qui cautionne une opération de crédit au profit d'un créancier professionnel, sans qu'il y ait lieu de se demander quelle est la finalité du crédit³⁰⁷. Autrement dit, le cautionnement sera soumis aux règles spécifiques de protection alors même que le crédit garanti aura servi les besoins de la profession du débiteur principal. Paradoxalement, ces nouvelles règles ont été insérées dans le Code de la consommation aux articles L. 341-2 à L. 341-6³⁰⁸. On est ainsi amené à s'interroger sur le régime applicable à la personne physique qui s'engage en qualité de caution pour les besoins de sa propre activité professionnelle³⁰⁹.

108. La caution professionnelle – À première vue, l'insertion du nouveau régime des cautionnements souscrits au bénéfice d'un créancier professionnel dans le Code de la consommation devrait conduire à son exclusion de la protection. Techniquement, cependant, bien que cette insertion puisse paraître absurde, les nouveaux dispositifs légaux n'excluent pas expressément l'hypothèse contraire. Seule une interprétation téléologique des règles du Code permettrait de l'écarter. À ce titre, on pourrait faire valoir, par exemple, que les professionnels n'ont pas besoin de protection spéciale car ils sont censés connaître les ruses des affaires. L'évolution jurisprudentielle et législative entamée dans le domaine du surendettement des particuliers contredit cependant cette logique. Elle témoigne d'une bienveillance accrue envers les cautions professionnelles.

b) La protection de la caution en matière de surendettement

109. La Cour de cassation avait inaugurée en 1992, tout d'abord, une jurisprudence où elle admettait l'application des règles en la matière à une caution qui s'était engagée en garantie du prêt consenti à son frère pour l'acquisition d'un fonds de commerce de boucherie.

³⁰⁷ À l'exception, toutefois, de la règle de l'art. L. 313-10-1 interdisant la garantie autonome, dont l'équivalent n'a pas été repris par la loi du 1^{er} août 2003. On pourrait imaginer encore une exclusion des règles de protection sur le fondement de la finalité professionnelle de l'emprunt : le cautionnement d'une opération de crédit conclue avec un prêteur particulier, non professionnel, régie néanmoins par le Code consom. car réalisées à titre habituel (v. n° 126 *infra*). Très rare en pratique, cette situation devrait rester une hypothèse d'école. En règle générale, toute personne physique ayant donné un cautionnement après l'entrée en vigueur de la loi du 1^{er} août 2003 avec un professionnel sera protégée ; v. CA Paris, 1^{er} juin 2007 : RJDA 2007, n° 1280 ; v. aussi Cass. com. 13 fév. 2007 : Bull. civ. IV, n° 31, pourvoi n° 04-19727 (rejet, toutefois, du pourvoi car le cautionnement était antérieur à la loi). On notera que certaines cautions se fondent parfois sur la responsabilité civile du créancier pour engagement excessif afin d'obtenir des dommages et intérêts de ce dernier (Cass. com. 6 fév. 2007 : Bull. civ. IV, n° 18, pourvoi n° 04-15362 – responsabilité contractuelle ; Cass. 1^{re} civ. 10 mai 2005 : Bull. civ. I, n° 200, pourvoi n° 03-14446 – responsabilité délictuelle), l'excès ne pouvant pas donner lieu à l'annulation du cautionnement (Cass. 1^{re} civ. 6 avr. 2004 : Bull. civ. I, n° 110, pourvoi n° 01-10926 ; Cass. 1^{re} civ. 29 juin 2004 : Bull. civ. I, n° 185, pourvoi n° 02-13424). Sur ce sujet, v. n° 976 *infra*.

³⁰⁸ L'article L. 341-1 du Code concernant l'information de la caution sur la défaillance du débiteur principal dès le premier incident avait déjà été prévu par la loi n° 98-657 du 29 juill. 1998, dite loi « sur les exclusions sociales ».

³⁰⁹ Les personnes physiques ne semblent pas pouvoir exercer la profession habituelle de caution ou garant. L'art. L. 515-4, al. 4, du Code mon. et fin. prévoit la possibilité d'un cautionnement fourni par l'aval ou l'endos d'effets de commerce ou par tout autre moyen par une personne physique. Celle-ci n'agit cependant que dans le cadre restreint de la représentation de la société de cautionnement mutuel dont elle est membre.

Pour la Cour, la dette de la caution n'était pas une « dette professionnelle » au sens de la loi n° 89-1010 du 31 décembre 1989. Elle expliquait que les dettes de ce type « sont celles nées pour les besoins ou à l'occasion de l'activité professionnelle du débiteur [caution] »³¹⁰. En revanche, les cautionnements fournis par les dirigeants de sociétés devraient logiquement être rangés dans cette catégorie et donc exclus de la protection³¹¹.

110. Dans le prolongement de cette jurisprudence, le législateur avait consacré en 2003³¹² l'application des règles sur le surendettement au cautionnement de la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société. Encore fallait-il que la caution ne soit pas le dirigeant, en fait ou en droit, de celle-ci. Cette condition a été toutefois éliminée depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 qui a modifié l'article L. 330-1 du Code de la consommation³¹³. Celui-ci prévoit désormais que « l'impossibilité manifeste pour une personne physique de bonne foi de faire face à l'engagement qu'elle a donné de cautionner ou d'acquitter solidairement la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société caractérise également une situation de surendettement ». Il s'agit alors d'une exception à la règle posée par le nouvel article L. 333-3, al. 1^{er}, du Code qui exclut du domaine du surendettement les personnes relevant des procédures collectives instituées par le livre VI du code de commerce³¹⁴. Le principe demeure l'exclusion du traitement des dettes professionnelles de la personne surendettée³¹⁵.

111. Enfin, à la différence du droit français, le droit supranational n'apporte pas de protection spécifique à la caution. La proposition de directive sur le crédit à la consommation de 2002³¹⁶ contenait certaines dispositions protectrices. Celles-ci ont été cependant exclues de la directive n° 2008/48/CE finalement approuvée par le Parlement Européen et le Conseil. Aucune allusion à la caution n'est faite dans le nouveau texte³¹⁷. C'est une absence de règles spécifiques qui caractérise également le droit brésilien.

³¹⁰ Cass. 1^{re} civ. 31 mars 1992 : Bull. civ. I, n° 107, pourvoi n° 91-04028 : « le caractère professionnel de la dette de la caution ne peut se déduire de la nature de l'obligation principale garantie » ; RTD com. 1992, p. 457, obs. PAISANT, Gilles. Le caractère professionnel de la dette résultant d'un engagement de caution s'apprécie au jour où cet engagement a été contracté : Cass. 1^{re} civ. 13 mars 2001 : Bull. civ. I, n° 74, pourvoi n° 00-04053 ; RTD com. 2001, p. 781, obs. PAISANT, Gilles.

³¹¹ Cass. 1^{re} civ. 31 mars 1992 : Bull. civ. 1992, I, n° 107, pourvoi n° 91-04032 (cette appréciation appartient souverainement aux juges du fond) ; Cass. 1^{re} civ. 7 nov. 2000 : Bulletin civ. I, n° 285, pourvoi n° 99-04058.

³¹² Art. L. 330-1 du Code consom. tel qu'institué par la loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003.

³¹³ Modification apportée par l'art. 14 de la loi.

³¹⁴ Auxquelles sont désormais soumises les personnes exerçant des professions libérales (art. L. 620-2 du Code de commerce, modifié par l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 déc. 2008 ; art. L. 611-5 du même Code, modifié par l'ordonnance n° 2010-462 du 6 mai 2010).

³¹⁵ Comp. CA Paris, 25^e ch. A, 8 oct. 1999, D. 2000, AJ p. 45. En l'espèce, la caution agissait en recours contre son fils pour récupérer les sommes déboursées pour acquitter sa dette. Celui-ci invoquait en défense les règles du Code de la consommation sur la forclusion biennale. Pour écarter ce moyen, les juges ont retenu le caractère simplement ponctuel du cautionnement consenti. Si la pratique habituelle de cautionnements eût pu déboucher sur l'application de ces règles à la caution (au détriment de ses intérêts), il serait naturel que celle-ci puisse aussi s'en prévaloir à son profit.

³¹⁶ Proposition COM (2002) 443 final – 2002/0222 (COD), art. 1^{er} : « la présente directive s'applique aux contrats de crédit ainsi qu'aux contrats de sûreté » ; art. 3, al. f : « garant : le consommateur qui conclut un contrat de sûreté conclu par un tiers en tant que consommateur ».

³¹⁷ Le texte de la proposition modifiée de directive sur le crédit aux consommateurs COM (2005) 483 final, du 7.10.2005 fait savoir que l'exclusion des « garants » du texte proposé relevait d'un amendement du Parlement

B) La protection de la caution en l'absence de règles spécifiques

112. Le « fiador » – Au Brésil, on parle plutôt de « fiador » à propos de la personne qui s'engage dans un contrat de « fiança »³¹⁸. On y retrouve toutefois des difficultés similaires à celles rencontrées par la jurisprudence française pour la protection de la caution. L'application des règles de protection au contrat de cautionnement demande un effort d'interprétation car aucune mention n'y est faite dans le Code du consommateur. À s'en tenir à une lecture littérale de son article 2, *caput*, la qualité de caution ne semblerait pas remplir les critères de la définition du consommateur *stricto sensu* : elle n'est pas une personne « qui acquiert ou qui utilise » un service³¹⁹. Les relations d'ordre moral qu'elle entretient avec le débiteur principal ne peuvent à l'évidence satisfaire ce critère legal. La caution n'encourt pas moins les aléas de l'opération de crédit qu'elle garantit. Des voies alternatives d'interprétation de la loi pourraient ainsi être empruntées afin d'assurer sa protection.

113. On pourrait songer, tout d'abord, à une relation de dépendance : le cautionnement étant un contrat accessoire son sort devrait suivre celui du contrat principal. Dans ce cas, la caution serait protégée tant que le demandeur de crédit le serait lui-même. L'application des règles du Code exigerait qu'elle ne s'engage pas afin de garantir l'exécution des obligations d'un « consommateur intermédiaire », pour reprendre l'expression du STJ³²⁰. Cette solution semble être adoptée, implicitement, par certains juges du fond qui accordent la protection du Code à la caution du destinataire final du crédit, en se fondant sur la seule qualification de consommateur de l'emprunteur³²¹. Une autre voie d'interprétation consisterait en l'application extensive de la notion de consommateur à la caution (1). La jurisprudence a adhéré à cette approche. Elle en a même retenu une protection autonome, limitée par un souci de cohérence avec la finalité des règles du Code (2).

1) L'interprétation extensive de la notion de consommateur

114. S'inspirant des règles du droit américain, le législateur brésilien a institué le personnage appelé par la doctrine « consommateur par équivalence », le fameux « bystander » du droit anglo-saxon. Cette notion comprend toutes les personnes qui « gravitent » autour d'une relation, potentielle ou constituée, de consommation. Cela marque l'abandon,

Européen « et répond aux préoccupations du secteur bancaire » car « le principal enjeu des sûretés était lié au crédit hypothécaire ».

³¹⁸ De fier, du latin *fidare*. L'art. 818 du Code civil/2002 prévoit que, par le contrat de « fiança », une personne garantit procurer au créancier l'exécution d'une obligation assumée par le débiteur, au cas où celui-ci n'y satisferait pas.

³¹⁹ V. n° 71 *supra*.

³²⁰ V. n° 86 *supra*.

³²¹ Par exemple TJRS-APC 70022097893, rel. Des. Dorval Bráulio Marques, 14^a Câmara cível, (j. 21.2.2008) DJ 29.2.2008 ; TJDF-ACJEC 2005.01.1.060637-0, rel. J. Esdras Neves Almeida, 1^a T. Recursal JEC, (j. 23.5.2006) ; TJDF-APC 1998.01.1.010388-4, rel. Des. Estevam Maia, 4^a T. cível, (j. 27.8.2001) DJ 24.10.2001.

dans les relations de consommation, de la notion de « tiers intéressé »³²², dont le paragraphe unique de l'article 2^{nde} du Code établit le principe : « est considérée comme consommateur la collectivité de personnes, même indéterminables, étant intervenue dans les relations de consommation ».

115. Ce dispositif mérite une explication. À la suite de contingences politiques survenues à la veille de l'adoption du projet de loi par le Parlement, la définition du consommateur a été éparpillée dans différents endroits du Code. Tandis que la règle générale que nous venons de décrire emploie le terme « collectivité de personnes », celle de l'article 29 prévoit la protection « de toutes les personnes, déterminables ou non déterminables », exposées aux pratiques qui y sont prévues. L'un des auteurs de l'avant-projet du Code explique, à propos de ce dernier article, qu'il importe peu que ces personnes soient identifiées individuellement ou, au contraire, qu'elles appartiennent à une collectivité indéterminée composée de personnes physiques et morales³²³. Il ajoute : « *comme dans l'article 2*, les personnes ci-indiquées peuvent être déterminables ou non. [...] La fragmentation stratégique de la définition du consommateur apportée au projet initial n'a pas nui à l'efficacité normative du Code »³²⁴. Certains estiment, enfin, qu'une distinction rigoureuse entre les dispositions extensives de la définition de consommateur dans le Code (articles 2, paragraphe unique, 17 et 29) ne revêt en pratique qu'une moindre importance. Le législateur, dit-on, était empreint d'un esprit de protection des personnes vulnérables intervenant dans les relations de consommation³²⁵.

116. Suivant cette approche, la protection de la caution résulterait d'un effet d'« équivalence » par rapport à la protection du consommateur *stricto sensu*. Encore faudrait-il déterminer si cette équivalence implique une application autonome des règles du Code à la caution, c'est-à-dire une protection sans égard à la finalité de l'opération cautionnée et, dans l'affirmative, quel serait le critère à l'aune duquel sa protection pourrait être recherchée. Devrait-elle pouvoir bénéficier de ces règles lorsqu'elle cautionne une opération à finalité commerciale à laquelle elle n'est pas intéressée ? L'effet d'une telle autonomie serait-il de nature à permettre la protection du « fiador » alors même qu'un tel intérêt existât ?

2) D'une interprétation extensive à une protection autonome

117. Les magistrats de la 3^e chambre du *Superior Tribunal de Justiça* tendent vers une approche autonome de la protection de la caution. Dans un arrêt de 2002, ils ont décidé d'accorder la protection du Code au « fiador » personne physique qui avait accepté de garantir

³²² MARQUES, Cláudia. « Contratos no Código de Defesa do consumidor », *op. cit.*, p. 301. L'auteur fait allusion à l'abandon de la notion de « tiers bénéficiaires » (*nemo alteri stipulare potest*) en droit américain, dont la Section n° 302 du *Restatement* distinguerait entre bénéficiaires « intentionnels » et « accidentels ». Elle rapproche toutefois la notion connue en droit brésilien de « consommateur par équivalence » du bénéficiaire dit « intentionnel », sans exclure les bénéficiaires « accidentels » de la protection du Code (arts. 17 et 29).

³²³ BENJAMIN, Antônio Herman de V. *Op. cit.*, p. 264, n° 2.

³²⁴ *Idem, ibidem*. Non souligné dans l'originel.

³²⁵ MARQUES, Cláudia. « Contratos no Código de Defesa do consumidor », *op. cit.*, p. 302.

un prêt consenti à une société de construction civile par la Banque du Brésil S/A³²⁶. Le crédit avait été consenti moyennant la souscription d'un effet de commerce³²⁷, ce qui ne laisse pas de doute quant à la finalité commerciale du crédit cautionné. L'arrêt ne mentionne pas en quelle qualité la caution avait apporté son consentement. On peut néanmoins présumer des faits rapportés qu'elle n'était pas le dirigeant de la société en question car la décision du Tribunal de Justice du Distrito Federal attaquée indiquait que le « fiador » invoquait dans ses conclusions d'appel qu'il ignorait la situation débitrice de la société avant que la banque ne procède à son inscription dans un fichier d'incidents de paiement.

118. Une autonomie limitée par souci de cohérence – Si cette décision ne permet pas de répondre avec certitude aux questions posées ci-dessus, un autre arrêt de la 3^e chambre du 21 juin 2005 permet au moins de conclure que l'autonomie accordée par les magistrats à l'effet d'équivalence d'où résulte la protection de la caution n'est pas illimitée. Les magistrats ont rejeté le pourvoi formé par la caution dirigeant d'une clinique radiologique qui avait conclu un contrat de crédit-bail pour l'acquisition d'un équipement médical, au seul motif que la société cautionnée n'était pas un consommateur³²⁸. On pourrait être tenté d'affirmer, par un raisonnement *a contrario*, que le Tribunal revenait sur sa jurisprudence pour adopter une orientation tenant au rapport d'accessoire à principal. La caution bénéficierait des règles du Code dès lors que le demandeur du crédit cautionné était un consommateur. Cependant, une allusion est faite dans la décision par *obiter dictum* aux articles 17³²⁹ et 29 du Code. Cela devrait renforcer la conclusion de ce que les magistrats du STJ accordent à la caution une protection autonome par rapport à celle de l'emprunteur. Celle-ci résulte de l'application des notions extensives de consommateur, même si l'autonomie de la protection ne va pas jusqu'à permettre la protection du « fiador » dirigeant d'une société commerciale.

119. Enfin, une dernière exigence doit encore être remplie pour l'application des dispositions du Code du consommateur : il faut qu'à l'autre pôle de la relation figure un fournisseur de crédit.

§ 3^e – Le fournisseur de crédit

120. Il s'agit, au premier rang, des établissements de crédit. Ces établissements sont définis, en droit français, dans le Code monétaire et financier, comme « des personnes morales qui effectuent à titre de profession habituelle des opérations de banque au sens de l'article L. 311-1 »³³⁰. De façon similaire, ils sont définis en droit brésilien par la loi bancaire n° 4.595/64, comme « les personnes morales de droit public ou de droit privé, qui poursuivent dans le cadre

³²⁶ STJ-Resp n° 402.958/DF, rel. Min. Nancy Andrighi, 3^a T., j. 30.8.2002, DJ 30.9.2002.

³²⁷ Il s'agissait d'une « cédula de crédito comercial », instituée par la loi n° 6.680 du 3 nov. 1980, publiée au DOU du 4.11.1980.

³²⁸ STJ-REsp n° 684.613/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, 3^a T., j. 21.6.2005, DJ 1.7.2005.

³²⁹ Cette allusion se justifie moins car cet article prévoit la protection de la santé des consommateurs *victimes* d'un événement dommageable.

³³⁰ Art. L. 511-1 du Code mon. et fin.

de l'exercice de leur activité principale ou à titre accessoire, l'intermédiation ou le placement de ressources financières propres ou d'autrui, en monnaie nationale ou étrangère, et la garde des avoirs de tiers »³³¹. Le législateur a cependant adopté, tant en France (A) qu'au Brésil (B), une définition plus large du fournisseur de crédit. Car il ne s'agit pas tant de protéger le consommateur contre les établissements professionnels, que de le protéger contre les dangers du crédit.

A) Le fournisseur de crédit en France

121. Cette notion comprend, en droit français, toute personne, physique ou morale, qui consent de manière habituelle des opérations de crédit. Les nouvelles règles issues de la directive n° 2008/48/CE introduisent, à cet égard, des innovations formelles qui ne changent pourtant pas, au fond, le droit positif³³². La notion demeure ainsi valable autant pour le crédit à la consommation que pour le crédit immobilier. Il convient d'en analyser les deux aspects principaux, à savoir, d'une part, la qualité de la personne qui fournit le crédit (1) et, d'autre part, la fréquence des opérations qui engendrent l'habitude ou la profession de « faire crédit » (2).

1) La personnalité du fournisseur de crédit

122. Le législateur français n'a pas réservé l'application de la loi à des personnes spécifiques. Les textes font référence au « prêteur »³³³, mais cette notion est comprise dans un sens large qui comprend tous les « fournisseurs de crédit »³³⁴. Sont ainsi concernées tant les personnes physiques que les personnes morales, de droit public ou de droit privé³³⁵. Certaines opérations sont fournies exclusivement par des établissements de crédit, tels les découverts liés à un compte bancaire. Mais d'autres professionnels sont également soumis au Code de la consommation lorsqu'ils réalisent des opérations de crédit. Il peut s'agir notamment d'un vendeur ou d'un prestataire de services³³⁶.

123. Ont ainsi fait l'objet de l'application des dispositions sur le crédit à la consommation, par exemple : des agences matrimoniales³³⁷ (« clubs de rencontre » ou de « mise en forme »³³⁸) qui avaient consenti des facilités de paiement ; une galerie de peinture ayant vendu un tableau, dont le paiement du prix avait été échelonné³³⁹ ; les établissements de Crédit

³³¹ Art. 17 de la loi n° 4.595 du 31 décembre 1964.

³³² GOURIO, Alain. « La réforme du crédit à la consommation », JCP E 2010, 1675, n° 7.

³³³ Art. L. 311-1, 1° du Code consom.

³³⁴ À propos du crédit à la consommation, CALAIS-AULOY, Jean et STEINMETZ, Frank (*op. cit.*, n° 348, p. 411) parlent de « fournisseur de crédit », sans faire allusion au « prêteur ».

³³⁵ Arts. L. 311-1, 1° et L. 312-2 du Code consom.

³³⁶ La notion recouvre également les établissements de paiement (art. L. 522-2, I, du Code mon. et fin.).

³³⁷ Cass. crim. 24 févr. 2004 : inédit, pourvoi n° 03-85860 ; CCC 2004, n° 131, obs. RAYMOND, Guy.

³³⁸ Tel est l'avis de la Commission des clauses abusives sur le courtage matrimonial, estimant que l'agence doit respecter les règles du crédit s'il est de plus de trois mois. V. Lamy droit économique, conc., distr., consom., 2009, n° 6057.

³³⁹ CA Paris, 20 déc. 1991 : D. 1992, info. rap. p. 84.

municipal³⁴⁰ réalisant des activités de prêt sur gages³⁴¹. Toutefois, les caisses d'allocations familiales (CAF), dont les crédits consentis avaient fait l'objet des aides sociales accordées à leurs allocataires, ont été exclues du domaine de la loi³⁴². Dans le domaine du crédit immobilier, ont été considérés comme fournisseurs de crédit, notamment : des sociétés anonymes d'habitation à loyer modéré (HLM) – pour la vente d'un logement neuf avec des facilités de paiement moyennant un intérêt³⁴³ – qu'elles fournissent les crédits elles-mêmes³⁴⁴ ou lorsqu'elles agissent en représentants du consommateur auprès d'organismes de crédit³⁴⁵ ; des sociétés de crédit foncier³⁴⁶. On rappelle que, pour les ventes et les constructions d'immeubles, le vendeur, l'architecte ou l'entrepreneur sont également soumis aux dispositions protectrices du Code lorsqu'ils supportent, eux-mêmes, le crédit consenti³⁴⁷.

124. Enfin, avant la réforme du droit du crédit à la consommation, certains auteurs estimaient que les employeurs pouvaient être soumis aux dispositions du Code s'ils accordaient fréquemment des crédits à leurs salariés³⁴⁸. L'article 2, paragraphe 2, g, de la directive n° 2008/48/CE exclut pourtant de son champ d'application les « contrats de crédit qui sont accordés par un employeur à ses salariés à titre accessoire, sans intérêt, à des taux annuels effectifs globaux inférieurs à ceux pratiqués sur le marché et qui ne sont pas proposés au public en général ». Cette exclusion a été reprise par le législateur français³⁴⁹. Normalement, les crédits consentis aux consommateurs relèvent de l'activité d'un professionnel ou d'un commerçant³⁵⁰. C'est par ailleurs sur ces notions que s'appuie le droit communautaire et, désormais, le droit français du crédit mobilier à la consommation.

³⁴⁰ Il s'agit d'organismes publics ayant repris l'activité exercée par des anciens Monts de piété, qui réalisaient des prêts sur gage d'objets. Au Brésil, cette activité (« mútuo pignoratício ») était réalisée par la « Caixa Econômica » fédérale et par celles des États fédérés.

³⁴¹ Cass. 1^{re} civ. 9 mai 1996 : Bull. civ. I, n° 195, pourvoi n° 94-14514 ; CCC 1996, comm. n° 130, note RAYMOND, Guy. La Cour réserve cependant l'application spéciale de certaines règles procédurales (l'organisme de crédit doit saisir le juge d'instance pour obtenir le paiement de sa créance).

³⁴² Cass. 1^{re} civ. 10 juill. 2001 : Bull. civ. I, n° 211, pourvoi n° 99-14344 ; CCC 2001, 166, obs. RAYMOND, Guy. La dir. n° 2008/48/CE (art. 2, § 2, f) exclut de son domaine les « contrats de crédit liés aux prêts qui sont accordés à un public restreint en vertu d'une disposition légale d'intérêt général et à un taux d'intérêt inférieur à celui pratiqué sur le marché, ou sans intérêt, ou à d'autres conditions qui sont plus favorables au consommateur que celles en vigueur sur le marché et à des taux d'intérêt qui ne sont pas supérieurs à ceux pratiqués sur le marché ». Le législateur français n'a toutefois pas repris cette exclusion.

³⁴³ Cass. 1^{re} civ. 10 juin 1987 : Bull. civ. I, n° 190, pourvoi n° 85-14604 ; JCP N 1987, II, 311, note RAFFRAY, G.

³⁴⁴ Cass. 1^{re} civ. 29 oct. 2002 : inédit, pourvoi n° 99-21806 ; D. 2002, p. 3076, note RONDEY, Céline. La société HLM avait souscrit des crédits auprès de différents organismes, dont les remboursements étaient effectués lorsqu'elle recevait elle-même les échéances payées par les acquéreurs en contrepartie du crédit qu'elle leur avait consenti.

³⁴⁵ Cass. 1^{re} civ. 3 mars 1998 : inédit, pourvoi n° 95-14375.

³⁴⁶ TGI Laon, 11 déc. 1986 ; JCP 1987, II, 20808, note PRÉVAULT, Jacques. Le Crédit Foncier de France invoquait l'article 26 du déc. du 28 févr. 1852, aux termes duquel « les juges ne peuvent accorder aucun délai pour le paiement des annuités ». Le juge des référés a refusé cet argument, sous prétexte que les dispositions de la loi de 1979 sont d'ordre public.

³⁴⁷ PICOD, Yves et DAVO, Hélène. *Op. cit.*, n° 464.

³⁴⁸ RAYMOND, Guy. « Crédit immobilier », *op. cit.*, n° 15 ; PIEDELIÈVRE, Stéphane. « Droit de la consommation », *op. cit.*, n° 345, p. 272, qui fait référence à des prêts accordés aux salariés des établissements financiers : TGI Paris, 18 décembre 1989, JCP N 1990, II, 45, obs. SALATS.

³⁴⁹ Art. 311-3, 5° du Code de la consommation dont l'entrée en vigueur est prévue au 1^{er} mai 2011. Ce dispositif renvoie à l'art. L. 511-6, 3°, du Code mon. et fin.

³⁵⁰ V. BLAISE, Jean-Bernard. « Droit des affaires », LGDJ, 1999, n° 177, p. 87 : « la jurisprudence traditionnelle 'caractérise la profession par son but lucratif. Elle définit la profession comme le fait de tirer ses ressources ordinaires de l'exercice d'une activité' » ; BONNEAU, Thierry (Rev. dr. sociétés 1999, n° 109).

125. La nouvelle définition de « prêteur » – L'article L. 311-1, 1^o, du Code de la consommation issu de la directive du 23 avril 2008³⁵¹ le définit comme « toute personne qui consent ou s'engage à consentir un crédit [...] dans le cadre de l'exercice de ses activités commerciales ou professionnelles ». La notion de « prêts consentis à titre habituel » adoptée par la loi Scrivener de 1978 a ainsi disparu de la nouvelle formule légale. Il n'est toutefois pas certain que la jurisprudence abandonne ce critère d'interprétation. Bien que le législateur français n'y ait pas fait allusion expresse, la formule supranationale est explicite sur l'inclusion des personnes physiques dans le champ d'application de la directive précitée. On retombe alors dans la notion d'activité professionnelle, pour la définition de laquelle le critère de l'habitude demeure un élément essentiel³⁵².

2) Le crédit comme activité habituelle

126. La jurisprudence retient généralement l'application des dispositions du Code de la consommation dès lors que la répétition des opérations de ce type engendre l'habitude chez celui qui fournit le crédit. La question qui se posera désormais est celle de savoir si, comme par le passé, un particulier pourra être considéré comme prêteur, au sens de la nouvelle loi sur le crédit mobilier à la consommation, du fait d'une pratique habituelle de crédit. En l'absence de définition légale de « professionnel », on peut penser que la jurisprudence continuera d'appliquer le critère de l'habitude. À ce titre, les difficultés soulevées tiennent plutôt à la définition d'un seuil minimum pouvant caractériser l'exercice d'une activité professionnelle de crédit. Jusqu'à présent, cette tâche a été l'apanage des juges. On a considéré que la jurisprudence rendue en ce domaine « est assez difficile à synthétiser et qu'elle n'emporte pas toujours la conviction »³⁵³.

127. Le seuil de l'habitude professionnelle – Pour un particulier, il est certain qu'un crédit consenti ponctuellement, dans des rapports d'amitié ou avec un intérêt économique occasionnel, ne relèveront pas des dispositions du Code³⁵⁴. Cela a été le cas, par exemple, pour un agent d'assurances ayant accordé un délai de paiement de trois mois à l'acheteur de son véhicule d'occasion³⁵⁵. Mais un seuil minimum d'opérations réalisées n'a pas été fixé avec précision par les magistrats, ce qui constitue une source d'ambiguïtés. À s'en tenir à la confrontation entre la jurisprudence des juges du fond et celle de la Cour de Cassation, la notion d'habitude devrait correspondre à un chiffre se trouvant entre neuf et quatorze

³⁵¹ Art. 3, al. b.

³⁵² V. « Vocabulaire juridique », CORNU, Gérard (dir.), PUF, 1996, v^o profession : « activité habituellement exercée par une personne pour se procurer les ressources nécessaires à son existence ; métier » ; CALAIS-AULOY, Jean et STEINMETZ, Frank. *Op. cit.*, n^o 3, p. 4 ; DUVERT, Cyrille et SAUPHANOR-BROUILLAUD, Natacha. *Op. cit.*, JCP 2004, II, 10107, n^o 10.

³⁵³ PIEDELIÈVRE, Stéphane. « Droit de la consommation », *op. cit.*, n^o 299, p. 234.

³⁵⁴ *Idem, ibidem* ; « Crédit à la consommation », *op. cit.*, n^o 40 ; RAYMOND, Guy. « Crédit à la consommation », *op. cit.*, n^o 43 ; CALAIS-AULOY, Jean et STEINMETZ, Frank. *Op. cit.*, n^o 348, p. 411 ; ROCHE-DAHAN, Jannick. *Op. cit.*, n^o 36.

³⁵⁵ TI Soissons, 19 janv. 1979, Gaz. Pal. 1980, 1, somm. 92 ; D. 1980, info. rap. p. 228, obs. LARROUMET, Christian ; D. 1980, somm. p. 383, obs. VASSEUR, Michel.

répétitions : alors que neuf prêts consentis par une personne à ses amis n'ont pas suffi à convaincre les juges de la Cour d'appel de Rennes que celui-ci était un fournisseur de crédit au sens de la loi³⁵⁶, la Cour de Cassation a pu déterminer que quatorze prêts accordés par un particulier constituaient une habitude rendant applicables les dispositions du Code³⁵⁷.

128. Le défaut de clarté de la jurisprudence rend imprécises les limites du domaine légal. Les juges semblent néanmoins exclure les crédits consentis par les particuliers assez souvent de l'application de la loi. Un auteur a affirmé qu'il existerait à leur égard « une sorte de présomption de non application »³⁵⁸. Bien qu'un danger potentiel puisse exister, engendré par des pratiques usuraires exercées par des particuliers, c'est aux établissements exerçant habituellement une activité de crédit organisée que les règles de protection ont vocation à s'appliquer. La nouvelle loi y assimile, à certains égards, des personnes qui interviennent afin de faciliter l'octroi du crédit au consommateur. Le critère alors retenu est relatif aux agissements pratiqués plutôt qu'à la qualité de ces personnes.

129. Les « intermédiaires de crédit » – Ce sont des personnes qui s'emploient à mettre le consommateur en contact avec des établissements de crédit, ou à faciliter l'obtention du crédit souhaité. Il s'agit le plus souvent du vendeur du bien ou du prestataire du service principal, lui-même. Cette pratique est bien connue tant au Brésil qu'en France, surtout pour les ventes de véhicules automobiles. Transposant la directive sur le crédit à la consommation³⁵⁹, le législateur français a inséré dans le Code de la consommation une nouvelle définition d'« intermédiaire de crédit »³⁶⁰. Il s'agit de « toute personne qui, dans le cadre de ses activités commerciales ou professionnelles habituelles et contre une rémunération ou un avantage économique, apporte son concours à la réalisation d'une opération visée au présent chapitre, sans agir en qualité de prêteur ». Le domaine de la protection est ainsi élargi afin de couvrir les hypothèses où cet intermédiaire « présente ou propose des contrats de crédit aux consommateurs »³⁶¹, ou « assiste les consommateurs en réalisant des travaux préparatoires pour des contrats de crédit »³⁶², ou enfin « conclut des contrats de crédit avec des consommateurs pour le compte du prêteur »³⁶³. Une notion large du fournisseur de crédit a aussi été adoptée par le législateur brésilien.

B) Le fournisseur de crédit au Brésil

130. Une définition générale se trouve à l'article 3 du Code de défense du consommateur : « fournisseur est toute personne physique ou morale, de droit public ou de droit privé,

³⁵⁶ CA Rennes, 21 févr. 1997 : CCC 1997, comm. n° 181, obs. RAYMOND, Guy.

³⁵⁷ Cass. 1^{re} civ. 17 nov. 1993, n° 91-16.772. V. Lamy dr. écon., 2009, n° 6051.

³⁵⁸ PIEDELIÈVRE, Stéphane. « Droit de la consommation », *op. cit.*, n° 299, p. 234.

³⁵⁹ Art. 3, f.

³⁶⁰ Art. L. 311-1, 3^o.

³⁶¹ Art. 3, f, i, de la Directive.

³⁶² *Idem*, art. 3, f, ii.

³⁶³ *Idem*, art. 3, f, iii.

nationale ou étrangère, ainsi que les entités n'ayant pas de personnalité juridique³⁶⁴, qui poursuivent des activités de production, montage, création, construction, transformation, importation, exportation, distribution ou commercialisation de produits ou de prestations de services »³⁶⁵. Cette notion large permet d'étendre le champ d'application du Code à toute personne qui propose, dans un but commercial, des opérations de crédit aux consommateurs. Il s'agit le plus souvent d'un établissement de crédit, mais aussi d'un vendeur, d'un prestataire de services, ou d'un intermédiaire mettant le consommateur en relation de crédit avec ces derniers.

131. Dans un souci de clarté, le législateur a ajouté une précision à cette disposition. Un § 2^o prévoit qu'un « service est toute activité fournie dans le marché de consommation, en contrepartie d'une rémunération, y compris celles de nature bancaire, financière, de crédit et d'assurances, sauf celles qui découlent des relations de travail »³⁶⁶. La définition du fournisseur de crédit doit donc être comprise à l'aune de celle de « service ». Cette disposition contient deux conditions pour l'application des règles du Code aux fournisseurs de crédit. Ils doivent non seulement agir dans le marché de la consommation (1), mais également être rémunérés (2).

1) Des fournisseurs agissant dans le marché de consommation de crédit

132. Le « marché de consommation » est le lieu où se nouent des « relations de consommation »³⁶⁷. Il est devenu courant de dire que ces relations lient, par définition, un professionnel à un consommateur³⁶⁸. La notion de professionnel semble être plus large que celle de commerçant³⁶⁹. Mais le Code brésilien ne fait pas allusion à la notion de professionnel, et son article 3, *caput*, fait référence à la personne qui poursuit, entre autres, une activité de « commercialisation » de produits ou de services. Les dispositions du Code commercial de 1850, qui définissaient le commerçant comme celui exerçant une « profession

³⁶⁴ Par exemple, les sociétés créées de fait.

³⁶⁵ Art. 3, *caput*.

³⁶⁶ Art. 3, § 2^o. Dans son action intentée auprès de la Cour constitutionnelle, la Confédération nationale du système financier – CONSIF avait aussi affirmé que cette disposition violait la Constitution sous un aspect formel. Elle prétendait que la réglementation de l'activité des institutions financières relève exclusivement du domaine d'une loi dite « complémentaire », pour l'adoption de laquelle un quorum qualifié est nécessaire (Const., art. 69), ce qui n'était pas le cas du Code, adopté comme simple loi « ordinaire » (Const., art. 59, al. III). Le Suprême Tribunal Fédéral a rejeté ces moyens, sous l'argument que les services, contrats et opérations de crédit conclus par les institutions financières relèvent du domaine du droit privé – notamment du Code civil, de la législation sur la concurrence, les rapports de travail etc. – et en tant que tels ils peuvent être régis par des lois ordinaires, ce qui est aussi le cas du Code de défense du consommateur. V. n° 36 et s. *supra*.

³⁶⁷ Art. 4 du Code du consommateur.

³⁶⁸ V. CALAIS-AULOY, Jean et STEINMETZ, Frank. *Op. cit.*, n° 2, p. 3.

³⁶⁹ *Idem*, n° 4, p. 5. V. aussi « Vocabulaire juridique », CORNU, Gérard (dir.), PUF, 1996, v° *professionnel* : « par opp. à profane, homme de l'art ; personne dont l'appartenance à une profession fait attendre une qualification correspondante ; plus précisément, par opp. à consommateur, toute personne physique ou morale qui, dans les contrats de vente ou de prestation de services, agit dans le cadre de son activité professionnelle privée ou publique ». *Idem*, v° *commerçant* : « a) personne physique qui, en vue d'un profit, exerce à titre professionnel l'une des activités énumérées par les a. 632 et 633 du Code de com. [arts. L.110-1 et s.] ; b) terme parfois étendu aux personnes morales et englobant alors les sociétés commerciales par leur forme ou leur objet ».

mercantile habituelle »³⁷⁰, ont été abrogées par le nouveau Code civil qui prévoit désormais la notion d'« entrepreneur »³⁷¹.

133. La notion de « fournisseur » – Les rédacteurs de l'avant-projet du Code de défense du consommateur estimaient, néanmoins, que la notion de *fournisseur* était la plus large et la plus appropriée pour définir celui qui noue avec le consommateur des « relations de consommation »³⁷². La jurisprudence du *Superior Tribunal de Justiça* va dans ce même sens. Elle estime que, « pour l'application du Code de défense du consommateur, la reconnaissance d'une personne physique ou morale, ou d'une entité n'ayant pas de personnalité juridique en tant que fournisseur de services, s'effectue en fonction de critères purement objectifs. Peu importe à cet égard leur nature juridique, le type des services fournis, voire le fait qu'il s'agisse d'une société civile à but non lucratif ou à caractère philanthropique, car il suffit qu'elles exercent une activité déterminée dans le marché de consommation en contrepartie d'une rémunération »³⁷³. Ainsi, aucun doute ne subsiste à l'égard de la qualification des établissements de crédit comme fournisseurs.

134. Les « financeiras » – Des prêts sont aussi très largement pratiqués par des établissements de crédit populairement connus sous l'enseigne de « financeiras » ([agences] financières). Il s'agit souvent de filiales de banques spécialisées, constituées dans le but d'accroître le volume fourni du crédit à la consommation en facilitant le contact avec les consommateurs. Cette voie d'accès au crédit, qui se présente au consommateur comme une alternative aux procédures formelles menées par les banques lors d'une demande de crédit, adoptent très souvent des pratiques agressives de persuasion. Les avantages d'un crédit « rapide et facile » sont toujours vantés, mais ce crédit se révèle souvent très coûteux.

135. Les vendeurs et les prestataires de services – Ceux-ci doivent également être qualifiés comme fournisseurs de crédit, lorsqu'ils concluent avec les consommateurs des opérations de ce type, de forme accessoire à leurs activités principales. On peut, toutefois, se demander s'ils prennent cette qualification alors même que ces opérations ne seraient réalisées que ponctuellement. À s'en tenir aux termes de la jurisprudence du STJ, la réponse doit être positive : lorsque les magistrats ont affirmé, dans une formule très générale, que, « pour l'application du Code » il n'y a pas lieu de distinguer selon « le type de services fournis »³⁷⁴, ils n'ont pas réservé cette application aux services que le fournisseur propose à titre principal au consommateur. Tant que ce fournisseur agit « dans le marché de consommation », le crédit proposé, fût-il occasionnel, n'est qu'une technique, un service accessoire entrant dans le cadre de ceux qu'il propose habituellement. On peut en tirer une conclusion importante : dès lors

³⁷⁰ Art. 4 de la loi n° 556 du 25 juin 1850.

³⁷¹ Art. 966.

³⁷² En ce sens, NERY JÚNIOR, Nelson. « Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto », *op. cit.*, p. 506. V. aussi FILOMENO, José Geraldo B. F., *op. cit.*, p. 46.

³⁷³ STJ-Resp n° 519.310/SP, 3^a T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. 20.4.2004, DJ 24.5.2004.

³⁷⁴ *Idem.*

qu'une relation de consommation entre dans le champ d'application du Code, toutes ses dispositions seront indistinctement applicables, peu important la forme de paiement proposée par le fournisseur pour promouvoir son commerce.

136. Les rapports entre particuliers – À la différence du droit français, le Code brésilien ne fait pas référence au caractère habituel des opérations réalisées. Il est vrai que, d'une part, une personne physique peut être considérée comme fournisseur, au sens du Code ; d'autre part, un particulier pourra conclure plusieurs contrats de prêt du Code civil, dans des rapports de famille ou d'amitié, sans qu'il y ait lieu d'appliquer le Code du consommateur. Cependant, à partir du moment où une personne propose certaines opérations de crédit « dans le marché de consommation », les dispositions impératives de la loi bancaire n° 4.595/64 trouveront à s'appliquer. Son article 17, paragraphe unique, dispose qu'« aux fins de cette loi et de la législation en vigueur, sont considérées comme institutions financières les personnes physiques qui exercent une quelconque des activités mentionnées dans cet article, de manière permanente ou éventuelle ». Notamment, une autorisation de fonctionnement devra être octroyée au préalable par la Banque Centrale³⁷⁵. À défaut, le fournisseur de crédit sera justiciable de poursuites pénales³⁷⁶. Il n'empêche que certains particuliers consentent habituellement des prêts usuraires – les fameux « agiotas » – surtout dans les milieux les plus défavorisés de la population, où l'exclusion sociale fait obstacle à l'accès au « crédit à la consommation »³⁷⁷. Quoique cela puisse paraître paradoxal – la répression de l'usure ne s'applique au Brésil, depuis un avis émis par la Cour Constitutionnelle³⁷⁸, qu'aux particuliers. Ces pratiques, bien que très répandues, sont rarement dénoncées et le juge pénal fait parfois preuve d'indulgence à l'égard de leurs auteurs³⁷⁹. Or, il serait pour le moins injuste d'exclure la possibilité, pour un consommateur, d'invoquer la protection du Code lorsqu'on sait que des prêts sont obtenus de façon récurrente dans une sorte de « marché clandestin de la consommation », sous l'apparence de prêts occasionnels.

137. Plus techniquement, sur le plan civil, il n'y a pas de règle expresse déterminant la nullité des opérations de crédit conclues sans l'autorisation des autorités monétaires. D'ailleurs, la législation bancaire prévoit que les sanctions pénales s'appliquent « sans préjudice des sanctions administratives ou civiles applicables »³⁸⁰. Cela devrait permettre d'étendre le champ d'application du Code à ces opérations. Encore faudrait-il, toutefois, que le consommateur ait les moyens de prouver que les prêts ont été obtenus dans un tel « marché du crédit »... où les opérations réalisées sont loin de reposer sur un esprit de fraternité. En pratique, des intérêts

³⁷⁵ Art. 18, *caput*, de la loi n° 4.595 du 31 décembre 1964.

³⁷⁶ Art. 44, § 7°, de la loi n° 4.595 du 31 décembre 1964 ; arts. 8 et 16 de la loi n° 7.492 du 16 juin 1986.

³⁷⁷ V. pour des faits vérifiés à São Paulo : STJ-*Habeas Corpus* n° 16.504/SP, 5a T., rel. Min. Edson Vidigal, j. 20.9.2001, DJ 22.10.2001.

³⁷⁸ Avis n° 596 de la *summula* de jurisprudence du Suprême Tribunal Fédéral.

³⁷⁹ Pour des faits constatés à Rio de Janeiro : STJ-CC n° 31.072/RJ, 3^a Seção, rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 13.12.2001, DJ 18.2.2002 ; à Rio Grande do Sul : STJ-Resp n° 219.996/RS, 5^a T., rel. Min. Arnaldo da Fonseca, j. 4.10.2001, DJ 4.2.2002.

³⁸⁰ Art. 43 de la loi n° 4.595 du 31 décembre 1964.

sont toujours demandés par le fournisseur de crédit, ils font l'objet de sa rémunération. Celle-ci constitue par ailleurs le deuxième critère pour l'application du Code.

2) Des crédits fournis en contrepartie d'une rémunération

138. La technique du crédit exige un décalage dans le temps entre l'exécution des prestations réciproques des parties. L'écoulement du temps étant un facteur économique important, il est peu probable qu'un fournisseur se dispense de demander des intérêts au consommateur, s'il accepte de lui « faire crédit ». Cette conclusion, qui paraît évidente à l'égard des établissements de crédit, est aussi le résultat d'une interprétation *a fortiori* de la jurisprudence du *Superior Tribunal de Justiça*, à propos de l'application du Code aux contrats de « livret d'épargne »³⁸¹. Il en résulte une précision importante à propos de la définition du fournisseur.

139. La source de la rémunération – Les magistrats de la 2^{nde} Section de droit privé ont décidé que le Code s'applique à ce type de contrats car les dépôts reçus en épargne servent l'activité d'intermédiation bancaire ; les banques utilisent normalement les fonds pour prêter davantage et obtenir ensuite des intérêts. Elles en perçoivent une rémunération indirecte³⁸². Il n'est donc pas besoin que la rémunération du fournisseur provienne directement du consommateur lui-même. Il suffit que son cocontractant en tire un profit rémunérateur. Ainsi, et à plus forte raison, on ne saurait légitimement nier l'existence d'une rémunération lorsqu'un établissement de crédit fournit des fonds à un consommateur. Cette solution jurisprudentielle³⁸³ devrait d'ailleurs s'appliquer également au crédit dit « gratuit » pratiqué surtout par des vendeurs et des prestataires de services. En réalité, des intérêts sont intégrés dans le prix demandé comme contrepartie de l'acquisition d'un produit ou d'un service proposés à crédit, malgré l'artifice qui ne lui donne qu'une apparence de gratuité. Il deviendrait trop onéreux pour un professionnel de consentir, à titre gratuit, des crédits qui s'étalent sur plusieurs échéances, sans procéder à un refinancement de ses opérations. Un auteur a pu affirmer que l'emploi de l'expression « en contrepartie d'une rémunération » avait été préféré par le législateur brésilien à l'expression « contrats onéreux ou gratuits » adoptée en droit comparé, afin justement d'éviter

³⁸¹ Ce sont les « cadernetas de poupança ». Dans certains litiges, les banques affirmaient que dans ce type de contrats les profits découlant des placements en épargne bancaire caractérisaient ceux-ci comme des opérations d'investissement. Ne percevant pas de rémunération en contrepartie de ce service financier, les dispositions du Code du consommateur ne trouvaient pas à s'appliquer à ces « consommateurs-épargnants ». On notera toutefois que ces arguments s'attaquaient plus à la qualification du consommateur qu'ils ne contredisaient celle des banques en tant que fournisseurs.

³⁸² STJ-Resp n° 106.888/PR, 2^a Seção, rel. Min. César Asfor Rocha, j. 28.3.2001 (DJ 5.8.2002).

³⁸³ Elle a été confirmée à propos d'une chaîne de télévision, dont le service prétendument « gratuit » de diffusion d'émissions a été considéré comme étant indirectement rémunéré (STJ-Resp n° 436.135/SP, 4^a T., rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 17.6.2003, DJ 12.8.2003 ; d'un transporteur qui avait été engagé par un employeur pour le transport de ses salariés (STJ-Resp n° 238.676/RJ, 4^a T., rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 8.2.2000, DJ 10.4.2000) ; d'un « site de rencontres » sur internet (STJ-Resp n° 566.468/RJ, 4^a T., rel. Min. Jorge Scartezini, j. 23.11.2004, DJ 17.12.2004) ; ainsi que d'un transporteur aérien proposant un programme de « milles » (TAMG-APC n° 437.991-1, rel. Juiz Pereira da Silva, j. 23.11.2004).

que de telles astuces du *marketing* éludent l'application des dispositions protectrices Code³⁸⁴. On a pu parler de l'existence, dans ces cas, d'un « *synallagme caché* »³⁸⁵.

140. Les fournisseurs de crédit immobilier – Dans des secteurs spécifiques, certaines lois définissent les personnes autorisées à conclure avec le consommateur des opérations de crédit. Dans le domaine qu'on nommera « réglementé », il en est ainsi, notamment, de la loi n° 4.380/64 ayant institué le Système Financier de l'Habitation (SFH). Elle prévoit la participation à ce système, d'une part, des sociétés de crédit immobilier et des personnes morales de droit public chargées de la promotion et du financement de l'acquisition de logements à caractère social. D'autre part, sont concernées des fondations, coopératives, mutuelles et autres associations constituées dans ces mêmes finalités, mais à but non lucratif³⁸⁶. Dans le secteur dit « libre », la loi n° 4.591 a institué le système dit d'« incorporations immobilières »³⁸⁷. Il s'agit des activités de promotion et de construction d'immeubles, ayant pour objectif la vente (et la promesse de vente) de la totalité ou d'une partie de leurs unités autonomes, organisées en régime de copropriété (« *condomínio* »³⁸⁸). Sont concernés, notamment, « les vendeurs, les constructeurs et les courtiers immobiliers, personnes physiques ou morales, qu'ils soient commerçants ou non »³⁸⁹. Enfin, la loi n° 9.514/97 ayant institué le Système Financier Immobilier (SFI), inclut dans son domaine d'application les établissements de crédit exerçant, sous le contrôle du Conseil Monétaire National, la promotion du financement immobilier en général³⁹⁰.

141. Synthèse – La jurisprudence du STJ considère que tous ces différents fournisseurs sont soumis aux dispositions d'ordre public et d'intérêt social³⁹¹ du Code de défense du consommateur, lorsqu'ils fournissent des opérations de crédit dans le marché de consommation, contre une rémunération³⁹². Ces deux critères permettent alors d'identifier les conditions économiques dans lesquelles un « service de crédit » peut être fourni. Ils n'apportent pourtant pas de précisions sur la nature et le mécanisme des opérations pouvant être ainsi caractérisées. Est-il besoin d'établir une définition de « crédit », s'agissant d'une notion qui occupait déjà une place essentielle dans l'économie des premières civilisations³⁹³ ? On peut

³⁸⁴ MARQUES, Cláudia Lima, BENJAMIN, Antônio Herman V. et BESSA, Leonardo Roscoe. *Op. cit.*, p. 81 ; v. aussi MARQUES, Cláudia, BENJAMIN, Antônio Herman V. et MIRAGEM, Bruno. « Comentários ao Código de Defesa do Consumidor », 2^e éd., São Paulo : RT, 2006, p. 115.

³⁸⁵ *Idem, ibidem*.

³⁸⁶ Art. 8, als. II, III et IV de la loi n° 4.380 du 21 août 1964.

³⁸⁷ Loi n° 4.591 du 16 août 1964, sur les « *condomínios em edificações e incorporações imobiliárias* ».

³⁸⁸ Art. 28, paragraphe unique de la loi n° 4.591 du 16 août 1964.

³⁸⁹ Arts. 29 et 31, a et b, de la loi n° 4.591 du 16 août 1964.

³⁹⁰ Art. 2 de la loi n° 9.514 du 20 nov. 1997. La loi du 2 août 2004, n° 10.931, a intégré dans le champ d'application de la loi du SFI les personnes qui concluent des contrats de « commercialisation d'immeubles » (art. 46), ce qui comprend des vendeurs, des constructeurs et des entrepreneurs.

³⁹¹ Art. 1^{er} du Code du consommateur.

³⁹² STJ-Resp n° 334.829/DF, 3^a T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. 6.11.2001, DJ 4.2.2002 – pour des vendeurs et constructeurs ; STJ-AgRg Ag n° 1026331/DF, 3^a T., rel. Min. Massami Uyeda, j. 7.8.2008, DJ 28.8.2008 – pour les institutions financières du SFH ; STJ-Resp n° 436.842/RS, rel. Min. Nancy Andrighi, 3^a T., j. 8.3.2007, DJ 14.5.2007 – pour les agents du SFI.

³⁹³ BALAGUY, Hubert. « Le crédit à la consommation en France », Que sais-je ?, PUF, 1996, p. 6 : « le Code d'Hamurabi, roi de Babylone au XVIII^e siècle avant l'ère chrétienne, qui constitue l'un des plus anciens codes

être tenté de renoncer à une telle entreprise, ne serait-ce parce que « chacun sent intuitivement, avec plus ou moins de précision, le contenu de cette notion »³⁹⁴. La définition juridique du crédit n'est cependant pas sans intérêt. Elle permet de délimiter le champ d'application des dispositions de protection des consommateurs.

Section 2 – Les opérations de crédit

142. La recherche d'une définition – Un premier obstacle à la détermination de cette notion consiste en ce qu'aucune définition précise n'a été adoptée dans la législation de protection, ni au Brésil ni en France. Les difficultés dans la recherche d'une définition satisfaisante ont été ressenties de tout temps, la notion de crédit ayant profondément évolué au cours de son existence³⁹⁵. Il s'agit, dans un sens littéraire³⁹⁶, de l'influence dont jouit une personne auprès de quelqu'un, par la confiance qu'elle inspire³⁹⁷. Etymologiquement, crédit provient du latin *creditum*, dérivé de *credere* : croire, faire confiance. Plus juridiquement, ce serait, suivant une définition proposée³⁹⁸, la « confiance en la solvabilité du débiteur ». Le Digeste traitait du crédit fait à quelqu'un à la suite d'un contrat de vente : *in creditum abire alicui ex causa emptionis*³⁹⁹. Cette définition est cependant trop vague et ne permet pas de saisir toute la réalité des opérations économiques réalisées au sein du marché par les consommateurs.

143. Les auteurs divergent quant aux éléments composant cette notion. Classiquement, on souligne l'existence de deux éléments essentiels : le temps et la confiance⁴⁰⁰. Il n'y aurait crédit, en premier lieu, que lorsqu'on est en présence d'un décalage entre les deux prestations réciproques, d'abord celle du fournisseur du crédit, ensuite celle du consommateur, peu important *a priori* l'importance de ce décalage. Deuxièmement, l'exécution de la prestation du créancier reposerait sur sa confiance envers le crédit. On peut se demander, toutefois, si cet élément en constitue aujourd'hui réellement un, dans la mesure où la créance du fournisseur de crédit est presque toujours assortie d'une ou de plusieurs sûretés amoindrissant, ou tendant à rendre pratiquement nul le risque encouru d'insolvabilité du débiteur. On explique à cet égard

juridiques connus, consacre de nombreux articles au règlement des litiges entre créanciers et débiteurs, et traite de tous les aspects constitutifs du crédit ».

³⁹⁴ RIVES-LANGE, Jean Louis et CONTAMINE-RAYNAUD, Monique. « Droit bancaire », 6^e édition, Paris : Dalloz, 1995, n° 376, p. 375.

³⁹⁵ MOSCHETTO, Bruno et PLAGNOL, André. « Le crédit à la consommation », Que sais-je ?, 2^e éd. Refondue, Paris : PUF, 1985, p. 8.

³⁹⁶ « Laissez agir les soins de votre belle-mère. Sur l'esprit de Tartuffe elle a quelque crédit ; Il se rend complaisant à tout ce qu'elle dit, Et pourroit bien avoir douceur de coeur pour elle ». MOLIÈRE, « Tartuffe », Acte III, scène première (vs. 835).

³⁹⁷ Dictionnaire Le Grand Robert, 1986, v° *crédit*.

³⁹⁸ CORNU, Gérard. « Vocabulaire Juridique », Paris : PUF, 1987, p. 221.

³⁹⁹ Dig. 14, 6,3,3 [faire crédit à un acheteur], *apud* GAFFIOT, Félix. « Le Grand Gaffiot – Dictionnaire latin-français », Hachette, 2000, p. 444.

⁴⁰⁰ RIVES-LANGE, Jean Louis et CONTAMINE-RAYNAUD, Monique. *Op. cit.*, n° 376, p. 375.

que la confiance s'appuie justement sur les garanties demandées, car le fournisseur de crédit ne prend pas un engagement irréfléchi : il s'agit en réalité d'une « confiance calculée »⁴⁰¹.

144. D'autres éléments sont encore indiqués, tels le risque encouru par le créancier⁴⁰², l'absence de spéculation de la part de celui-ci⁴⁰³, l'échelonnement des remboursements et la rémunération du prêteur⁴⁰⁴. Certains auteurs estiment, à l'inverse, que seul le décalage dans le temps constitue un élément irréductible de la notion de crédit⁴⁰⁵. Si l'absence de précisions nuit aux intérêts des acteurs économiques, une multiplicité de concepts ne contribue pas non plus à assurer la sécurité juridique dont ils ont besoin. Il convient alors de préciser les contours de cette notion (§ 1^{er}), avant de connaître la pratique des opérations de crédit relevant du champ d'application des règles de protection du consommateur (§ 2nd).

§ 1^{er} – La notion de crédit

145. **Éléments pour une définition** – Qu'il s'agisse de l'octroi d'une somme d'argent, de l'achat d'un immeuble ou de la fourniture d'un service, pour qu'il y ait crédit il faut que le créancier accepte d'attendre un certain temps pour exiger et recevoir le paiement complet de sa créance⁴⁰⁶. On associe souvent le crédit au contrat de prêt mais il serait erroné de le circonscrire à cette seule conception. Des voix autorisées ont pu affirmer que « nous devons de plus en plus, nous, juristes, nous déshabituer à classer les contrats d'après leur nature juridique et nous enrichir de classements nouveaux, fondés sur les fonctions économiques »⁴⁰⁷.

146. Au Brésil, aucune règle juridique ne fournit de définition précise du crédit. La loi bancaire n° 4.595/64 attribue au Conseil Monétaire National le rôle de « régler le crédit en toutes ses modalités et les opérations de crédit en toutes ses formes »⁴⁰⁸. Le CMN n'a pas pour autant entendu adopter une définition et la jurisprudence ne fournit pas plus de précisions à cet égard. Il est cependant ordinairement admis que le décalage dans le temps, entre l'exécution de l'obligation du fournisseur du crédit et celle de son cocontractant⁴⁰⁹ constitue le trait caractéristique du crédit.

⁴⁰¹ RIVES-LANGE, Jean Louis et CONTAMINE-RAYNAUD, Monique. *Op. cit.*, n° 376, p. 375.

⁴⁰² *Idem, ib idem* ; GAVALDA, Christian et STOUFFLET, Jean. *Op. cit.*, n° 19, p. 10 ; PIEDELIÈVRE, Stéphane. « Crédit à la consommation », *op. cit.*, n° 37.

⁴⁰³ RIVES-LANGE, Jean Louis et CONTAMINE-RAYNAUD, Monique. *Op. cit.*, n° 389, p. 388. Les auteurs expliquent que la rémunération du prêteur doit correspondre à « la rémunération qui serait perçue dans l'opération de crédit-type, le prêt, avec des risques analogues ». Ainsi, s'il y a, par exemple, achat de créances à un prix trop bas, il n'y a pas de crédit, mais spéculation.

⁴⁰⁴ PICOD, Yves et DAVO, Hélène. *Op. cit.*, n° 438. Les auteurs considèrent toutefois ces éléments dispensables, bien qu'il soient souvent présents en pratique.

⁴⁰⁵ CALAIS-AULOY, Jean et STEINMETZ, Frank. *Op. cit.*, n° 327, p. 393 ; ROCHE-DAHAN, Jannick. *Op. cit.*, n° 16.

⁴⁰⁶ CALAIS-AULOY, Jean et STEINMETZ, Frank. *Op. cit.*, n° 347.

⁴⁰⁷ CALAIS-AULOY, Jean et BIHL, Luc. « La loi 78-22 du 10 janvier 1978 protégeant les consommateurs contre les dangers du crédit », JCP 1978, CI, Chron. 7245, p. 239.

⁴⁰⁸ Art. 4, al. VI : « ...y compris l'aval et toute autre garantie fournie par les institutions financières ».

⁴⁰⁹ V. RIZZARDO, Arnaldo. « Contratos de crédito bancário », 6^e éd., RT, 2003, p. 18, lequel considère aussi indispensable la confiance du fournisseur envers son contractant.

147. En France, les spécialistes du droit bancaire affirment qu'une notion unitaire⁴¹⁰ relève des dispositions du Code monétaire et financier, selon lequel « 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 »⁴¹¹. Toutefois, plutôt que d'en fournir une définition précise⁴¹², cette disposition semble énumérer certaines opérations de crédit⁴¹³. La notion de « mise à disposition de fonds », par exemple, est absente dans certaines opérations de crédit conclues par les consommateurs, telles les ventes à tempérament⁴¹⁴. La loi du 1^{er} juillet 2010 transposant la directive de 2008 sur le crédit à la consommation contient une définition d'« opération ou contrat de crédit » mais elle encourt ces mêmes reproches. Le nouvel article L. 311-1, 4^o, du Code de la consommation prévoit qu'il s'agit d'« une opération ou un contrat par lequel un prêteur consent ou s'engage à consentir à l'emprunteur un crédit sous la forme d'un délai de paiement, d'un prêt, y compris sous forme de découvert ou de toute autre facilité de paiement similaire »⁴¹⁵.

148. La Cour de cassation française a apporté une précision importante à ce débat. Dans un arrêt de principe⁴¹⁶, elle a précisé qu'il n'y a crédit que tant que le fournisseur consent à l'emprunteur un délai pour rembourser le prêt ou payer le prix de la vente ou de la prestation de service après livraison du bien ou exécution de cette prestation. Ainsi, en cas de versement d'un acompte à la commande et du paiement du solde lors de l'installation du bien il n'y a pas crédit, alors même que cette dernière date fût postérieure à celle prévue pour la livraison⁴¹⁷. Cette solution a été approuvée, sous prétexte que, dans le cas contraire, « tous les contrats (ou presque) auraient été soumis à la loi du 10 janvier 1978 »⁴¹⁸.

149. D'un point de vue technique, la solution présentée par la jurisprudence française est cohérente avec la notion juridique de crédit. Dans certains cas, où le remboursement échelonné

⁴¹⁰ RIVES-LANGE, Jean-Louis et CONTAMINE-RAYNAUD, Monique. *Op. cit.*, n° 389, p. 387 ; v. aussi BONNEAU, Thierry. « Droit bancaire », 7^e éd., Paris : Montchrestien, 2007, n° 50, p. 44, qui parle plutôt de l'« unicité du concept » d'opération de crédit.

⁴¹¹ Art. L. 313-1.

⁴¹² CALAIS-AULOY, Jean et STEINMETZ, Frank. *Op. cit.*, n° 347, p. 410, note 3 ; PIEDELIÈVRE, Stéphane. « Crédit à la consommation », *op. cit.*, n° 37.

⁴¹³ V. CALAIS-AULOY, Jean et STEINMETZ, Frank. *Op. cit.*, n° 347, p. 410, note 3, et PIEDELIÈVRE, Stéphane. « Crédit à la consommation », *op. cit.*, n° 37, pour qui la règle du Code mon. et fin. établit un champ d'application plus étroit que celui du Code de la consommation.

⁴¹⁴ *Contra*, soutenant l'utilisation de cette définition pour l'application des textes du droit de la consommation, v. BONNEAU, Thierry. *Op. cit.*, n° 55, p. 48.

⁴¹⁵ Le dispositif en vigueur jusqu'au 30 avr. 2011 (art. L. 311-2) assimile encore « les ventes ou prestations de services dont le paiement est échelonné, différé ou fractionné » à des opérations de crédit. On explique que cette prévision doit son existence aux hésitations de la doctrine quant à l'inclusion des opérations à exécution successive dans le champ d'application de la loi de 1978 ; v. FALLETTI, François. « La vente à crédit des biens de consommation », *Litec*, 1981, n° 43, p. 37, qui cite à la note 56 le Rapp. Ass. nat., n° 3423, p. 3 et 10. V. aussi RAYMOND, Guy. « Crédit à la consommation », *op. cit.*, 2008, n° 88.

⁴¹⁶ Cass. 1^{re} civ. 26 mai 1994 : Bull. civ. I, n° 188, pourvoi n° 92-14851 : CCC 1994, n° 211, obs. RAYMOND, Guy.

⁴¹⁷ Cass. 1^{re} civ. 26 mai 1994, préc. ; Cass. 1^{re} civ. 13 févr. 1996 : inédit, pourvoi n° 93-16583 ; CCC 1996, comm. n° 70, obs. RAYMOND, Guy ; *contra* : CA Paris 15 avr. 1992 : *Juris-Data* n° 1992-021036 (paiement du solde – 60% du prix – à la livraison « en 3-4 fois ») ; CA Paris, 13 sept. 1994 : D. 1994, info. rap. p. 233, (paiement en deux fois, une première à la commande avec souscription de billets à ordre sur neuf mois et le solde à la livraison).

⁴¹⁸ BOULOC, Bernard. *RTD com.* 1994, p. 767.

du prix s'achève avant l'exécution de la prestation due par le vendeur ou le prestataire de services, il peut y avoir un acte d'épargne ou d'investissement plutôt que de crédit⁴¹⁹. Cette question rappelle d'ailleurs le problème des contrats dits à exécution successive, c'est-à-dire ceux dont l'exécution se réalise périodiquement, à échéances concomitantes aux remboursements du prix.

150. Les ventes et prestations de services à exécution successive – Y a-t-il crédit, par exemple, dans le paiement échelonné du prix pour l'acquisition des livres d'une collection fournis périodiquement, ou dans le remboursement à échéances fractionnées de frais de scolarité? En droit français, la réponse est négative. La nouvelle définition d'« opération de crédit » insérée dans le Code de la consommation⁴²⁰ exclut celles conclues « en vue de la fourniture d'une prestation continue ou à exécution successive de services ou de biens de même nature et aux termes desquels l'emprunteur en règle le coût par paiements échelonnés pendant toute la durée de la fourniture⁴²¹. L'exclusion de ces opérations s'explique par l'absence de décalage dans le temps entre la prestation fournie et le paiement correspondant du prix. La Cour de cassation adhère à cette logique⁴²². Certains auteurs suggèrent, enfin, que si le consommateur s'engage à acquérir ou à utiliser la totalité du bien ou du service dès la conclusion du contrat (par exemple, tous les livres d'une collection), on serait en présence d'une opération de crédit⁴²³. En revanche, si chaque paiement correspondait à une certaine prestation fractionnée il n'y aurait pas crédit, mais un contrat à exécution successive⁴²⁴.

151. Au Brésil, ce débat ne se présente pas comme en France, mais une telle distinction pourrait se révéler importante car certaines règles du Code du consommateur visent spécifiquement les opérations de crédit⁴²⁵. Il est certain, d'une part, que les contrats de vente ou de prestation de services à exécution successive constituent des relations de consommation dès lors que l'on se trouve en présence d'un rapport noué entre un consommateur et un

⁴¹⁹ On a remarqué, toutefois, que la solution retenue par la Cour de cassation « tend à subordonner la vente à crédit à la livraison de la marchandise vendue et contribue à faire échapper aux contraintes du droit de la consommation des pratiques commerciales d'encaissement retardé des chèques de plus de trois mois. C'est pourquoi certains juges du fond considèrent comme opération de crédit, les ventes dont le paiement du prix est échelonné, différé ou fractionné avant la livraison, privilégiant alors une conception consensualiste du contrat de prêt » : Lamy dr. écon., conc., distr., consom., 2009, n° 6052. V. CA Bordeaux 9 mars 1992 ; CA Rennes 1^{er} ch., section C, 28 janvier 1993.

⁴²⁰ Art. L. 311-1, 4^o, issu de l'article 3, al. c, de la directive n° 2008/48/CE.

⁴²¹ Le considérant n° 12 de la directive précitée indique qu'un contrat d'assurance prévoyant un paiement par mensualités constitue un exemple des contrats exclus de son champ d'application. V. le même exemple sur PICOD, Yves et DAVO, Hélène. *Op. cit.*, n°438, note 1. Cependant, pour un avis nuancé, v. RAYMOND, Guy. « Premières approches sur la directive 2008/48/CE », *op. cit.*, n° 7.

⁴²² Cass. 1^{er} civ. 15 déc. 1993 : Bull. civ. I, n° 370, pourvoi n° 92-10591 ; D. 1994, jur. p. 297, note DAVO, Hélène : « lorsque des frais de scolarité sont payés en partie au moment de l'inscription de l'élève, le solde étant payable en trois versements par trimestre et d'avance, aucun crédit n'est consenti ». Comp. Cass. 1^{er} civ. 15 mai 1990 : Bull. civ. I, n° 108, pourvoi n° 88-18360 (contrat conclu par une personne avec un gymnasium, dans lequel le paiement s'effectuait par mensualités).

⁴²³ V. RAYMOND, Guy. « Crédit à la consommation », *op. cit.*, 2008, n° 88 ; ROCHE-DAHAN, Janick. *Op. cit.*, n° 20. Suggérant une extension de la protection en cas de paiement différé avant même la livraison du bien ou la fourniture de service – dans le cadre d'une éventuelle recodification du droit de la consommation – v. SCHOLASTIQUE, Estelle. « L'endettement », in « Faut-il recodifier le droit de la consommation », Dominique Fenouillet et Françoise Labarthe (dir.), *Economica*, 2002, p. 23.

⁴²⁴ RAYMOND, Guy. « Crédit à la consommation », *op. cit.*, 2008, n° 88 ; v. aussi sa note sous CA Paris 24 mai 1994, *Juris-Data* n° 022164, CCC 1995, comm. 20 ; CA Paris, 30 juin 1994 : *JCP G* 1994, IV, 2450.

⁴²⁵ Arts. 52 et 53.

fournisseur, au sens du Code⁴²⁶. D'autre part, il n'y aura pas lieu *a priori* d'exiger d'un fournisseur, par exemple, de services d'abonnement téléphonique dont le paiement se réalise mensuellement en fonction de l'utilisation effectuée par le consommateur, qu'il informe celui-ci préalablement à la conclusion du contrat sur le taux des intérêts (non existants, en l'occurrence)⁴²⁷. Il en irait autrement si ce fournisseur, entendant par exemple attirer une clientèle, acceptait de consentir à ses clients un délai après la facturation du service pour qu'ils réalisent lesdits paiements, enfin, s'il leur consentait un crédit.

152. Ébauche de définition – Par « crédit » on entend une opération qui se caractérise par la possibilité procurée au consommateur de bénéficier immédiatement d'une prestation dont le paiement ne se réalisera, dans son intégralité, que postérieurement⁴²⁸. Il s'agit d'une notion économique qui recouvre diverses techniques juridiques : prêt, avance, découvert, etc. où un décalage existe dans le temps entre l'exécution des prestations des contractants. On a affirmé, à juste titre, que « pour la cerner il faut considérer la finalité économique de chaque opération et non pas la technique juridique utilisée pour la réaliser »⁴²⁹. D'autant plus, par ailleurs, qu'en matière de crédit « l'imagination des établissements de crédit paraît illimitée »⁴³⁰.

§ 2nd – Les opérations de crédit relevant du champ d'application des lois de protection

153. Dans les deux systèmes juridiques ici comparés le législateur a poursuivi une démarche extensive, de manière à comprendre le plus grand nombre d'opérations de crédit. Avant de présenter les principales opérations proposées par la pratique (B), il convient d'en analyser le cadre réglementaire (A).

A) Le cadre réglementaire des opérations de crédit

154. En théorie, toute opération de crédit comporte un danger pour le consommateur. Pour diverses raisons, le législateur et, parfois, la jurisprudence décident cependant d'écarter certaines opérations du cadre réglementaire. Dans les deux pays comparés, la réglementation se divise alors entre, d'abord, une règle générale d'inclusion (1), ensuite, une liste plus ou moins longue d'opérations exclues de la protection (2).

⁴²⁶ La Cour constitutionnelle a décidé, par exemple, que les dispositions protectrices s'appliquent aux demandes destinées à faire constater le caractère abusif de l'augmentation des frais mensuels de scolarité prélevés par les établissements privés d'enseignement STF-RE n° 163.231-3/SP, rel. Min. Mauricio Corrêa, j. 26.2.1997.

⁴²⁷ Tel que prévu par l'art. 52, al. II, du Code.

⁴²⁸ V. PIEDELIÈVRE, Stéphane. « Crédit à la consommation », *op. cit.*, n° 17.

⁴²⁹ RIVES-LANGE, Jean Louis et CONTAMINE-RAYNAUD, Monique. *Op. cit.*, n° 389, p. 387.

⁴³⁰ RAYMOND, Guy. « Crédit à la consommation », *op. cit.*, n° 18.

1) Les opérations spécialement protégées

155. Ici, les systèmes comparés se distinguent par une approche unitaire (a) ou sectorielle (b) des règles d'inclusion générale des opérations de crédit dans le champ de la protection spéciale.

a) L'approche unitaire

156. Au Brésil, le Code du consommateur vise, de manière générale, la « fourniture de produits ou de services qui comprennent l'octroi d'un crédit ou d'un financement au consommateur »⁴³¹, ainsi que les « contrats de vente de biens meubles ou immeubles par paiements échelonnés »⁴³². La Cour Constitutionnelle, interprétant l'article 3^o, § 2^o, du Code, a affirmé que « les dispositions protectrices s'appliquent à toute activité, opération de crédit et services proposés par un établissement de crédit à un consommateur »⁴³³. Elle a aussi déclaré que toute réglementation ayant pour effet de restreindre l'efficacité du Code serait inconstitutionnelle⁴³⁴. Par conséquent, toutes les opérations de crédit conclues dans le cadre d'une relation de consommation sont soumises aux règles protectrices, quels que soient leur nature juridique, leur forme, durée ou montant⁴³⁵. Le législateur français a opté plutôt pour une approche sectorielle.

b) L'approche sectorielle

157. En France, deux séries de dispositions existent dans le Code de la consommation pour décrire les opérations entrant dans son domaine d'application. Elles portent, respectivement, sur les crédits à la consommation (I) et sur les crédits immobiliers (II).

I – Les opérations de crédit mobilier à la consommation

158. Le nouvel article L. 311-2 du Code prévoit, tout d'abord, l'inclusion de « toute opération de crédit mentionnée au 4^o de l'article L. 311-1, qu'elle soit conclue à titre onéreux ou à titre gratuit et, le cas échéant, à son cautionnement »⁴³⁶. L'alinéa 2 du même dispositif prévoit encore que « la location-vente et la location avec option d'achat sont assimilées à des

⁴³¹ Art. 52.

⁴³² Art. 53.

⁴³³ V. STF-ADIN n^o 2.591/DF (DJ 29.9.2006), préc. Cela avait été déclaré auparavant par le *Superior Tribunal de Justiça*. V. l'avis n^o 297 de la *summula* de jurisprudence du STJ.

⁴³⁴ *Idem*.

⁴³⁵ On ne saurait oublier, cependant, l'exception faite aux contrats d'une « valeur économique importante » conclus avec une personne morale, dans les termes de la jurisprudence du STJ mentionnée ci-dessus. V. n^o 87 et s. *supra*.

⁴³⁶ Jusqu'au 30 avr. 2011, la règle applicable dispose que « les dispositions du présent chapitre s'appliquent à toute opération de crédit, ainsi qu'à son cautionnement éventuel, consentie à titre habituel par des personnes physiques ou morales, que ce soit à titre onéreux ou gratuit ». À propos de cette formule, on expliquait que « le législateur a utilisé volontairement un vocabulaire flou pour caractériser les opérations de crédit, dans le but de dépasser des catégories juridiques et de prendre en compte la réalité économique » : ROCHE-DAHAN, Janick. *Op. cit.*, n^o 2 ; v. RAYMOND, Guy. « Crédit à la consommation », *op. cit.*, n^o 16, qui parle du crédit à la consommation comme un contrat *sui generis*.

opérations de crédit ». Il s'agit de la technique de « crédit-bail »⁴³⁷ ou *leasing*. On a critiqué, avec raison, la démarche suivie par le législateur de déclarer ces opérations comme étant « assimilées » aux opérations de crédit⁴³⁸. Soit il y a crédit et l'opération tombe sous le coup de la loi, soit il n'y en a pas et ses règles ne trouveront pas application⁴³⁹.

II – Les opérations de crédit immobilier

159. Des règles générales ont aussi été instituées afin de comprendre le plus grand nombre d'opérations par lesquelles un consommateur peut acquérir, utiliser ou entretenir un immeuble à crédit. L'article L. 312-2 du Code de la consommation prévoit l'application des règles de protection « aux prêts qui, quelle que soit leur qualification ou leur technique, sont consentis de manière habituelle par toute personne physique ou morale ». Toutes les opérations immobilières ne sont pourtant pas concernées. Les alinéas de l'article précité décrivent alors celles qui sont susceptibles d'être financées par un prêt immobilier.

160. Les opérations financées à l'aide d'un crédit immobilier – Sont éligibles, tout d'abord, l'acquisition d'immeubles⁴⁴⁰ ou la souscription (ou l'achat) de parts ou actions de sociétés donnant vocation à leur attribution en propriété⁴⁴¹. La loi du 1^{er} juillet 2010 a apporté une précision importante au dispositif légal. Elle prévoit que la réalisation de travaux de réparation, d'amélioration ou d'entretien de l'immeuble ainsi acquis obéit au même régime de financement que celui de son acquisition⁴⁴². La construction⁴⁴³ d'immeubles et l'achat de

⁴³⁷ Consacrée d'abord par le législateur dans une loi du 2 juill. 1966 sous cette dénomination, elle a été ensuite codifiée dans le Code mon. et fin. dont l'article L. 313-7 définit comme des « opérations de location de biens d'équipement ou de matériel d'outillage achetés en vue de cette location par des entreprises qui en demeurent propriétaires, lorsque ces opérations, quelle que soit leur qualification, donnent au locataire la possibilité d'acquérir tout ou partie des biens loués, moyennant un prix convenu tenant compte, au moins pour partie, des versements effectués à titre de loyers ». Certains auteurs soutiennent que la formule consacrée dans ce Code est une modalité particulière de crédit destinée aux entreprises. Elle ne concernerait pas les consommateurs : RAYMOND, Guy. « Crédit à la consommation », *op. cit.*, 2008, n° 83 ; v. aussi PIEDELIÈVRE, Stéphane. « Droit de la consommation », *op. cit.*, n° 307, p. 241. En pratique, toutefois, des contrats conclus avec les consommateurs sont parfois intitulés crédit-bail. Techniquement, les opérations sont les mêmes ; v. SÉRIAUX, Alain. *Op. cit.*, n° 22, p. 270. Afin de résoudre la controverse terminologique, certains auteurs proposent de dénommer crédit-bail tout contrat de location réalisant une opération de crédit : certains sont régis par le Code monétaire et financier ; d'autres, notamment ceux qui portent sur des biens à usage non professionnel, sont soumis aux dispositions du Code consom. : CALAIS-AULOY, Jean et STEINMETZ, Frank. *Op. cit.*, n° 335, p. 399.

⁴³⁸ CALAIS-AULOY, Jean et STEINMETZ, Frank. *Op. cit.*, n° 347, p. 410.

⁴³⁹ *Idem, ibidem*. V. aussi DAVO, Hélène. D. 1994, jurispr. p. 297, préc.

⁴⁴⁰ L'art. L. 312-2, 1^o, a, du Code en vigueur jusqu'au 30 avr. 2011 prévoit la possibilité d'une acquisition immobilière « en propriété ou en jouissance ». Deux types de prêts font aussi, suivant la jurisprudence, l'objet de ces règles de protection. Le premier est une sorte de prêt de « dépannage », appelé en pratique « crédit relais », consenti pour couvrir un besoin immédiat de trésorerie en attendant de percevoir le prix de vente de son propre immeuble : Cass. 1^{er} civ. 26 janv. 1999 : inédit, pourvoi n° 96-17290 (crédit immobilier consenti sous forme d'un découvert en compte sans offre préalable dans l'attente de la vente de la maison des emprunteurs et de leur adhésion à une assurance « décès-invalidité »). Le second est le prêt de « restructuration », consenti au consommateur après la vente d'un immeuble pour apurer le solde restant dû sur le prêt immobilier initial accordé pour l'achat de cet immeuble : Cass. avis 20 juin 1997 : Bull. avis, n° 4, pourvoi n° 09-70006 ; v. Lamy dr. écon., conc., distr., consom., 2009, n° 6164 et 6165.

⁴⁴¹ Art. L. 312-2, 1^o, b, du Code en vigueur jusqu'au 30 avr. 2011. Ces opérations ont été intégrées par la loi n° 2010-737 du 1^{er} juill. 2010 dans le dispositif du seul art. L. 312-2, 1^o, a, qui entrera en vigueur le 1^{er} mai 2011.

⁴⁴² Art. L. 312-2, 1^o, a, du Code dont l'entrée en vigueur est reportée au 1^{er} mai 2011. Cette même règle est applicable aux « acquisitions en jouissance » d'immeubles (art. L. 312-2, 1^o, b). V. GOURIO, Alain. « La réforme du crédit à la consommation », JCP E 2010, 1675, n° 24.

⁴⁴³ Art. 312-2, 1^o, d, introduit par la loi n° 2010-737 préc., dont l'entrée en vigueur est reportée au 1^{er} mai 2011.

terrains destinés à leur construction sont aussi concernés⁴⁴⁴. Dans ce cas, la jurisprudence détermine que l'achat du terrain doit être réalisé dans l'intention d'y construire des immeubles d'habitation ou à usage professionnel et d'habitation, et non pour être revendu aussitôt sans construction⁴⁴⁵. Sont ensuite prévues certaines opérations destinées à procurer au consommateur la jouissance d'un immeuble, sans pour autant qu'il en devienne propriétaire⁴⁴⁶. On songera, notamment, à la jouissance d'immeubles à temps partagé⁴⁴⁷.

161. Les travaux immobiliers – L'opération de crédit destinée à financer les dépenses de réparation, d'amélioration ou d'entretien d'un immeuble relève également du dispositif spécial si le montant du crédit obtenu est supérieur à 75 000 euros⁴⁴⁸. Autrement, elle obéira au régime du crédit mobilier à la consommation⁴⁴⁹. Ces règles résultent de la loi du 1^{er} juillet 2010 et n'entreront en vigueur qu'à partir du 1^{er} mai 2011⁴⁵⁰. Elles apportent plus de clarté au régime antérieur à cette date. Le seuil de partage entre les différents régimes applicables aux travaux immobiliers – fixé à 21 500 euros⁴⁵¹ – était défini, non par rapport au montant du crédit demandé, mais à raison des dépenses nécessaires à leur réalisation, ce qui était source de confusions⁴⁵².

162. Les ventes immobilières à crédit – Un auteur avait soutenu que les ventes à crédit n'étaient pas concernées par la loi, en l'absence d'avance de fonds caractérisant un prêt, seul visé expressément à l'article L. 312-2⁴⁵³. Par un arrêt du 10 juin 1987⁴⁵⁴, la Cour de

⁴⁴⁴ Art. L. 312-2, 2^o.

⁴⁴⁵ Cass. com. 18 mai 2005, p. n^o 03-10.508, Bull. civ. IV, n^o 106, p. 111 : Lamy dr. écon., conc., distr., consom., éd. 2009, n^o 6164.

⁴⁴⁶ Art. L. 312-2, 1^o, a et b, ce dernier prévoyant encore cette possibilité au moyen de la souscription ou l'achat de parts ou actions de sociétés donnant vocation à l'attribution de l'immeuble en jouissance. Dans le dispositif adopté par la loi n^o 2010-737 préc., le financement de l'« acquisition en jouissance » d'immeubles, fût-ce par cette dernière technique, est prévu au seul art. L. 312-2, 1^o, b.

⁴⁴⁷ Cass. 1^{re} civ. 27 juin 1995 : Bull. 1995, I, n^o 288, pourvoi n^o 92-19856. CALAIS-AULOY, Jean et STEINMETZ, Frank. *Op. cit.*, n^o 419, p. 491, se fondant sur un arrêt de la CA de Paris du 9 mars 1995 (Cont., conc., consom. 1995, n^o 155, obs. RAYMOND, Guy) rappellent encore que s'il s'agit d'un bail ou d'un contrat de service hôtelier tronçonné dans le temps, le contrat de jouissance relève des règles sur le crédit à la consommation. La distinction serait importante, selon les auteurs, car celles-ci ne permettent aucun versement avant l'acceptation de l'offre préalable. Les opérations de « location-accession à la propriété » relèvent d'un régime spécial. V. n^o 192 *infra*.

⁴⁴⁸ Art. L. 312-2, 1^o, c, du Code consom. créé par la loi n^o 2010-737 préc., dont l'entrée en vigueur est reportée au 1^{er} mai 2011.

⁴⁴⁹ Art. L. 311-3, 2^o, du Code consom., applicable à partir du 1^{er} mai 2011. Dans le régime en vigueur jusqu'au 30 avr. 2011 (art. L. 312-2, 1^o, c, du Code consom.), le financement de la construction d'un immeuble ne relèvera des règles sur le crédit immobilier que si les dépenses correspondantes sont supérieures au seuil de 21 500 euros. Il a été jugé que les honoraires d'architecte sont des dépenses couvertes par les articles L. 312-1 et s. du Code de la consommation dès lors qu'ils sont compris dans le prix du financement de la construction de l'immeuble : Cass. 1^{re} civ. 3 janv. 1996 : Bull. civ. I, n^o 10, pourvoi n^o 93-19128. Le « contrat d'architecte » ne mentionnait pas de prêt, mais les juges avaient relevé que le professionnel « en avait parfaite connaissance », et que le montant de ses honoraires était incluí dans l'estimation globale du prix de la construction à financer.

⁴⁵⁰ Art. 61, I, al. 1^{er}, de la loi n^o 2010-737 préc.

⁴⁵¹ L'article L. 312-2, 1^o, c, opère un renvoi à la somme fixée en exécution du dernier alinéa de l'article L. 311-3 du Code consom. (art. D. 311-2).

⁴⁵² Cass. 1^{re} civ. 15 déc. 1993 : Bull. civ. I, n^o 371, pourvoi n^o 91-20421 ; D. 1994, jur. p. 217, note DAVO, Hélène ; Cass. 1^{re} civ. 29 oct. 2002 : Bull. civ. I, n^o 248, pourvoi n^o 00-21881.

⁴⁵³ VASSEUR, Michel. « Droit et économie bancaire – les opérations de banque », fasc. III, Les cours de droit, 1988-1989, p. 1011.

⁴⁵⁴ Cass. 1^{re} civ. 10 juin 1987 : Bull. 1987, I, n^o 190, pourvoi n^o 85-14604 (délais de paiement consentis à des consommateurs pour l'acquisition d'un pavillon par une société d'« habitations à loyer modéré » – HLM) : Defrénois 1987.1185, obs. VERMELLE ; Cass. 1^{re} civ. 13 nov. 1997 : Bull. 1997, I, n^o 306, pourvoi n^o 94-18080 : RD immob. 1998.270.

cassation a décidé que les règles de protection sont applicables à ce type d'opérations car elles aboutissent « à consentir aux acquéreurs [de l'immeuble] un crédit d'une certaine valeur moyennant des intérêts calculés en fonction de celle-ci »⁴⁵⁵. L'interprétation donnée par la Cour aux règles sur le crédit immobilier est importante car elle opère un rapprochement entre celles-ci et les dispositions sur le crédit mobilier en consacrant, en définitive, un critère fondé sur le caractère économique de l'opération⁴⁵⁶. Ce sont d'ailleurs des raisons de cette nature qui conduisent le législateur à exclure certaines opérations du domaine de la protection spéciale.

2) Les opérations exclues de la protection spéciale

163. Certaines opérations échappent à la réglementation spéciale, soit parce qu'elles ne présentent qu'un faible danger, soit parce que la lourdeur des exigences légales aboutirait à une rétraction du marché de crédit (a). Des raisons politiques peuvent aussi conduire à certaines exclusions. Bien que cela apparaisse discutable, la jurisprudence s'en empare pour faire le tri des opérations réglementées (b).

a) Les exclusions légales

164. En France, des exclusions portent à la fois sur les crédits à la consommation et sur le crédit immobilier. Quant aux premiers, deux séries d'exclusions sont prévues, suivant la forme de l'acte conclu et certains éléments économiques de l'opération. La première, relative aux contrats passés en la forme authentique⁴⁵⁷, disparaît des textes français à la suite de la transposition des règles supranationales en la matière. La seconde, en revanche, vient d'être substantiellement accrue par cette même transposition. Elle tient au montant et à la durée du crédit demandé. Étaient exclus les crédits d'un montant supérieur à 21 500 euros ainsi que ceux d'une durée ne dépassant pas trois mois⁴⁵⁸. On justifiait ces exclusions en expliquant que le législateur n'avait pas voulu protéger les consommateurs « fortunés, pour qui le crédit peut être une forme de spéculation »⁴⁵⁹. Les modifications récemment apportées en vue de l'uniformisation du marché européen démontrent bien l'évolution des habitudes de consommation ayant pris place depuis une vingtaine d'années. L'exclusion des crédits de moins de trois mois est désormais conditionnée à l'absence d'intérêts ou de frais, ou du moins à

⁴⁵⁵ Une dérogation au monopole bancaire existe au profit des entreprises, quelle que soit leur nature, pour consentir des avances ou délais de paiement à leurs contractants (art. L. 511-7, I, 1, du Code mon. et fin.).

⁴⁵⁶ ROCHE-DAHAN, Janick. *Op. cit.*, n° 19, qui cite VERMELLE, G. Défrénois 1987, art. 34056, n°83.

⁴⁵⁷ C'est à dire ceux qui sont conclus par l'intermédiaire d'un notaire (art. L. 311-3, 1°, du Code consom. en vigueur jusqu'au 30 avr. 2011) et pour autant qu'ils ne soient pas assortis d'une sûreté hypothécaire. Le législateur a considéré que le devoir de conseil auquel celui-ci est tenu suffirait pour écarter les dangers du crédit pour le consommateur ; v. SAYAG, Alain. « Ventes à crédit », JCI conc., consom., fasc. n° 941, n° 29, *apud* ROCHE-DAHAN, Jannick. *Op. cit.*, note 142 ; RAYMOND, Guy. « Crédit à la consommation », *op. cit.*, 2008, n° 53 ; PIEDELIÈVRE, Stéphane. « Droit de la consommation », *op. cit.*, n° 301, p. 236. *Contra*, v. GAVALDA, Christian. « L'information et la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit », D. 1978, chr. p. 192, n° 11. Les dispositions sur la publicité du crédit leur sont cependant applicables suivant l'art. L. 311-3, dernier alinéa du Code.

⁴⁵⁸ Arts. L. 311-3, al. 2° et D. 311-1 du Code consom., en vigueur jusqu'au 30 avr. 2011.

⁴⁵⁹ CALAIS-AULOY, Jean et STEINMETZ, Frank. *Op. cit.*, n° 349, p. 412 ; GAVALDA, Christian. *Op. cit.*, n° 6, p. 191 ; ROCHE-DAHAN, Janick, *op. cit.*, n° 30, qui cite le rapport du sénateur J. Thyraud, n°60, Sénat, p. 6.

l'existence de frais d'un montant négligeable⁴⁶⁰. Ensuite, le plafond légal est désormais haussé à 75000 euros, sauf s'il s'agit d'un regroupement de crédits⁴⁶¹. La somme à prendre en compte est celle du crédit, non pas le coût total de l'opération⁴⁶². Un seuil minimal de 200 euros a également été repris à la directive communautaire de 2008⁴⁶³. L'argument avancé pour justifier l'exclusion des « petits crédits » repose sur la volonté d'éviter un alourdissement de ce genre d'opérations, jugées « fréquentes et peu dangereuses »⁴⁶⁴. Il n'empêche que leur caractère fréquent peut aboutir à ce qu'une partie importante des revenus du consommateur se voie compromise par le remboursement de ces « petits crédits », devenant alors des crédits multiples. Cela est particulièrement vrai dans un marché où des pratiques commerciales d'allongement des délais de remboursement se généralisent, même pour des crédits d'une valeur moindre⁴⁶⁵.

165. Enfin, toute une série d'opérations est exclue des nouvelles règles sur le crédit à la consommation⁴⁶⁶. Outre, naturellement, les acquisitions immobilières⁴⁶⁷, sont alors exclues : les opérations consenties sous la forme d'une autorisation de découvert remboursable dans un délai d'un mois⁴⁶⁸ ; les contrats résultant soit d'un accord intervenu devant une juridiction⁴⁶⁹, soit d'un plan conventionnel de redressement conclu devant la commission de surendettement des particuliers⁴⁷⁰ ; les accords portant sur des délais de paiement accordés pour le règlement amiable d'une dette existante⁴⁷¹ ; les cartes proposant un débit différé n'excédant pas quarante jours⁴⁷² et les crédits destinés à la réalisation d'une transaction qui porte sur un instrument financier et dans laquelle intervient l'entreprise qui octroie le crédit⁴⁷³. Dans le domaine du crédit immobilier, la seule exclusion légale tient aux opérations de crédit différé régies par la loi n° 52-

⁴⁶⁰ Art. L. 311-3, 4^o, du Code consom. dont l'entrée en vigueur est reportée au 1^{er} mai 2011. Sur les difficultés que souleva la notion de « frais négligeables », v. GOURIO, Alain. « La réforme du crédit à la consommation », *op. cit.*, n° 19.

⁴⁶¹ Art. L. 311-3, 2^o, du Code consom. dont l'entrée en vigueur est reportée au 1^{er} mai 2011. Cette somme, fixée depuis plus de vingt ans à 140.000 F (art. 1^{er} du déc. n° 88-293 du 25 mars 1988, le déc. n° 2001-96 du 2 fév. 2001 l'ayant fixé à 21 500 €, d'après un avis du Conseil national de la consommation du 9 nov. 1999), ne semblait plus correspondre à la réalité du marché. L'art. L. 311-15 du Code, introduit par la loi n° 2010-737 préc. (entrée en vigueur prévue au 1^{er} mai 2011) prévoit que « lorsque les crédits mentionnés à l'article L. 311-2 font l'objet d'une opération de crédit destinée à les regrouper, le nouveau contrat de crédit est soumis au chapitre I^{er} du présent titre [crédit à la consommation] ».

⁴⁶² Cass. 1^{re} civ. 28 avr. 1998 : Bull. 1998, I, n° 156, p. 103. V. Lamy dr. écon., conc., distr., consom., 2009, n° 6070 : « il faut en conclure qu'est exclu le montant des paiements au comptant [acompte éventuel], ou encore le montant des intérêts ». La Cour a aussi décidé, à propos d'une caution, que lorsque des opérations de crédit distinctes ont été cautionnées, il convient de rechercher le montant de chacune des ces opérations : Cass. 1^{re} civ. 13 nov. 1996 : Bulletin 1996, I, n° 395, pourvoi n°. La même solution doit être appliquée au consommateur, sous réserve de la règle de l'art L. 311-14 du Code consom. (devenant l'art. L. 311-20 à partir du 1^{er} mai 2011).

⁴⁶³ Art. L. 311-3, 2^o, du Code consom. (entrée en vigueur prévue au 1^{er} mai 2011).

⁴⁶⁴ CALAIS-AULOY, Jean et STEINMETZ, Frank. *Op. cit.*, n° 349, p. 412.

⁴⁶⁵ C'est actuellement le cas au Brésil.

⁴⁶⁶ Elles n'entreront en vigueur qu'à partir du 1^{er} mai 2011 (v. l'art. 61, I, al. 1^{er}, de la loi n° 2010-737 préc.).

⁴⁶⁷ Art. L. 311-3, 4^o du Code consom., dont les dispositions sont pour partie reprises à l'art. L. 311-3, 1^o, du même Code introduit par la loi n° 2010-737 (entrée en vigueur prévue au 1^{er} mai 2011).

⁴⁶⁸ Art. L. 311-3, 3^o.

⁴⁶⁹ Art. L. 311-3, 7^o.

⁴⁷⁰ Art. L. 311-3, 8^o.

⁴⁷¹ « ... à condition qu'aucuns frais supplémentaires à ceux stipulés dans le contrat ne soient mis à la charge du consommateur » : art. L. 311-3, 9^o.

⁴⁷² À condition qu'elles ne comportent « aucuns autres frais que la cotisation liée au bénéfice de ce moyen de paiement » : art. L. 311-3, 10^o.

⁴⁷³ Art. L. 311-3, 6^o, du Code consom. qui renvoie à l'art. L. 321-2, 2^o, du Code mon. et fin.

332 du 24 mars 1952 relative aux entreprises de crédit différé lorsqu'elles ne sont pas associées à un crédit d'anticipation⁴⁷⁴. Au Brésil, alors que le Code du consommateur n'exclut aucune opération de son champ d'application, la jurisprudence décide d'en écarter certaines, qui plus est, pour des raisons politiques.

b) Les exclusions jurisprudentielles

166. Le *Superior Tribunal de Justiça* considère que certaines opérations de crédit revêtent un intérêt qui transcende leur seul objet, c'est-à-dire que, soit elles revêtent un certain intérêt social, soit elles concourent à la réalisation de l'intérêt public. Dans ces cas, il les exclut de l'application du Code du consommateur. Il en va ainsi, par exemple, à propos des prêts d'études subventionnés par l'État (I) ainsi que de certains crédits immobiliers relevant du secteur réglementé (SFH) (II).

I – Les prêts d'études subventionnés par l'État

167. Les différentes chambres de droit public du STJ s'étaient révélées partagées à propos des prêts d'études subventionnés par l'État. La loi n° 8.436 du 25 juin 1992 a institué un « Programme de crédit éducationnel pour les étudiants peu fortunés »⁴⁷⁵. Sont notamment prévus un plafond pour les taux d'intérêts et une grille de variation des subventions qui peuvent atteindre jusqu'à cent cinquante pour cent du montant des mensualités demandées par l'institution d'enseignement supérieur concernée. La « Caixa Econômica Federal » (CEF), une banque à capital majoritairement public, est l'organisme chargé de l'exécution du programme⁴⁷⁶. Alors que la 1^{re} chambre du STJ se montrait favorable aux étudiants-consommateurs⁴⁷⁷, sa 2^e chambre leur refusait la protection du Code. Celle-ci considérait que, dans les prêts d'études soumis à la loi n° 8.436/1992, les fonds prêtés proviennent du budget du Ministère de l'Éducation, dans un but social de promouvoir l'enseignement universitaire⁴⁷⁸. La banque agirait, selon les magistrats, comme un simple gestionnaire de fonds publics, raison prétendument suffisante pour exclure ces opérations du champ du Code. Le 12 mai 2010, les deux chambres réunies en 1^{re} Section de droit public du STJ ont enfin décidé que « le Code du consommateur ne s'applique pas aux contrats de crédit éducationnel subventionnés par l'État »⁴⁷⁹.

168. Cette solution est discutable. D'abord, les dispositions du Code du consommateur sont d'ordre public « et d'intérêt social », tel que prévu par son article 1^{er}. Il ne semble pas que le législateur songeait, lors de l'élaboration du Code, à un intérêt social distinct de celui qu'il

⁴⁷⁴ Art. L. 312-3, 3^o, du Code consom. Sur ces opérations, v. n° 191 *infra*.

⁴⁷⁵ DOU du 26.6.1992.

⁴⁷⁶ Art. 4 de la loi n° 8.436 du 25 juin 1992.

⁴⁷⁷ STJ-Resp n° 572.210, rel. Min. José Delgado, 1^a T., j. 6.5.2004, DJ 7.6.2004 ; STJ-Resp n° 769.531/RS, rel. Min. Teori Zavascki, 1^a T., j. 20.9.2005, DJ 3.10.2005.

⁴⁷⁸ STJ-Resp n° 479.863, rel. Min. Eliana Calmon, 2^a T., j. 3.8.2004, DJ 4.10.2004 ; STJ-Resp n° 539.381/RS, rel. Min. Otávio Noronha, 2^a T., j. 6.2.2007, DJ 26.2.2007.

⁴⁷⁹ STJ-Resp n° 1.155.684/RN, rel. Min. Benedito Gonçalves, 1^a Seção, DJ 18.5.2010.

entendait promouvoir par l'institution des prêts d'études subventionnés. Cette solution semble contredire aussi la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle mentionnée ci-dessus⁴⁸⁰. Elle entraîne, enfin, un effet pervers car la pratique révèle que ces crédits, fournis malgré tout par une banque, n'en constituent pas moins des dangers pour le consommateur peu fortuné, contraint d'accepter des clauses abusives insérées dans ce qui sont des contrats d'adhésion⁴⁸¹. La loi qui a institué ce programme éducationnel détermine que la « *Caixa Econômica Federal* l'exécutera suivant les règles établies par la Banque Centrale à propos des opérations de crédit », ou le cas échéant, le partagera avec d'autres banques⁴⁸². Or, est-il raisonnable dans ces conditions de n'accorder une protection spéciale qu'aux consommateurs qui disposent des moyens de financer leurs études ? En définitive, la dichotomie désormais créée entre différentes classes de consommateurs contredit ouvertement l'esprit du législateur. Elle viole le principe de l'égalité entre les citoyens consacré dans la Constitution⁴⁸³. Ce type d'opérations n'est d'ailleurs pas le seul exclu du champ de la protection spéciale. Dans le domaine des logements sociaux, l'intérêt public est aussi relevé pour fonder l'exclusion de certaines opérations de crédit.

II – Les opération de crédit immobilier cautionnées par l'État (« FCVS »)

169. Dans les opérations relevant du secteur réglementé (SFH) conclues à partir de la fin des années 1960, les prêteurs stipulaient toujours des indices d'actualisation monétaire, dans le but de contourner des taux d'inflation très élevés. L'État a été alors amené à cautionner les emprunteurs car l'accroissement du coût de la vie n'était pas rattrapé par des augmentations salariales suffisantes. Un fonds nommé « Fonds de couverture des variations salariales » (FCVS) a été créé dans ce but. Lorsque l'inflation est devenue stable dans les années 1990, des consommateurs défaillants et poursuivis en justice ont invoqué les règles de protection du Code du consommateur. Alors qu'aucun fondement juridique n'invitait à les leur refuser, la 1^{re} Section de droit public du *Superior Tribunal de Justiça* a uniformisé sa jurisprudence en 2007, dans le sens de l'exclusion des contrats du SFH cautionnés par le FCVS du champ de la protection spéciale⁴⁸⁴. Ici encore, on peut critiquer cette solution de pure politique juridique. La résiliation du contrat sans restitutions réciproques procure au prêteur un profit illégitime si elle est suivie de la reprise pure et simple de l'immeuble, normalement d'une valeur vénale devenue alors plus élevée. Dès lors, l'application des règles de protection du Code ne devrait *a priori* pas avoir pour effet d'obérer le fonds public dans une mesure telle qu'il convienne de laisser le consommateur démuné.

⁴⁸⁰ V. n° 38 *supra*.

⁴⁸¹ Dans les espèces citées, il s'agissait de demandes d'annulation des clauses de capitalisation des intérêts, ainsi que de la réduction du montant des clauses pénales.

⁴⁸² Art. 4 de la loi n° 8.436 du 25 juin 1992.

⁴⁸³ Art. 5 de la Constitution de 1988.

⁴⁸⁴ STJ-Resp n° 489.701/SP, rel. Min. Eliana Calmon, 1^a Seção, j. 28.2.2007, DJ 16.4.2007 ; STJ-AgRgResp n° 933.928/RS, rel. Min. Herman Benjamin, 2^a T., j. 23.2.2010, DJ 4.3.2010.

170. En dehors de ces hypothèses exceptionnelles, toute opération de crédit est régie par les règles du Code du consommateur. Il serait vain de prétendre développer, ici, une description exhaustive, tant les types d'opérations de crédit sont nombreux. Ils prennent des formes juridiques très variables avec des subtilités techniques parfois difficiles à saisir. Les objectifs de la comparaison juridique commandent ainsi de s'en tenir à une analyse des principales techniques développées par la pratique dans les systèmes ici présentés ainsi de que celles présentant un danger spécial pour le consommateur.

B) Les principales pratiques de crédit aux consommateurs

171. On présentera, non seulement en raison des différences de régimes auxquels elles sont soumises, mais aussi grâce au caractère didactique d'une telle distinction, d'abord, les opérations de crédit mobilier (1), ensuite celles sur le crédit immobilier (2). Il ne s'agit pas tant de réaliser une distinction fondamentale que de tenir compte d'une problématique sociale, à savoir le besoin du consommateur de se procurer un logement, pour le financement duquel le recours au crédit devient pratiquement indispensable⁴⁸⁵.

1) Les crédits mobiliers à la consommation

172. Lorsque le consommateur demande un crédit, il a en perspective la fourniture d'un bien ou d'un service. Si ce bien ou ce service n'est pas déterminé au moment de la demande, il s'agira d'un crédit sans affectation déterminée. On parle généralement de « prêts personnels ». Ils peuvent prendre des formes variées, notamment, des ouvertures de crédit ou découverts en compte bancaire⁴⁸⁶. Dans le cas contraire, on parlera d'un « crédit pré-affecté ». Le consommateur est alors souvent amené à interagir avec plusieurs acteurs et à nouer autant de relations juridiques qui convergent vers la satisfaction d'un besoin personnel déterminé. La vente à crédit⁴⁸⁷, le *leasing* et, au Brésil, le « consórcio »⁴⁸⁸, en constituent des cas de figure. Enfin, certaines catégories de crédits, très en vogue depuis quelques années, prennent une

⁴⁸⁵ V. FALLETTI, François. « La vente à crédit des biens de consommation », Litec, 1981, p. 1.

⁴⁸⁶ En France, un découvert sera considéré comme une opération de crédit au sens du Code consom. si la banque consent à son client des avances de fonds qu'il utilise pendant plus de trois mois : Cass. avis 9 oct. 1992 : Bull. avis n° 1, pourvoi n° 92-04000 ; JCP G 1993, II, 22024, note MORGAN DE RIVERY-GUILLAUD, Anne-Marijke. Au Brésil, les découverts sont appelés dans la pratique bancaire « chèque spécial » ou, simplement, « limite ». Les intérêts perçus par celle-ci dans ce type d'opérations sont très élevés. Le recours à ce type d'opération est plus accentué parmi les couches les plus défavorisées de la population, au détriment d'autres formes de crédit moins chères.

⁴⁸⁷ En France, on parle aussi de « ventes à tempérament » ; v. MAZEAUD, Henri, Léon, Jean et CHABAS, François. « Leçons de droit civil – principaux contrats », 7^e éd., t. 3, v. 2, Montchrestien, 1987, n° 922 ; FALLETTI, François. *Op. cit.*, n° 18, p. 17 ; SÉRIAUX, Alain. *Op. cit.*, n° 3, p. 258. Au Brésil on parle plutôt de « vendas a prazo » ou encore de « pagamento em prestações ».

⁴⁸⁸ Il s'agit de la réunion de personnes physiques et morales en un groupe organisé par un gestionnaire spécialisé, d'une durée déterminée et représentant un certain nombre de parts, dans le but de permettre à ses membres d'acquérir, à des conditions égales, des biens ou des services au moyen d'un autofinancement (art. 2° de la loi n° 11.795 du 8.10.2008). Dès que le capital du fonds atteint un certain seuil, le crédit est octroyé périodiquement soit par voie de tirage au sort, soit par un mécanisme d'enchères où le membre du groupe proposant de verser la cotisation du montant le plus élevé se fait attribuer le prêt antérieurement aux autres participants. Ce modèle repose sur un principe mutualiste et se rapproche de celui désigné pour les opérations de « crédit-différé » réalisées en France dans le domaine du crédit immobilier ; v. COURET, Alain. « La distribution du crédit immobilier », in *Le droit du crédit au consommateur*, *op. cit.*, n° 24, p. 231.

forme hybride, se trouvant entre les deux catégories précédentes⁴⁸⁹. Sont de ce dernier type le crédit renouvelable, les cartes de crédit et, au Brésil, le « crédito consignado »⁴⁹⁰. Dans les développements suivants, on privilégiera la recherche des opérations les plus récurrentes présentant des dangers importants pour les consommateurs. On analysera, d'abord, celles qui enlèvent au consommateur la qualité de propriétaire du bien financé pendant l'exécution du contrat (a), ensuite celles conclues à l'aide de cartes électroniques (b).

a) Les financements sans transfert de propriété du bien ou du service financé

173. Sous leurs formes les plus traditionnelles, on retrouve les ventes à crédit avec réserve de propriété. Dans le dessein d'échapper aux contraintes posées par certaines règles d'ordre public⁴⁹¹ et à certaines incidences fiscales⁴⁹², les fournisseurs ont été amenés à imaginer des formules alternatives aux techniques de crédit traditionnelles. La technique du *leasing*⁴⁹³ a connu alors, tant en France qu'au Brésil, un grand succès⁴⁹⁴. Imaginée à l'origine par les praticiens du crédit aux entreprises⁴⁹⁵, cette technique fut postérieurement employée aussi dans les opérations conclues avec les consommateurs. Jusqu'au paiement du prix correspondant à la levée de l'option (valeur résiduelle)⁴⁹⁶, le bailleur bénéficie de « la meilleure garantie qui soit : le droit de propriété »⁴⁹⁷. Enfin⁴⁹⁸, l'augmentation de l'offre de crédit a conduit

⁴⁸⁹ CALAIS-AULOY, Jean et STEINMETZ, Frank (*op. cit.*, n° 330 et ss.) nomment cette troisième catégorie « crédits post-affectés ».

⁴⁹⁰ Il s'agit d'un modèle de retenue sur le salaire, similaire à une « cession des rémunérations » prévue au Code du travail français (arts. L. 145-1 et s. et R. 145-40 et s.). Ce mécanisme n'est d'ailleurs pas inédit en France ; v. Cass. com. 7 juin 2006 : inédit, pourvoi n° 04-17374. Suivant l'exposé des motifs de la réglementation alors adoptée, sont « virtuellement nuls » les risques d'impaiement encourus par le prêteur (« Medida Provisória » n° 130 du 17.9.2003 qui a donné lieu à la loi n° 10.820 du 17.12.2003 ; v. l'exposé de motifs interministériel n° 00176/2003 – MF/MPS » du 16.9.2003). L'expression « consignado » est maladroite, une consignation consistant en une forme de paiement ou en une mesure de conservation du prix ou de la chose litigieuse (arts. 334 du Code civil/2002 et 890 du CPC). Les consommateurs percevant des prestations sociales bénéficient d'un plafonnement du taux des intérêts. Ce plafond n'est toutefois pas beaucoup moins élevé que le taux moyen du marché pour les prêts personnels. Le crédit peut être consenti, soit sans destination déterminée, soit affecté à l'acquisition d'un bien précis. Il est toutefois prévu que l'engagement de l'emprunteur est « irrévocable et irrétractable » (arts. 1^o et 6^o de la loi n° 10.820 préc.).

⁴⁹¹ Notamment celles sur l'usure et sur les limites de montant et de durée pour les ventes à crédit.

⁴⁹² SÉRIAUX, Alain. *Op. cit.* n° 7, p. 261, qui fait référence aux contrats de location-vente.

⁴⁹³ Cette technique est désignée sous différentes appellations : « bail-financier » (BEY, El Moktar. *Op. cit.*, n° 50, p. 510), crédit-bail, location avec promesse de vente ou encore « avec option d'achat », formule consacrée enfin dans le Code de la consommation français (art. L. 311-2, al. 2). Au Brésil, la loi n° 6.066 du 12.9.1974 modifiée par la loi n° 7.132 du 26.10.1983 l'a consacrée sous la désignation « arrendamento mercantil » ; v. PENALVA SANTOS, J. A. « Leasing », *Revista Forense*, n° 250, 1975, p. 47 ; WALD, Arnaldo. « O contrato de arrendamento mercantil e o ISS », *Rev. dir. bancário e do mercado de capitais*, n° 29, 2005, p. 11. En pratique – et même en jurisprudence – cependant, la désignation en langue anglaise *leasing* y est beaucoup plus largement utilisée. Dans les développements qui suivent, on utilisera préférentiellement cette désignation, puisqu'elle est d'un emploi commun aux deux pays ici comparés.

⁴⁹⁴ Il s'agit d'un contrat complexe, qui englobe à la fois les techniques du crédit, de la location, de la vente et, selon certains, du mandat ; v. BEY, El Moktar. *Op. cit.*, n° 50, p. 510 ; COMPARATO, Fábio Konder. *Op. cit.*, p. 9. Sous son modèle le plus ancien, la location financière prenait la forme d'une « location-vente ».

⁴⁹⁵ COMPARATO, Fábio Konder. « Contrato de Leasing », *Rev. Forense*, n° 250, 1975, p. 9 ; WALD, Arnaldo. « Histórico e desenvolvimento do leasing », *Rev. dir. mercantil*, n° 10, 1973, p. 31 ; « A Introdução do leasing no Brasil », *RT* n° 415, maio 1970, p. 9 ; DELGADO, José Augusto. « Leasing, doutrina e prática », 2^e éd., Juruá, 2002.

⁴⁹⁶ Au Brésil, désigné « valeur résiduelle de garantie » (VRG).

⁴⁹⁷ PARLÉANI, Gilbert. Note sous CA Angers, 6 juin 1978, D. 1979, précitée, n° 7, p. 643. Au Brésil, la jurisprudence valide d'ailleurs les clauses de remboursement échelonné du prix de levée d'option dès le début de l'exécution du contrat. Or, aucun paiement supplémentaire n'étant stipulé pour l'exercice de l'option d'achat en fin de bail, le consommateur n'aurait plus aucune option à lever. Cette économie contractuelle est ainsi plus conforme aux ventes à crédit. Le STJ a pourtant validé cette pratique : STJ-avis n° 293 de la *summula* du Tribunal, j. 5.4.2004. Désormais, pendant toute la durée de l'opération, le consommateur paie le prix correspondant à l'option d'achat du bien mais il

la pratique à rechercher des formules qui permettent de diminuer les risques encourus, en renforçant les sûretés du crédit consenti. À ce titre, la fiducie est apparue à la pratique brésilienne comme la technique la plus avantageuse.

174. L'« alienação fiduciária em garantia » ou la fiducie « à la brésilienne » – Les faveurs des autorités militaires ont permis aux institutions financières de promouvoir l'écoulement d'une production massive de véhicules automobiles à partir des années 1970. Pendant la période dictatoriale, une junte formée par les Ministres de la marine de guerre, de l'armée et de l'aéronautique a adopté le polémique décret-loi n° 911 du 1^{er} octobre 1969 sur l'« aliénation fiduciaire en garantie »⁴⁹⁹. L'opération repose sur le mécanisme suivant : une institution financière s'engage à prêter au consommateur les fonds nécessaires pour qu'il achète chez le vendeur de son choix le produit recherché. Lors de l'achat, le consommateur transfère immédiatement⁵⁰⁰ la propriété fiduciaire du bien à l'établissement de crédit qui en finance l'acquisition⁵⁰¹. La possession du bien se dédouble⁵⁰² alors : le débiteur, aussi appelé « aliénant-fiduciant », dispose de sa possession directe⁵⁰³, ce qui lui garantit, en qualité exceptionnelle de dépositaire⁵⁰⁴, l'usage de la chose. Le propriétaire-fiduciaire conserve toutefois sa possession indirecte⁵⁰⁵. Le paiement de la totalité de la dette opère la résolution de

n'est pas son propriétaire ; le terme du contrat venu, il a alors l'avantageuse faculté, s'il le désire, de ne jamais l'être... V. DUC, Nguyen Phu (D. 1978, p. 703), qui rapporte des procédés similaires pratiqués en France, à propos de la location-vente.

⁴⁹⁸ On mentionnera, en dernier lieu, les locations financières comportant une fonction de crédit. V. BEY, El Moktar. *Op. cit.*, n° 51, p. 510 ; SÉRIAUX, Alain. *Op. cit.*, n° 18, p. 268 ; CALAIS-AULOY, Jean et STEINMETZ, Frank. *Op. cit.*, n° 335, p. 399 ; PARLÉANI, Gilbert, note préc. au D. 1979, jurisp. p. 642 ; ANCEL, Pascal, note au D. 1991, jurisp. p. 225 ; STOUFFLET, Jean. « La protection du consommateur faisant appel au crédit », Mélanges Emmérentine Lagrange, p. 231. La Cour de cassation ne semble pourtant pas l'admettre. v. Cass. 1^{re} civ. 11 oct. 1989 : Bull. civ. I, n° 317, pourvoi n° 88-14439 ; D. 1991, jurisp. p. 225, note ANCEL, Pascal ; RTD com. 1990, p. 244, obs. BOULOC, Bernard. Comp. Cass. 1^{re} civ. 19 juin 1990 : Bull. civ. I, n° 173, pourvoi n° 88-18857 ; JCP 1990, IV, p. 316. Au Brésil, cette pratique n'est jusqu'à présent guère constatée, sans doute grâce à l'existence d'un marché vigoureux de biens durables d'occasion.

⁴⁹⁹ En réalité, cette technique avait été créée par l'article 66 de la loi n° 4.728 du 14 juillet 1965 sur le « marché des capitaux ». Le décret-loi n° 911/1969 a modifié ce dispositif pour instituer de nouvelles règles, ainsi que la procédure civile applicable à l'espèce.

⁵⁰⁰ En pratique, ce transfert est réalisé dans le même acte constatant la vente ; v. WALD, Arnaldo. « A Introdução do leasing no Brasil », RT n° 415, mai 1970, p. 11.

⁵⁰¹ Sans pour autant qu'il soit besoin de la tradition du bien, conformément à l'article 66 de la loi n° 4.728/1965 mais contrairement à la règle de l'article 1267 du Code civil/2002 (art. 620 du Code de 1916). La « propriété fiduciaire » est désormais régie par les articles 1.361 et s. du Code civil, l'article 66 de la loi n° 4.728/1965 ayant été abrogé par l'art. 67 de la loi n° 10.931 du 2.8.2004. Le déc.-loi 911/1969 prévoyait encore la possibilité de la conclusion d'un contrat d'aliénation fiduciaire en garantie avant même que le consommateur ne devienne le propriétaire du produit souhaité (art. 66, § 2^o, de la loi n° 4.728/1965 modifié par l'article 1^o du décret-loi n° 911/1969). Le transfert de la propriété fiduciaire du bien à l'établissement prêteur s'opèrerait alors au moment de son acquisition par le consommateur, « indépendamment de toute formalité postérieure ». Rien n'était prévu, cependant, pour les cas où le consommateur ne se rendrait pas acquéreur du bien envisagé. On suppose que tant qu'il n'était le propriétaire de la chose, il s'agissait d'une promesse de vente fiduciaire, les parties étant libres, en l'absence de dispositions légales, de prévoir une indemnité au profit du prêteur pour le cas de la non conclusion de la vente pour faute du consommateur. Dans le silence des parties, toutefois, le contrat devrait rester sans effet (art. 483, *in fine* du Code civil/2002).

⁵⁰² L'art. 1.361, § 2^o, du Code civil/2002 prévoit : « la constitution de la propriété fiduciaire entraîne le dédoublement de la possession et le débiteur devient possesseur direct de la chose ». V. aussi l'art. 1.197 du Code civil.

⁵⁰³ En France, il serait considéré comme le détenteur de la chose (art. 2228 du Code civil).

⁵⁰⁴ Art. 1.363 du Code civil/2002. V. l'ancien art. 66 de la loi n° 4.728/1965, modifié par l'art. 1^o du décret-loi n° 911/1969.

⁵⁰⁵ Art. 1.210 du Code civil/2002. Ce mécanisme n'existe pas en droit français, dans lequel une telle relation nouerait alors le propriétaire au détenteur de la chose.

la vente fictive⁵⁰⁶ ou fiduciaire, et le débiteur récupère automatiquement la propriété du bien. Le non paiement de la dette, en revanche, rend illégitime sa possession, permettant au créancier d'intenter une action en référé pour obtenir la restitution immédiate du bien⁵⁰⁷.

175. Un spécialiste du droit romain⁵⁰⁸ a pu affirmer que le modèle ainsi conçu d'une vente fiduciaire, « de fiducie ne porte que l'intitulé de la loi », car il s'écarte sur plusieurs aspects de l'ancienne institution romaine⁵⁰⁹. Il se distinguerait aussi de la fiducie de type germanique⁵¹⁰, ne pouvant pas non plus être assimilé en tous points au « trust receipt » du droit anglo-saxon⁵¹¹. Par conséquent, il ne pourrait s'agir que d'une sorte de « fiducie à la brésilienne ». Certains auteurs, critiques de la désignation légale, la considèrent comme une « excroissance linguistique » qui détourne la fiducie de son concept juridique⁵¹². Il n'empêche que ce type d'opérations a connu, dès sa création légale, un très grand succès. Créant un effet similaire à celui procuré par les clauses de réserve de propriété, l'aliénation fiduciaire constitue un grand avantage pour l'établissement prêteur. En cas d'insolvabilité ou de faillite du débiteur, il dispose d'un privilège sur le bien, pouvant demander au juge sa restitution⁵¹³.

176. Le vrai avantage de ce type d'opérations pour le prêteur consistait, toutefois, dans sa capacité de persuasion à l'égard du débiteur : lors du non paiement d'une seule échéance, celui-ci pouvait être déclaré, sur demande du créancier, comme un « dépositaire infidèle » à défaut d'avoir restitué le bien en 24 heures après avoir pris connaissance du jugement en référé⁵¹⁴. Dans ce cas, le juge déterminait l'emprisonnement du consommateur, qui pouvait

⁵⁰⁶ WALD, Arnaldo. « A Introdução do leasing no Brasil », *op. cit.*, p. 11.

⁵⁰⁷ L'art. 3^o, § 8^o du déc.-loi n^o 911/1969 prévoit une procédure « autonome et indépendante de toute procédure principale » ; v. WALD, Arnaldo. « Da alienação fiduciária », *op. cit.*, p. 50. Son art. 2^o, § 3^o, accorde au créancier la « faculté de considérer le débiteur déchu, de plein droit, du terme prévu pour toutes les obligations contractuelles, indépendamment de tout avertissement ou notification judiciaire ou extrajudiciaire ». Ce même dispositif confère au débiteur un délai de cinq jours, compté à partir de la restitution du bien, pour s'acquitter de sa dette et pouvoir ainsi récupérer la propriété du bien (art. 3^o, § 2^o). Le non paiement dans ce délai opère la consolidation de la propriété sur le chef du créancier (art. 3^o, § 1^o) mais la loi lui oblige à procéder à la vente du bien pour apurer le solde de la dette et, le cas échéant, restituer l'excédant au consommateur. C'est, semble-t-il, l'opinion de WALD, Arnaldo, « Da alienação fiduciária », *op. cit.*, p. 45. L'art. 66, § 6^o, de la loi n^o 4.728/1965 modifié par l'art. 1^o du décret-loi n^o 911/1969 prévoit la nullité des clauses stipulant la possibilité pour le créancier de garder la chose aliénée en garantie. Le § 4^o du même art. prévoit, toutefois, que le créancier « peut » vendre la chose à des tiers lors de l'inexécution de l'obligation par le débiteur. MOREIRA ALVES, José Carlos, « Da fidúcia romana à alienação fiduciária em garantia no direito brasileiro », in « Contratos nominados », CAHALI, Yussef Said (dir.), Saraiva, 1995, p. 30, affirme, au contraire, qu'il s'agit d'une simple faculté. La vente du bien, en tout cas, peut se réaliser à titre purement privé, « indépendamment de toute procédure d'enchères, de vente publique, d'évaluation préalable sur expertise, ou toute autre mesure judiciaire ou extrajudiciaire » (art. 2^o du déc.-loi).

⁵⁰⁸ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Op. cit.*, p. 27, note 11, citant BAREA. « El negocio fiduciario », Barcelona, Bosch, 1959, p. 193.

⁵⁰⁹ Dans le même sens, v. BESSONE, Darcy. « Da compra e venda : promessa, reserva de domínio & alienação em garantia », 4^e éd., Saraiva, 1997, p. 283. Suivant les explications du créateur de ce modèle, malgré l'allusion à la fiducie, celui-ci s'inspirerait en réalité du « trust receipt » du droit anglo-américain, avec les adaptations nécessaires au système de droit privé brésilien ; v. WALD, Arnaldo. « Da alienação fiduciária », *Rev. dir. do Min. Público do Estado da Guanabara*, n^o 7, janv.-avr. 1969, p. 44. L'auteur explique que, comme le droit privé brésilien ne connaît pas la possibilité d'une double propriété d'un bien, le créancier fiduciaire conserve sa propriété exclusive, qui s'éteint toutefois avec le paiement de la dette et est transférée automatiquement au débiteur (*idem*, p. 46).

⁵¹⁰ MOREIRA ALVES, José Carlos, *op. cit.*, p. 27.

⁵¹¹ *Idem*, *ibidem*. L'auteur affirme que le modèle ressemble plus à la *chattel mortgage* du droit anglo-saxon.

⁵¹² BESSONE, Darcy. *Op. cit.*, p. 257.

⁵¹³ Art. 7^o du décret-loi, dont le paragraphe unique prévoit qu'une fois le bien restitué, le créancier procédera à sa vente afin d'apurer le solde débiteur.

⁵¹⁴ Art. 904 du CPC, ensemble l'art. 3^o du décret-loi n^o 911/19690. Le premier prévoit encore la possibilité de la restitution de « l'équivalent en espèces ».

durer jusqu'à un an⁵¹⁵. Formulées pendant la période de répression militaire, de telles dispositions s'accommodaient mal d'un « État Démocratique de Droit »⁵¹⁶. Aussi, la Cour constitutionnelle a décidé récemment qu'elles violent les dispositions de sauvegarde des droits de l'homme⁵¹⁷. À partir de 2003, l'aliénation fiduciaire en garantie a connu un relatif déclin dans le marché brésilien du crédit à la consommation au profit de techniques plus récentes. Elle regagne en intérêt ces dernières années, notamment dans le domaine du crédit immobilier.

177. Il est, en revanche, des opérations qui connaissent, depuis leur création, un succès progressif à l'échelle mondiale. Il s'agit des crédits conclus à l'aide de cartes électroniques.

b) Les crédits obtenus à l'aide de cartes électroniques

178. Dans ce type d'opérations, la conclusion d'une convention de crédit permet au consommateur d'obtenir une multiplicité de produits ou de services aux dates de son choix, exclusivement auprès d'un fournisseur (ou des fournisseurs) de produits ou de services agréé par l'établissement émetteur de la carte de crédit. Le vrai danger pour le consommateur résulte de l'association entre les émetteurs de cartes électroniques et les établissements de crédit afin d'accroître le marché du crédit à la consommation. Elle assure la réalisation d'opérations dont les remboursements s'évaluent sur plusieurs mois.

179. Les cartes de crédit – Deux hypothèses sont à distinguer : d'abord, celles où un établissement de crédit finance l'achat ou la prestation de services par l'intermédiaire de l'émetteur de la carte⁵¹⁸. Ensuite, celles où c'est le commerçant qui décide, lui-même, de consentir au consommateur, en contrepartie de la vente, un paiement échelonné au moyen d'une carte de crédit⁵¹⁹. Ces deux techniques sont très répandues au Brésil, alors que seules les premières connaissent un essor significatif en France. Dans cette dernière hypothèse, le danger est accru lorsque le commerçant propose à ses clients un paiement échelonné à titre gratuit. Le consommateur n'est plus en mesure de savoir qui finance l'opération, ce qui restreint son pouvoir de négociation. Souvent, par ailleurs, la facture qu'il reçoit en fin de mois lui indique la possibilité de réaliser le paiement d'un montant minimal⁵²⁰. Un crédit vient alors se greffer au précédent⁵²¹. Le consommateur n'a pas toujours conscience des conséquences du report de

⁵¹⁵ Arts. 902, § 1^o et 904, paragraphe unique, du CPC. Ce n'est d'ailleurs pas pour d'autres raisons que le déc.-loi prévoyait (art. 1^o, remplacé par l'art. 1.363 du Code civil/2002) que le débiteur possède le bien en qualité de dépositaire. En faveur de cette mesure, v. WAMBIER, Luiz Rodrigues. « Busca e apreensão na alienação fiduciária », Rev. dir. bancário e do mercado de capitais, n^o 4, jan.-avril 1999, p. 37. *Contra*, v. NERY JÚNIOR, Nelson. « Código de Processo Civil Comentado », 10^e éd., RT, p. 1.156.

⁵¹⁶ Art. 1^o de la Constitution Fédérale de 1988.

⁵¹⁷ STF-RE n^o 349.703/RS, rel. Min. Carlos Ayres Britto, trib. pleno, j. 3.12.2008, DJ 5.6.2009.

⁵¹⁸ Juridiquement, soit l'émetteur de la carte consent lui-même – lorsqu'il s'agit d'un établissement financier – une ouverture de crédit d'un montant déterminé au profit du consommateur, soit il agit à cette fin auprès d'un tel établissement en tant que mandataire du consommateur. Celui-ci dispose ainsi d'une faculté de financer ses achats mensuels, en reportant une partie des paiements. Des intérêts sont facturés dans les mensualités suivantes.

⁵¹⁹ Un accord passé entre l'émetteur de la carte et le commerçant permet à celui-ci de proposer à ses clients des remboursements échelonnés lors d'un paiement par carte. Le commerçant conserve la liberté de décider les conditions du crédit proposé.

⁵²⁰ Normalement de 10% du total de la facture.

⁵²¹ Il s'agit alors de la première hypothèse évoquée ci-dessus.

ses paiements, ce qui entraîne une augmentation rapide du montant de la dette. Parfois le contrat lui donne aussi la faculté de réaliser des retraits en espèces, dans la limite de son ouverture de crédit. L'opération s'assimile alors aux contrats de crédit dits « revolving ».

180. Les opérations de crédit « revolving »⁵²² – Il s'agit d'une ouverture de crédit dont le mécanisme est similaire à celui des découverts en compte, à cette différence près que des échéances fixes sont normalement prévues pour le remboursement du crédit⁵²³. La principale caractéristique de ce type d'opérations consiste en ce que les fonds utilisés à l'aide d'une carte électronique peuvent être réutilisés à mesure que les remboursements sont effectués⁵²⁴. Cette technique est très souvent proposée par des entreprises commerciales à leurs clients⁵²⁵. Dans ce cas, le crédit *revolving* est consenti avec la finalité spécifique de faciliter l'acquisition par le consommateur des produits et des services proposés par celles-ci⁵²⁶. Une faculté est aussi parfois consentie au consommateur de retirer des espèces avec sa carte, dans la limite des fonds mis à sa disposition.

181. Un consensus général semble exister quant à la dangerosité de cette technique pour le consommateur⁵²⁷. Elle aboutit à une « fidélisation » de la clientèle et, par là même, à l'incitation à des achats inconsidérés. Le mécanisme du crédit *revolving* entraîne souvent le consommateur dans une spirale d'endettement : pour rembourser une échéance immédiate, il lui suffit de retirer des fonds... de la propre ouverture *revolving*⁵²⁸. Il reporte ainsi les paiements et évite d'être mis en demeure, mais sa dette ne cesse d'agrandir car chaque remboursement se compose d'une part de capital mais aussi d'intérêts très élevés. Du moins en France, une volonté d'encadrement plus strict de ce type d'opérations est parfois manifestée par les autorités publiques⁵²⁹.

182. Malgré tout, les efforts menés ici sont compensés par des concessions réalisées çà-et-là à la profession. Ces mêmes autorités créent de nouvelles techniques juridiques afin de stimuler, au Brésil comme en France, la diffusion du crédit : la croissance économique passe

⁵²² Appelées en France également crédit permanent ou renouvelable, ces opérations sont connues au Brésil sous la désignation « crédito rotativo » ou « CDC » : crédit direct au consommateur.

⁵²³ Le consommateur peut épuiser le montant du crédit en une seule fois ou l'utiliser de manière fractionnée. Pour chaque utilisation des fonds, une série de remboursements échelonnés sera déployée. Le consommateur est libre de choisir le montant des échéances mais un montant minimal, fixé en moyenne à 3% des fonds utilisés, est généralement exigé. Le nouvel art. L. 311-17-1 du Code consom. (entrée en vigueur prévue au 1^{er} mai 2011) exige un accord exprès du consommateur pour qu'un crédit renouvelable lui soit octroyé en association avec un compte de dépôt et une carte de paiement émise par un établissement de crédit. En principe, son accord doit être donné lors du paiement avec la carte (« à la caisse »).

⁵²⁴ D'où l'expression crédit renouvelable ou permanent.

⁵²⁵ Elles jouent un rôle d'intermédiaire entre le consommateur et un établissement financier. Parfois celui-ci est une filiale de l'entreprise commerciale.

⁵²⁶ En association avec certaines entreprises commerciales, les banques proposent également des crédits *revolving*. Il n'est plus rare aujourd'hui de trouver sur les sites Internet des banques, des propositions d'achat de biens de consommation, tels que des appareils électro-ménagers, des véhicules automobiles, voire des vêtements.

⁵²⁷ En France, v. récemment BAZIN-BEUST, Delphine. « Le crédit renouvelable : critique d'une réforme annoncée », Rev. de dr. banc. et fin. 2009, étude n° 23. Dans un communiqué de presse du 11.12.2008, le Haut commissaire aux solidarités les a qualifiés de « crédits toxiques ».

⁵²⁸ Ce paiement débloquera automatiquement une certaine somme qu'il peut à nouveau utiliser, y compris pour rembourser les échéances subséquentes.

⁵²⁹ Un encadrement plus strict de ces opérations a été opéré par l'introduction de nouvelles règles dans le Code consom. (arts. L. 311-16, L. 311-17 et L. 311-26, dont l'entrée en vigueur est reportée au 1^{er} mai 2011).

aussi par la consommation et celle-ci par le crédit. Dans ce dernier pays, par exemple, deux types spécifiques d'opérations ont été créés récemment dans ce dessein, à savoir le crédit garanti par une hypothèque rechargeable⁵³⁰ et le prêt viager hypothécaire⁵³¹. Inspirées du droit anglo-saxon, ces techniques suscitent des critiques du fait, notamment, d'entamer la « mobilisation d'un bien important, l'immeuble, pour augmenter le pouvoir de consommation »⁵³². On constate qu'en fin de compte le crédit à la consommation est, ici, à l'origine de l'effacement de ce qui constitue pour nombre de consommateurs encore un rêve : devenir propriétaire de son propre logement.

2) Les crédits immobiliers

183. La réalisation de ce type d'opérations implique le déboursement de sommes importantes sur de longues années. Le consommateur est souvent confronté à des professionnels à la fois de l'immobilier et du crédit dont l'ingéniosité aboutit à des opérations complexes et aussi très variées. L'intervention du législateur a été alors nécessaire pour conférer aux consommateurs une protection juridique de leurs intérêts économiques. La dimension sociale de la carence de logements a aussi conduit les pouvoirs publics à adopter des politiques de facilitation de l'accession à la propriété immobilière. Au Brésil comme en France, des formules de crédit à caractère social ont été créées en vue d'atteindre cet objectif.

184. Le constat d'une ressemblance structurelle des réseaux du crédit immobilier existant dans les systèmes ici comparés invite à analyser, d'abord, les opérations appartenant à un secteur qu'on appellera libre (a). Dans ce type d'opérations les établissements de crédit disposent d'une certaine autonomie dans l'aménagement des conditions du crédit proposé. Il faut noter, cependant, que cette désignation ne signifie pas leur exclusion du champ d'application des règles de protection du consommateur de crédit. Elle vise avant tout à les distinguer de certains contrats relevant du secteur immobilier dit réglementé (b) car marqué par des finalités économiques et des impératifs sociaux particuliers, imposant de ce fait des contraintes accrues à la liberté contractuelle.

⁵³⁰ Art. L. 313-14 du Code consom. Une hypothèque fonctionne comme garantie d'une multiplicité d'emprunts autres que ceux mentionnés dans son acte constitutif, notamment des crédits à la consommation, pourvu que cet acte le prévoie expressément (art. 2422 du Code civil). Cette technique ne semble cependant pas encore avoir connu un grand succès en France, sans doute en raison des frais élevés nécessaires à la constitution d'une hypothèque et des crédits ultérieurs dont elle sert de garantie. V. PIEDELIÈVRE, Stéphane. « Crédit à la consommation », *op. cit.*, n° 402, p. 322, qui l'a analysée en une sorte d'hypothèque *revolving*.

⁵³¹ Introduit dans le Code consom. aux arts. L. 314-1 et s. par l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006. Il est défini comme « un contrat par lequel un établissement de crédit ou un établissement financier consent à une personne physique un prêt sous forme d'un capital ou de versements périodiques, garanti par une hypothèque constituée sur un bien immobilier de l'emprunteur à usage exclusif d'habitation et dont le remboursement – principal et intérêts – ne peut être exigé qu'au décès de l'emprunteur ou lors de l'aliénation ou du démembrement de la propriété de l'immeuble hypothéqué s'ils surviennent avant le décès ».

⁵³² PIEDELIÈVRE, Stéphane. « Droit de la consommation », *op. cit.*, n° 405, p. 323.

a) Les opérations soumises à une liberté encadrée

185. Ce secteur du crédit immobilier est marqué par la variété des techniques proposées au consommateur par les vendeurs, promoteurs ou constructeurs pour lui procurer un immeuble⁵³³. Cette variété contraste cependant avec l'unité du régime légal institué, à quelques exceptions près.

186. Les opérations du Système de financements immobiliers (SFI) – Au Brésil, la loi n° 9.514 du 20 novembre 1997⁵³⁴ prévoit que les opérations relevant de ce système sont librement convenues entre les parties dans les conditions du marché concurrentiel⁵³⁵. Il ne s'agit cependant que d'une liberté encadrée puisque toute personne qui acquiert, qui entretient ou qui utilise comme destinataire final un logement à l'aide d'un crédit est protégée par les règles du Code du consommateur dès lors que son cocontractant a la qualité de fournisseur, au sens du Code⁵³⁶. La formule la plus simple est celle où un vendeur professionnel consent au consommateur un délai pour payer le prix d'un immeuble de manière fractionnée⁵³⁷. S'il s'agit d'un immeuble à construire, l'opération sera proposée par un « incorporador »⁵³⁸. Le plus souvent, celui-ci est un constructeur, mais parfois aussi le propriétaire du terrain ou un courtier immobilier⁵³⁹. Ces professionnels sont normalement moins rigoureux⁵⁴⁰ dans la concession du crédit que les établissements financiers, mais celui-ci est souvent plus cher. La quasi-totalité des crédits consentis actuellement au Brésil pour financer l'acquisition d'un immeuble sont garantis par la technique d'aliénation fiduciaire⁵⁴¹.

⁵³³ Ainsi que par la diversité des régimes juridiques applicables à ces contrats suivant qu'il s'agit d'un immeuble existant ou à construire.

⁵³⁴ V. WALD, Arnaldo. « Alguns aspectos do regime jurídico do Sistema Financeiro Imobiliário e da lei 9514/1997 », Rev. dir. bancário e do mercado de capitais, n° 4, janv.-avr. 1999, p. 13 ; SIMONSEN, Mário Henrique. « Perspectivas do Sistema Financeiro Imobiliário », in « SFI – um novo modelo habitacional », Abecip, 1996, p. 30 ; ABDALLA, Anésio. « ABECIP 30 anos – História e Futuro do Crédito Imobiliário », Abecip, 1998.

⁵³⁵ V. la critique de RIZZARDO, Arnaldo. « Contratos de crédito bancário », 6^e éd., RT, 2003, p. 187, pour qui « en réalité, il ne s'agit encore que d'un schéma de technocrates, sans aucune tradition dans la culture juridique nationale, et déconnecté de la réalité brésilienne, de succès improbable dans son application pratique ».

⁵³⁶ V. n° 70 *supra*.

⁵³⁷ À la différence de la pratique au Brésil, les crédits consentis par les vendeurs d'immeubles semblent être rares en France ; v. ROCHE-DAHAN, Janick. *Op. cit.*, n° 19 ; CALAIS-AULOY, Jean et STEINMETZ, Frank. *Op. cit.*, n° 415, p. 486.

⁵³⁸ Art. 29 de la loi n° 4.591 du 16.12.1964, l'équivalent du promoteur immobilier défini dans le Code de la construction et de l'habitation français (art. L. 221-1). V. ARAGÃO, José Maria. « Sistema Financeiro da Habitação, uma análise sociojurídica da gênese, desenvolvimento e crise do sistema », 3^e éd., Juruá, 2006, p. 532.

⁵³⁹ Art. 31 de la loi n° 4.591. Il n'est pas rare au Brésil que ces professionnels consentent, eux-mêmes, des délais de paiement pour l'acquisition d'un immeuble à construire (« imóvel na planta »). Jusqu'à la date prévue pour la livraison, les paiements échelonnés constituent un investissement. À partir de cette date, le consommateur a le choix de soit poursuivre son contrat par un crédit fourni par l'« incorporador », soit obtenir un prêt bancaire pour acquitter sa dette auprès de celui-ci.

⁵⁴⁰ La loi a mis en place une nouvelle forme de « patrimoine d'affectation » (art. 31-A de la loi n° 4.591 préc., inséré par la loi n° 10.931 du 2.8.2004) pour garantir le consommateur contre les risques de la défaillance du professionnel. Sur les mécanismes de mobilisation de créances qu'elle crée, v. RIZZARDO, Arnaldo. « Contratos de crédito bancário », 6^e éd., RT, 2003, p. 190 ; CARNEIRO, Dionísio Dias et VALPASSO, Marcus Vinícios Ferrero. « Financiamento à habitação e instabilidade econômica », FGV, 2003.

⁵⁴¹ La loi n° 9.514 a étendu cette technique, qui existait depuis 1969 pour le crédit mobilier, aux opérations de financement d'immeubles, y compris pour celles réalisées par des vendeurs professionnels, notamment un « incorporador » (arts. 5^o, § 2^o et 22 de la loi n° 9.514/1997). V. GOMES, Luiz Roldão de Freitas. « Alienação Fiduciária de Coisa Imóvel », ADV : seleções jurídicas, sept. 2001, p. 26 ; SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. « A regulamentação da alienação fiduciária de imóveis em garantia », Rev. dir. bancário e do mercado de capitais, n°

187. Pour des raisons qui tiennent tant à la recherche d'une plus grande efficacité économique qu'à l'intention d'échapper aux contraintes légales, les professionnels créent de nouvelles formules permettant à celui qui désire acquérir un immeuble de jouir de son utilité, tout en s'écartant des techniques traditionnelles. En France, les sociétés civiles immobilières en constituent un exemple.

188. L'acquisition de parts ou d'actions de sociétés immobilières – Suivant l'article L. 212-1 du Code de la construction et de l'habitation, ces sociétés ont pour objet la construction ou l'acquisition d'immeubles en vue de leur division par fractions destinées à être attribuées aux associés en propriété ou en jouissance. Une fois la construction achevée, normalement la société est liquidée avec le partage de son actif social et l'attribution de la propriété des immeubles aux associés. Ceux-ci peuvent réaliser un retrait individuel de la société si sa liquidation n'est pas réalisée et, ainsi, devenir propriétaires de leurs fractions. Malgré certains avantages fiscaux, plusieurs dangers existent pour l'acquéreur dans ce type d'opérations, notamment en cas de liquidation judiciaire de la société car, seule propriétaire des immeubles, son actif est saisi par les créanciers⁵⁴². Ce type d'opérations semble être en déclin depuis le succès connu avec la loi n° 67-3 du 3 janvier 1967 sur la vente d'immeubles à construire⁵⁴³. En France, ordinairement, les opérations de crédit immobilier résultent de prêts consentis en vue de financer l'acquisition d'un immeuble. Les techniques se diversifient toutefois lorsqu'elles relèvent du secteur réglementé.

b) Les opérations de crédit relevant du secteur réglementé

189. Des politiques d'aide au logement ont été mises en place, en France et au Brésil, afin de favoriser les personnes qui n'étaient pas en mesure d'y accéder par leurs propres moyens⁵⁴⁴. Dans ce premier pays, certains « crédits aidés » par l'État sont consentis sous la condition d'une contribution initiale de la part du consommateur. D'autres modalités prennent la forme notamment de prêts à taux réduits, voire d'avances remboursables sans intérêt (prêts à taux 0%)⁵⁴⁵. Au Brésil, les politiques de promotion de l'accession immobilière ont eu lieu plus tardivement, de manière très timide dans les années 1940 mais largement renforcées à partir des années 1960. L'institution d'un « Système Financier de l'Habitation » (SFH) a été fondée sur une réglementation à caractère social de crédits à taux réduits. Ici encore, ces deux pays se distinguent par les démarches suivies par le législateur : tantôt le « crédit aidé » se réalise par

4, janv.-avr. 1999, p. 28 ; LIMA, Frederico Henrique Viegas de. « Da Alienação Fiduciária em garantia de bens imóveis », Rev. dir. imobiliário, n° 44, mai-août 1998, p. 7.

⁵⁴² Le regroupement des associés en une société implique qu'ils dépendent les uns des autres. La défaillance de certains peut ainsi entraîner celle de la société.

⁵⁴³ Arts. L. 261-1 et s. du Code constr. et hab. Les SCI ne sont guère connues dans la pratique brésilienne, bien que l'art. 7°, § 2°, de la loi n° 4.380 du 21.8.1964 semble le permettre.

⁵⁴⁴ En France, l'art. L. 301-1 du Code constr. et hab. prévoit un droit au logement : l'État garantit « un logement décent et indépendant » à toute personne qui n'est pas en mesure d'y accéder par ses propres moyens ou de s'y maintenir.

⁵⁴⁵ Arts. L. 301-2, al. 2° et R. 318-1 et s. du Code constr. et hab.

l'adoption de règles ponctuelles de financement (I), tantôt une loi-cadre régit tous les contrats relevant de ce secteur (II), quelle que soit la technique adoptée.

I – Le crédit aidé réalisé par des règles ponctuelles de financement

190. Les deux grandes guerres ont constitué, en France, des occasions de concentration d'efforts en vue, d'abord, de la construction d'« habitations bon marché » (HBM), ensuite de la promotion de l'accès à la propriété immobilière⁵⁴⁶. Les techniques adoptées depuis lors sont très variées. On s'en tiendra à celles ayant connu un certain succès.

191. Les opérations de crédit-différé et d'épargne-logement – Peu après la seconde guerre mondiale les autorités françaises ont organisé un système destiné à attirer l'épargne vers la construction de logements⁵⁴⁷. La pratique avait créé les contrats de « crédit-différé »⁵⁴⁸, normalement moins coûteux qu'un prêt ordinaire⁵⁴⁹, où les membres d'un groupe contribuaient pour la formation d'un fonds commun destiné à financer mutuellement l'acquisition de logements⁵⁵⁰. Se fondant sur un mécanisme similaire, le législateur a élaboré une autre technique de crédit appelée « épargne-logement »⁵⁵¹. Certains avantages financiers sont conférés à l'épargnant, tels que la rémunération des dépôts effectués⁵⁵², une prime consentie lors de l'octroi du prêt⁵⁵³, ainsi que la fixation d'intérêts réduits en contrepartie de celui-ci⁵⁵⁴. Les sommes inscrites au compte épargne-logement sont remboursables à vue⁵⁵⁵, mais en cas de

⁵⁴⁶ Des organismes d'« habitations à loyer modéré » (HLM) sont ainsi apparus (arts. L. 411 et s. du Code constr. et hab.).

⁵⁴⁷ L'obligation créée pour l'emprunteur désireux d'acquérir un logement de constituer une épargne préalable faciliterait les financements immobiliers sans provoquer un effet d'inflation.

⁵⁴⁸ La loi n° 52-332 du 24 mars 1952 relative aux entreprises de crédit différé définit celles-ci comme des « établissements de crédit qui consentent des prêts en subordonnant la remise des fonds prêtés à un ou plusieurs versements préalables sous quelque forme que ce soit de la part des intéressés et en imposant à ceux-ci un délai d'attente ». L'attribution de prêts par voie de tirage au sort (art. 5, al. 2) y est interdite, le contrat devant indiquer la date de cette attribution (art. 5, al. 1^{er}, 2^o). Cela marque une différence importante par rapport au système équivalent de « consórcios » existant au Brésil, où cette modalité d'attribution d'un prêt immobilier est consacrée dans la loi, à côté d'ailleurs de celle caractérisée par un mécanisme d'enchères (art. 22, § 1^o, de la loi n° 11.795 du 8.10.2008. V. n° 172 *supra*).

⁵⁴⁹ CALAIS-AULOY, Jean et STEINMETZ, Frank. *Op. cit.*, n° 417, p. 488.

⁵⁵⁰ Pendant une phase initiale d'épargne, aucun intérêt n'était versé au profit du consommateur. En contrepartie, celui-ci ne payait pas d'intérêts lors des remboursements correspondant à la seconde période, une fois le prêt octroyé. Le crédit différé devait être consenti, au plus tard, lors des deux tiers échus de la durée totale du contrat. L'adhérent avait aussi une possibilité de résiliation unilatérale. V. COURET, Alain. *Op. cit.*, n° 25, p. 232. Visant à contourner l'inconvénient du délai d'attente pour l'obtention du prêt, la pratique a imaginé un mécanisme d'anticipation de la constitution de l'épargne par le biais d'un autre crédit. La période préalable étant ainsi supprimée, l'octroi du prêt « différé » servirait par la suite à rembourser le crédit d'anticipation, ce qui serait « quasiment toujours le cas » : COURET, Alain. *Op. cit.*, n° 47, p. 242. L'art. L. 312-3, al. 3^o, du Code consom. exclut les opérations de crédit différé du champ d'application des règles de protection, sauf si elles sont associées à un crédit d'anticipation. RAYMOND, Guy (« Crédit immobilier », *op. cit.*, 2008, n° 34) estime, à tort semble-t-il, que dans ce cas, seul le crédit d'anticipation est soumis aux règles du Code consom et il cite Cass. 1^{re} civ. 30 janv. 1996. Ces opérations ne sont « plus très en faveur aujourd'hui » ; v. GAVALDA, Christian et STOUFFLET, Jean. « Droit bancaire », 7^e éd., Litec, 2008, n° 761, p. 410.

⁵⁵¹ Arts. L. 315-1 à L. 315-6 du Code constr. et hab. Elle se destine à « permettre l'octroi de prêts aux personnes physiques qui ont fait des dépôts à un compte d'épargne logement et qui affectent cette épargne au financement de logements destinés à l'habitation principale ».

⁵⁵² Art. R. 315-2.

⁵⁵³ Art. L. 315-4 et R. 315-16.

⁵⁵⁴ Art. R. 315-9. Le montant du prêt sera fonction du montant des intérêts acquis pendant la période d'épargne (art. R. 315-12).

⁵⁵⁵ Art. R. 315-3, al. 3.

retrait prématuré des fonds le déposant perçoit une rémunération réduite⁵⁵⁶. En revanche, au terme du plan d'épargne, le souscripteur a droit au prêt⁵⁵⁷, sauf s'il se trouve en situation de surendettement⁵⁵⁸.

192. Les opérations de location-accession à la propriété immobilière – Très similaire aux contrats de location avec option d'achat (*leasing*), ce type d'opérations a été créé par la loi n° 84-595 du 12 juillet 1984⁵⁵⁹. Ici, les « loyers » payés par l'accédant sont appelés « redevances »⁵⁶⁰. Ils sont composés d'une fraction correspondant à la jouissance du logement et d'une autre fraction relative au paiement du prix de vente, normalement plus élevée que la première⁵⁶¹. À la fin de la période de location un prix résiduel doit encore être payé au titre du transfert de propriété, au cas où l'accédant lèverait l'option. L'avantage de ce type d'opérations tient à la possibilité pour l'accédant d'apprécier les avantages et les inconvénients du logement avant d'en devenir propriétaire⁵⁶². S'il décide de ne pas lever l'option, le vendeur doit lui restituer les sommes versées correspondant à la fraction de la redevance imputable sur le prix de l'immeuble, actualisées éventuellement par le même indice de révision du prix de vente⁵⁶³. Ce type d'opérations est pratiqué en France surtout par les « constructeurs sociaux », notamment des organismes d'HLM⁵⁶⁴. On affirme qu'il reste « aujourd'hui l'espoir du secteur social »⁵⁶⁵ pour la promotion de la l'accession à la propriété immobilière en France. Au Brésil, cet espoir est censé être satisfait par la création d'une loi-cadre destinée à fomentier et régir les opérations de crédit immobilier.

⁵⁵⁶ Enfin, une catégorie particulière de comptes d'épargne-logement a été instituée sous la forme de « plans contractuels d'épargne à terme déterminé » (art. R. 315-24). Le souscripteur s'engage à effectuer chaque année, à échéances régulières, des versements d'un montant déterminé par le contrat, lesquels sont rémunérés à un taux plus avantageux par rapport aux comptes d'épargne-logement. Cependant, les versements et les intérêts capitalisés acquis demeurent indisponibles jusqu'à la fin de la période conventionnelle d'épargne (art. R. 315-30), laquelle ne peut être supérieure à dix ans (art. R. 315-28, al. 2).

⁵⁵⁷ Cass. 1^{re} civ. 27 mai 1986 : Bull. civ. I, n° 139, pourvoi n° 84-12135 ; D. 1987, somm. 294, obs. VASSEUR, Michel.

⁵⁵⁸ Cass. 1^{re} civ. 3 juin 1997 : Bull. civ. I, n° 181, pourvoi n° 95-10593 ; RD imm. 1997, p. 615 ; D. 1998, jur. p. 245, note HENGAS-DERRASPEN ; Defrénois 1998, p. 124, obs. PIEDELIÈVRE, Stéphane.

⁵⁵⁹ La location-accession est définie à l'art. 1^{er} de cette loi comme « le contrat par lequel un vendeur s'engage envers un accédant à lui transférer, par la manifestation ultérieure de sa volonté [...] et après une période de jouissance à titre onéreux, la propriété de tout ou partie d'un immeuble moyennant le paiement fractionné ou différé du prix de vente et le versement d'une redevance jusqu'à la date de levée de l'option ». Son art. 21 prévoit que les règles du Code consom. relatives spécifiquement à la location-vente et à la location assortie d'une promesse de vente d'immeubles (arts. L. 312-24 à L. 312-31) ne sont pas applicables aux opérations de location-accession régies par cette loi. Toutefois, lorsque le consommateur entend recourir à un ou plusieurs prêts pour payer, en levant l'option, le prix résiduel dû au titre du transfert de propriété, les autres dispositions du Code consom. sur le crédit immobilier sont applicables (art. 5^o, al. 3, de la loi n° 84-595 préc.). Selon CALAIS-AULOY, Jean et STEINMETZ, Frank (*op. cit.*, n° 419, p. 491), dans ce cas, seule cette étape du contrat serait concernée par ces dispositions. Ces auteurs s'expliquent en affirmant que le législateur a voulu qu'avant la levée de l'option le paiement des redevances imputables sur le prix de l'immeuble procède d'un effort personnel de l'accédant.

⁵⁶⁰ Art. 1^{er}, al. 2.

⁵⁶¹ Ces éléments doivent être clairement distingués dans le contrat (art. 5, als. 5^o et 6^o).

⁵⁶² CALAIS-AULOY, Jean et STEINMETZ, Frank. *Op. cit.*, n° 466, p. 548.

⁵⁶³ Art. 10.

⁵⁶⁴ Après desquels il n'aurait pas, semble-t-il, rencontré le succès escompté. CALAIS-AULOY, Jean et STEINMETZ, Frank. *Op. cit.*, n° 467, p. 550, note 1, qui citent BARRANGOU-POUEYS, Christian. « L'avenir de la location-accession », RD immob. 1988, p. 175.

⁵⁶⁵ CALAIS-AULOY, Jean et STEINMETZ, Frank. *Op. cit.*, n° 418, p. 490.

II – Les opérations régies par le « Sistema Financeiro da Habitação » (SFH)

193. La création de ce système au Brésil témoigne d'un effort mené par les autorités publiques en vue de contenir la formation d'agglomérats urbains dans des conditions inhumaines d'habitation, situation devenue très inquiétante à partir des années 1960. La construction d'ensembles d'immeubles sociaux permettant aux personnes à faibles ressources d'accéder à leur propre logement a été affichée comme l'un des principaux objectifs du législateur de l'époque⁵⁶⁶. Le crédit a été le moyen choisi pour réaliser ces objectifs⁵⁶⁷. L'histoire du SFH présente, cependant, le récit d'un système de crédit atteint de nombreux défauts de conception, où la protection des consommateurs a été regrettamment reléguée au second plan : la priorité de la réglementation a été l'adoption de mécanismes palliatifs des effets de l'inflation sur les créances dues à long terme, celle-ci s'élevant à l'époque à plus de 140% par an⁵⁶⁸. La conséquence évidente en est le caractère apparemment inconciliable des intérêts des parties en jeu, s'affrontant dans des litiges interminables et tout aussi nombreux que les interventions des autorités publiques dans ce domaine. Des milliers d'actions ont été intentées en justice par des consommateurs qui estimaient que les opérations conclues impliquaient, au bout du compte, des engagements à vie⁵⁶⁹.

194. Un système confronté au fléau de l'inflation – La loi n° 4.380 du 21 août 1964 a fixé les grandes lignes du système financier de l'habitation. Elle a subi de nombreuses altérations dans un contexte de transformations socio-politiques constantes⁵⁷⁰. La pièce maîtresse du système était les clauses d'échelle mobile (« correção monetária »)⁵⁷¹. Outre la fixation d'intérêts conventionnels, une clause de révision du montant de la dette tenait ainsi compte des effets de l'inflation⁵⁷². Afin d'éviter que les échéances des prêts révisés ne dépassent la capacité de remboursement du consommateur, une limite a été fixée dans la loi. Leur montant mensuel ne devait jamais excéder un certain pourcentage du salaire minimum

⁵⁶⁶ Art. 4^o, al. I, de la loi n° 4.380 du 21.8.1964.

⁵⁶⁷ V. ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. « Crédito Habitacional como instrumento de acesso à moradia », Rev. dir. consum., n° 36, oct.-déc. 2000, p. 176.

⁵⁶⁸ La projection annuelle de l'inflation au mois de mars 1964 était de 144% ; v. SIMONSEN, Mário Henrique, CHACEL, Julian et WALD, Arnaldo. « A correção monetária », Apec, 1970, p. 31. Les fonds employés dans les opérations de financement devaient alors provenir principalement des dépôts d'épargne privés. Les capitaux appartenant au fonds de garantie contre le chômage (FGTS) ont été aussi largement mobilisés.

⁵⁶⁹ Le contentieux relatif aux contrats de crédit du SFH a été centré, dans une très large mesure, autour de la technique utilisée pour l'amortissement de la dette, sous l'impact de différents indices de révision.

⁵⁷⁰ L'événement politique le plus important est sans doute la restauration du régime démocratique en 1985.

⁵⁷¹ Art. 5^o de la loi n° 4.380/1964. Sur les clauses d'échelle mobile, v. WALD, Arnaldo. « A correção monetária no direito privado brasileiro », *Ajuris*, v. 2, n° 4, juill. 1975, p. 24 ; « Quatro décadas da evolução da correção monetária (1951-1994) », Rev. Forense, n° 327, juill.-sept. 1994, p. 13 ; « A evolução da correção monetária na era da incerteza », in « A correção monetária no direito brasileiro », CANTO, Gilberto de Ulhoa et MARTINS, Ives Gandra da Silva (dir.), Saraiva, 1983, n° 52, p. 20 ; SIMONSEN, Mário Henrique, CHACEL, Julian et WALD, Arnaldo. *Op. cit.*, p. 56, note 4. VASSEUR, Michel. « Le droit des clauses monétaires et les enseignements de l'économie politique », *RTD civ.*, 1952, p. 431 ; « Échelle mobile », *D.* 1954, p. 1.

⁵⁷² Ces révisions s'opéreraient chaque fois que le montant du salaire minimum légal serait altéré, fondées sur un indice général des prix (IGP) calculé par le Conseil économique national (art. 5^o, § 1^o). Avec la radicalisation du mouvement autoritaire qui s'était emparé du pouvoir politique en 1964, ces clauses sont devenues obligatoires dans tous les contrats de financement de l'acquisition d'immeubles sociaux à usage exclusif d'habitation (arts. 1^o du déc.-loi n° 19 du 30.8.1966 et 9^o de la loi n° 4.380/1964). Enfin, la loi n° 8.177 du 1.3.1991 (art. 1^o) a institué une « taxa referencial » (TR) comme indice de révision lorsque les fonds prêtés provenaient des dépôts d'épargne (art. 18, § 2^o).

légal⁵⁷³. Rendues obligatoires par les autorités dictatoriales, les clauses d'indexation ne sont devenues facultatives, dans les contrats du SFH, qu'à partir des années 1990⁵⁷⁴. Malgré l'avènement de la stabilité monétaire, ce type de clauses semble être resté profondément ancré dans l'esprit du législateur. Un dispositif adopté en 2006 prévoit ainsi, de manière très ambiguë, que « dans les contrats ne stipulant pas de telles clauses, le taux d'intérêts peut être majoré du pourcentage correspondant à la clause d'indexation officielle »...⁵⁷⁵

195. Enfin, les opérations du SFH sont régies, actuellement, par les réglementations élaborées par le Conseil Monétaire National⁵⁷⁶. Le taux d'intérêts annuel est limité à 12% (hors indexation monétaire)⁵⁷⁷, pour des prêts d'un montant maximal de 450.000 R⁵⁷⁸ remboursable en trente ans au plus⁵⁷⁹ et destiné au financement d'un immeuble d'une valeur estimée ne dépassant pas 500.000 R⁵⁸⁰ (200.000 euros environ)⁵⁸¹. On assiste ainsi depuis quelques années à un relatif rapprochement entre les conditions fixées pour ces opérations et celles relatives aux contrats du secteur dit libre⁵⁸².

196. Il serait inutile de prolonger la description des opérations de crédit imaginées par la pratique. La variété des formules que les parties sont libres de prévoir se mesure à l'aune de l'autonomie de leurs volontés. On ne saurait ignorer, cependant, que celle du consommateur est une « volonté d'adhésion » et que la volonté du prêteur repose toujours sur un fondement économique qui ne dément pas sa finalité, constante dans les différents contrats imaginés : retirer du crédit octroyé le plus de profit à un moindre risque. C'est pourquoi il convient de procéder à la recherche des modalités de protection du demandeur de crédit.

⁵⁷³ Art. 5^o, §§ 4^o et 5^o. Ce pourcentage résultait du rapport établi entre le montant de la première échéance mensuelle du prêt et le montant du salaire minimum légal à la date de l'octroi (RC-BNH n^o 36 du 11.11.1969). Dénommé « plan d'équivalence salariale » (PES), ce mécanisme a été maintes fois modifié.

⁵⁷⁴ Art. 18-A inséré dans la loi n^o 8.177 du 1.3.1991 par la MP n^o 321 du 12.9.2006 (devenue la loi n^o 11.434 du 28.12.2006). La mesure est limitée aux contrats conclus à partir du 13 sept. 2006, seul l'indice relatif à la rémunération des dépôts d'épargne (TR) étant autorisé.

⁵⁷⁵ Art. 18-A, paragraphe unique, de la loi n^o 8.177/1991 inséré par la MP n^o 321 préc.

⁵⁷⁶ Art. 18, al. III, de la loi n^o 4.380/1964 modifié par la MP n^o 2.197-43 du 24.8.2001. Les rés. n^o 1.980/1993 (art. 4^o, modifié par la rés. n^o 2.130 du 21.12.1994) et 3.347/2006 (art. 16) du CMN fixent les conditions relatives aux taux d'intérêts, aux délais de remboursement, au montant du capital prêté, à la valeur estimée de l'immeuble et aux garanties exigées du consommateur pour la réalisation de ces opérations

⁵⁷⁷ Art. 16, al. III, de la rés. n^o 3.347/2006.

⁵⁷⁸ Art. 16, al. I, de la rés. n^o 3.347/2006 modifié par la rés. n^o 3.706 du 27.3.2009.

⁵⁷⁹ Art. 4^o, al. III, de la rés. n^o 1.980/1993 (délai conventionnel initial limité à vingt ans), ensemble les arts. 5^o, al. II, de celle-ci et 16, al. IV, de la rés. n^o 3.347/2006 (possibilité d'allongement du délai initial jusqu'à 50%).

⁵⁸⁰ Art. 16, al. II, de la rés. n^o 3.347/2006 modifié par la rés. n^o 3.706 du 27.3.2009. Les fonds relatifs à la différence entre la valeur de l'immeuble et celle du capital prêté ne fait pas l'objet d'une réglementation spécifique.

⁵⁸¹ Une convention d'assurance contre les risques de décès et d'invalidité permanente est devenue obligatoire depuis l'adoption de la MP n^o 459 du 25 mars 2009. Celle-ci prévoit encore un système de prêts aidés dénommé « Programa minha casa, minha vida – PMCMV » (« Programme ma maison, ma vie ») qui comprend des crédits subventionnés par l'État et destinés aux familles au revenu mensuel maximal de dix salaires minima (art. 2^o).

⁵⁸² Par ex., la rés. n^o 1.980/1993 avait limité le montant du capital prêté à 70.000 R et la valeur estimée de l'immeuble à 140.000 R. Les sûretés demandées (art. 17, rés. n^o 3.347/2006) et les délais de remboursements sont aussi proches de ceux appliqués dans les contrats du secteur libre. L'art. 33 de la « Medida Provisória » n^o 459 du 25.3.2009 prévoit, enfin, que les méthodes d'amortissement de la dette seront librement fixées par les parties dans les contrats du SFH, à condition que deux méthodes au moins soient proposées, dont l'une sera celle appelée « SAC » (système d'amortissements constants).

Chapitre II – Les modalités de la protection

197. La protection du demandeur de crédit exige l'établissement de règles spéciales destinées à éclairer son consentement afin qu'il puisse prendre ses décisions en connaissance de cause. Son attention est ainsi particulièrement attirée sur les conséquences d'une opération touchant directement ses intérêts économiques. Un ensemble important de normes protectrices du demandeur de crédit est alors venu former une nouvelle branche du droit de la consommation. Ces normes se destinent notamment à permettre au consommateur de donner un consentement éclairé et réfléchi (section 1). Elles ont aussi incontestablement un but de prévention du surendettement, dans l'intérêt des deux parties.

198. En dépit de ces importantes finalités assurées par la législation spéciale, la pratique révèle que des inégalités peuvent subsister dans les opérations de crédit. Au moment de la formation du contrat, un rapport de forces équilibré avec le prêteur fait défaut et le consommateur se trouve démuné face à un cocontractant plus puissant. Lorsque le fournisseur du crédit se sert de son pouvoir économique pour lui imposer des conditions déséquilibrées, c'est la qualité du consentement du consommateur qui se trouve affectée : tout en réfléchissant sur les conséquences de son engagement, un état de nécessité peut venir déterminer sa décision, prise afin d'éviter un mal plus grave ; il se voit contraint d'accepter un contrat dont les conditions sont significativement déséquilibrées. Ces déséquilibres contractuels, reliquat indésirable de la théorie de l'autonomie de la volonté, ne sont pas toujours éliminés par le jeu des normes spéciales de protection du consommateur. Le droit commun peut alors émerger comme une source complémentaire du droit spécial, afin de combattre les iniquités pratiquées dans ce genre d'opérations (section 2).

Section 1 – Les règles spéciales

199. Dans la société de consommation, non seulement le consommateur prend l'initiative d'aborder le prêteur, mais aussi il est incité par celui-ci, de manière inattendue, à s'endetter par divers moyens. Dès lors, il apparaît comme essentiel d'organiser une protection spécifique du consommateur avant qu'il ne s'engage : il s'agit de le protéger contre ses propres impulsions ou contre les sollicitations agressives dont il est parfois l'objet⁵⁸³ (§ 1^{er}). Lorsque le consommateur franchit le pas, cédant à la tentation, les promoteurs et agents du crédit mènent un certain processus qui aboutit normalement à la conclusion du contrat. Ici encore, des règles spéciales sont prévues visant à assurer qu'il donne son consentement en toute connaissance de cause (§ 2nd).

⁵⁸³ BRUN, Philippe. « Le droit de revenir sur son engagement », Rev. droit et patrimoine, n° 60, mai 1998, p. 80.

§ 1^{er} – La protection précontractuelle

200. On affirme que « sans *marketing*, il n'y a pas de société de consommation »⁵⁸⁴. Celui-ci est un genre dont la publicité et certaines pratiques commerciales constituent des éléments importants⁵⁸⁵. Le crédit n'échappe pas à son emprise ; associé à ces éléments, il en est le combustible par excellence⁵⁸⁶. Souvent tenu pour responsable de la séduction dont certains consommateurs, pris par des malheurs financiers, sont victimes, le *marketing* (ou « mercatique »⁵⁸⁷) joue pourtant également, dit-on⁵⁸⁸, un rôle économique et social considérable. À ce titre, par exemple, les pratiques commerciales facilitent l'accès au crédit tandis que la publicité remplit sans doute une fonction informative. On ne saurait, toutefois, négliger les dangers du *marketing*. En matière de consommation de crédit, précisément, il agit aux deux bouts de la chaîne de la société de consommation : il crée des besoins et il donne la possibilité de les satisfaire⁵⁸⁹. Le droit de la consommation comprend des règles destinées à éviter et à sanctionner les pratiques trompeuses au sein du marché. Certaines d'entre elles organisent un encadrement spécifique de la publicité du crédit (A). D'autres visent également certaines pratiques commerciales que l'on peut considérer tantôt comme dangereuses, tantôt comme informatives (B).

A) L'encadrement de la publicité

201. Nul ne peut se soustraire à l'emprise de la publicité. Les annonceurs se servent des supports les plus subtils et envahissants⁵⁹⁰. La distinction entre publicité et information est parfois subtile. « Entre la publicité évidente et l'information objective existe une vaste zone d'incertitude où la présentation amicale d'un produit voisine avec les louanges stipendiées de tel ou tel service. Or, ce domaine en demi teinte est précisément celui où la publicité est la plus dangereuse car la moins apparente »⁵⁹¹. Afin d'établir son régime juridique, certains auteurs estiment inutile de s'arrêter à la recherche d'une définition précise ou de la nature juridique de la publicité. Une définition serait au surplus condamnée d'avance à la « fossilisation, donc à l'inefficacité »⁵⁹², au vu de la fluidité qui caractérise les concepts en ce domaine⁵⁹³. Une réaction

⁵⁸⁴ BENJAMIN, Antônio H. de V. *et. al.* « Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos autores do anteprojeto », 9^a éd., Forense Universitária, 2007, p. 254.

⁵⁸⁵ *Idem*, p. 258.

⁵⁸⁶ Dans ce sens, v. PÉRINET-MARQUET, Hugues. « La publicité du crédit au consommateur », in *Le droit du crédit au consommateur*, Ibrahim Fadlallah (org.), n° 1, p. 31.

⁵⁸⁷ GAVALDA, Christian. « La protection de l'emprunteur en matière de crédit immobilier », D. 1978, chr. p. 213, n° 17.

⁵⁸⁸ BENJAMIN, Antônio H. de V. *et. al.*, *op. cit.*, p. 264.

⁵⁸⁹ CHARDIN, Nicole. *Op. cit.*, p. 39. L'auteur fait référence à la publicité.

⁵⁹⁰ Il est anecdotique de constater que les serviettes fournies aux étudiants dans le restaurant universitaire du CROUS sur le campus de l'université de Savoie, en France, contiennent des messages publicitaires sur le crédit à la consommation.

⁵⁹¹ PÉRINET-MARQUET, Hugues. *Op. cit.*, n° 8, p. 36.

⁵⁹² BENJAMIN, Antônio H. de V. *et. al.*, *op. cit.*, p. 262.

⁵⁹³ Des définitions sont cependant proposées par la doctrine. Il s'agirait de « toutes les sollicitations ressenties par un consommateur moyen comme une incitation à l'achat de tel produit ou l'utilisation de tel service » (v. PÉRINET-MARQUET, Hugues, *op. cit.*, n° 9, p. 37), ou d'« un ensemble de techniques destinées à vanter les qualités d'un

du législateur était pourtant attendue, sous peine de « laisser s’instaurer, en ce domaine, la seule loi de la jungle »⁵⁹⁴. Cette réaction a eu lieu tant au Brésil qu’en France. Il s’agissait, dans tous les cas, de faire jouer à la publicité un rôle informatif certain, de lui rendre un caractère loyal et exact⁵⁹⁵. Certaines règles instituent un domaine large (1) pour l’application d’un régime contraignant (2).

1) Le domaine d’application

202. Les enjeux de la concurrence internationale et les dangers que celle-ci fait courir aux consommateurs ont abouti, en France, à l’adoption de dispositions qui établissent un champ d’application large des règles de protection. Celles-ci s’appliquaient à toute publicité « faite, reçue ou perçue en France »⁵⁹⁶, quelle que soit la modalité du crédit consenti. Dans ce cadre élargi, certaines juridictions ont considéré que celles qui sont diffusées sur internet à propos du crédit entrent dans le domaine légal⁵⁹⁷. La transposition de la directive n° 2008/48/CE sur le crédit à la consommation a toutefois restreint le domaine réglementé. La mention « faite, reçue ou perçue en France » ne figure plus qu’au dispositif relatif à la publicité sur le crédit immobilier. Certes, cela ne devra pas avoir de répercussion sur la jurisprudence rendue en la matière ; pas plus, peut-on penser, que l’élimination des adjectifs « loyale et informative » qui caractérisaient la publicité dans l’ancienne formule légale. En revanche, celle sur le crédit à la consommation n’est désormais concernée que si elle « indique un taux d’intérêt ou des informations chiffrées liées au coût du crédit »⁵⁹⁸. La protection du consommateur s’en trouve alors affaiblie. Quoi qu’il en soit, encore faut-il que la publicité soit relative à l’une des opérations de crédit décrites dans le Code de la consommation⁵⁹⁹. Il suffit, en revanche, qu’elle fasse allusion à une telle opération de crédit, encore que celle-ci ne constitue pas son objet principal⁶⁰⁰.

203. En matière de crédit, il est admis que l’indication de certaines mentions obligatoires dans toute publicité, « quel que soit le support utilisé »⁶⁰¹, est plus à même d’en entretenir un caractère objectif : il en découlerait « une inévitable assimilation de certains types d’information

produit ou d’un service, et à entraîner l’adhésion de son destinataire » (v. LABARTHE, Françoise. « La notion de document contractuel », LGDJ, 1994, n° 133, p. 99).

⁵⁹⁴ *Idem*, n° 2, p. 32.

⁵⁹⁵ Ancien art. L. 311-4, al. 1^{er} du Code consom. français ; art. 31 du Code du consommateur brésilien.

⁵⁹⁶ Arts. L. 311-4, al. 1^{er} et L. 312-4, al. 1^{er}, du Code consom.

⁵⁹⁷ CA Rennes, 31 mars 2000 : D. 2000AJ. 358, obs. MANARA ; Rev. dr. banc. et fin. 2000, n° 104, obs. CAPRIOLI ; TI Saint-Malo, 18 déc. 2001 : CCC 2002, n° 131, obs. RAYMOND, Guy ; JCP E 2003, n° 4, p. 175, obs. V.N. Dans le même sens, v. CALAIS-AULOY, Jean et STEINMETZ, Frank, *op. cit.*, n° 421, p. 494, pour lesquels « bien évidemment, un site internet constitue un support publicitaire ».

⁵⁹⁸ Nouvel art. L. 311-4, al. 1^{er}, du Code consom.

⁵⁹⁹ Arts. L. 311-4, al. 1^{er} et L. 312-4, al. 1^{er} du Code consom. V. sur le crédit mobilier à la consommation : Cass. 1^{er} civ. 21 nov. 2006 : Bull. civ. I, n° 509 ; D. 2007 AJ. 81, obs. CHEVRIER ; RTD com. 2007, p. 211, obs. LEGAIS, Dominique ; Banque et droit mars-avr. 2007, p. 31, obs. BONNEAU, Thierry.

⁶⁰⁰ Sur le crédit immobilier, v. Cass. crim. 4 juill. 1990 : D. 1990, info. rap. p. 225 ; Cass. crim. 3 oct. 1991 : D. 1991, info. rap. p. 272 ; CCC 1992, n° 17, obs. RAYMOND, Guy.

⁶⁰¹ Arts. L. 311-4, al. 1^{er} et L. 312-4, al. 1^{er} du Code consom. français ; art. 30 du Code du consommateur brésilien.

à un comportement publicitaire »⁶⁰². S'inspirant de ces idées, le législateur brésilien a décidé d'élargir, par des dispositions très générales, le champ d'application de la réglementation. Deux remarques méritent d'être faites sur ce système. Tout d'abord, le domaine de la publicité comporte aussi des règles relatives à l'indication d'une simple information. Dès lors, celles régissant la première s'appliqueront indistinctement à la seconde⁶⁰³. On observera, ensuite, que le dispositif brésilien ne s'applique qu'à la publicité et à l'information « suffisamment précises » et « relatives à des produits ou des services offerts ou présentés »⁶⁰⁴. Resterait enfin à déterminer le seuil de la précision publicitaire ou informative. Dans le silence de la loi, ces formules donnent aux annonceurs une marge de liberté non négligeable. À cet égard, la doctrine explique que la « moindre précision » – dont on affirme que son appréciation doit être réalisée au regard des conditions personnelles du destinataire de la publicité ou de l'information⁶⁰⁵ – suffirait à déclencher l'application du régime juridique de protection⁶⁰⁶.

2) Le régime juridique

204. Celui-ci comporte une réglementation contraignante (a) assurée par des sanctions de la déloyauté du prêteur (b).

a) Une réglementation contraignante

205. **L'identification de la publicité** – La publicité vient souvent perturber le respect nécessaire de la vie privée. Elle viole ainsi un « droit à être seul »⁶⁰⁷. Dès lors, il convient qu'elle puisse être identifiable en tant que telle. La Commission française pour la codification du droit de la consommation avait rendu en 1990 un rapport dans lequel elle soulignait l'importance de permettre au consommateur de distinguer la publicité « nettement et instantanément comme telle »⁶⁰⁸. Alors que le législateur brésilien a repris cette règle⁶⁰⁹, les pouvoirs publics français ne l'avaient pas estimée généralement indispensable⁶¹⁰. Il a fallu attendre la transposition en 2008

⁶⁰² PÉRINET-MARQUET, Hugues. *Op. cit.*, n° 9, p. 37.

⁶⁰³ Art. 30 du Code du consommateur. L'inverse, nous le verrons, n'est cependant pas vrai.

⁶⁰⁴ *Idem*. Ces règles ressemblent celles régissant, en France, le crédit immobilier. V. n° 212 *infra*.

⁶⁰⁵ BENJAMIN, Antônio Hreman de V. *et. al. Op. cit.*, p. 270.

⁶⁰⁶ MARQUES, Cláudia Lima. « Contratos no Código de Defesa do Consumidor », *op. cit.*, p. 626.

⁶⁰⁷ BENJAMIN, Antônio H. de V. *et. al., op. cit.*, p. 270.

⁶⁰⁸ Art. L. 45 des « Propositions pour un de Code de la consommation », la Documentation française, 1990. V. BENJAMIN, Antônio Herman de V. *et. al. Op. cit.*, p. 251. Les règles prévues aux « Propositions » sur la publicité s'inspiraient, elles-mêmes, de celles de la loi Royer (anciens arts. L. 121-1 et s. du Code consom., avant les modifications apportées par la loi n° 2008-3 du 3 janv. 2008). À propos de l'application de la loi Royer à la publicité sur le crédit à la consommation, la jurisprudence française retient l'existence d'un mensonge si la publicité est de nature à induire le consommateur en erreur, par exemple, sur la personne du prêteur (CA Paris, 4 juill. 1977 : JCP, 79, 19015, note DIVIER : « crédit total » proposé par un vendeur, tandis qu'une partie du prêt était financée par une banque ; Cass. crim. 1^{er} mars 1978 : Gaz. Pal. 79, 1, somm. 46 : « prêt personnalisé sans acompte », alors que c'était une banque qui finançait l'achat), ou sur l'objet du crédit (Cass. crim. 29 avril 1980, J.-Cl. Dr. pénal, fasc. publicité mensongère, n° 54 : mention « crédit », alors qu'il s'agissait d'un crédit bail avec option d'achat). Les lois Scrivener ont cependant prévu des règles spécifiques. V. *infra*.

⁶⁰⁹ Art. 36 du Code du consommateur. Ses modalités de mise en oeuvre n'y sont pourtant pas précisées.

⁶¹⁰ Elle est prévue, cependant, du fait du droit communautaire depuis 2004 pour les publicités diffusées par courrier électronique. Elles doivent alors pouvoir être « identifiées de manière claire et non équivoque dès leur réception par leur destinataire » (art. L. 121-15-1 du Code consom.).

de la directive n° 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales⁶¹¹ pour que cette obligation se généralise en droit français. L'article L. 121-1, II, du Code de la consommation considère désormais comme trompeuses les pratiques commerciales – dont la publicité⁶¹² – qui n'indiquent pas leur véritable intention commerciale dès lors que celle-ci ne ressort pas déjà du contexte⁶¹³. Par cette même approche sectorielle, le droit français prévoit deux séries de dispositions sur la publicité du crédit, suivant qu'elle concerne des crédits mobiliers ou immobiliers (I). Adoptant une démarche distincte, le législateur brésilien les a codifiées de manière unifiée (II).

I – Les réglementations sectorielles

206. La transposition de la directive sur le crédit à la consommation a modifié non seulement le champ d'application de la protection en matière de publicité mais aussi les exigences auxquelles celle-ci doit satisfaire (i). Si le régime du crédit immobilier demeure inchangé (ii), celui régissant la publicité diffusée « par ou pour » le compte d'un intermédiaire a été, lui-aussi, modifié (iii).

i. La publicité en matière de crédit mobilier à la consommation

207. Suivant l'article L. 311-4 du Code de la consommation, la publicité qui indique un taux d'intérêt ou des informations chiffrées liées au coût du crédit mentionne « de façon claire, précise et visible » : le taux débiteur⁶¹⁴ et la nature fixe, variable ou révisable du taux, sauf pour les opérations de location-vente ou de location avec option d'achat⁶¹⁵, ainsi que les informations

⁶¹¹ Directive du 11 mai 2005, transposée par la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008.

⁶¹² La publicité (ainsi que le *marketing*) est comprise dans la définition de « pratiques commerciales déloyales » prévue à l'article 2, I, d, de la dir.

⁶¹³ La question se pose alors, en droit français, de déterminer la compatibilité entre, d'une part, ces règles générales relatives aux « pratiques commerciales trompeuses » (art. L. 121-1) – applicables même aux professionnels (art. L. 121-1, III), bien qu'intégrées dans le Code consom. – et les dispositions spécifiques sur la publicité pour le crédit (arts. L. 311-4 et L. 311-5 sur le crédit mobilier et L. 312-4 à L. 312-6 sur le crédit immobilier), d'autre part. Il semble a priori excessif de prétendre qu'il s'agit de règles exclusives car, bien que similaires, leurs objets ne sont pas identiques. Les premières recouvrant un domaine plus large que ces dernières, il serait sans doute étonnant qu'elles puissent s'appliquer pour protéger des professionnels alors que le consommateur de crédit se trouverait démuné face à une publicité de crédit trompeuse. Il n'en reste pas moins que certaines dispositions générales risquent de faire double emploi avec ces dernières. Ce serait sans doute le cas des informations « substantielles » relatives au prix (art. L. 121-1, II, al. 2, 3^o) ainsi que de celles relatives aux caractéristiques principales du bien ou du service (art. L. 121-1, II, al. 2, 1^o), dans toute communication commerciale destinée au consommateur. En réalité, ces dispositions sont plutôt en rapport de complémentarité. Celles sur la publicité trompeuse conservent tout intérêt lorsque, par exemple, une « communication commerciale » sur un crédit repose sur des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur (art. L. 121-1, I, 2^o), notamment à propos du mode de calcul des intérêts (art. L. 121-1, I, 2^o, c). Elles ont, pour une large part, une finalité répressive tandis que la réglementation spécifique de la publicité sur le crédit réalise un objectif éminemment informatif, de nature formaliste. Celle-ci doit contenir des mentions informatives spécifiques. En droit français, elles seront plus ou moins contraignantes suivant le type de crédit vanté.

⁶¹⁴ Art. L. 311-4, 1^o. Cette mention a fait un « aller-retour » dans le dispositif légal. Figurant à l'origine parmi les mentions publicitaires obligatoires, elle avait été éliminée en 2001 à la suite des critiques de part de la doctrine (v. CALAIS-AULOY, Jean et STEINMETZ, Frank, *op. cit.*, n° 351, p. 413) pour qui « l'excès d'information nuit à l'information ».

⁶¹⁵ Cette restriction ne se justifie pas. Quoi qu'en disent certains auteurs (GAVALDA, Christian. D. 1978, chr. p. 195, note 35), l'estimation de rentabilité réalisée par le prêteur à l'aide de calculs mathématiques peut parfaitement révéler un taux exprimé en pourcentage, qui tienne compte du coût de l'opération par rapport au prix au comptant du bien financé. En outre, ces opérations sont souvent plus chères que les financements réalisés à l'aide d'un prêt ou d'une

relatives à tous les frais compris dans le coût total du crédit pour l'emprunteur ; le montant total du crédit ; le taux annuel effectif global, sauf pour les opérations de location-vente ou de location avec option d'achat ; s'il y a lieu, la durée du contrat de crédit ; s'il s'agit d'un crédit accordé sous la forme d'un délai de paiement pour un bien ou un service donné, le prix au comptant et le montant de tout acompte ; le montant total dû par l'emprunteur et le montant des échéances⁶¹⁶ ; le cas échéant, l'assurance exigée pour l'octroi du crédit⁶¹⁷. Ces indications sont mentionnées à l'aide d'un exemple représentatif⁶¹⁸.

208. Les modifications apportées par la directive n° 2008/48/CE en matière de mentions obligatoires – Alors que des exigences ont été rajoutées, certaines dispositions protectrices ont été éliminées du texte légal français à la suite de la transposition de cette directive. D'abord, la mention de l'identité du prêteur n'est plus exigée⁶¹⁹. Cette exclusion paraît critiquable. L'identification du fournisseur du crédit peut faciliter l'activité de contrôle menée par les autorités compétentes. Surtout, elle peut éviter que le consommateur se mette en contact avec des professionnels peu scrupuleux, voire avec des usuriers. On peut estimer, néanmoins, que cette abrogation ne produira pas d'effet pratique dans la mesure où l'article L. 121-1, I, 3^o, du Code de la consommation considère comme trompeuse une publicité dont la personne pour le compte de laquelle elle est mise en œuvre n'est pas clairement identifiable⁶²⁰. Les mentions sur la nature et l'objet de l'opération en subissent d'ailleurs le même sort que la précédente. Seul le crédit renouvelable devra être identifié en tant que tel, cette désignation devenant d'ailleurs obligatoire et exclusive pour ce type de crédits⁶²¹. Ensuite, la mention du coût total du crédit disparaît au profit de celle du « montant total du crédit »⁶²². Or, celui-ci ne se confond pas avec le « montant total dû par l'emprunteur »⁶²³, lequel correspond plutôt à la somme des deux précédents. Dès lors, s'agissant d'une technique de *marketing*, le coût total du crédit risque de ne pas être clairement indiqué dans la publicité⁶²⁴.

vente à crédit ; v. CALAIS-AULOY, Jean et STEINMETZ, Frank, *op. cit.*, n° 355, p. 417. Ces remarques sont évidemment valables aussi pour la fixation du TAEG.

⁶¹⁶ Art. L. 311-4, al. 1^{er}, 1^o à 6^o.

⁶¹⁷ Art. L. 311-4, al. 9. L'alinéa suivant prévoit que la publicité indique le coût de l'assurance, exprimé en euros et par mois, et précise si ce montant s'ajoute ou non à l'échéance de remboursement du crédit.

⁶¹⁸ Pour les crédits renouvelables, le contenu et les modalités de présentation de cet exemple sont précisés par l'art. D. 311-3-1 créé par le déc. n° 2010-1005 du 30 août 2010. Celui-ci doit porter sur un montant à choisir entre 500, 1000 et 3000 euros ; il doit indiquer aussi la durée de remboursement maximale du crédit proposé (al. I).

⁶¹⁹ V. GOURIO, Alain. « La réforme du crédit à la consommation », JCP E 2010, p. 1675, n° 30, pour qui « le but de la directive a sans doute été de dispenser les intermédiaires de mentionner une telle information ».

⁶²⁰ L'art. L. 121-1, al. II, 2^o du Code considère l'identité et l'adresse du professionnel comme des informations substantielles de toute communication commerciale destinée au consommateur. Suivant l'art. L. 121-6 du Code, leur omission est justiciable des peines prévues à l'art. L. 213-1.

⁶²¹ Art. L. 311-16, al. 1^{er}. Si celui-ci est assorti d'une carte ouvrant droit à des avantages commerciaux et promotionnels, la publicité portant sur ces avantages doit indiquer les modalités selon lesquelles cette carte offre la possibilité de payer au comptant ou à crédit. Dans ce dernier cas, elle informe les modalités de l'utilisation de celui-ci. (art. L. 311-17, al. 2). L'art. L. 311-17-1, al. 2, contient une règle similaire à propos des crédits renouvelables utilisables par cartes émises par un établissement de crédit et associées à des comptes de dépôt.

⁶²² Art. L. 311-4, 2^o. Pour une critique ancienne, v. PÉRINET-MARQUET, Hugues, *op. cit.*, n° 9, p. 47

⁶²³ C'est nous qui soulignons. L'art. 3, h, de la Directive prévoit plutôt le « montant total dû par le consommateur ». Cette mention doit figurer en revanche dans la publicité écrite, quel qu'en soit le support (art. L. 311-5, al. 1^{er}).

⁶²⁴ Même si celle-ci doit comporter les « informations relatives à tous les frais compris dans le coût total du crédit pour l'emprunteur » (art. L. 311-4, 1^o).

209. « Un crédit vous engage... » – Une dernière nouveauté digne de mention constitue un message d'avertissement au candidat emprunteur. À l'instar de ce qui existe pour le tabac et l'alcool, toute publicité contient la mention suivante : « un crédit vous engage et doit être remboursé. Vérifiez vos capacités de remboursement avant de vous engager »⁶²⁵. On peut douter de la méthode poursuivie. Outre l'efficacité psychologique limitée de ce type de messages reconnue par les maîtres du *marketing* eux-mêmes⁶²⁶, il y a là une certaine hypocrisie dans la politique menée par les autorités publiques. Ce n'est pas par de tels procédés qu'on aboutira à accroître la responsabilisation du consommateur. Il semblerait ainsi plutôt abandonné à son propre sort, dans un domaine où il est souvent pris au piège par les annonceurs.

210. Les modalités de présentation de la publicité – Dans la publicité écrite, certaines des mentions doivent figurer « dans une taille de caractère plus importante que celle utilisée pour indiquer toute autre information relative aux caractéristiques du financement, notamment le taux promotionnel, et s'inscrire dans le corps principal du texte publicitaire »⁶²⁷. Cette formule est heureuse car elle évite les procédés qui consistent à fixer une taille (normalement au millimètre près) pour les caractères écrits⁶²⁸. Si la publicité est adressée par voie postale ou par courrier électronique, distribuée directement à domicile ou sur la voie publique, ces mentions doivent figurer, sous forme d'encadré, en en-tête du texte publicitaire⁶²⁹.

211. Les interdictions – Deux sortes d'informations publicitaires qui tendent à une incitation dangereuse des consommateurs à l'endettement sont interdites. D'abord, celles qui se destinent à lui faire perdre conscience de la réalité de son engagement, faisant croire que l'endettement à crédit peut être mené comme un mode de vie⁶³⁰. Ensuite, celles qui consistent à proposer une période de franchise de paiement de loyers ou de remboursement des échéances du crédit supérieure à trois mois⁶³¹. Une dernière interdiction a été rajoutée par la loi

⁶²⁵ Art. L. 311-5, dernier alinéa. Les publicités radiodiffusées en sont pourtant exonérées.

⁶²⁶ DUBOIS, Bernard. « Comprendre le consommateur », Dalloz, 1990. L'auteur se réfère à l'inefficacité des annonces d'avertissement sur le tabac.

⁶²⁷ Art. L. 311-5, al. 1^{er}. Ce sont celles relatives au taux annuel effectif global, à sa nature fixe, variable ou révisable, au montant total dû par l'emprunteur et au montant des échéances, ainsi que la mention d'avertissement visée au dernier alinéa de cet article.

⁶²⁸ Elle tend à empêcher aussi la mise à l'écart de ces informations au profit de celles, plus alléchantes, mises en avant par l'annonceur. À cet égard, la jurisprudence a pu décider à fort juste titre que « ne respecte pas l'obligation d'information du consommateur l'annonceur qui, dans le cadre d'une campagne par voie d'affichage et télévisuelle destinée à promouvoir un crédit permanent, utilise pour les mentions informatives obligatoires de l'article L. 311-4 des caractères de petites tailles ou une vitesse de défilement du texte, ne permettant pas au consommateur d'attention moyenne, d'une part, de prendre immédiatement connaissance des conditions véritablement offertes relatives à l'accès et à l'octroi de ce crédit et, d'autre part, d'en appréhender d'emblée le sens » : TGI Paris, réf., 13 mars 1998 : Gaz. Pal. 1998, 1, somm. 331, obs. LALANCE, Antoine.

⁶²⁹ Art. L. 311-5, al. 2.

⁶³⁰ Art. L. 311-5, al. 3 : « il est interdit dans toute publicité d'indiquer qu'une opération ou un contrat de crédit, ou une opération de crédit consistant à regrouper des crédits antérieurs peut être consenti sans élément d'information permettant d'apprécier la situation financière de l'emprunteur, ou de laisser entendre que le prêt améliore la situation financière ou le budget de l'emprunteur, entraîne une augmentation de ressources, constitue un substitut d'épargne ou accorde une réserve automatique d'argent immédiatement disponible sans contrepartie financière identifiable ».

⁶³¹ Art. L. 311-5, al. 4. Cette interdiction ne s'applique pas aux prêts aidés par l'Etat destinés au financement d'une formation à la conduite et à la sécurité routière et aux prêts garantis par l'Etat destinés au financement de leurs études par les étudiants.

n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010. Elle proscrit les propositions, sous quelque forme que ce soit, de lots promotionnels liés à l'acceptation d'une offre préalable de crédit⁶³². Enfin, malgré les modifications apportées par cette loi, on constate que les exigences légales dans ce domaine restent plus contraignantes que dans celui du crédit immobilier. À certains égards, la nouvelle réglementation finit d'ailleurs par les rapprocher.

ii. La publicité en matière de crédit immobilier

212. On explique que l'allègement des exigences légales en matière de publicité dans ce domaine résulte des difficultés pratiques liées à l'indication d'un « éventail intégral des prêts possibles selon la situation de famille et l'âge des bénéficiaires »⁶³³. En principe, ne sont indiqués que l'identité du prêteur, la nature et l'objet du prêt⁶³⁴. Toutefois, si la publicité comporte « un ou plusieurs éléments chiffrés », devront être précisés aussi la durée de l'opération proposée, le coût total et le TEG du crédit, à l'exclusion de tout autre taux⁶³⁵. Des exigences similaires à celles relatives au crédit mobilier sont prévues à l'égard de la lisibilité et compréhensibilité des mentions obligatoires⁶³⁶. La loi détermine encore la mention, dans tout document publicitaire ou tout document d'information remis à l'emprunteur, de certains droits garantis dans le Code⁶³⁷. Enfin, est interdite la publicité destinée à procurer au consommateur une idée illusoire sur l'allègement des charges du prêt⁶³⁸.

213. Certains affirment que le système français de réglementation de la publicité sur le crédit, fondé sur l'idée de la « publicité complète » n'est pas satisfaisant⁶³⁹. « La qualité de la décision d'un consommateur s'érousse lorsqu'on l'alimente en information au-delà de sa capacité d'analyse », affirment les spécialistes du *marketing*⁶⁴⁰. L'évolution du droit positif, nous l'avons vu, ne semble pas aller dans ce sens.

iii. La publicité « par ou pour » le compte d'un intermédiaire de crédit

214. La publicité diffusée par ou pour le compte d'une personne physique ou morale qui apporte son concours, « à quelque titre que ce soit et de quelque manière que ce soit, directement ou indirectement, à l'obtention d'un ou plusieurs prêts d'argent par un particulier » doit indiquer le nom et l'adresse de l'établissement de crédit ou des établissements de crédit

⁶³² Art. L. 311-5, al. 5.

⁶³³ PÉRINET-MARQUET, Hugues, *op. cit.*, n° 24, p. 49, lequel cite les termes du rapporteur Laucournet au Sénat, séance du 13 juin 1978 : J.O. déb. Sénat, p. 1301.

⁶³⁴ Art. L. 312-4, I, 1°.

⁶³⁵ Art. L. 312-4, al. I, 2°. S'il s'agit d'une location-vente ou d'une location assortie d'une promesse de vente, la publicité doit mentionner la durée du bail ainsi que le coût annuel et le coût total de l'opération (art. L. 312-25, al. 2).

⁶³⁶ Art. L. 312-4, al. II.

⁶³⁷ Art. L. 312-5.

⁶³⁸ Art. L. 312-6 : « est interdite toute publicité assimilant les mensualités de remboursement à des loyers ou faisant référence, pour le calcul des échéances, à des prestations sociales qui ne sont pas assurées pendant toute la durée du contrat ».

⁶³⁹ GOURIO, Alain. « L'information du consommateur dans le domaine du crédit immobilier : questions d'actualité », *Les petites affiches*, 29 juin 1999, n° 128.

⁶⁴⁰ DUBOIS, Bernard. « Comprendre le consommateur », *Daloz*, 1990, p. 204.

pour le compte duquel ou desquels l'intermédiaire exerce son activité⁶⁴¹. La loi n° 2010-737 ajoute une exigence supplémentaire. Désormais, toute publicité et tout document destinés aux emprunteurs et diffusés par ou pour le compte d'un intermédiaire de crédit intervenant pour la réalisation d'une opération de crédit à la consommation doivent indiquer, « de manière apparente, l'étendue des pouvoirs de l'intermédiaire, et notamment s'il travaille à titre exclusif avec un ou plusieurs prêteurs ou en qualité de courtier indépendant »⁶⁴². Enfin, la publicité doit comporter aussi, de manière apparente, la mention suivante : « aucun versement, de quelque nature que ce soit, ne peut être exigé d'un particulier, avant l'obtention d'un ou plusieurs prêts d'argent »⁶⁴³.

II – L'approche unitaire de la réglementation de la publicité

215. Au Brésil, le législateur a adopté une démarche en sens unique. Aucune distinction n'existe concernant la seule publicité sur le crédit. Par ailleurs, le Code du consommateur n'est pas explicite sur la soumission de la publicité aux règles sur les mentions informatives obligatoires. Cela pose d'emblée un problème d'interprétation.

216. **La soumission de la publicité au régime des mentions obligatoires** – À première vue, seules « l'offre et la présentation de produits et de services » sont soumises à ce régime. L'article 31 du Code prévoit qu'elles « doivent assurer des informations correctes, claires, précises, ostensibles et en langue portugaise sur leurs caractéristiques, qualités, quantité, composition, prix, garantie, délai d'expiration et l'origine, entre autres, ainsi que sur les risques qu'elles présentent pour la santé et la sécurité des consommateurs ». L'article 30 du même Code – seul à viser la publicité – prévoit simplement que « toute information ou publicité suffisamment précise [...] sur des produits ou des services offerts ou présentés engage le professionnel qui la fournit ou qui l'utilise et intègre le contrat éventuellement conclu ». Si l'on s'en tient à lettre de la loi, on est conduit à déduire que l'objectif du législateur à l'égard de la publicité aurait été, essentiellement, d'éliminer toute polémique relative à la distinction entre celle-ci et une offre de contracter. Dans ces conditions, une publicité qui mentionne, par exemple, d'une manière « suffisamment précise », le seul montant du crédit proposé, engagerait certes le prêteur mais ne saurait être plus fustigée qu'une autre comportant davantage d'informations. On pourrait alors s'étonner de l'opinion qui admet l'application du régime réservé à « l'offre et à la présentation » à la publicité sur le crédit car l'article 31 du Code ne la mentionne pas.

217. Il faut observer cependant que ces dispositions intègrent une section du Code que le législateur dénomme précisément « De l'offre »⁶⁴⁴. Pour les rédacteurs de l'avant-projet du

⁶⁴¹ Art. L. 321-2, als. 1 et 3.

⁶⁴² Art. L. 321-3.

⁶⁴³ Art. L. 321-2, al. 2. La loi n° 2010-737 précise que cette règle ne s'applique pas aux opérations de crédit mobilier à la consommation (art. L. 321-2, al. 1^{er}).

⁶⁴⁴ Section II du chapitre V (« Des pratiques commerciales »).

Code⁶⁴⁵, le terme « offre » employé par le législateur consommériste ne se réfère pas à la traditionnelle sollicitation du droit commun, à une proposition de contracter : elle serait en réalité un synonyme de *marketing*, et la publicité une modalité d'offre⁶⁴⁶. L'article 31 s'appliquerait alors à la publicité sur le crédit, de manière que des informations exactes, claires et visibles sur les modalités, les avantages, le montant, le coût et, le cas échéant, la durée promotionnelle de l'opération concernée devraient y être mentionnées. Cette explication provoque une certaine perplexité à propos des méthodes employées par le législateur. Surtout, cette transformation du langage juridique peut causer un certain scepticisme à propos d'une branche du droit que l'on considère parfois comme post-moderne⁶⁴⁷. Il est vrai que la notion de « présentation » prévue dans l'article 31 cité – dont on ne trouve aucune définition par ailleurs – paraît laisser place à son assimilation à la publicité sur une opération de crédit. Cela permettrait d'exiger l'application à celle-ci du régime des mentions obligatoires. Cet état de choses semble nuire, cependant, aux intérêts des consommateurs. L'absence de certitude dans un domaine si important de la protection aboutit, en pratique, au constat que ce type de publicité comporte rarement toutes les mentions informatives prévues par la loi. En tout cas, aucune sanction n'est, à notre connaissance, appliquée à cet égard.

218. Enfin, dix sept ans après l'adoption du Code du consommateur, le Conseil Monétaire National, se déguisant en législateur, a déterminé qu'un coût effectif total (CET) soit mentionné, dans « toute publicité relative aux opérations de crédit destinées à l'acquisition de biens et de services par des personnes physiques »⁶⁴⁸. Certaines associations dénoncent, cependant, le non respect de ces prescriptions par la pratique. Pour sa part, la Banque Centrale, chargée par le CMN de prendre toutes les mesures nécessaires à la mise en œuvre de ses réglementations, se retranche systématiquement derrière un défaut manifeste de personnel disponible et apte à réaliser le contrôle souhaitable⁶⁴⁹. En définitive, c'est la loyauté des relations de consommation qui s'en trouve affaiblie. Doit-on pour autant douter de la capacité de l'approche législative unitaire à procurer une protection efficace au consommateur de crédit ? Nous ne le pensons pas. Les défaillances du système brésilien – l'exemple du « CET » semble le démontrer – relèvent plutôt d'un manque d'effectivité, d'un défaut de mise en œuvre efficace des sanctions prévues pour les infractions commises par les annonceurs. Ce problème affecte tout autant le système organisé par une approche sectorielle.

b) Les sanctions de la déloyauté de l'annonceur

219. L'efficacité des mesures de protection dépend largement des sanctions prévues pour leur transgression, mais aussi de leur mise en œuvre. Ces sanctions doivent être

⁶⁴⁵ BENJAMIN, Antônio Herman. de V. *et. al. Op. cit.*, p. 267.

⁶⁴⁶ *Idem, ib idem.*

⁶⁴⁷ V. MARQUES, Cláudia Lima. « Contratos no Código de defesa do consumidor », *op. cit.*, p. 155 et s.

⁶⁴⁸ Art. 3º de la rés. nº 3.517 du 6 déc. 2007. Les modalités de calcul sont précisées dans un annexe à celle-ci.

⁶⁴⁹ Manifestations exprimées par les directeurs du Département de normes (DENOR) de la Banque Centrale lors de l'« École nationale du droit de la consommation », organisée par le DPDC/MJ à Brasília, en juill. 2008.

effectives, proportionnées et dissuasives⁶⁵⁰. Dans les deux pays ici comparés, elles prévoient des conséquences pénales pour la déloyauté de l'annonceur.

220. Les sanctions en France – Dans ce pays, celui pour le compte duquel est diffusée une publicité non conforme aux dispositions du Code de la consommation est justiciable, dans le cadre du crédit mobilier à la consommation, d'une amende de 1.500 euros⁶⁵¹. Si l'annonceur est un intermédiaire de crédit, celle-ci s'élève à 3.750 euros⁶⁵². En matière de crédit immobilier, elle est fixée à 30.000 euros⁶⁵³. Dans ce dernier cas, un renvoi aux dispositions sur la publicité trompeuse permet également l'application de certaines sanctions pénales⁶⁵⁴. Les agents de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) constatent les infractions commises au moyen de procès-verbaux, qu'ils transmettent ensuite au Ministère Public⁶⁵⁵. Celui-ci reste juge de l'opportunité des poursuites devant le tribunal répressif⁶⁵⁶.

221. Les sanctions au Brésil – En l'absence de sanctions spécifiques sur la publicité du crédit, ce sont les dispositions sur la publicité trompeuse⁶⁵⁷ qui s'appliquent à la déloyauté du fournisseur⁶⁵⁸. Des sanctions pénales sont prévues à cet égard⁶⁵⁹. La différence par rapport au droit français réside, ici, en ce que les autorités chargées du contrôle des agissements illicites disposent d'un pouvoir d'appliquer directement des sanctions de nature administrative aux infractions qu'elles constatent. Ces sanctions comprennent des peines d'amende d'un montant élevé⁶⁶⁰ ainsi que la possibilité d'imposer des annonces rectificatives (« contrapropaganda »)⁶⁶¹. À côté de ces règles, le législateur a adopté des dispositions qui visent à sanctionner la publicité dite abusive. Celle-ci consiste en une annonce discriminatoire ou de nature, notamment, à inspirer une crainte ou qui exploite la superstition chez le consommateur⁶⁶². On songera ici à la répression de la publicité, massivement diffusée ces dernières années au Brésil, destinée aux personnes âgées ou à la retraite, afin de les inciter à s'endetter notamment au moyen de « créditos consignados ». Des peines similaires aux précédentes sont encore

⁶⁵⁰ Art. 23 de la dir. n° 2008/48/CE.

⁶⁵¹ Art. L. 311-34, al. 2, devenant l'art. L. 311-49, al. 2, dont l'entrée en vigueur est reportée au 1^{er} mai 2011.

⁶⁵² Art. L. 322-3.

⁶⁵³ Art. L. 312-32, al. 1^{er}.

⁶⁵⁴ L'article L. 312-32, al. 2, du Code renvoie aux arts. L. 121-1 à L. 121-7. Sont prévues, notamment, la cessation de la publicité sous peine d'astreintes, la publication des jugements de condamnation, la diffusion d'annonces rectificatives et des peines d'emprisonnement pouvant atteindre jusqu'à deux ans, outre une amende de 37.000 euros (renvoi de l'art. L. 121-6 aux peines de l'art. L. 213-1).

⁶⁵⁵ Art. L. 121-2.

⁶⁵⁶ CALAIS-AULOY, Jean et STEINMETZ, Frank, *op. cit.*, n° 371, p. 433.

⁶⁵⁷ Inspirées, ici encore, des travaux de la Commission française pour la codification du droit de la consommation. V. BENJAMIN, Antônio Herman V. *et. al. Op. cit.*, p. 336.

⁶⁵⁸ L'article 36 du Code du consommateur considère comme trompeuse toute information ou communication à caractère publicitaire, entièrement ou partiellement fausse ou, par tout autre moyen, même par omission, capable d'induire le consommateur en erreur à l'égard de la nature, des caractéristiques, de la qualité, quantité, propriétés, origine, prix et tout autre donnée sur des produits et des services.

⁶⁵⁹ Arts. 66 et 67 du Code du consommateur.

⁶⁶⁰ Art. 57, paragraphe unique, qui prévoit un plafond de trois millions d'UFIRs. Équivalente à 0,42 euros en oct. 2000, l'UFIR a été abrogée en tant qu'indice d'actualisation des dettes du Trésor public par la MP n° 2.176/79 du 23.8.2001.

⁶⁶¹ Arts. 56, XII et 60.

⁶⁶² Art. 37, § 2°.

prévues au Code⁶⁶³. On peut douter toutefois de l'efficacité pratique de ces sanctions. D'une part, les actions en justice, intentées par des consommateurs individuels, se destinent le plus souvent à obtenir l'exécution forcée d'un engagement refusé par un organisme de crédit, après la diffusion d'une publicité alléchante. D'autre part, les organismes de contrôle (PROCON) ne semblent pas oser imposer des peines administratives précisément en matière de crédit. L'une des raisons semble être le fait que le mot d'ordre de la politique gouvernementale en ce domaine est, ces dernières années, « diffuser ».

222. Le droit de la consommation poursuit, en tout cas, son œuvre de protection. Il organise aussi la protection du consommateur de crédit qui se trouve confronté à certaines pratiques de commercialisation. Le législateur impose des mesures qui tendent, à l'image d'un filtre de loyauté destiné à déjouer certains pièges, à préparer le chemin suivi par le consommateur, dans son mouvement progressif vers l'entrée en relation de crédit : d'abord, la publicité est rendue loyale et exacte, ensuite l'assainissement des pratiques commerciales contribue à lui faciliter l'accès. Ainsi qu'il l'a fait à propos de la première, le législateur a entendu encadrer celles-ci par une réglementation contraignante car elles tendent aussi à inciter à l'endettement.

B) Les pratiques commerciales

223. Certaines méthodes employées par les fournisseurs de crédit vont à l'encontre des intérêts économiques des consommateurs (1). Leur réglementation se destine à créer, avant même la formalisation du lien contractuel, un cadre de coopération où consommateur et professionnel du crédit échangent des informations destinées à assurer la viabilité de leur relation (2).

1) L'assainissement des pratiques commerciales

224. Tantôt qualifiées comme abusives, tantôt comme agressives, certaines pratiques sont réprimées par la loi (a). Une méthode particulière, dite de « crédit gratuit », sans l'induire nécessairement en erreur peut, néanmoins, l'amener à un endettement excessif. Une réglementation apparaît dès lors nécessaire (b).

a) Les pratiques commerciales abusives et agressives

225. Les pratiques abusives – Au Brésil, l'article 39 du Code du consommateur dresse une liste des pratiques commerciales interdites car abusives. Trois d'entre elles retiendront ici l'attention. La première est celle prévue à l'alinéa III de cet article, lequel interdit l'envoi ou la remise au consommateur de tout produit ou service sans commande préalable. Cette règle permet aux autorités de contrôle de sanctionner une pratique très répandue au Brésil et qui

⁶⁶³ Arts. 60 et 67.

consiste à envoyer au consommateur des cartes de crédit sans aucune commande préalable de sa part. Pour un grand nombre d'individus, la détention d'une carte de crédit représente un moyen d'ascension sociale, ou la possibilité d'intégrer enfin la société de consommation. Parmi eux, une vaste majorité ne connaît toutefois pas les conséquences juridiques liées à l'utilisation de telles cartes. Ils sont souvent conduits à ne payer qu'une part minimale autorisée du montant total de la facture mensuelle, tel qu'il y est d'ordinaire indiqué. Sur le plan administratif, les autorités compétentes éprouvent des difficultés à évincer cette pratique qu'elles essaient de réprimer en appliquant systématiquement des sanctions à l'encontre des émetteurs de cartes⁶⁶⁴.

226. La deuxième est celle prévue dans l'alinéa IV de l'article 39 du Code, lequel interdit l'exploitation de la faiblesse ou de l'ignorance du consommateur, au vu, notamment, de son âge, son état de santé, son niveau d'instruction ou sa situation sociale, pour lui procurer des produits ou des services. On songera à certaines méthodes de démarchage employées par nombre d'établissements de crédit, notamment les sociétés financières (« financeiras ») qui sont tantôt des entreprises indépendantes, tantôt des filiales de groupements bancaires⁶⁶⁵. Certaines d'entre elles réalisent un véritable harcèlement des consommateurs, non seulement à l'intérieur des grandes surfaces d'exploitation commerciale mais, désormais, même sur la voie publique⁶⁶⁶. L'application des sanctions administratives et pénales prévues dans le Code du consommateur à ce type de procédés nous paraît tout à fait possible. En l'absence, cependant, de règles spécifiques interdisant le démarchage financier, ces pratiques demeurent pour une large part impunies. Notamment, un problème de preuve de l'exploitation de la faiblesse du consommateur doit contribuer, en pratique, à leur reproduction en toute liberté. Cela est d'autant plus regrettable que le démarchage réalisé sous le couvert d'une autorisation officielle tend à empêcher l'identification de procédés analogues menés par des escrocs et des usuriers.

227. Enfin, comme la liste de l'article 39 est dressée *numerus apertus*, la doctrine spécialisée suggère l'application des sanctions du Code à l'activité abusive dite de « spamming »⁶⁶⁷, c'est-à-dire l'envoi non sollicité de courriers électroniques, lesquels peuvent contenir (et contiennent souvent) des propositions séduisantes de crédit.

228. Les pratiques agressives – En France, le démarchage électronique visant à la conclusion d'une opération de crédit est réprimé lorsqu'il est réalisé au moyen d'un automate d'appel, d'un télécopieur (« fax ») ou d'un courrier électronique⁶⁶⁸. Par ailleurs, si cette pratique

⁶⁶⁴ Le directeur du département national de protection des consommateurs (DPDC), M. Ricardo Morishita, a révélé lors d'un colloque réalisé au sein de la Banque Centrale à Brasília le 14 mai 2009, que 600.000 peines d'amende avaient été appliquées par l'ensemble des autorités administratives afin de réprimer cette pratique.

⁶⁶⁵ Par exemple, l'agence financière « Taí » appartient au groupement « Itaú », tandis que la « Losango » appartient à la HSBC.

⁶⁶⁶ Dans le centre de grandes villes, telles que São Paulo ou Porto Alegre, il est parfois difficile de s'évader du démarchage réalisé par des intermédiaires de crédit, agents ou courtiers particulièrement insistants.

⁶⁶⁷ BENJAMIN, Antônio H. de V. *et. al.*, *op. cit.*, p. 357.

⁶⁶⁸ Art. L. 121-20-5 du Code de la consommation inséré par la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique. Cet article reproduit celui du Code des postes et télécommunications (actuel. L. 34-5). Les

est répétée et qu'elle constitue une sollicitation insistante, elle sera considérée comme agressive au sens de l'article L. 122-11-1, I, 3^o, du même Code et sanctionnée en tant que telle. Pourvu, évidemment, qu'elle puisse être constatée par les autorités de contrôle... Les pratiques commerciales agressives sont sanctionnées en droit français depuis la transposition de la directive n^o 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales⁶⁶⁹. Ces dispositions sont importantes car elles sanctionnent des pratiques non prévues par la législation spécifique sur le crédit⁶⁷⁰. L'article L. 122-11 les définit comme celles qui, du fait de sollicitations répétées et insistantes ou de l'usage d'une contrainte physique ou morale, et compte tenu des circonstances qui l'entourent, altère ou est de nature à altérer de manière significative la liberté de choix d'un consommateur⁶⁷¹, vicie ou est de nature à vicier son consentement⁶⁷², ou encore entrave l'exercice de ses droits contractuels⁶⁷³.

229. Le recours au harcèlement, à la contrainte, ou à une influence injustifiée sont appréciés en prenant en considération notamment le moment et l'endroit où la pratique est mise en œuvre, sa nature et sa persistance⁶⁷⁴ ; le recours à la menace physique ou verbale⁶⁷⁵ ; ou l'exploitation, en connaissance de cause, par le professionnel, de tout malheur ou circonstance particulière d'une gravité propre à altérer le jugement du consommateur, dans le but d'influencer sa décision à l'égard du produit ou du service⁶⁷⁶. Une liste des pratiques réputées agressives en toute circonstance est, enfin, fournie à l'article L. 122-11-1, I, du Code de la consommation. Au moins deux exemples peuvent être donnés sur l'application de cette législation aux pratiques commerciales sur le crédit. D'abord, celui décrit au 6^o de l'article L. 122-11-1, I, cité qui proscrie le fait « d'exiger le paiement immédiat ou différé de produits fournis par le professionnel sans que le consommateur les ait demandés »⁶⁷⁷. L'exemple est éloquent,

techniques de communication à distance autres que celles décrites dans ce dernier Code qui se destinent à la commercialisation d'une opération de crédit ne sont interdites que si le consommateur a manifesté son opposition (art. L. 121-20-14, al. II du Code consom.). La prospection directe au moyen d'un courrier électronique est cependant permise lorsque les coordonnées du destinataire ont été recueillies directement auprès de lui à l'occasion d'une vente ou d'une prestation de services, si la prospection directe concerne des produits ou services analogues fournis par la même personne physique ou morale (art. L. 34-5, al. 4, du Code postes et télécom.). L'infraction de ces règles est soumise à une peine d'amende de 750 euros pour chaque communication. On peut douter de l'efficacité de ces dispositions à l'épreuve de l'évolution des technologies informatiques et des difficultés liées aux fraudes commises par ces moyens.

⁶⁶⁹ Arts. L. 122-11 à L. 122-15 du Code consom.

⁶⁷⁰ Les mêmes remarques faites à propos de la complémentarité entre les règles sur les pratiques commerciales trompeuses et celles sur la publicité du crédit sont valables ici. V. n^o 205 *supra*.

⁶⁷¹ Art. L. 122-11, I, 1^o.

⁶⁷² Art. L. 122-11, I, 2^o.

⁶⁷³ Art. L. 122-11, I, 3^o.

⁶⁷⁴ Art. L. 122-11, II, 1^o.

⁶⁷⁵ Art. L. 122-11, II, 2^o.

⁶⁷⁶ Art. L. 122-11, II, 3^o. Cette disposition ne prévoit pas explicitement un service, mais elle doit être interprétée à la lumière de la directive, laquelle définit dans son article 2, I, c, un produit comme « tout bien ou service, y compris les biens immobiliers, les droits et les obligations ».

⁶⁷⁷ La distinction avec la sanction de l'art. L. 311-35, 1^o, du Code consom. (devenant l'art. L. 311-50, 1^o) – qui prévoit une peine d'amende de 30.000 euros pour le prêteur ou le vendeur qui réclame ou reçoit de l'emprunteur ou de l'acheteur un paiement sous quelque forme que ce soit, en infraction aux dispositions des arts. L. 311-17 (devenant l'art. L. 311-14 et relatif au dépôt fait au profit du prêteur) et L. 311-27 (devenant l'art. L. 311-40 et relatif au dépôt reçu par le vendeur en sus de l'acompte) – réside en ce que, dans ces cas de figure, on présume que la signature d'une offre préalable par le consommateur résulte d'une démarche positive de sa part, dans le cadre d'une relation déjà initiée avec les professionnels concernés. La sanction prévue à l'art. L. 122-11-1, I, 6^o, à l'inverse, semble viser

il peut recouvrir de nombreuses hypothèses, par exemple, de ventes à crédit. Le second est relatif à l'interdiction de toute entrave à l'exercice des droits dont dispose le consommateur⁶⁷⁸. Il se peut que le professionnel soit tenté de le dissuader d'exercer ses droits de rétractation ou de remboursement anticipé d'un crédit⁶⁷⁹. S'il emploie des moyens disproportionnés⁶⁸⁰ tels que, par exemple, la menace de retarder le remboursement d'un acompte versé par le consommateur, dans le premier cas, ou de retenir une somme sous prétexte d'indemnité, dans le second, il pourrait être sanctionné sur le fondement des règles mentionnées⁶⁸¹. Le fait de mettre en oeuvre une pratique commerciale agressive est puni d'un emprisonnement de deux ans au plus et d'une amende de 150.000 euros au plus⁶⁸². Le consommateur ayant subi une pratique agressive risque toutefois de se heurter à de graves difficultés de preuve.

230. Une méthode commerciale particulièrement alléchante mérite, enfin, une attention spéciale. Il s'agit du crédit dit « gratuit ».

b) Les pratiques de crédit gratuit

231. La gratuité du crédit est un leurre. Surtout lorsque les taux d'intérêts du marché sont élevés, l'élasticité des délais des crédits consentis sans contrepartie économique devient très limitée. Hormis les cas où elle prend la forme d'une aide sociale⁶⁸³, la gratuité du crédit n'est qu'une technique commerciale parmi d'autres, destinée à séduire le consommateur. Son domaine de prédilection est celui des crédits affectés. Dans ce cas, le coût du crédit est répercuté sur le prix final que paie le consommateur. Cette technique n'est pourtant pas interdite. « Payez en plusieurs fois, sans intérêts », ou « crédit facile, à taux zéro » sont des incitations qu'on entend parfois, tant en France qu'au Brésil. Dans ce dernier pays, d'ailleurs, aucune réglementation n'existe à ce sujet. À l'heure où ces lignes sont écrites, une annonce est diffusée par un fabricant traditionnel sur un site internet qui propose l'achat de voitures neuves avec paiement en *soixante douze* échéances : on le devinera, à « juros zero »...⁶⁸⁴ Le législateur français, à son tour, a décidé, après quelques hésitations entre une réglementation

les fournitures de biens ou de services non demandées par le consommateur, fût-ce au moyen d'un crédit. Ici encore, l'étendue de la sanction (emprisonnement de deux ans et une amende de 150.000 euros) est plus large que celle des sanctions prévues aux arts. L. 122-3 du Code de la consom. et R. 635-2 du Code pénal. On notera que les arts. susindiqués introduits par la loi n° 2010-737 préc. n'entreront en vigueur qu'au 1^{er} mai 2011.

⁶⁷⁸ Art. L. 122-11, I, 3^o.

⁶⁷⁹ V. n° 307 et 475 *infra*.

⁶⁸⁰ Art. L. 122-11, II, 4^o.

⁶⁸¹ De tels agissements semblent être sanctionnés sur le fondement du dispositif sur les pratiques commerciales agressives car ils interviennent en amont, eu égard à la sanction prévue à l'art. L. 311-35, 4^o (devenant l'art. L. 311-50, 4^o – entrée en vigueur prévue au 1^{er} mai 2011) du Code consom. (persister indûment à ne pas rembourser au consommateur l'acompte versé en cas d'exercice effectif d'une rétractation). Ces mêmes remarques s'appliquent au crédit immobilier (art. L. 312-35 du Code consom.). Pour que le vendeur ou le bailleur (*leasing* immobilier) soient sanctionnés sur le fondement des arts. L. 122-11 et L. 122-11-1 du Code consom., encore faut-il cependant qu'il s'agisse de professionnels ou commerçants (pratiques « commerciales » agressives).

⁶⁸² Art. L. 122-12 du Code consom.

⁶⁸³ Par exemple pour les prêts « d'État » octroyés à « taux zéro ». V. n° 189 *supra*.

⁶⁸⁴ Le site du périodique électronique « O Estadão » (www.estadao.com.br) contient cette annonce, où sont indiqués l'annonceur (« General Motors – Chevrolet ») le bien (voiture modèle « 2010 classic »), l'adresse du professionnel (Av. Goiás, 1805, portão 1 – São Caetano do Sul), la période promotionnelle (weekend), le nombre d'échéances (72x), le montant de chaque échéance (399 reais) et le coût : taux zéro. (Accès le 19 juillet 2009).

plus stricte et l'élimination de certaines contraintes, d'enlever les entraves au développement libre de ce type de pratique commerciale.

232. Le crédit dit gratuit n'est cependant pas moins dangereux. Il pousse en pratique le consommateur à acheter toujours à crédit. Pourquoi payer au comptant lorsque l'on peut le faire plus tard sans augmentation du prix ? En différant ainsi le paiement, non seulement on peut acheter à crédit gratuitement, mais aussi, et surtout, acheter plus. Cela ne devrait pas soulever de craintes, dira-t-on, car le consommateur attentif contribuera à écarter du marché les professionnels dont les prix proposés à « crédit gratuit » sont plus chers que ceux d'un concurrent qui propose les mêmes biens pour paiement comptant. Cependant, dans un contexte où le contrôle de la concurrence est défaillant, les crédits gratuits tendent à se généraliser. Cette banalisation se répercute nécessairement sur le niveau des prix et finit par entraîner un effet général d'inflation, non seulement au détriment des consommateurs les plus modestes, mais aussi de ceux qui ne maîtrisent pas bien la gestion de leur budget. À terme, ceux-ci payeront plus cher et resteront plus longtemps engagés auprès du professionnel, voire, le plus souvent, de plusieurs professionnels. Dans ces conditions, le consommateur n'a plus de choix. La concurrence, lorsqu'elle existe, se jouera à crédit gratuit. En l'absence de réglementation spécifique, il sera vain de prétendre se fonder sur les règles du droit commun (dol ou erreur), voire sur le droit spécial des tromperies afin de déjouer l'apparence de gratuité, pour une raison simple : économiquement, il n'est pas difficile de justifier le coût du refinancement (au moyen d'escomptes bancaires, par exemple) auquel a recours un commerçant, comme un élément de plus venant composer le prix final d'un service ou d'un produit proposé à crédit, qu'on appellera pourtant gratuit.

233. Une réglementation progressivement allégée – C'est pour toutes ces raisons que le législateur français avait, dans un premier temps, décidé d'encadrer ces pratiques. D'abord, l'ancien article L. 311-5 du Code de la consommation interdisait, hors des lieux de vente, toute publicité comportant la mention « crédit gratuit », ou proposant un avantage équivalent, ou concernant la prise en charge totale ou partielle des frais de crédit par le vendeur⁶⁸⁵. Ensuite, le professionnel était obligé de proposer au consommateur un prix pour paiement comptant inférieur à la somme proposée pour l'achat à crédit ou la location, c'est-à-dire une réduction (escompte) pour paiement comptant⁶⁸⁶. La logique sur laquelle se fondait la loi est simple. Elle ressort de l'interprétation conjointe des articles L. 311-3, 2^o (durée totale supérieure à trois mois

⁶⁸⁵ Ancien art. L. 311-5, 1^o. Était libre cependant la publicité comportant l'annonce d'une période de gratuité du crédit (« franchise de paiement de loyers ou de remboursement des échéances ») jusqu'à trois mois. Dans ce cas, le législateur semblait considérer que le consommateur était suffisamment averti pour ne pas tomber dans le piège de l'apparence de gratuité (ancien art. L. 311-5, 3^o). Le 2^o de cet article interdisait encore, hors des lieux de vente, la publicité « portant sur une opération de financement proposée pour l'acquisition ou la location avec option d'achat d'un bien de consommation d'une ou plusieurs marques, mais non d'une autre, et d'un taux inférieur au coût du refinancement pour les mêmes durées, tel que défini par le comité de la réglementation bancaire ».

⁶⁸⁶ Ancien art. L. 311-7, *in fine*.

pour caractériser une opération de crédit)⁶⁸⁷ et L. 311-7 (obligation faite au vendeur de proposer un escompte pour paiement comptant)⁶⁸⁸ du Code de la consommation : à savoir une présomption *ex lege* de l'existence d'intérêts intégrés dans le prix proposé dans une opération de crédit dite « gratuite », au sens de la loi⁶⁸⁹.

234. Le législateur semble toutefois se convaincre peu à peu du caractère inoffensif de ce type de pratiques. Afin de rassurer les plus suspicieux, une loi « tendant à conforter la confiance et la protection du consommateur » a été adoptée en 2005⁶⁹⁰. Désormais, la publicité sur le crédit gratuit est libre de pénétrer tous les espaces... L'annonceur devra néanmoins préciser qui prend en charge « le coût du crédit consenti gratuitement » au consommateur⁶⁹¹. Jusqu'au 1^{er} septembre 2010 une obligation existait aussi pour le vendeur de proposer une réduction du prix proposé à crédit si le consommateur désirait payer comptant, le montant de l'escompte devant être indiqué dans la publicité⁶⁹². L'article R. 311-4 du Code prévoyait un seuil minimum pour celui-ci⁶⁹³. Ces dernières contraintes imposées au crédit gratuit ne sauraient se perpétuer. Le législateur français a adhéré au souhait du gouvernement d'« éliminer tout frein au développement » de cette pratique⁶⁹⁴. Désormais, ces obligations ne pèsent sur le fournisseur du crédit que lorsqu'il décide, de son gré, de consentir un escompte pour paiement comptant lors d'une opération de crédit gratuit⁶⁹⁵. Seules sont concernées d'ailleurs les opérations dont la durée est supérieure à trois mois et pour laquelle « ne sont pas requis d'intérêts ou d'autres frais »⁶⁹⁶. On risque de voir ainsi se développer en France un marché à

⁶⁸⁷ Ce dispositif devient l'art. L. 311-3, 4^o, à compter du 1^{er} mai 2011 mais sa teneur est modifiée par la loi n° 2010-737. V. n° 164 *supra*. Cette modification ne dément pourtant point le fait que des intérêts sont intégrés dans les crédits dits « gratuits ». Au contraire, elle renforce l'idée que ces opérations peuvent être assorties d'intérêts d'un montant non négligeable.

⁶⁸⁸ Cette règle a été abrogée par la loi n° 2010-737 du 1^{er} juill. 2010.

⁶⁸⁹ Le choix de trois mois n'est pas arbitraire. Il constitue une période pendant laquelle on estime, dans un contexte économique précis, qu'un commerçant peut être capable de supporter lui-même le coût du crédit sans devoir nécessairement se refinancer, sous le jeu de la concurrence. Aussi, afin d'éviter que le professionnel n'augmente le prix de ses produits juste avant de les proposer à crédit gratuit, le législateur complète ces dispositions par une interdiction faite au vendeur de demander à l'acheteur à crédit ou au locataire une somme d'argent supérieure au prix le plus bas effectivement pratiqué pour l'achat au comptant d'un article ou d'une prestation similaire, dans le même établissement de vente au détail, au cours des trente derniers jours précédant le début de la publicité ou de l'offre (art. L. 311-28). Quoique le vocable « vendeur » et la locution « établissement de vente au détail » soient employés dans l'art. L. 311-28 du Code, des opérations de *leasing* ou de prestation de services à crédit semblent également concernées : la même disposition emploie les termes « locataire » et « une prestation similaire » à l'achat d'un article.

⁶⁹⁰ Loi n° 2005-67 du 28 janv. 2005.

⁶⁹¹ Art. L. 311-27, *in fine*.

⁶⁹² Arts. L. 311-6 et L. 311-7.

⁶⁹³ Le taux de référence utilisé pour le calcul du prix pour paiement comptant du bien ou du service proposé à crédit (« la valeur actuelle, à la même date, des versements périodiques exigés de l'acheteur à crédit, calculée selon la méthode des intérêts composés ») était le taux annuel moyen de rendement des obligations émises au cours du semestre précédent majoré de 50% (art. R. 311-4, I, 2^o).

⁶⁹⁴ Exposé des motifs du projet de loi présenté au nom du premier ministre, p. 10. Bien qu'il y soit affirmé que cette modification « met en cohérence les dispositions existantes du code de la consommation sur le crédit gratuit avec celles de la directive » n° 2008/48/CE, aucune disposition de celle-ci n'exige de tels changements législatifs.

⁶⁹⁵ Arts. L. 311-27. Une interprétation grammaticale de cet art. pourrait cependant amener à déduire que seul l'escompte sur le prix d'achat à crédit gratuit devient facultatif, l'obligation de préciser « qui prend en charge le coût du crédit consenti gratuitement » demeurant de rigueur. Elle ne heurte pas la raison économique du dispositif car le fait que le fournisseur de crédit ne requiert « pas d'intérêts ou d'autres frais » du consommateur ne signifie pas que de tels intérêts ne sont pas intégrés dans le prix du bien proposé pour paiement comptant. Il est dès lors naturel que la publicité pour « crédit gratuit » précise qui prend en charge le coût du crédit consenti gratuitement.

⁶⁹⁶ Art. L. 311-27.

façade similaire à celle que fait miroiter la pratique du crédit à la consommation au Brésil : pour presque tous achats on peut étaler le paiement en douze, en vingt quatre échéances, voire plus et avec le merveilleux avantage d'un taux d'intérêts zéro !

235. Cette description non exhaustive des pratiques commerciales considérées par le législateur comme dangereuses pour les consommateurs démontre que l'objectif de celui-ci est, sinon d'éliminer, au moins de réduire les pratiques déloyales du marché. Attiré par la publicité ou mû par un besoin personnel, le demandeur de crédit franchit alors un pas supplémentaire. Il se met en relation avec un fournisseur de crédit. Ces acteurs sont amenés à coopérer dans le cadre des pourparlers ainsi amorcés. L'échange mutuel d'informations est alors crucial pour l'aboutissement d'une relation de crédit stable. Visant à équilibrer la situation des parties, ici encore le législateur prévoit une certaine protection de la partie faible.

2) La coopération lors des pourparlers

236. On touche alors au cœur du droit de la consommation. Toute politique de défense des consommateurs inclut comme thème majeur le droit à l'information⁶⁹⁷. Son plus grand avantage est le caractère préventif qu'elle procure à leur protection, afin d'éviter autant que possible une réparation « après coup »⁶⁹⁸.

237. Les avantages de l'information – Dans les opérations de crédit, théoriquement elle permet au consommateur de manifester sa volonté en connaissance de cause, de donner un consentement éclairé. Elle constitue aussi un important facteur au service de la concurrence, car un consommateur informé peut mieux exécuter son rôle d'acteur économique au sein du marché. Elle contribue, enfin, à réduire les risques économiques liés à l'opération. L'information a certes des mérites, mais on ne saurait en ignorer les limites. On a ainsi remarqué, avec une certaine ironie, l'existence d'un engouement universel pour l'information, la communication, regardées comme la panacée des tensions sociales : « cette politique retrouve quelque chose de l'optimisme des Lumières... »⁶⁹⁹. Sous un aspect distinct de celui qui soutient la réglementation de la publicité, un droit à être informé⁷⁰⁰ est très largement reconnu au consommateur. Le législateur consumériste se sert alors d'une technique d'information à caractère formaliste, visant à prévenir les engagements irréfléchis, pris à la légère, et à assurer la protection du consentement du consommateur.

238. Certes, il ne s'agit pas ici de faire pratiquer aux professionnels de la philanthropie, à titre purement éducatif⁷⁰¹. Fournie à l'étape précontractuelle, l'information s'inscrit au sein des

⁶⁹⁷ CALAIS-AULOY, Jean et STEINMETZ, Frank. *Op. cit.*, n° 49, p. 53.

⁶⁹⁸ *Idem, ib idem.*

⁶⁹⁹ CARBONNIER, Jean. « Droit civil – Les obligations », *Quadrige*, v. II, PUF, 2004, n° 998, p. 2062.

⁷⁰⁰ Art. L. 111-1 du Code consomm ; art. 6°, al. III, du Code du consommateur.

⁷⁰¹ Un droit à l'éducation sur la consommation adéquate de produits et de services est prévu à l'art. 6°, al. II du Code brésilien du consommateur, et son art. 4°, al. IV, prévoit comme un principe de la « politique nationale des relations de consommation » l'éducation et l'information des fournisseurs et des consommateurs quant à leurs droits et à leurs devoirs, visant à l'amélioration du marché de consommation. Cette tâche incombe, suivant l'article 106 du Code, au

pratiques commerciales proposées dans le but, précisément, de nouer une relation de consommation (a). Il n'empêche que ce droit à l'information est d'autant plus remarquable que sa réalisation revient à l'initiative du professionnel, alors même qu'une offre de crédit n'est nullement formalisée. Il permet au consommateur d'obtenir des renseignements de manière à se rendre compte du type de crédit qui est le plus avantageux pour lui (b).

a) Le formalisme informatif

239. Celui-ci constitue une « technique perfectionnée de prévention »⁷⁰², par laquelle le législateur fait peser sur le professionnel un devoir d'informer le demandeur de crédit sur les caractéristiques essentielles du bien ou du service proposés. Des règles d'ordre public fixent exactement quelles informations, par quelles formes, ou sur quels supports elles devront être fournies. Le formalisme informatif acquiert ainsi une « nature formulaire »⁷⁰³.

240. Le formalisme informatif en France – Le législateur consumériste a prévu un ensemble de règles générales et spéciales sur le devoir d'information. Les premières relèvent des articles L. 111-1⁷⁰⁴ et L. 134-1 du Code de la consommation. Ce dernier prévoit le devoir pour tout professionnel de remettre, sous peine d'amende⁷⁰⁵, « à toute personne intéressée qui en fait la demande un exemplaire des conventions qu'il propose habituellement »⁷⁰⁶. Avec le développement de l'informatique, ces informations sont fournies de plus en plus souvent sur supports électroniques.

241. Le crédit conclu par une technique de communication à distance – Lorsque le consommateur se sert d'une telle technique (par ex. internet, téléphonie fixe ou mobile etc.) pour conclure une opération de crédit, il devra être également informé. Que l'opération soit proposée par un établissement bancaire ou dans le cadre d'un système de vente ou de prestation de services organisé par le fournisseur ou par un intermédiaire, ceux-ci doivent lui

DPDC, organisme lié au Ministère de la Justice. En France, elle émane des associations de consommateurs et de l'Institut national de la consommation (art. L. 541-1 et R. 531-2 du Code consom.).

⁷⁰² AYNÈS, Laurent. « Formalisme et prévention », in *Droit du crédit au consommateur*, Ibrahim Fadlallah (org.), n° 32, p. 81. V. aussi BÉNABENT, Alain. « Droit civil – Les obligations », 10^e éd., Montchrestien, n° 101, p. 76, qui parle de « formalisme modéré » ; V. FLOUR, Jacques. « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », in *Études offertes à Georges Ripert*, t. I, LGDJ, 1950, p. 96, lequel emprunte le concept formulé par François Gény (« Science et technique en droit privé positif », III, 1925, n° 206, p. 121) : « le formalisme n'apparaît qu'autant que le consentement est enrobé dans une enveloppe strictement déterminée par la loi », faute de quoi la manifestation de volonté est « frappée d'inefficacité juridique à un degré quelconque ».

⁷⁰³ V. LAGARDE, Xavier. « Observations critiques sur la renaissance du formalisme », JCP G, I, 170, n° 15, p. 1773.

⁷⁰⁴ « Tout professionnel vendeur de biens ou prestataire de services doit, avant la conclusion du contrat, mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien ou du service ».

⁷⁰⁵ Le refus de remise est puni, suivant l'art. R. 134-1 du Code consom., des peines d'amendes prévues pour les contraventions de la 5^e classe.

⁷⁰⁶ On peut se demander, cependant, si le caractère *intuitu personae* des relations de crédit ne déroge pas à ce devoir. À quoi bon, dans ce cas, demander au prêteur des informations qu'il pourrait modifier à son gré avant la conclusion du contrat – alors même qu'une tromperie, à ce titre précisément, ne pourrait être retenue ? En l'absence d'exceptions prévues dans la loi, il y a lieu d'admettre que le fournisseur de crédit sera tenu d'honorer les conditions générales relatives aux modalités et aux mécanismes spécifiques du service concerné. En pratique, la massification des relations de consommation, associée au fait que des opérations d'un faible montant ne présentent normalement pour les parties qu'un risque négligeable, permet d'estimer que nombre d'opérations de crédit seront proposées indistinctement aux consommateurs et régies sur la base des informations ainsi fournies.

fournir, sous peine d'amendes⁷⁰⁷, un certain nombre d'informations « en temps utile et avant qu'il ne soit lié par un contrat »⁷⁰⁸. Elles doivent être fournies par écrit ou sur un autre support durable à sa disposition⁷⁰⁹, de manière claire et compréhensible⁷¹⁰. L'aspect dématérialisé de ces techniques appelle une protection accrue du consommateur. Il justifie l'adoption de règles autonomes où le formalisme informatif doit être respecté. Les règles précitées sont d'ordre public⁷¹¹. Elles sont applicables quels que soient le montant et la durée de l'opération de crédit conclue avec un consommateur⁷¹². L'information doit porter, notamment, sur⁷¹³ l'identité et l'adresse professionnelle du fournisseur (ou de son représentant ou intermédiaire)⁷¹⁴, le service proposé indiquant les risques particuliers qu'il peut comporter⁷¹⁵, les conditions de l'offre contractuelle, notamment le prix total effectivement dû par le consommateur⁷¹⁶ ainsi que les modalités de conclusion du contrat, l'existence d'un droit de rétractation⁷¹⁷ et la loi applicable aux relations entre les parties⁷¹⁸. Les besoins économiques de la concurrence viennent cependant infléchir l'état du droit à propos du devoir d'information précontractuelle. Le droit communautaire prend, ici encore, l'initiative des innovations promues.

242. Le bloc européen d'informations précontractuelles – Il est créé par la directive n° 2008/48/CE et appelé « informations européennes normalisées en matière de crédit aux consommateurs »⁷¹⁹. Le but du législateur européen est de stimuler le crédit transfrontalier⁷²⁰ au sein du marché intérieur, en permettant aux consommateurs de comparer facilement les « différentes offres pour prendre une décision en connaissance de cause »⁷²¹.

243. La nouvelle « fiche d'informations » – En France, la loi de transposition de la directive précitée prévoit que ces informations sont fournies sous la forme d'une fiche d'informations donnée à l'emprunteur préalablement à la conclusion du contrat et établie

⁷⁰⁷ Les arts. R. 121-2-3 et R. 121-2-4 du Code consom. prévoient des peines d'amendes prévues pour les contraventions de la cinquième classe pour le manquement au devoir d'information.

⁷⁰⁸ Art. L. 121-20-10, al. 1^{er}, du Code consom. La loi permet, cependant, au fournisseur d'exécuter ses obligations de communication « immédiatement après la conclusion du contrat » lorsque la technique utilisée ne permet pas la transmission des informations précontractuelles et contractuelles sur un support papier ou sur un autre support durable.

⁷⁰⁹ Art. L. 121-20-11.

⁷¹⁰ Art. L. 121-20-10, al. 3.

⁷¹¹ Art. L. 121-20-16.

⁷¹² L'art. L. 121-20-8, al. 2, fixe le domaine d'application des dispositions particulières aux contrats portant sur des services financiers et comprend les services mentionnés aux livres I^{er} à III et au titre V du livre V du code mon. et fin. Lorsque l'opération entre dans le domaine d'application de règles sur le crédit à la consommation ou sur le crédit immobilier, cependant, celles-ci doivent être respectées.

⁷¹³ L'art. R. 121-2-1 précise les informations à être fournies, dont notamment le prix total dû, y compris l'ensemble des commissions, charges et dépenses y afférentes et toutes les taxes acquittées par l'intermédiaire du fournisseur, ainsi que toute autre taxe ou frais qui ne sont pas acquittés ou facturés par lui (al. I, 2^o). Un nombre restreint d'informations et leur contenu sont précisés au 5^o de l'al. I, en cas de communication par téléphonie vocale.

⁷¹⁴ Art. L. 121-20-10, 1^o.

⁷¹⁵ L'art. L. 121-20-10, 2^o prévoit la fourniture d'une « note d'information ».

⁷¹⁶ Art. L. 121-20-10, 3^o. Lorsqu'un prix exact ne peut être indiqué, la base de calcul du prix permettant au consommateur de vérifier ce dernier devra l'être.

⁷¹⁷ Art. L. 121-20-10, 4^o. Les modalités d'exercice de ce droit doivent aussi être indiquées.

⁷¹⁸ Art. L. 121-20-10, 5^o. L'information concerne la loi applicable tant aux relations précontractuelles qu'au contrat, ainsi que l'existence de toute clause de choix de juridiction.

⁷¹⁹ Art. 5 de la Directive. Cet article prévoit aussi que le remise de ces informations satisfait aux exigences en matière d'information prévues par la Directive n° 2002/65/CE relative à la fourniture de services financiers à distance.

⁷²⁰ *Considérant* n° 4 de la Directive n° 2008/48/CE.

⁷²¹ Art. 5 de la Directive n° 2008/48/CE.

compte tenu de ses préférences⁷²². Son contenu et ses modalités de présentation devront être précisés par un décret en Conseil d'État⁷²³. Le législateur est cependant limité par les dispositions de la directive. Celle-ci prévoit une liste longue et limitative des mentions informatives⁷²⁴. Toutes les informations complémentaires que le prêteur souhaite donner à l'emprunteur sont ainsi fournies dans un document distinct⁷²⁵. Inspiré sans doute de la fiche d'informations prévue à l'article L. 112-2 du Code des assurances, ce nouveau formulaire devra, de l'aveu même des parlementaires⁷²⁶, prendre le pas sur l'offre préalable en tant qu'instrument principal d'information précontractuelle du demandeur du crédit⁷²⁷. Ainsi qu'il a été remarqué à propos de ce procédé en matière d'assurances⁷²⁸, l'idée de remettre au consommateur un résumé du contrat « est donc très séduisante ». Dans la pratique actuelle du crédit, on dit que le contrat est illisible⁷²⁹. À y regarder de plus près, cependant, l'efficacité du procédé de la fiche d'informations paraît douteuse. Quelques remarques méritent alors d'être faites sur les dispositions proposées.

244. La fiche d'informations n'est pas une offre – C'est la première remarque qui découle de ce que nous venons de préciser. Quant à l'indication du montant et du coût du crédit⁷³⁰, seule l'offre représente un engagement ferme de la part du professionnel, qu'il s'agisse d'un prêt, ou d'une vente ou prestation de services à crédit⁷³¹. Afin d'éliminer toute polémique à cet égard, la loi de transposition de la directive prévoit expressément le caractère facultatif de la remise par le prêteur d'un « exemplaire de l'offre de contrat »⁷³². Un problème n'est toutefois pas éliminé par cette disposition. Le caractère obligatoire de la remise de la

⁷²² Art. L. 311-6, al. 1^{er} du Code consom., dont l'entrée en vigueur est reportée au 1^{er} mai 2011. Cette fiche doit être fournie par écrit ou sur un autre support durable.

⁷²³ Art. L. 311-6, I, al. 2. Un décret en Conseil d'État devra aussi préciser une liste et les conditions de présentation des informations précontractuelles écrites pour les opérations de découvert remboursable dans un délai supérieur à un mois et inférieur ou égal à trois mois (art. L. 311-43, I, al. 2, dont l'entrée en vigueur est également reportée au 1^{er} mai 2011).

⁷²⁴ Art. 5, par. 1, als. a à s. Une innovation importante de la directive constitue l'obligation faite au prêteur ou, le cas échéant, à l'intermédiaire de crédit, d'indiquer, dans les contrats de « crédit accordé sous forme d'un délai de paiement pour un bien ou un service donné et contrats de crédit liés », le bien ou service concerné et leur prix au comptant (art. 5, par. 1, e).

⁷²⁵ Art. L. 311-7, al. 2 (entrée en vigueur prévue au 1^{er} mai 2011).

⁷²⁶ Rapport n° 447 du sénateur Philippe Dominati annexe au procès-verbal de la séance du 2 juin 2009, sur le Projet de loi n° 364 du premier ministre portant réforme du crédit à la consommation, p. 186.

⁷²⁷ Dans le même sens, v. GOURIO, Alain. « La réforme du crédit à la consommation », JCP E 2010, 1675, n° 42. Aux yeux des parlementaires, « l'offre préalable devient inutile » (rapport n° 447 préc., p. 206). Cette affirmation est juridiquement erronée. Pour que le contrat devienne parfait une offre doit nécessairement être émise « préalablement » en tant que manifestation de volonté.

⁷²⁸ KULLMANN, Jérôme. « Les relations entre assureurs et assurés en droit français », in « La protection de la partie faible dans les rapports contractuels – comparaisons franco-belges », GHESTIN, Jacques et FONTAINE, Marcel (dir.), LGDJ, 1996, n° 26, p. 362.

⁷²⁹ Rapport Sénat n° 447, préc., p. 185. V. aussi CARBONNIER, Jean. *Op. cit.*, n° 998, p. 2062 : « qui peut lire autrement qu'en diagonale les indications minutieuses prescrites par l'article L. 311-10 du Code de la consommation ? »

⁷³⁰ Le considérant n° 19 de la directive n° 2008/48/CE prévoit que « le taux annuel effectif global ne pouvant à ce stade être indiqué que par un exemple, celui-ci devrait être représentatif. Par conséquent, il devrait correspondre par exemple à la durée moyenne et au montant total du crédit accordé pour le type de contrat de crédit concerné et, le cas échéant, aux biens achetés. L'élaboration de l'exemple représentatif devrait également tenir compte de la fréquence de certains types de contrat de crédit sur un marché donné ».

⁷³¹ Encore faut-il qu'il donne son agrément à la demande du consommateur. V. n° 387 *infra*.

⁷³² Art. L. 311-7, al. 1^{er} (entrée en vigueur prévue au 1^{er} mai 2011).

nouvelle « fiche préalable » ne semble *a priori* pas soulever de doutes⁷³³. Toutefois, la sanction du « prêteur qui accorde un crédit sans communiquer à l'emprunteur les informations précontractuelles » est la déchéance automatique du droit aux intérêts⁷³⁴. Or, à défaut de contrat, de quels intérêts parle-t-on? Peut-être le candidat emprunteur pourra-t-il, en cas de refus de remise, contraindre le prêteur à lui octroyer un crédit gratuitement ! Ce serait raisonner *ad absurdum*... En pratique, le prêteur pourra ne fournir la fiche d'informations que lorsqu'il se disposera à consentir le crédit. Comme aucun délai n'est à respecter entre la date de remise de celle-ci et celle de l'offre de contracter, la sanction du défaut de remise de la fiche préalable tendra à devenir lettre morte⁷³⁵. Dans ces conditions, on peut se demander si une transposition correcte de la directive est bien assurée⁷³⁶.

245. La preuve de la remise d'une fiche d'informations – Des polémiques ne manqueront pas d'être soulevées à cet égard, quand bien même le prêteur alléguera l'avoir remise. Notamment, on risque de retrouver les problèmes existant en matière d'assurances. Pour celles-ci, un décret pris en Conseil d'État prévoit que la remise n'est constatée qu'*a posteriori*, lors de la conclusion définitive du contrat. Par une mention signée et datée par le souscripteur apposée sur celui-ci, il reconnaît avoir reçu au préalable la fiche d'informations. C'était, on l'a dit⁷³⁷, faire preuve de très peu de réalisme. En notre matière, en l'absence de prévisions dans la loi, les parlementaires estiment, sans autres précisions, que « l'accomplissement de cette obligation devra être attestée (*sic*) par la signature du client »⁷³⁸. Dès lors, il suffira au prêteur d'insérer dans le contrat une clause de reconnaissance de la remise préalable de la fiche d'informations, et l'on ne voit plus aucune utilité à celle-ci.

246. Certaines informations précontractuelles sur les crédits renouvelables – Enfin, la « normalisation européenne » contient un élément d'information d'une spéciale importance relativement aux crédits renouvelables et aux découverts en compte⁷³⁹. La directive prévoit que l'information précontractuelle « comporte une déclaration claire et concise selon laquelle les contrats de crédit de ce type ne garantissent pas le remboursement du montant total du crédit tiré au titre du contrat de crédit, sauf si une telle garantie est donnée ». Le texte communautaire semble faire allusion ici au fait que le remboursement de la part du capital emprunté ne

⁷³³ Art. L. 311-6, I, al. 1^{er} : «... le prêteur ou l'intermédiaire de crédit donne à l'emprunteur [...] les informations... ». Le II de cet art. prévoit ensuite que, lorsque le consommateur sollicite la conclusion du contrat de crédit sur le lieu de vente, le prêteur veille à ce que la fiche d'informations lui soit remise sur le lieu de vente ».

⁷³⁴ Arts. L. 311-48 (entrée en vigueur prévue au 1^{er} mai 2011). La directive de 2008 exonère de cette obligation les fournisseurs de biens ou de services agissant en qualité d'intermédiaires de crédit (art. 7).

⁷³⁵ Certes, une amende de 1500 euros est prévue pour le défaut de remise de cette fiche (art. L. 311-49). On peut douter cependant de l'efficacité pratique de cette règle. Il semble difficile aussi d'appliquer par analogie les peines prévues pour le défaut de remise des conditions générales de l'article R. 134-1, les règles de droit pénal s'interprétant restrictivement.

⁷³⁶ Le considérant n° 19 de la Directive prévoit qu'« il convient, pour que le consommateur puisse prendre sa décision en pleine connaissance de cause, que celui-ci reçoive, préalablement à la conclusion du contrat de crédit, des informations adéquates qu'il peut emporter et examiner ».

⁷³⁷ KULLMANN, Jérôme. *Op. cit.*, n° 29, p. 365.

⁷³⁸ Rapport n° 447 préc., du sénateur Philippe Dominati, p. 185.

⁷³⁹ Art. 5, paragraphe 5 de la directive n° 2008/48/CE. Le terme « renouvelable » n'est cependant pas employé dans la directive.

recouvre pas celui des intérêts. En pratique, le consommateur ne s'en rend pas toujours compte dans ces types d'opérations (surtout pour le crédit renouvelable), lorsqu'il paie les échéances du crédit. Il convient alors d'attirer particulièrement son attention sur ce point. Il n'est pas étonnant que la directive détermine l'emploi d'une formule « claire et précise » dans l'information précontractuelle. À cet égard, la loi française ne semble pas satisfaire à l'exigence du droit supranational. La mention de ce que « chaque échéance comprend un remboursement minimal du capital emprunté » (obligatoire suivant l'art. L. 311-16, al. 2)⁷⁴⁰ est, certes, concise mais elle ne semble pas porter un avertissement clair pour le consommateur. En outre, elle ne figurera que dans le seul contrat de crédit⁷⁴¹.

247. L'information précontractuelle au Brésil – L'article 52 du Code du consommateur prévoit un devoir pour le fournisseur de crédit d'informer celui-ci « adéquatement et préalablement » à la conclusion du contrat, sur le prix du produit ou du service exprimé en monnaie nationale (al. I), le montant des intérêts moratoires et du taux annuel effectif d'intérêts (al. II), les frais légalement prévus (al. III), le nombre et la périodicité des remboursements (al. IV), la somme totale à payer, avec et sans financement (al. V)⁷⁴². La loi ne prévoit cependant pas la forme ou le support sur lequel ces données doivent être fournies.

248. La réglementation de l'autorité financière – Le Conseil Monétaire National (CMN) a entendu réglementer ce devoir de transparence dans les relations de crédit. Il a adopté des résolutions qui imposent aux établissements de crédit de fournir des informations de manière à ce que le consommateur prenne connaissance « préalablement et intégralement des clauses contractuelles, en soulignant notamment les clauses pénales et celles qui prévoient sa responsabilité »⁷⁴³. Cette réglementation est toutefois insuffisante pour procurer au consommateur une bonne information précontractuelle. Notamment, aucune modalité de fourniture de cette information n'est prévue. Dans une formule très vague, il est prescrit que les institutions financières doivent « mettre en évidence, pour les clients, les conditions contractuelles et celles découlant des prévisions réglementaires »⁷⁴⁴. Il est ainsi devenu un lieu commun de dire que le brésilien moyen ne fait guère attention qu'au montant des échéances de remboursement du crédit⁷⁴⁵. Tant que ce montant s'accorde avec son budget mensuel, dit-on, le consommateur sera disposé à s'engager, sans égard aux autres données relatives au crédit proposé. Admettant que cela soit vrai, ne devrait-on pas y voir, entre autres, un symptôme,

⁷⁴⁰ Son entrée en vigueur est pourtant reportée au 1^{er} mai 2011.

⁷⁴¹ On peut penser que cette information fera l'objet du décret mentionné à l'art. L. 311-6, I, al. 2, de la loi.

⁷⁴² Aucune modalité de mise en œuvre de ces règles n'est cependant prévue dans le Code.

⁷⁴³ Art. 1^o, al. I, de la rés. n^o 2.878 du 26.7.2001. Paradoxalement, ce dispositif impose la « fourniture d'une copie imprimée, ou par moyen électronique » des seuls contrats, et ce « après leur formalisation » (art. 1^o, al. IV, modifié par l'art. 1^o, al. I, de la rés. n^o 2.892 du 26.9.2001).

⁷⁴⁴ Art. 3^o de la Résolution CMN n^o 2.878 du 26.7.2001, qui énumère à titre d'exemple les informations suivantes : les rémunérations, frais, tarifs, commissions, clauses pénales et toute autre charge demandée relative aux contrats d'ouverture de crédit, de découvert en compte et de prestations de services en général.

⁷⁴⁵ Sans pour autant que des études scientifiques en aient été effectuées, à notre connaissance. En France, Bernard DUBOIS (*op. cit.*, p. 215) révèle que, d'après certaines études, le consommateur français serait bien plus sensible au montant du remboursement mensuel qu'au nombre de mensualités.

précisément, du défaut d'informations disponibles dans le marché ? Il apparaît révélateur à cet égard de constater qu'un grand nombre de litiges dans les opérations de crédit concerne la contestation de leur coût⁷⁴⁶. En réponse aux revendications de certains mouvements consommateurs, le CMN a adopté une résolution instituant la standardisation et le devoir d'information sur le « CET », à savoir le coût effectif total des opérations de crédit⁷⁴⁷. Désormais, toutes les charges liées à une telle opération, y compris le taux des intérêts contractuels, les taxes, frais d'assurances et toute autre somme demandée au consommateur, même si elles sont relatives à des services fournis par des tiers, doivent être réunies sous la seule enseigne du CET⁷⁴⁸. Celui-ci devra être exprimé sous la forme d'un pourcentage annuel, calculé suivant une formule présentée en annexe à la résolution⁷⁴⁹. Ce devoir d'information incombe aux institutions financières et aux sociétés de *leasing*⁷⁵⁰. Cette réglementation suscite plusieurs réserves.

249. Les défaillances de la réglementation – Notamment, l'unification souhaitée n'est pas complètement réussie, puisque la même résolution prévoit que n'entreront pas dans le calcul du CET les « taux variables et toute clause d'indexation ou de rémunération du capital dont la valeur se modifie au cours de l'opération ». Ceux-ci devront alors être informés avec le CET, mais de manière distincte. La référence à des « taux variables », parmi les exceptions décrites dans le règlement, semble superfétatoire⁷⁵¹. Surtout, on doit considérer qu'elle n'est pas relative aux intérêts conventionnels. Comment autrement présenter le coût « effectif total » d'une opération de crédit sans que ceux-ci, même variables, soient pris en compte dans le calcul ?⁷⁵²

250. En matière de crédit immobilier relevant du secteur réglementé (SFH), d'ailleurs, l'autorité financière adopte une attitude que l'on doit considérer pour le moins comme ambiguë. Soixante ans après le décret-loi d'institution des clauses d'indexation dans ce type d'opérations, une loi de 2006 a finalement abrogé leur caractère obligatoire⁷⁵³. Curieusement, cependant, un dispositif a été ajouté à la loi, lequel prévoit que dans les contrats où une telle clause n'est point stipulée, la valeur qu'elle représente pourra tout de même être « ajoutée » au montant du taux

⁷⁴⁶ Une autre explication résulte certainement du prix élevé du crédit dans le pays.

⁷⁴⁷ Rés. n° 3.517 du 6.12.2007. V. n° 218 *supra*.

⁷⁴⁸ Art. 1^o, § 2^o, de la rés. n° 3.517 préc.

⁷⁴⁹ Art. 1^o, § 2^o.

⁷⁵⁰ Art. 1^o, *caput*.

⁷⁵¹ La référence aux clauses d'indexation suffit pour atteindre la finalité de la réglementation.

⁷⁵² Une méthode de calcul spéciale est prévue pour les découverts en compte. La résolution prévoit notamment qu'un délai de trente jours doit être pris en compte (art. 1^o, § 5^o, al. I). Pour autant, l'on ne sait pas si cette prévision indique simplement qu'une telle durée devra correspondre à une fraction mensuelle de l'année, ou si elle déroge à la nature annuelle du CET. Enfin, les vendeurs et les prestataires de service n'étant pas concernés par la réglementation lorsqu'ils fournissent le crédit eux-mêmes, une part très large du marché du crédit à la consommation s'en trouvera exclue, au détriment de la concurrence que permettrait de fomenter la comparaison entre les différents fournisseurs.

⁷⁵³ Le déc.-loi n° 19 du 30.8.1966 prévoyait leur caractère obligatoire. L'art. 18, § 2^o de la loi n° 8.177 du 1.3.1991 prévoyait l'application aux crédits immobiliers relevant du SFH d'une clause d'indexation appelée « taux de référence » (TR). La loi n° 11.434 de 2006 modifiant la loi n° 8.177/1993 (art. 18-A nouveau) a instauré leur caractère facultatif. Le montant de la TR est cependant encore informée mensuellement par la Banque Centrale (loi n° 8.177/1993, art. 1^o).

d'intérêts (limité par la loi à 12% par an)⁷⁵⁴ ! Le législateur semble, ici, ignorer la psychologie la plus enfantine dont chaque emprunteur adulte se souviendra : « donner et reprendre, ce retour est ressenti, par l'enfant déjà, comme diabolique, parce qu'il vient briser un sentiment d'amour »... Il est impératif de poursuivre une interprétation qui rende une cohérence au texte légal. Dans tous les cas, il semble inadmissible de prétendre que le législateur permette aux organismes prêteurs de percevoir des charges (d'un montant très important), sans pour autant que le consommateur en soit dûment informé. Cela contreviendrait de manière flagrante au principe d'ordre public de transparence dans les relations de consommation⁷⁵⁵. La Banque Centrale ne semble pas adhérer à ces considérations. Depuis l'avènement de la nouvelle législation, elle publie tous les mois des communiqués où elle informe un taux qu'elle nomme « intérêts préfixés », mais d'un montant plus élevé que le plafond de l'usure (12% par an)⁷⁵⁶. Ceci au détriment, évidemment, de l'information du consommateur, lequel n'est plus en mesure de savoir ce qui relève des intérêts et ce qui représente la part d'indexation dans ledit « taux maximal préfixé »⁷⁵⁷.

251. Position – En l'état actuel de la pratique du crédit, on peut douter de l'efficacité de l'information précontractuelle donnée au consommateur, tant en France qu'au Brésil. Contrairement aux dispositions légales et réglementaires en vigueur, les établissements de crédit négligent, tout d'abord, la divulgation des informations. Les conditions générales des opérations proposées, par exemple, sont difficilement obtenues si l'on n'est pas encore « client », alors même que des sanctions pénales sont prévues pour les cas de refus de remise. Ensuite, lorsqu'une personne simplement « intéressée »⁷⁵⁸, accède enfin à ces informations, on peut douter que celles-ci soient fournies de manière claire et compréhensible pour le consommateur moyen. Généralement, celui-ci est noyé dans une marée de données, qu'il finit par ignorer en bloc⁷⁵⁹ : il ne les lit point. Tant pis pour lui, dira-t-on, il ne peut dès lors s'en prendre qu'à lui-même ; « à quoi bon mettre en place un système fort complexe d'information si l'on ne voit aucune négligence dans le fait de ne pas avoir lu les écrits dont la délivrance est ainsi imposée ? »⁷⁶⁰

⁷⁵⁴ L'art. 25, § 2^o, de loi n° 8.692 du 28.7.1993 modifié par la « Medida Provisória » n° 2.197-43 du 24.8.2001 prévoit que la Banque Centrale fixera le taux d'intérêts pour les opérations du SFH, dans la limite de 12% par an, en fonction des revenus du consommateur.

⁷⁵⁵ Art. 4^o, *caput*, du Code du consommateur.

⁷⁵⁶ Le premier est le communiqué n° 14.920 du 28.9.2009, celui du mois d'avril 2009 (du 16.4.2009) présentant un taux plafond de 13,5345% par an. La Banque Centrale déduit de la nouvelle législation que, désormais, il y aura deux types de contrats relevant du SFH : ceux avec un taux d'intérêts « préfixé », composé par la somme du plafond légal de 12% par an et de la valeur correspondant à la TR d'indexation ; et ceux à taux d'intérêts « variables », car l'information sur la TR mensuelle est indiquée séparément, avec le taux d'intérêts pratiqué par chaque banque.

⁷⁵⁷ La résolution CMN n° 3.409 du 27.9.2006 détermine à la Banque Centrale de divulguer le « plafond des intérêts dans les contrats de financement relevant du Système Financier de l'Habitation (SFH) qui comportent un taux préfixé ».

⁷⁵⁸ V. art. 134-1 du Code de la consommation français.

⁷⁵⁹ PAISANT, Gilles. « La loi du 31 décembre 1989 relative au surendettement des ménages », JCP 1990, I, 3457, n° 77.

⁷⁶⁰ KULLMANN, Jérôme. *Op. cit.*, n° 27, p. 363. V. aussi CARBONNIER, Jean. « Droit civil », v. II, Quadriga/PUF, 2004, n° 997, p. 2061 : « il avait la possibilité de s'informer lui-même ; il devait avoir assez d'usage de la vie pour n'accepter qu'avec un grain de sel les assurances habituelles dont les professionnels sont prodigues ».

252. Sans doute, dans l'élan de protection, on ne doit pas tomber dans le piège d'un paternalisme rendant le consommateur irresponsable et on devrait probablement admettre l'existence même d'un « devoir de lecture »⁷⁶¹. Toutefois, alors que l'on ne conteste guère que « la surinformation tue l'information »⁷⁶², la mise en place (ou la tolérance en pratique) d'un mécanisme que l'on sait d'avance être inefficace⁷⁶³ n'est pas plus responsable. Dans ces conditions, l'idée même du formalisme informatif comme instrument de protection s'en trouve affaiblie. Les critiques adressées législateur consumériste sont alors implacables : son formalisme est lourd⁷⁶⁴, excessif⁷⁶⁵, touffu⁷⁶⁶, vétilleux⁷⁶⁷, paperassier⁷⁶⁸ et bureaucratique⁷⁶⁹, beaucoup trop tatillon⁷⁷⁰ et de nature à représenter un véritable épouvantail pour les créanciers⁷⁷¹. À cet égard, le régime établi en France pour la fiche d'informations n'est pas à l'abri de la critique. On risque de rajouter encore au contentieux relatif aux mentions obligatoires devant figurer dans l'offre de crédit⁷⁷². On ne saurait pour autant dispenser les fournisseurs de crédit du devoir d'information. Celle-ci est essentielle pour le consommateur. Simplement, elle ne peut suffire, à elle seule⁷⁷³. C'est pourquoi une coopération entre les acteurs du crédit pendant la phase précontractuelle est nécessaire. Elle implique que l'information soit accompagnée de renseignements propres à mettre le consommateur en mesure d'en saisir pleinement l'étendue.

b) Les explications fournies au demandeur du crédit

253. Le consommateur est seul maître de la destination des fonds demandés. Il doit poursuivre une démarche active dans l'analyse de l'opportunité du crédit. Notamment, il doit agir de bonne foi et de manière loyale. La décision du prêteur dépend certes des informations fournies par celui-ci sur sa situation financière. Il doit, cependant, se garder d'exercer une

⁷⁶¹ KULLMANN, Jérôme. *Op. cit.*, n° 27, p. 363 ; COUTURIER, Gérard. « Les finalités et les sanctions du formalisme », *Defrénois* 15 août 2000, n° 15-16, p. 880.

⁷⁶² PIEDELIÈVRE, Stéphane. « Remarques sur la charte relative aux conventions de dépôt », *RTD com.* juill.-sept. 2003, n° 8, p. 471 ; CARBONNIER, Jean. *Op. cit.*, n° 998, p. 2062 : « l'excès d'information, autant que son défaut, peut faire du mal » ; CALAIS-AULOY, Jean et STEINMETZ, Frank. *Op. cit.*, n° 354, p. 415.

⁷⁶³ V. STOUFFLET, Jean. « Propos non-conformistes sur la protection du consommateur emprunteur », *Mélanges Christian Gavalda*, Dalloz, 2001, n° 17 et s., p. 292 qui pose la question de l'efficacité du mécanisme informatif mis en œuvre.

⁷⁶⁴ *Idem*, n° 5, p. 289.

⁷⁶⁵ CALAIS-AULOY, Jean et STEINMETZ, Frank. *Op. cit.*, n° 354, p. 415.

⁷⁶⁶ COLLART DUTILLEUL, François et DELEBECQUE, Philippe. « contrats civils et commerciaux », 8^e éd., Paris : Dalloz, 2007, n° 874, p. 835.

⁷⁶⁷ GOURIO, Alain. *Op. cit.* ; AYNÈS, Laurent. *Op. cit.*, n° 4, p. 67, mais cet auteur approuve le mécanisme instauré par les lois Scrivener (n° 56, p. 92) sauf, selon lui, « à remarquer, avec Ihering, que la règle de forme peut produire le meilleur comme le pire ».

⁷⁶⁸ TERRÉ, François, SIMLER, Philippe et LEQUETTE, Yves. « Droit civil – Les obligations », *op. cit.*, n° 262, p. 269 ; MALAURIE, Philippe, AYNÈS, Laurent et GAUTIER, Pierre-Yves. « Droit civil – Les contrats spéciaux », 3^e éd., Paris : Defrénois, 2007, n° 954, p. 559 ; MAZEAUD, Denis. « L'endettement des acquéreurs », *RD imm.* 1995, n° 13, p. 644.

⁷⁶⁹ LAGARDE, Xavier. « Observations critiques sur la renaissance du formalisme », *op. cit.*, n° 2, p. 1768.

⁷⁷⁰ PIEDELIÈVRE, Stéphane. « Droit de la consommation », *op. cit.*, n° 317, p. 249.

⁷⁷¹ MAZEAUD, Denis. « La forme, sœur jumelle de la liberté ou ennemie jurée de la sécurité ? », *Dalloz* 1998, *Somm.* p. 110.

⁷⁷² V. spéc. n° 278 *infra*.

⁷⁷³ V. DAVO, Hélène. « Formalisme bancaire et protection du consommateur », in *Liber Amicorum Jean Calais-Auloy*, p. 332.

immixtion dans les affaires de son client potentiel. Souvent, ceci constitue un argument facile pour éviter les coûts que demanderait une démarche active du prêteur envers le demandeur du crédit, de manière personnalisée. Il peut ainsi être tenté de poursuivre une démarche exclusivement standardisée, voire automatisée à l'égard des clients potentiels afin de réaliser des gains d'échelle. Plus que dans d'autres domaines, cependant, c'est l'échange mutuel d'informations, un dialogue entamé entre le fournisseur et le demandeur de crédit, avant que celui-ci ne s'engage, qui leur permet de construire une relation de crédit équilibrée. À défaut, le crédit octroyé risque d'être mal adapté aux besoins personnels du consommateur et de dégénérer en une aggravation de sa situation financière. Afin justement d'éviter les dérives du crédit, un mouvement gagne du terrain depuis quelques années. En prônant une démarche responsable de la part des prêteurs, l'on prétend que des explications données par ceux-ci au candidat emprunteur sur l'opération envisagée avant la conclusion du contrat, compte tenu notamment de sa situation financière, pourraient prévenir la dérive du crédit.

254. Les règles supranationales sur le crédit responsable – Le législateur communautaire a adhéré à ces idées. La directive n° 2008/48/CE crée pour le fournisseur du crédit un devoir précontractuel d'assistance⁷⁷⁴ au bénéfice du consommateur. Ce devoir implique, d'une part, la vérification de la solvabilité « de chaque consommateur au cas par cas » et sa mise en garde, le cas échéant, sur les risques du défaut de paiement ou du surendettement ; d'autre part, une « aide supplémentaire »⁷⁷⁵ à l'information précontractuelle fournie, afin que le consommateur puisse déterminer quel contrat de crédit, parmi l'éventail des produits proposés, correspond le mieux à ses besoins et à sa situation financière. Ainsi, si nécessaire, les caractéristiques essentielles des produits proposés devraient faire l'objet d'une explication personnalisée au consommateur de manière à ce que celui-ci puisse comprendre l'impact que ces produits peuvent avoir sur sa situation économique. Le cas échéant, ce devoir de prêter assistance au consommateur devrait également s'appliquer aux intermédiaires de crédit⁷⁷⁶. Pour atteindre ces objectifs, la directive laisse à la discrétion des États membres la fixation des moyens nécessaires pour sanctionner les prêteurs qui octroieraient des crédits de manière irresponsable⁷⁷⁷.

255. La transposition des règles sur le crédit responsable – En France, ces règles ont été transposées aux articles L. 311-8 à L. 311-10 du Code de la consommation⁷⁷⁸. Elles vont même plus loin. Notamment, des modalités de vérification de la solvabilité du consommateur y sont fixées. Tout d'abord, le fournisseur du crédit doit consulter le fichier

⁷⁷⁴ V. considérant n° 27 de la Directive n 2008/48/CE.

⁷⁷⁵ *Idem.*

⁷⁷⁶ *Idem.*

⁷⁷⁷ Considérant n° 26 de la Directive n° 2008/48/CE.

⁷⁷⁸ Ces dispositifs n'entreront en vigueur qu'à compter du 1^{er} mai 2011. Un art. L. 311-10-1 a encore été prévu dans le but de plafonner (par décret) des primes en nature de produits ou biens éventuellement donnés à titre gratuit lors de la conclusion d'une opération de crédit à la consommation.

d'incidents de paiement (FICP) géré par la Banque de France⁷⁷⁹. Ensuite, lorsque les opérations de crédit sont conclues sur le lieu de vente ou au moyen d'une technique de communication à distance, le prêteur ou l'intermédiaire de crédit doit recueillir un certain nombre d'informations sur le candidat emprunteur. Ceci est effectué au moyen d'une nouvelle fiche d'informations (distincte de celle destinée à l'information du consommateur⁷⁸⁰). Cette fiche comportera, notamment, les éléments relatifs à ses ressources et ses charges ainsi que, le cas échéant, les prêts en cours qu'il aura contractés. Elle sera enfin signée ou « confirmée par voie électronique » par lui⁷⁸¹.

256. Ce procédé a suscité des réserves. Un auteur a présagé des effets néfastes pour le consommateur, au cas où ces dernières règles seraient adoptées⁷⁸². L'on craint notamment qu'il soit déclaré de mauvaise foi si, par exemple, il donne une information incomplète ou s'il ne sait plus où il en est de ses crédits⁷⁸³. L'analyse des travaux parlementaires révèle que le législateur souhaitait créer une « fiche de dialogue »⁷⁸⁴ démontrant que le prêteur a procédé à la vérification de la solvabilité du consommateur. Le prêteur n'est pourtant pas déchargé de toute autre recherche dans le but de recueillir « un nombre suffisant d'informations »⁷⁸⁵. Celles que le consommateur fournit ne constituent, suivant la loi, qu'un élément parmi d'autres⁷⁸⁶. Les dangers liés au crédit renouvelable ont, enfin, poussé le législateur à adopter une règle qui prévoit le devoir pour le prêteur ou l'intermédiaire de crédit de donner au consommateur la possibilité de souscrire une offre de crédit amortissable alternative à ce type d'opérations⁷⁸⁷. Que l'on ne s'y trompe pas : le législateur n'a pas entendu, par ces mesures, fournir au consommateur la garantie d'une bonne affaire. Il vise simplement à éviter que la dénaturation du crédit⁷⁸⁸ n'engendre sa ruine et, à une échelle plus large, la dérive du système financier lui-même.

⁷⁷⁹ Art. L. 311-9.

⁷⁸⁰ V. n° 243 *supra*. Cette fiche est établie par écrit ou sur un autre support durable (art. L. 311-10).

⁷⁸¹ Art. L. 311-10.

⁷⁸² RAYMOND, Guy. « Analyse critique du projet de loi portant réforme du crédit à la consommation », *Contrats, conc., consom.*, 2009, Études, n° 6.

⁷⁸³ *Idem, ibidem*. L'art. L. 311-10 prévoit que les informations figurant dans la fiche doivent faire l'objet d'une déclaration certifiant sur l'honneur leur exactitude. Par une précaution avouée (Rapport préc., p. 193), les sénateurs avaient cru bon d'ajouter, en première lecture, au Projet du gouvernement une prévision suivant laquelle « seules les informations figurant dans la fiche corroborées par des justificatifs peuvent être opposées à l'emprunteur » (art. L. 311-10, *in fine*, du Projet de loi n° 98 adopté par le Sénat le 17 juin 2009). Les députés l'ont toutefois remplacée par la précédente, relative à la déclaration sur l'honneur (Texte n° 451 du 27 avr. 2010, p. 12). Elle ne figure pas au texte finalement approuvé.

⁷⁸⁴ Rapport du sénateur Philippe Dominati, préc., p. 192, où il est indiqué que cette fiche s'apparente à la pratique des « points budgets », par laquelle certains établissements se renseignent sur la situation familiale et professionnelle du consommateur ainsi qu'à son budget mensuel.

⁷⁸⁵ Art. L. 311-9.

⁷⁸⁶ En tout état de cause, l'établissement de la mauvaise foi de l'emprunteur demeure à la charge du prêteur. Le législateur a d'ailleurs entendu accroître les devoirs de celui-ci, lequel doit veiller à ce que « les personnes chargées de fournir à l'emprunteur les explications sur le crédit proposé et de recueillir les informations nécessaires à l'établissement de la fiche prévue à l'article L. 311-10 sont formées à la distribution du crédit à la consommation et à la prévention du surendettement » (art. L. 311-8, al. 3).

⁷⁸⁷ Art. L. 311-8-1, prévu sous peine d'une amende de 1500 euros (art. L. 311-49, al. 4). Cette règle ne s'applique cependant qu'aux crédits affectés proposés sur le lieu de vente, pour un montant supérieur à un seuil fixé par décret.

⁷⁸⁸ L'expression est de ATIAS, Christian. « Le crédit dénaturé », D. 1996, p. 328.

257. Le mouvement pour un crédit responsable au Brésil – Dans ce pays le mouvement consumériste pour un crédit responsable commence seulement à se faire entendre⁷⁸⁹. Certains ouvrages récents rendent compte de cette nécessité. Le Conseil Monétaire National a adopté en 2001 une réglementation qui prévoit un devoir de renseignements à la charge des établissements de crédit. Ce devoir concerne, notamment, les caractéristiques des services proposés. Il doit être exécuté à la demande des « clients ou du public usager, de manière à éliminer leurs doutes brièvement et efficacement »⁷⁹⁰. La prestation d'un service par « moyens alternatifs », tels les moyens électroniques, doit être accompagnée d'une information sur les « risques existants », mais liés, semble-t-il, au moyen alternatif utilisé, et non à l'opération de crédit⁷⁹¹.

258. En soi, cette réglementation semble appropriée pour procurer au consommateur des explications suffisantes sur un crédit que l'on pourrait qualifier de responsable. Le nombre de litiges concernant ces opérations laisse croire, cependant, qu'elle n'est pas (ou très peu) respectée. Les concepts de mise en garde ou de conseil en tant que devoirs de coopération du prêteur, sont encore largement ignorés tant de la doctrine que des autorités publiques. Ils ne sont guère affirmés par la jurisprudence⁷⁹². Dans son élan expansif à l'égard du crédit à la consommation, le gouvernement a recommandé en 2005 la suppression de deux interdictions importantes auxquelles les établissements de crédit étaient soumis jusqu'alors : d'une part, de prêter aux demandeurs enregistrés sur un fichier négatif, d'autre part, d'augmenter les encours en forme de découverts sur un compte bancaire détenu par un titulaire dont la capacité patrimoniale n'était pas établie⁷⁹³. Le CMN a bien entendu l'appel du gouvernement, ces interdictions n'existent plus⁷⁹⁴. Comment, dans ces conditions, exercer un contrôle préventif et efficace du non respect par les fournisseurs de crédit de leurs devoirs de coopération ?

259. La sanction du manquement aux devoirs d'explication et d'assistance – Faisant usage du pouvoir que lui confère la directive communautaire, le législateur français sanctionne par la déchéance du droit aux intérêts le manquement au devoir de vérification de la solvabilité du consommateur ainsi qu'au devoir d'assistance relatif aux explications fournies à lui. La déchéance sera alors prononcée « en totalité ou dans la proportion fixée par le juge »⁷⁹⁵. Le législateur s'inspire de la règle existant en matière de crédit immobilier⁷⁹⁶. À première vue, il peut paraître paradoxal que le législateur décide de sanctionner plus strictement le non respect des règles sur l'information précontractuelle (déchéance automatique) que la violation du devoir de vérification de la solvabilité de l'emprunteur. En principe, cette violation peut avoir des

⁷⁸⁹ L'Institut brésilien de politique et droit du consommateur (BRASILCON) a organisé les 14 et 15 mai 2009 un colloque réalisé au sein de la Banque Centrale sur le thème du crédit responsable.

⁷⁹⁰ Rés. n° 2.878 du 26.7.2001, art. 1^o, al. II.

⁷⁹¹ Rés. n° 2.878 préc. art. 15, § 2^o.

⁷⁹² V. cependant, TRF 4^a Região – APC n° 2000.71.00.041632-4/RS, rel. des. Luiz Lugon.

⁷⁹³ Rés. n° 1559/1988, point IX, du CMN.

⁷⁹⁴ La rés. n°3258/2005 du CMN a déterminé la suppression de la règle précitée.

⁷⁹⁵ Art. L. 311-48, al. 2, dont l'entrée en vigueur est reportée au 1^{er} mai 2011.

⁷⁹⁶ Art. L. 312-33, dernier alinéa.

conséquences bien plus graves pour ce dernier. Cependant, sans considérer l'influence que les détracteurs⁷⁹⁷ de l'application automatique de cette sanction ont pu exercer sur l'*animus* du législateur, on peut estimer que le juge lui-même pourrait être amené à l'appliquer avec trop de prudence compte tenu, notamment, des difficultés de preuve liées à l'accomplissement de ce devoir.

260. Position – En tout cas, la déchéance du droit aux intérêts étant la sanction d'un comportement exceptionnel, l'on ne saurait oublier le principe : le consommateur reste maître de sa décision. L'on adhérera ainsi volontiers aux remarques suivantes : « une politique tutélaire n'est socialement bienfaisante que si l'on s'abstient, par antidote, de flatter chez le consommateur une mentalité d'incapable, pour stimuler au contraire le sens de ses propres responsabilités »⁷⁹⁸. Si l'on veut bien croire que la formation d'un cadre de coopération mutuelle entre les parties découle des dispositions du droit spécial, il faudrait sans doute réagir avec sévérité à l'égard de tout comportement déloyal. Assurés d'une telle rigueur, ni le juge, ni le législateur consumériste ne sauraient se faire critiquer dans leurs démarches. Dès lors, des critiques générales et abstraites, allusives à ce que l'on appelle par habitude (ou par automatisme ?) des « primes à la mauvaise foi » de certains consommateurs, semblerait être plutôt un prétexte pour tenter de disqualifier, plus généralement, la technique du formalisme informatif⁷⁹⁹.

261. Dans un parcours idéal, si le consommateur reçoit les informations relatives à l'opération envisagée, ainsi que les explications nécessaires à leur bonne compréhension, et qu'il considère que, compte tenu des avertissements éventuels du prêteur, elle est bien adaptée à ses besoins personnels, il est enfin prêt à s'engager. Il sollicite alors de celui-ci l'octroi du crédit. Une nouvelle phase se dessine.

§ 2nd – La formation du contrat

262. Nouer une relation de crédit signifie, pour le consommateur, mettre à l'épreuve du temps la maîtrise de ses charges financières : il engage ainsi son avenir⁸⁰⁰. L'instantanéité de la rencontre des volontés, telle qu'admise en droit commun pour la formation du contrat, ne peut qu'accroître le risque d'un engagement irréfléchi. Certes, des consommateurs consciencieux prendront systématiquement le temps de réfléchir aux propositions alléchantes qu'on leur présente. Dans une société de consommation, toutefois, ceux-ci sont fort peu nombreux et il

⁷⁹⁷ V. LAGARDE, Xavier. « Observations critiques sur la renaissance du formalisme », JCP G, I, 170, n° 4, p. 1769 ; MAGNIER, Véronique. *Op. cit.*, n° 14, p. 179 ; OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES, Carole. « Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles », thèse Dalloz, 2002, n° 222, p. 188).

⁷⁹⁸ CHARDIN, Nicole. *Op. cit.*, p. 133, note 55.

⁷⁹⁹ V. n° 298 *infra*.

⁸⁰⁰ CHARDIN, Nicole. *Op. cit.*, p. 215, note 208.

n'est pas certain qu'une société composée exclusivement de consommateurs scrupuleux⁸⁰¹ puisse s'engager dans la voie de la prospérité économique...⁸⁰² Dans ces conditions, une protection efficace du consentement du consommateur requiert un aménagement des mécanismes traditionnels de formation du contrat. Ici encore, le législateur consumériste a adopté une démarche formaliste. Il s'est méfié des « coups de foudre »⁸⁰³ et a introduit la notion de durée⁸⁰⁴ dans la démarche contractuelle afin de permettre au consommateur de prendre une décision rationnelle⁸⁰⁵. La volonté des parties demeure pourtant fondamentale pour la formation du contrat : à la suite d'une offre (A), son acceptation donne naissance à la convention de crédit (B).

A) L'offre de crédit

263. Le droit spécial de protection s'écarte du droit commun, tout d'abord, par un renversement de la démarche contractuelle traditionnelle⁸⁰⁶. Les prévisions du droit brésilien rejoignent sur ce point celles du droit français. Alors que c'est le consommateur qui sollicite le fournisseur de crédit, la position juridique des parties est figée par la loi : l'offre de contracter provient nécessairement du professionnel⁸⁰⁷. Ensuite, restreignant quelque peu le principe du consensualisme, le législateur s'est servi, dans les deux systèmes comparés, de la technique du formalisme. Il considère que l'information du consommateur, pendant la formation du contrat, est essentielle pour assurer un consentement éclairé. Cela implique une obligation d'insertion de certaines informations dans l'offre de crédit (1). Sont ensuite mis en œuvre des mécanismes destinés à faire en sorte que ce formalisme informatif soit efficace (2).

1) Le contenu de l'offre de crédit

264. Certaines informations sont communes aux deux systèmes concernés⁸⁰⁸. La comparaison juridique, révélatrice des rapports existant entre la liberté laissée aux parties et l'intensité du formalisme informatif, donne la mesure des dispositifs de protection de l'emprunteur pendant la formation du contrat, tant au Brésil (a) qu'en France (b).

⁸⁰¹ V. CHARDIN, Nicole. *Op. cit.*, n° 62, p. 53, qui se réfère aux théories psychologiques qui classent certains « défauts de la volonté » en plusieurs degrés, dont les velléitaires, les impulsifs et les scrupuleux, ces derniers étant caractérisés par une délibération excessive et une difficulté accrue d'atteindre la phase de décision.

⁸⁰² La crise financière mondiale actuelle démontre que, dans les sociétés occidentales contemporaines, la « relance économique » dépend largement d'un accroissement constant de la consommation.

⁸⁰³ PETIT, Bruno. « La formation successive du contrat de crédit », in « Le droit du crédit au consommateur », *op. cit.*, n° 8, p. 99.

⁸⁰⁴ PAISANT, Gilles. « Essai sur le temps dans les contrats de consommation » in *Études offertes au Doyen Philippe Simler*, p. 637 ; PETIT, Bruno. *Op. cit.*, n° 3, p. 96.

⁸⁰⁵ CHARDIN, Nicole. *Op. cit.*, p. 193.

⁸⁰⁶ GAVALDA, Christian. « L'information et la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit », D. 1978, chr. 189, n° 17, p. 194 ; PETIT, Bruno. *Op. cit.*, n° 10, p. 100.

⁸⁰⁷ Art. 30 du Code du consommateur brésilien ; art. L. 311-8 du Code consom., devenant l'art. L. 311-11 à compter du 1^{er} mai 2011.

⁸⁰⁸ Elles sont relatives à la nature du crédit proposé, à son montant, son coût, notamment le taux annuel effectif d'intérêts, aux modalités d'octroi et de remboursement, aux services éventuellement fournis par un tiers, notamment un assureur, et aux perceptions forfaitaires prévues en cas de non paiement. V. résolution CMN n° 2.878/2001, arts. 1^o, al. III et 8^o; Code de la consommation français, arts. L. 311-10, 2^o et L. 312-8.

a) La liberté tempérée par un certain formalisme protecteur

265. Le législateur brésilien ne semble pas favorable à l'imposition de restrictions rigoureuses à la liberté des fournisseurs de crédit. On sait que certaines mentions obligatoires doivent figurer dans toute « offre et présentation » d'une opération de crédit⁸⁰⁹. Le décret n° 2.181 du 20 mars 1997 prévoit que ces informations doivent être fournies dans un écrit⁸¹⁰, mais la présentation de celui-ci est laissée à la liberté des parties. Au surplus, sont seuls visés par le décret les contrats de vente à crédit ou conclus à l'aide d'une carte. Le droit brésilien est ainsi caractérisé par un formalisme souple dont on peut soupçonner l'inefficacité pour protéger le consommateur de crédit (I). Une règle importante d'opposabilité est prévue par le Code⁸¹¹. Elle devrait renforcer l'information du consommateur par l'effet dissuasif causé aux prêteurs les plus réticents : on ne peut opposer au consommateur des informations dont on ne lui a pas permis de prendre connaissance. La jurisprudence est nuancée à propos de l'application de cette règle. Alors qu'elle fait preuve de rigueur concernant les informations « financières » du crédit, elle est bien plus souple s'agissant des intérêts (II).

I – L'efficacité incertaine d'un formalisme allégé

266. La création d'un « manuel du client et de l'utilisateur de services financiers » – Celui-ci a été créé par le Conseil Monétaire National en 2001⁸¹². L'obligation y est prévue, pour les professionnels du crédit, de fournir au consommateur les informations contractuelles « de manière claire et dans une forme permettant une lecture facile des contrats conclus ». Ceux-ci doivent indiquer les « délais, montants accordés, taux d'intérêts (rémunératoires et moratoires), commissions, frais de retard, les pénalités en cas de non paiement et autres conditions »⁸¹³. Pour les opérations à paiement échelonné, une autre résolution du CMN impose aux institutions financières de s'assurer qu'au moment de la conclusion du contrat l'emprunteur a pris connaissance des « flux relatifs aux libérations et aux paiements prévus » pris en compte dans le calcul du coût effectif total du crédit⁸¹⁴. Malgré l'emploi peu convenable d'une telle formule

⁸⁰⁹ Art. 52, ensemble l'art. 31 du Code. Sera ainsi incorporée au contrat toute information fournie pendant la phase précontractuelle, y compris les éléments de la publicité (art. 30). V. n° 216 *supra*.

⁸¹⁰ Art. 13, al. XX. On y retrouve celles décrites à l'article 52 du Code du consommateur : le prix du produit ou du service exprimé en monnaie nationale, le montant des intérêts moratoires et du taux annuel effectif d'intérêts, les frais légalement [et contractuellement] prévus, le nombre et la périodicité des remboursements, la somme totale à payer, avec et sans financement.

⁸¹¹ Art. 46 : « les consommateurs ne sont pas liés par les stipulations contractuelles lorsque leur étendue n'est pas préalablement portée à leur connaissance, ou lorsqu'elles sont rédigées de manière à causer une difficulté de compréhension sur leur contenu et leur portée ».

⁸¹² Art. 4° de la rés. n° 2.892 du 27.9.2001 consolidant les dispositions de la rés. n° 2.878 du 26.7.2001.

⁸¹³ Art. 1°, al. III. Paradoxalement, le même dispositif (al. IV inséré par la rés. n° 2.892/2001) prévoit que ces informations ne sont fournies « dans une copie imprimée, dans les locaux de l'institution financière, ou par moyen électronique » qu'après la « formalisation » des contrats. V. aussi la rés. n° 3.518 du 6.12.2007, qui impose la prévision dans le contrat de tous les frais associés à une opération de crédit (art. 1°) ainsi que de ceux correspondant aux services réalisés, le cas échéant, par des tiers (art. 1°, paragraphe unique, al. III). Les découverts en compte (« cheque especial ») ont fait l'objet d'une réglementation spécifique (rés. n° 2.835 du 30 mai 2001). Des règles très générales prévoient un devoir d'information, notamment sur le taux d'intérêts effectif et la période d'application, mais ces données visent plus directement la phase d'exécution du contrat (art. 2°. Le paragraphe unique de cet art. prévoit la fourniture de l'information « y compris dans les relevés de compte mensuel »).

⁸¹⁴ Rés. n° 3.517 du 6.12.2007, art. 2°, ayant institué le « CET ».

économique pour désigner les amortissements du crédit, un dispositif précise que ceux-ci doivent être décrits dans un tableau fourni à l'emprunteur. Ce tableau comprend, le cas échéant, les clauses d'indexation⁸¹⁵.

267. L'offre de crédit immobilier relevant du secteur réglementé – Dans le SFH, la loi n° 4.380 de 1964 laissait aux prêteurs une ample marge de liberté. Elle prévoyait qu'une « copie imprimée et authentifiée » des conditions générales du prêteur, enregistrées auprès d'un notaire, était obligatoirement remise à l'emprunteur⁸¹⁶. Cependant, la loi ne précisait pas les éléments d'information devant être fournis dans ces documents et leur remise n'avait lieu qu'après la signature de l'acte authentique constatant la vente⁸¹⁷. Ce mécanisme engendrait ainsi des effets pervers pour les emprunteurs. Un système complexe de réajustement des obligations de l'emprunteur par des clauses d'indexation avait été inauguré par la loi de 1964 afin de pallier les effets négatifs de l'inflation sur les créances des prêteurs⁸¹⁸. En contrepartie, un plafond lié aux variations du salaire minimum était prévu dans la loi pour éviter que le budget mensuel de l'emprunteur ne fût trop obéré par le réajustement des échéances de remboursement⁸¹⁹.

268. Des milliers de consommateurs ont ainsi été séduits par les promesses de prêteurs qui vantaient des crédits remboursables sur de longues années et dont les échéances ne seraient augmentées qu'autant que leurs propres salaires le seraient. Ce dont plusieurs d'entre eux n'étaient pas correctement informés, semble-t-il, c'était que le réajustement du solde du prêt était réalisé trimestriellement, tandis que celui des échéances l'était annuellement et par des indices distincts⁸²⁰. Or, ce décalage entraînait une augmentation certaine de la dette sans commune mesure avec le délai prévu au contrat pour l'extinction des obligations de l'emprunteur⁸²¹. Parfois le contrat arrivait à son terme vingt ans après sa signature, ayant encore un solde d'un montant trois fois plus élevé que celui du capital emprunté⁸²².

⁸¹⁵ Art. 2^o, paragraphe unique. Il serait logique d'en déduire que ce tableau devra être fourni au plus tard « au moment de la conclusion du contrat ».

⁸¹⁶ Art. 61, § 2^o.

⁸¹⁷ Art. 61, § 3^o.

⁸¹⁸ Art. 5^o, § 1^o de la loi n° 4.382 du 21.8.1964. Un indice était appliqué tant au capital qu'aux échéances du remboursement aux dates de variation du salaire minimum (art. 5^o, *caput*).

⁸¹⁹ Surnommé « PES » (plan d'équivalence salariale), il était constitué par le rapport existant entre le montant de l'échéance initiale des remboursements et le salaire minimum en vigueur à l'époque de la signature du contrat. Ce rapport devait, selon la loi, être indiqué expressément dans les contrats (art. 5^o, § 4^o). Les réajustements des échéances devaient tenir compte de ce rapport tout le long de la relation contractuelle (art. 5^o, § 5^o). V. GODOY, Luciano de Souza. « O Direito à Moradia e o Contrato de Mútuo Imobiliário », *Renovar*, 2006, p. 196, pour qui ce rapport est un droit fondamental dont l'acte d'abrogation (MP n° 2223/2001) viole la Constitution.

⁸²⁰ En conformité d'ailleurs avec la réglementation de la Banque Nationale de l'Habitation (BNH). V. REALE, Miguel. « O sistema financeiro da habitação: estrutura, dirigismo contratual e a responsabilidade do Estado » in « A atividade de crédito imobiliário e poupança – alguns aspectos jurídicos », Abecip, 1994, p. 15.

⁸²¹ STJ-AgRgResp n° 933.393/PR, rel. min. Denise Arruda, 1^a T., j. 10.2.2009, DJ 23.3.2009.

⁸²² TESSLER, Marga Inge Barth. « Administração da justiça: inovações – o projeto conciliação no SFH do TRF-4^a Região », *Rev. TRF 4^a Região*, n. 58, 2005, p. 17, qui fait état d'un litige où la valeur du prêt initial était de 40.000 et, vingt ans passés, le solde restant à payer s'élevait à 130.000 ; LABARRÈRE, Maria de Fátima Freitas. « Evolução dos sistemas de reajuste das prestações dos mútuos habitacionais no âmbito do sistema financeiro da habitação – SFH », *Rev. TRF 4^a região*, n° 38, 2000, p. 177. Un fonds a certes été créé visant à la couverture du solde restant dû au terme contractuel (FCVS, v. rés. n° 25/67 du BNH), mais tous les prêts n'étaient pas ainsi couverts. V. aussi ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. « Crédito habitacional como instrumento de acesso à moradia », *Rev. dir. consum.*,

269. Au lieu d'organiser un système garantissant l'équilibre financier des opérations du SFH, le Conseil Monétaire National a adopté, trente ans plus tard, une résolution qui impose désormais aux prêteurs d'indiquer dans les contrats que le solde éventuellement existant au terme du contrat sera pris en charge par l'emprunteur⁸²³. Dans ce cas, la durée du prêt peut être prolongée jusqu'à la moitié de celle initialement prévue⁸²⁴. Cette réglementation prévoit enfin, de manière assez discutable, que les dépenses relatives à l'assurance contre les risques de décès et d'invalidité permanente, de dommages causés à l'immeuble et, le cas échéant, de responsabilité civile du constructeur, ne sont pas prises en compte dans le calcul du coût effectif total indiqué à l'emprunteur⁸²⁵.

270. Les modalités de présentation de l'offre – Dans tous les cas, si certaines informations doivent être indiquées dans un écrit, la forme de celui-ci relève de la volonté des parties. Ainsi, lorsque l'opération est conclue dans les locaux du fournisseur du crédit, un contrat d'adhésion est normalement fourni sur un support papier. En revanche, dans les opérations conclues à distance, notamment par moyens électroniques, le procédé se traduit le plus souvent par des informations instantanées indiquées sur écran. Au consommateur alors de les retenir comme il peut. À en juger par le nombre de litiges portés devant les tribunaux concernant les données essentielles des contrats de crédit, il semble que la législation brésilienne soit défailtante. L'analyse de la jurisprudence relative aux informations financières du crédit n'est pas plus rassurante à cet égard.

II – L'opposabilité au consommateur des informations non fournies

271. Faisant preuve de rigueur, les magistrats du *Superior Tribunal de Justiça* ont jugé, à propos de contrats de découvert en compte et de crédit renouvelable⁸²⁶, qu'« est interdit par l'article 46 le procédé consistant à faire allusion, dans le contrat, aux clauses générales insérées dans un autre document contractuel – normalement déposé chez un notaire – sans que le consommateur bancaire ait pris connaissance intégralement des clauses contractuelles applicables »⁸²⁷. Sont aussi déclarés systématiquement non opposables au consommateur les pratiques de capitalisation d'intérêts⁸²⁸, de prélèvement d'indemnités (« comissão de

n° 36, oct.-déc. 2000, p. 181, qui suggère l'application de l'article 46 du Code du consommateur à ces cas d'espèces afin de « délier » les emprunteurs de leurs dettes.

⁸²³ Rés. n° 1.980 du 30.4.1993, art. 5°, al. II, repris dans la rés. n° 3.347 du 26.1.2006, art. 16, al. IV.

⁸²⁴ Comme aucune solution n'est prévue dans cette réglementation, il faut en déduire que le consommateur sera, de fait, obligé à contracter un nouveau crédit pour rembourser le précédent.

⁸²⁵ Rés. n° 3.347 du 26.1.2006, art. 16, § 1°, al. I. Le consommateur est cependant libre de souscrire une assurance auprès de l'assureur de son choix. L'al. II du même dispositif exclut également de ce calcul le montant des frais de gestion, mais un plafond de 25 R y est prévu.

⁸²⁶ STJ-Resp n° 897.148/MT, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 3^e T., j. 20.9.2007, DJ 8.10.2007.

⁸²⁷ En l'espèce, alors même que le consommateur avait signé une déclaration de réception des clauses générales, la Cour a décidé que celles-ci « ne lui [étaient] pas opposables car elles n'ont pas intégré le contrat accepté et signé par le consommateur, une simple déclaration de réception n'étant pas suffisante ». Les arts. 52, I, II e III, e 54, §§ 3° e 4° du même Code sont aussi mentionnés dans la décision.

⁸²⁸ STJ-AgRgResp n° 1.043.101/RS, rel. Min. Fernando Gonçalves, 4^a T., j. 28.10.2008, DJ 17.11.2008 ; STJ-AgRgAg n° 565.777/RS, rel. Min. Massami Uyeda, 4^a T., j. 4.3.2008, DJ 24.3.2008.

permanência »)⁸²⁹ et d'intérêts de retard⁸³⁰ sur lesquelles l'offre de crédit est muette. Sévère à l'égard de ces éléments d'information, la Cour fait preuve, en revanche, de beaucoup moins de rigueur lorsqu'il s'agit du prix du crédit consenti.

272. L'information contractuelle sur le taux d'intérêts au Brésil – Souvent le consommateur se plaint du fait qu'aucun document constatant le contrat ne lui est fourni. Appliquant à ces cas de figure la même solution qu'elle retient pour les clauses de fixation unilatérale des intérêts⁸³¹, le *Superior Tribunal de Justiça* décide que le taux applicable est le taux moyen du marché⁸³². Cette solution aboutit, en pratique, à accorder une prime aux institutions financières qui transgressent le devoir d'information du consommateur. Juridiquement, elle opère un transfert indu du débat sur le seul terrain de l'abus du droit⁸³³, alors qu'ici les juges du fond constatent que l'information n'est pas communiquée à l'emprunteur lors de la formation du contrat. Or, dans ce cas, il n'y a pas d'accord de volontés sur cet élément de la convention, encore que l'on présume que les parties se seraient accordées sur le caractère onéreux du prêt⁸³⁴. Dès lors, la sanction la plus logique du défaut d'information préalable serait l'application du taux légal à la convention. La jurisprudence du STJ est cependant consolidée. Lorsqu'aucun document ne constate le taux d'intérêt, le taux moyen du marché est applicable⁸³⁵.

273. Il est vrai que les moyens soulevés par les emprunteurs endettés sont majoritairement centrés autour d'un abus commis par le prêteur. On peut penser cependant que la plupart des difficultés rencontrées par ces consommateurs relève avant tout d'un défaut d'information ou de compréhension de celle-ci. La technique du formalisme informatif pourrait servir, du moins en partie, à pallier ces difficultés. Le législateur français a tenu compte de ces données.

b) Un formalisme protecteur modéré par la liberté des parties

274. En France, s'inspirant de la technique des contrats d'adhésion, le législateur a entendu « préparer »⁸³⁶ le contenu des contrats de crédit au bénéfice du consommateur. Pour ce faire, il a visualisé les buts de ce dernier (acquérir à présent ce qu'il ne paiera que postérieurement), délimité les problèmes liés à ces buts (endettement excessif, techniques complexes du crédit etc.) et formulé enfin le contenu de l'offre de crédit. Un amalgame est ainsi opéré entre les règles de fond et de forme, une « fusion parfaite de *l'instrumentum* et du

⁸²⁹ STJ-AgRgAg n° 565.777/RS, rel. Min. Massami Uyeda, 4^a T., j. 4.3.2008, DJ 24.3.2008 préc.

⁸³⁰ STJ-AgRgResp n° 932096/RS, rel. Min. Otávio Noronha, 4^a T., j. 18.11.2008, DJ 1.12.2008.

⁸³¹ Cette solution a été inaugurée à propos des clauses pénales : STJ-Resp n° 271.214/RS, rel. p. ac. Min. Menezes Direito, 2^a Seção, j. 12.3.2003, DJ 4.8.2003 ; v. aussi l'avis n° 294 de la *summula* du STJ.

⁸³² STJ-AgRgResp n° 1.043.101/RS, j. 28.10.2008, préc. ; STJ-AgRgResp n°1.003.938/RS, rel. Min. João Otávio de Noronha, 4^a T., j. 2.12.2008, DJ 18.12.2008 ; STJ-AgRgResp n° 1.020.381/RS, rel. min. Sidnei Beneti, 3^a T., j. 6.11.2008, DJ 17.12.2008 ; STJ-Resp n° 1.039.878/RS, rel. Min. Massami Uyeda, 3^a T., j. 27.5.2008, DJ 20.6.2008.

⁸³³ Dont la sanction jurisprudentielle traditionnelle correspond à la recherche d'une solution équitable ; v. n° 529 *infra*.

⁸³⁴ Art. 591 du Code civil de 2002.

⁸³⁵ STJ-AgRgResp n° 1.071.291/PR, rel. min. Luis Felipe Salomão, 4^a T., j. 3.3.2009, DJ 23.3.2009.

⁸³⁶ CHARDIN, Nicole. *Op. cit.*, n° 164, p. 126.

negotium »⁸³⁷. La première conséquence en est que l'offre sera présentée sous la forme d'un écrit, quel que soit le support utilisé. Les techniques légales sont toutefois distinctes suivant qu'il s'agit d'un crédit mobilier (I) ou immobilier (II). La différence tient, pour l'essentiel, à un formalisme plus souple auquel les crédits immobiliers sont soumis.

I – L'offre de crédit mobilier à la consommation

275. La loi n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010 a modifié plusieurs dispositions dans ce domaine. On peut les distinguer entre celles qui organisent les modalités de présentation de l'offre de crédit et celles qui en décrivent le contenu. Les premières perdent quelque peu de leur aspect formaliste avec la transposition de la directive n° 2008/48/CE. Les secondes, bien que non encore modifiées⁸³⁸, en subiront essentiellement des ajouts issus du droit communautaire. À ce titre, d'une part, les dispositions de la loi française en vigueur jusqu'au 30 avril 2011 sont, dans une très large mesure, conformes aux prescriptions de la directive européenne. D'autre part, le législateur national dispose d'une marge de manœuvre très étroite dans la transposition de celle-ci⁸³⁹. Aussi, on peut penser que la jurisprudence rendue en la matière restera largement valable à l'égard des règles à venir. Dans les développements suivants, la méthode d'analyse consistera à mettre en rapport le mécanisme issu de la loi Scrivener de 1978 avec les nouvelles modifications. Pour ce faire, on s'en tiendra à la distinction précitée, relativement à l'offre de crédit.

i. Les modalités de présentation

276. Les opérations de crédit à la consommation sont conclues dans les termes d'une « offre préalable »⁸⁴⁰. Celle-ci est établie suivant un formulaire, un « modèle type » dont le contenu est minutieusement fixé par le comité de réglementation bancaire⁸⁴¹ pour chaque modalité d'opération de crédit⁸⁴². Cette technique a été considérée comme le pivot⁸⁴³ du

⁸³⁷ AYNÈS, Laurent. « Formalisme et prévention », *op. cit.*, n° 8, p. 69.

⁸³⁸ L'art. 311-18, al. 2, du Code prévoit qu'un décret en Conseil d'État fixe la liste des informations figurant dans le contrat. Cette disposition entrera en vigueur le 1^{er} mai 2011.

⁸³⁹ Rapport du sénateur Philippe Dominati, préc., p. 137.

⁸⁴⁰ Art. L. 311-8 du Code consom., applicable jusqu'au 30 avr. 2011.

⁸⁴¹ Après consultation du Conseil national de la consommation : art. L. 311-13 du Code consom. (applicable jusqu'au 30 avr. 2011).

⁸⁴² Six modèles types sont prévus actuellement à l'annexe IV du Code de la consommation, suivant l'arrêté du 14 mai 2007 (JO 17 mai) pris en application de l'art. R. 311-6 du Code consom : n° 1 – « offre préalable de crédit accessoire à une vente (1) (à domicile) (2) » ; n° 2 – « offre préalable de prêt personnel » ; n° 3 – « offre préalable d'ouverture de crédit sous forme de découvert en compte de dépôt » ; n° 4 – « offre préalable d'ouverture de crédit renouvelable sur un compte spécialement ouvert à cet effet, utilisable par fractions et assortie de moyens d'utilisation du compte » ; n° 5 – « offre préalable de location avec option d'achat » ; n° 6 – « offre préalable de location-vente ». Certains juges du fond refusaient le caractère interchangeable des modèles types (CA Agens, 17 mai 1995, CCC 1995, comm. 176) ; BIARDEAUD, Gérard. « Le crédit permanent ou comment éluder la loi Scrivener », *Rev. dr. bancaire et bourse* 1994, n° 46, p. 244. La Cour de cassation a cependant admis cette pratique : Cass. 1^{re} civ. 27 mai 1998 : inédit, pourvoi n° 96-16005 : *Rev. dr. bancaire et bourse*, juill.-août 1998, n° 68, p. 140, obs. CRÉDOT, Francis et GÉRARD, Yves ; v. BEY, El Moktar. *Op. cit.*, p. 517, note 125 ; DAVO, Hélène. « Formalisme bancaire et protection du consommateur », *op. cit.*, p. 332 ; CLARET, Hélène. « À propos de l'arrêté du 14 mai 2007 fixant les modèles-types d'offre préalable de crédit à la consommation et le bordereau de rétractation », *LPA* 12 nov. 2007, n° 226, p. 16) ; BIARDEAUD, Gérard et FLORES, Philippe. « La protection de l'emprunteur : une notion menacée », *D.* 2000, p. 192. Ces modèles types n'étaient pas mis à jour régulièrement. Pour autant, les fournisseurs de crédit

formalisme informatif français, comme sa « manifestation la plus aboutie »⁸⁴⁴. Dans les nouvelles règles, l'offre conserve un aspect formaliste mais celui-ci perd, du moins provisoirement, en intensité. L'adjectif « préalable »⁸⁴⁵ disparaît au profit de l'appellation « offre de contrat de crédit »⁸⁴⁶. On pourrait penser que la modification est de nature purement terminologique. Les nouvelles règles sont cependant muettes quant à la fixation de modèles-types. On sait seulement que l'offre est établie par écrit ou sur un autre support durable⁸⁴⁷. La rédaction du nouvel article L. 311-6, I, al. 2, laisse pourtant entendre qu'un mécanisme d'« offres-types » pourra être maintenu. Il fait allusion à la fixation d'une fiche d'informations précontractuelle « pour chaque offre de crédit ». Reste à savoir si cette offre préfigurerait elle-même l'instrument du contrat ou si elle n'en sera qu'un document préalable et distinct⁸⁴⁸. La première hypothèse semble devoir prévaloir. La remise d'une offre écrite engage le prêteur envers le demandeur du crédit⁸⁴⁹. Elle devient l'instrument contractuel lorsqu'elle est signée par les parties. C'est pourquoi elle doit contenir les mêmes informations du contrat⁸⁵⁰. Celui-ci est, certes, un document distinct de la « fiche d'informations »⁸⁵¹ mais il ne fait pas doublon avec l'offre de crédit⁸⁵². Reste alors à analyser son contenu.

ii. Le contenu

277. Depuis l'adoption de la loi Scrivener de 1978, le formulaire présenté au consommateur contient l'identité des parties et, le cas échéant, des cautions, ainsi que les caractéristiques principales de l'opération proposée⁸⁵³, notamment, le coût total ventilé du crédit

n'étaient pas dispensés de tenir compte des altérations légales ultérieurement survenues : Cass. 1^{re} civ. 17 juill. 2001 : Bull. civ. I, n° 233, pourvoi n° 98-22364.

⁸⁴³ STOUFFLET, Jean. « Propos non-conformistes sur la protection du consommateur emprunteur », *op. cit.*, n° 7, p. 290.

⁸⁴⁴ PIEDELIÈVRE, Stéphane. « Droit de la consommation », *op. cit.*, n° 314, p. 246.

⁸⁴⁵ V. la critique de PETIT, Bruno. *Op. cit.*, n° 10, p. 99, pour qui la locution « offre préalable » serait un pléonasme.

⁸⁴⁶ Nouvel art. L. 311-11 du Code consom.

⁸⁴⁷ Nouvel art. L. 311-11. L'art. L. 121-20-11, al. 2, du Code consom. sur les contrats financiers conclus à distance fait allusion à la transmission d'informations « sur un support papier ou sur un autre support durable ».

⁸⁴⁸ Le doute résulterait du fait que, d'une part, l'offre de contrat de crédit est régie par des règles insérées dans une section 5 intitulée « Formation du contrat de crédit » (art. L. 311-11) alors que les règles sur le « contrat de crédit » sont prévues à la section suivante sur les « informations mentionnées dans le contrat » (art. L. 311-18) ; d'autre part, des dispositions sur les modalités de présentation du contrat de crédit (écrit ou autre support durable) sont prévues aussi dans cette dernière section. Par ailleurs, la prévision d'un encadré inséré au début du contrat contenant les caractéristiques essentielles du crédit n'est prévue qu'à l'art. L. 311-18.

⁸⁴⁹ Art. L. 311-11, al. 2.

⁸⁵⁰ Art. L. 311-12, al. 1^{er} : « l'emprunteur peut se rétracter... à compter du jour de l'acceptation de l'offre de contrat de crédit comprenant les informations prévues à l'article L. 311-18 ». C'est nous qui soulignons. Par conséquent, l'« encadré inséré au début du contrat » et contenant les informations sur les caractéristiques essentielles du crédit devront figurer à l'offre.

⁸⁵¹ Ainsi que « de tout support ou document publicitaire » (art. L. 311-18, al. 1^{er}).

⁸⁵² Ce qui reste d'ailleurs tout à fait logique. On ne saurait opposer au consommateur des informations non stipulées dans le document qu'il a signé. À ce titre, la première phrase du nouvel art. L. 311-18, al. 1^{er} (« le contrat de crédit est établi par écrit ou sur un autre support durable ») est superflète car elle figure déjà à l'art. L. 311-11, al. 1^{er}, sur l'offre.

⁸⁵³ « Le montant du crédit et éventuellement de ses fractions périodiquement disponibles, la nature, l'objet et les modalités du contrat, y compris, le cas échéant, les conditions d'une assurance ainsi que [...] le total des perceptions forfaitaires demandées en sus des intérêts en ventilant celles correspondant aux frais de dossiers et celles correspondant aux frais par échéance » : art. L. 311-10, 2^o, en vigueur jusqu'au 30 avr. 2011. En cas de location financière, le montant du crédit correspond à la « base locative, c'est-à-dire le prix d'achat ou la valeur d'occasion du bien financé » : BEY, El Moktar. *Op. cit.*, n° 105, p. 515.

et, s'il y a lieu⁸⁵⁴, son taux effectif global⁸⁵⁵. À ce titre, le droit français reste assez largement conforme aux dispositions de la directive n° 2008/48/CE. La liste des informations contractuelles sera tout de même aggrandie. La loi de transposition prévoit que le contenu du contrat sera établi par un décret en Conseil d'État⁸⁵⁶. Ici encore, le législateur national est astreint aux règles européennes⁸⁵⁷ mais il s'est permis de rajouter certains éléments. Il convient d'analyser les principales informations que doit contenir de l'offre de crédit, à la lumière des règles venant modifier celles en vigueur jusqu'au 30 avril 2011⁸⁵⁸. Une attention particulière mérite d'être accordée aux modalités d'information du prix du crédit.

278. Les particularités liées à l'indication du taux annuel effectif global (TAEG) –

Sur ce point, la nouveauté consiste à peu près en une légère modification terminologique. Dans les opérations de crédit à la consommation, le sigle TEG⁸⁵⁹ prendra une lettre supplémentaire pour désigner son caractère annuel : il deviendra un TAEG⁸⁶⁰. Il devra être fourni par écrit dans l'offre⁸⁶¹, y compris dans les opérations comportant un taux d'intérêts variable⁸⁶². Ce taux comprend en sus des intérêts, les frais, commissions ou rémunérations de toute nature, directs

⁸⁵⁴ On estime, à tort nous semble-t-il, que dans les locations financières le TAEG n'a pas à être indiqué : v. GAVALDA, Christian. *Op. cit.*, D. 1978, chr. 189, n° 20, note 35 ; LAGARDE, Xavier. « L'endettement des particuliers », *op. cit.*, n° 23, p. 70.

⁸⁵⁵ Les règles sur le TEG prévues au Code consom. (arts. L. 313-1 et L. 313-2 issus de la loi n° 66-1010 du 28 déc. 1966) s'appliquent à tous les contrats de prêt, alors même que l'opération conclue n'entre pas dans le champ d'application des arts. L. 311-1 et s.

⁸⁵⁶ Art. L. 311-18, al. 2. Un décret en Conseil d'État devra aussi préciser les informations contractuelles pour les opérations de découvert remboursable dans un délai supérieur à un mois et inférieur ou égal à trois mois (art. L. 311-43, III, al. 2, dont l'entrée en vigueur est également reportée au 1^{er} mai 2011).

⁸⁵⁷ L'art. 5 de la directive prévoit que les mêmes mentions figurant dans la fiche précontractuelle doivent être reproduites dans l'instrument contractuel. Bien que cela semble engendrer un excès d'informations, il est naturel que l'offre de contrat contienne toutes les mentions de la fiche pré-contractuelle. Le consommateur ne saurait être surpris par l'absence, dans l'offre, des informations fournies préalablement.

⁸⁵⁸ Art. 61, I, 1^{er}, de la loi n° 2010-737 du 1^{er} juill. 2010.

⁸⁵⁹ Art. L. 311-1, al. 1^{er}.

⁸⁶⁰ Art. L. 313-1, al. 3, dont l'entrée en vigueur est reportée au 1^{er} mai 2011.

⁸⁶¹ Art. L. 313-2, al. 1^{er}, du Code consom. Le TAEG indiqué prend en compte les conditions appliquées au moment de la conclusion du contrat (art. 10, par. 2, g, de la directive).

⁸⁶² Ce qui est souvent le cas pour les ouvertures de crédit (découvert en compte et crédit renouvelable). Certains arrêts n'admettaient pas la variabilité du taux dans les crédits accessoires à une vente et dans les prêts personnels : Cass. 1^{re} civ. 10 déc. 1996 : Bull. civ. I, n° 446, pourvoi n° 94-19593 ; D. 1997, p. 303, note FADLALLAH, Ibrahim ; CCC 1997, n° 13, obs. RAYMOND, Guy ; Cass. 1^{re} civ. 9 déc. 1997 : Bull. civ. I, n° 367, pourvoi n° 95-19767 ; D. affaires 1998, p. 194, obs. J.F. (v. cependant Cass. com. 9 juill. 1996 : Bull. civ. IV, n° 205, pourvoi n° 94-17612 ; JCP E 1996, II, 861, note STOUFFLET, Jean ; Cass. 1^{re} civ. 17 nov. 1998 : Bull. civ. I, n° 323, pourvoi n° 96-16132 ; D. 1999, info. rap. p. 45.) Pour une critique de cette jurisprudence, v. PIEDELIÈVRE, Stéphane. « Droit de la consommation », *op. cit.*, n° 316, p. 248 ; LAGARDE, Xavier. « Licéité de la clause de variation du taux de l'intérêt ? », D. 2004, n° 2702. Elle semble désormais condamnée par la loi de transposition de la directive n° 2008/48/CE. L'art. L. 311-21 du Code consom. (entrée en vigueur prévue au 1^{er} mai 2011, y compris aux autorisations de découvert à durée indéterminée en cours à cette date ; v. art. 61, III, de la loi n° 2010-737 préc.) ne restreint pas la possibilité de la variabilité du taux d'intérêts à une opération de crédit quelconque. Son alinéa 2 prévoit même la possibilité pour les parties de convenir dans le contrat de crédit que les modifications du taux soient communiquées périodiquement au consommateur. Encore faut-il, dans ce cas, qu'elles résultent d'une modification d'un taux de référence, que le nouveau taux de référence soit rendu public par des moyens appropriés et que l'information relative à celui-ci soit également disponible dans les locaux du prêteur. Enfin, pour les opérations où une offre de crédit n'est pas obligatoire, notamment les découverts en compte d'une courte période, la Cour de cassation exige, d'abord, que le TEG soit porté sur un document écrit préalable à titre indicatif ; ensuite, en cas de modification du taux, que le TEG appliqué soit porté sur les relevés périodiques, reçus par l'emprunteur sans protestation ni réserve. À défaut de la première exigence, les intérêts ne sont dus qu'à compter de l'information régulièrement reçue, valant seulement pour l'avenir. En l'absence de la seconde, la seule mention indicative du taux initial ne vaut pas reconnaissance d'une stipulation d'intérêts conventionnels, le taux légal étant alors seul applicable (Cass. com. 20 fév. 2007, Bull. civ. IV, n° 47, pourvoi n° 04-11989 ; D. 2008. Pan. 879, obs. MARTIN, Didier R. ; JCP 2007, IV, 1671 ; Rev. dr. banc. et fin. 2007, n° 142, obs. CRÉDOT, Francis et SAMIN, Thierry).

ou indirects, y compris ceux qui sont payés ou dus à des intermédiaires intervenus de quelque manière que ce soit dans l'octroi du prêt⁸⁶³. Les frais d'acte notarié en sont, en revanche, désormais exclus⁸⁶⁴. La jurisprudence se montre stricte à propos de l'assiette du TEG. Souvent, elle a sanctionné des prêteurs qui mettaient à la charge de l'emprunteur des frais non inclus dans son calcul alors qu'ils étaient déterminables antérieurement à l'octroi du crédit⁸⁶⁵.

279. Les difficultés de compréhension du TAEG – Le taux effectif d'intérêts du crédit constitue une information très importante pour le consommateur. Il devrait permettre la comparaison entre les différentes offres qui lui sont proposées par les agents du marché. Certains le considèrent, toutefois, comme un véritable « taux d'embrouille »⁸⁶⁶ car représenté par le résultat d'une formule mathématique complexe aux yeux du consommateur moyen⁸⁶⁷. Le législateur ne semble pas s'intéresser à ce que celui-ci comprenne exactement le mode de détermination du TAEG. Il se contente d'imposer une méthode de calcul identique pour tous les fournisseurs de crédit, ce qui est d'autant plus important que la concurrence en ce domaine s'exerce à l'échelle communautaire. On ne saurait toutefois oublier qu'en réalité ces taux et calculs se traduisent par des montants en argent que l'emprunteur devra payer. Pour celui-ci, l'efficacité économique de l'opération suppose qu'il soit assuré de retrouver une correspondance parfaite entre le taux informé et le prix à payer. L'analyse de la réglementation sur le calcul du TAEG doit ainsi permettre de vérifier la légitimité de l'information indiquée au consommateur.

280. Les modes de calcul du TAEG – Jusqu'en 2002, l'article R. 313-1⁸⁶⁸ du Code de la consommation prévoyait la méthode dite « proportionnelle » pour le calcul du TEG. Celui-ci était obtenu en multipliant le taux de période par le nombre de périodes comprises dans l'année. Par exemple, pour un crédit fourni au taux de 1 % par mois, le TEG annuel indiqué était de 12 %. Cependant, comme le calcul des intérêts se faisait selon la méthode des intérêts composés⁸⁶⁹, un prêt annuel d'un montant de 100 francs remboursable en une fois aboutissait à une dette en intérêts, non pas de 12, mais de 12,68 francs⁸⁷⁰. Certes, la méthode de calcul revêtait un caractère réglementaire dont la connaissance était, en théorie, accessible au plus grand

⁸⁶³ Art. L. 313-1, al. 1^{er} : « ... même si ces frais, commissions ou rémunérations correspondent à des débours réels ». Dans les opérations de location financière « le coût total du crédit comprend la somme des loyers financiers et de la valeur résiduelle éventuelle » : BEY, El Moktar. *Op. cit.*, n° 105, p. 515.

⁸⁶⁴ Art. L. 313-1, al. 3.

⁸⁶⁵ Cass. 1^{re} civ. 23 nov. 2004 : Bull. civ. I, n° 289, pourvoi n° 02-13206. Un contentieux important existe en la matière : Cass. 1^{re} civ. 13 nov. 2008 : Bull. civ. I, n° 262, pourvoi n° 07-17737 (frais d'assurance-incendie exigée par le prêteur mais souscrite auprès d'un tiers) ; Cass. com. 5 févr. 2008 : Bull. civ. IV, n° 25, pourvoi n° 06-20783 (« frais de forçage » exigibles lors de chaque dépassement du découvert autorisé) ; Cass. 1^{re} civ. 6 déc. 2007 : Bull. civ. I, n° 381, pourvoi n° 05-17842 (souscription de parts sociales de l'établissement prêteur imposée comme condition d'octroi du prêt. L'emprunteur recherchait la nullité de la stipulation d'intérêt).

⁸⁶⁶ BRUNET, Andrée. « Le TEG, un taux d'embrouille généralisée? », *Mélanges Élie Alfandari*, Dalloz 2000, p. 231.

⁸⁶⁷ Art. R. 313-1, al. 2 du Code consom. : « le taux de période est calculé actuariellement, à partir d'une période unitaire correspondant à la périodicité des versements effectués par l'emprunteur. Il assure, selon la méthode des intérêts composés, l'égalité entre, d'une part, les sommes prêtées et, d'autre part, tous les versements dus par l'emprunteur au titre de ce prêt, en capital, intérêts et frais divers, ces éléments étant, le cas échéant, estimés ».

⁸⁶⁸ Issu du décret n° 85-944 du 4 septembre 1985, art. 1^{er}.

⁸⁶⁹ Art. R. 313-1, al. 2.

⁸⁷⁰ Par un calcul actuariel, un TEG de 12% par an correspondait au taux annuel effectif de 12,68 %, ou $(1 + 0,01)^{12}$.

nombre. Elle risquait toutefois d'induire en erreur plus d'un consommateur. Elle est encore valable aujourd'hui pour le calcul du TEG des crédits immobiliers⁸⁷¹. À la suite de la transposition de la Directive n° 98/7/CE du 16 février 1998⁸⁷², une autre méthode dite d'« équivalence » est désormais prévue au Code de la consommation pour les crédits mobiliers. Cette méthode est considérée par les économistes comme la seule méthode à caractère scientifique⁸⁷³. Ainsi, par exemple, pour un découvert en compte dont le TAEG annuel indiqué est de 12 %, désormais le taux effectif équivalent à 365 jours (un an) correspond, en réalité, à 11,31 % car calculé actuariellement selon la méthode des intérêts composés⁸⁷⁴. Concrètement, si le consommateur emprunte 100 euros, il paiera après un an de découvert, non pas 12 euros, mais 11,31 euros en intérêts.

281. La légitimité douteuse de l'information sur le TAEG – Dans ces conditions, la légitimité du procédé réglementaire sur l'information destinée au consommateur devient douteuse. On pourra sans doute arguer, en appui de la réglementation actuelle, du fait du caractère essentiellement économique de cette information. Superposée à la véracité monétaire des transactions, elle tirerait ainsi par hypothèse sa légitimité du fait que tous les agents économiques pratiquent une forme identique de calcul. De ce fait, la concurrence s'en trouverait assurée et le choix du consommateur conforté. En définitive, l'on pourrait soutenir que le rôle du législateur n'est pas tant d'assurer une « transparence-cristal » – contraire ainsi aux usages bancaires et aux mathématiques financières – que de permettre l'obtention d'une information économiquement efficiente. Quoi qu'il en soit, le moins que l'on puisse dire est que la réalité de l'information sur le TAEG ne semble être nullement compréhensible pour le consommateur moyen. Dès lors, on ne saurait le blâmer lorsque, surpris *a posteriori* par le constat d'une disparité entre l'information reçue et la réalité des paiements à effectuer, il invoquerait une mauvaise compréhension des conditions du crédit obtenu. On est alors amené à croire que la possibilité, pour le consommateur, de comparer de manière efficace des offres distinctes au sein du marché, exige qu'un accent soit mis sur l'information concernant les autres éléments de l'opération, notamment le coût réel en espèces du crédit et le montant des paiements périodiques à réaliser.

282. Le montant du capital indiqué dans l'offre présentée par un intermédiaire de crédit – Lorsque le vendeur ou le prestataire de services agissent comme intermédiaires de crédit – ou s'ils le consentent eux-mêmes – l'offre présentée au consommateur doit être limitée

⁸⁷¹ Ce sigle est conservé pour ce type d'opérations. La formule mathématique pour le calcul des intérêts est cependant distincte pour les prêts à remboursement échelonné. Elle se trouve en annexe à l'art. R. 313-1 du Code consom.

⁸⁷² JOCE n° L 101, 1^{er} avr. 1998. L'article R. 313-1 du Code de la consommation (issu du décret n° 2002-927 du 10 juin 2002 et applicable à partir du 1^{er} juillet 2002) prévoit la définition et le mode de calcul du taux effectif global. Il s'agit d'« un taux annuel, à terme échu, exprimé pour cent unités monétaires et calculé selon la méthode d'équivalence définie par la formule figurant en annexe au présent code. Le taux de période et la durée de la période doivent être expressément communiqués à l'emprunteur ». Des exemples de calcul du TEG sont prévus dans l'annexe du décret n° 2002-928 du 10 juin 2002.

⁸⁷³ HUSSET, Yves. *Op. cit.*, D. 1977, chr. p. 133.

⁸⁷⁴ Par un calcul actuariel, 12% par an = 0,031% par jour, ou 11,31% par an (365 x 0,00031).

au montant du bien ou de la prestation de services financé, sauf s'il s'agit d'un crédit renouvelable⁸⁷⁵. Cette mesure vise à la fois à éviter un endettement excessif du consommateur et à éviter des fraudes consistant à lui faire signer plusieurs offres pour un même bien, ces dernières étant ensuite escomptées auprès de prêteurs divers⁸⁷⁶.

283. Un tableau d'amortissements – Les dispositions en vigueur jusqu'au 30 avril 2011 prévoient que, si le paiement du crédit se réalise par remboursements échelonnés pendant une durée déterminée, l'offre précise l'échéancier des amortissements ou, en cas d'impossibilité, le moyen de le déterminer⁸⁷⁷. La loi n° 2010-737 n'y fait pas allusion mais la directive de 2008 prévoit que, dans les crédits à durée fixe, l'offre doit indiquer le « droit du consommateur de recevoir, à sa demande et sans frais, à tout moment durant toute la durée du contrat, un relevé, sous la forme d'un tableau d'amortissement »⁸⁷⁸.

284. Les droits accordés par la loi au consommateur – Pour qu'il puisse prendre pleinement conscience de ses droits, la loi Scrivener de 1978 avait prévu le devoir pour le fournisseur de crédit de rappeler les dispositions légales de protection dans l'offre de crédit⁸⁷⁹. Le dispositif du Code organisant la facilitation de l'accès du consommateur à la justice, en cas de difficultés de paiement ou d'une demande intentée à son encontre par le fournisseur du crédit, devait aussi y être reproduit⁸⁸⁰. Ces obligations ne figurent pas dans le texte de la loi n° 2010-737. On peut penser néanmoins qu'elles seront prévues au décret d'application de la loi. La directive n° 2008/48/CE, à son tour, ajoute les informations sur l'existence ou non de procédures extrajudiciaires de réclamation et de recours accessibles au consommateur ainsi que les modalités d'accès à ces dernières⁸⁸¹. Une fois complétée avec toutes ces informations l'offre est remise ou adressée en autant d'exemplaires que de parties⁸⁸². Une nouvelle offre doit d'ailleurs être présentée au consommateur en cas de modification des conditions d'un crédit

⁸⁷⁵ Art. L. 311-14 dont les dispositions sont reprises à l'art. L. 311-20 (entrée en vigueur prévue au 1^{er} mai 2011).

⁸⁷⁶ BEY, El Moktar. *Op. cit.*, p. 516, note 124 ; RAYMOND, Guy. « La protection du consommateur dans les opérations de crédit », *Gaz. Pal.* 1978, lég. 9 novembre 1978, p. 559.

⁸⁷⁷ Art. L. 311-11. Ce dispositif prévoit aussi que, pour chaque échéance, le coût de l'assurance éventuellement exigée pour l'octroi du crédit doit être indiqué ainsi que les perceptions forfaitaires éventuellement demandées. Cette prévision ne figure pas dans le texte de la loi n° 2010-737 préc. En revanche, celle sur l'indication dans l'offre de la possibilité pour le consommateur de souscrire une assurance équivalente auprès de l'assureur de son choix (art. L. 311-12) y est reprise de manière identique (nouvel art. L. 311-19). Une notice doit aussi être remise à l'emprunteur, qui comporte les extraits des conditions générales de l'assurance le concernant (art. L. 311-12 : « notamment les nom et adresse de l'assureur, la durée, les risques couverts et ceux qui sont exclus »). On a pu douter de l'efficacité de ce procédé, car les seuls « extraits » ne sauraient, semble-t-il, « permettre une information correcte dans un domaine aussi compliqué que l'assurance » : KULMANN, Jérôme. *Op. cit.*, n° 28, p. 363.

⁸⁷⁸ Art. 10, paragraphe 2, i, al. 2 : « ce tableau indique la ventilation de chaque remboursement entre l'amortissement du capital, les intérêts calculés sur la base du taux débiteur et, le cas échéant, les coûts additionnels ».

⁸⁷⁹ Art. L. 311-10, 3° (applicable jusqu'au 30 avr. 2011) : le droit de rétractation (art. L. 311-15) ; le cas échéant, la clause d'agrément de l'emprunteur (art. L. 311-16) ; l'interdiction de remise des fonds et de paiements réciproques pendant le délai de rétractation (art. L. 311-17) ; la limitation des indemnités en cas de remboursement anticipé ou de défaillance de l'emprunteur (art. L. 311-32) ; s'agissant d'un crédit affecté, le mécanisme d'interdépendance entre le crédit et le contrat principal (art. L. 311-20 à L. 311-28) et, le cas échéant, le droit au remboursement anticipé (art. L. 311-29) ; les conséquences de la défaillance de l'emprunteur (arts. L. 311-30 et -31) et la nullité des effets de commerce signés par le consommateur (art. L. 313-13).

⁸⁸⁰ Art. L. 311-37, dont les dispositions sont reprises à l'art. L. 311-52 (entrée en vigueur prévue au 1^{er} mai 2011).

⁸⁸¹ Art. 10, paragraphe 2, t.

⁸⁸² Art. L. 311-11, al. 1^{er}, dont l'entrée en vigueur est reportée au 1^{er} mai 2011. L'art. 311-8 applicable jusqu'alors prévoit que « l'offre préalable est remise en double exemplaire à l'emprunteur ».

précédemment accordé⁸⁸³. Pour les crédits renouvelables, cette remise n'est obligatoire que pour le seul contrat initial, sauf en cas d'augmentation du crédit consenti⁸⁸⁴. Des règles spécifiques sont prévues pour ce type d'opérations⁸⁸⁵.

285. L'information de la caution – Enfin, utilisant une technique formaliste, le législateur organise aussi une protection de la caution de l'emprunteur. D'abord, un exemplaire de l'offre préalable doit lui être remis⁸⁸⁶. Ensuite, afin qu'elle prenne conscience de l'étendue de son engagement, sa signature doit être précédée d'une mention comportant les limites du montant et de la durée du crédit dont elle se porte garante. Cette mention, minutieusement décrite dans la loi, doit être recopiée de la main même de la caution, à peine de nullité de son engagement⁸⁸⁷. Ce procédé devrait, du moins en théorie, attirer son attention sur la réalité de son engagement.

286. L'introduction de la notion de durée dans la formation du contrat – Visant à prévenir un endettement irréflecti de la part du consommateur, le législateur a introduit aussi la notion de durée dans la formation du contrat. Il oblige ainsi le prêteur à maintenir les conditions indiquées dans l'offre pendant un délai minimal de quinze jours à compter de sa remise au consommateur⁸⁸⁸. Ce délai est censé permettre au consommateur d'effectuer des comparaisons et de réfléchir sur la décision à prendre⁸⁸⁹. Son efficacité est cependant réduite, voire inexistante car, en pratique, le prêteur peut exiger une signature immédiate du consommateur pour lui octroyer le crédit⁸⁹⁰.

⁸⁸³ Cass. 1^{re} civ. 5 mars 2009 : inédit, pourvoi n° 08-11680 ; Cass. civ. 18 janv. 2000 : Bull. civ. I, n° 14, pourvoi n° 97-19048 ; D. aff. 2000, act. jur. p. 134. Ces modifications concernent le taux et le montant du crédit, sauf, quant au premier, pour les opérations où un taux variable est prévu (nouvel art. L. 311-21, v. n° 278 *supra*).

⁸⁸⁴ Art. L. 311-9, al. 1^{er}, devenant l'art. L. 311-16, al. 1^{er}, à compter du 1^{er} mai 2011.

⁸⁸⁵ Art. L. 311-9, al. 2, devenant l'art. L. 311-16, al. 7, à compter du 1^{er} mai 2011 : « [l'offre] précise que la durée du contrat est limitée à un an renouvelable et que le prêteur devra indiquer, trois mois avant l'échéance, les conditions de reconduction du contrat. Elle fixe également les modalités du remboursement, qui doit être échelonné, sauf volonté contraire du débiteur, des sommes restant dues dans le cas où le débiteur demande à ne plus bénéficier de son ouverture de crédit ».

⁸⁸⁶ Art. L. 311-8 (nouvel art. L. 311-11, al. 1^{er}).

⁸⁸⁷ Art. L. 313-7 du Code consom. : « en me portant caution de X..., dans la limite de la somme de ... couvrant le paiement du principal, des intérêts et, le cas échéant, des pénalités ou intérêts de retard et pour la durée de ..., je m'engage à rembourser au prêteur les sommes dues sur mes revenus et mes biens si X... n'y satisfait pas lui-même ». Lorsque le créancier demande un cautionnement solidaire, le même procédé doit être suivi pour la mention suivante : « en renonçant au bénéfice de discussion défini à l'article 2298 du code civil et en m'obligeant solidairement avec X..., je m'engage à rembourser le créancier sans pouvoir exiger qu'il poursuive préalablement X... » (art. L. 313-8). V. les critiques de PIEDELIÈVRE, Stéphane. « Crédit à la consommation », *op. cit.*, n° 75, pour lequel « sorti d'un autre âge, le formalisme direct présente un caractère régressif et inadapté ».

⁸⁸⁸ Art. L. 311-8 (nouvel art. L. 311-11, al. 2). Certains auteurs considèrent ainsi que l'offre préalable constitue une promesse unilatérale de prêt, à titre gratuit : PIEDELIÈVRE, Stéphane. « Droit de la consommation », *op. cit.*, n° 314, p. 247. Plus logiquement, RAYMOND, Guy (Gaz. Pal. 1978, lég. 9 novembre 1978, p. 559) affirme qu'il n'en sera ainsi que lorsque l'offre ne contient aucune clause d'agrément. *Contra*, v. PETIT, Bruno, (*op. cit.*, n° 15, p. 104), pour qui l'offre préalable n'a que les « effets d'une promesse unilatérale ». Enfin, CHARDIN, Nicole (*op. cit.*, p. 126) affirme, en tout cas, qu'il ne s'agit pas d'une vraie innovation des lois Scrivener, car la jurisprudence avait déjà admis que l'offre devait être maintenue pendant un délai raisonnable.

⁸⁸⁹ PIEDELIÈVRE, Stéphane. « Droit de la consommation », *op. cit.*, n° 314, p. 247.

⁸⁹⁰ V. PAISANT, Gilles. « Essai sur le temps dans les contrats de consommation », *op. cit.*, n° 34, p. 653. L'obligation de vérification de la solvabilité du consommateur organisée par les nouvelles règles pourra avoir pour effet de retarder le processus de formation du contrat. L'art. L. 311-16 du Code en vigueur jusqu'au 30 avr. 2011 prévoit que si le prêteur entend se réserver le droit d'agréer la personne de l'emprunteur, il doit l'indiquer expressément dans l'offre. On a pu s'étonner de cette exigence légale, s'agissant d'un contrat *intuitu personnae* (PETIT, Bruno. *Op. cit.*,

287. Critique sur le formalisme entourant l'offre – Le formalisme légal est souvent considéré comme excessif par la doctrine. Notamment à propos des modèles types, certains souhaitaient depuis longtemps que ce procédé, « tentation de la bureaucratie moderne », soit définitivement banni⁸⁹¹. D'autres ont souligné les effets pervers des techniques formalistes, lesquelles ne permettraient pas l'analyse de la réalité du consentement du consommateur⁸⁹². Ces critiques ne paraissent pas justifiées. D'abord, on sait que le formalisme de l'offre de crédit n'empêchait pas les fournisseurs de l'aménager (par le passé mais aussi dans l'avenir⁸⁹³), en y insérant des clauses dont certaines ont même été jugées abusives⁸⁹⁴. Il ne faut pas négliger, ensuite, la standardisation et la rapidité des affaires que sert cette technique. Elle favorise le jeu de la concurrence par la facilitation de la comparaison entre les différentes offres. Enfin, sauf à procéder à une intervention peut-être trop excessive dans le domaine privé⁸⁹⁵, la « formalisation » de l'offre semble représenter, associée à des sanctions appropriées, un moyen efficace pour promouvoir la prévention d'un endettement excessif des consommateurs. Elle a même été assouplie pour les opérations de crédit immobilier.

II – L'offre de crédit immobilier

288. Bien que les enjeux financiers soient plus importants dans ce type d'opérations, il est curieux de noter que le formalisme qui entoure l'offre de crédit est ici plus souple⁸⁹⁶. Celle-ci n'a jamais été un formulaire « préparé » par le législateur. Celui-ci se borne à imposer quelques mentions devant figurer obligatoirement dans le document que le prêteur présente au consommateur. En contrepartie, il impose que l'offre soit remise gratuitement par voie postale à l'emprunteur ainsi qu'aux cautions personnes physiques déclarées par celui-ci⁸⁹⁷. Faisant preuve d'optimisme, la jurisprudence précise que le consommateur doit pouvoir « d'un seul

n° 57, p. 134). Cette prévision a été abrogée par la loi n° 2010-737 préc. car désormais le prêteur devra toujours agréer la personne de l'emprunteur (art. L. 311-13, dont l'entrée en vigueur est reportée au 1^{er} mai 2011).

⁸⁹¹ GAVALDA, Christian. « La protection de l'emprunteur en matière de crédit immobilier », *op. cit.*, p. 215, note 30. V. aussi STOUFFLET, Jean. « Propos non-conformistes sur la protection du consommateur emprunteur », *op. cit.*, n° 8, p. 290 : « on a poussé le formalisme jusqu'à ses limites extrêmes ».

⁸⁹² AYNÈS, Laurent. *Op. cit.*, n° 29, p. 80. *Contra*, v. MALAURIE, Philippe, AYNÈS, Laurent et GAUTIER, Pierre-Yves. « Les contrats spéciaux », 3^e éd., Defrénois, 2007, n° 957, p. 562.

⁸⁹³ L'art. 10, par. 2, *u*, de la directive n° 2008/48/CE permet au prêteur de stipuler au contrat d'autres clauses et conditions que celles prévues par la directive.

⁸⁹⁴ Cass. 1^{re} civ. 1^{er} déc. 1993 : Bull. civ. I, n° 354, pourvoi n° 91-20894 ; D. 1994, info. rap. p. 10 ; TI Saintes, 4 janv. 2006, CCC 2006, n° 94, obs. RAYMOND, Guy.

⁸⁹⁵ AYNÈS, Laurent. *Op. cit.*, n° 6, p. 68 : « le législateur avait le choix entre plusieurs solutions également peu satisfaisantes : confier la confection du contrat et sa conclusion même à l'entremise obligatoire d'un officier ministériel était économiquement impraticable ; se contenter d'une sanction judiciaire *a posteriori* l'était davantage encore : si toute nullité emporte des conséquences néfastes pour l'économie et la sécurité des transactions, combien plus en matière de crédit à la consommation. L'objet du contrat par nature consommable, et sa consommation par hypothèse instantanée, l'interdépendance naturelle entre le crédit et l'opération qu'il finance incitaient à proscrire toute sanction imposant, à l'issue d'un débat judiciaire, une restitution de somme d'argent ».

⁸⁹⁶ On peut penser que le législateur a voulu laisser aux parties le soin d'adapter le mieux possible les règles du contrat à la situation de l'emprunteur. S'agissant dans tous les cas d'un contrat d'adhésion, on n'y voit toutefois pas une raison suffisante pour refuser l'utilisation de modèles types pour la conclusion d'un prêt immobilier.

⁸⁹⁷ Art. L. 312-7 du Code consom. Ne serait-ce pour des raisons de preuve liées à l'exercice du droit de réflexion. V. n° 303 *infra*.

coup d'œil, juger de l'effort financier à consentir »⁸⁹⁸. Les informations insérées dans l'offre sont, pour l'essentiel, les mêmes que celles précédemment décrites. Quelques particularités propres à ce type d'opérations sont cependant à noter.

289. Particularités du crédit immobilier – L'échéancier des amortissements – exigé pour les seules opérations dont le taux d'intérêt est fixe⁸⁹⁹ – précise pour chaque échéance la répartition du remboursement entre le capital et les intérêts⁹⁰⁰. Lorsque le prêt est destiné à financer des ouvrages ou des travaux immobiliers au moyen d'un contrat de promotion, de construction, de maîtrise d'œuvre ou d'entreprises, l'offre doit le déclarer sous peine pour le consommateur de voir bloquée la protection liée à l'interdépendance de ces contrats⁹⁰¹. Il risque alors de rencontrer des difficultés de preuve au cas où le prêteur omettrait cette mention. L'envoi de l'offre oblige le prêteur à maintenir les conditions qu'elle indique pendant une durée minimale de trente jours à compter de sa réception par l'emprunteur⁹⁰². Il est naturel que ce délai soit allongé, compte tenu des enjeux liés à ce type d'opérations. Ici, le consommateur peut mettre à profit pleinement cet avantage, puisque l'offre lui est envoyée par voie postale. Toute modification des conditions d'obtention d'un prêt dont le taux d'intérêt est fixe, notamment le montant ou le taux du crédit, donne lieu à la remise à l'emprunteur d'une nouvelle offre⁹⁰³. Ces modifications ne peuvent intervenir valablement cependant qu'après le délai de trente jours.

290. Le prix du crédit immobilier – Enfin, le TEG doit être indiqué ainsi que, s'il y a lieu, les clauses d'indexation, mais il ne comportera ni les charges liées aux garanties dont les crédits sont éventuellement assortis, ni les honoraires d'officiers ministériels⁹⁰⁴ ; à moins que leur montant puisse être connu avec précision antérieurement à la conclusion définitive du contrat⁹⁰⁵. Lorsque le taux d'intérêts est variable, les conditions et modalités de variation sont présentées dans une notice qui accompagne l'offre. Un document est aussi fourni qui contient

⁸⁹⁸ Cass. civ. 1^{re} 29 mai 1997 : inédit, pourvoi n° 94-17529. Rendue à propos d'un crédit immobilier, cette solution devrait aussi s'appliquer à l'offre de crédit mobilier : en ce sens. v. PIEDELIÈVRE, Stéphane. « Crédit à la consommation », *op. cit.*, n° 60.

⁸⁹⁹ Dans ce sens, v. CALAIS-AULOY, Jean et STEINMETZ, Frank. *Op. cit.*, n° 422, p. 495, lesquels suggèrent que la notice relative aux variations du taux pourrait s'accompagner d'un échéancier calculé sur la base du premier taux. « En revanche, les prêts à taux et échéances progressifs fixés dès l'origine doivent respecter la répartition exigée par l'article L. 312-8 » (*idem, ibidem*).

⁹⁰⁰ Art. L. 312-8, 2^o bis.

⁹⁰¹ Art. L. 312-19 du Code consom.

⁹⁰² Art. L. 312-10, al. 1^{er}.

⁹⁰³ Art. L. 312-8, dernier alinéa. La réitération de l'offre n'est toutefois pas exigée lorsque seule la durée du prêt est prolongée : Cass. 1^{re} civ. 8 oct. 1996 : Bull. civ. I, n° 344, pourvoi n° 94-18745 ; CCC 1996, n° 208, obs. RAYMOND, Guy. L'article L. 312-14-1 du Code prévoit qu'en cas de renégociation du prêt, à taux fixe ou variable, les modifications au contrat de prêt initial sont apportées sous la seule forme d'un avenant, lequel comprend des informations essentielles dont un échéancier des amortissements (sauf prêts à taux variables), le TEG et le coût du crédit calculés sur la base des seuls échéances et frais à venir (jusqu'à la date de la révision du taux, s'il est variable, ainsi que les conditions et modalités de variation).

⁹⁰⁴ Arts. L. 312-8, 3^o et L. 313-1, al. 2. L'offre doit indiquer, « en donnant une évaluation de leur coût, les stipulations, les assurances et les sûretés réelles ou personnelles exigées, qui conditionnent la conclusion du prêt » (art. L. 312-8, 4^o). Dans ce cas, une notice énumérant les risques garantis et précisant toutes les modalités de la mise en jeu de l'assurance est annexée au contrat de prêt (art. L. 312-9, 1^o). Le nouveau 4^o bis de l'art. L. 312-8 prévoit désormais que l'offre « mentionne que l'emprunteur peut souscrire auprès de l'assureur de son choix une assurance équivalente à celle proposée par le prêteur ».

⁹⁰⁵ Pour un exemple où ces frais étaient déterminables, v. Cass. 1^{re} civ. 30 mars 2005 : Bull. civ. I, n° 161, pourvoi n° 02-11171 ; D. 2005, p. 2757, obs. BIARDEAUD, Gérard et FLORES, Philippe.

une simulation de l'impact d'une variation de ce taux sur les mensualités, la durée du prêt et le coût total du crédit⁹⁰⁶. Il mentionne le caractère indicatif de cette simulation et l'absence de responsabilité du prêteur quant à l'évolution effective des taux d'intérêt⁹⁰⁷. À défaut de respecter les règles destinées à la protection du consommateur, le fournisseur de crédit est sanctionné.

2) Les sanctions liées au formalisme informatif

291. Lorsqu'il fixe lui-même le cadre contractuel de certaines relations de crédit, le législateur ne néglige pas le risque de détournement des règles destinées à permettre au consommateur de donner un consentement éclairé et réfléchi. Il formule aussi des sanctions visant à assurer l'efficacité de la technique formaliste. Il se sert souvent de techniques classiques (a). Dans un but d'efficacité, d'autres sanctions sont adoptées. Elles doivent être plus à même de faire respecter les règles de protection édictées (b).

a) Les sanctions classiques

292. Le Code brésilien de défense du consommateur prévoit la possibilité pour les autorités de contrôle (Procon) d'appliquer des peines de nature administrative, notamment des amendes lorsqu'elles constatent des transgressions aux dispositions légales⁹⁰⁸. Les montants ainsi récupérés sont versés au « Fonds de protection des droits diffus »⁹⁰⁹. Toutefois, en l'absence d'un encadrement plus strict des règles de forme, le constat de la transgression du dispositif de protection dépendra d'une interprétation des clauses du contrat au cas par cas. Cela facilite la contestation des établissements de crédit, lesquels se retranchent derrière l'incertitude et le risque d'arbitraire. Ce mécanisme répressif est ainsi très peu dissuasif. La question se pose dans les mêmes termes en France. Le non respect des formalités légales est justiciable de peines d'amende⁹¹⁰. Le défaut d'indication du TEG (ou du TAEG) entraîne une sanction plus sévère pour le prêteur⁹¹¹. De l'avis de la doctrine spécialisée cependant, leur faible montant rend ces sanctions peu dissuasives⁹¹². Le Code de la consommation contient toutefois une sanction plus efficace du formalisme informatif : la perte du droit à la rémunération

⁹⁰⁶ Art. L. 312-8, 2^o *ter*.

⁹⁰⁷ Art. L. 312-8, 2^o *ter* : « ... et à son impact sur les mensualités, la durée du prêt et le coût total du crédit ».

⁹⁰⁸ Art. 56, al. I.

⁹⁰⁹ Créé par la loi n° 7.347 du 24.7.1985, arts. 13 et 20. Ce fonds est géré par un Conseil fédéral lié au Ministère de la justice et destiné à la « réparation des dommages causés à l'environnement, aux consommateurs, aux biens et droits à caractère artistique, esthétique, historique, touristique et scénique ('paisagístico'), pour violation des règles de l'ordre économique et autres intérêts diffus et collectifs » (arts. 1^o, § 1^o de la loi n° 9.008 du 21.3.1995 et 1^o du déc. n° 1.306 du 9.11.1994).

⁹¹⁰ Art. L. 311-34, al. 1^{er} (1.500 euros – crédit mobilier) dont les dispositions sont reprises et complétées par l'art. L. 311-49, al. 1^{er}, dont l'entrée en vigueur est reportée au 1^{er} mai 2011 ; art. L. 312-33, al. 1^{er} (3.750 euros – crédit immobilier).

⁹¹¹ Il est puni d'une amende de 4.500 euros (art. L. 313-2, al. 2, du Code consom.).

⁹¹² CALAIS-AULOY, Jean et STEINMETZ, Frank. *Op. cit.*, n° 354, p. 416 ; PIEDELIÈVRE, Stéphane. « Droit à la consommation », *op. cit.*, n° 320, p. 251.

du crédit consenti : « le prêteur est frappé dans ses parties sensibles par la déchéance de son droit aux intérêts »⁹¹³.

b) La déchéance du droit aux intérêts

293. En France, le professionnel qui accorde un crédit sans respecter les formalités prévues par les règles du Code de la consommation est déchu du droit aux intérêts. Alors que la jurisprudence fournit des éléments sur la nature de cette sanction (I), ses modalités d'application sont précisées par la loi (II).

I – La nature de la sanction

294. On affirme que la déchéance du droit aux intérêts en tant que sanction du formalisme informatif est une véritable peine privée⁹¹⁴. La jurisprudence procède par une démarche plutôt négative. Elle précise qu'elle coexiste, outre les sanctions pénales mentionnées, avec notamment les règles qui sanctionnent les clauses abusives. L'existence de telles clauses dans le contrat n'entraîne donc pas la déchéance du droit à la rémunération du crédit⁹¹⁵. La Cour de cassation a précisé aussi que « la déchéance du droit aux intérêts, prévue par le texte précité, qui ne sanctionne pas une condition de formation du contrat, n'est pas une nullité »⁹¹⁶. En d'autres termes, le non respect du formalisme informatif n'entraîne pas la nullité du contrat⁹¹⁷. Cette solution est favorable au consommateur, lequel ne sera pas obligé de restituer le capital en totalité immédiatement, mais suivant l'échéancier prévu, ce qui évoque, pour certains, une « relation de fait paracontractuelle qui se couche, pour ainsi dire, dans le lit du contrat »⁹¹⁸. C'est déjà envisager les modalités d'application de cette sanction.

⁹¹³ MALAURIE, Philippe, AYNÈS, Laurent et GAUTIER, Pierre-Yves. « Les contrats spéciaux », 3^e éd., Defrénois, 2007, n° 957, p. 562. Arts. L. 311-33 et L. 312-33, al. IV, du Code de la consommation.

⁹¹⁴ AYNÈS, Laurent. *Op. cit.*, n° 50, p. 89 ; GHESTIN, Jacques. « Traité de droit civil – Le contrat : formation », 3^e éd., Paris : LGDJ, 1993, n° 755, p. 758 ; PIEDELIÈVRE, Stéphane. « Remarques sur les sanctions civiles dans les dispositions relatives à l'information et à la protection des emprunteurs dans le domaine immobilier » ; LAGARDE, Xavier. « Observations critiques sur la renaissance du formalisme », *op. cit.*, n° 19, p. 1775 ; MAGNIER, Véronique. « Les sanctions du formalisme informatif », JCP G, I, 106, n° 7, p. 178.

⁹¹⁵ Cass. 1^{re} civ. 23 nov. 2004 : Bull. civ. I, n° 287, pourvoi n° 03-11411.

⁹¹⁶ Cass. 1^{re} civ. 18 mars 1997 : Bull. civ. I, n° 97, pourvoi n° 95-04159 ; Cass. 1^{re} civ. 2 juill. 1996 : Bull. civ. I, n° 283, pourvoi n° 94-17530 ; Dalloz Affaires 1996. 1024 ; LPA 2 avr. 1997, p. 16, note RIEUBERNET, A.. Sous une formule rapprochée, mais dont la nuance semble la rendre discutable, v. AYNÈS, Laurent (*op. cit.*, n° 34, p. 82) : « les règles de forme n'ont pas en notre matière pour objet la formation même du contrat, puisque ni l'expression des consentements, ni la règle imposant l'écoulement d'une durée dans sa formation ne font l'objet de formes imposées ». L'énoncé de cette solution semble d'ailleurs s'accorder avec les règles du Code qui sanctionnent exceptionnellement par la perte du droit aux intérêts la violation des règles de forme régissant la phase d'exécution du contrat de crédit renouvelable (art. L. 311-9-1, devenant l'art. L. 311-26). Le nouvel art. L. 311-48 du Code exclut, cependant, la violation de ces règles du champ d'application de la déchéance du droit aux intérêts. Désormais, elles encadrent seulement une peine d'amende, de 1500 euros (art. L. 311-49, al. 1^{er} nouveau).

⁹¹⁷ Cass. 1^{re} civ. 2 juill. 2002 : Bull. civ. I, n° 181, pourvoi n° 99-20254 ; v. PETIT, Bruno. *Op. cit.*, n° 11, p. 101, note 18. La Cour de cassation applique ainsi à la déchéance du droit aux intérêts non pas la prescription de l'article 1304 du Code civil, mais la décennale de l'article L. 110-4, I du Code de commerce, en adoptant la théorie de l'acte mixte : Cass. 1^{re} civ. 13 mars 2001 : Bull. civ. I, n° 70, pourvoi n° 98-19691 ; - Cass. 1^{re} civ. 30 sept. 1997 : Bull. civ. I, n° 262, pourvoi n° 96-04005 ; Dalloz Affaires 1997. 1247, Banque 1997. 92, obs. J.-L. GUILLOT, Gaz. Pal. 1998, somm. 17, obs. S. Piedelièvre ; - Cass. 1^{re} civ. 4 mai 1999 : Bull. civ. I, n° 150, pourvoi n° 97-04119 ; Dalloz Affaires 1999. 934, obs. V. A.-R., CCC 1999, no 150, obs. RAYMOND, Guy. Elle fixe (implicitement) la remise des fonds comme point de départ de ce délai : Cass. 1^{re} civ. 16 oct. 2001 : Bull. civ. I, n° 258, pourvoi n° 99-14711.

⁹¹⁸ PETIT, Bruno. *Op. cit.*, n° 11, p. 101, note 19, pour qui il s'agit d'une véritable nullité unilatérale. La citation est cependant empruntée à SAVATIER, René. « Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil

II – Les modalités d’application

295. En cas de déchéance, l’emprunteur n’est tenu qu’au seul remboursement du capital suivant l’échéancier prévu⁹¹⁹. Il ne s’agit pourtant pas d’une sanction générale du droit du crédit aux consommateurs. Elle ne s’applique qu’en cas de manquement aux règles expressément décrites dans le Code de la consommation⁹²⁰. Dans les opérations de crédit mobilier, la déchéance du droit aux intérêts était automatique. Lors de l’entrée en vigueur de la loi de réforme du crédit à la consommation⁹²¹, il n’en sera ainsi que pour la violation de certaines règles indiquées dans la loi⁹²². Pour d’autres⁹²³, la règle sera la même qu’en matière de crédit immobilier : la déchéance est prononcée en totalité ou dans la proportion fixée par le juge⁹²⁴, de manière discrétionnaire⁹²⁵. Dans ce cas, les juges prennent en compte notamment le comportement du prêteur et, semble-t-il, la gravité de l’atteinte⁹²⁶. La liste des règles dont le non respect implique la déchéance du droit aux intérêts a été sensiblement aggrandie par la loi de réforme du crédit à la consommation. On notera l’inclusion de celles sur la remise de la fiche d’information préalable, sur les modes de paiement associés à l’usage d’une carte dont est

d’aujourd’hui », 1^{re} série, 3^e éd., n° 23, p. 30. V. aussi MAZEAUD, Denis, Défrenois 1995, art. 36024, p. 352, obs. sous Cass. 1^{re} civ. 20 juill. 1994 : Bull. civ. I, n° 262 : « la nullité constitue en ce domaine une sanction qui brille par son inopportunité ».

⁹¹⁹ L’art. L. 311-33 (qui devient l’art. L. 311-48 à compter du 1^{er} mai 2011) prévoit encore que « les sommes perçues au titre des intérêts, qui sont productives d’intérêts au taux légal à compter du jour de leur versement, seront restituées par le prêteur ou imputées sur le capital restant dû ». V. BEY, El Moktar, *op. cit.*, n° 120, p. 517, pour qui le consommateur a un choix entre ces deux mesures. Adoptant, semble-t-il, cette opinion, v. Cass. 1^{re} civ. 18 févr. 1997 : Bull. civ. I, n° 66, pourvoi n° 94-18017. La jurisprudence précise cependant que le consommateur reste tenu au paiement des intérêts au taux légal depuis la mise en demeure : Cass. 1^{re} civ. 26 nov. 2002 : Bull. civ. I, n° 288, pourvoi n° 00-17119 (crédit mobilier) ; Cass. 1^{re} civ. 18 mars 2003 : Bull. civ. I, n° 84, pourvoi n° 00-17761 (crédit immobilier : obligation de payer également les frais). Cette solution a mérité les critiques d’une partie de la doctrine : PAISANT, Gilles. LPA 8 déc. 2003 ; LEGAIS, Dominique. RTD com. 2003, p. 554.

⁹²⁰ Sont seuls concernés, d’une part, les arts. L. 311-8 à L. 311-13 sur le crédit mobilier, applicables jusqu’au 30 avr. 2011 : Cass. 1^{re} civ., 10 mai 2000 : Bull. civ. I, n° 139, pourvoi n° 97-17412 ; CCC 2000, comm. 166 ; D. 2000, act. jur., p. 317, note RONDEY, Céline ; d’autre part, les arts. L. 312-7, L. 312-8, L. 312-14, al. 2, et L. 312-26 sur le crédit immobilier : Cass. 1^{re} civ. 6 juin 2000, Bull. civ. I, n° 177, pourvoi n° 98-13164.

⁹²¹ Fixée sur ce point au 1^{er} mai 2011 (art. 61, I, al. 1^{er}).

⁹²² Art. L. 311-48, al. 1^{er} : « le prêteur qui accorde un crédit sans communiquer à l’emprunteur les informations précontractuelles dans les conditions fixées par les articles L. 311-6 ou L. 311-43, sans remettre et faire signer ou valider par voie électronique la fiche mentionnée à l’article L. 311-10, ou sans remettre à l’emprunteur un contrat satisfaisant aux conditions fixées par les articles L. 311-11, L. 311-12, L. 311-16, L. 311-18, L. 311-19, L. 311-29, le dernier alinéa de l’article L. 311-17 et les articles L. 311-43 et L. 311-46, est déchu du droit aux intérêts ». Le dernier alinéa de l’art. L. 311-48 prévoit encore que « le prêteur qui n’a pas respecté les formalités prescrites au dernier alinéa de l’article L. 311-46 et à l’article L. 311-47 ne peut réclamer à l’emprunteur les sommes correspondant aux intérêts et frais de toute nature applicables au titre du dépassement ».

⁹²³ Art. L. 311-48, al. 2 : « lorsque le prêteur n’a pas respecté les obligations fixées aux articles L. 311-8 et L. 311-9, il est déchu du droit aux intérêts, en totalité ou dans la proportion fixée par le juge. La même peine est applicable au prêteur qui n’a pas respecté les obligations fixées à l’article L. 311-21 et aux deuxième et troisième alinéas de l’article L. 311-44 ou lorsque les modalités d’utilisation du crédit fixées au premier alinéa de l’article L. 311-17 et au premier alinéa de l’article L. 311-17-1 n’ont pas été respectées ».

⁹²⁴ Art. L. 312-33, al. 4.

⁹²⁵ Cass. 1^{re} civ. 18 mars 1997 : Bull. civ. I, n° 97, pourvoi n° 95-04159 ; Dalloz Affaires 1997. 502. Sur son caractère facultatif, v. Cass. 1^{re} civ. 2 juill. 2002 : Bull. civ. I, n° 181, pourvoi n° 99-20254 ; Cass. 1^{re} civ., 19 mai 1999 : inédit, pourvoi n° 97-13042 ; CCC 1999, no 167, obs. RAYMOND, Guy. Pour une critique de ce mécanisme, v. MAZEAUD, Denis et PIEDELIÈVRE, Stéphane. « Crédit immobilier », *op. cit.*, n° 42.

⁹²⁶ PIEDELIÈVRE, Stéphane. « Remarques sur les sanctions civiles dans les dispositions relatives à l’information et à la protection des emprunteurs dans le domaine immobilier », *op. cit.*, n° 23, p. 893 ; GUILLOT, Jean-Louis, Rev. Banque, n° 555, janvier 1995, p. 93. Mais « en théorie, du moins, les juges n’ont pas à tenir compte du préjudice qu’a pu subir l’emprunteur du fait de la communication d’une offre préalable incomplète » : MAZEAUD, Denis et PIEDELIÈVRE, Stéphane. *Op. cit.*, n° 42.

assorti un crédit renouvelable et sur certaines opérations de découvert en compte. Des difficultés ne manqueront pas d'être soulevées, cependant, à propos de ces dernières.

296. La déchéance du droit aux intérêts dans les opérations de découvert – La remise d'une offre de contrat qui ne satisfait pas aux conditions fixées par le nouvel article L. 311-46 du Code encourt la perte du droit aux intérêts. Cet article concerne les informations devant être fournies lorsqu'une convention de compte de dépôt mentionne la possibilité d'un dépassement et lors d'un dépassement significatif qui se prolonge au-delà d'un mois⁹²⁷. Dans ce dernier cas, le prêteur fournit à l'emprunteur certaines informations « sans délai, par écrit ou sur un autre support durable »⁹²⁸. On rappellera, tout d'abord, qu'une distinction est désormais réalisée entre, d'une part, les autorisations de découvert consenties de manière expresse et, d'autre part, les dépassements du solde d'un compte de dépôt « tolérés » par une banque⁹²⁹. Ces derniers constituent, par définition, un découvert accepté tacitement. Certaines difficultés peuvent ainsi apparaître, précisément, dans l'hypothèse où la convention de compte ne les prévoit point⁹³⁰. Ces difficultés, de preuve surtout, résultent, entre autres, d'une certaine fongibilité existant entre les découverts autorisés et les possibilités de dépassement ainsi qu'à l'appréciation du caractère significatif de celui-ci⁹³¹. Les banques auront alors intérêt à poursuivre une interprétation littérale de la prévision « sans délai » contenue dans la loi. Si l'on doit admettre que pour un dépassement *non significatif* qui se prolonge au-delà d'un mois la banque ne risque pas la perte du droit aux intérêts, il n'en va pas de même lorsque trois mois seront alors écoulés. Dans ce cas, la banque n'ayant remis au consommateur, ni la fiche d'information précontractuelle, ni une offre de contrat pourra être déchue du droit aux intérêts. C'est une solution que la Cour de cassation, dans des situations identiques, confirme dans ses arrêts les plus récents⁹³².

297. Consacrant cette jurisprudence, le dernier alinéa de l'article L. 311-48 du Code prévoit que, lors de l'écoulement du troisième mois d'un dépassement, le prêteur qui ne propose pas sans délai à l'emprunteur un autre type d'opération de crédit, « dans les conditions

⁹²⁷ Art. L. 311-46, al. 2.

⁹²⁸ Il s'agit du montant du dépassement, le taux débiteur et toutes pénalités et tous frais ou intérêts sur arriérés qui sont applicables.

⁹²⁹ Art. L. 311-1, 10^o et 11^o du Code, respectivement.

⁹³⁰ De telles stipulations tendront par ailleurs à disparaître des conventions de compte. Si pour les dépassements prévus à ladite convention remboursables dans un délai d'un mois la banque est confrontée à certaines contraintes d'information préalable, elle ne l'est guère pour les autorisations de découvert remboursables dans ce même délai. Dès lors, les banques seront incitées à ne plus prévoir de dépassements dans leurs conventions, tout en conservant la possibilité d'autoriser, par accord verbal, des découverts remboursables dans un délai d'un mois.

⁹³¹ Ainsi, lorsque, par exemple, un compte de dépôt subit un dépassement significatif (non prévu dans la convention de compte) qui se prolonge au-delà d'un mois, la banque n'en ayant pas averti le titulaire du compte « sans délai » pourrait être tentée, pour échapper à la sanction de la perte du droit aux intérêts, d'affirmer que le solde débiteur du compte correspondait à une autorisation de découvert non écrite, remboursable dans le délai d'un mois et d'un montant légèrement inférieur au solde débiteur du compte. Dès lors, le dépassement ainsi avéré serait non significatif, et ne mériterait pas la mise en garde du client.

⁹³² Cass. 1^{re} civ. 22 janv. 2009 : Bull. civ. I, n^o 9, pourvoi n^o 05-20176 (irrégularité relevée d'office) ; Cass. 1^{re} civ. 30 mars 1994 : Bull. civ. I, n^o 126, pourvoi n^o 92-17048 ; D. 1994, inf. rap. p. 101 ; JCP E 1994, pan. 606 ; CCC, 1994, n^o 127 ; Cass. 1^{re} civ., 17 juill. 1996 : inédit, pourvoi n^o 94-13904 (découvert de trois mois non caractérisé). V. aussi, Cass. avis, 8 oct. 1993 : Bull. civ. I, n^o 13, pourvoi n^o 09-30011.

régies par le présent chapitre »⁹³³, ne peut lui réclamer les sommes correspondant aux intérêts et frais de toute nature applicables au titre du dépassement. L'emprunteur, dans ces conditions, peut-il refuser l'offre qui lui est proposée ? Dans ce cas, la banque qui ne met dès lors pas fin à la relation, s'acquitte-t-elle par cette seule proposition de son devoir d'information concernant l'opération initiale ? Ce n'est pas certain, d'autant que la finalité du dispositif légal semble être de paralyser immédiatement l'aggravation de la situation financière de l'emprunteur.

298. La légitimité de la sanction de la déchéance du droit aux intérêts – On peut, enfin, s'interroger sur ce point. Dans son principe, cette sanction est approuvée depuis longtemps par la doctrine. Son efficacité et surtout l'étendue de son application le sont cependant beaucoup moins. Les critiques dressées à son égard rejoignent alors celles, plus générales, relatives au formalisme protecteur⁹³⁴. On affirme, d'abord, qu'elle n'assure pas la réalisation de la finalité du formalisme informatif, notamment lorsqu'elle est prononcée automatiquement⁹³⁵. Si le formalisme sert à conférer au consommateur la possibilité de donner un consentement libre et éclairé, dit-on, il ne serait pas logique de prononcer une sanction d'une telle gravité pour le prêteur alors que l'emprunteur aurait donné son consentement en toute lucidité ou que, du moins, le renseignement serait disponible chez le prêteur⁹³⁶. Sa mauvaise foi, ou du moins son « esprit de chicane »⁹³⁷, serait dès lors évidente : « le juge doit alors trancher un débat entre deux hommes, dont l'un prétend échapper à ses engagements à la faveur d'une simple irrégularité matérielle »⁹³⁸. Formulées avant même l'avènement des lois Scrivener, ces affirmations sont devenues en doctrine un lieu commun⁹³⁹.

299. Certains proposent d'abandonner le caractère automatique de la déchéance du droit aux intérêts. Elle ne devrait être prononcée que lorsque le consentement du consommateur aurait été vicié⁹⁴⁰. Dans tous les cas, le juge devrait avoir un pouvoir discrétionnaire lui

⁹³³ Art. L. 311-47 du Code, suivant la suggestion de la directive n° 2008/48/CE, art. 18, par. 3, ce qui semble signifier que le prêteur devra remettre à ce dernier une fiche d'information précontractuelle et une offre de contrat.

⁹³⁴ V. LAGARDE, Xavier. « Observations critiques sur la renaissance du formalisme », JCP G, I, 170, n° 2, p. 1768 : « le droit de la consommation comme le droit du travail, sont devenus des nids de formalités ».

⁹³⁵ MAGNIER, Véronique. « Les sanctions du formalisme informatif », JCP 2004, I, 106, n° 23, p. 180.

⁹³⁶ STOUFFLET, Jean. « Propos non-conformistes sur la protection du consommateur emprunteur », *op. cit.*, n° 22, p. 294.

⁹³⁷ LAGARDE, Xavier. « Observations critiques sur la renaissance du formalisme », *op. cit.*, n° 19, p. 1775.

⁹³⁸ FLOUR, Jacques. « Quelques remarques sur le retour au formalisme », *op. cit.*, n° 19, p. 113.

⁹³⁹ LAGARDE, Xavier. « Observations critiques sur la renaissance du formalisme », *op. cit.*, n° 19, p. 1775 : « plus grave, ajoutera-t-on, les individus de bonne foi subiront le contrecoup de leur surprotection en ce qu'ils ne rencontreront plus que cynisme ou méfiance de la part de leurs éventuels cocontractants, cynisme de ceux qui au terme d'un calcul plus ou moins fondé auront décidé d'ignorer les prescriptions législatives, le coût de l'illicite étant supposé préserver les marges bénéficiaires, méfiance de ceux qui confondront volontiers partie faible et partie fourbe et qui, de ce fait, lorsqu'il le pourront, feront valoir sans nuance la force du lien contractuel » ; STOUFFLET, Jean. « Propos non-conformistes sur la protection du consommateur emprunteur », *op. cit.*, n° 33, p. 297 ; GUILLOT, Jean-Louis, Rev. Banque, n° 555, janv. 1995, p. 93, obs. sous Cass. 1^{er} civ. 20 juill. 1994 : Bull. civ. I, n° 262, n° 92-19187 ; MAZEAUD, Denis. « La forme, sœur jumelle de la liberté ou ennemie jurée de la sécurité », D. 1998, somm. p. 110 ; MALAURIE, Philippe, AYNÈS, Laurent et GAUTIER, Pierre-Yves. « Les contrats spéciaux », 3^e éd., Defrénois, 2007, n° 954, p. 559 ; v. sur le formalisme en général, FLOUR, Jacques. « Quelques remarques sur le retour au formalisme », *op. cit.*, n° 19, p. 113.

⁹⁴⁰ V. MAGNIER, Véronique. *Op. cit.*, n° 24, p. 180 et LAGARDE, Xavier. « Observations critiques sur la renaissance du formalisme », *op. cit.*, n° 19, p. 1775, lesquels rapprochent cette solution de la maxime *pas de nullité sans grief*. V. aussi CARBONNIER, Jean. « Droit civil », vol. II, Quadrige/PUF, 2004, n° 1008, p. 2076 : « ne sommes-nous pas

permettant de la prononcer en totalité ou en partie. La finalité du formalisme informatif serait ainsi assurée. De manière moins conformiste, un auteur⁹⁴¹ va jusqu'à proposer l'abandon total des mesures formalistes du droit du crédit à la consommation, un retour aux sources du droit commun, voire une « auto-discipline des prêteurs ». Si l'on veut prendre ces suggestions au sérieux, le moins que l'on puisse dire est que la réalité de la société de consommation contemporaine – la situation actuelle des marchés financiers en fait une preuve incontestable – ne permet pas un tel retour à l'empire de l'autonomie de la volonté. Du moins, pas encore...⁹⁴² Par la forme, expliquait un auteur, « le législateur entend faire régner la bonne foi dans la généralité des contrats »⁹⁴³. Que resterait-il alors de la finalité préventive, si chère au droit de la consommation, si l'on admettait que la protection de l'emprunteur se réduise à la preuve d'un vice du consentement ? De manière plus réaliste, quel prêteur respecterait les règles de forme prévues ? À fort juste titre, on a remarqué que « le consommateur isolé ne fait pas bon ménage avec la justice, et le droit de critique lui aurait été accordé avec la quasi-certitude qu'il n'en userait pas. À tous égards, la protection devait être préventive, ou elle ne serait pas »⁹⁴⁴.

300. Certes, le formalisme informatif n'est pas suffisant à lui seul, on l'a remarqué⁹⁴⁵. Cependant, sa transformation en « soft law » ne contribuerait guère à réaliser l'objectif de transparence du marché. « Il est trop évident que, là où la sanction n'est pas assurée, la prévention cesse, par là même, de l'être »⁹⁴⁶. L'information est un élément important pour le consentement du consommateur. Elle n'est cependant pas une technique révolutionnaire⁹⁴⁷ capable de rétablir une égalité de forces parfaite entre le consommateur le professionnel. Sauf rares exceptions, le crédit demeure pour le consommateur un « à prendre ou à laisser ». Juridiquement, cependant, son choix n'est pour autant pas dénué d'intérêt.

B) L'acceptation du crédit

301. Le mécanisme protecteur vise aussi l'acceptation donnée par le consommateur de crédit. Il constitue le prolongement de la notion de durée, introduite par le législateur dans la phase de formation du contrat. Et ce, à un point tel que, parfois, il est difficile de déterminer

en marche vers un formalisme *causé*, rendu raisonnable, où les sanctions ne sont plus encourues dès lors que les intérêts essentiels sont sauvegardés ? »

⁹⁴¹ STOUFFLET, Jean. « Propos non-conformistes sur la protection du consommateur emprunteur », *op. cit.*, n° 5, p. 289.

⁹⁴² On notera que les mêmes auteurs qui n'hésitent pas à soulever la mauvaise foi du consommateur qui fait jouer la sanction de la perte du droit du prêteur aux intérêts, affirment, dissertant sur les devoirs du prêteur en dehors de tout formalisme, que ce n'est qu'en toute bonne foi que celui-ci pourrait être tenté d'« occulter la gravité des conséquences de l'emprunt ». V. LAGARDE, Xavier. « L'endettement des particuliers », *op. cit.*, n° 21, p. 63.

⁹⁴³ FLOUR, Jacques. « Quelques remarques sur le retour au formalisme », *op. cit.*, n° 19, p. 113. V. GHESTIN, Jacques et MARCHESSAUX VAN MELLE, Isabelle. « Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français et en droits européens », in « La protection de la partie faible dans les rapports contractuels – comparaisons franco-belges », *op. cit.*, n° 30, p. 25, affirmant que la plupart des législations semblent favorables à un tel « retour au formalisme » à titre de protection du consommateur.

⁹⁴⁴ AYNÈS, Laurent. *Op. cit.*, n° 6, p. 68.

⁹⁴⁵ V. n° 252 *supra*.

⁹⁴⁶ AYNÈS, Laurent. *Op. cit.*, n° 20, p. 113.

⁹⁴⁷ Nous n'adhérons pas aux suggestions en ce sens, émises par CHARDIN, Nicole. *Op. cit.*, p. 104.

avec exactitude à quel moment ce contrat est définitivement formé. Si certains effets contractuels dépendent toujours du moment de sa formation, celui-ci ne revêt sûrement plus la même importance que par le passé⁹⁴⁸. En principe, l'acceptation du consommateur rend parfait l'accord de volontés. Cela marque d'ailleurs une spécificité des prêts conclus avec les consommateurs : la remise des fonds cède la place à la rencontre des volontés qui constitue désormais le moment de formation de la convention. Cela est vrai du moins en France où doctrine⁹⁴⁹ et jurisprudence⁹⁵⁰ semblent s'accorder. Au Brésil, à titre exceptionnel, le Conseil Monétaire National impose, dans l'une de ses multiples résolutions⁹⁵¹, que les institutions financières « exigent de leurs clients une confirmation claire et objective quant à l'acceptation du produit ou du service offert *ou mis à leur disposition*, leur silence ne valant pas approbation »⁹⁵². On est tenté d'en déduire que le contrat est formé dès l'accord de volontés, ce règlement faisant référence à la seule mise à disposition des fonds. Ce serait sans doute une déduction abusive, réalisée à partir d'une source dont on est contraint de reconnaître que ses multiples débouchés en la matière, souvent contradictoires, en enlèvent la précision⁹⁵³. De manière beaucoup plus précise, certains auteurs⁹⁵⁴, contredisant la doctrine traditionnelle⁹⁵⁵, soutiennent le caractère consensuel du contrat de prêt. En jurisprudence, la question ne se pose guère, à notre connaissance⁹⁵⁶. L'explication pourrait résider en ce que le leitmotiv des politiques du crédit actuellement est sa diffusion la plus large⁹⁵⁷.

302. Précisément parce que le consommateur peut subir « une fièvre contractuelle qui n'est peut-être que d'un instant »⁹⁵⁸, le législateur a entendu déroger aux règles du droit commun pour allonger le processus de formation du contrat de crédit, de manière à inciter l'emprunteur à la prudence et à la réflexion. « Il lui manque un 'pouvoir d'inhibition', une capacité d'arrêter ses impulsions. Il lui faudrait donc une volonté de résistance, une

⁹⁴⁸ PETIT, Bruno. *Op. cit.*, n° 64, p. 138, lequel énumère certains des effets dépendant du moment de la formation du contrat : il marque le caractère irrévocable de l'engagement, le point de départ de ses effets, l'appréciation de la capacité des parties, la réglementation applicable, point de départ des délais, de prescription notamment.

⁹⁴⁹ *Idem*, n° 51, p. 128, citant H., L. et J. MAZEAUD et CHABAS, RIPERT et BOULANGER et STARCK. « Droit civil – Obligations », n° 1175 et s. ; v. aussi CHARDIN, Nicole. *Op. cit.*, p. 28.

⁹⁵⁰ Cass. 1^{re} civ., 28 mars 2000 : Bull. civ. I, n° 105, pourvoi n° 97-21422 ; CCC 2000, comm. 106, obs. LEVENEUR, Laurent ; JCP G 2000, II, 10296, concl. SAINTE-ROSE ; JCP N 2000, p. 1270, note LOCHOUARN ; D. 2000, jur. p. 782, note PIEDELIÈVRE, Stéphane ; D. 2000, somm. p. 358, obs. DELEBECQUE, Philippe ; D. 2001, p. 1615, obs. JOBARD-BACHELLIER ; D. 2002, p. 640, obs. MARTIN, Didier R. ; Defrénois 2000, art. 37188, p. 720, obs. AUBERT, Jean-Luc. Cass. 1^{re} civ. 27 nov. 2001 : Bull. civ. I, n° 297, pourvoi n° 99-10633 ; D. 2002, p. 119, note CHARTIER ; JCP G 2002, II, 1050, note PIEDELIÈVRE, Stéphane ; Defrénois 2002, art. 37486, p. 259, obs. LIBCHABER, Rémy.

⁹⁵¹ Rés. n° 2.892 du 26.9.2001, art. 2°.

⁹⁵² C'est nous qui soulignons.

⁹⁵³ La règle mentionnée ne comporte aucune condition de validité de la convention. Elle semble être simplement relative à des éléments de preuve.

⁹⁵⁴ TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. « O procedimento de qualificação dos contratos e a dupla configuração do mútuo no direito civil brasileiro », Rev. Forense, n° 309, 1990, p. 43.

⁹⁵⁵ WALD, Arnaldo. « Curso de Direito Civil Brasileiro – Obrigações e contratos », v. II, 12^e éd., RT, 1995, n° 155, p. 381 ; BESSONE, Darcy. « Do contrato », Forense, 1960, n° 26, p. 66, note 16 ; DINIZ, Maria Helena. « Curso de Direito Civil Brasileiro – Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais », v. 3, 6^e éd., Saraiva, 1989, p. 238.

⁹⁵⁶ V. cependant TJRS-APC n° 598435063, j. 22.12.1998.

⁹⁵⁷ Même si l'on sait que des enjeux importants pour les parties découlent précisément de cette définition, notamment la possibilité d'exécution forcée de l'obligation de remettre les fonds.

⁹⁵⁸ PETIT, Bruno. *Op. cit.*, n° 22, p. 108. Dans le même sens, v. PAISANT, Gilles. « Essai sur le temps dans les contrats de consommation », *op. cit.*, n° 7, p. 639.

'nolonté' »⁹⁵⁹. Donnée dans le cadre d'un parcours progressif, son acceptation s'analyse alors en un consentement différé (1). Parfois, un mécanisme qui défie de manière encore plus audacieuse le droit commun des obligations permet la formation du contrat quand bien même son acceptation n'aura été donnée qu'à titre précaire (2).

1) Le consentement différé

303. Parce que la liberté de s'engager n'est pas toujours un gage de prudence, le législateur a décidé d'y déroger. Dans certaines opérations de crédit, compte tenu de l'importance de l'engagement du consommateur, il est interdit aux parties de conclure un contrat avant le terme d'un certain délai dit de réflexion. Parmi les systèmes ici comparés, seul le législateur français a entendu s'écarter ainsi des principes du droit commun relatifs à la formation du contrat. Ce mécanisme n'est prévu cependant que dans le domaine particulier du crédit immobilier⁹⁶⁰. Le Code de la consommation prévoit ainsi que « l'emprunteur et les cautions ne peuvent accepter l'offre que dix jours après qu'ils l'ont reçue »⁹⁶¹. Ce délai devrait permettre au consommateur de s'aviser, de délibérer à propos de la décision au sein de sa famille⁹⁶². Afin de garantir l'efficacité de ce mécanisme, les modalités d'acceptation de l'offre sont également prévues par la loi : « l'acceptation doit être donnée par lettre, le cachet de la poste faisant foi »⁹⁶³. Le prêteur qui fait souscrire par l'emprunteur ou les cautions déclarées, ou reçoit de leur part l'acceptation de l'offre sans que celle-ci comporte de date ou dans le cas où elle comporte une date fautive de nature à faire croire qu'elle a été donnée après expiration du délai de dix jours, est puni d'une amende de 30 000 euros⁹⁶⁴. Il peut aussi être déchu du droit aux intérêts⁹⁶⁵.

304. Le temps de réflexion offert au consommateur doit être aussi un temps de sérénité. Celui-ci serait troublé s'il devait réfléchir sous le poids de la contrainte, par exemple, d'avoir effectué un dépôt ou signé un chèque avant de donner son acceptation. Par conséquent, tout paiement réalisé par le consommateur au prêteur pendant cette période est, sous peine d'amende, proscrit par la loi⁹⁶⁶. L'inverse l'est également ; aucun versement, sous quelque forme que ce soit, ne peut, au titre de l'opération en cause, être fait par le prêteur à

⁹⁵⁹ CHARDIN, Nicole. *Op. cit.*, p. 42, note 46.

⁹⁶⁰ V. BEY, El Moktar. *Op. cit.*, p. 519, note 134 ; BIHL, Luc. « La loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs », JCP 1978, II, 12759, n° 2, p. 19) ; MAZEAUD, Denis. « L'endettement des acquéreurs », *Rev. dr. immobilier* n° 17, oct.-déc. 1995, n° 2, p. 641.

⁹⁶¹ Art. L. 312-10, al. 2. Pour les opérations de *leasing* immobilier, v. l'art. L. 312-27. « On se trouve en présence d'un délai de onze jours, puisque le *dies a quo* n'est pas pris en compte » : MAZEAUD, Denis et PIEDELIÈVRE, Stéphane. *Op. cit.*, n° 46.

⁹⁶² CHARDIN, Nicole. *Op. cit.*, p. 197 : « une délibération collective [est] beaucoup plus réelle et efficace qu'une délibération dans le for intérieur d'un seul décideur. La famille devient une mini-société où les délibérations sont systématiques sur les questions économiques graves ».

⁹⁶³ Art. L. 312-10, al. 2. V. cependant, Cass. 1^{re} civ. 5 juill. 2005 : inédit, pourvoi n° 02-18907, disant que « l'acceptation de l'offre doit être donnée par écrit contre récépissé, la date de celui-ci faisant foi ».

⁹⁶⁴ Art. L. 312-33, al. 2. L'al. suivant contient des prévisions identiques pour les opérations de *leasing* immobilier.

⁹⁶⁵ « ... en totalité ou dans la proportion fixée par le juge » : art. L. 312-33, dernier alinéa.

⁹⁶⁶ Art. L. 312-11. L'article L. 312-34 prévoit une amende de 30.000 euros.

l'emprunteur ou pour le compte de celui-ci⁹⁶⁷. En revanche, le contrat formé par une acceptation donnée avant le délai de dix jours encourt la nullité⁹⁶⁸. Comme ce délai est prescrit par des règles d'ordre public, une acceptation précipitée n'est pas susceptible de confirmation⁹⁶⁹, mais la jurisprudence admet que le consommateur puisse renouveler son acceptation après l'expiration dudit délai⁹⁷⁰.

305. Une distinction subtile entre les sanctions liées à la violation de ces règles été précisée par la Cour de cassation : « si l'inobservation des règles de forme relatives aux modalités d'acceptation de l'offre de prêt immobilier⁹⁷¹ est sanctionnée par la déchéance du droit aux intérêts, la méconnaissance du délai d'acceptation de dix jours l'est par une nullité relative qui se prescrit par cinq ans à compter de l'acceptation de l'offre »⁹⁷². L'avantage de cette mesure pour le consommateur est cependant limité car il serait jugé irrecevable à l'invoquer après le remboursement des premières échéances⁹⁷³. Un auteur a ainsi proposé, « dans tous les cas de non-respect par l'établissement de crédit des obligations que la loi lui impose à l'égard des consommateurs, d'offrir [*de lege ferenda*] à ces derniers, selon leur intérêt, le choix entre la nullité du contrat et la déchéance du droit aux intérêts »⁹⁷⁴. À l'égard de l'acceptation donnée par la caution, le non respect des formalités légales relatives aux mentions manuscrites⁹⁷⁵ encourt la nullité de son engagement. Cependant, pour la Cour de cassation il n'y a pas lieu de tenir compte d'une omission mineure, dès lors qu'elle n'affecte ni le sens ni la portée de la mention manuscrite exigée à titre de validité de l'engagement⁹⁷⁶.

306. La légitimité du mécanisme légal – Certains se révèlent enfin sceptiques à l'égard du mécanisme élaboré par le législateur en tant que possibilité de réflexion en famille, sous prétexte même que l'organisation de celle-ci aurait évolué à travers le temps : « que feront-ils d'une offre préalable, posée sur la table de la salle à manger et dont pas un seul ne saisira l'exacte portée ? »⁹⁷⁷ Or, plus qu'un droit, la réflexion est une vertu. Évidemment, l'intervention

⁹⁶⁷ Art. L. 312-11. Cette interdiction n'existe pas pour les opérations de *leasing* immobilier (art. L. 312-28).

⁹⁶⁸ Cass. 1^{re} civ. 9 déc. 1997 : Bull. civ. I, n° 368, pourvoi n° 95-15494 ; CCC 1998. 53, obs. RAYMOND, Guy ; JCP 1998, II, 10148, note PIEDELIÈVRE, Stéphane. Dans ce cas, les parties devront recommencer toute l'opération. Confondant existence et validité, v. MAZEAUD, Denis et PIEDELIÈVRE, Stéphane. *Op. cit.*, n° 46 : « Le contrat de prêt n'a jamais pu se former, puisque l'acceptation n'a, en réalité, jamais été valablement donnée ».

⁹⁶⁹ Cass. 1^{re} civ., 18 janv. 2000 : inédit, pourvoi n° 97-20750 ; CCC 2000, n° 117, obs. RAYMOND, Guy.

⁹⁷⁰ Cass. 1^{re} civ. 2 nov. 2005 : inédit, pourvoi n° 03-20918 (acceptation réitérée dans un acte authentique valant nouvelle acceptation) ; RD bancaire, nov.-déc. 2005, p. 11, obs. CRÉDIT, Francis et GÉRARD, Yves ; JCP N 2006, 1135, n° 9, obs. PIEDELIÈVRE, Stéphane.

⁹⁷¹ « Une acceptation qui serait exprimée autrement que par une lettre dûment postée » : v. PAISANT, Gilles. « Essai sur le temps dans les contrats de consommation », *op. cit.*, p. 640, note 19. Adoptant ce raisonnement, v. Cass. 19 mars 2009 : inédit, pourvoi n° 05-13126.

⁹⁷² Cass. 1^{re} civ. 12 juill. 2005, pourvoi n° 02-13614 ; plus récemment, v. Cass. 1^{re} civ. 19 mars 2009 préc. (la demande de l'emprunteur concernait la déchéance du droit aux intérêts).

⁹⁷³ Cass. 1^{re} civ., 3 juill. 2001 : Bull. civ. I, n° 201, pourvoi n° 99-19084.

⁹⁷⁴ PAISANT, Gilles. « Essai sur le temps dans les contrats de consommation », *op. cit.*, n° 8, p. 641.

⁹⁷⁵ Arts. L. 313-7 et L. 313-8 du Code consom.

⁹⁷⁶ Civ. 1^{re} 9 févr. 2004 : Bull. civ. I, n° 254, pourvoi n° 02-17028 (absence de la conjonction « et » dans la mention manuscrite par la caution). V. PIEDELIÈVRE, Stéphane. « Crédit à la consommation », *op. cit.*, n° 77, pour qui « On risque d'aboutir à l'émergence d'un nouveau contentieux dans lequel la bonne foi contractuelle sera le plus souvent absente ».

⁹⁷⁷ LAGARDE, Xavier. « L'endettement des particuliers », LGDJ, 1999, n° 21, p. 63. *Contra* : CHARDIN, Nicole, *op. cit.*, p. 193.

du législateur ne va pas jusqu'à obliger l'emprunteur à exercer à profit le temps qui lui est offert pourtant précisément dans cette finalité. Ce qui compte c'est que le consommateur soit en mesure de réfléchir⁹⁷⁸. Cette sorte de ralentissement de la formation du contrat a toutefois des impacts économiques certains. Contraint de réaliser un exercice inhabituel de patience, le consommateur peut être psychologiquement dissuadé de consommer. Autant d'affaires s'évanouiront ainsi dans la nature. Cependant, aussi audacieux que savant, le législateur impose à l'emprunteur un délai d'attente qui apparaîtra insignifiant par rapport aux inconvénients liés à un engagement à long terme, et postérieurement regretté⁹⁷⁹. C'est ainsi au sacrifice d'une croissance économique qui ne profite qu'à certains, que le législateur institue un mécanisme permettant au consommateur d'exercer sa volonté de manière rationnelle : « la volonté est le désir éclairé par l'intelligence »⁹⁸⁰. Enfin, une fois l'offre acceptée régulièrement, le contrat est définitivement formé, les parties doivent exécuter leurs obligations. Vrai, en principe, pour le crédit immobilier, cela ne l'est pas dans toutes les opérations de crédit. Il est des situations où l'accord du consommateur ne constitue qu'un consentement exprimé à titre précaire.

2) Le consentement rétractable

307. En matière de crédit mobilier à la consommation, d'une gravité (économique) normalement beaucoup moins importante que les opérations précédentes, il est habituel que le consommateur agisse par impulsion, souvent séduit par une offre alléchante. Les faveurs du législateur vont alors jusqu'à lui accorder un droit de repentir : « une opération reste, tant qu'elle est à conclure, parée de toutes les séductions et ses inconvénients n'apparaissent bien souvent, même aux yeux d'une personne diligente, qu'au moment où elle est irrévocablement conclue »⁹⁸¹. Droit de « rétractation », « direito de arrependimento »⁹⁸², droit de « repentir » ou encore de « revenir » sur son engagement⁹⁸³, sont autant de désignations dont on nomme le mécanisme élu par le législateur pour permettre à l'emprunteur de réfléchir *a posteriori* : il « commence par exprimer son consentement et profite d'un délai pour mesurer la portée de son acte et, éventuellement, revenir sur son engagement »⁹⁸⁴.

308. La nature controversée de la technique de rétractation – Une controverse règne en doctrine, du moins en France, quant à la nature juridique du bénéfice ainsi consenti à l'emprunteur. Un commentateur de la loi avait, très tôt, affirmé qu'il s'agissait d'une « construction dogmatique originale qui ne trouve pas d'équivalent dans la théorie générale des

⁹⁷⁸ V. CHARDIN, Nicole, *op. cit.*, p. 84 : « la vraie liberté est celle de se tromper en connaissance de cause ».

⁹⁷⁹ Inconvénients d'ailleurs dont les enjeux sociaux se mesurent à l'aune du surendettement des ménages.

⁹⁸⁰ CHARDIN, Nicole. *Op. cit.*, p. 81.

⁹⁸¹ PETIT, Bruno. *Op. cit.*, n° 26, p. 110.

⁹⁸² Art. 49, paragraphe unique, du Code du consommateur.

⁹⁸³ BRUN, Philippe. « Le droit de revenir sur son engagement », *op. cit.*, p. 78.

⁹⁸⁴ PAISANT, Gilles. « La rétractation du consommateur en droit français », in *Le droit de rétractation – Contrats et Patrimoine*, Larcier, 2008, n° 9, p. 67.

obligations, une technique législative nouvelle »⁹⁸⁵. Cependant, outre la confusion relative à l'assimilation de ce mécanisme au droit de réflexion⁹⁸⁶, certains le considèrent comme une condition résolutoire « purement potestative et non susceptible d'abus »⁹⁸⁷, tandis que d'autres y voient l'expression d'un dédit légal à titre gratuit⁹⁸⁸. Plus sûre, en revanche, semble être la distinction entre cette technique et la possibilité pour le débiteur de réaliser un remboursement par anticipation. Non seulement le régime applicable à chacune, mais aussi la finalité qui les oriente éloignent ces deux mécanismes⁹⁸⁹. L'autorité financière brésilienne ne l'estime cependant pas. Dans une résolution récente, le Conseil Monétaire National a prévu la possibilité pour l'emprunteur de rembourser sans pénalités, dans un délai de sept jours à compter de la conclusion du contrat, le crédit qui lui est accordé⁹⁹⁰. Le CMN prétend, semble-t-il, instituer un droit de rétractation en procédant à un aménagement réglementaire du droit au remboursement anticipé. Un authentique droit de rétractation est toutefois prévu tant en droit brésilien qu'en droit français. Dans ces deux systèmes, il s'agit d'un droit accordé au consommateur à titre unilatéral, discrétionnaire et gratuit⁹⁹¹ pour anéantir un contrat déjà formé⁹⁹². Ces systèmes s'éloignent cependant, d'abord, quant au champ d'application dudit droit (a), ensuite quant à son régime (b).

⁹⁸⁵ V. BEY, El Moktar. *Op. cit.*, p. 520, note 141, qui rappelle les tentatives de la doctrine de définir la nature juridique du délai de rétractation en tant que condition, faculté de dédit, d'annulation ou de résiliation unilatérale, ou encore droit d'option (*idem*, n° 141, p. 519). Le législateur de 1972 s'en était déjà servi pour protéger les consommateurs contre les dangers de la consommation suite à un démarchage à domicile. Une partie de la doctrine avait critiqué vivement la nouveauté législative, destructive des « principes les mieux établis du droit commun ». GODÉ, Pierre, *RTD civ.* 1978, p. 438, expliquait qu'« une véritable éthique sociale, et peut-être une certaine esthétique juridique, interdisaient à celui qui avait donné sa parole de la retirer ». Lors des débats parlementaires, Jean Foyer s'interrogeait dans ces termes : « n'est-il pas d'ailleurs regrettable de traiter les Français comme des assistés, des incapables majeurs, des irresponsables ? » (v. BEY, El Moktar, *op. cit.*, p. 519, note 134, citant les déb. ass. nat. : *J.O.*, 7 oct. 1977, p. 5927).

⁹⁸⁶ V. CALAIS-AULOY, Jean et BIHL, Luc. « La loi 78-22 du 10 janvier 1978 protégeant les consommateurs contre les dangers du crédit », *JCP CI* 1978, chr. 7245, p. 240, qui parlent d'un « second délai de réflexion » ; ROUBACH, Michel. « La loi du 10 janvier 1978 relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit », *Gaz. Pal.* 1978, 20 juillet 1978, p. 385.

⁹⁸⁷ RAYMOND, Guy. « La protection du consommateur dans les opérations de crédit », *Gazette du Palais* 1978, législation, 9 novembre 1978, p. 561 ; *contra*, v. PETIT, Bruno. *Op. cit.*, n° 56, p. 132, pour qui une telle condition serait incompatible avec l'interdiction d'exécution avant la fin du délai de sept jours (art. L. 311-17 du Code consom.) ; dans ce même sens, v. GAVALDA, Christian. « L'information et la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit », *op. cit.*, p. 197, note 42 ; BRUN, Philippe. « Le droit de revenir sur son engagement », *op. cit.*, p. 82.

⁹⁸⁸ PAISANT, Gilles. « La rétractation du consommateur en droit français », *Le droit de rétractation, contrats et Patrimoine*, Larcier, 2008, n° 10, p. 68 ; GAVALDA, Christian. *Op. cit.*, note précédente ; LAGARDE, Xavier. « L'endettement des particuliers », Paris : LGDJ, 1999, n° 24, p. 74.

⁹⁸⁹ V. PETIT, Bruno. *Op. cit.*, n° 27, p. 111, qui rappelle que la rétractation est antérieure à toute exécution tandis que le remboursement anticipé, qui suppose que les fonds ont été remis, nécessite des disponibilités importantes qui feront le plus souvent défaut. Il ne faut pas non plus oublier que ce dernier peut être donné, en principe, à tout moment, ce qui l'entoure aussi des avantages liés à la promotion de la concurrence, notamment dans le cas où les taux d'intérêts baissent. V. n° 474 *infra*.

⁹⁹⁰ Rés. CMN n° 3.516 du 6 déc. 2007, art. 2°, II, b.

⁹⁹¹ PAISANT, Gilles. « La rétractation du consommateur en droit français », *op. cit.*, n° 17, p. 72.

⁹⁹² En France, il s'agit de l'opinion de la doctrine majoritaire (v. PAISANT, Gilles. « La rétractation du consommateur en droit français », *op. cit.*, n° 10, p. 68, note 38 ; « La loi du 6 janvier 1988 sur les opérations de vente à distance et télé-achat », *JCP G*, 1988, I, n° 3350 ; BRUN, Philippe. *Op. cit.*, p. 82 ; PICOD, Yves et DAVO, Hélène. *Op. cit.*, n° 198 ; RAYMOND, Guy. « Crédit à la consommation », *op. cit.*, n° 119, lequel réserve cependant « le cas le plus fréquent » d'une clause d'agrément du prêteur, auquel cas le contrat ne serait formé qu'à l'expiration du délai respectif. *Contra* : CALAIS-AULOY, Jean et BIHL, Luc. *Op. cit.*, p. 240 ; CALAIS-AULOY, Jean et STEINMETZ, Frank. *Op. cit.*, n° 169 ; PETIT, Bruno. *Op. cit.*, n° 27, p. 111 ; Cass. 3^e civ. 13 février 2008, D. 2008.1530, note DAGORNE-LABBE.

a) Le champ d'application comparé du droit de rétractation

309. Tandis qu'en France un droit spécifique de rétractation existe pour toute opération de crédit mobilier régie par le Code de la consommation⁹⁹³, le Code brésilien du consommateur prévoit un droit général de repentir qui ne s'applique, paradoxalement, qu'aux contrats conclus en dehors de l'établissement commercial du fournisseur⁹⁹⁴. Il est vrai que la pseudo-rétractation créée par le CMN n'exclut pas les opérations conclues en tête-à-tête, mais seuls les crédits du secteur libre d'une durée supérieure à un an et obtenus à un taux fixe sont concernés⁹⁹⁵. Ainsi réduit dans ce dernier pays quant à son application, ce droit pourrait cependant regagner en importance, ne serait-ce qu'en termes quantitatifs croissants, si l'on considère que les opérations conclues à distance, notamment par internet, sont de celles que vise le Code. Certains auteurs l'estiment⁹⁹⁶, mais la question ne semble pas avoir été tranchée par la jurisprudence. De telles incertitudes disparaissent en France devant les termes explicites du Code de la consommation prévoyant un droit de rétractation dans les opérations de crédit conclues à distance⁹⁹⁷. Ces différences s'accroissent encore lorsqu'on compare le régime du mécanisme prévu dans chaque système juridique.

b) Le régime comparé du droit de rétractation

310. Une similitude existait sur ce point jusqu'à l'entrée en vigueur des nouvelles règles françaises sur le crédit à la consommation : tant au Brésil qu'en France ce droit ne pouvait être exercé que dans un délai de sept jours. Cette similarité disparaît cependant définitivement avec la transposition de la directive n° 2008/48/CE, laquelle allonge ce délai à « quatorze jours calendaires »⁹⁹⁸. Celui-ci coïncidera d'ailleurs avec le délai prévu au Code de la consommation pour les opérations de crédit conclues à distance⁹⁹⁹. L'écart entre les législations ici comparées sera alors élargi. Bien plus précises que le dispositif du Code brésilien, les règles du droit français fixent un régime formaliste et rigoureux du droit de rétractation. Elles sont relatives au point de départ du délai mentionné, à la possibilité de le raccourcir, aux modalités fixées pour son exercice et à l'exécution des obligations des parties pendant le délai de rétractation.

311. Le point de départ du délai – En général, le délai de rétractation court à compter de la date d'acceptation de l'offre par l'emprunteur. Sur ce point, le droit brésilien rejoint le droit français¹⁰⁰⁰. Ce dernier s'écarte toutefois de la règle générale lorsque, dans les opérations conclues à l'aide d'une technique de communication à distance, les informations précontractuelles et contractuelles obligatoires ne sont pas fournies au consommateur. Dans ce

⁹⁹³ Art. L. 311-15. Cette règle figure désormais à l'art. L. 311-12 (entrée en vigueur prévue au 1^{er} mai 2011).

⁹⁹⁴ Art. 49, *caput, in fine* : « notamment par téléphone ou à domicile ».

⁹⁹⁵ Rés. n° 3.516 du 6.12.2007, arts. 2^o, II, *b* et 3^o, paragraphe unique.

⁹⁹⁶ MARQUES, Cláudia Lima. « Contratos no Código de defesa do consumidor », *op. cit.*, p. 709 et 731, note 363.

⁹⁹⁷ Art. L. 121-20-12, IV.

⁹⁹⁸ Art. L. 311-12, al. 1^{er}.

⁹⁹⁹ Art. L. 121-20-12.

¹⁰⁰⁰ Art. L. 311-12 du Code consom. ; art. 49, paragraphe unique du Code du consommateur.

cas, le délai ne commence à courir qu'à compter de leur réception¹⁰⁰¹. Cette règle, prévue à la directive n° 2008/48/CE¹⁰⁰², sera alors généralisée en droit français du crédit à la consommation¹⁰⁰³.

312. La possibilité d'un délai raccourci – En revanche, dans ce système, le délai de rétractation peut être réduit à trois jours lorsque, dans les opérations de crédit affecté, le consommateur, pressé d'obtenir le bien ou le service désiré, fait une demande « expresse, rédigée, datée et signée de sa main même », sollicitant la livraison ou la fourniture immédiate du bien ou de la prestation de services¹⁰⁰⁴. Cette exception subit à son tour deux exceptions par lesquelles on en revient à la règle générale : d'abord, lorsque le crédit affecté est souscrit à l'occasion d'un démarchage à domicile¹⁰⁰⁵ ; ensuite lorsqu'il l'est à l'aide d'une technique de communication à distance¹⁰⁰⁶.

313. Les modalités d'exercice – Employant une technique formaliste pour faciliter l'exercice du droit de repentir, la loi française exige, sous peine d'amende, qu'un formulaire détachable soit joint à l'offre préalable¹⁰⁰⁷. Ce formulaire est actuellement établi conformément à un modèle type prévu en annexe au Code de la consommation¹⁰⁰⁸. La jurisprudence adhère au formalisme du législateur. Elle considère que l'offre de crédit ne comportant pas un formulaire correspondant aux prescriptions du Code encourt la déchéance du droit aux intérêts¹⁰⁰⁹. Cette solution est consacrée dans la nouvelle loi sur le crédit à la consommation¹⁰¹⁰. La jurisprudence admet, cependant, que le consommateur reste libre d'exprimer son désistement par d'autres moyens que par ledit formulaire¹⁰¹¹. En droit brésilien, aucune prévision légale ou réglementaire n'existe quant aux modalités d'exercice de ce droit.

314. L'exécution des obligations réciproques – À l'instar des règles précédemment analysées sur le délai de réflexion, l'exécution des obligations des parties est, en principe, suspendue afin de préserver la liberté de décision de l'emprunteur. Le nouvel article L. 311-14

¹⁰⁰¹ Art. L. 121-20-12, I, 2° du Code consom.

¹⁰⁰² Art. 14, paragraphe 1, b.

¹⁰⁰³ L'art. L. 311-12 prévoit que ce délai court « à compter du jour de l'acceptation de l'offre de contrat de crédit comprenant les informations prévues à l'article L. 311-18 ».

¹⁰⁰⁴ Art. L. 311-24, devenant l'art. L. 311-35 à compter du 1^{er} mai 2011 : « le délai de rétractation ouvert à l'emprunteur par [l'article L. 311-12] expire à la date de la livraison ou de la fourniture, sans pouvoir ni excéder [quatorze] jours ni être inférieur à trois jours. Toute livraison ou fourniture anticipée est à la charge du vendeur qui en supporte tous les frais et risques ».

¹⁰⁰⁵ Art. L. 311-28, devenant l'art. L. 311-41 à compter du 1^{er} mai 2011.

¹⁰⁰⁶ Art. L. 121-20-12, IV. L'art. 59 de la loi n° 2010-737 du 1^{er} juill. 2010 supprime les mentions dérogatoires aux arts. L. 311-24 et L. 311-25 du Code contenues dans l'art. L. 121-20-12, IV. Selon le rapporteur du Projet au Sénat, M. Philippe Dominati, ce « nettoyage » ne « change rien à ce régime » (v. Rapp. préc., p. 384).

¹⁰⁰⁷ Art. L. 311-15 (nouvel art. 311-12). L'art. L. 311-34, al. 1^{er} (nouvel art. L. 311-49, al. 1^{er}), prévoit une amende de 1.500 euros pour le prêteur qui omet de prévoir un formulaire détachable dans l'offre de crédit.

¹⁰⁰⁸ Art. R. 311-7.

¹⁰⁰⁹ Cass. 1^{re} civ. 8 juill. 1997 : Bull. civ. I, n° 240, pourvoi n° 95-18185 ; v. cependant jugeant que l'art. R. 311-7 du Code consom. n'impose pas la mention au verso du formulaire de rétractation des nom et adresse du prêteur : Cass. 1^{re} civ. 13 nov. 2002 : Bull. civ. I, n° 267, pourvoi n° 99-20579.

¹⁰¹⁰ Art. L. 311-48, al. 1^{er}.

¹⁰¹¹ Cass. 1^{re} civ. 12 févr. 1991 : Bull. civ. I, n° 62, pourvoi n° 88-11916 ; RTD civ. 1991, n° 525, obs. MESTRE, Jacques. L'art. R. 121-2-2 du Code relatif aux services financiers conclus à distance prévoit que lorsque le consommateur communique sa rétractation « sur un support papier ou sur un autre support durable avant l'expiration du délai mentionné à l'article L. 121-20-12, le consommateur est réputé avoir respecté ce délai ».

du Code de la consommation prévoit, sous peine d'une amende de 30.000 euros¹⁰¹², que pendant la durée d'un délai de sept jours à compter de l'acceptation du contrat par l'emprunteur, aucun paiement, sous quelque forme et à quelque titre que ce soit, ne peut être fait par le prêteur à l'emprunteur ou pour le compte de celui-ci, ni par l'emprunteur au prêteur¹⁰¹³. La sérénité du consommateur est donc secouée, alors même qu'il se trouve encore dans le délai de quatorze jours qui lui est imparti pour donner éventuellement sa rétractation. Dans un arrêt récent, la Cour de cassation a approuvé les juges du fond d'avoir déclaré que la transgression des règles d'ordre public du Code qui interdisent la « tradition du prêt avant expiration du délai de rétractation » encourt la nullité du contrat de crédit¹⁰¹⁴. Dans les contrats de crédit affecté, une règle similaire existe au regard du vendeur ou du prestataire de services, lequel ne peut recevoir de l'acheteur aucun paiement sous quelque forme que ce soit, ni aucun dépôt¹⁰¹⁵. Ils peuvent cependant recevoir du consommateur la partie du prix qu'il a accepté de payer au comptant¹⁰¹⁶. Ils peuvent aussi livrer ou fournir, même immédiatement, le bien ou le service concerné, mais ils en supportent tous les frais et risques d'une livraison anticipée¹⁰¹⁷ en cas d'exercice par le consommateur de son droit de rétractation.

315. Dans les opérations de crédit conclues à distance il est possible de remettre (ou de mettre à disposition) les fonds au consommateur (ou pour son compte) avant la fin du délai de rétractation, à condition que celui-ci en donne son accord. Mais une durée minimale de sept jours doit être respectée pour cette remise, sauf s'il s'agit d'un crédit affecté, auquel cas cette durée est ramenée à trois jours¹⁰¹⁸. Cette règle sera généralisée à partir de l'entrée en vigueur des modifications opérées par la loi de réforme du crédit à la consommation¹⁰¹⁹. Aucune règle n'empêche, au Brésil, que les fonds soient remis à l'emprunteur avant la fin du délai de rétractation. Cela peut se révéler dissuasif de son exercice par l'emprunteur. La sagesse populaire en est bien illustrative : « dinheiro na mão é vendaval »...¹⁰²⁰

316. La rétractation exercée – Si le consommateur exerce son droit de rétractation, le contrat de crédit est anéanti, tout se passe comme si aucune offre n'avait été signée. S'il s'agit d'un crédit affecté – seul cas où une avance sur le prix est permise – le vendeur ou le

¹⁰¹² Art. L. 311-35, 1^o (nouvel art. L. 311-50, 1^o, dont l'entrée en vigueur est prévue au 1^{er} mai 2011).

¹⁰¹³ Art. L. 311-14 : « ... pendant ce même délai, l'emprunteur ne peut non plus faire, au titre de l'opération en cause, aucun dépôt au profit du prêteur ou pour le compte de celui-ci. Si une autorisation du prélèvement sur son compte bancaire est signée par l'emprunteur, sa validité et sa prise d'effet sont subordonnées à celles du contrat de crédit ». Cette règle est prévue à l'art. L. 311-17, en vigueur jusqu'au 30 avr. 2011.

¹⁰¹⁴ Cass. 1^{re} civ. 22 janv. 2009 : inédit, pourvoi n^o 03-11775.

¹⁰¹⁵ Art. 311-27, al. 1^{er}, devenant l'art. L. 311-40, al. 1^{er}, à compter du 1^{er} mai 2011.

¹⁰¹⁶ Art. 311-27, al. 3, devenant l'art. L. 311-40, al. 3, à compter du 1^{er} mai 2011. Dans ce cas, le vendeur ou prestataire de services doit remettre à l'acheteur un récépissé valant reçu et comportant la reproduction intégrale des dispositions de l'article L. 311-25 (désormais il s'agira des dispositions des arts. L. 311-36 et L. 311-37).

¹⁰¹⁷ Art. L. 311-24, *in fine*, devenant l'art. L. 311-35 à compter du 1^{er} mai 2011.

¹⁰¹⁸ Art. L. 121-20-13, I, 1^o et 3^o.

¹⁰¹⁹ Art. L. 311-15 (entrée en vigueur prévue au 1^{er} mai 2011).

¹⁰²⁰ « Argent dans la bourse, sitôt dépensé ».

prestataire de services doit restituer, sous peine d'une amende de 30.000 euros¹⁰²¹, toute somme que le consommateur lui aurait versée¹⁰²². Des dispositions similaires sont prévues par le Code du consommateur brésilien¹⁰²³. Le consommateur est tenu, à son tour, de retourner le bien éventuellement livré¹⁰²⁴. Si l'opération est conclue à l'aide d'une technique de communication à distance, le consommateur ayant utilisé le capital mis à sa disposition¹⁰²⁵ doit le restituer et payer les intérêts cumulés sur ce capital « dans les meilleurs délais et au plus tard dans les trente jours » à compter de la date de communication de sa rétractation au fournisseur¹⁰²⁶. Celui-ci ne peut exiger le paiement des intérêts que s'il a porté à la connaissance du consommateur le « montant dû » avant la conclusion du contrat, à condition encore que le versement des fonds ait été demandé préalablement par le consommateur. Hormis cette dernière condition, des règles similaires figurent au nouvel article L. 311-15 du Code de la consommation. Ce dernier prévoit qu'en cas de rétractation les intérêts cumulés sur le capital « versé » à l'emprunteur sont calculés sur la base du taux débiteur figurant au contrat. La loi prévoit désormais la possibilité pour le prêteur de « mettre à disposition des fonds » à l'emprunteur dès le huitième jour suivant l'acceptation du contrat, sans que celui-ci en ait fait une demande préalable en ce sens¹⁰²⁷.

317. L'absence de rétractation et l'agrément de l'emprunteur – La loi française prévoit que le contrat ne devient définitif qu'à condition que le prêteur ait fait connaître à l'emprunteur sa décision d'accorder le crédit, dans un délai de sept jours. À défaut, son agrément est réputé refusé. Dans ce cas, l'offre devient caduque, et l'acceptation de l'emprunteur, sans effet¹⁰²⁸. Une fois remplie cette condition, en l'absence de rétractation par le consommateur au terme du délai de quatorze jours, le contrat formé a finalement vocation à être exécuté par les parties.

318. Critique du mécanisme légal – Il n'est pas certain qu'un droit de rétractation représente, en toutes circonstances, une technique efficace de protection des consommateurs de crédit. Si le dispositif légal ne reste pas lettre morte – grâce, semble-t-il, aux ventes par correspondance et au démarchage à domicile¹⁰²⁹ – le taux de rétractation dans les opérations

¹⁰²¹ Art. L. 311-35, 4^o (devenant l'art. L. 311-50, 4^o), applicable à « celui qui persiste indûment à ne pas payer » ces sommes. V. BEY, El Moktar. *Op. cit.*, n^o 150, p. 520, pour lequel l'acompte versé sur le prix porte la qualité d'un dépôt, susceptible de restitution et des sanctions pour abus de confiance du Code Pénal, arts. 408 et 406.

¹⁰²² Art. L. 311-25, al. 4 (devenant l'art. L. 311-38) : « à compter du huitième jour suivant la demande de remboursement, cette somme est productive d'intérêts, de plein droit, au taux légal majoré de moitié ».

¹⁰²³ Art. 49, paragraphe unique.

¹⁰²⁴ Les risques supportés par le fournisseur mentionnés à l'art. L. 311-24 (nouvel art. L. 311-35) du Code semblent être liés à la perte fortuite de la chose. Par conséquent, il ne sera responsable que de la perte, l'usage, ou des détériorations résultant de son fait. V. dans ce sens, PAISANT, Gilles. « La rétractation du consommateur en droit français », *op. cit.*, n^o 29, p. 82, pour lequel dans ce cas « la charge de la preuve incombe au professionnel ». En l'absence de prévisions dans le Code brésilien du consommateur, la règle *res perit domino* devrait s'appliquer.

¹⁰²⁵ Ce qui s'entend aussi du versement du capital à un tiers pour le compte du consommateur.

¹⁰²⁶ Art. L. 121-20-13, II, 2^o.

¹⁰²⁷ Art. L. 311-13, *in fine* dont l'entrée en vigueur est reportée au 1^{er} mai 2011.

¹⁰²⁸ Art. L. 311-16 (devenant l'art. L. 311-13 à compter du 1^{er} mai 2011) : « l'agrément de la personne de l'emprunteur parvenu à sa connaissance après l'expiration de ce délai reste néanmoins valable si celui-ci entend toujours bénéficier du crédit ». Cet agrément devient une exigence dans la nouvelle règle.

¹⁰²⁹ V. BRUN, Philippe. « Le droit de revenir sur son engagement », *op. cit.*, p. 83.

de crédit semblerait être en pratique « proche de zéro »¹⁰³⁰. Ainsi méprisé par ses destinataires, ce mécanisme semble l'être même par le législateur. Certes, celui-ci se préoccupe, du moins en France, de la prise de conscience par le consommateur de l'existence même d'un tel droit¹⁰³¹. Que dire, en revanche, de la faculté laissée à celui-ci de se rétracter au regard de l'opération de crédit alors qu'il demeurera tout de même obligé au paiement (au comptant) du prix du bien ou du service financé ? C'est la solution adoptée en France pour les opérations de crédit affecté conclues à distance¹⁰³².

319. Il ne faudrait pas négliger non plus les risques d'abus liés, par exemple, à l'utilisation du bien fourni et à sa restitution par la suite de l'exercice d'une rétractation. Associés à un facteur culturel, certes moins maîtrisable que les premiers mais probablement susceptible d'influer aussi sur la détermination du consommateur à se rétracter, ces risques aboutiraient à une augmentation certaine du prix du crédit. Un délai impératif de réflexion préalable semblerait ainsi préférable à un droit de repentir¹⁰³³. Il faut reconnaître toutefois que prévenir vaut mieux que guérir. Ici encore, le risque d'abandonner à son propre sort le consommateur confronté au matraquage de la publicité et aux séductions du *marketing*, tôt ou tard, se répercutera soit sur les « bons emprunteurs », soit sur le contribuable, appelé aux efforts de solidarité qu'exige la lutte contre l'exclusion sociale. Dans un domaine où le professionnel cherche à chiffrer le moindre risque et où l'intervention du juge dans la loi des parties est considérée comme une incertitude indésirable¹⁰³⁴, l'institution de telles techniques de protection offre au législateur la possibilité d'instaurer une sécurité juridique, certes coûteuse, mais dans un cadre dès lors prévisible.

320. Bilan de la protection spéciale du demandeur de crédit – Cette protection exige l'établissement de règles spéciales destinées à éclairer son consentement afin qu'il puisse prendre ses décisions en connaissance de cause. Son attention est ainsi particulièrement attirée sur les conséquences d'une opération touchant directement ses intérêts économiques. Des dispositions spécifiques déterminent que certaines mentions informatives doivent lui être fournies impérativement dans la publicité du crédit. Les risques dissimulés sous le couvert du « crédit gratuit » sont atténués par des dispositions qui lui permettent de connaître l'exacte portée des engagements proposés, voire d'éliminer l'opération de crédit lorsque celle-ci, destinée à financer l'obtention du bien ou du service souhaités, va à l'encontre de ses intérêts économiques. D'autres règles prévoient encore l'obligation du prêteur de fournir au

¹⁰³⁰ *Idem, ib idem*. L'auteur concède cependant qu'« il n'existe à notre connaissance aucune statistique fiable à ce sujet [...] Il n'y a sans doute pas là de grand mystère. Celui qui sollicite son banquier pour un crédit à la consommation a mûri un projet ; il a, en général, suffisamment réfléchi ».

¹⁰³¹ V. n° 241 *supra*.

¹⁰³² Art. L. 121-20-12, IV.

¹⁰³³ Le ralentissement économique que celui-ci est susceptible de provoquer, cependant, buterait contre une volonté politique à orientation nettement expansive à propos du crédit.

¹⁰³⁴ ARIDA, P., BACHA, E. et RESENDE, A. « Credit, Interest and Jurisdictional Uncertainty – Conjectures on the Case of Brazil », Travail présenté au séminaire « Inflation Targeting and Debt : The Case of Brazil », Rio de Janeiro, le 12.12.2003.

consommateur, avant la formation du contrat, un maximum d'informations sur la qualité et le fonctionnement du « produit » demandé : celui-ci doit pouvoir avoir accès aux conditions générales qui régiront la relation de crédit ; une offre préalable lui est ainsi remise et le maintien des conditions proposées est assuré pendant une certaine période destinée à sa réflexion. Encore faut-il que ces règles soient efficaces ; à défaut d'avoir assez réfléchi sur la portée de l'engagement souscrit, une opportunité lui est même fournie qui lui permet de se dégager du contrat formé : des délais de rétractation lui sont ainsi accordés.

321. Toujours est-il que la protection du demandeur de crédit a abouti à un dessein juridique profondément complexe, composé de règles tantôt rigoureuses, tantôt inefficaces et même parfois contradictoires dans les ordres juridiques ici comparés. Il nous semble cependant illégitime de parler d'une surprotection¹⁰³⁵ du consommateur-emprunteur. En droit brésilien, le constat de l'absence d'efficacité pratique des règles du Code du consommateur ne permet pas à la simplicité ayant présidé à leur élaboration de déployer pleinement ses effets. D'une part, les établissements de crédit – notoirement hostiles à la législation consumériste – semblent trouver les règles du Code trop générales pour qu'ils se sentent concernés. La réglementation du Conseil Monétaire National, d'autre part, comportant des règles parfois contradictoires, aboutit à un éparpillement des dispositions protectrices qui favorise la réticence de ses destinataires et accroît les difficultés de contrôle. Enfin, confrontés à une nette tendance du *Superior Tribunal de Justiça* à la polarisation du débat jurisprudentiel autour de la seule théorie de l'abus de droit, les juges du fond risquent de se retourner dans un élan protecteur – l'on ne saurait s'en surprendre – vers les dispositions du Code civil. Quant au système français, la simplicité, « meilleur gage de la compréhension du droit et de sa bonne application »¹⁰³⁶, n'est pas souvent présente dans les règles spéciales de protection. Le mécanisme protecteur atteint parfois un niveau de complexité extrême lorsque le formalisme lié aux opérations de crédit se double de celui qui régit les pratiques de démarchage à domicile¹⁰³⁷. Infléchies par l'effort harmonisateur et simplificateur du droit communautaire, il faut espérer au moins que ces règles ne subissent, du même coup, l'effet destructeur que la réalisation du marché intérieur peut exercer sur la garantie d'un niveau élevé de protection des intérêts des consommateurs¹⁰³⁸.

322. Sans doute, un marché idéal du crédit aux consommateurs consisterait, pour les parties, « à faire preuve de mesure, d'un certain sens des réalités ou encore de bon sens, dirait-on, en un mot, de vertu »¹⁰³⁹. À défaut de celle-ci, le formalisme informatif semble

¹⁰³⁵ V. en ce sens, DELEBECQUE, Philippe. « L'information du consommateur dans le domaine du crédit immobilier – Rapport de Synthèse », LPA 29 juin 1999, n° 128.

¹⁰³⁶ PAISANT, Gilles. « La rétractation du consommateur en droit français », *op. cit.*, n° 31, p. 83.

¹⁰³⁷ Arts. L. 121-1 et s. du Code consom. V. sur la combinaison des formalismes : Cass. 1^{re} civ. 3 mai 2007 : Bull. civ. I, n° 169, pourvoi n° 05-21458 ; LPA 13 nov. 2007.

¹⁰³⁸ Sur les dernières tendances en matière de protection des consommateurs et d'harmonisation des règles au sein du marché intérieur, v. les doc. Suivants : Livre Vert sur la révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs, COM (2006) 744 final, du 8 févr. 2007 ; Deuxième rapport de la Commission sur l'état d'avancement du Cadre commun de référence – COM (2007) 447 final, du 25 juill. 2007 ; Stratégie 2007-2013, COM (2007) 99, du 13 mars 2007.

¹⁰³⁹ LAGARDE, Xavier. « L'endettement des particuliers », *op. cit.*, n° 2, p. 1768.

demeurer, malgré sa lourdeur, une technique convenable de prévention contre un endettement excessif des consommateurs : « si cette évolution rend nécessaire un appareil juridique lourd, elle n'appelle de réserves, ni du moraliste puisque l'objectif visé est l'établissement de relations sûres de coopération et que le principe de l'autonomie des volontés est respecté, ni de l'économiste puisque les buts recherchés sont la réduction des risques et une plus grande efficacité économique »¹⁰⁴⁰.

323. Fût-il imposé à un cocontractant plus puissant, ce formalisme serait vain cependant s'il ne se doublait d'un contenu équitable. Au moment de la formation du contrat, un rapport de forces équilibré avec le prêteur fait défaut, et le consommateur se trouve démuné face à un cocontractant plus puissant. Lorsque celui-ci se sert de son pouvoir économique pour lui imposer des conditions déséquilibrées, c'est la qualité du consentement du consommateur qui se trouve affectée : tout en réfléchissant sur les conséquences de son engagement, un besoin pressant ou un état de nécessité viennent déterminer sa décision prise afin d'éviter un mal plus grave ; il se voit contraint d'accepter un contrat dont les conditions sont significativement déséquilibrées. La pratique révèle parfois l'imposition d'intérêts manifestement excessifs dans les opérations de crédit, au mépris flagrant de la justice contractuelle. En complément au droit spécial, certaines règles du droit commun peuvent alors servir l'objectif de protection du consommateur emprunteur.

Section 2 – Les règles de droit commun

324. Les déséquilibres contractuels, reliquat indésirable de la théorie de l'autonomie de la volonté, ne sont pas toujours éliminés par le jeu des normes spéciales de protection du consommateur, ne serait-ce que parce qu'il est incomplet ou pour la simple raison que toutes les conditions de son application ne se trouvent pas réunies. Le prêteur est en position de force lors de la formation du contrat. La pratique révèle, parfois, l'imposition d'intérêts manifestement excessifs dans les opérations de crédit, au mépris flagrant de la justice contractuelle. Certaines règles du droit commun ont vocation à s'appliquer à ce type d'hypothèses. Deux techniques peuvent se révéler particulièrement utiles pour combattre les iniquités ainsi pratiquées : d'une part, la lésion, institution millénaire mais non moins recherchée lorsqu'il s'agit d'éliminer les inégalités entre les situations des parties au contrat. D'autre part, le vice de violence, mécanisme également prévu depuis le temps des Romains, dont les transformations de l'économie libérale de marché et l'évolution des rapports sociaux ont exigé de la jurisprudence un renouvellement : il revêt désormais la forme d'une violence économique. Une question vient

¹⁰⁴⁰ CHAINEAU, André. « Crise économique, crise juridique, crise de société : 1975 – 1995 » in Droit de la crise : crise du droit ?, V^{èmes} journées Savatier, PUF, 1997, p. 12.

aussitôt à l'esprit : n'évoque-t-on ici la question de l'usure, dont l'analyse trouve sa place plutôt lors de la recherche sur le régime du contenu contractuel ?¹⁰⁴¹

325. La place du droit commun dans la phase de formation du contrat – En réalité, entre l'usure et les institutions qu'on vient d'évoquer il y a des différences importantes, tant sur le plan psychologique que sur celui des effets juridiques. La lésion et la violence économique sont saisies par le droit, tout d'abord, sous l'angle des anomalies de la volonté. Classées, au moins formellement, parmi les vices du consentement, elles constituent, pour reprendre la terminologie récente du droit brésilien, des « défauts des négoce juridiques »¹⁰⁴². La réaction du droit commun est, ensuite, radicale devant le constat de telles anomalies : on n'éclaire pas pour suivre chemin, on fait plutôt marche en arrière. C'est la convention dans son intégralité qui est alors remise en cause. À défaut d'une autre solution, on choisit le mal le moins grave. C'est aussi pourquoi le droit commun, s'il peut être utile dans les hypothèses évoquées, n'émerge que comme une source complémentaire du droit spécial. Ces mécanismes sont prévus tant en droit brésilien qu'en droit français. Leur adoption en droit positif relève historiquement d'un même souci : celui d'assurer l'intégrité du consentement d'une partie se trouvant, par rapport à son partenaire contractuel, en position de faiblesse. Mais ils ont suivi des chemins divers, des raisons historiques les ayant conduit à répondre, dans chaque ordre juridique concerné, à des besoins différents.

326. L'opportunité de la comparaison – La comparaison juridique révèle alors opportunément, d'une part, comment le législateur brésilien est venu consacrer, après une longue période d'hésitations, l'institution de la lésion dans le Code civil de 2002. À la différence du droit français, qui l'a essentiellement cantonnée aux contrats de vente d'immeuble, le droit brésilien prévoit la lésion, nous l'avons dit, comme un défaut général des négoce juridiques. Dès lors elle peut être invoquée par le demandeur de crédit lorsque les dispositions du droit de la consommation ne suffisent pas pour lui fournir une protection efficace de ses intérêts économiques (§ 1^{er}). Une analyse de la jurisprudence explique aussi comment, à partir des règles du Code civil sur le vice de violence, les juges français ont su développer subtilement une nouvelle notion afin de promouvoir la justice contractuelle : en l'absence de règles spécifiques ou lorsqu'elles présentent une efficacité limitée, la violence économique peut prendre le relais et servir la protection du consommateur dans les opérations de crédit (§ 2nd). Bien que fondés sur des techniques juridiques diverses, ces mécanismes peuvent être réunis sous une seule devise : ils servent à combattre l'excès imposé au demandeur de crédit lors de formation du contrat.

¹⁰⁴¹ V. n° 437 *infra*.

¹⁰⁴² Alors même que les effets préjudiciels d'un contrat aux prestations déséquilibrées *ab initio* ne sont généralement aperçus que lors de l'exécution de celles-ci.

§ 1^{er} – La lésion

327. Pendant cette phase contractuelle, il se peut que le consommateur subisse un préjudice découlant de la disparité entre l'objet de son obligation et la contrepartie due par le prêteur. S'agissant d'opérations de crédit, cette disparité consistera, par excellence, dans la pratique d'un taux d'intérêt excessif, engendrant un rapport d'inégalité entre le montant de la dette et le bénéfice obtenu par le créancier. Il y a donc lésion¹⁰⁴³. Le législateur brésilien l'a insérée même dans la législation spéciale de protection des consommateurs mais en y attachant des effets distincts. Des conditions de preuve assez lourdes ont aussi été fixées par la jurisprudence, pour son application aux contrats de crédit¹⁰⁴⁴. Dès lors, le consommateur pourra avoir intérêt à invoquer, dans une approche de complémentarité, les règles du droit commun¹⁰⁴⁵.

328. Les origines de la notion – D'abord conçue sur une base plutôt pragmatique et objective en droit romain, l'influence du christianisme a conduit les Pères de l'Église¹⁰⁴⁶ à en formuler une théorie subjectiviste, essentiellement basée sur le principe de la justice contractuelle, telle que conçue par Aristote¹⁰⁴⁷. Après le Moyen Âge, tant l'ancien droit français que les « ordonnances »¹⁰⁴⁸ en vigueur au Brésil ont subi l'influence des auteurs qui prônaient un retour aux origines romaines de l'institution. Dès lors on ne l'a retenue que pour protéger le vendeur ayant subi, dans les contrats de vente d'immeuble, un préjudice d'outre moitié sur la valeur du bien (*laesio ultra dimidium*), à quelques nuances près¹⁰⁴⁹. C'était l'époque où l'autonomie de la volonté gagnait du terrain dans les domaines du droit, poussée par la philosophie des Lumières. La codification du droit en France l'a adoptée mais elle a encore restreint son domaine d'application¹⁰⁵⁰ et le législateur brésilien lui a finalement fait une place dans le Code civil, avec un décalage de presque deux siècles par rapport au Code Napoléon. Entre-temps, un esprit moraliste¹⁰⁵¹ ou mû par des considérations à portée sociale¹⁰⁵², a conduit les législateurs à adopter plusieurs lois éparses afin de protéger les contractants contre la lésion dans des domaines spécifiques.

¹⁰⁴³ V. RIPERT, Georges. « La règle morale dans les obligations civiles », 4^e éd., LGDJ, 1949, n°61, p. 105.

¹⁰⁴⁴ V. n° 534 *infra*.

¹⁰⁴⁵ On insistera sur le fait que la lésion, envisagée comme instrument de protection du consommateur relevant du droit civil, porte sur une application complémentaire, voire subsidiaire par rapport aux instruments admis par la législation spéciale. Normalement, ce n'est que lorsque l'application des dispositifs du droit de la consommation se trouvera bloquée que l'on cherchera l'aide du droit commun.

¹⁰⁴⁶ Surtout Saint Ambroise et Saint Thomas d'Aquin.

¹⁰⁴⁷ « Ética a Nicômacos », trad. Mário da Gama Kury, 4^e éd., UnB, 2001, liv. V, p. 90 et s.

¹⁰⁴⁸ C'étaient les « Ordenações » promulguées au Portugal par D. Afonso, D. Manuel et D. Filipe et qui s'appliquaient au Brésil jusqu'à la promulgation du Code civil en 1916.

¹⁰⁴⁹ Sous l'influence de Domat (« Les Loix Civiles dans leur Ordre Naturel », liv. I, tit. II, sec. IX, p. 36) et de Pothier (« Traité des obligations », Lib. de l'œuvre de Saint-Paul, 1883, n°33, p. 18) en France. Au Brésil, v. PEREIRA, Caio Mário da Silva. « Lesão nos contratos », 5^e éd., Forense, 1993, p. 78.

¹⁰⁵⁰ Arts. 1118 et 1674 du Code Civil.

¹⁰⁵¹ RIPERT, Georges, *op. cit.*, p. 105 et s. ; JOSSERAND, Louis. « Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé », Dalloz, 1928, n°96, p. 124.

¹⁰⁵² DUGUIT, Léon. « Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon », Lib. Félix Alcan, 1912 ; SALEILLES, Raymond. « De la déclaration de volonté », Cotillon, 1901.

329. Son étude dans les contrats de crédit est pourtant délicate¹⁰⁵³. Des obstacles de principe s'élèvent – fussent-ils l'apanage de la doctrine – à son application, eu égard à la nature juridique dont on qualifie traditionnellement le contrat de prêt. Dès lors, il convient d'identifier ses conditions de mise en œuvre (A), avant de rechercher la protection qu'elle peut procurer au consommateur par la sanction des contrats de crédit lésionnaires (B).

A) Conditions d'application

330. Malgré son champ précis délimité dans les Codes, l'horizon étendu qui a caractérisé les dérives législatives et jurisprudentielles sur le domaine d'application de la lésion, a conduit la doctrine à en dégager un concept propre (1) afin de la distinguer d'autres mécanismes de sanction des inégalités contractuelles. Le législateur et la jurisprudence ne se sont pas tout à fait laissés guider par la doctrine et ont adopté des orientations qui ne répondent que partiellement à sa formulation théorique (2).

1) Concept

331. Essentiellement liée à l'idée d'inégalité entre les prestations dues par les parties dans un contrat, la lésion est parfois confondue avec d'autres mécanismes tendant à assurer l'équité, la proportionnalité, l'équilibre, enfin, la justice contractuelle, tels que l'usure, l'imprévision, l'enrichissement sans cause, l'abus de droit etc. Deux théories principales ont été élaborées afin de mieux la cerner : l'une, objective, ne vise que le déséquilibre entre les prestations contractuelles¹⁰⁵⁴ ; l'autre, subjective, prétend surtout assurer le libre consentement des contractants, sous l'influence du droit canonique¹⁰⁵⁵. La doctrine française la définit comme le préjudice causé à un contractant lors de la conclusion du contrat et engendré par un défaut d'équivalence, par une inégalité de valeur entre les prestations contractuelles¹⁰⁵⁶. Il s'agit d'un déséquilibre originel, existant dès la formation du contrat, ce qui la distingue donc de l'imprévision. Selon les auteurs, son application est réservée aux contrats onéreux¹⁰⁵⁷, commutatifs¹⁰⁵⁸ et synallagmatiques¹⁰⁵⁹. C'est précisément au regard de ce dernier aspect que, à suivre la doctrine, la vérification de la lésion dans certains contrats de crédit peut poser un problème.

¹⁰⁵³ Elle n'est pas (du moins dans le système brésilien) *ultra legem*, puisque, comme affirmé, le Code civil prévoit depuis 2002 son application à tous les « négoce juridiques » (art. 157).

¹⁰⁵⁴ Comme d'ailleurs c'était le cas dans ses origines romaines.

¹⁰⁵⁵ Ce qui a abouti aux distinctions formulées entre *lésion énorme*, *lésion énormissime*, ou encore *lésion qualifiée* ; v. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 78.

¹⁰⁵⁶ MAZEAUD, Denis. « Lésion », Rép. civ. Dalloz, avr. 1994, n° 288 et s. ; CARBONNIER, Jean. *Op. cit.*, n° 993, p. 2049 ; TERRÉ, François, SIMLER, Philippe et LEQUETTE, Yves. « Droit civil – Les obligations », 10^e éd., Dalloz, 2009, n° 302, p. 317.

¹⁰⁵⁷ S'il y a volonté de faire une libéralité, il n'y a pas lieu de la rechercher.

¹⁰⁵⁸ « L'aléa chasse la lésion », dit-on : MAZEAUD, Denis. *Loc. cit.* ; TERRÉ, François *et al.* *Op. cit.*, n° 316, p. 330.

¹⁰⁵⁹ Sa constatation suppose une comparaison interne entre les objets respectifs de deux obligations mutuelles ; v. CARBONNIER, Jean. *Loc. cit.*

332. Lésion et contrats synallagmatiques – Le prêt à intérêt est traditionnellement considéré comme un contrat réel et unilatéral où seul l'emprunteur a une obligation, celle de restituer le capital avec des intérêts. Si le contrat ne comporte pas d'obligations réciproques, comment effectuer la « comparaison interne » qu'exige l'examen de la lésion ? Et pourtant, nul ne doute qu'il y a des prêts à intérêt où l'on constate une immoralité, l'exploitation d'un contractant par l'autre, ou une injustice contractuelle. Faut-il croire que ces contrats sont ainsi immunisés contre les sanctions de la lésion ? En répondant par l'affirmative, une partie de la doctrine indique, cependant, que le remède contre ces inégalités contractuelles est, en vérité, la sanction de l'usure. Dans ce type de contrats de crédit, dit-on, l'injustice ne résulte pas d'un défaut d'équivalence entre prestations réciproques, mais de la comparaison entre le TEG (taux effectif global) constaté en l'espèce et le taux d'usure fixé par la loi¹⁰⁶⁰. Un auteur s'est efforcé ardemment de distinguer l'usure et la lésion¹⁰⁶¹ afin de rendre à celle-ci un champ d'application très restreint.

333. On objectera cependant, d'abord, que la comparaison de l'obligation déséquilibrée avec un élément extérieur au contrat n'est pas l'apanage du mécanisme de l'usure. Cette comparaison, dans les contrats synallagmatiques (domaine de la lésion) passe aussi communément par la prise en compte d'une valeur idéale : le juste prix qui, dans une économie de marché, semble être la valeur courante du bien, sa valeur vénale¹⁰⁶². Par ailleurs, si un système de droit, par hypothèse, ne dispose pas de législation sur l'usure¹⁰⁶³, le recours à un tel élément extérieur peut servir à pallier ce genre d'injustices éventuellement commises dans les contrats ; sauf à conférer une toute puissance à l'autonomie de la volonté. Ensuite, si l'on tient compte de la jurisprudence qui retient la nature non plus réelle, mais désormais consensuelle du contrat de crédit consenti par un professionnel¹⁰⁶⁴, il n'y a donc plus d'obstacle à l'application de la lésion aux contrats de prêt à intérêt conclus avec un consommateur. Enfin, malgré ces classifications formulées en théorie générale, la doctrine (sous l'impulsion du législateur et de la jurisprudence, auxquels se doit l'extension de la notion) se montre indulgente avec la confusion des notions, en considérant la lésion comme un genre, dont les notions d'usure, de contrats léonins, d'excès et de disproportion contractuels, entre autres, ne seraient que des « formes secondaires »¹⁰⁶⁵. Cette application indifférenciée de la lésion, érigée

¹⁰⁶⁰ CARBONNIER, Jean. *Op. cit.*, n° 993, p. 2052.

¹⁰⁶¹ GOMES, Orlando. « Distinção entre lesão e usura », *Rev. Forense*, n° 137, sept. 1951, p. 42.

¹⁰⁶² CARBONNIER, Jean. *Op. cit.*, n° 995, p. 2056 ; la lésion suppose ainsi une comparaison entre la valeur vénale objective des prestations échangées ; FIN-LANGER, Laurence. « L'équilibre contractuel », *LGDJ*, 2002, p. 323, note 362. PEREIRA, Caio Mário da Silva (*op. cit.*, p. 164) semble concevoir le juste prix comme une combinaison entre le concept « d'utilité équipollente entre les prestations », attribué à Saint Thomas d'Aquin et celui de la rémunération des coûts de production, qu'il attribue à Keynes.

¹⁰⁶³ C'est le cas du Brésil, pour les opérations de crédit.

¹⁰⁶⁴ En France, v. Cass. civ. 1^{re}, 27 mai 1998 : *Bull. civ. I*, n° 186, pourvoi n° 96-17312 ; Cass. 1^{re} civ. 28 mars 2000 : *Bull. civ. I*, n° 105, pourvoi n° 97-21422. En doctrine, v. au Brésil TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. « O procedimento de qualificação dos contratos e a dupla configuração do mútuo no direito civil brasileiro », *Rev. Forense*, n° 309, 1990, n° 16, p. 51.

¹⁰⁶⁵ CARBONNIER, Jean, *op. cit.*, n° 993, p. 2051 ; TERRÉ, François *et. al. Op. cit.*, n° 310, p. 322.

en principe général du droit des contrats, serait bien vraie si le législateur n'entendait pas en restreindre le domaine d'application.

2) La lésion en droit positif

334. Les systèmes ici comparés se distinguent, en matière de lésion, par l'étendue de l'approche légale entreprise : tantôt elle est restrictive (a), tantôt extensive (b).

a) L'approche restrictive

335. Le Code civil français prévoit la lésion. Mais il le fait en des termes tels qui rendent son application très exceptionnelle. Et il n'est point question de lésion dans les contrats de crédit. Josserand a ainsi résumé son application, dans le domaine contractuel : « quant aux majeurs, ils sont demeurés les prisonniers de la liberté de se nuire contractuellement que le code civil leur a si imprudemment octroyée »¹⁰⁶⁶. L'article 1118¹⁰⁶⁷ du Code pose le principe et l'article 1674 révèle le dispositif le plus connu : il n'y a lésion que si un vendeur subit un préjudice de plus de sept douzièmes dans le prix d'un immeuble¹⁰⁶⁸. Une position de principe a été fixée assez tôt par la jurisprudence. Elle affirmait que « les juges du fond ne sauraient se comporter en 'ministres d'équité' et rétablir l'équivalence des prestations en augmentant celle d'un contractant ou en diminuant celle de l'autre »¹⁰⁶⁹. Bien qu'elle ait procédé, par la suite, à un élargissement de l'application de la lésion¹⁰⁷⁰, on ne retrouve pas d'application aux contrats de crédit. Cette position est critiquée par une partie de la doctrine¹⁰⁷¹. Des avis éminents ont été émis en défense de sa généralisation en droit français¹⁰⁷². L'opportunité de son adoption en

¹⁰⁶⁶ « Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé ». *Op. cit.*, p. 127.

¹⁰⁶⁷ Art. 1118: « la lésion ne vicie les conventions que dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes, ainsi qu'il sera expliqué en la même section ».

¹⁰⁶⁸ Il a alors le droit de demander la rescision de la vente, quand même il aurait expressément renoncé dans le contrat à la faculté de demander cette rescision, et qu'il aurait déclaré donner la plus-value. Les raisons qui ont conduit le législateur français à restreindre le domaine de la lésion sont historiques et tiennent aux perturbations socio-économiques causées par la Révolution de 1789 ; v. CARBONNIER, Jean. *Op. cit.*, n° 995, p. 2055 ; TERRÉ, François *et. al.* *Op. cit.*, n° 306, p. 320. On a failli la proscrire, et il a fallu l'autorité de Napoléon pour assurer son inclusion dans le Code ; v. TROLLEY, Alfred. « Étude sur la lésion en droit romain et en droit français », Cotillon & fils, 1872, p. 222. La doctrine française majoritaire ne la considère pas comme un vice du consentement, bien que certains l'associent soit à l'erreur (POTHIER. *Op. cit.*, n° 33, p. 18), soit à un dol (RIPERT, Georges. *Op. cit.*, p. 126), soit à une violence (JOSSERAND, Louis. *Op. cit.*, p. 130, pour qui, l'idée sous-jacente au dispositif du Code est celle d'une contrainte). La jurisprudence refuse aussi cette qualification, malgré la place qui lui a été faite par le législateur à l'art. 1118 du Code civil, dans la section I (« Du consentement »), du chapitre II, sous le Titre III du Livre III : Cass. 1^{re} civ. 19 oct. 1960 : Bull. civ. I, n° 448 ; tout au moins le lésé n'est pas tenu d'en apporter la preuve : Cass. Req. 28 déc. 1932 ; D. 33.1.87. L'injustice contractuelle qu'elle sanctionne ne relève donc pas d'une exploitation d'un contractant par l'autre, sinon que d'un déséquilibre objectif et chiffré entre les prestations réciproques (MAZEAUD, Denis. *Op. cit.*, n° 27 et 28).

¹⁰⁶⁹ Cass. civ. 17 mai 1832 ; S. 32.1.849.

¹⁰⁷⁰ Sur divers fondements, tels l'absence de cause, la bonne foi, l'équité, voire les vices du consentement. V. la jurisprudence répertoriée par MAZEAUD, Denis. *Op. cit.*, n° 29 et s. V. RIPERT, Georges. *Op. cit.*, p. 403-404 : « le progrès du droit civil ne consiste-t-il pas justement dans cette appréciation par le juge de la moralité des actions humaines? A la règle rigide et parfois injuste, il substitue l'appréciation individuelle avec ses nuances infinies ».

¹⁰⁷¹ JOSSERAND, Louis. *Op. cit.*, n° 99, p. 136 : « on doit reconnaître encore que le système auquel s'est arrêté notre législateur est loin d'être satisfaisant et qu'il y aurait tout avantage à le modifier pour faire rentrer la lésion dans la grande catégorie des tares de la volonté juridique » ; MAZEAUD, Denis. *Op. cit.*, n° 71.

¹⁰⁷² V. SALEILLES, Raymond. *Op. cit.*, p. 351 ; RIPERT, Georges. *Op. cit.*, n° 208, p. 409 : « il reste que la loi est force et contre cette force peuvent seules lutter d'autres forces. Il faut alors faire appel à la morale pour suppléer le

droit positif n'a pourtant jamais été unanime, ni à l'époque de sa codification¹⁰⁷³, ni actuellement¹⁰⁷⁴. Outre-Atlantique, en revanche, cette institution a connu un sort plus généreux.

b) L'approche extensive

336. Le Code civil brésilien de 2002 lui a consacré un article¹⁰⁷⁵. D'inspiration clairement germanique, le dispositif a consacré ce que la doctrine avait nommé « lésion qualifiée »¹⁰⁷⁶ : la conjugaison entre un déséquilibre des prestations et une situation d'infériorité de la partie lésée, caractérisée par une pressante nécessité ou par son inexpérience¹⁰⁷⁷. La règle instituée par l'article 157 du Code civil de 2002 est innovante par rapport au droit antérieur, eu égard tant aux éléments objectifs (I) que subjectifs (II) du contrat lésionnaire.

I – Éléments objectifs

337. Il y a lésion, tout d'abord, lorsqu'une partie s'oblige à une prestation « manifestement disproportionnée à la valeur de la prestation opposée ». Le dispositif ne fait pas référence à un élément de comparaison extérieur à la relation, aucune allusion n'étant faite à un « juste prix ». Le législateur a délibérément utilisé un concept indéterminé, une formule plus souple, afin de permettre au juge de procéder à une adaptation de la finalité de la loi à chaque cas particulier. La vérification de la disproportion dépend ainsi inéluctablement d'une appréciation subjective de la part du juge. Cela ne signifie évidemment pas qu'il peut désormais s'immiscer de manière arbitraire et indue dans l'économie du contrat. Le magistrat doit s'efforcer, autant que possible, de procéder à une évaluation équilibrée des éléments et circonstances objectifs et subjectifs où s'est développée l'opération, afin de ne pas se substituer

droit ou le combattre au besoin... Si [le Code Civil] a refusé parfois de tenir compte de cette loi morale, par exemple dans la lésion contractuelle, la lutte continue ».

¹⁰⁷³ V. TROLLEY, Alfred. *Op. cit.*, p. 220 : « les débats les plus vifs eurent ainsi lieu lors des travaux préparatifs du Code civil ; Cambacerès, Portalis et Tronchet, prônaient son adoption ; mais Berlier y opposait d'ardents arguments, à côté des représentants des commerçants et des bourgeois en ascendance ».

¹⁰⁷⁴ CARBONNIER, Jean. *Op. cit.*, n° 995, p. 2057, pour qui elle n'apparaît plus aujourd'hui comme l'instrument le plus efficace de la justice contractuelle ; MAZEAUD, Denis. *Op. cit.*, n° 41 : « l'adoption d'un texte général sur la lésion doit être écartée car, en matière contractuelle tout du moins, 'plus encore que de justice, nous avons besoin pour vivre de sécurité' », citant MAZEAUD, Henri. « Rapport français », in « La lésion dans les contrats », Travaux de l'Association Capitant, journées de Gand, 1945, t. 1, p. 198.

¹⁰⁷⁵ Art. 157: « il y a lésion lorsqu'une personne, sous pressante nécessité, ou par inexpérience, s'oblige à réaliser une prestation manifestement disproportionnée à la valeur de la prestation opposée. § 1° La disproportion entre les prestations est appréciée selon les valeurs en vigueur à l'époque où le négoce juridique a été célébré. § 2° L'annulation du négoce ne sera pas prononcée, si un complément suffisant est offert, ou si la partie bénéficiaire s'accorde à la réduction du profit ».

¹⁰⁷⁶ V. n° 331 *supra*.

¹⁰⁷⁷ Cela ne signifie pas que la lésion n'avait jamais intégré ce système juridique. Jusqu'à la promulgation du Code civil de 1916, qui l'avait abolie, elle avait été prévue par les « ordonnances philippines ». En 1951, la loi la n° 1521, dite de protection de l'économie populaire, a prévu à l'art. 4, al. b, le crime d'« usure réelle » la stipulation d'un profit de plus de 20% de la valeur juste ou courante de la prestation promise, au détriment de la situation de nécessité, de l'inexpérience ou de la légèreté de la partie lésée. La sanction exclusivement pénale prévue par cette loi conduisait la doctrine à indiquer, pour la juridiction civile, la nullité du contrat pour objet illicite, en combinaison avec l'art. 145, al. II, de l'ancien Code civil. Sous une rédaction ambiguë, le § 3° de l'art. 4 de la loi précitée, à la fois, prévoyait la nullité de la stipulation de « profits ou intérêts usuraires » et commandait au juge de les « adapter à la mesure légale » ; v. les critiques de PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 180. Ces règles n'ont toutefois été appliquées par les tribunaux que très rarement, à tel point que la Cour Suprême, dans un arrêt du 26.10.1976, a ainsi proclamé : « depuis que le Code Civil [de 1916] a prévu les dispositions relatives aux actes juridiques et a spécifié les vices du consentement, excluant la lésion, il est évident que celle-ci n'est plus une raison d'annulation des contrats ».

aux parties dans leur jugement d'opportunité¹⁰⁷⁸. Le Code civil détermine encore que la disproportion entre les prestations est appréciée suivant « les valeurs en vigueur à l'époque de la conclusion » du contrat¹⁰⁷⁹. La référence vague, faite par le législateur, aux « valeurs en vigueur » évoque tant l'évaluation monétaire des prestations réciproques, telles que prévues dans le contrat prétendument lésionnaire, que celle de la valeur de référence. Un auteur s'est ainsi exprimé en faveur de l'exclusion de la lésion lorsque le déséquilibre disparaît postérieurement à la conclusion du contrat¹⁰⁸⁰. Cette logique semblerait toutefois demeurer théorique dans les contrats de crédit à la consommation¹⁰⁸¹.

II – Éléments subjectifs

338. Encore faut-il que la partie lésée se soit obligée en raison d'une situation personnelle d'infériorité : soit une pressante nécessité, soit son inexpérience. On le voit bien, l'élément subjectif ne porte plus sur un comportement dolosif – d'exploitation de la faiblesse du lésé – de la part du bénéficiaire. Aussi, y aura-t-il lésion même si le fournisseur du crédit ignorait, lors de la conclusion du contrat, l'état d'infériorité du consommateur lésé¹⁰⁸². La doctrine traditionnelle explique que la nécessité ne se confond pas avec la « pauvreté ou la misère » du contractant lésé ; il s'agirait plutôt d'une nécessité pressante de contracter¹⁰⁸³. Dans les contrats de crédit, cette nécessité se traduira, par excellence, en un pressant besoin d'argent¹⁰⁸⁴. Dans les contrats de vente avec paiement échelonné ou différé, il est d'ailleurs indifférent que ce besoin soit relatif au bien acquis, plutôt qu'à l'argent car le crédit aura été le moyen possible de le satisfaire. L'inexpérience, à son tour, n'exige pas que le lésé soit un illettré, mais qu'il ne dispose pas des connaissances nécessaires à la conclusion de

¹⁰⁷⁸ V. FIN-LANGER, Laurence. *Op. cit.*, p. 314, pour qui il s'agit « d'admettre, pour des raisons de sécurité juridique évidentes, un minimum d'objectivité et de reconnaissance sociale : il peut donc être matériel ou moral, du moment que celui-ci s'inscrit dans une recherche rationnelle et présente un minimum de consistance pour la conscience sociale ».

¹⁰⁷⁹ Art. 157, § 1^o.

¹⁰⁸⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 162.

¹⁰⁸¹ L'inflation pourrait éventuellement procurer au consommateur un certain avantage. D'un effet général, elle fait pourtant en même temps perdre à ses revenus leur valeur monétaire. Seul un accroissement de la valeur du bien acheté à crédit, au-delà de la valeur des intérêts contractuels dus par le consommateur, pourrait alors avoir un effet compensatoire. C'est bien cette logique qui a conduit des milliers de consommateurs à céder aux promesses de certains professionnels aux États-Unis, en s'engageant de façon irréfléchie dans des contrats de prêt hypothécaire. Elle est, entre autres facteurs, à l'origine de la crise internationale des marchés financiers éclatée en 2008.

¹⁰⁸² Dans ce sens, à juste titre, v. ALVES, José Carlos Moreira. « O Negócio Jurídico no Anteprojeto de Código Civil Brasileiro », Arquivos do Ministério da Justiça, n^o 131, juill.-sept. 1974, p. 12, lequel était membre de la Commission de révision du Code et rédacteur en chef de la Partie Générale de l'avant-projet du Code civil de 2002 ; il explique qu'à la différence des Codes allemand (§ 138) et italien (art. 1448), la finalité du dispositif brésilien était moins de punir la malice du bénéficiaire que de protéger le lésé, à l'instar de l'article § 934 du Code autrichien. C'est aussi l'opinion majoritaire de la doctrine ; v. SILVA, Luis Renato Ferreira da. « A lesão enorme e o Direito Brasileiro », in « O Ensino Jurídico no Limiar do Novo Século », MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de (dir.), PUC/RS, 1997, p. 90 ; « A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social », in « O novo Código Civil e a Constituição », Livraria do Advogado, 2003, p. 145 ; rappr. THEODORO JÚNIOR, Humberto. « Lesão e Fraude contra credores no projeto de Código Civil », RT 89/771, p. 32, qui assimile la lésion à un vice du consentement, et compare la situation à la violence commise contre un contractant par un tiers ; FRONTINI, Paulo Salvador. « Lesão contratual e abuso do poder econômico », *Justitia*, v.76, 1972, p. 90. *Contra*, v. cependant SILVA, Clóvis do Couto. « Exposição de motivos da parte geral do Anteprojeto de Código Civil de 1975 », Arquivos do Ministério da Justiça, préc., p. 171 ; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 194.

¹⁰⁸³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 167 ; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op. cit.*, p. 31.

¹⁰⁸⁴ Rappr. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 61, note 18, qui fait allusion au vendeur d'un immeuble lésé.

l'opération¹⁰⁸⁵, par exemple, le régime des intérêts ou les conséquences de l'inexécution de ses obligations. Finalement, une fois réunies les conditions qui caractérisent la lésion, le juge est en mesure de promouvoir la justice contractuelle sans pour autant annihiler la sécurité juridique¹⁰⁸⁶.

B) La sanction de la lésion

339. En droit brésilien, la sanction de la lésion consiste dans l'annulation du contrat. Il s'agit d'une nullité relative¹⁰⁸⁷, qui ne peut pas être relevée d'office¹⁰⁸⁸. Le délai pour agir est de quatre ans, compté à partir du jour de la réalisation du contrat. Il ne peut être ni suspendu ni interrompu¹⁰⁸⁹. La sanction a un effet rétroactif. Le contrat dont le juge aura retenu le caractère lésionnaire est censé n'avoir jamais été conclu, chaque contractant devant restituer les prestations reçues : le consommateur restitue le montant du prêt ou le bien acquis à crédit, le professionnel, le prix ou les versements reçus¹⁰⁹⁰. Il est vrai que les articles 174 et 175 du Code prévoient que l'exécution volontaire, encore que partielle, des obligations du débiteur implique l'extinction des actions ou des exceptions en annulation. Ces règles sont toutefois relatives à la possibilité pour les parties de confirmer un négoce défectueux. On ne saurait légitimement admettre que le consommateur aurait procédé volontairement à la confirmation, en l'état, d'un contrat lésionnaire, fût-ce tacitement. En dernière analyse, celui-ci pourrait invoquer la jurisprudence du *Superior Tribunal de Justiça* qui énonce que « le paiement n'est pas volontaire lorsqu'il est effectué pour éviter de possibles désagréments »¹⁰⁹¹.

340. Le plus souvent, l'annulation du contrat n'est pourtant pas une solution opportune, la restitution intégrale du capital prêté pouvant poser des difficultés. Le Code donne alors aux parties la possibilité de conserver le contrat, à condition qu'il s'ensuive une « réparation » du préjudice économique avéré, c'est-à-dire si un « supplément suffisant » est offert à la victime de la lésion ou si « la partie avantagée consent à la réduction du profit tiré du contrat »¹⁰⁹². D'un point de vue pratique, cette solution semble être plus convenable aux intérêts du consommateur. Sur les plans juridique et économique, on a affirmé qu'elle « est assurément la meilleure car elle réalise l'alliance rare de la justice et de la stabilité contractuelle »¹⁰⁹³. Par ailleurs, à la différence du Code civil français¹⁰⁹⁴, le dispositif brésilien ne semble pas faire

¹⁰⁸⁵ *Idem*, p. 167 ; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op. cit.*, p. 31.

¹⁰⁸⁶ BEHAR-TOUCHAIS, Martine. « Libres propos sur la période de formation », LPA 6 mai 1998, n° 54, p. 22 : « il est un fait incontestable que l'excès emporte avec lui un risque d'insécurité juridique. L'excès tue la sécurité ».

¹⁰⁸⁷ Art. 171, al. II, du Code civil.

¹⁰⁸⁸ Art. 177. L'annulation ne profite pas à la caution n'étant pas intervenue à l'instance, sauf en cas de solidarité de l'obligation.

¹⁰⁸⁹ Art. 178, al. II.

¹⁰⁹⁰ Art. 182. Lorsque les restitutions de part et d'autre ne sont pas possibles, les parties sont justiciables d'une indemnisation du montant correspondant à l'obligation.

¹⁰⁹¹ STJ-Resp n° 187.717/RS, rel. Min. Menezes Direito, j. 14.10.1999 ; STJ-Resp n° 303.798/RS, rel. Min. Menezes Direito, j. 27.6.2002 (actions en répétition de l'indu intentées par des consommateurs dans des contrats de crédit).

¹⁰⁹² Art. 157, § 2°. Annulant la seule clause d'un contrat de vente de produits agricoles ayant causé le déséquilibre, v. TJRS-APC n° 70021028238, j. 22.11.2007).

¹⁰⁹³ MAZEAUD, Denis. *Op. cit.*, n° 62.

¹⁰⁹⁴ Art. 1681.

obstacle à une demande alternative, d'annulation ou de révision du contrat, par le lésé lui-même¹⁰⁹⁵.

341. L'essor jurisprudentiel – Certains avaient pronostiqué la recrudescence de l'application jurisprudentielle de la lésion dans le système brésilien¹⁰⁹⁶. Face aux difficultés de preuve posées par la jurisprudence du *Superior Tribunal de Justiça* pour l'application des dispositions du Code du consommateur sur les déséquilibres contractuels¹⁰⁹⁷, peut-être les consommateurs pourront-ils rendre une nouvelle vigueur à cette institution, en invoquant davantage le dispositif du Code civil dans leurs contrats de crédit. Cela contribuerait, par ailleurs, au renforcement d'un certain « dialogue des sources »¹⁰⁹⁸, révélant le rapport de complémentarité entre les normes du droit privé. En matière de contrats de crédit, on ne trouve pourtant guère de décisions rendues par le STJ sur ce fondement. Deux arrêts ont été rendus sur le visa de la loi de 1951 sur la protection de l'économie populaire¹⁰⁹⁹. Dans les deux cas, toutefois, les demandes ont été rejetées. D'abord, à propos d'un contrat de louage d'ouvrage¹¹⁰⁰, le STJ écarte la lésion sous l'argument de l'absence de démonstration de l'état d'infériorité du demandeur. Ensuite, à propos d'un prêt bancaire¹¹⁰¹, il refuse la révision du contrat sous prétexte – tiré de l'avis n° 596 de la Cour Constitutionnelle¹¹⁰² – de la non application de la loi sur l'usure aux institutions financières, alors même que le moyen invoqué était fondé plutôt sur l'existence d'une lésion.

Certains Tribunaux de Justice des États de la Fédération ont rendu des décisions à propos de la lésion, mais son application reste encore restreinte. Dans une affaire tranchée par le Tribunal de Rio de Janeiro, une consommatrice âgée de 76 ans avait souscrit des contrats de compte courant et d'usage d'une carte de crédit. Pour renouveler ces contrats, la banque exige la signature d'une convention de reconnaissance de dettes (« *confissão de dívida* »), alors pourtant que la consommatrice en contestait le bien-fondé. Sous la menace de la clôture du compte, du retrait des moyens de paiement mis à sa disposition et, surtout, de son inscription dans des fichiers d'incident de paiement (ce qui s'est concrétisé par la suite), elle signe le contrat. Le Tribunal prononce la nullité de la convention, en reconnaissant que ses prestations étaient « manifestement disproportionnées » par rapport à celles de la banque¹¹⁰³.

¹⁰⁹⁵ S'agissant de contrats de crédit à la consommation, on pourra estimer que la conservation du contrat s'opérera naturellement par la réduction du profit excessif : soit l'élimination d'une partie de la dette, soit la restitution du trop perçu.

¹⁰⁹⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 183 ; SILVA, Luis Renato Ferreira da. « A lesão enorme e o Direito Brasileiro », *op. cit.*, p. 110; FRONTINI, Paulo Salvador. *Op. cit.*, p. 80 et 90.

¹⁰⁹⁷ V. n° 534 *infra*.

¹⁰⁹⁸ MARQUES, Cláudia Lima. « Contratos no Código de Defesa do Consumidor », 4^a éd., RT, 2002.

¹⁰⁹⁹ Loi n° 1.521 du 26 déc. 1951.

¹¹⁰⁰ STJ-Resp n° 33.883/MG, rel. Min. Costa Leite, j. 30.5.1994.

¹¹⁰¹ STJ-Resp 292.893/SE, rel. Min. Menezes Direito, j. 15.8.2002.

¹¹⁰² V. n° 136 *supra*.

¹¹⁰³ TJRJ-APC n° 2008.001.18078, rel. Des. Fernando Foch, 3^e ch. civ., j. 16.9.2008. Les magistrats affirment encore qu'« il est notoire que les fichiers de restriction de crédit produisent une véritable exclusion sociale, comme le refus d'ouverture d'un compte courant par une banque et le fait, pour quiconque, de se voir privé d'un moyen de paiement susceptible de remédier à des situations d'urgence – la carte de crédit. Il n'est donc pas difficile de constater l'état d'insécurité d'une dame âgée, soumise à de telles craintes et incertitudes ».

342. Le Tribunal de Justiça de Rio Grande do Sul, en revanche, par quatre arrêts, a débouté les consommateurs de leurs demandes fondées sur l'existence de lésion dans des contrats de crédit. D'abord, à propos de deux opérations de crédit immobilier¹¹⁰⁴, la raison des rejets a été l'absence de disproportion entre les prestations réciproques. Ensuite, à propos d'un contrat de crédit bancaire¹¹⁰⁵, le Tribunal a débouté le plaignant de sa demande, sous prétexte que la relation juridique litigieuse était plutôt « de consommation », ce qui, pour les magistrats, avait pour effet d'exclure l'application du droit commun. On ne manquera pas de noter la faiblesse de ce raisonnement : il contredit la méthode d'interprétation dite du « dialogue des sources »¹¹⁰⁶, qui repose sur un rapport de complémentarité des règles du droit privé, d'une particulière importance pour la protection des consommateurs ; et ce, d'autant plus qu'en l'occurrence il s'agissait d'un contrat conclu entre une banque et une firme individuelle. Enfin, à propos d'un contrat de découvert en compte¹¹⁰⁷, les juges se fondent sur l'absence de démonstration de l'état d'infériorité du demandeur pour écarter la lésion¹¹⁰⁸.

343. On observe de la réalité judiciaire que, huit ans après la promulgation du Code civil, les effets visionnaires de la doctrine n'ont trouvé que très rarement écho auprès de la jurisprudence. On ne manquera d'ailleurs pas d'envisager une possible « attraction » du droit de la consommation. Dans l'arrêt du *Superior Tribunal de Justiça* du 15 août 2002¹¹⁰⁹, le litige concernait un contrat d'ouverture de crédit en compte courant et l'intéressé, débouté de sa demande, invoquait l'existence d'une lésion sur le visa de l'ancienne loi de répression des crimes contre l'économie populaire. Les magistrats se sont pourtant fondés sur les critères qu'ils retiennent pour l'application des règles spéciales du Code du consommateur¹¹¹⁰. La question reste ouverte de savoir s'il en ira autrement lorsque le dispositif invoqué aura été l'article 157 du nouveau Code civil.

344. En France, la situation du consommateur de crédit n'est pas, sur ce point, plus favorable. La sanction de la lésion, telle que prévue dans le Code civil, est la rescision du contrat. Nous l'avons vu, cependant, elle ne peut guère être invoquée que par le vendeur d'un immeuble, dans le délai de deux ans à compter de la conclusion de la vente¹¹¹¹. Suivant les origines romaines de l'institution, les rédacteurs du Code y ont inséré une disposition qui permet à l'acquéreur le pouvoir de conserver le contrat, malgré la demande en rescision, en

¹¹⁰⁴ TJRS-APC n° 70015029903, j. 18.5.2006 et TJRS-APC n° 70014506539, j. 18.10.2007.

¹¹⁰⁵ TJRS-APC n° 70008065864, j. 23.9.2004.

¹¹⁰⁶ MARQUES, Cláudia Lima. « Contratos no Código de Defesa do Consumidor », 4^a éd., RT, 2002.

¹¹⁰⁷ TJRS-APC 70021246657, j. 27.2.2008.

¹¹⁰⁸ En l'espèce, le demandeur avait essayé de décomposer les éléments formant le prix du crédit, dans le but de démontrer le profit excessif du banquier par rapport au coût de rémunération de l'épargne privée (entre 200% et 267%) mais de façon abstraite, semble-t-il, par simple référence à la moyenne du marché.

¹¹⁰⁹ STJ-Resp n° 292.893/SE, préc., j. 15.8.2002.

¹¹¹⁰ V. n° 534 *infra*.

¹¹¹¹ Arts. 1674 et 1676 du Code civil. Il s'agit d'un délai « préfix », qui ne peut être suspendu. Lorsqu'il est convenu que le paiement et le transfert de la propriété de l'immeuble s'effectuent à l'aide d'un ou de plusieurs prêts immobiliers relevant de l'article L. 312-1 et s. du Code consom., le délai de prescription est compté de la date de réalisation de la condition suspensive d'obtention du prêt : Cass. 1^{re} civ. 20 janv. 1998 : Bull. civ. I, n° 24, pourvoi n° 96-13073. En l'occurrence, c'était la vendeuse de l'immeuble qui demandait la rescision pour lésion.

offrant « le supplément du juste prix »¹¹¹². Au titre de la lésion, le Code civil français ne bénéficie ainsi nullement au consommateur de crédit¹¹¹³. La jurisprudence est, en revanche, plus favorable lorsque le préjudice subi par la victime d'un déséquilibre contractuel a trouvé sa cause dans l'exploitation de son état de nécessité.

§ 2nd – La Violence économique

345. Dans les relations de consommation, le consommateur se trouve, vis-à-vis du professionnel, en position de faiblesse, voire, parfois, de dépendance¹¹¹⁴. Il a un besoin d'argent. Lorsque ce besoin se double de circonstances qui caractérisent un état de nécessité, c'est à dire, une situation d'infériorité ou de détresse telle que le consommateur se voit contraint d'accepter un contrat aux conditions défavorables, il peut être victime d'une violence. On parlera alors de violence économique. Sous certaines conditions, il pourra se fonder sur ce vice du consentement afin de remédier à la pratique d'intérêts excessifs dans les contrats de crédit, notamment, dans ceux pour lesquels un seuil d'usure n'est pas applicable¹¹¹⁵. En France, la jurisprudence a posé les prémices nécessaires à la revitalisation du vice de violence du Code civil¹¹¹⁶ comme le résultat d'une contrainte économique. On y retrouve des contrats de crédit dans lesquels un avantage excessif au profit du prêteur a été fustigé sur ce fondement¹¹¹⁷. Il se peut aussi que le législateur français, faisant écho à la jurisprudence et à quelques appels de la doctrine, adopte des dispositions légales visant à insérer une nouvelle modalité du vice de violence dans le Code civil. Afin de vérifier l'utilité de cette nouvelle voie du droit commun, il faudra analyser, d'abord, les éléments d'application de la violence économique (A), ensuite, les sanctions dont le consommateur de crédit peut se prévaloir afin de se protéger d'un tel vice (B).

A) Les éléments du vice de violence

346. La violence est une coercition exercée contre la libre expression de la volonté d'un contractant. Elle est de nature à vicier son consentement. Classiquement, on admet son existence lorsqu'une menace illégitime inspire chez la victime la crainte d'un mal considérable

¹¹¹² Article 1681 du Code civil. Il peut, par ailleurs, en déduire un dixième du prix total, ce qui lui permet de garder quelque chose de la bonne affaire initiale.

¹¹¹³ Comp. MAZEAUD, Denis. *Op. cit.*, n° 37, qui soutient l'extension à l'acheteur de la jurisprudence relative à l'action en annulation de la vente pour prix vil (nullité absolue).

¹¹¹⁴ V. GJIDARA, Sophie. « L'endettement et le droit privé », LGDJ, 1999, n° 258, p. 209, qui parle d'une « situation inégalitaire, dans laquelle le consommateur inexpérimenté, isolé, ballotté entre ses désirs trop nombreux et sa bourse trop limitée, se trouve à la merci du professionnel, organisé, formé, expérimenté et rompu aux techniques du commerce moderne ».

¹¹¹⁵ On considère parfois, à tort, que le seuil d'usure n'est pas applicable aux opérations de *leasing*. V. les critiques de WILFRID, Jeandidier. *Op. cit.*, n° 153, p. 196 ; CALAIS-AULOY, Jean et STEINMETZ, Frank. *Op. cit.*, n° 363, p. 402.

¹¹¹⁶ Art. 1112 « il y a violence, lorsqu'elle est de nature à faire impression sur une personne raisonnable, et qu'elle peut lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent. On a égard, en cette matière, à l'âge, au sexe et à la condition des personnes ».

¹¹¹⁷ Par ex., Cass. com. 3 oct. 2006 : inédit, pourvoi n°04-13987 (demande pourtant rejetée).

et présent (1). La jurisprudence a entendu élargir cette notion, afin de tenir compte d'une nouvelle forme de violence : la contrainte économique (2).

347.

1) Le vice de violence tel que conçu par le législateur

348. En droit français, cette notion repose sur des conceptions anciennes et distinctes
(a). Cela explique une incohérence apparente des éléments qui composent le dispositif légal
(b).

a) L'origine de la notion

349. Son adoption dans le Code civil a résulté, suivant la doctrine¹¹¹⁸, d'une combinaison entre des éléments du droit romain et du droit canonique : les dispositions légales réunissent, respectivement, un aspect délictuel, relatif à l'agissement de son auteur ainsi qu'un aspect psychologique d'affectation du consentement de la victime. On affirme que, dans l'esprit des rédacteurs du Code, cette qualification était destinée à permettre la nullité des actes conclus sous la pression de la violence physique¹¹¹⁹ commise contre la personne du contractant, contre un de ses proches ou son patrimoine. Suivant la formule consacrée dans le Code civil¹¹²⁰, le consentement ne serait vicié que s'il était « extorqué » par un contractant ou par un tiers¹¹²¹. Doctrine et jurisprudence conçoivent pourtant la notion dans un sens large, qui comprend toutes les formes de menaces, les « plus rudimentaires comme les plus raffinées »¹¹²². Ce sont par ailleurs les hypothèses de violence morale, ces sortes de « violence astucieuse »¹¹²³, qui donnent lieu le plus fréquemment aux ressorts de la jurisprudence¹¹²⁴.

b) Les éléments du dispositif légal

350. Tout d'abord, il faut que la violence commise contre un contractant soit injuste, qu'elle revête un caractère illégitime¹¹²⁵. Il n'y aurait pas lieu, en principe, de l'invoquer contre

¹¹¹⁸ CARBONNIER, Jean. *Op. cit.*, n° 962 p. 2001 ; TERRÉ, François, SIMLER, Philippe et LEQUETTE, Yves. *Op. cit.*, n° 206, p. 219.

¹¹¹⁹ BOIZARD, Matthias. « La réception de la notion de violence économique en droit », LPA 16 juin 2004, n° 120, p. 5.

¹¹²⁰ Art. 1109 : « il n'y a point de consentement valable, si le consentement n'a été donné que par erreur, ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol ».

¹¹²¹ Dans le Code civil brésilien (art. 151) on retrouve les mêmes éléments, avec une formule similaire. La violence, pour qu'elle vicie la déclaration de volonté, doit être telle qu'elle crée chez la victime une crainte fondée d'un dommage imminent et considérable à sa personne, à sa famille ou à ses biens.

¹¹²² TERRÉ, François, SIMLER, Philippe et LEQUETTE, Yves. *Op. cit.*, n° 244, p. 252.

¹¹²³ CARBONNIER, Jean. *Op. cit.*, n° 960, p. 1999.

¹¹²⁴ Nombre d'auteurs affirment, au Brésil, que seule la violence morale vicie le consentement, la coercition physique impliquant l'absence de volonté chez la victime. V. PEREIRA, Caio Mário da Silva. « Instituições de Direito Civil », 20^e éd., par MORAES, Maria Celina Bodin de, Forense, 2007, p. 531 ; MONTEIRO, Washington de Barros. « Curso de Direito Civil – Parte Geral », 4^e éd., Saraiva, 1964, p. 208 ; GOMES, Orlando. « Introdução ao Direito Civil », 19^e éd., Forense, 2007, p. 379.

¹¹²⁵ CARBONNIER, Jean. *Op. cit.*, n° 958, p. 1995 ; TERRÉ, François, SIMLER, Philippe et LEQUETTE, Yves. *Op. cit.*, n° 245, p. 253.

l'exercice légitime d'un droit¹¹²⁶. Dans la vie des affaires, dit-on, depuis le temps des Romains, on admet que chaque contractant tend à agir de manière à maximiser son propre profit. Pour ce faire, il s'emploie normalement à des incitations ou des pressions plus ou moins fortes. Dans cet esprit, le but de la norme serait de garantir la libre manifestation de la volonté et non l'assurance d'une égalité ou d'un esprit de fraternité entre les parties¹¹²⁷.

351. Ensuite, chez la victime, la violence est à l'origine d'une crainte (en droit romain, on parlait de *metus*¹¹²⁸) d'un mal présent et considérable : « tout en sachant que le contrat proposé est mauvais pour elle, la victime de la violence n'en donne pas moins son consentement, car elle est menacée d'un mal plus grave au cas où elle refuserait de s'engager »¹¹²⁹. Elle doit tout de même être une personne raisonnable, ce que les Romains appelaient l'« homo constantissimus »¹¹³⁰ et qui excluait les faibles d'esprit. Le dispositif légal ajoute cependant, juste après la référence abstraite à une personne raisonnable, les éléments de la théorie subjectiviste du droit canonique qui prône une vérification, au cas par cas, de l'affectation du consentement de la victime d'après son âge, son sexe et ses conditions personnelles¹¹³¹. Peut-être en raison de son élément délictuel, cette conception traditionnelle de la violence n'a pas débouché sur une jurisprudence abondante. On le justifie en affirmant que, sous cette forme, elle se trouve souvent cachée sous les « replis de la vie domestique »¹¹³². L'évolution des rapports sociaux, les transformations de l'économie libérale de marché et leurs effets ressentis dans les relations contractuelles ont sans doute changé la donne. La jurisprudence n'en est pas restée indifférente.

2) L'élargissement jurisprudentiel de la notion du vice de violence

352. Tenant compte de la « dureté présente des relations sociales et de la vie des affaires »¹¹³³ ainsi que des pressions et des ruses de l'économie de marché où se nouent actuellement les rapports contractuels, la jurisprudence française a procédé à une revitalisation du vice de violence. Au-delà du souci de garantir un consentement libre, elle l'a admis dans des hypothèses où l'équilibre contractuel faisait défaut. En d'autres termes, elle a entendu assurer une certaine justice dans le jeu contractuel afin de pallier les abus de puissance économique

¹¹²⁶ Art. 153 du Code civil brésilien.

¹¹²⁷ LAITHIER, Yves-Marie. « Remarques sur les conditions de la violence économique », LPA 22 nov. 2004, n°233, p. 6.

¹¹²⁸ Digeste, livre L, titre 17, frag. n° 116 : *nihil consensui tam contrarium est quam vis atque metus* ; v. MONTEIRO, Washington de Barros. *Op. cit.*, p. 2007.

¹¹²⁹ TERRÉ, François *et al.* *Op. cit.*, n° 241, p. 252 ; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 531, pour qui la crainte doit être présente, le mal pouvant être futur.

¹¹³⁰ Digeste, liv. IV, titre II, frag. n° 6 : *metum autem non vani hominis sed qui merito et in hominem constantissimum cadat* ; v. BEYNEIX, Isabelle. « L'unification prétorienne du vice de violence économique en droit privé », LPA 25 août 2006, n° 170, p. 3, citant, à la note 11, SIMIO NESCO, J. « De la violence dans les actes juridiques », J.-Cl. 1914, spéc. p. 45.

¹¹³¹ Art. 1112. L'art. 152 du Code brésilien comporte des dispositions similaires.

¹¹³² CARBONNIER, Jean. *Op. cit.*, n°960, p. 1999.

¹¹³³ TERRÉ, François, SIMLER, Philippe et LEQUETTE, Yves. *Op. cit.*, n°248, p 256.

commis par le contractant plus fort, au détriment de son partenaire faible¹¹³⁴. Pour ce faire, la jurisprudence a procédé à une adaptation des conditions posées pour la constatation du vice de violence. Deux conditions peuvent être dégagées des arrêts rendus à ce sujet : d'abord, une contrainte économique (a) résultant d'une situation d'inégalité entre les parties ; ensuite, l'exploitation de cette situation par le contractant plus puissant (b).

a) La contrainte économique

353. En France, plusieurs décisions ont été rendues par les juges du fond à propos de litiges dont l'enjeu était le déséquilibre avéré entre les prestations réciproques des parties, à cause de l'exploitation d'un contractant par son partenaire plus puissant¹¹³⁵. Les magistrats se fondent sur la notion de « dépendance économique », vocabulaire propre au droit de la concurrence, pour retenir le vice de violence¹¹³⁶. Des décisions rendues, deux aspects sont à retenir. D'abord, la jurisprudence assimile la contrainte économique à l'état de nécessité. Il n'est pas nécessaire que l'état de précarité, de détresse ou de nécessité qui caractérisent la situation de la victime, soient causés par l'auteur de la violence économique¹¹³⁷. La doctrine française approuve le principe de cette solution, en reconnaissant que « si la violence peut venir d'un tiers (a. 1111), pourquoi ne pourrait-elle pas venir du hasard ? »¹¹³⁸ Les magistrats pointent, ensuite, au-delà de l'intégrité du consentement exprimé par la victime, le déséquilibre entre les prestations réciproques du contrat que lui impose son cocontractant, du fait de sa position

¹¹³⁴ Cass. Req., 27 avr. 1887 ; D. 1888, 1, p. 263 ; Cass. soc. 5 juill. 1965 : Bull. n°545 ; Cass. 1^{re} civ. 24 mai 1989 : Bull. civ. I, n°212, pourvoi n° 87-10564 (demande pourtant rejetée).

¹¹³⁵ CA Dijon 17 févr. 2004 (contrat de crédit conclu entre une banque et les anciens dirigeants d'une société anonyme mise en redressement en abus de situation prédominante ; arrêt cassé par Cass. com. 3 oct. 2006, v. n° 357, *infra*) ; CA Paris, 12 janv. 2000 ; JCP G 2001, II, 10433, note PIERRE, Philippe (convention de cession de droits d'auteur à une société d'éditions contractée par son employée « sous une contrainte morale de nature à faire impression sur elle et à lui inspirer la crainte de lui faire perdre son emploi [...] si elle ne signait pas le contrat » ; arrêt cassé par Cass. 1^{re} civ. 3 avril 2002, v. n° 356 *infra*) ; CA Aix-en-Provence, 8^e ch., 19 févr. 1988 (contrat d'approvisionnement conclu dans un état de nécessité et de dépendance économique équipollent à une violence morale constitutive d'un vice du consentement) ; CA Aix-en-Provence, 2^e ch., 17 avr. 1987 (contrat de location conclu par un conducteur routier « exploitant individuel modeste » avec une entreprise de transport, dans des « conditions de déséquilibre économique flagrantes ») ; CA Paris, 27 septembre 1977 (contrat de concession conclu dans un état de nécessité et sous la contrainte d'un abus de force économique) ; CA Paris, 12 déc. 1961, n° 62-40577 (contrat de travail désavantageux qu'un salarié avait conclu sous l'influence d'un pressant besoin d'argent).

¹¹³⁶ L'utilisation de cette formule a été critiquée car elle a été appliquée à des litiges qui débordaient du cadre du droit de la concurrence, comme ceux relatifs au droit du travail ; v. MAZEAUD, Denis. « Régime de la violence », D. 2002, somm. p. 2844, qui cite l'opinion de CHAZAL, Jean-Pascal, D. 2002, jur. p. 1869, en même sens. On avance cependant que cette approche s'explique par les difficultés liées à l'établissement de la preuve d'un agissement illégitime commis par l'auteur de la violence, la démonstration d'une relation de dépendance économique étant plus aisée ; v. BOIZARD, Matthias. *Op. cit.*, n°120, p. 5.

¹¹³⁷ Cet aspect semble évident à la lecture de l'arrêt rendu le 12 janv. 2000 par la Cour d'appel de Paris préc., où les magistrats affirment que la crainte d'un licenciement « ne saurait pas nécessairement résulter de menaces précises que lui auraient adressées son employeur » mais du risque résultant du « contexte social existant au cours des années 1983-1984 dans l'entreprise, tel qu'il est démontré par les nombreux extraits de presse ».

¹¹³⁸ CARBONNIER, Jean, *op. cit.*, n°967, p. 2007 ; TERRÉ, François, SIMLER, Philippe et LEQUETTE, Yves. *Op. cit.*, n° 247, p. 255. Dans le même sens, v. Cass. Req. 27 avr. 1887 préc. (contrat de sauvetage souscrit par le capitaine d'un navire sous le péril imminent d'un naufrage). La doctrine brésilienne traditionnelle, à son tour, s'y montre plutôt réfractaire. Elle s'attache à l'exigence d'une relation de cause à effet entre l'auteur de la violence et la crainte inspirée chez la victime ; v. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 534 ; MONTEIRO, Washington de Barros. *Op. cit.*, p. 209 ; GOMES, Orlando. *Op. cit.*, p. 379.

dominante¹¹³⁹. On a pu en déduire une certaine « psychologisation de l'économie » : il s'agirait d'assimiler, le cas échéant, « l'économie à une violence, de la présenter comme une force quasi irrésistible, paralysante, qui réduit sa 'victime' à l'état d'esclavage [...] Façon de dire non seulement que la psychologie des contractants est économique mais encore qu'elle est déterminée par des logiques du marché »¹¹⁴⁰. Un auteur a enfin suggéré l'adoption d'un nouveau vice de faiblesse en droit privé¹¹⁴¹. Certains consommateurs de crédit pourraient sans doute en bénéficier.

354. Contrainte économique et opérations de crédit – Souvent, le consommateur qui conclut une opération de crédit ne le fait que parce qu'il est confronté à une situation de précarité. Il se trouve alors dans une position d'infériorité par rapport au prêteur. Il pourrait en être ainsi, par exemple, de celui qui aurait perdu son emploi, ou qui aurait subi un accident lui causant une incapacité durable ou permanente pour le travail, voire un consommateur déjà endetté dont les créanciers s'emploient à des procédés de recouvrement rigoureux. Enfin tous ceux qui s'engagent dans des contrats de crédit désavantageux afin d'éviter un mal plus grave, sembleraient satisfaire à cette première condition posée par la jurisprudence pour la constatation d'une violence économique. Dans tous les cas, cette approche impliquerait que soient appréciées, tant les conditions personnelles de l'emprunteur, que les circonstances économiques qui entourent l'affaire. On a soutenu qu'elle « permettrait de remédier à la situation insatisfaisante de l'incompréhension, par le profane, des mentions informatives » devant être impérativement insérées dans les contrats¹¹⁴². Quoique nécessaire, la condition d'une contrainte économique n'est cependant pas suffisante. Encore faut-il que l'état de nécessité dans lequel se trouve la victime ait été une circonstance exploitée par le cocontractant plus fort, afin de lui imposer un contrat nettement désavantageux. Autrement dit, la violence doit être injuste.

b) Le caractère illégitime de la violence économique

355. Le contractant en situation de force doit avoir exploité la situation de contrainte de la victime pour lui imposer un contrat excessivement déséquilibré. La question s'est alors posée de savoir si le constat d'un déséquilibre contractuel significatif ou manifeste entre les obligations

¹¹³⁹ V. MAZEAUD, Denis. « Régime de la violence économique », *op. cit.*, p. 2844, qui résume ainsi les éléments de cette première condition de la violence économique : « il faut que soit établie une situation de détresse économique, autrement dit une inégalité contractuelle entre les parties qui découle de [cette] situation, dans laquelle se trouve l'une d'entre elles, et qui se traduit par l'impossibilité pour ce contractant économiquement dépendant, car fragilisé, de négocier librement le contrat. En clair, l'un des contractants doit se trouver, en raison des difficultés économiques ou sociales qui l'assaillent, dans une situation économique telle, qu'il ne lui est pas possible de faire autrement que de conclure le contrat qui lui est imposé ». Rappr. LAITHIER, Yves-Marie. *Op. cit.*, n° 13 et 19, lequel insiste pourtant sur le caractère déterminant de la contrainte économique pour l'engagement de la victime, dont la vérification demanderait que le juge constate, selon une méthode objective, qu'elle n'avait d'autre alternative satisfaisante que de conclure, sous l'effet de la menace, un contrat qu'elle estimait contraire à ses intérêts.

¹¹⁴⁰ EDELMAN, Bernard. « De la liberté et de la violence économique », D. 2001, chr., p. 2315.

¹¹⁴¹ QUERDANE-AUBERT DE VINCELLES, Carole. *Op. cit.*, n° 438, p. 342.

¹¹⁴² ATTUEL-MENDÈS, Laurence. « La difficile articulation entre protection classique et protection spéciale du consentement », JCP G, 2007, I, 188, spéc. n° 8.

et les droits des parties, suffirait, *per se*, pour fonder une demande pour exploitation abusive d'un état de contrainte économique. Dans ce cas, une présomption d'exploitation illégitime résulterait du constat du seul déséquilibre contractuel excessif. Dans une conception plus stricte, au contraire, la victime serait tenue de prouver, outre la disproportion significative, un agissement illégitime et matériellement vérifiable commis par la partie bénéficiaire. On a fait remarquer, à ce propos, l'existence d'une tension entre ce que pensent, d'un côté, la majorité des juges du fond français et, d'un autre côté, la Cour de Cassation¹¹⁴³.

356. Les divergences entre les différents degrés de juridiction – Les premiers tendraient à adopter une position plus favorable à la victime. Dans les décisions mentionnées ci-dessus, les magistrats ont retenu la violence économique sur le seul constat d'une dépendance économique d'où découlait le déséquilibre excessif avéré. On n'a pas manqué d'y voir, cependant, une application de la lésion, dissimulée sous le masque de la contrainte économique¹¹⁴⁴, débordant de son encadrement en droit positif ; un élargissement dangereux du vice de violence qui pourrait engendrer un risque d'instabilité des affaires. Confrontée à ces divergences, la Cour de Cassation a été amenée, graduellement, à prendre une position tempérée. Par deux arrêts remarquables, elle a décidé, d'abord, qu'une « transaction peut être attaquée dans tous les cas où il y a violence et que la contrainte économique se rattache à la violence et non à la lésion »¹¹⁴⁵. Ensuite, par un arrêt du 3 avril 2002¹¹⁴⁶, elle a décidé que « seule l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique, faite pour tirer profit de la crainte d'un mal menaçant directement les intérêts légitimes de la personne, peut vicier de violence son consentement ». Par cet arrêt, elle censure la Cour d'appel de Paris de ne pas avoir constaté si, lors d'une cession de droits d'auteur, « Mme X... était elle-même menacée par le plan de licenciement et que l'employeur avait exploité auprès d'elle cette circonstance pour la convaincre ». La Cour de cassation exige ainsi, pour qu'un vice de violence économique puisse être retenu, que sa victime apporte la preuve matérielle de l'exploitation illégitime de son état de nécessité. La preuve d'un préjudice économique manifeste ne saurait suffire. Une partie de la

¹¹⁴³ BOIZARD, Matthias. *Op. cit.*, p. 5.

¹¹⁴⁴ STOFFEL-MUNCK, Philippe. « Autour du consentement et de la violence économique », RDC 2006, n° 1, p. 45 ; MAZEAUD, Denis, « Vers l'émancipation du vice de violence », D. 2001, somm., p. 1140, qui démontre pourtant un avis favorable à la décision commentée ; du même auteur, « Observations conclusives », RDC 2006, p. 177, n° 24 ; « La révision du contrat », LPA 30 juin 2005, n° 129, p. 4 ; LAITHIER, Yves-Marie. *Op. cit.*, n° 233, p. 6 ; rappr. CARBONNIER, Jean. *Op. cit.*, n° 967, p. 2007 ; ANCEL, Pascal. « Une régression du modèle légal ? », in « Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations », PIGNARRE, Geneviève (dir.), Dalloz, 2005, n° 21, p. 63.

¹¹⁴⁵ Cass. 1^{re} civ. 30 mai 2000 : Bull. civ. I, n° 169, pourvoi n° 98-15242 ; JCP 2001, II, n° 10461, obs. LOISEAU, Grégoire ; CCC 2000, n° 148, obs. LEVENEUR, Laurent ; v. aussi EDELMAN, Bernard. *Op. cit.*, p. 2315 (demande de nullité d'une transaction conclue par un garagiste avec son assureur sous l'empire d'une contrainte économique, en raison de la précarité de sa situation financière ; cassation de l'arrêt qui avait refusé de faire droit à sa demande sous prétexte que « la transaction ne pouvait être attaquée pour cause de lésion »). Rappr. Cass. 1^{re} civ. 9 juill. 2003 : Bull. civ. I, n° 174, pourvoi n° 01-11963.

¹¹⁴⁶ Cass. 1^{re} civ. 3 avril 2002 : Bull. civ. I, n° 108, pourvoi n° 00-12932 ; D. 2002, somm. p. 2844, obs. MAZEAUD, Denis ; JCP 2002, I, 184, obs. VIRASSAMY, Georges.

doctrine s'est montrée pessimiste à l'égard de l'exercice, par la victime, de ses droits en justice¹¹⁴⁷.

357. Critique de la position de la Cour de cassation – Cette décision de la 1^{re} chambre civile, qui a engendré un alourdissement de la charge de la preuve en matière de droit du contrat, a encouru une double critique : d'abord, parce qu'elle a insisté sur l'expression « dépendance économique », qui s'inspire du droit de la concurrence, dans un litige qui y était étranger, la référence à une contrainte économique étant suggérée comme préférable¹¹⁴⁸. Ensuite, et à plus juste titre, parce qu'elle engendre le paradoxe de l'existence d'une protection plus importante des contractants professionnels, prévue par le droit de la concurrence, que de la victime d'une exploitation illégitime dont l'action repose sur le fondement du droit commun des contrats. Après les modifications apportées au Code de commerce par la loi sur les nouvelles régulations économiques de 2001¹¹⁴⁹, il suffit qu'un professionnel, « qui dispose d'une puissance économique supérieure à celle de son cocontractant, conclu[e] avec celui-ci un contrat jugé déséquilibré pour qu'un abus de dépendance économique soit constitué et une forme de violence économique ainsi sanctionnée »¹¹⁵⁰. Le droit de la concurrence étant le « droit des opérateurs économiques et en cela droit des forts »¹¹⁵¹, il ne semble pas logique d'être plus exigeant à l'égard d'un particulier qu'à l'égard des professionnels rompus aux affaires. La doctrine française majoritaire approuve, cependant, la solution apportée par la Cour de Cassation pour la configuration du vice de violence économique. Elle affirme qu'une position « prudente » assure le maintien de « l'ordre du marché »¹¹⁵². Un changement pourrait pourtant intervenir par une réforme du droit des obligations.

358. La violence économique de lege ferenda – Les propositions visant à l'adoption du vice de violence économique en droit positif sont nombreuses. En France, tout d'abord, l'avant-

¹¹⁴⁷ MAZEAUD, Denis. D. 2002, somm. p. 2844 : « en l'espèce, on souhaite bien du plaisir à la victime pour démontrer que son employeur, pour lui imposer un contrat injuste, l'avait menacée de licenciement ».

¹¹⁴⁸ *Idem, ib idem.*

¹¹⁴⁹ Art. L. 442-6.

¹¹⁵⁰ BOIZARD, Matthias. *Op. cit.*, p. 5. C'était d'ailleurs la solution qu'avait retenue, trois ans avant la modification précitée du Code de commerce, la chambre commerciale de la Cour de Cassation le 18 février 1997 (Bull. civ. IV, n° 59, pourvoi n° 94-19272 ; v. les critiques de NOURISSAT, Cyril. « La violence économique, vice du consentement : beaucoup de bruit pour rien ? », D. 2000, chr. p. 369. La ch. commerciale semble pourtant s'être ralliée à la 1^{re} ch. civile ; elle a cassé, sur le même fondement, l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Dijon, à propos d'un contrat de crédit : Cass. com. 3 oct. 2006 : inédit, pourvoi n° 04-13987 ; JCP E, n° 22, 31 mai 2007, p. 1679, obs. LASSALAS, Christine Langlais.

¹¹⁵¹ BOIZARD, Matthias. *Op. cit.*, p. 5.

¹¹⁵² LAITHIER, Yves-Marie. *Op. cit.*, n° 234, p. 5 ; TERRÉ, François, SIMLER, Philippe et LEQUETTE, Yves. *Op. cit.*, n° 248, p. 258 ; LOISEAU, Grégoire. JCP G, II, 10461, obs. sous Cass. 1^{re} civ. 30 mai 2000 préc. ; GRINBAUM, Luc. « Le juge et les tensions dans les relations contractuelles », RDC 2003, n° 1, p. 290 ; EDELMAN, Bernard. *Op. cit.*, D. 2001, chr., p. 2315 ; DESGORGES, Richard. « La proportionnalité dans le droit des contrats », JCP E 2003, p. 1630, n° 47, obs. sous Cass. 1^{re} civ. 9 juill. 2003, préc. ; PAYET, Marie Stéphane. « Puissance économique, droit de la concurrence et droit des contrats », RDC 2006, p. 1338, n° 4 ; VIRASSAMY, Georges. JCP 2002, I, 184, obs. sous Cass. 1^{re} civ. 3 avril 2002, préc. Des solutions alternatives ont aussi été suggérées, par ex., l'établissement de critères plus pragmatiques dans l'analyse des conditions de configuration dudit vice, à l'instar des notions de « economic duress » et d'« unconscionability » du droit anglo-saxon (LAITHIER, Yves-Marie. *Op. cit.*, n° 233, p. 6) ; ou la formulation d'un contrôle de proportionnalité, en tant que principe général du droit civil (BOIZARD, Matthias. *Op. cit.*, p. 5) ; la création d'un nouveau vice de « faiblesse » dont les conditions seraient la situation de faiblesse et le déséquilibre contractuel avéré (OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES, Carole. *Op. cit.*, n° 439, p. 343) ; enfin, le recours à la cause ou à la bonne foi (NOURISSAT, Cyril. *Op. cit.*, n° 13).

projet de réforme du droit des obligations¹¹⁵³ contient un article 1114-3, suivant lequel il y a « violence lorsqu'une partie s'engage sous l'empire de l'état de nécessité ou de dépendance, si l'autre partie exploite cette situation de faiblesse en retirant de la convention un avantage manifestement excessif »¹¹⁵⁴. Ensuite, le « projet de réforme du droit des contrats » de la Chancellerie du Ministère de la Justice comprend un article rédigé dans des termes similaires, consacrant la violence économique¹¹⁵⁵. Certains se montrent particulièrement soucieux de telles propositions, sous prétexte qu'elles institueraient un instrument d'usage général en droit privé qui fonctionnerait « comme un appel d'air aux actions opportunistes »¹¹⁵⁶. On se contentera d'évoquer, à cet égard, les paroles d'un écrivain célèbre : « les choses même les plus saintes ne sont point à couvert de la corruption des hommes... Mais on ne laisse pas pour cela de faire les distinctions qu'il est besoin de faire ; ce serait une injustice épouvantable que de vouloir condamner Olimpe qui est femme de bien, parce qu'il y a eu une Olimpe qui a été une débauchée »¹¹⁵⁷.

359. Droit commun et droit spécial – Cherchant à concilier l'application de ces propositions avec les dispositions du droit positif français, un auteur s'est demandé si une violence ne serait pas configurée dès lors que serait établi le délit d'abus de faiblesse du Code pénal (art. 223-15-2) ou celui du Code de la consommation (art. L. 122-8 et s.)¹¹⁵⁸. Dans le même ordre d'idées, on peut se demander si la violence ne peut trouver sa cause dans certains procédés contractuels proscrits par le droit spécial. La question est importante, eu égard aux règles issues de la directive n° 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales et

¹¹⁵³ Appelé aussi avant-projet « Catala », Rapp. au Gardé des Sceaux, du 22 septembre 2005 ; v. CATALA, Pierre. « Bref aperçu sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations », D. 2006, n° 8, p. 535.

¹¹⁵⁴ Il est ensuite précisé que « la situation de faiblesse s'apprécie d'après l'ensemble des circonstances en tenant compte, notamment, de la vulnérabilité de la partie qui la subit, de l'existence de relations antérieures entre les parties ou de leur inégalité économique ». Les « Principes du droit européen du contrat » élaborés par la Commission Landò comporte un art. 4:109 qui prévoit qu'« une partie peut provoquer la nullité du contrat si, lors de sa conclusion : (a) elle était dans un état de dépendance à l'égard de l'autre partie [...], en état de détresse ou de besoins urgents [...]; (b) alors que l'autre partie en avait ou aurait dû en avoir connaissance et que, étant donné les circonstances et le but du contrat, elle a pris avantage de la situation de la première avec une déloyauté évidente ou en a retiré un profit excessif ». Une règle similaire est énoncée à l'art. 30-3 de l'avant-projet de Code européen des contrats, préparé sous la direction de M. GANDOLFI, Giuseppe, à l'Académie des privatistes de Pavie.

¹¹⁵⁵ Art. 63 : « il y a également violence lorsqu'une partie abuse de la situation de faiblesse de l'autre pour lui faire prendre, sous l'empire d'un état de nécessité ou de dépendance, un engagement qu'elle n'aurait pas contracté en l'absence de cette contrainte ». Aucune référence n'est faite à un « avantage manifestement excessif » du bénéficiaire de la violence. La nouvelle proposition se fonde plutôt sur le caractère déterminant de l'agissement illégitime sur la volonté de la victime. On fait ainsi prévaloir la nécessité d'une recherche plus approfondie de la volonté des parties, au détriment du constat, appuyé sur des circonstances objectives – économiques, avant tout – du cas d'espèce. Les conditions personnelles de la victime, notamment de son état de vulnérabilité, ne sont pas non plus visées. Cela peut donner lieu à des interprétations basées sur les concepts de « consommateur moyen », ou de consommateur averti, préjudiciels à la promotion, *in concreto*, de la justice contractuelle.

¹¹⁵⁶ STOFFEL-MUNCK, Philippe. *Op. cit.*, p. 45, pour qui le texte reposerait sur des éléments d'appréciation trop subjectifs, dont les critères de définition d'un seuil de l'avantage excessif ainsi que des limites de l'état de nécessité, seraient « d'une prévisibilité proportionnée à la personnalité du juge qui les emploiera [...] et, vu leur enjeu, on peut hésiter à en abandonner la clarification à l'œuvre lente de la jurisprudence » ; VIRASSAMY, Georges. JCP G 2002, I, 184.

¹¹⁵⁷ Molière. Préface à « Le Tartuffe », Librairie Hachette, 1935, p. 12-13.

¹¹⁵⁸ PAISANT, Gilles. « Le Code de la consommation et l'avant-projet de réforme du droit des obligations – Quelle influence et quelle harmonisation ? », JCP 2006, act. jur. p. 429, qui parle de la « rencontre inévitable » de ces textes avec celui de l'article 1114-3 de l'avant-projet Catala, spécialement à l'égard de la situation d'ignorance du consommateur.

transposées dans le Code de la consommation¹¹⁵⁹. Dans ces cas de figure, dit-on, l'agression « vient d'un effet de surprise recherché par 'l'agresseur' pour inciter la victime à contracter. La proposition contractuelle arrivant à un moment inattendu et inopportun provoque une réaction irréfléchie et un engagement rapide. La personne agressée est alors dans une situation de faiblesse par rapport à son cocontractant averti, lequel a affûté son discours et s'est préparé à l'entretien ainsi qu'à l'établissement du contrat. L'interlocuteur, pris par surprise, n'est aucunement préparé à un engagement quelconque. Il n'a pu réfléchir ni à l'opportunité du contrat ni à son contenu »¹¹⁶⁰. Ici encore, le consommateur risquerait toutefois de se heurter à des difficultés de preuve insurmontables. Il faudrait aussi qu'il dispose des moyens de mettre en œuvre les sanctions de la violence économique.

B) La sanction de la violence économique

360. En tant que vice du consentement, la violence provoque la nullité relative du contrat. Le consommateur ayant souscrit un contrat de crédit manifestement déséquilibré, dans une situation de contrainte économique, pourrait demander en justice son annulation¹¹⁶¹. Ainsi qu'il a été dit à propos de la lésion, cette solution ne lui profite pourtant par forcément. Au fond, c'est le rééquilibrage de sa relation contractuelle qu'il recherche. Il n'aura qu'un moindre intérêt à voir prononcer l'obligation de restitution des prestations réciproques. Or, la violence étant, par définition, un délit, le consommateur pourrait demander des dommages-intérêts¹¹⁶². Par l'effet d'une compensation, il obtiendrait une élimination d'au moins une partie de l'excès contractuel. L'avant-projet Catala ainsi que le texte de la Chancellerie contiennent des dispositions qui recèlent des solutions identiques à celles qu'on vient de décrire : la nullité du contrat vicié de violence économique est relative¹¹⁶³ et le consommateur peut intenter une action en indemnisation, indépendamment d'une éventuelle action en annulation du contrat¹¹⁶⁴. Rapprochant ces solutions de la lésion, un auteur avait affirmé, avec raison, que « la sanction la plus appropriée serait certainement la révision du contrat lésionnaire, seule sanction susceptible de garantir tout à la fois 'la stabilité et la justice des contrats, ce qui est incontestablement une solution préférable à la destruction rétroactive de la convention' »¹¹⁶⁵.

¹¹⁵⁹ Arts. L. 122-11 à L. 122-15 ; v. n° 202 *supra*.

¹¹⁶⁰ OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES, Carole. *Op. cit.*, n° 447, p. 348.

¹¹⁶¹ Il disposerait d'un délai pour agir de cinq ans (art. 1304 du Code civil), à compter du jour où la contrainte économique aurait cessé (art. 1117), c'est-à-dire, en pratique, du jour où le contrat serait résilié pour inexécution de sa part. Ce délai est de quatre ans en droit brésilien (art. 178, I, du Code civil) et il s'agit d'un délai préfix.

¹¹⁶² TERRÉ, François, SIMLER, Philippe et LEQUETTE, Yves. *Op. cit.*, n° 250, p. 261. Ces auteurs évoquent aussi la possibilité du prononcé d'une nullité partielle, ce qui permettrait de réduire l'avantage extorqué (v. Cass. Req. 27 avr. 1887, préc.).

¹¹⁶³ Art. 1115, al. 1^{er}, de l'avant-projet Catala ; art. 64, al. 1^{er}, du projet de la Chancellerie.

¹¹⁶⁴ Art. 1115, al. 2 (Catala) ; art. 64, al. 2 (Chancellerie). Le point de départ du délai de prescription est aussi le jour où la violence a cessé : art. 1115-1 (Catala) ; art. 65 (Chancellerie).

¹¹⁶⁵ MAZEAUD, Denis. « La Révision du Contrat », LPA 30 juin 2005, n° 129, p. 4, citant STARCK, Boris, ROLAND, Henri et BOYER, Laurent. « Droit civil – Les obligations », v. 2, « Contrat », Litec, 1998, n° 997. Bien que l'auteur parle de contrat « lésionnaire », il fait référence au dispositif de l'avant-projet précité.

361. Synthèse – En résumé, soumis à certaines contraintes lors de la formation du contrat, le consommateur de crédit pourrait rechercher les secours du droit commun, notamment, en l'absence de règles spéciales de protection. Il se peut aussi que, malgré l'existence de règles spécifiques, la protection qu'elles lui procurent soit insuffisante, ou que les conditions posées pour leur mise en œuvre l'obligent à déployer des efforts disproportionnés, par rapport aux enjeux du litige ou à sa capacité d'exercer ses droits en justice¹¹⁶⁶. Malgré les critiques de certains auteurs, on concède parfois que l'adoption de dispositifs sur la lésion ou sur la violence économique, en droit étranger, ne laisse pas à redouter leur consécration légale car ils n'y ont pas engendré un contentieux abondant¹¹⁶⁷. La sécurité des affaires n'en est donc pas ébranlée. À cela, on ajoutera qu'il ne faut pas laisser régner les injustices contractuelles dans le marché, sous le prétexte qu'une règle juridique de promotion de la loyauté contractuelle pourrait être utilisée abusivement par des « gens opportunistes ». Certains insisteront qu'elle aurait pour effet, dans le marché du crédit, de faire augmenter le coût de l'argent. Ne serait-ce qu'un exemple de plus de ce que le consommateur finit par payer lui-même pour disposer d'une protection légale de ses intérêts légitimes ?¹¹⁶⁸

362. Deux mots donnent cependant la mesure d'une conclusion sur l'application des normes sur la lésion et la violence économique, dans les systèmes juridiques ici comparés : prudence et complémentarité. D'abord, elles doivent être appliquées avec prudence par le juge. Celui-ci devra s'efforcer autant que possible de trouver la juste mesure du pouvoir d'appréciation qui lui est accordé. Si l'on doit s'accorder pour lui conférer la possibilité d'éliminer les excès imposées au demandeur de crédit, lors de la formation du contrat, il n'est pas moins sûr qu'un exercice arbitraire de ce pouvoir débouche sur une double conséquence, économique et juridique : d'une part, le crédit disponible dans le marché s'enrichirait, voire se raréfierait et, d'autre part, les juges du droit seraient amenés à fixer des conditions d'application trop rigoureuses afin de contenir l'élan des juges du fond. Le consommateur en serait, ultérieurement, le grand perdant. Ensuite, il faut garder à l'esprit que l'application du droit commun aux relations de consommation ne se réalise que dans une approche de complémentarité, voire de subsidiarité. Dans cette perspective, la promotion d'un « dialogue des sources » du droit privé¹¹⁶⁹ est alors renforcée, rendant au système juridique sa nécessaire cohérence. On sait que les juges, mus par un esprit d'équité, sont conduits à appliquer les règles du droit commun avec plus d'indulgence lorsqu'il s'agit de rapports entre professionnels et consommateurs. Cela finit par être source d'insécurité juridique conduisant aux mêmes résultats indiqués ci-dessus. C'est pourquoi, dans les opérations de crédit, le législateur a

¹¹⁶⁶ Plus précisément, lorsqu'un alourdissement de la charge de la preuve rend l'application du droit spécial trop difficile.

¹¹⁶⁷ MAZEAUD, Denis. « La révision du contrat », *op. cit.*, n° 20 ; STOFFEL-MUNCK, Philippe. *Op. cit.*, p. 45, lesquels font allusion aux règles similaires adoptées, entre autres, en droit allemand (§ 138 du BGB), en droit suisse (art. 21 du Code oblig.) et en droit italien (art. 1448 du Code civil).

¹¹⁶⁸ Sur l'impact des règles juridiques sur l'économie, v. KIRAT, Thierry. « Économie du droit », La Découverte, 1999, p. 3.

¹¹⁶⁹ MARQUES, Cláudia Lima. « Contratos no Código de Defesa do Consumidor », 4^a éd., RT, 2002.

décidé d'adopter des règles spéciales de protection. En matière d'équilibre contractuel, l'approche suivie se distingue pourtant de celle du droit commun. Dans un but de conservation de la matière contractuelle, l'attention est déplacée vers le régime de l'opération conclue.

TITRE II – Le régime du crédit consenti

363. L'aménagement du régime contractuel s'inscrit dans les préoccupations du législateur consumériste. Il s'agit, pour celui-ci, de garantir que le contenu de la convention de crédit ne soit pas trop défavorable à la partie qui ne dispose guère de pouvoirs réels pour négocier les conditions de son contrat. L'utilité du crédit pour le consommateur est ainsi visée au premier rang. Le crédit n'est pour lui qu'un moyen de se procurer des biens et des services. L'utilité du premier est ainsi intimement liée à celle des seconds. Dans une société de masse, l'utilité individuelle du crédit acquiert nécessairement une dimension collective. C'est-à-dire que ses effets ne bénéficieront à la société qu'à condition de présenter pour chaque consommateur des avantages proportionnés aux efforts qui lui sont demandés en contrepartie. On touche alors à la justice dans les relations de consommation. Ici encore, son appréciation ne saurait négliger l'aspect social de la question, pas plus que ses impacts sur l'économie à l'échelle globale.

364. L'objectif de protection du consommateur de crédit consiste à assurer, d'une part, que la réalité économique des différentes opérations qu'il conclut retrouve, sur le plan du régime juridique, une correspondance plus ou moins identique (chapitre I) ; d'autre part, que les déséquilibres structurels inhérents aux parties agissant dans le marché du crédit n'empêchent pas la réalisation de la justice contractuelle et, par ricochet, celle de la justice sociale : ce souci d'égalité passe par la limitation de la liberté des parties (chapitre II).

Chapitre I – Le lien d’interdépendance entre le crédit et le contrat dont il assure le financement

365. Dans les opérations de crédit lié, souvent de multiples relations se nouent dans le but de procurer au consommateur la satisfaction de ses besoins ou de ses désirs. Dans ces cas de figure, il est amené à conclure des contrats avec des acteurs économiques distincts, l’un fournissant le crédit, l’autre un produit ou une prestation de services. Sans le crédit, il ne peut se procurer ces derniers. Psychologiquement, la démarche du consommateur vise ainsi un objectif unitaire : en signant un contrat de crédit, il cherche à se procurer les moyens nécessaires pour payer le prix en exécution d’une obligation découlant du contrat principal. Aucun intérêt ne subsiste *a priori*, pour lui, à conserver le crédit si le contrat financé ne se réalise pas. Cette démarche psychologique est d’autant plus renforcée que le consommateur aura affaire au seul fournisseur du produit ou au prestataire du service, agissant en tant qu’intermédiaire d’un établissement de crédit¹¹⁷⁰. Cependant, bien que formant une opération économique d’ensemble, ces différentes conventions sont considérées classiquement comme indépendantes¹¹⁷¹. En l’absence d’un lien juridique entre elles, le consommateur ayant demandé un crédit pour financer un produit ou une prestation de services, risque de se voir obligé envers le fournisseur alors même que le crédit lui a été refusé. Dans le même ordre d’idées, s’il est confronté à des difficultés à l’égard du contrat principal, par exemple, parce que le vendeur ne lui a pas livré le produit dans le délai promis, ou que celui-ci présente des défauts de conformité, il peut se trouver tout de même obligé envers le prêteur.

366. Toutes les parties participant à l’opération sont *a priori* conscientes de l’existence et de la destination du crédit. Les partenaires du consommateur désirent autant que lui que toutes les opérations soient menées à bonne fin. Simplement, elles se trouvent en position de supériorité pour conduire les négociations de manière à éviter de supporter les risques liés à l’incertitude de l’aboutissement de l’opération d’ensemble¹¹⁷². Une protection efficace de ses intérêts exige ainsi qu’au lien économique existant entre ces différentes opérations se superpose un lien de droit. D’une manière « presque simpliste », un auteur a résumé la logique

¹¹⁷⁰ « L’indépendance juridique de ces deux contrats n’aurait pas rendu compte de la réalité socio-économique qui serait, dans de nombreuses opérations, la connaissance par l’acheteur-emprunteur du seul vendeur » : GAVALDA, Christian. « L’information et la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit », *op. cit.*, p. 191.

¹¹⁷¹ V. CALAIS-AULOY, Marie-Thérèse. « Fondement du lien juridique unissant vente et prêt dans le ‘prêt lié’ », JCP 1984, I, 3144, n° 7 à 11, laquelle explique que les théories de l’indivisibilité, de l’accessoire et de la cause étaient inadaptées pour justifier le lien juridique existant entre le contrat principal et le contrat de crédit assurant son financement. V. SAVATIER, René. « Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d’aujourd’hui », 3^e éd., Dalloz, 1964, n° 46-47, p. 53 : « à mesure que s’étendent les dimensions des forces naturelles maîtrisées, non seulement les contrats se transforment, mais il cesse d’être possible de les envisager eux-mêmes isolément. Chacun de ces contrats transformés doit, aujourd’hui, être mis en liaison intime, en connexion économique, avec d’autres contrats ».

¹¹⁷² CHARDIN, Nicole. *Op. cit.*, p. 100 : « psychologiquement et économiquement les scissions juridiques entre les divers contrats n’ont pas lieu d’être. Le problème qui se pose au consommateur de crédit est que sa décision stratégique d’un point de vue psychologique n’a pas de réplique juridique ».

qui sous-tend un tel lien juridique : « les éléments vente et crédit sont indissolubles, si [le consommateur] décide de demander du crédit, il y aura vente, et s'il décide d'acheter il obtiendra du crédit »¹¹⁷³. Le besoin de protection conduit alors, législateur et juge, à prendre des tours de rôle afin de reconnaître cette symbiose¹¹⁷⁴ contractuelle. Lorsqu'un lien juridique est établi, la décision du consommateur se trouve confortée. Les risques liés à l'échec de l'une des opérations sont reportés sur ses cocontractants. Bien que devant les supporter, ceux-ci disposent tout de même d'une certaine prévisibilité des événements susceptibles de survenir. Ils peuvent ainsi se prévaloir de la possibilité de répercuter leurs conséquences sur le prix à payer par le consommateur.

367. La création d'un lien de dépendance juridique entre le contrat de crédit et le contrat financé implique essentiellement un aménagement des risques. Du côté du vendeur, il se peut qu'il soit complètement étranger aux relations existant entre le consommateur et le prêteur. Dès lors, il s'estimera en droit d'échapper aux risques inhérents à celles-ci. La même remarque vaut d'ailleurs pour le prêteur. Quant au consommateur, un décalage parfois important peut exister entre les moments de conclusion des différentes conventions. Les risques qui entourent la conclusion de l'opération d'ensemble seront *a priori* supportés par lui seul. Confronté à la nécessité de prendre en compte les différents intérêts des parties en présence, le législateur a entendu mettre en œuvre une technique de protection qui s'inspire de la pratique courante pour ce type d'opérations. Son choix procède ainsi d'un effort d'adaptation de la technique juridique non seulement à la phase d'exécution des obligations des parties (section 2), mais aussi à la réalité des conditions dans lesquelles ces différents contrats sont conclus (section 1).

Section 1 – Le lien juridique existant lors de la demande du crédit

368. Les raisons ayant conduit le choix du législateur apparaissent plus claires dans l'analyse de la pratique des opérations de crédit liées à l'acquisition d'un bien immobilier (§ 1^{er}) ; la détermination des règles qui conviennent le mieux à la réalité du crédit mobilier à la consommation devient ainsi facilitée (§ 2nd).

§ 1^{er} – L'interdépendance dans les opérations de crédit immobilier

369. En pratique, l'achat d'un immeuble grâce à un crédit résulte d'une longue succession de démarches suivies par le consommateur. Cela se justifie au regard du montant élevé des sommes en jeu. Normalement, en même temps qu'il entame des pourparlers avec le vendeur, le consommateur interroge un ou plusieurs fournisseurs de crédit sur la viabilité

¹¹⁷³ *Idem*, p. 115.

¹¹⁷⁴ « L'idée de base du réaménagement de la relation triangulaire est de rééquilibrer une opération 'symbiotique'. » : GAVALDA, Christian. « L'information et la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit », *op. cit.*, p. 198.

financière de l'opération envisagée. Le choix du candidat à l'acquisition d'un logement est toutefois restreint au regard des options disponibles et de ses propres besoins¹¹⁷⁵. Il est souvent séduit, d'abord par un projet immobilier, avant de s'occuper des moyens de le financer. Le risque majeur est toutefois celui d'un engagement pris trop hâtivement auprès du vendeur qui entraînerait l'impossibilité d'assurer le financement de l'opération. Une garantie efficace contre ce risque réside dans la subordination de la vente à l'obtention, tantôt du prêt (A) nécessaire à son financement¹¹⁷⁶, tantôt de certains contrats conclus avec des tiers (C). Cependant, pour que l'interdépendance entre la vente et le prêt soit symétrique, un lien doit aussi exister en sens inverse (B).

A) Le contrat immobilier est subordonné au prêt

370. En réalité, le plus souvent, le consommateur désireux de garantir la réalisation d'une bonne affaire (ou encore la satisfaction de ses désirs) conclut avec le vendeur une convention de promesse unilatérale de vente¹¹⁷⁷. Invariablement, en pratique, la promesse prévoit le versement d'une somme au bénéfice du propriétaire de l'immeuble, à titre d'« indemnité » (« sinal »¹¹⁷⁸), en contrepartie de l'immobilisation du logement choisi. Si, pourtant, le crédit lui est refusé, le consommateur se voit contraint d'abandonner le montant versé par avance entre les mains de son cocontractant, faute de pouvoir acheter au comptant l'immeuble désiré¹¹⁷⁹. À l'inverse, si le prêteur lui verse les fonds avant la conclusion de la promesse (ou de la vente¹¹⁸⁰), il sera obligé de payer les intérêts du prêt alors même que celle-ci ne se réalise pas. Cet état de choses représente la réalité actuelle des opérations de crédit immobilier au Brésil. Les acquéreurs immobiliers se trouvent ainsi démunis chaque fois qu'ils demandent un crédit. Ils doivent seuls supporter les risques liés à l'incertitude de l'opération¹¹⁸¹.

¹¹⁷⁵ Ce choix dépend d'une ample variété de critères personnels, tels que la taille de l'immeuble, sa localisation géographique, sa distance avec le lieu de travail, sa valeur au regard du voisinage etc. L'éventail d'options du consommateur en tant qu'acquéreur est ainsi plus étroit qu'il ne l'est lorsque celui-ci se trouve en position d'emprunteur.

¹¹⁷⁶ Certes, si le propriétaire de l'immeuble n'est pas obligé de vendre, *a fortiori* il ne l'est de vendre à crédit. La perspective d'obtenir immédiatement ou à court terme le prix demandé versé par un prêteur acceptant de financer l'opération, le conduit cependant à accepter de conclure le contrat sous la condition suspensive de l'obtention d'un prêt par le candidat acquéreur. Ce mécanisme semble être le mieux adapté pour des raisons d'ordre fiscal : « la vente sous condition suspensive n'est passible ni de droits d'enregistrement, ni de la taxe sur la valeur ajoutée », v. SYNVET, Hervé. « Les relations de dépendance entre le contrat principal et le contrat de crédit dans leur formation », in « Le droit du crédit au consommateur », *op. cit.*, n° 10, p. 344, note 13.

¹¹⁷⁷ Avec la prévision d'une option pouvant être levée par son bénéficiaire, normalement dans un délai précisé par les parties. Cette convention permet d'éviter le transfert immédiat de la propriété de l'immeuble, et surtout les frais et impôts qui en résultent. Il est possible aussi de conclure une promesse synallagmatique ou une vente pure et simple, mais il s'agit d'un contrat encore plus rare dans cette phase de l'opération.

¹¹⁷⁸ Art. 417 et s. du Code civil/2002 du Brésil ; « sinal » est un synonyme d'ahrrres.

¹¹⁷⁹ On notera que la volonté du législateur en instituant un mécanisme d'interdépendance n'est pas essentiellement d'empêcher, dans tous les cas, que le candidat acquéreur paie la somme versée d'avance au propriétaire de l'immeuble, mais qu'il puisse décider d'acquérir ou de ne pas acquérir une fois qu'il est sûr de disposer du capital nécessaire pour en payer le prix. Par exemple, si le crédit est obtenu avant la fin du délai prévu pour la levée de l'option de la promesse, le consommateur perdra le montant versé d'avance s'il décide de ne pas la lever.

¹¹⁸⁰ Cette hypothèse est de loin la moins fréquente.

¹¹⁸¹ TJRS-APC n° 70025858481, rel. Des. Nara Castro Garcia, 18^a Câmara Cível, j. 11.9.2008. Comp. TJRS-APC n° 70004875183, rel. Des. Niwton C. Silva, 18^a Câmara Cível, j. 22.10.2004, où une réduction des sommes avancées est approuvée sur le fondement de l'équité.

En France, cependant, le législateur a voulu garantir que le consommateur, qui ne parviendrait pas à conclure l'ensemble des contrats nécessaires à la réalisation de l'opération économique envisagée, ne soit obligé par aucun d'eux¹¹⁸².

371. Le dispositif français – La loi Scrivener de 1979 a prévu un mécanisme de protection de l'acquéreur immobilier à crédit par un lien d'interdépendance¹¹⁸³ entre les contrats. Suivant l'exemple de la pratique, la loi a consacré un jeu de conditions légales¹¹⁸⁴. L'article L. 312-16 du Code de la consommation subordonne ainsi la conclusion du contrat d'acquisition d'un immeuble à l'obtention du ou des prêts qui en assument le financement. Qu'il s'agisse d'une vente, d'une promesse unilatérale de vente acceptée¹¹⁸⁵ ou de tout autre acte écrit constatant l'une des opérations mentionnées à l'art. L. 312-2 du Code¹¹⁸⁶, cet acte est conclu sous la condition suspensive de l'obtention desdits prêts, dans un délai stipulé par les parties et ne pouvant pas être inférieur à un mois à compter de la date de sa signature¹¹⁸⁷. Des règles similaires sont prévues pour le financement d'ouvrages ou de travaux immobiliers¹¹⁸⁸.

372. Ces règles sont d'ordre public, ce qui signifie que l'acquéreur ne peut renoncer par avance au bénéfice de la condition¹¹⁸⁹. Si le consommateur n'entend pas recourir à un crédit, l'acte doit l'indiquer expressément. Il doit aussi porter, de la main de l'acquéreur, une mention par laquelle celui-ci reconnaît avoir été informé que, s'il recourt néanmoins à un prêt, il ne peut se prévaloir des règles du Code sur le crédit¹¹⁹⁰. À défaut d'une telle mention, si un prêt est néanmoins demandé, le contrat est considéré comme conclu sous la condition suspensive prévue à l'article L. 312-16¹¹⁹¹. Lorsque le prêt demandé n'est pas obtenu dans le délai

¹¹⁸² V. SYNDET, Hervé. *Op. cit.*, n° 2, p. 337.

¹¹⁸³ À propos de l'emploi du mot interdépendance, v. THIBIERGE, Catherine. « La protection des acquéreurs de logement qui recourent au crédit pour financer leur acquisition », *Defrénois* 1980, art. 32254, n° 78, p. 502, pour qui « cette formule est de bonne facture et a fait fortune ».

¹¹⁸⁴ Avant l'adoption des lois Scrivener, une partie de la doctrine critiquait l'indépendance de droit commun entre les contrats, que la jurisprudence tenait à confirmer. Les théories de la cause ainsi que les règles sur la condition étaient suggérées pour l'établissement d'un lien d'interdépendance. V. CALAIS-AULOY, Jean. « Les cinq réformes qui rendraient le crédit moins dangereux pour les consommateurs », *op. cit.*, p. 19 ; v. aussi PIZZIO, Jean-Pierre. « La nullité du prêt bancaire finançant les ventes à crédit. État du droit positif et essai d'une solution nouvelle », *JCP CI* 1977, n° 12399, p. 187, note 9. L'adoption de la technique de la condition n'a cependant pas passé sans critiques d'une partie de la doctrine ; par exemple, v. THIBIERGE, Catherine. *Op. cit.*, n° 20, p. 454, laquelle considère qu'il est artificiel d'imposer un système légal de conditions : le système de la loi « ressemble fort à une sorte de prestidigitation juridique ».

¹¹⁸⁵ Le mot « acceptée » se réfère au contrat en tant que promesse unilatérale de vente, non pas de la levée de l'option. V. THIBIERGE, Catherine, *op. cit.*, n° 35, p. 463-464.

¹¹⁸⁶ Art. L. 312-15.

¹¹⁸⁷ Art. L. 312-16 : « ...s'il s'agit d'un acte sous seing privé soumis à peine de nullité à la formalité de l'enregistrement, à compter de la date de l'enregistrement ». Cet acte doit indiquer si le prix sera payé directement ou indirectement, même en partie, avec ou sans l'aide d'un ou plusieurs prêts régis par le Code consom. (art. L. 312-15). Dans les opérations de *leasing* immobilier (location-vente et location assortie d'une promesse de vente) seul l'acte constatant la levée de l'option est conclu sous la condition suspensive prévue à l'article L. 312-16 (art. L. 312-30).

¹¹⁸⁸ Art. L. 312-18 : « pour les dépenses désignées au c du 1° de l'article L. 312-2, et à défaut d'un contrat signé des deux parties, la condition suspensive prévue à l'article L. 312-16 ne pourra résulter que d'un avis donné par le maître de l'ouvrage par écrit avant tout commencement d'exécution des travaux indiquant qu'il entend en payer le prix directement ou indirectement, même en partie, avec l'aide d'un ou plusieurs prêts ».

¹¹⁸⁹ Le vendeur n'est pas obligé d'accepter de conclure un contrat avec un consommateur qui se fait financer par un prêteur. Du moment où il l'accepte, le jeu de la condition s'applique cependant obligatoirement.

¹¹⁹⁰ Art. L. 312-17.

¹¹⁹¹ Cette règle s'applique, que le prêt soit demandé avant ou après la signature de l'acte d'acquisition : Cass. 3^e civ. 24 juin 1987 : *Bull. civ. III*, n° 132, pourvoi n° 86-11545 ; Cass. 1^{re} civ. 3 juill. 1990 : *Bull. civ. I*, n° 190, pourvoi n° 88-

prévu¹¹⁹², la condition suspensive se trouve défaillie. Toute somme versée d'avance par l'acquéreur à l'autre partie ou pour le compte de cette dernière est immédiatement et intégralement remboursable sans retenue ni indemnité à quelque titre que ce soit¹¹⁹³. La réalisation de la condition suspensive dépendant de l'« obtention du prêt », cette notion devient alors essentielle au sein du mécanisme légal. La jurisprudence en a fixé les contours (1) mais elle n'est pas à l'abri de la critique (2).

1) La définition jurisprudentielle de l'« obtention du prêt »

373. On pourrait penser que la condition est réalisée dès lors que le contrat de crédit est conclu entre l'emprunteur et le prêteur ; c'est à dire, dès la rencontre des consentements, dès lors que le prêt n'est plus considéré par la jurisprudence française comme un contrat réel¹¹⁹⁴. Le législateur a cependant voulu prendre en compte les intérêts du vendeur¹¹⁹⁵. À la différence du crédit mobilier à la consommation, le vendeur de l'immeuble est le plus souvent un particulier. Il n'est pas rare que celui-ci se trouve dans une position financière moins favorable que celle de l'acquéreur, parce que devant vendre son immeuble dans l'attente d'acquérir, lui-même, un logement. Craignant que celui-ci ne soit laissé à la merci du « bon vouloir »¹¹⁹⁶ du candidat acquéreur si la réalisation de la condition suspensive dépendait de l'acceptation d'une offre de crédit, le législateur a retenu l'expression « obtention du prêt » plutôt que celle de « conclusion du prêt ». On a prétendu que, par cette démarche, il entendait laisser à la liberté des parties le

19517. Lorsque les mentions d'un acte authentique, conformes à l'article L. 312-17, procèdent d'une fraude à la loi tendant à éluder les dispositions relatives au crédit immobilier, la renonciation du candidat acquéreur est sans effet, de sorte que l'acte est considéré comme conclu sous la condition suspensive de l'obtention d'un prêt : Cass. 1^{re} civ. 16 oct. 2008 : inédit, pourvoi n° 04-11177.

¹¹⁹² V. GAVALDA, Christian. *Op. cit.*, lequel affirme qu'en l'absence de prévision de délai par les parties – ce qui reste rare étant donné que le bien reste immobilisé au gré du bénéficiaire – il convient de retenir le délai de 30 jours. CALAIS-AULOY, Jean et STEINMETZ, Frank (*op. cit.*, n° 425, p. 499, note 5) affirment qu'il serait logique, en l'absence de délai prévu pour l'obtention du prêt, que ce délai soit celui du contrat principal lui-même ; pour un ex. de ce dernier cas, v. Cass. 1^{re} civ. 19 juin 1990 : Bull. civ. I, n° 175, pourvoi n° 88-16196.

¹¹⁹³ S'il s'agit d'une vente et que le prêt est obtenu, le vendeur peut, certes, exiger l'exécution forcée de l'obligation assumée par l'acquéreur en cas d'inexécution spontanée. Il n'aura vraisemblablement pas intérêt toutefois à exiger l'exécution d'une vente par un acheteur qui ne dispose pas des moyens pour en payer le prix. L'enjeu de l'affaire sera ainsi normalement la rétention d'une somme versée à titre de garantie ou la mise en jeu d'une clause pénale. En pratique cependant, il s'agira le plus souvent d'une promesse unilatérale de vente, dont le délai de levée de l'option coïncidera avec celui de la condition suspensive. L'analyse de la jurisprudence révèle que l'objet des litiges a ainsi tendance à porter majoritairement sur le paiement de l'indemnité d'immobilisation versée d'avance par le consommateur, bien que l'objectif principal des règles sur l'interdépendance soit d'éviter que le consommateur se voie obligé d'exécuter le contrat principal à défaut d'obtention du crédit. Suivant l'art. L. 312-16, al. 2, du Code consom., « à compter du quinzième jour suivant la demande de remboursement, cette somme est productive d'intérêts au taux légal majoré de moitié ».

¹¹⁹⁴ V. n° 333 *supra*.

¹¹⁹⁵ Dans le projet de loi initial présenté par Mme. Scrivener, il était d'ailleurs prévu que l'événement réalisant la condition était la « conclusion du prêt » (art. 17, al. 1^{er}). La conclusion était présumée réalisée par une justification présentée par l'emprunteur d'avoir accepté l'offre (art. 17, al. 2) ; v. THIBIERGE, Catherine. *Op. cit.*, n° 38, p. 468.

¹¹⁹⁶ MAZEAUD, Denis. « La condition suspensive d'obtention d'un prêt immobilier à l'épreuve de la jurisprudence : vers un juste équilibre », JCP N 1993, n° 5, p. 346.

soin de préciser quel événement réaliserait la condition¹¹⁹⁷ : soit la réception d'une offre de crédit, soit son acceptation, soit encore la mise à la disposition des fonds¹¹⁹⁸.

374. La Cour de cassation a opté pour la première de ces interprétations. Le prêt est considéré comme obtenu, et la condition réalisée, dès que le consommateur reçoit une offre de crédit ferme et sans réserve¹¹⁹⁹. Il se trouve définitivement lié au vendeur car le contrat principal devient pur et simple¹²⁰⁰. La 3^e chambre de la Cour a décidé plus récemment qu'un accord ferme du prêteur suffit à réaliser la condition, peu important que les formalités légales entourant l'offre de crédit n'aient pas été respectées¹²⁰¹. Dès lors, l'emprunteur qui refuse de passer le contrat principal alors qu'il a reçu un tel accord du prêteur perd les sommes versées d'avance. Peu importe qu'un élément particulier de l'offre de crédit, auquel il n'avait pas songé, ne lui convienne pas, l'appréciation des conditions de celle-ci n'aura plus d'incidence sur le contrat principal. Cette solution est critiquable car elle aboutit à la suppression du délai de réflexion, pièce maîtresse du système¹²⁰².

2) Les faiblesses de la position jurisprudentielle

375. Comment prétendre désormais que le consommateur puisse choisir, parmi des offres de crédit distinctes, celle qui lui convient le mieux ? Certains soutiennent que, dans la pratique notariale, la prévision contractuelle d'un délai de réflexion après l'obtention du crédit est normalement assurée¹²⁰³. En l'absence de règles contraignantes à cet égard, il n'est pas sûr que l'objectif du législateur consommériste, en instituant un tel délai, soit toujours respecté. Cette

¹¹⁹⁷ THIBIERGE, Catherine. *Op. cit.*, n° 38, p. 469.

¹¹⁹⁸ SYNVET, Hervé. *Op. cit.*, n° 34, p. 359, citant D. Martin. *Rev. Banque* 1979, 1193, suggérait encore de retenir l'accord de principe donné par le banquier à l'octroi d'un crédit et l'authentification du prêt comme des interprétations possibles de l'expression en question.

¹¹⁹⁹ Cass. 1^{re} civ. 9 déc. 1992 : Bull. civ. I, n° 309, pourvoi n° 91-12498 ; Defrénois 1993.317, obs. AUBERT, Jean-Luc ; Cass. 1^{re} civ. 20 janv. 1993 : Bull. civ. I, n° 30, pourvoi n° 90-14214 ; JCP 1993, II, 22106, note GOURIO, Alain ; Cass. 1^{re} civ. 2 juin 1993 : Bull. civ. I, n° 198, pourvoi n° 91-10578 ; Cass. 1^{re} civ. 17 nov. 1998 : Bull. civ. I, n° 324, pourvoi n° 96-18884.

¹²⁰⁰ Dans une promesse unilatérale de vente soumise aux règles du crédit immobilier, « la seule obligation qui est affectée par la condition suspensive est, en effet, l'engagement pris par le bénéficiaire de verser une somme d'argent au promettant, au cas où il ne lèverait pas l'option » : MAZEAUD, Denis. « La condition suspensive d'obtention d'un prêt immobilier à l'épreuve de la jurisprudence : vers un juste équilibre », *op. cit.*, n° 3, p. 346, note 2 ; v. aussi MALAURIE, Philippe, AYNÈS, Laurent et GAUTIER, Pierre-Yves. « Les contrats spéciaux », 4^e éd., Defrénois, 2009, n° 125, p. 80.

¹²⁰¹ Cass. 3^e civ. 24 sept. 2003 : Bull. civ. III, n° 164, pourvoi n° 02-11815 ; JCP E 2004, p. 204, note PIEDELIÈVRE, Stéphane ; RTD civ. 2003, p. 697, obs. MESTRE, Jacques et FAGES, Bertrand ; comp. Cass. 3^e civ. 7 nov. 2007 : Bull. civ. III, n° 200, pourvoi n° 06-17413 ; LPA 5 févr. 2008, note HOUTCIEFF, Dimitri ; Defrénois 2007, p. 1744, note SAVAUX, Éric (l'attestation d'accord de principe donné sur une télécopie, à l'entête de l'agence de la banque par le directeur de l'agence ne constitue pas une offre de prêt) ; Cass. 3^e civ. 27 janv. 2009 : inédit, pourvoi n° 06-15964 ; CCC 2009, n° 117, obs. RAYMOND, Guy : « il ne suffit pas que l'organisme de crédit s'engage oralement par une promesse de prêt, que d'ailleurs cette promesse soit faite au vendeur (ou à l'agence immobilière) ou à l'acheteur » (appel téléphonique du banquier).

¹²⁰² En ce sens, v. CALAIS-AULOY, Jean et STEINMETZ, Frank. *Op. cit.*, n° 425, p. 499.

¹²⁰³ THIBIERGE, Catherine. *Op. cit.*, n° 91, p. 512, pour qui le rédacteur des actes doit vérifier si le délai de réflexion n'est pas expiré ; v. aussi MALAURIE, Philippe, AYNÈS, Laurent et GAUTIER, Pierre-Yves. *Op. cit.*, n° 126, p. 80, note 87, lesquels donnent l'exemple de la formule notariale suivante : « dans les rapports entre le promettant et le bénéficiaire, le prêt sera considéré comme obtenu lorsque les deux conditions suivantes seront cumulativement remplies : 1) Le bénéficiaire aura reçu de l'établissement ou des établissements prêteurs une offre ou des offres de prêt formulées (conformément au C. consom.) Le prêt ou les prêts répondront aux caractéristiques sus énoncées. La demande de réalisation du bénéficiaire ne pourra avoir lieu que dix jours après la dernière en date des offres de prêt, le délai de réflexion imposé par (le code) pour l'acceptation de l'offre de prêt par l'emprunteur ».

décision conduit aussi à des solutions disparates. Alors qu'un consommateur qui accepte un crédit de manière irrégulière – par exemple, par l'envoi de l'acceptation avant l'expiration du délai de réflexion – peut obtenir postérieurement l'annulation de l'opération d'ensemble, celui qui ne l'accepte point demeure redevable de l'indemnité d'immobilisation. Évidemment, on ne saurait inciter les consommateurs à accepter l'offre immédiatement après l'avoir reçue...

376. On est ainsi amené à s'interroger, avec certains auteurs, sur le bien-fondé d'une solution légale qui permet qu'on exige du consommateur le versement par avance de certaines sommes, alors que la condition à laquelle est soumis le contrat d'acquisition est de nature suspensive¹²⁰⁴. Il semble que la réalité des opérations d'acquisition immobilière à crédit ne commandait pas une solution distincte. Notamment, lorsque le vendeur est un particulier, sa situation se trouverait sans doute par trop fragilisée s'il ne pouvait stipuler (et percevoir) une indemnité, alors qu'il aurait réservé son immeuble en exclusivité au bénéfice du candidat acquéreur¹²⁰⁵. Sous ce seul argument, certains se sont réjoui de la solution retenue par la Cour de cassation¹²⁰⁶. Or, le versement d'un acompte n'est pas exclusif de la règle d'ordre public qui impose le respect d'un délai de réflexion par le consommateur.

377. Certes, un équilibre mériterait d'être trouvé entre les intérêts du vendeur et ceux de l'acquéreur¹²⁰⁷. On peut se demander toutefois si un tel équilibre est acquis lorsque le consommateur peut encore refuser le crédit proposé à l'issue d'un temps de réflexion légalement prévu¹²⁰⁸. On nous rétorquera en affirmant qu'une réflexion devrait être menée antérieurement, l'acquéreur disposant suffisamment de temps pour le faire jusqu'à la demande du prêt. Ce serait cependant méconnaître que l'offre de crédit éventuellement reçue peut comporter des clauses « contre » et des clauses « outre » les termes de la demande de crédit¹²⁰⁹, dont certaines peuvent être abusives. On s'accordera volontiers avec ceux qui prônent l'admission de la caducité du contrat principal lorsque le consommateur présente des

¹²⁰⁴ THIBIERGE, Catherine. *Op. cit.*, n° 35, p. 463-464, qui estime que l'indemnité ou le dépôt d'immobilisation devraient être suspendus jusqu'à la réalisation de la condition suspensive ; v. aussi GODÉ, Pierre et JESTAZ, Philippe, *RTD com.* 1979, p. 855, qui déplorent que M. Richomme, rapporteur du Projet de la loi de 1979 à l'Assemblée nationale, n'ait pas adopté la technique de la condition résolutoire de manière symétrique à la solution retenue pour le contrat de crédit. V. aussi, estimant qu'il s'agit d'une condition résolutoire, GAVALDA, Christian. « La protection de l'emprunteur en matière de crédit immobilier », n° 45, p. 219, note 56.

¹²⁰⁵ SYNDET, Hervé. *Op. cit.*, n° 55, p. 374.

¹²⁰⁶ MAZEAUD, Denis. « La condition suspensive d'obtention d'un prêt immobilier à l'épreuve de la jurisprudence : vers un juste équilibre », *op. cit.*, n° 27, p. 351.

¹²⁰⁷ STEINMETZ, Frank. « L'acquéreur, le vendeur, le prêteur et la condition suspensive de l'obtention du prêt (loi du 13 juillet 1979) », *Rev. dr. immobilier*, juill.-sept. 1993, p. 305.

¹²⁰⁸ *Idem*, p. 311. Pour l'auteur, la condition suspensive comporte deux aspects : l'un temporel, l'autre constitué par la décision de l'acquéreur. La sanction de celui-ci (perte de l'acompte versé) devrait ainsi se restreindre au refus fautif et non justifié du crédit. Il suggère, en conclusion, la suppression de tout engagement de l'acquéreur dans le contrat immobilier avant qu'il n'ait accepté l'offre de crédit – à l'instar des prévisions existant en matière de crédit mobilier à la consommation – acceptation sur laquelle il ne pourrait revenir une fois le contrat immobilier conclu. Cette dernière solution pourrait toutefois aller à l'encontre des intérêts du candidat acquéreur. Étant donné le caractère non fongible d'un bien immobilier, il pourra perdre l'opportunité d'achat s'il ne peut obtenir un engagement de la part du vendeur.

¹²⁰⁹ La demande de crédit ne contient que quelques précisions. « Elle est squelettique par rapport à l'offre [...] L'acquéreur aura la surprise de découvrir dans l'offre (et parfois même seulement dans le contrat de prêt, ce qui pose un autre problème), des clauses qu'il n'a jamais désirées, des frais de toutes sortes, des indemnités de remboursement anticipé avec en plus des intérêts compensateurs à verser » : STEINMETZ, Frank. *Op. cit.*, p. 310.

raisons légitimes de refuser le crédit, notamment en cas de risque de surendettement¹²¹⁰. Il est vrai que, dans certains cas, l'acquéreur pourrait être tenté, regrettant après coup l'engagement pris à l'égard du vendeur, d'empêcher la réalisation de la condition suspensive. Il pourrait, par exemple, fournir au prêteur de fausses informations sur sa solvabilité, ou demander un crédit sans rapport avec les caractéristiques de l'opération à financer, voire obtenir un refus en collusion avec le prêteur. Pire encore, il lui suffirait de ne faire aucune demande de crédit, il empêcherait par son seul vouloir que la condition se réalise. Les vendeurs n'ont pas hésité à invoquer le caractère abusif de tels comportements sur le fondement de l'article 1178 du Code civil, suivant lequel « la condition est réputée accomplie lorsque c'est le débiteur, obligé sous cette condition, qui en a empêché l'accomplissement ». La jurisprudence a admis ces arguments¹²¹¹.

378. Les clauses fixant les conditions de la demande de prêt – Dès lors, l'acquéreur aura tout intérêt à ce que les conditions du crédit à demander soient précisées en détail dans le contrat principal¹²¹². Il en ira de même, quant au vendeur, à l'égard des démarches que l'acquéreur doit effectuer. À l'heure actuelle, l'équilibre trouvé par la jurisprudence porte sur le contrôle des clauses, insérées dans le contrat principal, relatives aux modalités de demande et d'obtention du prêt. Certains vendeurs, cherchant à conserver les sommes reçues d'avance malgré l'anéantissement du contrat en raison du refus du prêt, y insèrent parfois des clauses sans rapport avec le crédit à solliciter¹²¹³. La Cour de cassation censure ce type de clauses¹²¹⁴. Elle a décidé en 1992, sous forme de principe, que l'application des textes d'ordre public ne peut être affectée par la stipulation d'obligations contractuelles imposées à l'acquéreur et de nature à accroître les exigences légales¹²¹⁵. On a affirmé à juste titre que « nul doute que cette

¹²¹⁰ En ce sens, v. STEINMETZ, Frank. *Op. cit.*, n° 14, p. 309 et n° 19, p. 310 ; V. MAZEAUD, Denis. « La condition suspensive d'obtention d'un prêt immobilier à l'épreuve de la jurisprudence : vers un juste équilibre », *op. cit.*, n° 23, p. 350 ; SYNDET, Hervé. *Op. cit.*, n° 36, p. 361. L'auteur croit que la réception de l'offre est la « meilleure solution », mais il admet que l'acceptation par le consommateur est plus conforme à l'esprit de la loi.

¹²¹¹ Cass. 3^e civ. 4 févr. 1987 : Bull. civ. III, n° 22, pourvoi n° 85-17139 ; RTD civ. 1988, p. 543, obs. MESTRE, Jacques ; Cass. 1^{re} civ. 19 juin 1990, préc., pourvoi n° 88-16196 ; Defrénois 1990, art. 34837, n° 101, obs. AUBERT, Jean-Luc ; Cass. 1^{re} civ. 16 juill. 1991 : inédit, pourvoi n° 89-13269 ; CCC 1992, n° 28, obs. LEVENEUR, Laurent.

¹²¹² Notamment celles relatives au montant du crédit souhaité, sa durée, le taux d'intérêts maximal, le montant et la périodicité des échéances du prêt etc. V. THIBIERGE, Catherine. *Op. cit.*, n° 39, p. 471 ; MAZEAUD, Denis. « La condition suspensive d'obtention d'un prêt immobilier à l'épreuve de la jurisprudence : vers un juste équilibre », *op. cit.*, n° 24, p. 350, note 27.

¹²¹³ MAZEAUD, Denis. *Op. cit.*, n° 14, p. 348, qui cite, par exemple, celles par lesquelles « l'acquéreur s'oblige à faire tout son possible pour que sa demande de prêt aboutisse, à constituer et déposer son dossier de prêt dans un délai contractuellement prévu, à justifier du dépôt de son dossier, à notifier la réception d'une offre de prêt ou d'un refus de sa demande dans une période de temps donnée etc. ». En cas d'inexécution de telles obligations, une clause prévoit enfin que la condition suspensive est réalisée.

¹²¹⁴ Cass. 3^e civ. 18 juill. 1986 : Bull. civ. III, n° 126, pourvoi n° 85-12604 ; Cass. 1^{re} civ. 11 juill. 1988 : Bull. civ. I, n° 239, pourvoi n° 86-18919.

¹²¹⁵ Cass. 1^{re} civ. 28 janv. 1992 : Bull. civ. I, n° 35, pourvoi n° 89-11152 ; CCC 1992, n° 132, observ. LEVENEUR, Laurent ; Cass. 3^e civ. 7 nov. 2007 : Bull. civ. III, n° 201, pourvoi n° 06-17867 ; LPA 5 févr. 2008, note HOUTCIEFF, Dimitri ; Defrénois 2007, p. 1744, note SAVAUX, Éric (clause obligeant l'acquéreur à justifier au vendeur et au rédacteur de la promesse la réception de toute offre de prêt dans le délai de 48 heures à compter de sa réception) ; Cass. 3^e civ. 6 juill. 2005 : Bull. civ. III, n° 154, pourvoi n° 04-13381 ; JCP N 2006, chr. p. 138, DAGOT, n° 426, p. 501, note 2 (clause stipulant un délai plus court que trente jours pour que le consommateur fasse la preuve du dépôt des demandes). La 1^{re} ch. civ. a pourtant pu admettre la validité d'une clause de ce dernier type : Cass. 1^{re} civ. 13 fév. 2001 : Bull. civ. I, n° 33, pourvoi n° 98-17881 ; v. aussi Cass. 3^e civ. 21 juill. 1998 : inédit, pourvoi n° 97-11787 (clause jugée valable stipulant l'obligation de la preuve de trois refus d'établissements de crédit).

protection serait totalement illusoire, et que la loi deviendrait lettre morte, si le contrat pouvait substituer au refus du prêt demandé une obtention fictive de ce prêt alors même que ce refus ne serait imputable à l'acquéreur »¹²¹⁶. Cependant, la preuve du dépôt de la demande de prêt conforme aux clauses du contrat immobilier incombe au consommateur¹²¹⁷.

379. Enfin, des règles spécifiques sont prévues au Code de la construction et de l'habitation sur les contrats préliminaires conclus en vue de l'acquisition d'un immeuble à construire¹²¹⁸. Les règles d'ordre public du Code de la consommation ne s'appliquent cependant qu'au contrat de vente¹²¹⁹ et la jurisprudence refuse d'en faire application aux contrats qui le précèdent¹²²⁰. Dans ce type d'opérations, le consommateur ne semble pas assez protégé.

B) Le prêt est subordonné au contrat immobilier

380. On prétend qu'en « matière immobilière l'acquéreur avisé se préoccupe du financement de son projet avant même qu'il ne se matérialise »¹²²¹. Si tel est le cas, il doit s'assurer qu'il obtiendra les moyens nécessaires à financer son acquisition avant que celle-ci ne soit achevée. Il convient cependant d'éviter que l'emprunteur demeure obligé d'exécuter le contrat de prêt alors que l'acquisition de l'immeuble souhaité n'aura jamais lieu. L'interdépendance entre les contrats doit, ici, jouer en sens inverse. La recherche d'un mécanisme juridique adapté qui lui permette d'obtenir l'accord du prêteur en attendant la conclusion du contrat principal doit tenir compte de cette réalité. L'article L. 312-12 du Code de la consommation prévoit ainsi que « l'offre est toujours acceptée sous la condition résolutoire de la non-conclusion, dans un délai de quatre mois à compter de son acceptation, du contrat pour lequel le prêt est demandé. Les parties peuvent convenir d'un délai plus long ». Si le contrat en vue duquel le prêt a été demandé n'est pas conclu dans le délai fixé par les parties, la condition résolutoire est réalisée et la convention de crédit devient caduque. L'emprunteur est tenu de rembourser la totalité des sommes que le prêteur lui aurait déjà effectivement versées

¹²¹⁶ MAZEAUD, Denis. « La condition suspensive d'obtention d'un prêt immobilier à l'épreuve de la jurisprudence : vers un juste équilibre », *op. cit.*, n° 16, p. 348.

¹²¹⁷ Cass. 1^{re} civ. 9 fév. 1999 : Bull. civ. I, n° 50, pourvoi n° 97-10195 ; Cass. 1^{re} civ. 7 mai 2002 : Bull. civ. I, n° 124, pourvoi n° 99-17520.

¹²¹⁸ Art. L. 261-15, suivant lequel le dépôt de garantie doit être restitué à l'acquéreur d'un immeuble à construire si la condition d'obtention d'un prêt n'est pas réalisée. Cet art. ne s'applique cependant qu'à la vente et non au contrat préliminaire.

¹²¹⁹ Art. L. 261-11, dernier alinéa, du Code constr. hab. Les arts. R. 261-26 et R. 261-31 de ce Code n'envisagent que les prêts que le réservant déclare au contrat préliminaire qu'il fera obtenir au réservataire.

¹²²⁰ Cass. 3^e civ. 16 déc. 1987 : Bull. civ. III, n° 205, pourvoi n° 86-14377 ; JCP 1988, p. 21123, note STEINMETZ, Frank (si le réservant ne fait pas de mention au contrat préliminaire sur le prêt finançant la construction, le réservataire qui ne conclut pas la vente au motif d'un refus du prêteur perd le dépôt de garantie) ; Cass. 3^e civ. 6 févr. 2002 : Bull. civ. III, n° 28, pourvoi n° 00-12675 ; Cass. 3^e civ. 21 juin 2006 : Bull. civ. III, n° 155, pourvoi n° 04-18239 ; Cass. 3^e civ. 20 déc. 1994 : Bull. civ. III, n° 223, pourvoi n° 92-18794 ; D. 1995, info. rap. p. 36 (admettant la clause fixant l'obligation pour le consommateur de justifier d'une demande de prêt dans le délai de 15 jours, sous prétexte que le contrat préliminaire n'est pas soumis aux dispositions du Code consom.). V. les critiques de CALAIS-AULOY, Jean et STEINMETZ, Frank. *Op. cit.*, n° 427, p. 502 ainsi que celles de SYNDET, Hervé, *op. cit.*, n° 27, p. 355, qui affirme que la pratique peut faire soustraire même le contrat de vente de la protection, en insérant des clauses au contrat préliminaire prévoyant que l'offre de vente n'aura lieu que si le financement est acquis préalablement.

¹²²¹ SYNDET, Hervé. *Op. cit.*, n° 57, p. 376

ou qu'il aurait versées pour son compte ainsi que les intérêts y afférents¹²²². Le prêteur ne peut retenir ou demander que des frais d'étude dont le montant maximum est limité à 0,75 % du montant du prêt, sans pouvoir excéder 150 euros¹²²³.

381. Enfin, parfois l'aboutissement de l'opération d'ensemble dépend de manière incontournable de la conclusion de certains contrats passés entre le consommateur et des tiers. L'objectif de protection du consommateur ne serait pas atteint si un lien juridique entre ces différents contrats n'était pas établi.

C) Le prêt immobilier est subordonné aux contrats conclus avec des tiers

382. Il en est ainsi notamment des contrats d'assurance et des prêts supplémentaires. Les premiers sont souscrits en vue de garantir le remboursement du prêt en cas de décès ou d'invalidité permanente de l'emprunteur ; les seconds, afin d'assurer que le consommateur dispose de la totalité des fonds nécessaires au financement de son acquisition. Le Code de la consommation dispose à l'article L. 312-9, 3^o, que lorsque l'assureur n'a pas donné à l'emprunteur l'agrément auquel il a subordonné sa garantie, le contrat de prêt est résolu de plein droit à la demande de l'emprunteur sans frais ni pénalité d'aucune sorte¹²²⁴. Il est aussi prévu que lorsque l'emprunteur informe ses prêteurs qu'il recourt à plusieurs prêts pour la même opération, chaque prêt est conclu sous la condition suspensive de l'octroi de chacun des autres prêts. Toutefois, cette disposition ne s'applique qu'aux prêts dont le montant est supérieur à 10 % du crédit total¹²²⁵.

383. Si les risques liés à l'incertitude qui entoure la conclusion de l'opération d'ensemble justifie qu'un lien de droit soit établi entre les différents contrats, ceux-ci sont atténués, non seulement lorsque le consommateur est mis en relation avec ses cocontractants simultanément, mais aussi lorsqu'il conclut tous les contrats d'un seul coup. L'analyse de la réalité des opérations de crédit mobilier à la consommation permet alors de réfléchir sur l'opportunité d'établir un lien d'interdépendance entre les contrats intégrant ce type d'opérations.

§ 2nd – L'interdépendance dans les opérations de crédit mobilier

384. Jusqu'à une période récente, seul le contrat principal était subordonné à l'obtention du crédit (A). La loi Scrivener de 1978 n'avait pas prévu de règles destinées à subordonner directement la conclusion du prêt à celle de la vente ou de la prestation de services. On

¹²²² Art. L. 312-14 du Code consom.

¹²²³ Art. R. 312-1 du Code consom.

¹²²⁴ Il est prévu au même dispositif que « cette demande doit être présentée dans le délai d'un mois à compter de la notification du refus de l'agrément ». Le prêteur doit informer l'emprunteur du fait qu'il peut demander la résolution du contrat de prêt dans les conditions prévues par l'art. L. 312-9, 3^o. Il engage sa responsabilité s'il ne fournit pas cette information : Cass. 1^{re} civ. 8 juin 1994 : Bull. civ. I, n° 207, pourvoi n° 92-10560 ; CCC 1994, n° 185, obs. RAYMOND, Guy.

¹²²⁵ Art. L. 312-13 du Code consom. V. GODÉ, Pierre et JESTAZ, Philippe. *Op. cit.*, p. 855.

explique que « ces règles ont été jugées inutiles car le consommateur qui achète à crédit conclut le contrat de prêt en même temps que le contrat de vente, ou après celui-ci, et non avant »¹²²⁶. L'évolution des techniques de promotion commerciale a pourtant conduit le législateur à instaurer une telle interdépendance (B).

A) La subordination du contrat principal au contrat de crédit

385. Dans ce type d'opérations, le consommateur n'entend acheter ou se procurer un service qu'autant qu'il a l'assurance d'obtenir un crédit à cette fin. Le plus souvent, il n'a affaire qu'au seul fournisseur du produit ou de la prestation de services souhaitée. Le montant du crédit est normalement bien moins élevé que dans les opérations immobilières et des biens identiques à ceux que le consommateur souhaite obtenir sont souvent proposés par des fournisseurs concurrents. Cela permet des associations à finalité commerciale entre ceux-ci et certains prêteurs afin de rapprocher les circuits commercial et financier. Le législateur en tient compte (1) lorsqu'il institue le mécanisme d'interdépendance dans ce domaine du crédit (2).

1) L'unité de l'opération commerciale

386. Ne pouvant pas acheter au comptant, le consommateur se fait présenter une offre de crédit, dans la plupart des cas, par le fournisseur du bien agissant en tant qu'intermédiaire du prêteur. L'acheteur signera en même temps les deux contrats. En principe, cette simple circonstance devrait suffire pour subordonner la vente à la conclusion du prêt¹²²⁷. Avec la transposition de la directive n° 2008/48/CE, cette logique est désormais inscrite dans la loi : une opération commerciale unique est réputée exister lorsque le financement est assuré par un tiers et que le prêteur recourt aux services du vendeur ou du prestataire pour la conclusion ou la préparation du contrat de crédit¹²²⁸. Une définition de « crédit affecté » ou « lié » est d'ailleurs prévue au nouvel article L. 311-1, 9°, du Code de la consommation, à savoir « le crédit servant exclusivement à financer un contrat relatif à la fourniture de biens particuliers ou la prestation de services particuliers ; ces deux contrats constituent une opération commerciale unique ».

2) Le jeu de l'interdépendance

387. Bien que le contrat principal soit signé en même temps que le prêt, le prêteur doit agréer la personne du consommateur, dans un délai de sept jours à compter de la date d'acceptation de l'offre de crédit¹²²⁹. Si, ultérieurement, il ne donne pas son accord, l'objectif de protection commanderait d'empêcher que le consommateur se trouve lié au vendeur et doive

¹²²⁶ CALAIS-AULOY, Jean et STEINMETZ, Frank. *Op. cit.*, n° 359, p. 423.

¹²²⁷ *Idem, ib idem.*

¹²²⁸ Art. L. 311-1, 9°, du Code consom., dont l'entrée en vigueur est reportée au 1^{er} mai 2011. Ce dispositif contient encore une formule qui relève pourtant de l'évidence : une opération commerciale unique est réputée exister si le vendeur ou le prestataire de services finance lui-même le crédit.

¹²²⁹ Dans l'art. L. 311-16 du Code consom., en vigueur jusqu'au 30 avr. 2011, il s'agit d'une faculté. L'agrément devient obligatoire à partir du 1^{er} mai 2011 (nouvel art. L. 311-13).

payer au comptant (a). À l'occasion de la transposition des nouvelles règles communautaires, le législateur national a pourtant fragilisé la protection instituée (b).

a) La protection en cas de non obtention du crédit

388. Le Code de la consommation prévoit à l'article L. 311-34 qu'« aucun engagement ne peut valablement être contracté par l'acheteur à l'égard du vendeur tant qu'il n'a pas accepté le contrat de crédit »¹²³⁰. La logique qui sous-tend le dispositif légal révèle que le contrat principal est bien subordonné à l'acceptation du crédit. Au lieu d'employer expressément la locution « condition suspensive », le législateur évoque pourtant, maladroitement, l'engagement « valablement » contracté¹²³¹. Le contrat principal n'est pourtant pas nul s'il est conclu avant l'acceptation du prêt. La jurisprudence décide qu'il est simplement soumis à la condition suspensive de l'acceptation du crédit¹²³². Toutefois, pour éviter les pressions¹²³² que le vendeur pourrait être tenté d'exercer sur le consommateur, le dispositif légal précité prévoit encore qu'avant cette acceptation « le vendeur ne peut recevoir aucun paiement, sous quelque forme que ce soit, ni aucun dépôt »¹²³³.

389. Après l'acceptation du crédit (ou concomitamment), le vendeur (ou le prestataire de services) peut demander le paiement immédiat d'un acompte¹²³⁴. Jusqu'à l'expiration d'un délai de sept jours, il ne peut exiger aucune autre somme¹²³⁵. Si, dans ce délai, le prêteur n'a pas informé le vendeur de l'attribution du crédit¹²³⁶, le vendeur ou le prestataire de services doit alors, sur simple demande, rembourser toute somme que l'acheteur aurait versée d'avance sur le prix¹²³⁷. L'engagement préalable de payer comptant en cas de refus de prêt est nul de plein

¹²³⁰ Jusqu'au 30 avr. 2011 le dispositif applicable est celui de l'art. L. 311-23 du Code consom.

¹²³¹ En tant qu'il aménage la modalité d'une obligation, le jeu d'une condition relève plutôt des effets contractuels.

¹²³² Cass. 1^{re} civ. 30 oct. 2008 : inédit, pourvoi n° 07-17062 ; CCC 2009, n° 61, obs. RAYMOND, Guy. Encore faudrait-il que le contrat principal mentionne le crédit ; autrement, la vente (ou la prestation de services) serait définitive, faute pour le consommateur de pouvoir prouver qu'il s'agissait d'un crédit lié. En pratique, cependant, la simultanéité des opérations rend rares ces cas de figure.

¹²³³ Le prêteur ne peut pas non plus libérer les fonds avant la fin d'un délai de sept jours (nouvel art. L. 311-14) ; v. n° 314 *supra*. À la différence du crédit immobilier, ici, le vendeur est un professionnel qui propose des biens produits en série dans le marché. Il serait ainsi rare que le bien recherché par le consommateur doive lui être réservé en exclusivité pendant un certain temps. Il se peut tout de même que le vendeur incite le consommateur à lui remettre un chèque afin de garantir, par exemple, l'acquisition d'un produit en rupture de stock. La vente sera subordonnée à l'acceptation du crédit, sous réserve qu'elle le mentionne. Il semble cependant que l'amende de 30.000 euros prévue à l'art. L. 311-50, 1^o (ancien art. L. 311-35, 1^o), du Code consom. ne sera alors pas applicable car ce dispositif ne fait référence qu'aux arts. L. 311-14 et L. 311-40 (anciens arts. L. 311-17 et L. 311-27, respectivement) et donc aux sommes que le vendeur pourrait percevoir respectivement du prêteur ou du consommateur « tant que le contrat relatif à l'opération de crédit n'est pas définitivement conclu », c'est-à-dire après l'acceptation de l'offre.

¹²³⁴ Art. L. 311-40, al. 1^{er} (ancien art. L. 311-27, al. 1^{er}), du Code consom. Dans ce cas, le vendeur ou prestataire de services doit remettre à l'acheteur un récépissé valant reçu (art. L. 311-40, al. 3, ancien L. 311-27, al. 3) et comportant la reproduction intégrale des dispositions des arts. L. 311-36 et L. 311-37 (avant la loi n° 2010-737 préc., seul l'art. L. 311-25 était visé). Si une autorisation de prélèvement sur compte bancaire est signée par l'acquéreur, sa validité et sa prise d'effet sont subordonnées à celles du contrat de vente (art. L. 311-40, al. 2, ancien L. 311-27, al. 2). La transgression à ces règles encourt l'amende de 30.000 euros prévue à l'art. L. 311-50, 1^o (ancien L. 311-35, 1^o), du Code consom.

¹²³⁵ Art. L. 311-14 dont l'entrée en vigueur est reportée au 1^{er} mai 2011 (ancien L. 311-17).

¹²³⁶ Art. L. 311-36, 1^o, dont l'entrée en vigueur est reportée au 1^{er} mai 2011 (ancien L. 311-25, 1^o).

¹²³⁷ Art. L. 311-37, dont l'entrée en vigueur est reportée au 1^{er} mai 2011 (ancien L. 311-25, al. 4). Ce dispositif prévoit encore qu'« à compter du huitième jour suivant la demande de remboursement, cette somme est productive d'intérêts, de plein droit, au taux légal majoré de moitié ». Une autre disposition importante figure désormais à l'art. L. 311-12, al. 2 (entrée en vigueur prévue au 1^{er} mai 2011), suivant laquelle « en cas d'exercice de son droit de

droit¹²³⁸. La rétractation de l'emprunteur exercée dans un délai de sept jours entraîne ces mêmes effets¹²³⁹. Bien qu'il s'agisse ici d'une condition suspensive, la loi prévoit que le contrat de vente ou de prestation de services est « résolu de plein droit »¹²⁴⁰ en cas de réalisation des événements décrits ci-dessus¹²⁴¹. Les nouvelles règles en la matière, relatives à l'exercice du droit de rétractation, fragilisent pourtant la situation du consommateur français.

b) La survie du contrat principal malgré la disparition du crédit

390. Adoptant une technique déjà prévue pour les contrats de crédit conclus à distance¹²⁴², le législateur français a réalisé une transposition de la directive n° 2008/48/CE qui aboutit à ce que le consommateur demeure lié au vendeur alors même qu'il se serait rétracté du crédit accepté. Alors que le délai de rétractation issu de la directive est de quatorze jours, le nouvel article L. 311-36, 1^o, du Code de la consommation¹²⁴³ prévoit que la rétractation du consommateur n'emporte « résolution de plein droit » du contrat principal que si elle intervient jusqu'au septième jour. Par ailleurs, ce délai est réduit à trois jours lorsque, par une demande expresse, le consommateur sollicite la livraison ou la fourniture immédiate du bien ou de la prestation de services¹²⁴⁴. L'efficacité du mécanisme d'interdépendance se trouve de cette manière réduite. On peut regretter que le législateur ait introduit une telle règle, de nature à entretenir la confusion au détriment du consommateur. Après le septième jour à compter de l'acceptation du prêt, le crédit non rétracté peut être transmis par le prêteur directement au fournisseur. Celui-ci, à son tour, peut légitimement livrer la chose ou exécuter la prestation de services dès le troisième jour¹²⁴⁵. Si une rétractation du crédit intervient à partir du huitième jour, le consommateur sera tenu de rembourser au prêteur le capital versé – en payant les intérêts dus au taux conventionnel – « sans retard indû et au plus tard trente jours calendaires révolus »¹²⁴⁶. Pour se dégager ainsi d'un contrat de crédit, il devra, de fait, s'engager auprès

rétractation, l'emprunteur n'est plus tenu par le contrat de service accessoire au contrat de crédit ». Cette règle semble cependant se destiner typiquement aux contrats d'assurance ou de rémunération d'un intermédiaire.

¹²³⁸ Art. L. 311-39, dont l'entrée en vigueur est reportée au 1^{er} mai 2011 (ancien L. 311-26 du Code consom.).

¹²³⁹ Art. L. 311-36, 2^o (entrée en vigueur prévue au 1^{er} mai 2011). L'ancien art. L. 311-25, 2^o, énonçait : « dans les délais qui lui sont impartis ».

¹²⁴⁰ Art. L. 311-36, al. 1^{er}, (entrée en vigueur prévue au 1^{er} mai 2011) ; ancien L. 311-25, al. 1^{er}.

¹²⁴¹ En réalité, le contrat principal devient caduc. V. BEY, El Moktar. *Op. cit.*, n° 149, p. 520, pour qui la condition suspensive de l'acceptation de l'offre du prêteur et du non exercice de la rétractation à laquelle serait soumise la validité de la conclusion du contrat de vente, représente une condition potestative confirmée par la loi. Pour SYNVET, Hervé, *op. cit.*, n° 51, p. 372, il s'agit d'un concept nouveau de résolution, qui ne résulte certainement pas de l'inexécution des obligations d'une partie.

¹²⁴² Art. L. 121-20-12, IV, al. 2, du Code consom. ; l'« exercice du droit de rétractation n'emporte résolution de plein droit du contrat de vente ou de prestation de services que s'il intervient dans un délai de sept jours à compter de la conclusion du contrat de crédit ».

¹²⁴³ Entrée en vigueur prévue au 1^{er} mai 2011.

¹²⁴⁴ Art. L. 311-36, al. 4 (entrée en vigueur prévue au 1^{er} mai 2011). Ce dispositif déroge d'ailleurs à la règle contenue au nouvel art. L. 311-35, qui prévoit que le délai de rétractation peut être exercé, dans ce cas, jusqu'à la date de la livraison ou de la fourniture du service, sans pouvoir ni excéder quatorze jours ni être inférieur à trois jours. La même règle était déjà prévue pour les contrats de crédit conclus à distance (art. L. 121-20-12, IV, al. 2). En tout cas, la demande expresse de livraison immédiate doit être signée de la main même du consommateur (art. L. 311-35 dont l'entrée en vigueur est prévue au 1^{er} mai 2011).

¹²⁴⁵ Il peut même y avoir exécution immédiate du contrat principal, mais le fournisseur en supporte tous les frais et risques (nouvel art. L. 311-35).

¹²⁴⁶ À compter de la notification de la rétractation au prêteur. V. art. L. 311-15 (entrée en vigueur au 1^{er} mai 2011).

d'un autre prêteur¹²⁴⁷ ; sauf s'il dispose aussi d'un droit de rétractation dans le cadre du contrat principal. Dans ce cas, l'interdépendance peut même jouer en sens inverse.

B) La subordination du crédit au contrat principal

391. Cette fois-ci, le consommateur n'entend souscrire le crédit que s'il est sûr de se procurer le bien ou le service désiré. Suivant une tendance du droit communautaire, le législateur français tente d'adapter aux dispositions du droit national des mécanismes nouveaux d'interdépendance contractuelle lors de la formation de l'opération de crédit (1). Globalement, cependant, les incohérences qui en résultent nuisent à l'efficacité du dispositif légal (2).

1) Le crédit subordonné à un contrat principal « rétractable »

392. L'évolution des techniques de promotion commerciale a conduit le législateur à instituer un tel mécanisme, tout d'abord, dans certains cas exceptionnels¹²⁴⁸. Par exemple, pour les contrats de vente ou de prestation de services conclus à distance ou par démarchage à domicile, le législateur français a prévu une disposition suivant laquelle « l'exercice par le consommateur de son droit de rétractation emporte résiliation de plein droit du contrat de crédit destiné à en assurer le financement, sans frais ni indemnité, à l'exception éventuelle des frais engagés pour l'ouverture du dossier de crédit »¹²⁴⁹. La tendance à favoriser la subordination du

¹²⁴⁷ Il peut aussi payer comptant. Sauf s'il trouve des conditions de crédit plus avantageuses dans un délai exigü, on peut se demander quel intérêt le consommateur aura à rétracter son acceptation du crédit alors qu'il se trouvera définitivement lié au vendeur ou au prestataire de services.

¹²⁴⁸ La directive n° 97/7/CE relative aux contrats conclus à distance prévoit à l'article 6, paragraphe 4, que « les États membres prévoient dans leur législation que si le prix d'un bien ou d'un service est entièrement ou partiellement couvert par un crédit accordé par le fournisseur, ... [ou] par un tiers sur la base d'un accord conclu entre le tiers et le fournisseur, le contrat de crédit est résilié, sans pénalité, lorsque le consommateur exerce son droit de rétractation conformément au paragraphe 1 », c'est-à-dire dans un délai d'au moins sept jours ouvrables à compter, pour l'achat d'un produit, de sa réception par le consommateur (art. L. 121-20, al. 2, du Code consom., ou à partir de l'acceptation de l'offre, pour les prestations de services). En théorie, le mécanisme d'interdépendance s'appliquerait dès lors qu'au moins le contrat principal aurait été conclu à distance, en raison de la rétractation le concernant. En cas d'accord passé entre le fournisseur et un prêteur, les deux contrats seraient, par hypothèse, conclus à distance. Il serait invraisemblable, dans ce cas, que le contrat de crédit fût conclu en présence physique du prêteur. Ce serait donc le contrat de crédit qui demeurerait sous la dépendance de la conclusion définitive du principal. La difficulté résidait cependant en ce que le législateur français n'avait pas transposé en droit interne la règle d'interdépendance de l'art. 6, par. 4, de la dir. n° 97/7/CE préc. De ce fait, les consommateurs qui, exerçant une rétractation dans le contrat principal, omettaient de se rétracter aussi dans le contrat de crédit restaient liés au prêteur. Cette même difficulté se faisait déjà ressentir dans les opérations de démarchage à domicile. Un consommateur démarché avait conclu, concomitamment à l'achat, une opération de crédit. Ayant par la suite exercé son droit de rétractation dans le contrat principal (art. L. 121-25 du Code consom.), il n'en a pas averti le prêteur. La Cour de cassation l'a condamné à rembourser à celui-ci la somme versée au vendeur (Cass. 1^{re} civ. 8 nov. 1994 : Bull. civ. I, n° 324, pourvoi n° 93-12426 ; v. VIGNEAU, Vincent. « Le financement à crédit du contrat de consommation », CCC 2006, étude 19, n° 48, p. 8). Il a fallu attendre jusqu'en 2001 pour que l'ordonnance n° 2001-741 du 23 août 2001 transpose la dir. de 1997 dans le Code consom. (art. L. 311-25-1, en vigueur jusqu'au 30 avr. 2011).

¹²⁴⁹ V. VIGNEAU, Vincent. *Op. cit.*, n° 50, p. 8. Encore fallait-il que le crédit soit consenti par le fournisseur ou par un tiers sur la base d'un accord conclu entre ce tiers et le fournisseur (art. L. 311-25-1). Les modalités de rétractation auxquelles le consommateur a droit dans le cadre du crédit ne dérogent pas à celles relatives au contrat principal. Plus techniquement, on peut dire que la défaillance de la condition dans le contrat de crédit n'entraîne pas celle de la condition à laquelle est soumis le contrat principal ou, enfin, l'échec de l'interdépendance dans un sens n'implique pas le même effet dans l'autre. Ces conclusions ne peuvent résulter que du caractère d'ordre public des différentes dispositions instituant une faculté de rétractation du consommateur ; par ex., l'art. L. 121-20 du Code consom. (ventes de biens et fournitures de prestations de services autres que financiers) et l'art. L. 121-25 (démarchage à domicile). Un aménagement du mécanisme légal d'interdépendance contractuelle mériterait d'être réalisé, ce qui avait d'ailleurs déjà été suggéré dans le cadre d'une éventuelle refonte du Code de la consommation (MAZEAUD,

crédit au contrat principal pendant le processus de formation de l'opération, au détriment de l'interdépendance en sens inverse, vient du droit communautaire¹²⁵⁰. Cette tendance se montrerait légitime pour autant que le consommateur entretienne des contacts de manière prépondérante avec le vendeur ou le prestataire de services¹²⁵¹. Elle est, en tout cas, désormais généralisée par l'article L. 311-38 du Code de la consommation¹²⁵². Le consommateur ne sera toutefois pas moins confronté à des problèmes d'ordre pratique.

393. Une première hypothèse à envisager concerne le cas où le consommateur ne suit pas la démarche suggérée par le législateur communautaire, c'est-à-dire lorsqu'il se rétracte auprès du prêteur. Dans l'exemple précité d'une demande de livraison immédiate du bien (récurrente en pratique), si la rétractation n'intervient qu'après le troisième jour après l'acceptation du crédit, le consommateur devra également se rétracter auprès du vendeur, avant de lui renvoyer ledit bien à ses propres frais. On peut penser que cet inconvénient pourra être évité s'il suit la logique du droit communautaire. Dans cette hypothèse il exercerait une rétractation auprès du seul vendeur. Cette rétractation peut toutefois intervenir parfois longtemps après la commande passée¹²⁵³. Les fonds prêtés étant, par hypothèse, versés au vendeur dès le huitième jour suivant l'acceptation du crédit, le consommateur sera-t-il exonéré du remboursement au prêteur des sommes versées au premier ? Incertain quant au capital, cela l'est encore plus à propos des intérêts jusqu'alors courus¹²⁵⁴. Cela appelle certaines critiques.

2) L'affaiblissement du dispositif légal

394. Le mécanisme d'interdépendance applicable au processus de conclusion des opérations de crédit affecté se révèle complexe et, parfois, peu cohérent. Très importante dans son principe, l'idée d'un lien de droit établi entre les différents contrats conclus par le consommateur s'affaiblit lorsque les techniques qui la mettent en œuvre réduisent son utilité pratique. À force de vouloir s'adapter aux pratiques du marché, le législateur donne l'impression de négliger l'objectif d'efficacité du droit de la consommation. Certes, il s'agit d'une technique complexe. Cela ne saurait pourtant être un prétexte pour justifier son inertie. L'absence de lien

Denis. « La formation du contrat », in « Faut-il recodifier le droit de la consommation ? », *op. cit.*, p. 98). Le législateur n'a pourtant pas saisi l'occasion pour le faire lors de la transposition de la dir. n° 2008/48/CE.

¹²⁵⁰ Tandis que la première est expressément prévue à la directive n° 2008/48/CE (art. 15, par. 1), la seconde n'y existe que sous la forme d'une faculté laissée aux États membres (considérant n° 9).

¹²⁵¹ Il serait alors naturel qu'il pense à se rétracter auprès de ceux-ci, le jeu de l'interdépendance étant dès lors efficace.

¹²⁵² « Lorsque le consommateur exerce son droit de rétractation du contrat de vente ou de fourniture de prestation de services mentionné au 9° de l'article L. 311-1, le contrat de crédit destiné à en assurer le financement est résilié de plein droit sans frais ni indemnité, à l'exception éventuellement des frais engagés pour l'ouverture du dossier de crédit » (entrée en vigueur prévue au 1^{er} mai 2011). Aucun frais n'est pourtant prévu à l'art. 15, par. 1, de la dir., ce qui amène à s'interroger sur la conformité de la transposition.

¹²⁵³ Par ex., dans les contrats conclus à distance (art. L. 121-20, du Code consom.), le délai de rétractation de sept jours court à compter de la réception des biens achetés, pouvant être allongé jusqu'à trois mois « lorsque les informations prévues à l'article L. 121-19 n'ont pas été fournies ».

¹²⁵⁴ V. n° 422 *infra*.

juridique entre le crédit et le contrat financé accroît le danger du premier pour le consommateur, alors même que son consentement se trouve encore en phase de formation.

395. En droit brésilien, aucune règle n'existe concernant un tel lien. Faisant une totale abstraction de la réalité, autant psychologique qu'économique de la démarche menée par le demandeur de crédit, le législateur laisse subsister, solidement fixée sur les principes classiques du droit commun, la cloison juridique érigée entre ces différents contrats. Aux yeux du juge, toutefois, un tel obstacle n'apparaît pas insurmontable. On observe une volonté, éprouvée par celui-ci, de rechercher un moyen pouvant traduire en droit ce que la réalité du consentement du consommateur impose à sa conscience de reconnaître. Si la volonté apparaît autonome lors de sa manifestation formelle, une unité matérielle est parfois dévoilée, précisément lorsque les effets contractuels légitimement attendus par le consommateur ne sont guère satisfaits¹²⁵⁵. Le lien d'interdépendance est alors reconnu pendant la phase d'exécution des obligations contractuelles.

Section 2) Le lien juridique existant lors de l'exécution du crédit

396. Une fois l'opération de crédit définitivement conclue, les effets normaux des contrats se déploient : le vendeur livre la chose, le prêteur lui verse simultanément les fonds, et le consommateur commence à rembourser les échéances du crédit. Si celui-ci rencontre toutefois des difficultés pour obtenir la satisfaction espérée – par exemple, en raison de vices de la chose ou en cas d'absence de livraison –, il peut exercer à l'égard du fournisseur une action en résolution du contrat. Quant au prêteur, sauf à considérer que les contrats participant à l'opération d'ensemble sont interdépendants, il a droit au remboursement du crédit dans la mesure où il s'est libéré de son obligation le crédit en versant les fonds. L'avantage d'établir un lien d'interdépendance pendant la phase d'exécution des contrats consiste, essentiellement, en un jeu d'opposabilité d'exceptions : il s'agit, avant tout, de la possibilité, pour le consommateur, d'opposer à l'un de ses contractants la défaillance de l'autre, alors même que le premier aurait exécuté ses obligations ; ensuite, et dans le prolongement de ces idées, de celle d'obtenir l'anéantissement d'un contrat à la suite de la disparition de l'autre.

397. Ici encore, le législateur brésilien n'a prévu aucune règle expresse d'interdépendance. Mais la jurisprudence n'adhère pas à une telle inertie. Elle voit parfois un lien inter-contractuel alors que le prêteur affirme n'y avoir nullement songé. Cet argument n'est pas dénué de pertinence si l'on se place sous l'angle des calculs prévisionnels des parties. S'agissant d'un aménagement des risques économiques, le prêteur serait plus à même

¹²⁵⁵ V. CALAIS-AULOY, Marie-Thérèse. « Fondement du lien juridique unissant vente et prêt dans le 'prêt lié' », JCP 1984, I, 3144, laquelle voit dans l'attente légitime du consommateur le fondement du lien d'interdépendance entre le crédit et le contrat financé. Cependant, c'est pour l'auteur dans la phase d'exécution que ce fondement reçoit application.

d'évaluer le coût d'opportunité d'un financement s'il savait préalablement que, quoi qu'il arrive, son avenir contractuel serait lié à celui du fournisseur du bien recherché par le consommateur. En France une telle prévision existe depuis 1978, sans pour autant que l'essor de la distribution des crédits affectés s'en trouve réduit. Cependant, seuls sont concernés les contrats de crédit mobilier. Dans ce type d'opérations, une répartition équitable des risques encourus habituellement par les parties commande d'établir un lien entre les contrats principal et de crédit (§ 1^{er}). La question se pose cependant de manière distincte lorsqu'on est en présence de crédits immobiliers. On peut penser que c'est en considération des spécificités de ces opérations que le législateur n'a entendu établir un tel lien, ni en France, ni au Brésil. Le consommateur n'est pourtant pas à l'abri de certains dangers. Malgré le silence du législateur, le juge procède lui-même à un certain partage des risques, dans le but de protéger le consommateur de crédit (§ 2nd).

§ 1^{er} – Les opérations de crédit mobilier justifient un aménagement légal des risques

398. L'analyse du contexte économique au sein duquel le consommateur conclut ce type d'opérations est utile, car elle met à l'épreuve la nécessité d'une intervention législative visant à lier l'avenir des différents contrats conclus par ce dernier. On observe qu'une telle intervention devient possible lorsqu'une volonté d'intégrer un tel mécanisme dans l'ordre juridique peut être clairement identifiée au sein de la jurisprudence (A). Lorsque la volonté du législateur rejoint celle du juge, le mécanisme juridique de protection du consommateur est enrichi par un apport de sécurité juridique (B).

A) L'interdépendance voulue par la jurisprudence

399. Constatant les dangers auxquels le consommateur est exposé devant certaines pratiques commerciales, le juge est amené à atténuer les rigueurs de la loi. Il découvre des liens juridiques, là où les impératifs du marché commandent plutôt d'en faire abstraction (1). Techniquement, si plusieurs notions peuvent être envisagées pour fonder de tels liens, toutes ne sauraient procurer une protection efficace au consommateur. Les choix de la jurisprudence doivent alors être mis à l'épreuve de la pratique, le but étant de tester leur vocation à la généralisation (2).

1) L'interdépendance créée au détriment des impératifs du marché

400. Les difficultés susmentionnées ne se posent pas de la même manière lorsque le consommateur trouve en la personne du fournisseur son seul contractant. Si celui-ci est défaillant, le consommateur peut lui opposer l'*exceptio non adimpleti contractus*, pour paralyser le remboursement du crédit consenti, avant d'obtenir la restitution des sommes déjà payées. Or, il suffit pour faire échec à cette possibilité de faire signer au consommateur des titres de crédit.

Escomptés par la suite auprès d'une banque ou d'un affactureur, ceux-ci peuvent faire l'objet d'une action en exécution de l'obligation y inscrite. En raison du principe d'abstraction qui leur est inhérent, le consommateur doit d'abord payer le tiers porteur pour, ensuite, demander le remboursement au fournisseur. Pour cette raison, le Code de la consommation français prévoit des sanctions pour ce type de procédés dans les opérations de crédit régies par le Code¹²⁵⁶.

401. La pratique des chèques antidatés – Au Brésil, une pratique commerciale très récurrente consiste à faire signer au consommateur plusieurs chèques antidatés en contrepartie d'une prestation donnée. Il s'expose inconsciemment à certains dangers car le défaut de conformité du bien ou l'absence de livraison ne constituent *a priori* pas des motifs légitimes permettant une opposition auprès de la banque tirée¹²⁵⁷. Poursuivi en justice par l'endossataire des chèques, il ne lui est pas permis d'invoquer l'exception d'inexécution de l'obligation de son cocontractant¹²⁵⁸, sauf en cas de fraude ou d'illicéité de l'objet du contrat¹²⁵⁹. Il subit ainsi la rigueur des principes d'abstraction et d'autonomie des titres de crédit si nécessaire, en matière commerciale, à la sécurité des affaires¹²⁶⁰.

402. Le 1^{er} juin 2006, les magistrats de la 3^e chambre civile du *Superior Tribunal de Justiça* ont décidé d'atténuer la rigueur de tels principes¹²⁶¹. En l'espèce, un consommateur n'avait toujours pas reçu les biens meubles commandés lorsque, après l'encaissement de trois chèques, il fit opposition auprès de sa banque. Poursuivi, non pas par son contractant, mais par un affactureur endossataire des chèques, la question qu'il posa au juge a été de savoir si son obligation de payer subsistait alors que son cocontractant n'avait point exécuté la sienne. L'argument, soulevé par les magistrats pour libérer le consommateur de son obligation, réside dans les relations commerciales étroites qu'entretiennent prétendument affactureur et affacturé. Surtout, le premier était, selon les magistrats, en mesure de vérifier la fiabilité de l'activité professionnelle développée par le second. Dès lors, l'exception prévue à l'article 25, *in fine*, de la loi sur le chèque était applicable : le porteur d'un chèque ne peut se voir opposer les exceptions tirées de la relation entre le débiteur et les porteurs antérieurs, « sauf s'il l'a obtenu consciemment, au détriment du débiteur ».

403. On doit admettre cependant que la portée pratique de cet arrêt est plus réduite qu'il n'y paraît. Tout d'abord, il ne s'agit ici que de la conclusion d'un contrat avec un seul professionnel qui consent un crédit moyennant l'émission de plusieurs titres de crédit. Or, on ne

¹²⁵⁶ L'art. L. 311-35, 3^o, du Code (devenant l'art. L. 311-50, 3^o à partir du 1^{er} mai 2011) prévoit une amende de 30.000 euros pour celui qui fait souscrire, ou accepter, ou avaliser par l'emprunteur ou l'acheteur des lettres de change ou des billets à ordre. Dans les opérations de crédit immobilier, la signature d'un effet de commerce au profit du prêteur est possible après l'acceptation de l'offre (arts. L. 312-11 et L. 312-28 du Code consom.). La transgression de cette dernière règle est punie d'une amende de 30.000 euros (art. L. 312-34).

¹²⁵⁷ Le législateur a exercé l'option permise par la Loi Uniforme de Genève permettant l'opposition dans des circonstances exceptionnelles, telles qu'un vol, perte etc. V. loi n^o 7.357 du 2.9.1985 (art. 36).

¹²⁵⁸ STJ-Resp n^o 50.607/MT, rel. Min. Aldir Passarinho, 4^a T., j. 4.11.1999, DJ 6.12.99.

¹²⁵⁹ STJ-Resp n^o 434.433/MG, rel. Min. Aldir Passarinho, 4^a T., j. 25.3.2003, DJ 23.6.2003 ; STJ-Resp n^o 221.835/DF, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 21.9.1999, DJ 3.11.1999.

¹²⁶⁰ ASCARELLI, Túlio. « Teoria geral dos títulos de crédito », São Paulo : Saraiva, 1969, p. 225.

¹²⁶¹ STJ-Resp n^o 612.423/DF, rel. Min. Nancy Andrighi, 3^a T., j. 1.6.2006, DJ 26.6.2006.

saurait inciter les consommateurs à utiliser ce type de procédé qui leur fait courir des dangers importants. Le chèque n'a pas été conçu pour réaliser des opérations de crédit. Pas plus que d'autres effets de commerce, il ne devrait être utilisé dans de telles opérations. On n'oubliera pas non plus qu'ici, c'est le principe de l'abstraction issu du droit commercial qui est atténué. Celui de l'effet relatif des conventions demeure ainsi intact lorsque c'est le consommateur qui s'engage auprès de deux autres acteurs dans le but de réaliser une opération économique d'ensemble.

404. D'un point de vue théorique cependant, la décision du 1^{er} juin 2006 présente une certaine utilité. Elle se fonde sur le caractère étroit des relations commerciales existant entre les deux professionnels créanciers du consommateur¹²⁶². On peut dès lors penser que celui-ci sera légitimé à opposer à l'un les exceptions tirées de sa relation avec l'autre, chaque fois qu'il prouve l'existence d'un tel lien commercial entre eux. Encore faudrait-il déterminer le degré de cette proximité commerciale. Il semble que le tiers prêteur doive avoir une connaissance précise de l'aspect « idoine » des créances que le fournisseur lui transmet. C'est ce qu'a affirmé la 4^e chambre civile du *Superior Tribunal de Justiça* dans un arrêt rendu récemment¹²⁶³ à propos d'une autre modalité de titre de crédit (« duplicata »)¹²⁶⁴. Faisant référence expresse à la décision de la 3^e chambre, c'est la solution inverse qui a été adoptée, et les rigueurs du principe d'abstraction des titres confirmées, précisément parce que le tiers financeur a pu prouver que les marchandises achetées avaient été livrées¹²⁶⁵. Or, la preuve de la livraison (ou de son absence) devrait s'avérer d'une vérification facile pour les professionnels lorsque le consommateur conclut deux contrats simultanément, le fournisseur du bien étant alors mandataire du prêteur.

405. Toujours est-il que, lorsque le contrat de prêt est conclu par le consommateur antérieurement au contrat principal, le prêteur ne peut se voir reprocher l'absence de livraison du bien par le fournisseur. Si l'on raisonne d'ailleurs sur le modèle d'opérations conclues à l'aide d'une « duplicata », l'acheteur demeurerait obligé d'exécuter l'obligation inscrite sur le titre, alors même que le contrat principal se trouverait postérieurement résolu ou annulé¹²⁶⁶. Il serait ainsi insuffisant d'établir un lien d'interdépendance entre les deux contrats fondé sur le seul critère la connaissance par le premier de la livraison du bien par le fournisseur. Il n'expliquerait pas que l'on fasse porter au prêteur les risques inhérents à l'avenir du contrat

¹²⁶² En l'occurrence, les deux professionnels étaient créanciers du consommateur car en droit commercial brésilien la créance issue de la relation de base n'est – sauf stipulation en contraire (émission du titre *pro soluto*) – jamais transmise avec la circulation du titre, celui-ci étant présumé émis *pro solvendo*. En revanche, le paiement réalisé par le débiteur principal en exécution de l'obligation unilatérale inscrite sur le titre éteint automatiquement la dette résultant de la relation de base.

¹²⁶³ STJ-Resp n° 668.682/MG, rel. Min. Hélio Q. Barbosa, 4^a T., j. 13.2.2007, DJ 19.3.2007.

¹²⁶⁴ La « duplicata » est un titre dit causé (« causal »), lequel devient exécutoire contre le débiteur du contrat principal dès lors que le porteur présente un bordereaux signé par le premier indiquant réception de la marchandise.

¹²⁶⁵ Dans les espèces indiquées le financeur a pu avoir connaissance de la réalité de l'exécution de l'obligation de délivrance de la chose, précisément parce que l'acquisition desdits titres s'est réalisée postérieurement à la conclusion (et exécution) du contrat principal.

¹²⁶⁶ Art. 915 du Code civil de 2002 ; v. aussi l'art. 18 du déc. n° 57.663/1966, ratifiant la loi uniforme de Genève.

principal. Cherchant à combler ce vide conceptuel, la doctrine consumériste essaie de fournir des éléments de nature à fonder une théorie satisfaisante. La jurisprudence a choisi les siens. Reste à savoir s'ils peuvent s'appliquer à toutes sortes d'opérations de crédit.

2) L'interdépendance née du lien commercial entre les différents contrats de l'opération

406. La doctrine est prodigue en suggestions. Pour certains, l'explication serait simple : « dans la société moderne, parfois les relations contractuelles sont si rapprochées, essentielles, interdépendantes et complexes, qu'il devient impossible de les distinguer, d'en réaliser une sans l'autre, ou de les séparer »¹²⁶⁷. On suggère aussi les notions de cause, la reconnaissance d'une relation nécessaire d'accessoire à principal¹²⁶⁸ ou, enfin, l'adoption de la notion de groupes de contrats¹²⁶⁹.

407. La notion de « cause » mise à l'épreuve de l'interdépendance contractuelle – On est d'emblée confronté à un problème de droit positif : cette notion n'a jamais été érigée en condition de validité ou d'efficacité d'un acte juridique en droit commun brésilien¹²⁷⁰. Subissant l'influence du droit germanique¹²⁷¹, les rédacteurs du Code civil de 1916 ont préféré à celle-ci, la notion d'objet¹²⁷². Une partie de la doctrine prônait la reconnaissance de la cause comme « inhérente à l'ordre juridique »¹²⁷³, malgré l'absence de texte exprès. Une telle reconnaissance avait cependant, pour ces mêmes auteurs, précisément pour objectif de distinguer les conventions « causées » de celles dites abstraites¹²⁷⁴. Pour les premières, elle servirait alors à

¹²⁶⁷ MARQUES, Cláudia Lima. « La propuesta de una teoría general de los servicios com base en el Código de Defensa del consumidor. La evolución de las obligaciones vinculadas a los servicios remunerados directa o indirectamente », in « Contratos de servicios a los consumidores », Ricardo Luis Lorenzetti et Cláudia Lima Marques (dir.), Rubinzal-Culzoni, 2005, p. 170.

¹²⁶⁸ MARQUES, Cláudia Lima. « Contratos de crédito na legislação brasileira de proteção ao consumidor », Revista de direito do consumidor n° 17, p. 36.

¹²⁶⁹ MARQUES, Cláudia Lima, BENJAMIN, Antônio Herman V. et MIRAGEM, Bruno. « Comentários ao Código de defesa do consumidor », 2^e éd., São Paulo : RT, 2006, p. 774 ; v. aussi RIBEIRO, Luciana Antonini. « A nova pluralidade de sujeitos e vínculos contratuais: contratos conexos e grupos contratuais », in A nova crise do contrato, Cláudia Lima Marques (dir.), p. 453.

¹²⁷⁰ Certains articles du Code/1916 y faisaient cependant allusion : v. arts. 90 (fausse cause), 1.015 (causes distinctes et compensation). L'art. 129, al. III du Code commercial de 1850 prévoyait qu'« est nul le contrat qui ne désigne une cause certaine dont découle l'obligation », mais la cause était alors, semble-t-il, assimilée à l'objet.

¹²⁷¹ BESSONE, Darcy. « Do contrato », Rio de Janeiro : Forense, 1960, n° 52, p. 135 ; MONTEIRO, Washington de Barros. « Curso de direito civil – Obrigações », *op. cit.*, p. 32.

¹²⁷² Suivant l'art. 82 du Code civil de 1916, il s'agit d'une condition de validité des actes juridiques. BESSONE, Darcy (*op. cit.*, n° 52, p. 144) affirme que l'imprécision doctrinale entre l'objet de l'obligation et l'objet du contrat, d'une part, et la cause de l'obligation et celle du contrat, d'autre part, a conduit le législateur à faire allusion à l'objet, là où il aurait dû mentionner la cause. Ainsi, il admet que la notion d'objet illicite est assimilable à celle de cause-mobiles, c'est-à-dire la non-conformité de la finalité envisagée par les parties avec l'utilité sociale de l'acte, représentée par l'ordre public et par les bonnes mœurs.

¹²⁷³ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. « Negócio jurídico », 4^e éd., São Paulo : Saraiva, 2002, p. 160, citant aussi RODRIGUES, Silvio (« Direito civil : dos contratos e das declarações unilaterais da vontade », 4^e éd., 1972, p. 81) et GOMES, Orlando (« Contratos », 4^e éd., Rio de Janeiro : Forense, 1973, p. 101).

¹²⁷⁴ À l'instar des titres de crédit. Pour ceux-ci, la jurisprudence admet que le titre devient « causé » dès lors que la relation de base lui donnant naissance est inscrite sur le document : v. STJ-Resp n° 111.961/RS, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4^a T., j. 11.3.1997, DJ 12.5.1997 ; STJ-Resp n° 238.558/CE, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4^a T., j. 8.2.2000, DJ 20.3.2000 ; STJ-Resp n° 298.499/SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4^a T., j. 7.8.2001, DJ 24.9.2001. On peut ainsi dire que la cause n'est reconnue que dans les cas où elle ne devrait pas exister. V. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. « Negócio jurídico », *op. cit.*, p. 146 *in fine*, pour qui si les parties pouvaient créer des négoce juridiques abstraits, « elles se soustrairaient aux normes coercitives qui, établissant un régime pour les négoce causés, visent à protéger les parties qui se sont fiées sur l'existence de la cause ».

justifier la résolution d'un contrat individuel pour inexécution de l'obligation de l'une des parties¹²⁷⁵. Ainsi réduit dans sa fonction, le recours à la cause ne semblerait donc pas expliquer le mécanisme d'interdépendance entre un contrat de crédit et un autre contrat financé par celui-ci¹²⁷⁶.

408. La notion de « fonction sociale des contrats » – La conscience du juge ne demeure pas pour autant immuable. En l'absence d'une technique ou d'une prévision expresse sur ce sujet, il est fait appel à la fonction sociale que doit exercer toute convention privée. C'est ainsi que les magistrats brésiliens, réunis en congrès en 2002¹²⁷⁷, à l'initiative du Conseil de la Justice Fédérale afin de débattre de l'interprétation des dispositions du nouveau Code civil – non entrées en vigueur à l'époque – ont décidé de publier une liste comportant des avis et des suggestions de modification législative¹²⁷⁸. L'avis n° 21 énonce que « la fonction sociale du contrat, prévue à l'art. 421 du nouveau Code civil [« la liberté contractuelle sera exercée en raison et dans les limites de la fonction sociale du contrat »], constitue une clause générale, propre à exiger la flexibilisation du principe des effets relatifs du contrat, d'où résulte la nécessité de promouvoir la satisfaction d'une créance à l'égard des tiers ».

409. Malgré ces efforts théoriques, dans la pratique judiciaire ce sont les notions combinées de groupes de contrats (« coligados ») et de rapport d'accessoire à principal, qui ont donné lieu à application (a). Une surabondance de moyens est sans doute à l'origine des hésitations de la jurisprudence. Les pratiques de crédit les plus récentes mettent alors en lumière les faiblesses d'une approche purement jurisprudentielle (b).

a) La préférence exprimée pour la notion de groupes de contrats (« contratos coligados »)

410. Un auteur a expliqué que « si les contrats [« coligados »] revêtent en pratique une importance identique, la résolution de l'un entraîne celle de l'autre lorsqu'il est démontré que le

¹²⁷⁵ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. « Negócio jurídico », *op. cit.*, p. 155. L'auteur adopte le concept de cause de la doctrine italienne, pour laquelle il s'agit d'une « fonction pratico-sociale du négoce » (*idem*, p. 150, note 223, citant Cariota Ferrara, « Il negozio giuridico », p. 190), ou une fonction économique-sociale (*idem*, p. 150, note 224, citant Emilio Betti, « Teoria generale del negozio giuridico », p. 119). La cause d'un négoce serait la nécessité économique et sociale de reconnaître ce négoce comme valable ou efficace. À défaut, (absence de cause présumée ou finale), le négoce serait respectivement nul ou inefficace (*idem*, p. 152). Le prêt d'argent étant pour l'auteur un contrat réel, l'absence de remise des fonds impliquerait la nullité de la convention pour absence de cause « présumée » (*idem*, p. 160).

¹²⁷⁶ Le Code civil de 2002 n'a pas plus érigé la cause en condition générale de validité des négoces juridiques. Un dispositif nouveau prévoit cependant que « celui qui, sans juste cause, s'enrichit aux dépens d'autrui, sera obligé à restituer ce qu'il a indument acquis » (art. 884). Cette règle est complétée par une autre qui prévoit que « la restitution a lieu, non seulement lorsqu'il n'y a pas eu de cause à justifier l'enrichissement, mais aussi si celle-ci disparaît » (art. 885). On serait tenté d'invoquer ces dispositions pour justifier l'anéantissement du prêt lorsque la vente est résolue et vice-versa. Il n'empêche que le professionnel ayant exécuté parfaitement l'objet de son obligation pourra tirer l'argument de l'article 886 du même Code, lequel prévoit que « la restitution pour enrichissement n'aura pas lieu, si le lésé dispose d'autre moyens légaux pour se faire indemniser du préjudice subi ». Car on sait que le consommateur peut, malgré tout, obtenir du professionnel défaillant une indemnisation du fait de l'inexécution de ses obligations.

¹²⁷⁷ 1^{re} Journée de droit civil, organisée par le Centre d'études judiciaires du Conseil de la Justice Fédérale, du 11 au 13 sept. 2002.

¹²⁷⁸ V. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. « Enunciados aprovados na Jornada de Direito Civil », *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, São Paulo, n° 1, janv.-juin 2003, p. 177.

premier n'aurait pas été signé sans le second (*synallagma* génétique), ou que l'inexécution de l'un affecte l'intérêt que le créancier pourrait tirer de l'exécution de l'autre (*synallagma* fonctionnel). [...] L'indispensable relation synallagmatique qui doit lier les différentes prestations peut, en effet, être affirmée quand bien même leur source contractuelle ne serait pas unique, dès lors qu'une liaison fonctionnelle existe entre les différents contrats »¹²⁷⁹. C'est précisément cette théorie qui permet aux juges du fond de reconnaître un lien d'interdépendance entre le prêt et le contrat financé (I). Le *Superior Tribunal de Justiça*, dans ses arrêts les plus récents, se montre pourtant plus réticent (II).

I – La jurisprudence des juges du fond

411. Le Tribunal de Justice de Rio Grande do Sul¹²⁸⁰ en a donné l'exemple. Dans une espèce jugée, un consommateur avait versé au vendeur d'un matériel informatique un acompte sur le prix de vente. Le solde avait été financé par un établissement de crédit, le vendeur agissant comme mandataire de celui-ci. Toute l'opération avait été réalisée dans l'enceinte de l'établissement vendeur et les documents qui la constataient démontraient des liens commerciaux entre les deux professionnels. Plusieurs mois après l'achat, le bien n'avait toujours pas été livré. Le consommateur a alors demandé la résolution des deux contrats, au motif que le crédit n'avait été demandé qu'en fonction de l'achat. Les magistrats de la 6^e chambre civile du TJRS ont accueilli sa demande, fondés sur le caractère accessoire du prêt dans une opération de contrats « coligados ». La même solution a été confirmée récemment par le Tribunal¹²⁸¹. Les magistrats « gaúchos » ont pu, enfin, déclarer l'interdépendance des contrats de vente et de bail en cas d'« alienação fiduciária em garantia »¹²⁸². Quant au *Superior Tribunal de Justiça*, d'une position initiale bienveillante à l'égard de cette théorie, sa jurisprudence recule, dans ses arrêts les plus récents.

II – La jurisprudence des juges du droit

412. Le STJ a pu appliquer la théorie des groupes de contrats dans des domaines variés¹²⁸³. En matière de crédit mobilier à la consommation, cependant, une décision récente

¹²⁷⁹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. « Extinção dos contratos por incumprimento do devedor », 2^e éd., Rio de Janeiro : AIDE, 2004, n^o 40, p. 90, Citant Porrari, « Eccezione di inadempimento », RDC, 1985, p. 635.

¹²⁸⁰ TJRS-APC n^o 70001462845, rel. Des. Carlos Alberto Alvaro, 6^a Câmara cível, j. 7.2.2001.

¹²⁸¹ TJRS-Recurso Inominado n^o 71002221273, rel. Dr. Luis F. Franco, 1^a T. Recursal Cível, Porto Alegre, j. 17.9.2009.

¹²⁸² TJRS-APC n^o 70016847279, rel. Des. Carlos Alberto Etcheverry, 13^a Câmara cível, j. 15.3.2007. En l'espèce, le « fiduciário » (la banque) avait versé les fonds non pas au vendeur, mais au « fiduciante » (consommateur) pour le financement d'un véhicule. Celui-ci n'ayant pas transmis le prix d'achat, le vendeur l'a assigné en résolution de la vente, et a mis en cause la banque pour annulation de la garantie grevant le véhicule. Les magistrats considèrent que l'aliénation fiduciaire est un contrat accessoire à la vente, « et son existence est liée au sort de celle-ci ». Les magistrats n'ont pas manqué de relever une faute de la banque pour avoir versé les fonds au consommateur, et non pas au vendeur.

¹²⁸³ STJ-Resp n^o 337.040/AM, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4^a T., j. 2.5.2002, DJ 1.7.2002 (vente immobilière d'un terrain et des surfaces adjacentes destinées à des activités de loisir : le deuxième contrat étant considéré comme accessoire au premier, la résolution de celui-ci n'entraîne pas celle du premier) ; STJ-Resp n^o 419.362/MS, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4^a T., j. 17.6.2003, DJ 22.3.2004 (permuté d'un terrain contre la remise d'animaux, demeurés toutefois en possession du débiteur pour exploitation et paiement de loyers : les exceptions tirées de l'inexécution du

vient en limiter la portée. En l'espèce, une personne souhaitait acheter un véhicule d'occasion pour les besoins de son petit commerce. Se rendant aux locaux d'un vendeur professionnel, elle a payé un acompte et financé le montant restant à l'aide d'un prêt qui, bien qu'octroyé par une banque, lui a été proposé par l'intermédiaire du vendeur. En garantie de la dette, elle a transmis en même temps à la banque la propriété fiduciaire du véhicule financé (« alienação fiduciária em garantia »). Des dysfonctionnements décelés aussitôt lui causent, par la suite, des préjudices tels qu'elle est contrainte d'abandonner l'activité de son commerce. Elle assigne alors ses cocontractants en résolution des contrats et en restitution des paiements réalisés, avant de restituer le véhicule au vendeur¹²⁸⁴. Le Tribunal de Justice de la capitale fédérale a confirmé la décision de première instance qui avait fait droit à sa demande. Appliquant la théorie de l'accessoire, les magistrats déclarent que la « résolution de la vente implique celle du prêt car l'objet de la première est la garantie de réalisation du second ; si bien qu'en cas d'inexécution de la part du consommateur, la banque pourrait procéder à la reprise du bien ». L'expression « interdépendance » est d'ailleurs inscrite dans la décision. Celle-ci est pourtant censurée par la 4^e chambre civile du STJ¹²⁸⁵.

413. Reconnaissant, tout d'abord, la qualité de consommatrice à la demanderesse, les magistrats déclarent pourtant, par scrutin majoritaire, que ses obligations contractuelles sont absolument indépendantes. On lit dans l'avis majoritaire que « le service de prêt bancaire est, certes, soumis aux dispositions du Code du consommateur, mais aucun vice rédhibitoire n'étant constaté dans ce service, les obligations de la consommatrice demeurent parfaites à l'égard de la banque, malgré la résolution de la vente. [...] L'emprunteuse supporte seule les risques de l'utilisation des fonds prêtés ». Cette affaire démontre très clairement les dangers auxquels est exposé le consommateur de crédit lorsqu'il s'engage auprès de différents opérateurs économiques. On peut souhaiter que cette décision du STJ reste isolée. L'avenir de la protection du consommateur dans ce type d'opérations est pourtant incertain. Cela démontre la faiblesse d'une approche calquée exclusivement sur l'esprit innovateur du juge.

b) L'impuissance d'une approche exclusivement jurisprudentielle

414. On comprend les raisons qui amènent le juge à rechercher des moyens juridiques permettant d'assurer une certaine protection des intérêts du consommateur. Il se met à la place de ce dernier : le crédit n'est qu'un moyen de satisfaire un besoin précis ; lorsque celui-ci n'est pas satisfait, le crédit n'a plus aucun sens. Lorsque cette logique n'est pas le fruit d'un simple caprice du consommateur, l'absence de transposition juridique des liens, à la fois psychologique et économique, existant entre les différents contrats de l'opération de crédit,

contrat de permuter sont opposables au cessionnaire du contrat de bail par le débiteur commun) ; STJ-AgRgCC n° 69.689/RJ, rel. Min. Luis Felipe Salomão, 2^a Seção, j. 23.9.2009, DJ 2.10.2009 (contrat de travail conclu entre un club de football et un athlète concomitamment à la cession des droits d'image de celui-ci : le contrat de travail étant le principal, l'appréciation du litige relève de la compétence du juge du travail).

¹²⁸⁴ Elle fait également une demande en dommages et intérêts, à laquelle il est fait droit à concurrence de 10.000 R.

¹²⁸⁵ STJ-Resp n° 1014547/DF, rel. Min. João Otávio de Noronha, 4^a T., j. 25.8.2009, DJ 7.12.2009.

agace la conscience du magistrat. La théorie des « *contratos coligados* » a pu être le support de certains élans jurisprudentiels. Les juges du droit donnent pourtant signe de ne pas vouloir l'ériger en une règle d'application générale. En l'absence d'intervention législative, le consommateur de crédit se trouve démuné. Il l'est d'autant plus que les pratiques les plus récentes utilisent des techniques qui aboutissent à effacer jusqu'au lien psychologique qui existe entre les contrats formant l'opération d'ensemble.

415. Il en est ainsi, par exemple, de certains procédés de crédit, de plus en plus répandus au Brésil ces dernières années et réalisés à l'aide des cartes de crédit classiques. On sait que, traditionnellement, l'émetteur de la carte accepte un paiement minimal, en reportant le paiement d'une partie du montant de la facture en contrepartie de la perception d'intérêts. En dehors de ces hypothèses, cependant, un accord passé entre un vendeur et un émetteur de telles cartes permet désormais aux premiers de consentir un crédit au consommateur. Ce mécanisme se rapproche des ventes à tempérament, à la différence près qu'ici les paiements mensuels sont réalisés par l'intermédiaire de l'émetteur desdites cartes. Celui-ci verse ensuite au fournisseur le montant des échéances, au fur et à mesure des paiements effectués par le consommateur. Le plus souvent, l'opération est proposée sous l'enseigne du crédit gratuit (« *sem juros* »)¹²⁸⁶. En pratique, le consommateur n'est pas conscient de la personne qui lui consent le crédit. Lorsqu'il rencontre des difficultés pour obtenir satisfaction vis-à-vis du fournisseur, il n'en demeure pas moins tenu à l'égard de l'émetteur de la carte de procéder au paiement des mensualités¹²⁸⁷. Un paiement minimal de la facture viendrait d'ailleurs ajouter à son passif un autre crédit, destiné (consciemment ou non) à rembourser le crédit initial. Sans préjudice de la reconnaissance du caractère abusif de telles clauses, le consommateur devrait dans ces hypothèses pouvoir révoquer le mandat¹²⁸⁸ donné à l'émetteur de la carte afin qu'il suspende les versements¹²⁸⁹. En aucun cas ces pratiques ne devraient avoir pour effet d'empêcher le consommateur d'exercer, à l'encontre du fournisseur, les exceptions tirées de la défaillance de celui-ci.

416. Un mécanisme d'interdépendance d'origine jurisprudentielle est sans doute de nature à profiter aux consommateurs de crédit. Il apparaît pourtant insuffisant pour procurer un juste équilibre des intérêts en jeu. En l'absence de prévisions légales expresses, l'incertitude dans laquelle le prêteur se trouve placé le conduit, en cas d'échec de l'opération, à rechercher des techniques alternatives de nature à contourner la solution protectrice. Il est ainsi souhaitable qu'à l'incertitude juridictionnelle se substitue la sécurité juridique.

¹²⁸⁶ Parfois des intérêts sont perçus sur le prix d'achat, pour des paiements fractionnés au-delà d'un certain nombre d'échéances.

¹²⁸⁷ En application d'une clause d'irrévocabilité insérée dans le contrat conclu avec celui-ci.

¹²⁸⁸ En l'absence d'un dispositif légal, la jurisprudence reconnaît l'existence d'un mandat dans ce type d'opérations.

¹²⁸⁹ Dans le même sens, semble-t-il, v. MARQUES, Cláudia Lima. « *Contratos no Código de defesa do consumidor* », *op. cit.*, p. 730, laquelle invoque l'application des arts. 18, 20 et 34 du Code du consommateur, sur la solidarité entre les fournisseurs, et entre ceux-ci et leurs préposés (art. 34) pour les défauts de qualité des produits ou des services.

B) L'interdépendance instituée par le législateur

417. Le législateur français a décidé de mettre en œuvre un tel mécanisme dans les opérations de crédit mobilier à la consommation (1). À la différence de celui institué pour la phase de formation du contrat, la nature juridique de la technique jouant lors de l'exécution des obligations des parties n'est pourtant pas explicitée dans la loi. On est ainsi conduit à rechercher le fondement du mécanisme adopté (2).

1) Le jeu de l'interdépendance dans les opérations de crédit mobilier

418. Dans ce domaine, ce mécanisme est appelé à jouer, non seulement au moment de l'exécution des obligations des partenaires du consommateur, mais aussi pendant toute la durée des obligations de celui-ci (a). Pourtant, les règles ainsi instituées ne constituent pas un remède-miracle à tous les dangers auxquels le consommateur est exposé ; à certains égards, elles sont même nettement défaillantes (b).

a) Un mécanisme applicable aussi longtemps que le consommateur demeure lié

419. **L'interdépendance au moment de l'exécution des obligations des professionnels** – Pour éviter que le consommateur ne doive rembourser un crédit alors que le bien souhaité ne lui a jamais été procuré, l'article L. 311-31 du Code de la consommation français dispose que les obligations de l'emprunteur ne prennent effet qu'à compter de la livraison du bien ou de la fourniture de la prestation de services¹²⁹⁰. Une livraison partielle ne saurait déclencher ces effets¹²⁹¹. La loi n'interdit toutefois pas que les fonds soient versés au fournisseur avant que celui-ci n'exécute ses obligations, et on sait que de nombreux vendeurs se font verser directement les fonds avant la livraison de la chose¹²⁹². Dans ce cas, et en l'absence de livraison, l'emprunteur n'est pas tenu de restituer le capital emprunté¹²⁹³. En revanche, si c'est au vu de la signature par le consommateur du certificat de livraison du bien que l'établissement de crédit verse les fonds au vendeur, l'établissement ne commet aucune faute et le consommateur ne pourra pas se plaindre de ce que le bien ne lui a pas été livré¹²⁹⁴. L'interdépendance entre les contrats ne s'arrête pas au moment de l'exécution des obligations des cocontractants du consommateur.

¹²⁹⁰ L'entrée en vigueur de ce dispositif est reportée au 1^{er} mai 2011. Le dispositif applicable jusqu'alors (art. L. 311-20) fait encore dépendre ses effets de la mention du bien ou de la prestation de services financé dans l'offre préalable. Ces mêmes dispositifs prévoient aussi qu'« en cas de contrat de vente ou de prestation de services à exécution successive, elles prennent effet à compter du début de la livraison ou de la fourniture et cessent en cas d'interruption de celle-ci. Le vendeur ou le prestataire de services doit conserver une copie de l'offre préalable remise à l'emprunteur et la présenter sur leur demande aux agents chargés du contrôle ». V. VIGNEAU, Vincent. *Op. cit.*, n° 20, p. 6, lequel considère, à tort semble-t-il, que c'est la formation du contrat de crédit qui est soumise à la condition suspensive de la livraison de la chose : « tant que cette condition n'est pas réalisée, le prêt n'est pas conclu ».

¹²⁹¹ Cass. 1^{re} civ. 27 mai 1997 : inédit, pourvoi n° 95-14413.

¹²⁹² VIGNEAU, Vincent. *Op. cit.*, n° 17, p. 6.

¹²⁹³ Cass. 1^{re} civ. 7 fév. 1995 : Bull. civ. I, n° 70, pourvoi n° 92-17894; Cass. 1^{re} civ. 28 janv. 1992 : Bull. civ. I, n° 34, pourvoi n° 89-13515.

¹²⁹⁴ Cass. 1^{re} civ. 14 nov. 2001 : Bull. civ. I, n° 280, pourvoi n° 99-15690.

420. L'interdépendance postérieure à l'exécution des obligations des professionnels – L'avenir des différentes conventions demeure intimement lié car une mauvaise exécution, voire l'apparition d'un vice caché longtemps après la livraison, permet au consommateur d'exercer un recours contre le prêteur. L'article L. 311-32 du Code de la consommation prévoit ainsi qu'« en cas de contestation sur l'exécution du contrat principal, le tribunal pourra, jusqu'à la solution du litige, suspendre l'exécution du contrat de crédit. Celui-ci est résolu ou annulé de plein droit lorsque le contrat en vue duquel il a été conclu est lui-même judiciairement résolu ou annulé »¹²⁹⁵. La loi exige ainsi que le contrat principal soit judiciairement résolu ou annulé. À défaut, la jurisprudence décide que le jeu de l'interdépendance ne trouve pas à s'appliquer¹²⁹⁶. Encore faut-il cependant que le consommateur (ou le vendeur) mette en cause le prêteur, ou qu'il le fasse intervenir à l'instance pour que ces dispositions soient applicables¹²⁹⁷. L'anéantissement des contrats en sens inverse – c'est à dire la résolution du contrat principal en raison de l'annulation ou de la résolution du prêt – n'a pourtant pas été institué expressément par la loi. Dans ce type d'opérations, normalement, une fois que le prêteur a donné son accord, il libère les fonds rapidement. Les biens financés revêtent une valeur moindre et deviennent « usés » plus ou moins rapidement. On pourrait penser que le législateur, prenant en compte les intérêts du fournisseur des biens, avait préféré laisser au consommateur, en cas d'annulation ou de résolution du prêt, le soin de s'en procurer un autre. Le montant des opérations régies par la loi ayant sensiblement augmenté après la transposition de la directive de 2008, on est conduit à penser, avec certains, qu'« il faut certainement admettre que le contrat de vente le serait aussi »¹²⁹⁸. Les crédits renouvelables ont soulevé certaines questions à cet égard.

421. Les difficultés posées par les opérations de crédit renouvelable – On sait que, dans ce type d'opérations, la remise d'une offre n'est obligatoire que pour le contrat initial, malgré la continuité dans le temps de la relation entre les parties¹²⁹⁹. Les établissements de crédit pourraient soutenir que l'ouverture de crédit mise à la disposition du consommateur peut être affectée à une multiplicité d'emplois et qu'ils ne pourraient raisonnablement assurer tous les risques économiques liés à chacune des opérations réalisées par le consommateur¹³⁰⁰. Sous l'empire des règles de la directive n° 87/107/CE, la Cour de Justice des communautés

¹²⁹⁵ La rédaction de ce dispositif est identique à celle de l'art. L. 311-21, en vigueur jusqu'au 30 avr. 2011. V. VIGNEAU, Vincent. *Op. cit.*, n° 27, p. 7 : « la formulation 'de plein droit' implique l'automatisme de l'effacement du contrat de crédit, d'où il résulte que l'emprunteur qui a fait prononcer la résolution ou l'annulation du contrat principal n'a plus à demander la résolution ou l'annulation du contrat de crédit mais seulement à la constater ».

¹²⁹⁶ Cass. 1^{re} civ. 10 mai 1995 : Bull. civ. I, n° 204, pourvoi n° 93-14552. V. CALAIS-AULOY, M.-Thérèse. *Op. cit.*, n° 23 : « la règle observée a pour résultat de faire peser les risques de la résolution de la vente sur le banquier et non sur l'acheteur. On ne peut admettre que ce déplacement de risque provienne d'un accord entre acheteur et vendeur pris en quelque sorte à l'encontre du banquier ».

¹²⁹⁷ Art. L. 311-32, al. 2 (ancien art. L. 311-21, al. 2), du Code consom. ; v. Cass. 1^{re} civ. 31 janv. 1995 : Bull. civ. n° 65, pourvoi n° 92-19206.

¹²⁹⁸ CALAIS-AULOY, Jean et STEINMETZ, Frank. *Op. cit.*, n° 360, p. 424, note 2.

¹²⁹⁹ Art. L. 311-16, al. 1^{er} (remplaçant l'art. L. 311-9, al. 1^{er}, à compter du 1^{er} mai 2011), du Code consom.

¹³⁰⁰ V. PAISANT, Gilles. « Condition du recours du consommateur contre le prêteur et office du juge national », *op. cit.*, p. 45.

européennes y a apporté la réponse suivante : les risques ainsi évoqués apparaissent très réduits dans la mesure où l'interdépendance des contrats ne peut jouer que si, d'une part, un accord préalable existe entre ce dernier et le fournisseur ou prestataire de services et si, d'autre part, le consommateur a obtenu son crédit en vertu de cet accord¹³⁰¹. Bien que ces exigences n'existent plus dans le texte de la nouvelle directive, la solution évoquée demeure valable dans les cas où l'« unité commerciale » de l'opération peut être retenue¹³⁰². Autrement, les objectifs de la protection ne pourraient être atteints si le mécanisme d'interdépendance ne s'appliquait pas dans les cas où le crédit consenti autorise une multiplicité d'emplois¹³⁰³. À certains égards, le mécanisme adopté est effectivement défaillant.

b) Les faiblesses du mécanisme adopté

422. Un aspect de la protection semble avoir été oublié par le législateur. L'anéantissement des contrats implique un devoir de restitution pour les parties. Alors que le capital prêté est versé directement entre les mains du fournisseur, le consommateur n'en est pas moins tenu de le restituer intégralement au prêteur. Certes, le fournisseur lui est redevable de la restitution du prix, sans préjudice de dommages et intérêts. Si pourtant celui-ci fait faillite, ou simplement ne lui restitue pas le prix, non seulement le consommateur doit restituer le bien reçu à celui-ci, mais aussi il est responsable à l'égard du prêteur. Paradoxalement, le législateur a voulu protéger le prêteur contre l'insolvabilité du consommateur car il est prévu que le premier peut demander en justice que le vendeur fautif garantisse le consommateur¹³⁰⁴. Malgré les critiques de la doctrine¹³⁰⁵, la jurisprudence confirme cette solution¹³⁰⁶. Les propositions pour un code de la consommation contenaient une solution distincte : lorsque le montant du prêt était versé à une personne autre que l'emprunteur, il reviendrait au vendeur ou au prestataire de rembourser le capital au prêteur¹³⁰⁷. Un auteur a suggéré aussi que le prêteur puisse exercer une action directe contre le vendeur pour récupérer le capital car, dans ce cas, l'action « trouverait sa justification profonde dans les liens financiers très étroits qui unissent, dans ce domaine, les établissements de crédit aux 'vendeurs' »¹³⁰⁸. Cela nous renvoie alors aux

¹³⁰¹ CJCE 1^{re} ch., 4 oct. 2007, aff. C-429/05. La Cour fait allusion à l'art. 11 de la dir. n° 87/102/CE sur le crédit à la consommation.

¹³⁰² Nouvel art. L. 311-1, 9° du Code consom.

¹³⁰³ PAISANT, Gilles. « Condition du recours du consommateur contre le prêteur et office du juge national », *op. cit.*, p. 45.

¹³⁰⁴ Art. L. 311-33 du Code consom. (remplaçant l'art. L. 311-22 à partir du 1^{er} mai 2011).

¹³⁰⁵ BEY, El Moktar. *Op. cit.*, n° 164, p. 522 ; RAVANAS, Jacques. « L'interdépendance dans l'exécution des contrats », in « Le droit du crédit au consommateur », Ibrahim Fadlallah (dir.), n° 32, p. 436 ; CALAIS-AULOY, Jean et STEINMETZ, Frank. *Op. cit.*, n° 368, p. 432 ; CALAIS-AULOY, Jean et BIHL, Luc. « La loi 78-22 du 10 janvier 1978 protégeant les consommateurs contre les dangers du crédit », *op. cit.*, p. 241.

¹³⁰⁶ Cass. 1^{re} civ. 2 mai 1989 : Bull. civ. I, n° 181, pourvoi n° 87-18059 ; Cass. 1^{re} civ. 9 nov. 2004 : Bull. civ. I, n° 263, pourvoi n° 02-20999.

¹³⁰⁷ Art. L. 227 ; v. CALAIS-AULOY, Jean. « Rapport de la commission pour la codification du droit de la consommation », *op. cit.*, p. 95.

¹³⁰⁸ RAVANAS, Jacques. *Op. cit.*, n° 60, p. 454. Sur l'action directe reconnue au consommateur pour demander la résolution du contrat de vente du bien en cas de crédit-bail, v. Cass. 1^{re} civ. 11 févr. 1986 : Bull. civ. I, n° 27, pourvoi n° 84-10412 ; D. 1986, I, 541, note GROSS ; RTD civ. 1987, p. 100, obs. MESTRE, Jacques. Normalement le crédit-bailleur stipule une clause dans le contrat de bail suivant laquelle ses droits d'action en garantie technique contre le vendeur du bien sont transmises au locataire-emprunteur, à l'exception de l'action en résolution. V. JAMIN,

fondements du mécanisme institué par le législateur, considéré comme une construction législative originale, « commandée par des considérations d'équité et de paix sociale »¹³⁰⁹.

2) Le fondement juridique incertain du mécanisme institué

423. Sous la critique d'une partie de la doctrine, certains auteurs se sont efforcés de chercher le fondement du mécanisme légal ainsi instauré. Il s'agirait, pour certains, d'une manière de répondre aux « attentes légitimes » du consommateur¹³¹⁰. Dans les opérations de crédit mobilier, dit-on, c'est un achat à crédit que le consommateur désire réaliser. « Pour cela il s'adresse à un couple de professionnels s'étant entendus au préalable pour lui offrir des services complémentaires. Il est en droit d'*attendre* que ces services soient exactement complémentaires, c'est-à-dire adaptés l'un à l'autre et calqués sur ses besoins. [...] Le banquier étant libre du choix de son collaborateur vendeur peut, plus facilement que s'il ne l'était pas, accepter de subir les conséquences néfastes d'une résolution de la vente, laquelle est due la plupart du temps à la faute du vendeur. [...] Il n'y a pas de tiers véritables dans cette opération tripartite »¹³¹¹. Des remarques similaires ont été faites par un autre auteur : « la loi du 10 janvier 1978 corrige la situation dans laquelle est placé le consommateur qui n'a pas conscience de la division de la vente à crédit en un contrat de vente, d'une part, et de crédit, d'autre part. Cette correction rétablit 'un équilibre des intérêts en présence' car les prêteurs spécialisés dans le crédit à la consommation ont des relations d'affaires très étroites avec les vendeurs. Le crédit est proposé par le vendeur au nom du prêteur. Le prêteur n'est généralement pas choisi par l'emprunteur. [...] Il est légitime que le consommateur puisse opposer à ce prétendu tiers qu'est le prêteur les exceptions nées de ses rapports avec le vendeur ou le prestataire de services »¹³¹².

424. Si ces observations étaient exactes, l'emprunteur ayant cherché lui-même un prêteur professionnel, extérieur au rapport qu'il noue avec le vendeur, ne pourrait pas prétendre

Christophe. « La notion d'action directe », LGDJ, 1991, n° 201, p. 185, pour qui la reconnaissance prétorienne d'une telle action directe, bien que présentée « sous le couvert » des dispositions du droit de la consommation (art. L. 311-21 du Code consom.), relève de l'équité. Si l'on refuse une telle action, un critère économique pourrait fonder un certain aménagement des risques. Ainsi, si le prêteur n'a aucune convention, accord commercial ou assise sur le vendeur, il serait *a priori* normal qu'il ne supporte pas les risques de la faute de ce dernier. D'ailleurs, en cas de paiement au comptant c'est le consommateur qui les supporte. Certes, il paie moins cher que l'emprunteur. Mais il n'est pas sûr que les intérêts prélevés par le prêteur comportent aussi le coût des risques de la défaillance du vendeur. Le critère recherché pour la restitution du capital pourrait alors être l'accord existant entre le prêteur et le vendeur. Si cet accord n'existe pas, le consommateur devrait rembourser au prêteur le capital versé. S'il existe, il serait économiquement possible de faire peser les risques du vendeur sur le chef du prêteur.

¹³⁰⁹ BEY, El Moktar. *Op. cit.*, n° 160, p. 521.

¹³¹⁰ CALAIS-AULOY, M.-Thérèse. *Op. cit.*, n° 23.

¹³¹¹ *Idem*, n° 23 et 25, pour qui « ces règles [peuvent] se déduire des relations tripartites concrètement observées. Ces relations tripartites sont issues de la convention passée entre vendeur et établissement financier, convention qui a pour but d'organiser le déroulement d'ensemble de l'opération. Bien que cette convention ait été passée entre vendeur et l'établissement financier, l'acheteur n'est pas un tiers par rapport à elle. Il y adhère pour ce qui le concerne (rôle d'intermédiaire du vendeur, paiement direct du vendeur par l'établissement financier), en même temps qu'il adhère aux contrats de vente et de prêt ».

¹³¹² RAVANAS, Jacques. *Op. cit.*, n° 31, p. 434.

à l'application du mécanisme légal¹³¹³. Or, la définition d'« opération commerciale unique » issue du droit communautaire¹³¹⁴ ne semble pas plus exclure de la protection l'emprunteur, conscient d'avoir passé des contrats avec deux personnes qui n'ont pas de relations d'affaires entre elles. Subordonner, dans ce cas, la prise d'effet des obligations de l'emprunteur à la livraison du bien ou de la fourniture de la prestation par le fournisseur paraît tout à fait légitime. Plus délicate est, en revanche, la question de l'anéantissement du prêt en raison de la résolution ou de l'annulation du contrat principal. Lorsque le prêteur est complètement étranger à la personne du vendeur, il n'hésitera pas à invoquer l'injustice de la règle qui lui fait supporter les risques d'une mauvaise exécution par ce dernier de ses obligations. C'est probablement en tenant compte de ces difficultés que le législateur a décidé de ne pas soumettre l'exécution des opérations de crédit immobilier à la technique d'interdépendance contractuelle. Ici encore, législateur et juge, qu'ils soient brésiliens ou français, ont des points de vue divergents.

§ 2nd – Le juge réaménage les risques de la pratique du crédit immobilier

425. En l'absence de dispositions légales, la conscience du juge l'amène à appliquer une technique d'interdépendance en matière immobilière pour des raisons que l'on peut estimer relever de l'équité. Il semble tantôt adopter en ce domaine la logique de la consommation de biens courants (A), tantôt se fonder sur des raisons d'intérêt public (B).

A) L'influence de la consommation sur le lien entre prêt et vente immobilière

426. À la différence des règles posées en matière de crédits mobiliers, le Code de la consommation français n'établit, à une exception près, aucun lien d'interdépendance entre le régime d'exécution de l'acquisition immobilière et celui du prêt qui en assume le financement. L'exception consiste en la possibilité pour le consommateur de demander au tribunal la suspension des remboursements du prêt, en cas de contestation ou d'accidents affectant l'exécution du contrat de louage d'ouvrage ou de travaux immobiliers¹³¹⁵. La doctrine semble d'ailleurs plutôt défavorable à l'institution d'un tel lien, compte tenu des spécificités des opérations en question (1). Le juge n'est pourtant pas du même avis (2).

¹³¹³ En ce sens, v. CALAIS-AULOY, M.-Thérèse. *Op. cit.*, n° 23 : « il en serait tout autrement si le consommateur avait été obligé d'agir seul et de recruter lui-même son prêteur ».

¹³¹⁴ Art. 3, n, de la directive n° 2008/48/CE, transposé à l'art. L. 311-1, 9°, du Code consom. Une opération commerciale unique est « réputée exister », en cas de financement par un tiers, lorsque le prêteur recourt aux services du vendeur ou du prestataire pour la conclusion ou la préparation du contrat de crédit.

¹³¹⁵ Art. L. 312-19 du Code consom. La loi précise que cette possibilité s'applique lorsqu'il est déclaré dans l'acte constatant le prêt que celui-ci se destine à financer des travaux au moyen d'un contrat de promotion, de construction, de maîtrise d'œuvre ou d'entreprise. Enfin, ces dispositions ne sont applicables que si le prêteur est intervenu à l'instance ou s'il a été mis en cause par l'une des parties. Pour une critique de ce dispositif, v. GODÉ, Pierre et JESTAZ, Philippe, *RTD com.* 1979, p. 855 : « la notion apparemment nouvelle d'accident de contrat mériterait un petit amphi. En pratique la solution suscite une totale désapprobation : si le système de la condition résolutoire se justifie sans peine, on comprend mal en revanche que les querelles souvent inextricables surgies entre maîtres d'ouvrage et entrepreneurs retentissent sur la situation du prêteur [...] Puissent les juges ne pas utiliser les pouvoirs intempestifs que le législateur vient de leur remettre ! »

1) Les divergences doctrinales sur l'opportunité d'un lien d'interdépendance

427. Une partie de la doctrine affirme qu'il s'agit, en cette matière, d'un silence légal voulu car il serait « inique et inopportun » de placer sur la tête du prêteur les risques liés à la prestation d'un vendeur qu'il ne connaît pas, qu'il n'a pas choisi¹³¹⁶. Un auteur affirme que seules les modalités décrites dans la loi peuvent entraîner un anéantissement du prêt dont on retiendra, notamment, la remise d'une offre irrégulière¹³¹⁷. Aucune ne saurait cependant résulter de la disparition du contrat d'acquisition immobilière, dans le silence de la loi. Sous un argument d'ordre pratique, un autre auteur affirme que « l'absence de relations économiques et financières étroites entre le vendeur et le prêteur, qui généralement ne se connaissent pas, et l'intervention la plupart du temps d'un officier ministériel, le notaire, justifient que la résolution ou l'annulation du contrat immobilier n'entraîne pas une résolution ou une annulation de plein droit du contrat de prêt »¹³¹⁸. Ces questions méritent une réflexion approfondie. Si on peut douter de l'opportunité de subordonner le sort du contrat principal à celui du prêt (a), la réciproque n'est toutefois pas vraie (b).

a) L'incertitude quant à la subordination de la vente au prêt

428. Les auteurs précédemment cités sont en désaccord, ne serait-ce que partiellement, lorsqu'ils envisagent l'anéantissement du contrat principal du fait de la disparition du prêt. Pour l'un d'eux¹³¹⁹, l'annulation totale du prêt devrait, dans tous les cas, rester sans incidence sur la vente. Il s'explique : « c'est la vente qui est la 'cause impulsive et déterminante' du prêt. Le 'consommateur' emprunte pour acheter ; il n'achète pas pour emprunter. Le but de l'opération c'est la vente et non le prêt. [...] La vente pourrait-elle être annulée à la demande de l'acquéreur-emprunteur' sous le prétexte qu'il a accepté l'offre de crédit le 9^e et non le 10^e jour après l'avoir reçue. Pour restituer le prix, le vendeur serait contraint à l'alternative qu'on invoque au profit de l'emprunteur : contracter un prêt ou revendre son nouveau logement. 'Le remède serait pire que le mal'. [...] Il serait plutôt une prime à sa mauvaise foi »¹³²⁰. Pour l'autre, au contraire, du moins dans les modalités légales signalées d'anéantissement du prêt, même si la loi ne l'affirme pas, la vente devrait être anéantie si l'emprunteur le désire¹³²¹. La raison avancée en est que « l'on ne saurait le contraindre à contracter un autre prêt [...] ni à revendre le bien par lui acquis ». En pratique, on sait que l'anéantissement du prêt n'est guère invoqué par le consommateur que parce qu'il rencontre des difficultés pour rembourser son crédit. D'ailleurs, lorsque cela résulte de la remise d'une offre irrégulière, il peut rembourser le capital

¹³¹⁶ CALAIS-AULOY, M.-Thérèse. *Op. cit.*, n° 33.

¹³¹⁷ THIBIERGE, Catherine. *Op. cit.*, n° 82, p. 505. Les autres modalités seraient, pour l'auteur, le défaut d'agrément de l'assureur et le défaut d'octroi de l'un des multiples prêts demandés. V. n° 382 *supra*.

¹³¹⁸ RAVANAS, Jacques. *Op. cit.*, n° 53, p. 450.

¹³¹⁹ *Idem*, n° 47, p. 446.

¹³²⁰ *Idem*, n° 47-48, p. 446-447, et note 72.

¹³²¹ THIBIERGE, Catherine. *Op. cit.*, n° 82, p. 505.

selon l'échéancier prévu¹³²². On peut alors penser que l'anéantissement de la vente ne serait pas réalisé dans son intérêt. Quand bien même ce serait le cas, une telle mesure semblerait méconnaître excessivement les intérêts du vendeur. Le jeu de l'interdépendance ne devrait pas, dans ce cas, trouver application. La situation est distincte, en revanche, lorsque c'est la vente de l'immeuble qui est résolue ou annulée.

b) L'opportunité d'un lien de subordination du prêt à la vente

429. Si l'on tire toutes les conséquences du raisonnement présenté par l'auteur cité ci-dessus, il semblerait que, dans ces cas, on puisse contraindre l'emprunteur à réaliser un autre achat simplement pour qu'il continue de rembourser le prêt. Cela ne serait certainement pas raisonnable. À supposer que la vente soit exactement la « cause impulsive et déterminante » du prêt, *a fortiori* devrait-on admettre que son annulation ou sa résolution puisse entraîner la disparition du crédit. Mieux encore, qu'elle entraîne sa résiliation. On s'explique. L'enjeu économique de la résiliation du prêt en cas d'anéantissement de la vente se résume, à peu près, au paiement de l'indemnité de remboursement anticipé, puisque le consommateur dispose d'un tel droit¹³²³. Dès lors, il suffirait d'éliminer, *de lege ferenda*, le paiement de cette indemnité pour qu'il puisse résilier son crédit¹³²⁴. Le prêteur conserverait les intérêts jusqu'alors perçus, le consommateur restituerait le bien acquis et, le vendeur, le prix de la vente¹³²⁵. Une telle solution semble promouvoir une répartition équitable des risques. On s'accordera alors pour admettre que l'« essentiel, dans la recherche d'une solution en matière contractuelle, est bien de trouver des règles opposables à tous les contractants et qui ne soient pas la simple expression de l'intérêt de l'un d'entre eux »¹³²⁶. La jurisprudence française ne retient pas la même solution. Elle transpose au domaine immobilier les solutions légales prévues pour le financement de biens de consommation courante.

2) La transposition jurisprudentielle d'un lien d'interdépendance

430. Tirant toutes les conséquences de la délibération psychologique du consommateur et des enjeux économiques de ce type d'opérations pour lui, elle prononce la résolution du prêt

¹³²² V. n° 295 *supra*.

¹³²³ V. n° 473 *supra*.

¹³²⁴ Dans ce même sens, v. CALAIS-AULOY, M.-Thérèse. *Op. cit.*, n° 34, note 38, pour qui « ce serait une solution suffisante et plus acceptable pour le banquier ».

¹³²⁵ Le même problème évoqué en matière de crédit mobilier à la consommation, à savoir les restitutions dues en cas d'annulation ou de résolution du contrat principal, se retrouverait en matière immobilière. On pourrait songer à la solution de l'action directe suggérée par M. RAVANAS, Jacques (*op. cit.*, n° 60, p. 454), pour qui une telle action ne le priverait pas de son action contre l'emprunteur. Dans ce même sens, v. JAMIN, Christophe. « La notion d'action directe », *op. cit.*, n° 410, p. 360.

¹³²⁶ CALAIS-AULOY, M.-Thérèse. *Op. cit.*, n° 34, laquelle affirme cependant qu'« il n'existe aucun principe d'équité qui justifierait de faire subir au banquier plutôt qu'à l'acheteur les risques de résolution ou d'annulation de la vente ». Lorsque le produit est défectueux, il semble normal et conforme à l'équilibre économique du contrat que le consommateur puisse promouvoir la *résiliation* du prêt, en ne payant au vendeur qu'une indemnité correspondant à l'utilisation du bien.

lorsque celle de la vente est prononcée¹³²⁷, aussi bien qu'en cas d'annulation de cette dernière¹³²⁸. Ces décisions, prises au bénéfice de consommateurs, ne devraient pas choquer dans la mesure où ces mêmes solutions ont été reconnues par la jurisprudence au bénéfice de professionnels. Sur le fondement de la cause, la Cour de cassation a jugé qu'un prêt consenti pour le paiement du prix d'un fonds de commerce devenait caduc si le contrat de vente du fonds était annulé¹³²⁹. Plus récemment, elle a atteint le même résultat en se basant sur les notions d'« opération économique unique » et d'« ensemble contractuel indivisible »¹³³⁰. L'interdépendance semble même avoir, en France, une vocation à devenir le droit commun des contrats.

431. La généralisation en droit privé français d'un lien d'interdépendance – Le projet de réforme du droit des contrats élaboré par la Chancellerie contient une règle visant à intégrer ce mécanisme dans le Code civil. Il est ainsi défini : « sont interdépendants les contrats concomitants ou successifs dont l'exécution est nécessaire à la réalisation de l'opération d'ensemble à laquelle ils appartiennent »¹³³¹. Le régime de l'interdépendance y est également proposé : « lorsque l'un des contrats interdépendants est atteint de nullité, les parties aux autres contrats du même ensemble peuvent se prévaloir de leur caducité si la nullité rend leur exécution impossible ou prive le contrat de tout intérêt pour l'une des parties »¹³³². De manière plus modeste et réservée à un secteur précis des opérations de crédit immobilier, le juge brésilien aboutit parfois à un résultat similaire. Sa justification en est toutefois distincte.

B) L'intérêt public justifie le lien entre prêt et vente immobilière

432. Les juges du fond admettent, et le *Superior Tribunal de Justiça* y adhère, que la résolution de la vente d'immeuble entraîne celle du prêt destiné à la financer. Le mot « interdépendance » figure d'ailleurs expressément dans la plupart des décisions rendues en la matière¹³³³. On est loin, cependant, de la reconnaissance d'un principe général d'interdépendance entre ces deux contrats. La jurisprudence circonscrit son application à des hypothèses restreintes dans lesquelles un intérêt public est présent. Dans ces hypothèses précises, la jurisprudence du STJ était tout de même, jusqu'à une période récente, très généreuse. Elle faisait supporter au prêteur, solidairement avec le vendeur, tous les risques liés

¹³²⁷ Cass. 1^{re} civ. 1^{er} déc. 1993 : Bull. civ. I, n° 355, pourvoi n° 91-20539 ; JCP II 22325, obs. JAMIN, Christophe.

¹³²⁸ Cass. 1^{re} civ. 16 déc. 1992 : Bull. civ. I, n° 316, pourvoi n° 90-18151.

¹³²⁹ Cass. 1^{re} civ. 1^{er} juillet 1997 : Bull. civ. I, n° 224, pourvoi n° 95-15642 ; D. 1998, jur. p. 32, note AYNÈS, Laurent ; D. 1998, somm. 110, note MAZEAUD, Denis ; Rev. droit. banc. et bourse nov-déc. 1997, p. 235, obs. CRÉDOT, Francis et GÉRARD, Yves.

¹³³⁰ Cass. 1^{re} civ. 4 avr. 2006 : Bull. civ. 2006, I, n° 190, pourvoi n° 02-18277.

¹³³¹ Art. 13.

¹³³² Art. 100. L'art. 153, al. 2, prévoit enfin que « dans l'ensemble contractuel qu'ils forment, les contrats interdépendants s'interprètent en fonction de l'opération à laquelle ils sont ordonnés ». Pour une critique ardente de ces propositions, v. BROS, Sarah. « Les contrats interdépendants : actualité et perspectives », D. 2009, p. 960 : « soit le projet [...] crée des règles dont l'application risque de conduire aux pires régressions dans la sécurité des transactions (art. 100), soit, enfin, il propose des textes inutiles (art. 153, art. 13) ».

¹³³³ STJ-Resp n° 67.177/RS, rel. Min. Peçanha Martins, 2^a T., j. 7.3.1996, DJ 6.5.1995 ; STJ-Resp n° 85.886/DF, rel. Min. Peçanha Martins, 2^a T., j. 4.8.1997, DJ 22.6.1998.

à l'avenir de la vente (1). Revenant à une position plus prudente, le STJ restitue à ce type d'opérations une distribution équitable des risques (2).

1) Les risques sont indûment transférés sur le chef du prêteur

433. Lorsque les fonds destinés à financer l'acquisition immobilière proviennent des ressources liées au Système Financier de l'Habitation (SFH), les juges considèrent qu'il y a, non pas vente et prêt, mais un seul « négoce d'acquisition de son logement » (« aquisição da casa própria »)¹³³⁴. Ils ont commencé par déduire l'existence d'un lien de solidarité entre les obligations de l'établissement de crédit et celles du vendeur, comme si le prêteur lui-même avait une obligation de résultat au bénéfice du consommateur. Ainsi, lorsque le consommateur prétendait obtenir une indemnisation en raison de vices de construction avérés dans l'immeuble, la jurisprudence condamnait le prêteur et le vendeur solidairement, à donner satisfaction à sa demande. Seuls les contrats d'acquisition d'immeubles à construire étaient pourtant concernés¹³³⁵. L'argument principalement évoqué pour justifier la responsabilité solidaire de ces agents était que, dans ces cas de figure, le prêteur était censé procéder régulièrement au suivi de la réalisation des travaux de construction, libérant les fonds au fur et à mesure de leur avancement¹³³⁶. Revenant sur son orientation, le STJ a abandonné, en 2009, ce partage des risques en l'estimant inéquitable¹³³⁷. Désormais, le vendeur répond seul des vices rédhibitoires du bien acquis. Cette solution mérite d'être approuvée. En plaçant sur la tête du prêteur, fût-ce par le jeu d'une solidarité, tous les risques inhérents à la garantie contre les vices cachés, on passerait d'un extrême à l'autre. Une solution équilibrée commandait une répartition des risques plus équitable.

¹³³⁴ STJ-Resp n° 51.169/RS, rel. Min. Ari Pargendler, 3^a T., j. 9.12.1999, DJ 28.2.2000.

¹³³⁵ STJ-Resp n° 310.336/DF, rel. Min. Menezes Direito, 3^a T., j. 4.12.2001, DJ 18.3.2002.

¹³³⁶ Dans les espèces jugées par le *Superior Tribunal de Justiça*, le contrat de crédit avait été conclu à une époque où était encore en vigueur la réglementation de l'ancienne Banque nationale de l'habitation (BNH, dont le rôle de régulateur du SFH est actuellement exercé par la Banque Centrale). L'une des résolutions de la BNH (n° 31, du 28.11.1968, point 20) prévoyait que l'agent financier avait une obligation de contrôle l'égard du constructeur, les fonds n'étant débloqués qu'au fur et à mesure de l'avancement des travaux. Au surplus, des attestations devaient être fournies, signées par des professionnels spécialisés (architecte et ingénieur) désignés par le prêteur, certifiant l'exécution des travaux en conformité avec les projets de construction. En 1984, des réclamations réitérées des emprunteurs à propos de défauts avérés dans les immeubles acquis au sein du SFH ont donné lieu à la circulaire n° 22 de la BNH. Il y était prévu que la négligence du prêteur dans le contrôle des travaux pourrait entraîner sa responsabilité vis-à-vis des emprunteurs. Pour les juges du fond, de cette réglementation découlait la solidarité entre les obligations des différents professionnels contractant avec le consommateur. Les prêteurs soutenaient, de leur part, que la lettre de l'article 896 du Code civil de 1916 prévoyait que « la solidarité ne se présume point ; elle résulte de la loi ou de la volonté des parties ». Le *Superior Tribunal de Justiça* confirmait la solution retenue par les juges du fond, sans pour autant déjouer directement le moyen soulevé par les prêteurs. Les magistrats considéraient que les crédits immobiliers consentis au sein du SFH bénéficiaient du soutien des pouvoirs publics car il s'agit de pourvoir d'un logement les populations à revenus faibles. Dès lors, un intérêt public est présent et justifie la reconnaissance d'une opération unique ; v., par ex., STJ-Resp n° 51.169/RS, précité, spéc. l'avis du Min. Menezes Direito. On remarque tout de même, dans les arrêts les plus récents, une mention expresse à la fois au mécanisme de l'interdépendance et à l'obligation solidaire à la charge de l'établissement de crédit : STJ-Resp n° 683.809/SC, rel. Min. Fernando Gonçalves, 4^a T., j. 18.5.2005, DJ 5.9.2005 ; STJ-Resp n° 572.819/RS, rel. Des. Paulo Furtado, 3^a T., j. 2.4.2009, DJ 14.5.2009.

¹³³⁷ STJ-Resp n° 950.522/PR, rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4^a T., j. 18.8.2009, DJ 8.2.2010.

2) La nécessité d'une distribution équitable des risques de l'opération

434. Dans des situations identiques, la jurisprudence évoque également l'interdépendance entre le prêt et la vente pour faire droit à la demande du consommateur qui prétend plutôt à la résiliation des contrats¹³³⁸. À admettre que l'argument tiré de l'intérêt public des opérations du SFH l'emporte sur tout autre moyen, il serait naturel que cette solution soit maintenue dans l'avenir. Les revirements récents de la jurisprudence du *Superior Tribunal de Justiça* soulèvent pourtant un certain scepticisme. Ils fournissent d'ailleurs l'occasion de noter qu'une répartition équitable des risques, dans ce type d'opérations, ne repose pas nécessairement sur l'intérêt public ou social. À ce titre, la limitation du jeu de l'interdépendance aux seuls financements d'immeubles à construire apparaît critiquable. Une protection efficace des intérêts du consommateur commanderait, en cas de résolution de la vente, de déclarer aussi la résolution ou la résiliation du crédit. Évidemment, le consommateur ne sera jamais en mesure d'exiger du prêteur l'inclusion de telles stipulations dans le contrat. C'est pourquoi, en matière de consommation, il convient que les pouvoirs publics interviennent afin d'assurer un régime contractuel équilibré.

¹³³⁸ STJ-Resp n° 331.340/DF, rel. Min. Barros Monteiro, 4^a T., j. 2.12.2004, DJ 14.3.2005.

Chapitre II – Les limites à la liberté contractuelle

435. Par des moyens divers, les pouvoirs publics interviennent dans les relations de crédit de droit privé : ils visent, d'une part, à conserver le contrôle de la politique monétaire, d'autre part, à assurer un équilibre minimum entre les droits et les obligations des parties en jeu. Certes, dans la philosophie du libéralisme, la liberté contractuelle implique, par définition, de laisser la formation des prix au libre jeu de la concurrence. En matière de crédit, toutefois, l'enjeu économique de ce type d'opération repose, précisément, sur l'influence que celles-ci exercent, à grande échelle, sur la politique monétaire¹³³⁹. D'où le fondement politique de l'interventionnisme étatique dans le marché du crédit. On ne saurait négliger, toutefois, l'influence de la morale – que l'on prétende ou non, désormais, la ranger aux confins de l'histoire – et d'un sentiment de justice sur le contrôle exercé par les pouvoirs publics sur le coût du crédit (section 1). Avec l'évolution des techniques du crédit, ceux-ci se sont aperçus que le seul contrôle du coût du crédit ne saurait suffire à assurer l'existence de relations de consommation équilibrées. Sous l'impulsion du mouvement consumériste ainsi que d'une prise de conscience de la part de la doctrine et de la jurisprudence sur les abus commis par certains professionnels, le législateur a procédé à l'aménagement de l'économie générale des contrats de crédit (section 2).

Section 1 – Les limites au coût du crédit

436. Le prix que le consommateur paie pour pouvoir disposer d'un crédit consiste dans les intérêts calculés sur le montant du capital prêté¹³⁴⁰. Le contrôle exercé par les pouvoirs publics se destine ainsi à limiter la fixation de ces intérêts. Dans les ordres juridiques français et brésilien, ce contrôle a pris la forme d'une lutte contre l'usure (§ 1^{er}). S'agissant essentiellement du résultat de certains calculs mathématiques, les intérêts d'un crédit peuvent, en pratique, faire l'objet de certaines manipulations. Les plus connues sont celles consistant à faire appliquer le taux conventionnel d'intérêt sur les intérêts des capitaux. Il s'agit des pratiques d'anatocisme (§ 2nd) que les pouvoirs publics entendent également contrôler.

¹³³⁹ « Si le crédit est indispensable au développement de la civilisation, [l']insertion du temps dans les rapports juridiques est génératrice de doute, car le crédit a pour corollaire nécessaire l'endettement, lequel crée le risque » : GJIDARA, Sophie. « L'endettement et le droit privé », LGDJ, 1999, n° 53, p. 44.

¹³⁴⁰ Dans les opérations de vente à crédit ou d'autres opérations assimilées, ce prix est fonction du temps accordé au consommateur pour exécuter, jusqu'à leur extinction, ses obligations de paiement. Il prend également la forme d'intérêts calculés sur le prix au comptant du bien ou du service donné.

§ 1^{er} – L'usure

437. Il est loin le temps où l'octroi d'un crédit était un simple geste de charité : « prêtez sans rien espérer en retour » (*mutuum date, nihil inde sperantes*), peut-on lire dans le Nouveau Testament¹³⁴¹. Le prêt à intérêt, devenu depuis peu un moyen facile de se procurer une place au sein de la société de consommation, a porté pendant plusieurs siècles un lourd passif moral : « de tout temps l'usurier a été une incarnation du Mal. La réalité alimenta la caricature et réciproquement »¹³⁴². Pourtant, depuis l'Antiquité¹³⁴³ le mot *usura*¹³⁴⁴ désignait simplement l'intérêt des capitaux, le « loyer de l'argent »¹³⁴⁵. Au Moyen Âge, l'usure était définie comme « le fait de percevoir quoi que ce soit en plus du capital prêté (*aliquid ultra sortem*) : l'emprunteur doit rendre strictement ce qu'il a reçu, et absolument rien de plus »¹³⁴⁶. Liée à la notion de lésion¹³⁴⁷, la prohibition de l'usure a connu une longue et tortueuse évolution au cours de l'histoire en fonction des alternances politiques et des conjonctures économiques. « L'intérêt est quelque chose de si bas qu'il ne faut jamais qu'un honnête homme montre pour lui de l'attachement » ; mais « si vous êtes heureux au jeu, vous en devriez profiter et mettre à honnête intérêt l'argent que vous gagnez afin de le trouver un jour... »¹³⁴⁸ : d'honnête homme à « honnête intérêt », on aperçoit ici, par la bouche d'Harpagon, la cohabitation conflictuelle qui existe à l'époque moderne entre, d'une part, la morale qui interdit de prêter à intérêts à son frère¹³⁴⁹ et, d'autre part, les idées libérales naissantes¹³⁵⁰.

438. **L'usure et l'évolution des mœurs** – Les nouvelles conceptions religieuses¹³⁵¹ ainsi que le renouveau de la vie économique provoquent un recul de la prohibition. D'un point de vue moral, la stipulation d'intérêts – pourvu que ceux-ci soient modérés – fait sont entrée

¹³⁴¹ Luc, VI, 35. Les affres d'une nuit éternelle en enfer ne semblent effectivement plus perturber le sommeil de l'usurier. V. LAGARDE, Xavier. « L'endettement des particuliers – étude critique », *op. cit.*, n° 5, p. 12.

¹³⁴² WILFRID, Jeandidier. « Droit pénal des affaires », 6^e éd., Dalloz, 2005, n° 152, p. 194.

¹³⁴³ LÉVY, Jean-Philippe et CASTALDO, André. « Histoire du droit civil », Dalloz, 2002, n° 456, p. 675. « L'argent, d'après Aristote (Politique, 1, 3, 23), est infertile, il ne se reproduit pas : '*nummos non parit nummos*' dira-t-on, ou encore 'l'argent ne fait pas de petits'. » (*idem*, n° 454, p. 673).

¹³⁴⁴ De *usum*, supin du verbe latin *utor, uti* = se servir, v. MALAURIE, Philippe, AYNÈS, Laurent et GAUTIER, Pierre-Yves. « Les contrats spéciaux », 3^e éd., Defrénois, 2007, n° 942, p. 548, note 9. Appelé aussi *foenus*, d'où la locution « *mútuo feneratício* » pour désigner, en langue portugaise, le prêt à intérêt.

¹³⁴⁵ STOUFFLET, Jean. « Le coût du crédit : encadrement ou liberté ? Table ronde introduite et animée », *Rev. dr. banc. et fin.*, n° 2, mars 2007, dossier 10. Pour une critique de cette expression, v. LAGARDE, Xavier. « L'endettement des particuliers – étude critique », *op. cit.*, n° 7, p. 20.

¹³⁴⁶ PHILIPPE-LEVY, Jean et CASTALDO, André. *Op. cit.*, n° 456, p. 676. « Le Christ se tient non pas à un niveau de justice, mais de charité. Cet esprit de miséricorde a conduit les pères de l'Église (Saint Basile notamment) à juger que l'usurier spolie le pauvre, récoltant ce qu'il n'a pas semé » : CARAMALLI, Delphine. « La loi pour l'initiative économique et le déplaçonnement des taux d'intérêt : une nouvelle étape dans l'histoire de l'usure », *Les petites affiches*, 25 août 2003, n° 169, p. 4.

¹³⁴⁷ STARCK, Boris, ROLAND, Henri et BOYER, Laurent. « Obligations – contrat », v. 2, 5^e éd., Litec, 1995, n° 842, p. 356 ; TERRÉ, François, SIMLER, Philippe, LEQUETTE, Yves. « Droit civil – les obligations », 9^e éd., Dalloz, 2005, n° 310, p. 316 : « la réglementation de l'usure sanctionne la lésion en matière de prêt d'argent ».

¹³⁴⁸ Molière. « L'avare », acte 1^{er}, scène IV.

¹³⁴⁹ Ou, du moins, entre coreligionnaires : v. PHILIPPE-LEVY, Jean et CASTALDO, André. *Op. cit.*, n° 456, p. 675.

¹³⁵⁰ SMITH, Adam. « Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations », livre I, chap. II, trad. Germain Garnier, 1881 : « ce n'est pas de la bienveillance du boucher, du brasseur ou du boulanger que nous attendons notre dîner, mais de leur souci de leur intérêt propre ».

¹³⁵¹ Chez l'église, des moines franciscains créent les Monts de piété pour pallier les prêts pratiqués par les usuriers. À la différence de Luther, Calvin y était favorable ; v. PHILIPPE-LEVY, Jean et CASTALDO, André. *Op. cit.*, n° 462, p. 683.

dans les mœurs. La différence avec l'usure n'est plus désormais qu'une question de taux. Sur le plan économique, le besoin de crédit finit par « saper l'interdiction »¹³⁵². En France, la Constituante adopte le 3 octobre 1789 un décret reconnaissant la validité du prêt à intérêts. Le Code civil a maintenu cette règle, la liberté des taux étant dès lors de principe¹³⁵³. Un siècle plus tard, le législateur brésilien adopte la même solution¹³⁵⁴. Cependant, contrairement à ce qu'avaient estimé les rédacteurs du Code civil, la honte n'aboutit, pas plus que la vertu, à freiner l'appétit des usuriers¹³⁵⁵. Au cours des deux siècles suivants, le législateur est contraint d'intervenir, à plusieurs reprises, afin de contenir les abus avérés dans le marché du crédit. Les mœurs ayant enfin changé avec l'avènement de la société de consommation, le débat sur l'usure se trouve actuellement largement « amoralisé » : « il ne s'agit même plus essentiellement, pour le législateur, de protéger les intérêts privés – matériels et moraux – des emprunteurs, mais de contribuer à abaisser le loyer de l'argent, et même, au-delà, d'assainir les circuits du crédit sur lesquels repose en partie la vie économique de la nation, tant au point de vue interne que sur le plan international »¹³⁵⁶.

439. L'intérêt de la comparaison entre les systèmes brésilien et français – Cette comparaison se montre intéressante en ce qu'elle révèle la mesure dans laquelle les conjonctures économiques d'un marché globalisé sont susceptibles d'influencer le comportement des pouvoirs publics dans le sens, soit de l'adoption d'une politique dirigiste de protection (A), soit d'une renonciation à intervenir dans un domaine où les enjeux macroéconomiques semblent basculer la protection du consommateur dans l'angle mort du champ de vision des dirigeants politiques (B).

A) La régulation du coût du crédit intègre les pratiques du marché

440. Le système français actuel a été institué par une loi du 28 décembre 1966¹³⁵⁷ modifiée, notamment, par une autre du 31 décembre 1989¹³⁵⁸. Elles ont été transposées, dans le Code de la consommation, aux articles L. 313-3 et suivants. Ce système est fondé sur une technique de contrôle assouplie soumise, en pratique, à une sorte de « partenariat » avec les

¹³⁵² *Idem*, n° 457, p. 676.

¹³⁵³ Art. 1905 : « Il est permis de stipuler des intérêts pour simple prêt soit d'argent, soit de denrées, ou autres choses mobilières ».

¹³⁵⁴ Code civil (loi n° 3.071 du 1^o janvier 1916), art. 1.262.

¹³⁵⁵ FENET, P. A. « Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil », t. XIV, réimp. éd. 1827, Otto Zeller, Osnabrück, 1968, p. 473 : « la cupidité est néanmoins si intrépide lorsqu'elle peut espérer cacher ses excès, qu'il fallait essayer de la contenir par le frein de la honte, et c'est dans cette vue que le projet ajoute : 'le taux d'intérêt conventionnel doit être fixé par écrit' » (discours prononcé par Albisson lors de la discussion devant le corps législatif, le 18 ventôse an XII).

¹³⁵⁶ LARGUIER, Jean et CONTE, Philippe. « Droit pénal des affaires », 11^e éd., Armand Colin, 2004, n° 464, p. 443 ; v. aussi HIRIGOYEN, Gérard. « Quelques réflexions sur le lien entre l'éthique et la finance », Les Petites Affiches, 5 oct. 1994, n° 119 ; LASSERRE CAPDEVILLE, Jérôme. « Le prêt usuraire », Rev. Lamy dr. des affaires 2008, n° 31.

¹³⁵⁷ Loi n° 66-1010 du 28.12.1966 relative à l'usure, aux prêts d'argent et à certaines opérations de démarchage et de publicité.

¹³⁵⁸ Loi n° 89-1010 du 31.12.1989, sur la prévention et le règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles.

agents du marché¹³⁵⁹. Il convient d'analyser le dispositif actuel dans son étendue (1), ensuite dans sa mise en œuvre (2).

1) L'étendue du dispositif sur l'usure

441. Constitue un prêt usuraire tout prêt conventionnel consenti à un taux effectif global qui excède, au moment où il est consenti, de plus du tiers, le taux effectif moyen pratiqué au cours du trimestre précédent par les établissements de crédit pour des opérations de même nature comportant des risques analogues, telles que définies par l'autorité administrative après avis du Comité consultatif du secteur financier¹³⁶⁰. Ayant fait l'objet d'une codification à droit constant¹³⁶¹, ces dispositions d'ordre public étaient applicables, jusqu'en 2003, à toutes les opérations de crédit, qu'elles soient conclues avec des consommateurs ou avec des professionnels¹³⁶². Depuis 2005, la prohibition de l'usure ne s'applique guère qu'aux crédits consentis aux consommateurs¹³⁶³. La notion de « prêt conventionnel » devant s'entendre dans un sens large¹³⁶⁴, toutes les opérations de crédit conclues avec des consommateurs sont en principe concernées, sans égard à leur montant ou à leur nature¹³⁶⁵. À ce titre, les crédits accordés à l'occasion de ventes à tempérament sont assimilés à des prêts conventionnels et considérés comme usuraires dans les mêmes conditions que les prêts d'argent ayant le même objet¹³⁶⁶.

442. Les éléments de la définition – Le seuil d'usure correspond à quatre tiers du taux effectif moyen, celui-ci étant entendu comme la moyenne arithmétique simple des taux effectifs globaux pratiqués au cours d'un trimestre civil par les établissements de crédit¹³⁶⁷. Le mécanisme adopté par la loi vise à tenir compte des fluctuations des taux du marché financier. La Banque de France calcule le taux moyen ainsi que le seuil de l'usure correspondant qui

¹³⁵⁹ Il s'est substitué à la technique, plus complexe, du décret-loi du 8 août 1935 relatif à l'usure, lequel interdisait les taux dépassant de plus d'une fois et demie les taux moyens consentis par les prêteurs de bonne foi pour les mêmes risques : « le décret avait suscité des difficultés d'application, tant les notions utilisées – bonne foi, taux moyen, risques comparables... – étaient floues » : HUET, Jérôme. « Traité de droit civil – les principaux contrats spéciaux », LGDJ, 1996, n° 22532, p. 895.

¹³⁶⁰ Art. L. 313-3 du Code de la consommation.

¹³⁶¹ Pour une critique de cette codification au Code de la consommation, v. FERRIER, Nicolas. « Les incertitudes du régime de l'usure liées à sa codification », RTD com. 2005, p. 219 ; PIEDELIÈVRE, Stéphane. « Usure », Rép. com. Dalloz, oct. 2005, n° 9.

¹³⁶² Art. L. 313-5 du Code mon. et fin., lequel renvoie aux dispositions du Code consom.

¹³⁶³ Le besoin pour certains professionnels, notamment des petites et moyennes entreprises présentant des risques de crédit élevés, de se procurer des moyens de financement a amené le législateur à abroger l'interdiction de l'usure, d'abord, pour les personnes morales exerçant une activité professionnelle, ensuite, pour les personnes physiques agissant pour des besoins professionnels (art. L. 313-3, al. IV, du Code consom., introduit par les lois n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 et n° 2005-882 du 2 août 2005, respectivement). L'interdiction persiste cependant sur le plan civil, pour les découverts en compte consentis à des finalités professionnelles (art. L. 313-5-1 du Code mon. et fin.).

¹³⁶⁴ Cass. com. 20 févr. 2007 : Bull. civ. IV, n° 47, pourvoi n° 04-11989 (où il est fait mention d'une enquête pénale établie au regard d'un contrat d'ouverture de crédit). V. PIEDELIÈVRE, Stéphane. « Usure », *op. cit.*, n° 42 : « le prêt étant actuellement considéré comme un contrat consensuel, le seuil de l'usure s'appréciera au moment de la conclusion de la convention de crédit ».

¹³⁶⁵ CALAIS-AULOY, Jean et STEINMETZ, Frank. *Op. cit.*, n° 363, p. 402. Une exception critiquable est parfois admise pour les opérations de *leasing*, sous prétexte qu'un contrat de location ne peut comporter de taux d'intérêt. V. n° 345 *supra*.

¹³⁶⁶ Art. L. 313-3, al. 2, du Code consom.

¹³⁶⁷ Art. D. 313-7 du Code consom.

servira de référence pour le trimestre suivant. Ces taux sont ensuite publiés au Journal officiel¹³⁶⁸. Une disposition réglementaire impose aussi aux fournisseurs de crédit de porter à la connaissance des emprunteurs les seuils de l'usure correspondant aux opérations qu'ils leur proposent¹³⁶⁹. On a pu considérer cette forme de participation des établissements de crédit à la fixation du plafond de l'usure comme un défaut : le taux étant calculé « en fonction de ce qui se pratique, il y a là comme un cercle vicieux »¹³⁷⁰. Il est vrai que si les établissements de crédit fixent leurs taux au plafond légal, une augmentation progressive du seuil de l'usure aura lieu chaque trimestre. Ce phénomène, appelé par les économistes « échelle de perroquet »¹³⁷¹, n'est pas une hypothèse d'école, notamment dans les opérations de crédit affecté¹³⁷². Les taux d'intérêt deviendraient vite très élevés et le système ne donnerait guère de protection aux emprunteurs¹³⁷³. La justification de ce mécanisme est pourtant d'ordre économique : l'on cherche à éviter ainsi un rationnement du crédit qu'entraînerait un seuil légal rigide, notamment en cas de variation d'une ampleur exceptionnelle du coût des ressources des établissements de crédit¹³⁷⁴.

443. Les modalités des plafonds réglementaires – Ensuite, il convient de distinguer parmi l'éventail des opérations de crédit proposées aux consommateurs, celles qui présentent des risques analogues, un taux plafond étant défini pour chaque catégorie d'opérations¹³⁷⁵. Jusqu'à l'adoption de la loi n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010, des critères économiques relatifs aux risques présentés par groupes d'opérations de même nature étaient privilégiés dans le dispositif réglementaire¹³⁷⁶. Les pouvoirs publics ont décidé de modifier cette organisation. Ils reconnaissent qu'elle a abouti à des taux sensiblement plus élevés pour des modalités de crédit

¹³⁶⁸ Art. D. 313-6.

¹³⁶⁹ Art. D. 313-8.

¹³⁷⁰ HUET, Jérôme. *Op. cit.*, n° 22532, p. 897.

¹³⁷¹ BAUDASSÉ, Thierry et LAVIGNE, Anne. « Pourquoi et comment légiférer sur l'usure », *Rev. d'économie financière* n° 58, mars 2000, p. 175.

¹³⁷² WILFRID, Jeandidier (*op. cit.*, n° 155, p. 200) rappelle, à propos du système de *taux butoir* institué par la loi de 1966 et fixé au double du taux de rendement des obligations du Trésor (avant les modifications apportées en 1989), que « ce rendement avait été pour le premier semestre 1989 de 8,95% - soit un taux plafond de 17,96% - le record ayant été de près de 18% pour le premier semestre 1982 – soit un taux plafond de 35,38% et les prêteurs ne se privaient pas d'aligner en conséquence leurs tarifs (CA Dijon, 23 novembre 1989 ; JCP 1990, II, 21497, les taux usuraires pratiqués dans cette espèce grimant jusqu'à 660% !) »

¹³⁷³ HUET, Jérôme. *Op. cit.*, n° 22532, p. 897.

¹³⁷⁴ Si les taux proposés pour certaines opérations demeuraient en un niveau assez bas, les établissements de crédit ayant prêté à taux variables se trouveraient en difficulté en cas d'augmentation inattendue des taux du marché interbancaire, ne pouvant pas augmenter d'autant leurs propres taux sans dépasser le seuil de l'usure. La conséquence en serait un rationnement du crédit avéré pour lesdites opérations au sein du marché. Le Code de la consommation permet aux autorités administratives de venir en ces cas en aide aux fournisseurs de crédit, afin de « corriger » les taux effectifs moyens observés par la Banque de France (art. D. 313-7, al. II). Cette disposition de nature réglementaire ne semble pourtant pas trouver de fondement dans une disposition légale. V. Rapport du sénateur Philippe Dominati, préc., p. 170.

¹³⁷⁵ La loi mentionne encore un regroupement par opérations de même nature, mais il semble que des critères économiques relatifs aux risques présentés sont privilégiés dans le dispositif réglementaire.

¹³⁷⁶ Un arrêté du 24 août 2006 a fixé les catégories servant de base à l'application de l'article L. 313-3 du Code consom. Trois concernent les prêts accordés aux particuliers en matière de crédit mobilier (prêt d'un montant inférieur ou égal à 1.524 € ; découverts en compte, prêts permanents et financement d'achats et ventes à tempérament supérieures à 1.524 € ; prêts personnels et autres prêts supérieures à 1.524 €). Trois catégories ont été retenues pour les crédits immobiliers (prêts à taux fixe, prêts à taux variable, prêts relais). Définis il y a presque vingt ans (arrêté du 25 juin 1990, où un montant de 10.000 F était indiqué, approx. 1.524 €), ces critères de distinction apparaissent aujourd'hui obsolètes.

présentant des risques importants¹³⁷⁷. Les consommateurs les plus démunis, c'est-à-dire ceux qui ne disposent pas de garanties suffisantes ni d'un bon historique de crédit, sont ainsi « repoussés » vers les crédits chers et dangereux, tels les découverts, les crédits renouvelables et les ventes à tempérament¹³⁷⁸. Les pouvoirs publics se sont rendus compte de ce phénomène qu'ils qualifient de « spécialisation du risque »¹³⁷⁹ : « l'objectif est clairement identifié : mettre un terme à un mouvement de sélection des risques, par catégorie de prêts, devenu préoccupant en ce qu'il aboutit à un rationnement des prêts personnels préjudiciable aux consommateurs et autorise des taux comparativement très élevés pour les crédits renouvelables »¹³⁸⁰. La solution trouvée passe par un regroupement des différentes catégories d'opérations en fonction du montant des prêts accordés¹³⁸¹. Il n'est toutefois pas certain que cette solution de compromis¹³⁸² procurera le résultat escompté¹³⁸³. Outre l'objectif avoué d'aboutir, à terme, à la suppression de

¹³⁷⁷ V. Rapport du sénateur Philippe Dominati, préc., p. 35 : « aujourd'hui, les modalités de détermination des seuils de l'usure ne semblent plus aboutir à un compromis satisfaisant : les prêts personnels, dont le taux de l'usure gravite autour de 10 %, font l'objet d'un rationnement évident tandis que certains crédits renouvelables sont habituellement consentis à des taux qui, supérieurs à 20 %, apparaissent élevés ».

¹³⁷⁸ *Idem*, p. 151 : « on peut se demander si la réglementation actuelle de l'usure, qui s'accommode d'une différence de taux approchant 11 points et excédant largement 100 % entre crédit personnel et crédit renouvelable, n'aboutit pas à imposer des conditions fondamentalement usuraires à des personnes ne présentant pas de garanties suffisantes pour obtenir, par exemple, un prêt bancaire personnel au taux de 10 %, mais qui peuvent obtenir sans difficulté des 'revolving' à 18 %... ».

¹³⁷⁹ *Idem*, p. 122 : « c'est là qu'aujourd'hui se trouve le cœur du problème : une structuration par 'filières' qui facilite les pratiques échappant aux contraintes du jeu de la concurrence, et qui empêche donc à celui-ci de produire les effets régulateurs sur le niveau des prix qu'on peut légitimement en attendre ». Le terme « spécialisation du risque » y est aussi employé à la p. 146.

¹³⁸⁰ *Idem*, p. 157.

¹³⁸¹ Art. L. 313-3, al. 1^{er}, dernière phrase (entrée en vigueur prévue au 1^{er} avr. 2011 : art. 61, I, al. 5, de la loi n° 2010-737 préc.).

¹³⁸² V. Rapport, préc., p. 34 : « le seuil de l'usure est le résultat d'un compromis socio-économique tendant à ce que les taux-plafond soient à la fois : suffisamment élevés pour permettre aux emprunteurs offrant des garanties réduites d'accéder néanmoins au crédit, le prêteur étant rétribué à hauteur du risque encouru (pas de *rationnement* du crédit) ; suffisamment bas pour que les banques, faute de pouvoir se rétribuer à hauteur de risques élevés, ne prêtent pas aux emprunteurs les plus fragiles, dont la précarité se trouverait encore accentuée par un volume accru d'intérêts à rembourser ».

¹³⁸³ La solution proposée dans le projet de la loi n° 2010-737 paraît, à première vue, ambiguë. La logique économique qui sous-tend cette réforme repose sur le « rehaussement du seuil de montant et l'unification des catégories » (v. Rapport, préc., p. 163). Dès lors, un seul plafond serait fixé pour toutes les opérations de crédit d'un montant inférieur à 3.000 euros et un autre pour celles d'un montant supérieur à ce montant. Ces montants seraient adoptés par voie réglementaire en concertation avec le gouvernement (p. 165, note 2). Or, selon les estimations réalisées par la Banque de France à cet égard, cette mesure aboutirait à augmenter d'environ 10 points le seuil d'usure prévu actuellement pour certains prêts personnels (p. 163 ; prêts personnels d'un montant inférieur à 1.524 euros, dont le seuil d'usure passerait de 9,5% actuellement à environ 20,39% l'an.). La justification du dispositif proposé en est qu'une telle fusion des catégories de crédit devrait entraîner par là même une réduction du plafond légal d'au moins cinq points pour les opérations les plus risquées (de 20,86% actuellement à environ 15,49% l'an), précisément celles auxquelles ont souvent recours les consommateurs les plus démunis (p. 163). Ce résultat devrait, selon les pronostics avoués dans ledit projet de loi, favoriser leur accès aux modalités de crédit amortissables (moins dangereuses). Pour pallier, non seulement l'exclusion probable des emprunteurs « risqués » qui en résulterait, mais aussi la baisse considérable de l'encours total du crédit fourni aux consommateurs, une troisième catégorie serait aussi prévue pour les contrats d'un montant supérieur à 6.000 euros, pour lesquels un plafond réduit prévaudrait. Les plafonds estimés après une telle réforme seraient ainsi représentés : crédits d'un montant entre 0 et 3.000 euros (20,5%) ; entre 3.000 et 6.000 euros (18%) ; et supérieurs à 6.000 euros (14%) ; v. Rapport préc., p. 164, spéc. note 2. Dans tous les cas, l'épée de Damoclès suspendue au-dessus du dispositif proposé est représentée par le pari soutenu que l'ensemble des fournisseurs de crédit n'enclenche pas, du moins à court terme, une « échelle de perroquet » (p. 163). À cet égard, les parlementaires reconnaissent pourtant que « nul n'est aujourd'hui en mesure de prévoir, à terme, quelle nouvelle dynamique est susceptible de s'enclencher » (p. 169).

tout plafond d'usure¹³⁸⁴, elle risque, notamment, de pousser les ménages français à un endettement plus important¹³⁸⁵.

444. Dans la pratique du marché, on pourrait penser que le devoir d'information qui incombe au fournisseur de crédit suffirait à procurer au consommateur une protection efficace contre les crédits usuraires : très concrètement, celui-ci reçoit une offre de crédit comportant un taux effectif global qu'il pourra aisément comparer au taux de l'usure. Or, le prêteur indiquera-t-il clairement, dans son offre, qu'il pratique un taux supérieur au plafond légal de l'usure ? Cette question révèle les difficultés de mise en œuvre de la réglementation sur les crédits usuraires.

2) La mise en œuvre du dispositif sur l'usure

445. En cette matière, le mode de calcul du taux annuel effectif global (TAEG) constitue une donnée essentielle. Il s'agit cependant d'un procédé complexe qui relève des mathématiques financières, auxquelles les juristes semblent traditionnellement peu habitués¹³⁸⁶. Or, ce débat est plus juridique qu'il n'y paraît, la complexité technique ne justifiant point l'abandon d'une question si importante aux soins des seuls économistes ou experts comptables. Au-delà des impératifs d'information du consommateur et de transparence du marché, cette question concerne aussi le domaine de la prohibition de l'usure si, par exemple, le TAEG indiqué est identique au plafond légal – ce qui n'est pas rare en pratique. Suivant la méthode de calcul employée, un crédit consenti, en toute apparence, conformément à la loi peut en réalité s'analyser comme usuraire. La nécessité d'une formule uniforme de calcul du taux effectif global ressort à l'évidence. Sur ce point, le système français n'est cependant pas à l'abri de la critique. La législation en vigueur comporte une diversité de techniques qui empêche pratiquement le consommateur de vérifier la conformité du taux d'intérêt conventionnel aux seuils réglementaires (a). Ces difficultés résultent d'une regrettable consécration légale d'un

¹³⁸⁴ Rapport préc., p. 122 : « votre rapporteur est profondément convaincu que la meilleure solution consisterait à supprimer du taux de l'usure » ; mais aussi « bien conscient qu'une telle décision serait prématurée au regard de l'état de l'opinion publique et, comme en ont en particulier témoigné les auditions des associations de consommateurs, de sa foi dans les vertus protectrices du seuil légal ».

¹³⁸⁵ Le message est très clairement exprimé dans le rapport préc., mais il ne résulte pas moins du mécanisme envisagé : pour avoir accès à un crédit moins cher, le seuil de six mille euros sera une barrière que de nombreux consommateurs n'hésiteront sans doute pas à franchir. Pour les pouvoirs publics, ce problème n'en est pas un : l'exclusion alléguée d'environ 40% de la population de l'accès au crédit leur apparaît comme un phénomène bien plus redoutable que celui du surendettement (p. 121). Le législateur prend tout de même la précaution d'accorder au ministre chargé de l'économie le soin de mettre en œuvre, pour une période ne pouvant excéder huit trimestres consécutifs, des mesures transitoires dérogeant à celles destinées à régir les nouvelles opérations à partir du 1^{er} avr. 2011, en cas de variation d'une ampleur exceptionnelle du coût des ressources des établissements de crédit, ou de modifications de la définition des opérations de même nature regroupées en fonction du montant des prêts (art. L. 313-3, al. 4, qui entre en vigueur à cette dernière date).

¹³⁸⁶ Le recours systématique à des expertises ainsi que la création d'une commission consultative sont autant d'indices d'un tel handicap. L'art. L. 313-6 du Code consom. prévoit qu'« en tout état de la procédure d'enquête préliminaire ou de la procédure d'instruction ou de jugement, les autorités judiciaires compétentes pourront saisir, si elles l'estiment utile, une commission consultative dont la composition sera fixée par arrêté et qui donnera tous avis tant sur le taux effectif moyen visé à l'alinéa premier de l'article L. 313-3 que sur le taux effectif global pratiqué dans l'espèce considérée ». V. MALAURIE, Philippe, AYNÈS, Laurent et GAUTIER, Pierre-Yves. *Op. cit.*, n° 945, p. 549 : « on a montré par des calculs mathématiques que 12% l'an n'équivalaient pas à 1% par mois... »

usage bancaire susceptible d'induire le consommateur en erreur. Elles rendent difficile l'application des sanctions de l'usure (b).

a) Les méthodes divergentes de calcul du taux d'usure

446. On rappellera tout d'abord que le TAEG est un taux annuel¹³⁸⁷. Cependant, souvent les remboursements d'un crédit sont prévus par périodes mensuelles. Un calcul mathématique, connu sous le nom de « principe des correspondances d'intérêts »¹³⁸⁸, devrait, en principe, permettre de trouver le taux correspondant à une période de remboursement. Ce « taux de période » ainsi que la durée de la période doivent être expressément communiqués à l'emprunteur¹³⁸⁹. Le problème réside dans la conversion du taux de période en un TAEG. Si on soumet ce taux à un calcul d'intérêts simples, on aboutit par l'effet d'une progression arithmétique à un TAEG dit proportionnel¹³⁹⁰. En revanche, si on soumet ledit taux à la méthode des intérêts composés¹³⁹¹ on obtient, par l'effet d'une progression géométrique, un TAEG dit équivalent¹³⁹². Ce second taux révélera un chiffre plus élevé que le premier¹³⁹³. Dès lors, si le TAEG indiqué pour un crédit donné, identique au seuil d'usure, est calculé selon la première formule, ce crédit sera pourtant usuraire si, pour le prélèvement des agios, le prêteur utilise la seconde méthode de calcul : « en côtoyant de trop près le précipice, il arrive qu'on y tombe... »¹³⁹⁴. Or, pour un consommateur moyen, fût-il capable, à lui seul, d'une telle vérification, l'existence de pratiques (ou méthodes) de calcul distinctes au sein du marché du

¹³⁸⁷ Art. R. 313-1, al. 1^{er}, du Code consom.

¹³⁸⁸ HUSSET, Yves. « Calcul de taux et usure dans les prêts remboursables par mensualités », D. 1977, chr. p. 133.

¹³⁸⁹ Art. R. 313-1, al. 1^{er}, du Code consom., « faute de quoi, malgré l'absence de sanction expresse, il convient d'appliquer le taux légal » : v. GAVALDA, Christian et STOUFFLET, Jean. « Droit bancaire », *op. cit.*, n° 525, p. 295, solution implicitement adoptée dans Cass. 1^{re} civ. 19 sept. 2007 : inédit, pourvoi n° 06-18924). L'al. 3 du même art. prévoit que « lorsque la périodicité des versements est irrégulière, la période unitaire est celle qui correspond au plus petit intervalle séparant deux versements. Le plus petit intervalle de calcul ne peut cependant être inférieur à un mois ».

¹³⁹⁰ Par ex., si la période correspond à un mois et que le taux de période est de 1%, le taux annuel sera de $1 \times 12 = 12\%$. V. art. R. 313-1, al. 4, du Code consom. : « lorsque les versements sont effectués avec une fréquence autre que annuelle, le taux effectif global est obtenu en multipliant le taux de période par le rapport entre la durée de l'année civile et celle de la période unitaire ». Au Brésil, le taux qui résulte de ce calcul est appelé « nominal », ou taux apparent.

¹³⁹¹ Art. R. 313-1, al. 2, du Code consom. : « le taux de période est calculé actuariellement, à partir d'une période unitaire correspondant à la périodicité des versements effectués par l'emprunteur. Il assure, selon la méthode des intérêts composés, l'égalité entre, d'une part, les sommes prêtées et, d'autre part, tous les versements dus par l'emprunteur au titre de ce prêt, en capital, intérêts et frais divers ».

¹³⁹² Par ex., pour un taux mensuel de 1%, le taux annuel sera de $(1 + 0,01)^{12} = 12,68\%$. Cette dernière formule est réservée au calcul du TAEG des découverts en compte (v. art. R. 313-2 du Code consom. ainsi que l'exemple fourni au B de l'annexe au déc. n° 2002-928 du 10 juin 2002). L'annexe à l'art. L 313-1 du Code consom. indique la formule devant être utilisée pour la généralité des crédits mobiliers. Au Brésil, le taux qui résulte de ce calcul est appelé « effectif ».

¹³⁹³ Après avoir analysé les procédés utilisés par les fournisseurs de crédit en France, un économiste a pu écrire que « l'usage bancaire des taux proportionnels n'est pas conforme à la théorie mathématique [...] le passage du taux ik relatif à une période k fois plus courte que l'année au taux annuel ou du taux annuel au taux ik ne peut se faire, sur une base scientifique, qu'à l'aide des taux équivalents. [...] G. Théry (Tables économiques et financières, notions et usages, 2^e éd., Bordas, 1973, chap. II) parle très clairement de taux annuel *effectif*, pour les taux équivalents et de taux annuel *apparent* pour les taux proportionnels » : HUSSET, Yves. *Op. cit.*, p. 133.

¹³⁹⁴ *Idem*, p. 135. Une telle hypothèse n'est possible que dans les opérations de crédit immobilier, pour lesquelles la méthode de calcul du TEG est proportionnelle. V. n° 280 *supra*. Ce serait sans doute faire preuve de peu de réalisme que d'exiger du consommateur moyen qu'il procède lui-même à un calcul actuariel (art. R. 313-1, al. 2, du Code consom.) afin de vérifier la conformité du TAEG indiqué par le prêteur au plafond d'usure.

crédit est très largement ignorée. D'autant plus que le taux annuel qui lui est annoncé est désigné, dans tous les cas, par le seul sigle « TAEG ».

447. D'autres pratiques sont également constatées, également susceptibles de générer un crédit usuraire quand bien même le TAEG apparent ne dépasse pas le seuil légal. En constituent des exemples celles consistant à : prélever des intérêts à l'occasion de l'octroi du crédit, de sorte que le montant du capital effectivement mis à la disposition de l'emprunteur s'en trouve, dès le départ, réduit d'autant¹³⁹⁵ ; recourir aux « dates de valeur », c'est-à-dire la prise en compte des opérations de crédit pour le calcul des intérêts avec un certain décalage par rapport au jour où elles sont effectuées¹³⁹⁶ ; utiliser, enfin, une « année bancaire » pour le calcul des intérêts, à savoir 360 jours, au lieu de 365¹³⁹⁷. Ces pratiques semblent être « de moins en moins bien acceptées par leurs destinataires (particuliers ou entreprises) lorsque ceux-ci ont le sentiment qu'elles ne sont pas logiques et qu'en conséquence elles ne sont pas justifiées »¹³⁹⁸. Elles ont d'ailleurs été condamnées par la jurisprudence¹³⁹⁹. La Cour de cassation tient compte des difficultés de preuve auxquelles est confronté l'emprunteur ; elle détermine qu'il appartient aux juges du fond de rechercher le taux effectif global du prêt, puis, de le comparer avec le taux de référence publié en application des dispositions légales sur l'usure¹⁴⁰⁰.

¹³⁹⁵ Tenant compte de cette pratique, le déc. n° 2002-928 du 10 juin 2002, annexe, deuxième exemple, précise la forme exacte de calcul, en prenant en compte un capital réduit.

¹³⁹⁶ LE CALVEZ, Jacques. « Les dates de valeur et l'usure : touche pas à mon taux ! », D. 2002, p. 1891, citant un « parère » de la Fédération bancaire française, du 16 juill. 2001. Tout en rappelant que la commission consultative mentionnée à l'art. L. 313-6 du Code consom. rejette « tout ou partie des dates de valeur pratiquées par la banque 'sous examen' », l'auteur, soutient la validité de cette pratique ainsi que la nécessité de sa prise en compte pour le calcul du seuil d'usure : « il est d'usage (peu importe, en l'espèce, que cet usage soit bon ou mauvais) que les banques n'enregistrent pas les opérations à la date à laquelle elles sont réellement effectuées. [...] Il en va de même pour les découverts en compte ; ceux-ci seront considérés comme ayant été consommés avant leur date effective d'utilisation et comme éteints quelques jours après la date réelle de l'opération assurant la couverture du solde débiteur ». *Contra*, v. GAVALDA, Christian et STOUFFLET, Jean. *Op. cit.*, n° 370, p. 211 : « on ne saurait le prendre [ce système] en considération pour calculer le TEG et apprécier le caractère usuraire d'un crédit par découvert en compte ». Ils admettent cependant que « l'incidence des dates de valeur est à apprécier en distinguant selon qu'elles correspondent à des délais d'encaissement ou qu'elles sont seulement un moyen de dissimuler une majoration du taux de l'intérêt » (*idem*, n° 524, p. 294).

¹³⁹⁷ Ou 366 jours pour les années bissextiles. V. GAVALDA, Christian et STOUFFLET, Jean. *Op. cit.*, n° 371, p. 211 : « il en résulte une majoration du taux réel de l'intérêt et une inexactitude du TEG mentionné [...] Une pratique bancaire, même ancienne, ne peut être invoquée contre une client et prévaloir sur la convention fixant le taux annuel de l'intérêt » ; dans le même sens, v. PIEDELIÈVRE, Stéphane. « Droit de la consommation », *op. cit.*, n° 282, p. 219.

¹³⁹⁸ HUSSET, Yves. « Du TEG au TAEG : la situation après les décrets du 10 juin 2002 », JCP E 2002, n° 42, étude n° 1506.

¹³⁹⁹ Intérêts retenus sur le montant de la somme prêtée : Cass. crim. 30 janv. 1975 : Bull. crim. n° 38, pourvoi n° 74-90460 ; Cass. crim. 8 juin 1977 : Bull. crim. n° 209, pourvoi n° 76-92522 : JCP 1978, II, 18875, note HUSSET, Yves ; dates de valeur : Cass. com. 6 avril 1993 : Bull. civ. IV, n° 138, pourvoi n° 90-21198 ; Cass. com. 6 mars 2007 : inédit, pourvoi n° 05-21152 ; *contra* : Cass. 1^{re} civ. 30 mai 2006 : Bull. 2006 I, n° 277, pourvoi n° 03-17646 : RTD com. 2006, p. 895, obs. LEGEAIS, Dominique. Année bancaire de 360 jours : Cass. com. 10 janv. 1995 : Bull. civ., IV, n° 8, pourvoi n° 91-21141, D. 1995, 229, note GAVALDA, Christian ; D. 1996, somm. p. 114, note LIBCHABER, Rémy ; Cass. com. 17 janv. 2006 : Bull. civ. IV, n° 11, pourvoi n° 04-11100 ; *contra*, cependant, Cass. com. 24 mars 2009 : Bull. civ. IV, n° 44, pourvoi n° 08-12530 ; v. aussi Cass. com. 10 juin 2008 : Bull. civ. IV, n° 119, pourvoi n° 07-14202, exigeant de l'emprunteur la preuve d'une telle pratique.

¹⁴⁰⁰ Cass. com. 26 mars 2002 : inédit, pourvoi n° 99-20727 ; - Cass. 1^{re} civ. 22 avr. 1997 : Bull. civ. I, n° 124, pourvoi n° 95-13270 ; CCC 1997, n° 141, note RAYMOND, Guy ; Cass. crim. 11 mars 1991 : Bull. crim., n° 119, pourvoi n° 90-81246.

b) Sanctions

448. Les sanctions pénales – L'usure est sanctionnée tant d'un point de vue civil que pénal. Le prêteur se livrant à une telle pratique est punissable d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 45.000 €¹⁴⁰¹. S'agissant d'un délit de masse, on pourrait estimer que les autorités administratives de contrôle sont mieux placées pour constater la violation de la loi. Les agents de la DGCCRF¹⁴⁰² bénéficient des pouvoirs d'enquête prévus par les articles L. 450-1 et suivants du Code de commerce pour constater les comportements usuraires. La pratique judiciaire révèle cependant que les poursuites et, surtout, les condamnations sont peu fréquentes¹⁴⁰³.

449. Les sanctions civiles – Bien que censuré sur le plan pénal, un prêt usuraire n'encourt pourtant pas la nullité en matière civile. La sanction consiste simplement en la restitution du trop perçu, non pas sur la base du taux légal, mais par application du seuil d'usure. Les perceptions excessives sont imputées de plein droit sur les intérêts normaux alors échus et, subsidiairement, sur le capital de la créance¹⁴⁰⁴. On a fort justement critiqué cette mesure en affirmant que, « de manière assez surprenante, la sanction civile de l'usure est moins lourde que celle qui frappe l'absence de stipulation écrite du taux d'intérêt où l'on substitue le taux légal au taux conventionnel alors que, pourtant, l'usure peut constituer un délit pénal »¹⁴⁰⁵. On fait parfois valoir que des plafonds d'usure ne devraient plus trouver leur place dans les sociétés développées¹⁴⁰⁶, les taux des intérêts proposés par les établissements de crédit étant fonction, dans une économie globalisée, des taux du marché interbancaire¹⁴⁰⁷ et du niveau de l'inflation¹⁴⁰⁸, entre autres. On peut penser que ces observations sont légitimes pour autant que le taux d'intérêt du crédit proposé aux particuliers accompagne le coût du refinancement bancaire, surtout si le taux de l'inflation demeure modéré.

¹⁴⁰¹ Art. L. 313-5, al 1^{er}, du Code consom. : « ...ou de l'une de ces deux peines seulement ». Des sanctions supplémentaires sont prévues au même article.

¹⁴⁰² Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes.

¹⁴⁰³ PIEDELIÈVRE, Stéphane. « Usure », *op. cit.*, n° 64.

¹⁴⁰⁴ Art. L. 313-4 : « si la créance est éteinte en capital et intérêts, les sommes indûment perçues doivent être restituées avec intérêts légaux du jour où elles auront été payées ».

¹⁴⁰⁵ PIEDELIÈVRE, Stéphane. « Usure », *op. cit.*, n° 72 ; dans le même sens, v. HUET, Jérôme. *Op. cit.*, n° 22532, p. 898.

¹⁴⁰⁶ BAC, Annie. « Le coût du crédit : encadrement ou liberté Table ronde introduite et animée », *op. cit.*, n° 56 : « dans toutes les législations qui nous ont été présentées, le droit commun des contrats suffit à éliminer effectivement les mauvaises pratiques. La conclusion qui s'imposerait donc est que la réglementation de l'usure dans sa conception française – en tout cas historique – paraît dépassée ».

¹⁴⁰⁷ DE LA TORRE, Augusto *et. al.* « Brazil : interest rates and intermediation spreads », rap. n° 36628-BR, doc. de la Banque Mondiale, 30 juin 2006, p. 16. Les auteurs présentent une série de facteurs qui peuvent agir sur la moyenne des taux du crédit à la consommation et du crédit aux entreprises, tels que la vulnérabilité fiscale et le niveau de l'endettement public, le risque d'un moratoire et de défaut de paiement, ainsi que l'incertitude juridictionnelle liée tant à la lenteur d'exécution des conventions qu'au risque d'une intervention du juge dans les contrats.

¹⁴⁰⁸ CARBONNIER, Jean. *Op. cit.*, n° 995, p. 2056 : « par ces chiffres que l'on aurait regardés avant 1914 comme quelque peu orientaux, on entrevoit la difficulté de faire vivre un droit des obligations conçu pour la stabilité monétaire dans une économie surfant sur l'inflation, ou même sur le souvenir et la crainte de l'inflation ».

B) Le coût du crédit est le fait du marché sous le contrôle du juge

450. Pour comprendre la réalité actuelle des prix proposés dans le marché brésilien du crédit aux consommateurs, il faut jeter un regard sur l'évolution historique de la réglementation sur l'usure dans ce pays (1). Celle-ci révèle de profondes transformations ayant secoué l'économie tout le long du XX^e siècle, ce qui a conduit les pouvoirs publics à adopter des positions progressivement libérales. Il n'est toutefois pas certain que, de retour à la stabilité monétaire, leur attitude soit encore justifiée (2).

1) L'élimination progressive des réglementations sur l'usure

451. Au Brésil, les abus avérés à la suite de la promulgation d'un Code civil ignorant l'usure ont donné lieu à des interventions réitérées du législateur¹⁴⁰⁹. Un décret-loi du 7 avril 1933 a établi le délit d'usure ainsi qu'un taux plafond fixé à 12% l'an¹⁴¹⁰. Les nouvelles règles interdisaient les procédés, mentionnés ci-dessus, tendant à retenir une partie du capital à titre d'intérêts lors de la mise à disposition des fonds (« desconto por dentro »¹⁴¹¹). Ce délit était puni d'un emprisonnement d'un an, au plus, et d'une amende¹⁴¹². Le contrat usuraire, à son tour, était nul de plein droit¹⁴¹³. En 1938, l'usure est devenue un « crime contre l'économie populaire », les peines fixées ayant été aggravées¹⁴¹⁴. Toutefois, il a été prévu que seule la stipulation du taux usuraire serait nulle, la sanction civile étant dès lors la restitution au débiteur des intérêts excédant la « mesure légale »¹⁴¹⁵. Après la Constitution de 1946 prévoyant la prohibition de l'usure, une loi de 1951 a repris ces dernières dispositions¹⁴¹⁶. Edictées à une époque de stabilité monétaire, ces règles n'ont pas résisté longtemps au double effet des astuces mises en œuvre au sein du marché afin de masquer des opérations de crédit usuraires¹⁴¹⁷ et, surtout, de l'inflation.

452. Les perturbations causées par l'inflation – Demeurée en moyenne à environ 6% par an pendant les années 1930, on l'a vue doubler pendant la décennie suivante, et augmenter, par la suite, en progression géométrique. Pendant les années 1980 l'inflation a atteint la moyenne annuelle de 330%, et celle de 764% entre 1990 et 1995¹⁴¹⁸. Pour justifier l'accroissement « substantiel des taux d'intérêts » qui s'en est suivi ainsi que les pratiques

¹⁴⁰⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. « Instituições de direito civil », v. II, 6^e éd., Rio de Janeiro: Forense, 1981, n° 147, p. 113.

¹⁴¹⁰ L'art. 1^{er} du décret dispose que le seuil d'usure est le double du taux légal (art. 1.062 du Code civil/1916, fixé à 6% l'an), d'autres taux étant fixés distinctement pour certaines opérations de crédit. Postérieurement, le décret-loi n° 182 du 5 janv. 1938 a fixé le plafond à 12% pour toutes les opérations de ce type.

¹⁴¹¹ Art. 6^o du décret n° 22.626/1933. V. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, n° 147, p. 113.

¹⁴¹² Art. 13 du décret n° 22.626/1933.

¹⁴¹³ L'art. 11 prévoit qu'il est assuré au débiteur la répétition du trop perçu.

¹⁴¹⁴ Art. 4^o, al. a, du décret-loi n° 869 du 18 novembre 1938.

¹⁴¹⁵ Art. 4^o, § 3^o.

¹⁴¹⁶ Loi n° 1.521 du 26.12.1951, modifiant la législation sur les crimes contre l'économie populaire. Les Constitutions du 16 juill. 1934 (art. 117, paragraphe unique) et du 10 nov. 1937 (art. 142) prévoyaient déjà une telle prohibition.

¹⁴¹⁷ SIMONSEN, Mário Henrique, CHACEL, Julian et WALD, Arnaldo. « A correção monetária », APEC, 1970, p. 32.

¹⁴¹⁸ REIS, Eustáquio *et al.* « Século XX nas contas nacionais », in Estatísticas do Século XX, IBGE, 2006 (disponible sur le site internet www.ibge.gov.br/seculoxx/seculoxx.pdf).

tendant à contourner la législation répressive, certains auteurs affirmaient que cela « s'impose comme le moyen naturel d'adaptation du marché du crédit à la conjoncture inflationniste »¹⁴¹⁹. On n'a pas tardé à soutenir que « la cohérence du système demanderait une modification de la loi sur l'usure dans le sens, soit d'une attribution aux autorités monétaires de la compétence pour fixer le seuil d'intérêt, soit de reconnaître la plus large liberté des conventions¹⁴²⁰. Les premières mesures adoptées par la pratique furent la stipulation, dans les contrats, de clauses d'indexation liées à la valeur de l'or (« padrão-ouro ») ou au cours de monnaies étrangères¹⁴²¹ et, quelque temps après, à d'autres indices. Obstinés à persuader les juges les plus réticents à propos de la validité de celles-ci, certains affirmaient que le contraire reviendrait à « encourager les mauvais payeurs car les condamnations judiciaires présentent le taux d'intérêt le plus bas du marché brésilien »¹⁴²².

453. L'abandon de la répression de l'usure – L'œuvre fut amorcée par les gouvernements dictatoriaux. L'année même du coup d'État, la loi n° 4.595¹⁴²³ ayant institué le Système Financier National a prévu à l'article 4^o, al. VI, qu'il incombe au Conseil Monétaire National la fixation « du régime du crédit en toutes ses modalités et des opérations de crédit en toutes ses formes [...] et la limitation, en cas de besoin, des taux d'intérêts, escomptes, commissions et toute autre forme de rémunération d'opérations et services bancaires ou financiers¹⁴²⁴ ». Une partie de la doctrine a dès lors soutenu l'existence d'un système financier fonctionnant à deux vitesses, à savoir le régime de l'usure pour les rapports entre particuliers, et celui fixé pour les opérations conclues avec des institutions financières, soumises aux seules résolutions du CMN¹⁴²⁵. La jurisprudence du *Supremo Tribunal Federal* a fini par adhérer à cette solution¹⁴²⁶. L'avis n° 596 de sa *summula* de jurisprudence énonce, à partir de 1976, que « les dispositions du Déc. 22.626/33 ne s'appliquent pas aux taux d'intérêt et autres charges stipulés dans les opérations réalisées par les institutions financières, publiques ou privées, qui intègrent le système financier national »¹⁴²⁷. À quelques exceptions près¹⁴²⁸, le Conseil Monétaire National n'a guère fixé de seuil pour les intérêts des opérations de crédit conclues avec les consommateurs. Quant à l'inflation, les difficultés auxquelles les prêteurs étaient confrontés semblaient atténuées, du moins en partie, depuis que la législation sur le crédit

¹⁴¹⁹ SIMONSEN, Mário Henrique, CHACEL, Julian et WALD, Arnaldo. *Op. cit.*, p. 32.

¹⁴²⁰ *Idem*, p. 22.

¹⁴²¹ Interdites postérieurement par le décret n° 23.501 du 27 nov. 1933.

¹⁴²² WALD, Arnaldo. « Curso de direito civil brasileiro – Obrigações e contratos », 12^e éd., São Paulo: RT, 1995, n° 49.3, p. 136.

¹⁴²³ Du 31 déc. 1964, publiée au DOU du 31 janv. 1965.

¹⁴²⁴ Art. 4^o, al. IX, de la loi n° 4.595/1964.

¹⁴²⁵ SIMONSEN, Mário Henrique, CHACEL, Julian et WALD, Arnaldo. *Op. cit.*, p. 22.

¹⁴²⁶ STF-RE n° 78.953/SP, rel. Min. Oswaldo Trigueiro, ass. plén., j. 5.3.1975, DJ du 9.4.1975; STF-RE n° 81.680/SP, rel. Rodrigues Alckmin, 1^a T., j. 19.8.1975, DJ 26.9.1975.

¹⁴²⁷ Décision de l'ass. plén. du 15.12.1976, publiée au DJ du 3.1.1977.

¹⁴²⁸ Résolution CMN n° 114, du 7 mai 1969 fixant à 2,2% par mois le plafond des intérêts rémunérateurs, rés. CMN n° 207, du 2 févr. 1972 (2,5% par mois) et rés. CMN n° 242, du 16 janv. 1973 (2,3% par mois).

immobilier avait consacré la légitimité des clauses d'indexation¹⁴²⁹, avant que celles-ci ne se généralisent pour toutes les dettes pécuniaires¹⁴³⁰.

454. C'est dans ce contexte de pleine liberté financière que les constituants, rétablissant un régime démocratique en 1988, ont décidé d'insérer un article 192 dans la nouvelle Constitution, prévoyant que « le système financier national, organisé de manière à promouvoir le développement équilibré du Pays et à servir les intérêts de la collectivité, sera régi par les dispositions d'une loi complémentaire ; § 3^o – les taux effectifs d'intérêts, y compris les commissions et toute autre rémunération directement ou indirectement liée à l'octroi de crédit, ne seront pas supérieurs à 12% par an ; le fait de demander des charges dépassant ce seuil sera qualifié de crime d'usure, et puni en toutes ses modalités dans les termes que la loi définira »¹⁴³¹. À cette période, les taux d'inflation étaient encore très élevés dans le pays. Le plafond constitutionnel apparaissait ainsi peu réaliste d'un point de vue économique. Or, une demi-décennie plus tard, on revenait à la stabilité monétaire. Les intérêts du marché n'ont pourtant guère suivi ce retour au calme. Le niveau élevé auquel ils se montrent trouble la conscience du juge. En l'absence d'un plafond d'usure, celui-ci s'efforce de combler cette lacune car il ne comprend pas, pas plus que tout autre individu, le décalage existant entre le contexte actuel de stabilité monétaire et les intérêts astronomiques que la liberté financière permet à la pratique d'imposer aux consommateurs.

2) L'attitude du juge dans un contexte de liberté financière

455. Mus par un esprit d'équité, les juges du fond, hésitant déjà à admettre la solution consacrée par la Cour Suprême dans son avis de 1976, en vinrent à se fonder sur les nouvelles dispositions constitutionnelles pour réduire les intérêts dans les contrats de crédit. Notamment à partir de 1995, avec le contrôle de l'inflation¹⁴³², les juges du fond résistent à admettre la légitimité de stipulations contractuelles prévoyant souvent des taux de 25% *par mois*¹⁴³³, alors que les taux du marché de refinancement bancaire, bien que très élevés, ont présenté une moyenne à la baisse d'environ 1,57% par mois pendant la même période¹⁴³⁴.

456. L'attitude libérale des « hautes » autorités publiques – Le but du législateur n'étant définitivement pas de fixer des entraves au développement du crédit, ces dispositions

¹⁴²⁹ Loi n° 4.380 du 21 août 1964, art. 5°.

¹⁴³⁰ Loi n° 6.899 du 8.4.1981 (application en cas de demande judiciaire) et loi n° 9.069 du 29 juin 1995, arts. 27 et 28 (hormis les contrats de crédit immobilier, par périodes annuelles au moins).

¹⁴³¹ L'art. 25 de l'ADCT prévu en annexe à la Constitution énonce qu'à 180 jours à compter de sa promulgation sont abrogées les dispositions légales qui attribuent ou qui délèguent à un organe du Pouvoir Exécutif l'exercice des compétences réservées constitutionnellement au Parlement.

¹⁴³² Les taux sont tombés à 1,65% par an en 1998 et, depuis, sont restés stables à 6,3% en moyenne annuelle. V. le site internet de l'IBGE (http://ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/precos/inpc_ipca/ipca-inpc_200908_3.shtm)

¹⁴³³ Les deux banques proposant les taux les plus élevés pour un prêt personnel, d'après les informations recueillies et diffusées par la Banque Centrale du Brésil le 28 févr. 2009 sont la Banque Carrefour S.A. (25,13% par mois) et Cetelem Brasil S.A. CFI (19,07% par mois).

¹⁴³⁴ Équivalent à un taux annuel de 20,6%, correspondant à la moyenne arithmétique annuelle du taux SELIC selon les données fournies mensuellement par la Banque Centrale, de juillet 1995 à août 2009. Ce taux se trouve depuis août 2009 à 8,65% l'an.

constitutionnelles ont été abrogées¹⁴³⁵ après que la Cour constitutionnelle les a déclarées inefficaces, en l'absence d'une loi complémentaire dans les termes du dispositif abrogé¹⁴³⁶. Dans ce même esprit, les magistrats du *Superior Tribunal de Justiça* ont décidé, à la veille de ces réformes législatives, de mettre fin aux divergences existant jusqu'alors en la matière. Par un arrêt du 12 mars 2003, rendu par la 2nde Section de droit privé, ils ont aligné la jurisprudence du Tribunal avec celle de la Cour Suprême précédemment exposée¹⁴³⁷. Si, pour les économistes, la hausse permanente des prix du crédit aux consommateurs « demeure un mystère »¹⁴³⁸, les magistrats du STJ estiment, quant à eux, que le juge n'a surtout pas à se mêler des intérêts conventionnels car ceux-ci, non seulement font l'objet d'une « matière économique que le juge maîtrise mal »¹⁴³⁹, mais aussi, ils « résultent directement » des politiques monétaires, apanage du Pouvoir Exécutif¹⁴⁴⁰, dans le but précisément de contenir l'inflation. Par conséquent, la loi sur l'usure ne s'applique pas, en définitive, aux contrats de crédit conclus avec les institutions financières¹⁴⁴¹.

457. La résistance des juges du fond – Il n'empêche qu'une répugnance marquée envers l'usure continue de guider l'attitude des juges du fond. Leur résistance à la solution adoptée par le STJ est telle – et les pourvois formés contre l'application de la loi de 1933 aux contrats de crédit encombrant tellement le rôle du Tribunal – qu'il a fallu une intervention du législateur. On aurait pu s'attendre à une solution de fond mettant fin au débat auquel persistent à se livrer les parties. Il n'en est rien, le secours du législateur ne se destine pas à celles-ci, mais au juge : une nouvelle loi sur les « pourvois répétitifs »¹⁴⁴² vient limiter en pratique la possibilité pour les parties de former un pourvoi dès lors que le STJ fixe sa jurisprudence sur une question donnée. Il n'est ainsi pas surprenant que ce dispositif ait été appliqué pour la première fois à propos des intérêts stipulés dans les contrats de crédit. Il a donné lieu à la

¹⁴³⁵ Amendement à la Constitution n° 40, du 29 mai 2003.

¹⁴³⁶ STF-ADIN n° 04/DF, rel. Min. Sydney Sanches, ass. Plén., j. 7.3.1991, DJ 25.6.1993 ; v. aussi l'avis n° 648 de la *summula* du STF, adopté dans le même sens. Afin d'éviter que l'usure ne sévisse à toutes les échelles de la vie économique – le risque étant que les particuliers prennent l'exemple sur les établissements de crédit... – le gouvernement a adopté un dispositif en régime d'urgence (MP n° 2.172-32, rééditée le 23.8.2001, adoptée initialement le 5.4.1999 - MP n° 1.820). Suivant son art. 1^{er}, dans les prêts civils l'usure consiste à stipuler un taux d'intérêts plus élevé que le taux légal. V. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. « Os juros na perspectiva do Código Civil », in Código de Defesa do consumidor e o Código civil de 2002, Pfeiffer, Roberto Augusto Castellanos et Pasqualotto, Adalberto (dir.), São Paulo : RT, 2005, p. 175, pour qui le taux légal est celui défini à l'art. 161, § 1^o du Code des impôts (CTN), en interprétation du renvoi opéré par l'art. 406 du Code civil.

¹⁴³⁷ STJ-Resp n° 407.097/RS, rel. p. ac. Min. Ari Pargendler, 2^a Seção, j. 12.3.2003, DJ 29.9.2003.

¹⁴³⁸ BACHA, Edmar L., HOLLAND, Márcio et GONÇALVES, Fernando M. « Is Brazil different? Risk, dollarization, and interest in emerging markets », 5 mai 2007, qui relèvent notamment la conjoncture de baisse graduelle du coût des ressources bancaires comme facteur d'incompréhension (www.eesp.fgv.br/_upload/publicacao/94.pdf, acc. le 27 sept. 2009).

¹⁴³⁹ V. avis du Min. Aldir Passarinho Júnior : STJ-Resp n° 407.097/RS, précité.

¹⁴⁴⁰ V. avis des Mins. Barros Monteiro, Ari Pargendler, Fernando Gonçalves, Aldir Passarinho Júnior et Menezes Direito : STJ-Resp n° 407.097/RS, précité.

¹⁴⁴¹ Il convient de remarquer, cependant, que n'est pas demeuré complètement ignoré l'avis minoritaire du rapporteur (Min. Antônio de Pádua Ribeiro, STJ-Resp n° 407.097/RS, précité), pour qui « si par le passé il est revenu au juge, au vu de la conjoncture de l'époque, de dire que les intérêts bancaires n'étaient pas soumis à la loi sur l'usure, maintenant il doit, confronté à une réalité nouvelle, revenir sur la question afin d'éliminer les abus commis constamment ». Par scrutin majoritaire, les magistrats de la 2^o Section ont réservé l'abus commis par les prêteurs professionnels dans la fixation des intérêts des contrats de crédit. V. n° 529 *infra*.

¹⁴⁴² Art. 543-C nouveau du Code de procédure civile, introduit par la loi n° 11.672, du 8 mai 2008.

fixation d'un avis, le 22 octobre 2008¹⁴⁴³, qui énonce que : « les institutions financières ne sont pas soumises à la limitation des intérêts rémunérateurs prévue par la loi sur l'usure (décret n° 22.626/33), tel qu'il est prévu dans l'avis n° 596 de la *summula* du STF [...] sous réserve de l'abus du droit »¹⁴⁴⁴. Il reste que cette décision ne concerne que les institutions financières. Le dispositif sur l'usure reste applicable aux opérations de crédit conclues avec des professionnels non soumis au contrôle de l'autorité financière. Une partie non négligeable du marché du crédit devrait ainsi être soumise au plafond légal, notamment dans les opérations, très nombreuses, de crédits affectés et ventes à tempérament¹⁴⁴⁵. Toutefois, contrairement à la situation précédemment exposée, le contentieux est pratiquement inexistant à ce propos. On peut penser que cela résulte de deux raisons principales, l'une de nature plus théorique, l'autre d'ordre pratique.

458. Les obstacles actuels au contrôle de l'usure – D'abord, l'avènement du nouveau Code civil est venu jeter le trouble sur cette question. La loi sur l'usure dispose que le taux des intérêts ne pourra pas excéder le double du taux légal (art. 1^o). Or, une grande controverse a longtemps régné tant en doctrine qu'en jurisprudence à propos de la détermination de ce taux¹⁴⁴⁶ car le Code civil de 2002 ne le précise pas¹⁴⁴⁷. Certains auteurs soutenaient que le plafond d'usure s'élevait au double du taux fixé par le Code des impôts (CTN)¹⁴⁴⁸, à savoir 24% par an¹⁴⁴⁹. Le STJ rejetait dans un premier temps le taux de base du marché interbancaire (SELIC)¹⁴⁵⁰, celui-ci étant enfin devenu, semble-t-il, le taux légal¹⁴⁵¹. On peut penser, cependant, que la vraie raison du vide jurisprudentiel mentionné procède des effets économiques produits par le « crédit gratuit ». Les vendeurs et les prestataires de services cherchent en règle générale à se refinancer, dans ce type d'opérations, auprès des institutions financières. Des intérêts sont ainsi intégrés dans le prix payé à terme par le consommateur. Techniquement, toutefois, celui-ci n'a affaire qu'au fournisseur du bien, duquel il obtient les grâces d'un crédit gratuit. Comment déclarer usuraire un contrat de crédit alors que le taux d'intérêts indiqué est nul ? Resteraient, enfin, les opérations conclues à long terme pour lesquelles l'étiquette de crédit gratuit ne saurait illusionner même les plus dupes. C'est le cas, par exemple, de certains professionnels du crédit immobilier, des courtiers et des promoteurs

¹⁴⁴³ STJ-Resp n° 1.061.530/RS, rel. Min. Nancy Andrighi, 2^a Seção, DJ 10.3.2009.

¹⁴⁴⁴ Sur de tels abus, il y est énoncé qu'« est admise la révision des taux d'intérêts rémunérateurs dans des cas exceptionnels, lorsqu'une relation de consommation est formée et que l'abus (susceptible de mettre le consommateur en situation d'infériorité exagérée – art. 51, § 1^o du Code du consommateur) reste clairement démontré, au vu des particularités du cas d'espèce » (v. n° 529 *infra*).

¹⁴⁴⁵ Dans le même sens, v. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Op. cit.*, p. 176, lequel considère cependant que le vendeur qui se finance aux taux du marché peut répercuter ce taux sur ceux des crédits qu'il propose au consommateur.

¹⁴⁴⁶ V. sur ce sujet, AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Op. cit.*, p. 167.

¹⁴⁴⁷ L'art. 406 du Code renvoie au taux en vigueur pour les intérêts de retard appliqués aux paiements d'impôts dus au Trésor fédéral (« Fazenda nacional »).

¹⁴⁴⁸ « Código Tributário Nacional », art. 161, § 1^o, fixant ce taux à 12% par an.

¹⁴⁴⁹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Op. cit.*, p. 176.

¹⁴⁵⁰ STJ-AgResp n° 215.881/PR, rel. Min. Franciulli Neto, 2^a T., j. 13.6.2000, DJ 19.6.2000.

¹⁴⁵¹ STJ-Resp n° 1.024.693/SP, rel. Min. Eliana Calmon, 2^a T., j. 6.8.2009, DJ 21.8.2009; STJ-Resp n° 765.128/SC, rel. Min. Luiz Fux, 1^a T., j. 20.3.2007, DJ 3.5.2007.

(« incorporadores »)¹⁴⁵². À leur égard, un auteur avait affirmé que « la loi de l'usure a empêché le développement du marché immobilier brésilien avec, pour résultat, une atrophie du marché hypothécaire »¹⁴⁵³. C'est sûrement la raison pour laquelle un § 2^o a été ajouté à l'article 5^o de la loi n° 9.514/1997¹⁴⁵⁴ de manière à ce que, désormais, « le financement immobilier en général [puisse] être pratiqué dans les mêmes conditions que celles auxquelles sont soumises les institutions autorisées à opérer au sein du SFI »¹⁴⁵⁵.

459. Synthèse – La comparaison entre les ordres juridiques français et brésilien révèle ainsi que, confrontés à un décalage trop important existant entre le prix du crédit proposé au consommateur et le coût des ressources monétaires, les pouvoirs publics adoptent des mesures opposées : soit un impératif moral rejoint des préoccupations socioéconomiques et un seuil d'usure est maintenu¹⁴⁵⁶, soit le coût d'opportunité du crédit¹⁴⁵⁷ est tellement élevé que le débat macroéconomique finit par absorber la perception même de l'usure, la relativisation de ce concept étant d'une portée telle que législateur et juge renoncent à s'entendre sur un taux. La question de la justice contractuelle est soumise, faute d'une limitation par le gouvernement, à la seule liberté des parties sous réserve de l'abus de droit. Au moins un aspect directement lié au régime des intérêts d'un crédit échappe, toutefois, à cette emprise de l'abus : il s'agit des pratiques d'anatocisme.

§ 2nd – L'anatocisme

460. Notion – Le mot procède du grec « ανατοχισμος »¹⁴⁵⁸ et traduit la pratique de faire produire des intérêts à partir des intérêts échus des capitaux. Autrement dit, il y a anatocisme lorsque les intérêts échus et non payés s'ajoutent au capital et, à leur tour, produisent des intérêts. Souvent on parle aussi de « capitalisation des intérêts »¹⁴⁵⁹ ou « d'intérêts composés »¹⁴⁶⁰, ce qui entretient quelque peu la confusion. Cette pratique était déjà courante,

¹⁴⁵² V. n° 186 *supra*.

¹⁴⁵³ WALD, Arnaldo. « Alguns aspectos do regime jurídico do Sistema Financeiro Imobiliário e da lei 9514/1997 », Rev. de direito bancário e do mercado de capitais, n° 4, janv.-avr. 1999, p. 14, citant l'ouvrage duquel il est co-auteur « A correção monetária », préc., dans l'édition de 1976, p. 41.

¹⁴⁵⁴ À propos de laquelle ce même auteur affirme (« Alguns aspectos do regime jurídico do Sistema Financeiro Imobiliário e da lei 9514/1997 », *op. cit.*, p. 14) que le Projet de loi présenté par le gouvernement avait été repris à partir d'un texte élaboré par l'association brésilienne des établissements de crédit immobilier (ABECIP).

¹⁴⁵⁵ Pour le secteur dit libre (SFI), l'article 2^o de la loi prévoit une liste des établissements autorisés à fournir du crédit immobilier, où seuls sont décrits des agents soumis au contrôle du Conseil Monétaire National. La loi n° 10.931/2004 a modifié le § 2^o de l'art. 5^o de la loi n° 9.514/1997, afin que les professionnels de l'immobilier puissent procéder à l'indexation des remboursements dans les mêmes conditions que les institutions financières, à savoir en appliquant la « TR » mensuellement et non annuellement, tel que prévu à l'art. 28 de la loi n° 9.069/1994.

¹⁴⁵⁶ V. Rapport du sénateur Philippe Dominati, préc., p. 120 : « le public aujourd'hui s'étonne légitimement que les taux d'intérêt du crédit à la consommation demeurent aussi élevés alors même que le prix du refinancement bancaire a atteint des niveaux historiquement bas ».

¹⁴⁵⁷ C'est-à-dire le coût du refinancement bancaire.

¹⁴⁵⁸ « Lui-même composé de ανα = de nouveau + τοχος, ou = production, intérêt » : MALAURIE, Philippe, AYNÈS, Laurent et GAUTIER, Pierre-Yves. *Op. cit.*, n° 950, p. 552, note 38.

¹⁴⁵⁹ EMY, Philippe. « Les deux visages de la capitalisation des intérêts », RTD com. 2006, p. 549.

¹⁴⁶⁰ V. WILFRID, Jeandidier. *Op. cit.*, n° 154, p. 198, note 3, pour qui « l'intérêt composé est l'intérêt perçu sur un capital formé du capital primitif accru de ses intérêts accumulés jusqu'à l'époque de l'échéance ».

semble-t-il, chez les Grecs, qui l'auraient transmise aux Romains¹⁴⁶¹. À la différence de l'usure, l'anatocisme semble être perçu moins comme une atteinte morale que comme une technique mathématique ou financière¹⁴⁶². Cet aspect provient sans doute de la méconnaissance générale de cette pratique qui n'en demeure pas moins dangereuse pour le débiteur¹⁴⁶³. « En cas de prêt d'une somme d'argent, le débiteur peut être porté à consentir à tout ce qu'exige le prêteur qui fait la loi du contrat... il ne songe qu'au capital dont il a besoin, et il ne pense pas au jour où il faudra rendre un capital considérablement accru par accession des intérêts impayés »¹⁴⁶⁴.

461. Anatocisme et méthode de calcul des intérêts d'un crédit – Techniquement, l'anatocisme ne comporte pas de périodicité fixe, celle-ci peut varier à l'infini selon la volonté des parties. Souvent, la capitalisation d'intérêts est mensuelle, s'appliquant lors des échéances de remboursement d'un crédit : « chaque mois, les intérêts échus et non payés s'ajoutent au capital, et produisent intérêt à leur tour. Au bout de quelques mois, cette capitalisation des intérêts produit des résultats écrasants »¹⁴⁶⁵. L'exemple classique est cependant celui d'une capitalisation annuelle, suivant laquelle le capital d'un crédit consenti au taux de 5% par an doublerait en un peu plus de 14 ans, alors que sans anatocisme le même montant mettrait 20 ans à doubler. La question de l'anatocisme entretient ainsi un rapport important avec la méthode de calcul des intérêts d'un crédit. En principe, on n'accorde d'importance aux formules mathématiques utilisées que sous l'angle de la transparence du prix pratiqué. On ne s'attarde guère au fait qu'elles comportent des intérêts dits « composés », lesquels ne sont alors perçus que comme une méthode de calcul que la pratique généralise. Dans certaines modalités d'opérations, toutefois, la méthode peut comporter une capitalisation d'intérêts caractéristique d'anatocisme¹⁴⁶⁶.

462. On explique que « de nombreuses législations contemporaines demeurent hostiles à la capitalisation des intérêts, qui n'est admise ni par la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises, ni par les Principes relatifs aux contrats de commerce international d'UNIDROIT, ni enfin par les Principes du droit européen des contrats de la Commission sur le droit européen des contrats, et à l'égard de laquelle la jurisprudence arbitrale internationale se montre réticente »¹⁴⁶⁷. Tant en France qu'au Brésil, certaines dispositions existent en la matière. La pratique s'en écarte, toutefois, en considérant qu'il s'agit de règles supplétives de volonté. Ici encore, la comparaison juridique révèle des attitudes

¹⁴⁶¹ LÉVY, Jean-Philippe et CASTALDO, André. *Op. cit.*, n° 455, p. 674.

¹⁴⁶² Bien que le mot porte une connotation péjorative, du moins au Brésil.

¹⁴⁶³ GOUT, Olivier. « La capitalisation des intérêts : éclairage sur un mécanisme réputé obscur », *Rev. droit et patrimoine*, n° 88, déc. 2000, p. 26 ; SÉRIAUX, Alain. « Droit des obligations », 2^e éd., PUF, 1998, n° 65, p. 271 ; TERRÉ, François, SIMLER, Philippe et LEQUETTE, Yves. *Op. cit.*, n° 607, p. 600 ; MALAURIE, Philippe, AYNÈS, Laurent et GAUTIER, Pierre-Yves. *Op. cit.*, n° 950, p. 552 ; STARCK, Boris, ROLAND, Henri et BOYER, Laurent. *Op. cit.*, n° 1538, p. 640 ; LÉVY, Jean-Philippe et CASTALDO, André. *Op. cit.*, n° 455, p. 674. V. note 1476 *infra*.

¹⁴⁶⁴ TERRÉ, François, SIMLER, Philippe et LEQUETTE, Yves. *Op. cit.*, n° 607, p. 600.

¹⁴⁶⁵ LÉVY, Jean-Philippe et CASTALDO, André. *Op. cit.*, n° 455, p. 674.

¹⁴⁶⁶ C'est-à-dire, tel qu'on le comprendra ici, l'agrégation d'intérêts échus (et non payés aux échéances stipulées) au montant du capital restant dû.

¹⁴⁶⁷ VINEY, Geneviève et JOURDAIN, Patrice. « Traité de droit civil – Les effets de la responsabilité », 2^e éd., LGDJ, 2001, n° 353, p. 630.

distinctes des pouvoirs publics devant la pratique : tantôt ils décident, dans un but de protection de la partie faible, que ces règles sont d'ordre public (A), tantôt il s'en remettent à la concurrence du marché (B).

A) L'anatocisme réglementé

463. Le Code civil français interdit la capitalisation des intérêts en périodes inférieures à une année entière. L'article 1154 prévoit que « les intérêts échus des capitaux peuvent produire des intérêts, ou par une demande judiciaire, ou par une convention spéciale, pourvu que, soit dans la demande, soit dans la convention, il s'agisse d'intérêts dus au moins pour une année entière »¹⁴⁶⁸. On notera pourtant que cette disposition se trouve dans une section du Code relative aux dommages et intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation¹⁴⁶⁹. On pourrait alors penser que la capitalisation n'a trait qu'aux intérêts échus et dus pour le retard dans l'exécution d'une obligation. Dans les opérations de crédit, il s'agirait de la capitalisation des intérêts moratoires, prévus à l'article 1153 du même Code¹⁴⁷⁰. C'était, semble-t-il, l'opinion de ses rédacteurs¹⁴⁷¹ ; c'est aussi celle de la plupart des auteurs qui ne l'envisagent que sous un angle indemnitaire¹⁴⁷². Ainsi restreint, certains concèdent que l'anatocisme est un procédé équitable¹⁴⁷³ malgré les dangers qu'il représente pour le débiteur défaillant. Dès lors, la protection du consommateur de crédit contre ces dangers relèverait des modalités prévues pour son désendettement¹⁴⁷⁴.

464. **L'anatocisme à finalité rémunératoire** – D'autres auteurs affirment cependant qu'en dehors du cadre fixé par l'article 1154 précité, le prêteur de sommes d'argent dispose d'un espace de liberté pour procéder à la capitalisation des intérêts. Cela serait le cas, notamment, des découverts en compte par un effet de fusion ou de novation des intérêts échus qui viennent s'intégrer au solde du compte. Les mécanismes du compte courant sont très souvent évoqués pour justifier ce qu'on qualifie d'une « coutume *contra legem*, que la jurisprudence¹⁴⁷⁵ valide exceptionnellement, pour ne pas s'opposer à une pratique

¹⁴⁶⁸ Cass. 1^{re} civ. 4 févr. 1975 : Bull. civ. I, n° 45, pourvoi n° 73-13818, (nullité d'une convention de capitalisation des intérêts échus chaque six mois).

¹⁴⁶⁹ Section IV, du chapitre III (« De l'effet des obligations »), du titre III (Des contrats ou des obligations conventionnelles en général)

¹⁴⁷⁰ Art. 1153 : « dans les obligations qui se bornent au paiement d'une certaine somme, les dommages-intérêts résultant du retard dans l'exécution ne consistent jamais que dans la condamnation aux intérêts au taux légal ».

¹⁴⁷¹ FENET, P.-A. *Op. cit.*, t. XIII, p. 61 : « le consul Cambacérés pense que la disposition tend seulement à empêcher le juge de prononcer une condamnation d'intérêts des intérêts ». Pour Maleville « il n'y a pas de plus sûr moyen de ruiner les familles et l'Etat lui-même : et l'on peut se faire une idée de l'énorme et rapide progression d'une dette même modique que l'on permettra à un créancier avide de multiplier ainsi en faisant produire sans cesse de nouveaux intérêts à d'autres intérêts. [...] *Vetus ubri fenore malum*, dit Tacite. Sans doute on ne peut pas empêcher qu'un créancier comptant avec un débiteur, qu'il tient dans les fers, l'oblige à reconnaître des intérêts échus comme un nouveau capital qu'il lui prête. Mais la loi n'a pas besoin de lui indiquer ce moyen » (*idem*, p. 62).

¹⁴⁷² V. les auteurs cités à la note 1467 *supra*.

¹⁴⁷³ SÉRIAUX, Alain. « Droit des obligations », *op. cit.*, n° 65, p. 271 ; VINEY, Geneviève et JOURDAIN, Patrice. *Op. cit.*, n° 353, p. 630.

¹⁴⁷⁴ V. II^e Partie, *infra*.

¹⁴⁷⁵ Cass. com. 22 mai 1991 : Bull. civ. IV, n° 168, pourvoi n° 89-19697.

multiséculaire »¹⁴⁷⁶. La Cour de cassation semble adhérer, implicitement, à une telle vision des choses, puisqu'elle n'admet pas une telle dérogation lorsqu'il s'agit d'un compte de dépôt¹⁴⁷⁷. Les juges du fond disposent d'un pouvoir souverain pour constater l'intention des parties de faire « fonctionner en compte courant »¹⁴⁷⁸ le découvert consenti, à défaut de quoi l'article 1154 mentionné demeure applicable¹⁴⁷⁹.

465. La méthode de calcul des intérêts des crédits – En France, les autorités publiques ont adopté une réglementation contraignante à ce propos¹⁴⁸⁰. Afin de lever toute ambiguïté à l'égard des découverts en compte ou des crédits renouvelables, notamment à propos de l'effet de « fusion » réclamé pour les comptes courants¹⁴⁸¹, l'article R. 313-2 du Code de la consommation détermine que le montant du crédit à prendre en considération pour le calcul du TAEG est rapporté, selon la méthode des nombres¹⁴⁸², à une période d'un jour à l'expiration de laquelle *il est réputé remboursé en même temps que les agios y afférents*¹⁴⁸³. Cette formule évite, dans le type d'opérations susmentionné, la pratique d'anatocisme par périodes inférieures à une année. Ensuite, contrairement à l'opinion suivant laquelle l'anatocisme revêt un caractère exclusivement indemnitaire, la jurisprudence admet que les parties conviennent d'une clause spéciale de capitalisation pour les intérêts rémunérateurs à échoir¹⁴⁸⁴.

¹⁴⁷⁶ GAVALDA, Christian et STOUFFLET, Jean. *Op. cit.*, n° 414, p. 231. « Un usage différent prévaut pour le compte courant malgré le caractère d'ordre public de l'art. 1154. Les intérêts débiteurs sont légitimement portés au débit d'un compte courant lors de chaque arrêté périodique à la condition que les intervalles entre les arrêts soient conformes aux usages. La périodicité usuelle est le trimestre » (*idem*, n° 372, p. 211).

¹⁴⁷⁷ Cass. 1^{re} civ. 4 déc. 1990 : inédit, pourvoi n° 87-12935 ; Cass. com. 22 mai 1991 : Bull. civ. IV, n° 168, pourvoi n° 89-19697 ; Cass. com. 5 oct. 2004 : Bull. civ. IV, n° 180, pourvoi n° 01-12435.

¹⁴⁷⁸ Cass. com. 17 mars 2004 : inédit, pourvoi n° 02-12845 (capitalisation trimestrielle d'intérêts admise). Sur la distinction entre compte de dépôt et compte courant, v. TROUCHE-DOERFLINGER, Isabelle. « La distinction entre compte de dépôt et compte courant », LPA 12 juin 1998, n° 70, p. 10 ; PRÜM, André. « De la distinction entre compte de dépôt et compte courant », *Rev. dr. banc. et fin.* mai-juin 2003, n° 3, p. 153 ; RIVES-LANGE, Jean-Louis et CONTAMINE-RAYNAUD, Monique. *Op. cit.*, p. 174, n° 184.

¹⁴⁷⁹ Cass. com. 8 nov. 2005 : inédit, pourvoi n° 03-19712.

¹⁴⁸⁰ Le déc. n° 2002-928 du 10 juin 2002 (pris en application de l'art. 1^{er} du déc. n° 2002-297 du même jour et portant modification du Code consom.) indique la formule mathématique à utiliser pour le calcul du TEG, lequel doit suivre la méthode dite d'équivalence.

¹⁴⁸¹ CRÉDOT, Francis et GÉRARD, Yves, *Rev. dr. banc. et de la bourse* n° 26, juill.-août 1991, p. 141 ; TROUCHE-DOERFLINGER, Isabelle, Les petites affiches 12 juin 1998, n° 70, p. 4 ; BONHOMME, Régine. « Proposition d'analyse de l'effet de règlement des comptes bancaires », LPA 21 juin 2001, n° 123, p. 4 ; ÉMY, Philippe. *Op. cit.*, p. 557.

¹⁴⁸² Ce que l'on appelle au Brésil « calcul à taux linéaire ».

¹⁴⁸³ Art. R. 313-2 du Code consom. : « ...à cet effet, chacun des soldes débiteurs successivement inscrits en compte au cours de l'intervalle séparant deux arrêts contractuels est multiplié par sa propre durée en jours ».

¹⁴⁸⁴ Cass. 1^{re} civ. 18 avr. 2000 : inédit, pourvoi n° 13-207 ; Cass. com. 20 janv. 1998 : Bull. civ. IV, n° 32, pourvoi n° 95-14101 ; Cass. com. 28 janv. 2004 : inédit, pourvoi n° 00-21039 ; Cass. com. 5 déc. 2006 : inédit, pourvoi n° 05-18358. Ici, une différence existe cependant avec l'anatocisme de nature indemnitaire, tel que précisé par la jurisprudence de la Cour de cassation. Si, pour celle-ci, le prêteur doit attendre une période d'« un an d'ancienneté » (Cass. 1^{re} civ. 10 juin 1981 : Bull. civ. I, n° 196, pourvoi n° 80-10704) pour que chaque montant d'intérêts échus puisse produire des intérêts à son tour (Cass. 1^{re} civ. 4 févr. 1975, précité ; Cass. 1^{re} civ. 16 févr. 1988 : inédit, pourvoi n° 86-12764 ; Cass. com. 3 déc. 1991 : inédit, pourvoi n° 89-14263 ; Cass. 1^{re} civ. 1^{er} déc. 1998 : inédit, pourvoi n° 96-17392 ; Cass. com. 27 mars 2001 : inédit, pourvoi n° 98-12222), dans la formule décrite en annexe au déc. n° 2002-928 préc., les intérêts échus pendant une période de 365 jours sont capitalisables par fractions journalières dès le premier jour suivant la fin de cette période.

466. Anatocisme et usure – L’anatocisme ne doit pas conduire à l’application d’un taux usuraire¹⁴⁸⁵. Un tel risque demeure tant dans les opérations de crédit à la consommation que dans celles de crédit immobilier. Il est cependant aggravé dans ces dernières en raison des délais allongés qu’elles comportent normalement. Nous l’avons vu, la méthode proportionnelle de calcul du TEG prévaut pour celles-ci. Dans ces cas de figure, l’existence d’un prêt usuraire sera d’autant plus probable que les échéances seront plus rapprochées¹⁴⁸⁶ : alors qu’un TEG de 12% par an capitalisé mensuellement donne un taux annuel réel de 12,68%¹⁴⁸⁷, une capitalisation journalière aboutit à 12,74% par an¹⁴⁸⁸.

467. Au Brésil, cette matière fait l’objet de plus d’un dispositif légal. D’abord, le décret n° 22.626 précité prévoit qu’« il est interdit de compter des intérêts des intérêts ; cette prohibition ne comprend pas l’accumulation d’intérêts échus aux soldes liquides en compte courant d’année en année »¹⁴⁸⁹. Ce dispositif s’applique tant aux intérêts moratoires qu’aux intérêts rémunérateurs découlant d’un contrat. Sur ce fondement, une jurisprudence bien établie a perduré pendant un demi-siècle, interdisant la capitalisation des intérêts réalisée par périodes inférieures à une année¹⁴⁹⁰. De très nombreux arrêts ont été rendus dans ce sens¹⁴⁹¹. Au tournant du siècle on a assisté à d’importantes évolutions du droit positif en la matière.

B) L’anatocisme librement stipulé

468. Une faveur du gouvernement brésilien a permis aux institutions financières de procéder à la capitalisation des intérêts par périodes inférieures à un an dans les opérations de crédit. Un dispositif légal (« medida provisória ») a été adopté sous régime d’urgence, prévoyant une telle possibilité¹⁴⁹². La constitutionnalité de cette mesure a été soumise à l’appréciation de la Cour constitutionnelle (STF), laquelle n’a toujours pas rendu sa décision¹⁴⁹³.

¹⁴⁸⁵ « M. Tronchet dit que cette cumulation volontaire des intérêts échus et du capital était le moyen que prenaient les usuriers pour dépouiller les fils de famille » : FENET, P. A. *Op. cit.*, t. XIII, p. 66 ; PIEDELIÈVRE, Stéphane. « Droit de la consommation », *op. cit.*, n° 289, p. 224 ; ANTONMATTEI, Paul-Henri et RAYNARD, Jacques. « Droit civil – contrats spéciaux », 4^e éd., Litec, 2004, n° 368, p. 264.

¹⁴⁸⁶ V. GAVALDA, Christian et STOUFFLET, Jean. *Op. cit.*, n° 414, p. 232 : « bien entendu, l’inscription en compte des intérêts à des dates plus ou moins rapprochées, a une incidence sur le taux effectif global et l’appréciation du caractère usuraire du taux appliqué ».

¹⁴⁸⁷ $12,68\% = \{[(12 / 12) / 100] + 1\}^{12} - 1$

¹⁴⁸⁸ $12,74\% = \{[(12 / 365) / 100] + 1\}^{365} - 1$

¹⁴⁸⁹ Art. 4^o du décret n° 22.626 du 7 avr. 1933.

¹⁴⁹⁰ STF-RE n° 17.785/DF, rel. Min. Orozimbo Nonato, 2^a T., j. 10.8.1951, DJ 4.5.1953 ; v. aussi l’avis n° 121 de la *summula* du STF, adoptée le 13.12.1963.

¹⁴⁹¹ STJ-Resp n° 101.922/RS, rel. min. Ruy R. de Aguiar, 4^a T., j. 25.11.1996, DJ 3.2.1997 ; STJ-Resp n° 158.469/RS, rel. min. Menezes Direito, 3^a T., j. 25.8.1998, DJ 13.10.1998 ; STJ-Resp n° 175.796/RS, rel. min. Barros Monteiro, 4^a T., j. 4.11.1999, DJ 17.12.1999 ; Resp n° 171.754/DF, rel. min. Menezes Direito, 3^a T., j. 18.3.1999, DJ 17.5.1999 ; STJ-Resp 337.999/RS, rel. min. Menezes Direito, 3^a T., j. 22.5.2003, DJ 8.9.2003 ; STJ-Resp n° 629.007/RS, rel. min. Menezes Direito, 3^a T., j. 28.9.2004, DJ 1.2.2005 ; STJ-Resp n° 416.254/RJ, rel. min. Menezes Direito, 3^a T., j. 7.4.2005, DJ 13.6.2005 (émetteur de cartes de crédit, v. aussi STJ-Resp 450.453/RS, rel. min. Aldir Passarinho, DJ 25.2.2004).

¹⁴⁹² Art. 5^o de la MP n° 1.963-17 du 30 mars 2000, rééditée sous le n° 2.170-36, le 23 août 2001.

¹⁴⁹³ STF-ADIN n° 2316/DF. Le 5 nov. 2008 la séance de jugement d’une action en référé (« medida cautelar ») intentée par le Parti Libéral (PL) a été suspendue pour défaut de quorum, après que les ministres Sydney Sanches (rapporteur), Carlos Velloso, Marco Aurélio et Carlos Britto se furent prononcés en faveur de la suspension *in limine* de la validité du dispositif permettant la capitalisation des intérêts, les ministres Menezes Direito et Carmen Lúcia étant d’un avis contraire.

En attendant, le *Superior Tribunal de Justiça* décide de se plier aux nouvelles règles. Il admet la capitalisation des intérêts en périodes inférieures à un an dans les contrats conclus à partir de l'adoption du dispositif mentionné, lorsque celle-ci y est expressément stipulée¹⁴⁹⁴. En 2002, le nouveau Code civil ayant été promulgué, l'article 591 prévoit que lorsque le prêt est à finalités économiques, « est permise la capitalisation annuelle ». Le STJ ne modifie pas pour autant sa nouvelle jurisprudence¹⁴⁹⁵. Pour comprendre les conséquences de ces mesures sur les opérations conclues avec les consommateurs, deux exemples peuvent être présentés.

469. Les exemples de la pratique – D'abord, dans une opération d'ouverture de crédit en compte bancaire d'un montant de 1.000 euros, consentie à un taux moyen de 8% par mois, le consommateur utilisant la totalité de son découvert paiera au bout d'un an la somme de 2.518 euros en capital et intérêts. Ensuite, pour un prêt immobilier d'un montant de 100.000 euros remboursable en dix ans par échéances mensuelles, consenti à un taux moyen de 1% par mois, le consommateur paiera seulement en intérêts 172.165 euros. Si l'on ajoute à ce calcul le montant correspondant à l'indexation suivant l'indice officiel (TR) – stipulé en pratique dans tous les contrats de crédit immobilier au Brésil – la somme payée hors capital au terme du contrat s'élèvera à environ 186.431 euros. Ces exemples, bien représentatifs de la réalité du marché du crédit aux consommateurs au Brésil, expliquent que le contentieux en cette matière soit, sans aucun doute, l'un des plus abondants en matière de consommation. Surtout dans les opérations de crédit immobilier relevant du secteur aidé (SFH), le nombre de litiges et la diversité des moyens invoqués par les parties se mesurent à l'aune des détails que comporte la réglementation. Les magistrats ont eu ainsi à décider, par exemple, qu'un calcul exact des intérêts implique d'appliquer d'abord la clause d'indexation, ensuite les intérêts au montant du capital¹⁴⁹⁶ ; que les intérêts doivent être appliqués, pour chaque échéance mensuelle, au solde du prêt avant le paiement de la part du capital amorti¹⁴⁹⁷ ; enfin, que le paiement des intérêts ainsi calculés doit être réalisé avant le paiement de l'amortissement du capital...¹⁴⁹⁸

470. La méthode de calcul « Price » – Une grande polémique règne au Brésil quant à la légitimité des méthodes mathématiques utilisées pour le calcul des intérêts des crédits. Les difficultés sont liées au fait que, en l'absence de réglementation en la matière¹⁴⁹⁹, on assimile la

¹⁴⁹⁴ STJ-Resp n° 602.068/RS, rel. min. Antônio de Pádua Ribeiro, 2^a Seção, j. 22.9.2004, DJ 21.3.2005 ; STJ-Resp n° 603.043/RS, rel. min. Antônio de Pádua Ribeiro, 2^a Seção, j. 22.9.2004, DJ ; STJ-Resp n° AgRgResp n° 702.524/RS, rel. min. Fernando Gonçalves, 4^a T., j. 22.3.2005, DJ 11.4.2005 (contrat non adjoint) ; STJ-AgRgResp 743.321/RS, rel. min. Aldir Passarinho, 4^a T., j. 28.6.2005, DJ 29.8.2005.

¹⁴⁹⁵ STJ-AgRgResp n° 1.043.101/RS, rel. min. Fernando Gonçalves, 4^a T., j. 28.10.2008, DJ 17.11.2008 ; STJ-AgRgAg n° 565.777/RS, rel. Massami Uyeda, 4^a T., j. 4.3.2008, DJ 24.3.2008 (clause non stipulée) ; STJ-AgRgResp n° 1.047.572, rel. min. Aldir Passarinho, 4^a T., j. 16.9.2008, DJ 28.10.2008 (clause stipulée).

¹⁴⁹⁶ STJ-AgRgAgRgResp n° 825.954/PR, rel. min. Luiz Fux, 1^a T., j. 4.12.2008, DJ 15.12.2008.

¹⁴⁹⁷ STJ-AgRgResp n° 933.393/PR, rel. min. Denise Arruda, 1^a T., j. 10.2.2009, DJ 23.3.2009 ; STJ-AgRgResp n° 1.036.303/RS, rel. min. Nancy Andrichi, 3^a T., j. 2.12.2008, DJ 3.2.2009.

¹⁴⁹⁸ STJ-1.090.398/RS, rel. min. Denise Arruda, 1^a T., j. 2.12.2008, DJ 11.2.2009.

¹⁴⁹⁹ La résolution n° 3.517 du 6 décembre 2007 du Conseil Monétaire National relative à l'information et au mode de calcul du taux annuel effectif global (CET) comporte une formule mathématique de calcul d'intérêts : $CET = (1 + t)^j - 1$, où t = taux de période et j = nombre de périodes de l'année civile ($j = 12$ pour un t mensuel et $j = 365$ pour un t journalier), pour un prêt remboursé en une seule fois. Tel qu'on a défini ici l'anatocisme, cette formule ne le comporte pas.

méthode d'intérêts composés à l'anatocisme. Pour les crédits amortissables par échéances périodiques, les établissements de crédit emploient le plus souvent un système appelé « Price » ou « système français¹⁵⁰⁰. Les juges du fond condamnaient systématiquement l'utilisation de cette méthode, en l'assimilant à la pratique d'anatocisme. Le STJ censurait indistinctement, dans un premier temps, les juges du fond¹⁵⁰¹. Il admet, plus récemment, qu'une capitalisation indue, *a priori* exclue, puisse exister dans certains cas d'espèce lorsque, par exemple, les échéances mensuelles du prêt n'étant pas suffisantes pour le paiement des intérêts dus (amortissement négatif)¹⁵⁰², le prêteur intègre les intérêts résiduels au capital. Constatée souverainement par les juges du fond¹⁵⁰³, cette pratique est condamnée¹⁵⁰⁴ et ces intérêts doivent être inscrits dans un compte distinct¹⁵⁰⁵.

471. Enfin, la définition de la méthode de calcul des intérêts est essentielle si l'on veut que les chiffres présentés au consommateur correspondent exactement au montant des intérêts payés par celui-ci en unités monétaires. Elle ne l'est pas moins lorsqu'il s'agit de procéder au décompte des intérêts si, après avoir remboursé plusieurs échéances, le consommateur décide, par exemple, de rembourser son crédit par anticipation. Or, en l'absence de réglementation à cet égard, seul un bon vouloir de la part du fournisseur de crédit permettrait au consommateur d'obtenir un tel décompte desdits intérêts. En toute vraisemblance, il se heurtera à un refus de la part du premier, lequel a intérêt à recevoir les paiements suivant strictement les stipulations du contrat qu'il aura, lui seul, rédigé. C'est pourquoi le législateur, dans un souci à la fois d'équilibrer le rapport contractuel et de laisser aux parties une marge de liberté, a décidé d'aménager certains aspects de l'économie du contrat.

Section 2 – Les autres aménagements de l'économie du contrat de crédit

472. L'économie du contrat est une notion récente qui repose, affirme-t-on, sur un concept de « contrat-opération »¹⁵⁰⁶. Celui-ci comprendrait non seulement ce que veulent les

¹⁵⁰⁰ Ce système est identique à celui prévu en annexe au Code de la consommation français. Il implique que le paiement des intérêts du prêt se réalise principalement au début de l'exécution du contrat. C'est-à-dire que les premiers remboursements échelonnés sont composés majoritairement d'intérêts, les fractions correspondant au capital emprunté étant payées surtout vers la fin du contrat. Deux autres systèmes de remboursement sont aussi utilisés, à savoir le système d'amortissements constants (SAC) et le système d'amortissement croissant (SACRE). Le premier est actuellement préféré par la Caixa Econômica Federal, principal organisme de crédit agissant dans le secteur réglementé (SFH). Dans ce système, le montant du capital amorti est identique dans toutes les échéances. Par conséquent, le montant des échéances décroît avec le temps.

¹⁵⁰¹ STJ-Resp n° 587.639/SC, rel. min. Franciulli Neto, 2^a T., j. 22.6.2004, DJ 18.10.2004.

¹⁵⁰² STJ-1.090.398/RS, rel. min. Denise Arruda, précité.

¹⁵⁰³ STJ-Resp n° 804.842/SC, rel. min. Fernando Gonçalves, 4^a T., j. 9.6.2009, DJ 22.6.2009 ; STJ-AgRgResp n° 933.393/PR, rel. min. Denise Arruda, 1^a T., j. 10.2.2009, DJ 23.3.2009 ; STJ-AgRgResp n° 930.99/DF, rel. min. Luis Felipe Salomão, 4^a T., j. 16.12.2008, DJ 2.2.2009.

¹⁵⁰⁴ STJ-AgRgAgRgResp n° 825.954/PR, précité ; STJ-Resp n° 601.445/SE, rel. min. Teori Albino Zavascki, 1^a T., DJ 13.9.2004 ; STJ-AgRgResp n° 818.472/RS, DJ 26.6.2006 ; STJ-Resp 572.061/PR, DJ 2.5.2005.

¹⁵⁰⁵ STJ-Resp n° 958.057/RS, rel. min. Herman Benjamin, 2^a T., j. 8.9.2009, DJ 11.9.2009.

¹⁵⁰⁶ V. PIMONT, Sébastien. « L'économie du contrat », thèse PUAM, 2004, n° 274, p. 183 : « l'économie du contrat est l'opération globale et concrète que veulent réaliser les parties ; elle représente sous une forme objective le point de convergence des volontés. Cette opération est une structure ordonnée d'effets de droit apte à réaliser une fonction économique précise. Elle constitue donc la matière ou le contenu économique du contrat. Comprise de cette

parties, mais aussi des éléments qui visent à assurer que l'opération concrètement considérée réalise une certaine fonction économique¹⁵⁰⁷, un peu, pour reprendre une métaphore autrefois utilisée, « comme le coucou qui va pondre ses œufs dans le nid que les oiseaux ont construit pour leurs seuls petits »¹⁵⁰⁸. Dans les opérations de crédit proposées aux consommateurs, le législateur précise les effets qu'il entend attacher à la réalisation de leur fonction économique au sein du marché. Cette politique législative aux impacts sociaux indiscutables est menée, tantôt par une démarche positive, en établissant certains droits au bénéfice du consommateur (§ 1^{er}), tantôt par une démarche négative, en éliminant¹⁵⁰⁹, au sein du contrat de crédit, les clauses contraires à la réalisation d'une fonction économique conforme aux intérêts de la collectivité de consommateurs (§ 2nd).

§ 1^{er} – Le droit au remboursement anticipé

473. Le remboursement du crédit au terme convenu correspond à une estimation du profit attendu par le prêteur¹⁵¹⁰. Normalement, les créances résultant des opérations conclues avec les consommateurs font ensuite l'objet d'opérations de refinancement (mobilisation ou titrisation). Les remboursements effectués par l'emprunteur servent ensuite, outre le profit du prêteur initial, à rémunérer les tiers investisseurs et cessionnaires des créances. Ceux-ci se livrent à des opérations spéculatives aux issues incertaines dans les marchés financiers. Pour eux, l'exécution du contrat de crédit primaire menée « à bon terme » représente une garantie de fonctionnement du système. Les liens de cette chaîne contractuelle dont est composé le marché financier sont, cependant, de nature économique. Juridiquement, bien que celui-ci prenne, dans une certaine mesure, ses appuis sur la stabilité des opérations conclues avec les consommateurs, le principe de l'effet relatif des conventions demeure applicable. Le jeu spéculatif poursuivi à partir de l'octroi d'un crédit ne saurait déroger au besoin de protection du consommateur. Celui-ci reste, dans les rapports individuels, la partie la plus vulnérable à un changement de conjoncture affectant les aléas liés à la charge des remboursements. En cas de variation à la baisse des taux du marché, il pourra avoir intérêt, dans les opérations conclues à

manière, l'économie du contrat, à laquelle les parties mais aussi le législateur doivent un égal respect, est la norme produite par le contrat, la loi des parties au sens de l'article 1134 du Code civil ».

¹⁵⁰⁷ *Idem*, n° 15, p. 23 : « avec l'économie du contrat le 'contrat-obligation' fait place au 'contrat-opération' ; il se dote d'une matière indépendante des obligations qu'il a pour but de produire ».

¹⁵⁰⁸ SAVATIER, René. « Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui », *op. cit.*, n° 69, p. 81 : « le législateur reprend en mains ce contrat, libre à l'origine, et y dépose ce que les parties ne voulaient pas y mettre. [...] Ainsi, ce contrat, voulu par les contractants, va systématiquement donner des résultats inattendus d'eux, des effets quel'un de ceux-ci, ou tous deux, auraient réprouvés ».

¹⁵⁰⁹ Ou en fournissant au juge les instruments juridiques nécessaires à les éliminer.

¹⁵¹⁰ En droit commun du prêt, on admet généralement que le terme est convenu dans l'intérêt des deux parties (art. 1902 du Code civil français) : v. MIRBEAU-GAUVIN, Jean-Régis. « Le remboursement anticipé du prêt en droit français », D. 1993, chr. p. 47 ; PIEDELIÈVRE, Stéphane. « Droit de la consommation », *op. cit.*, n° 372, p. 295 ; MALAURIE, Philippe, AYNÈS, Laurent et GAUTIER, Pierre-Yves. *Op. cit.*, n° 938, p. 544. En droit brésilien le terme est présumé convenu au bénéfice du débiteur (art. 133 du Code civil). Dans tous les cas, cependant, une stipulation conventionnelle permet en pratique au prêteur de l'exiger, les dispositions citées n'étant pas d'ordre public. V. PAISANT, Gilles. « Essai sur le temps dans les contrats de consommation », *op. cit.*, n° 25, p. 649.

taux fixe, à renégocier les conditions de son contrat. Or, un rapport de forces déséquilibré l'obligerait à supporter, bien ou mal¹⁵¹¹, la fixité du crédit en cas de baisse.

474. Tenant compte du faible pouvoir de persuasion du consommateur vis-à-vis de son cocontractant, le législateur ouvre une voie alternative au profit du premier. Il crée un droit à rembourser le crédit par anticipation. Considéré par certains comme un « véritable privilège »¹⁵¹², il s'agit en vérité moins d'un élan de surprotection consumériste que d'un mécanisme d'incitation à la concurrence au sein du marché. Surtout dans les opérations de crédit immobilier, des liens contractuels formés pour des périodes de vingt, voire trente ans, interdisent la « fluidité des comportements consuméristes »¹⁵¹³ au sein du marché, créant ainsi des niches financières de long terme susceptibles d'obstruer le libre jeu de la concurrence. Le droit à l'anticipation du remboursement – sans doute plus qu'une simple « bonne chose »¹⁵¹⁴ – contribue à enlever partiellement ces obstacles. Le concept de « portabilité », bien connu du législateur¹⁵¹⁵, devient alors utile, un crédit consenti devenant, sans jeu de mot, un « prêt-à-porter ». Compte tenu des enjeux liés aux différents types de crédit, il semblerait normal de distinguer les modalités de remboursement anticipé suivant une approche sectorielle de ces opérations (A). La comparaison juridique révèle cependant que les autorités publiques se décident parfois pour une approche générale (B).

A) L'approche sectorielle du droit à l'anticipation des remboursements

475. Dans certains types d'opérations, les frais de dossier et de gestion liés à leur conclusion ainsi que l'élimination des intérêts non échus sur des sommes importantes, du fait d'un remboursement prématuré, expliquent qu'un dédommagement plus important soit prévu au bénéfice du prêteur. Le législateur français a alors choisi de distinguer les modalités de remboursement anticipé suivant qu'il s'agit d'un crédit immobilier (1) ou d'un crédit mobilier à la consommation (2).

¹⁵¹¹ GAVALDA, Christian et STOUFFLET, Jean. *Op. cit.*, n° 520, p. 290 : « pour les entreprises, la fixité du crédit est mal supportée en cas de baisse » ; GAVALDA, Christian. « L'information et la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit », *op. cit.*, p. 201, note 65, affirme que les clauses (facultatives) de remboursement anticipé étaient rares dans les contrats de crédit avant la loi de 1978.

¹⁵¹² PAISANT, Gilles. « Essai sur le temps dans les contrats de consommation », *op. cit.*, n° 30, p. 652.

¹⁵¹³ V. Rapport du sénateur Gérard Cornu, n° 111, au nom de la commission des Affaires économiques, annexé au procès-verbal de la séance du 5 déc. 2007, sur le projet de loi « pour le développement de la concurrence au service des consommateurs », p. 16.

¹⁵¹⁴ HUET, Jérôme. *Op. cit.*, n° 22550, p. 913.

¹⁵¹⁵ En France, ce concept sous-tend les objectifs de la loi n° 96-659 du 26 juill. 1996 de réglementation des télécommunications (art. 8), modifiant le code des postes et télécommunications (art. 36-6), à propos de la portabilité du numéro de téléphone. Au Brésil, ce sont les contrats d'assurance maladie qui ont connu l'application de ce concept.

1) Les modalités de remboursement anticipé dans les opérations de crédit immobilier

476. Pour ce type d'opérations, l'emprunteur peut toujours, à son initiative, rembourser le crédit par anticipation, en partie ou en totalité¹⁵¹⁶. Il s'agit d'une règle d'ordre public, non susceptible de dérogation par la volonté des parties¹⁵¹⁷. Par ailleurs, le principe d'une indemnité n'allant pas de soi, il faut qu'une prévision expresse figure dans l'offre préalable de crédit¹⁵¹⁸. Le mécanisme mis en œuvre par le législateur comprend encore la possibilité pour le prêteur de stipuler une clause d'interdiction de remboursements égaux ou inférieurs à 10 % du montant initial du prêt¹⁵¹⁹. Craignant que les indemnités stipulées ne soient d'un montant tel que le droit au remboursement anticipé devienne comme peau de chagrin, le législateur a entendu imposer certaines limites. L'indemnité ne peut excéder un montant qui, « dépendant de la durée restant à courir du contrat, est fixé suivant un barème déterminé par décret »¹⁵²⁰. L'article R. 312-2 du Code de la consommation prévoit que l'indemnité éventuellement due par l'emprunteur « ne peut excéder la valeur d'un semestre d'intérêt sur le capital remboursé au taux moyen du prêt, sans pouvoir dépasser 3 % du capital restant dû avant le remboursement ». Cette prévision n'est pas d'une clarté absolue. Elle prête à des interprétations divergentes.

477. « Un semestre d'intérêts », « taux moyen du prêt » et « capital remboursé » – À la différence de la réglementation sur le TEG, le décret d'application de la loi ne fournit pas les modes de calcul de l'indemnité d'anticipation des remboursements. L'autorité réglementaire s'est contentée d'employer des termes relevant des mathématiques financières¹⁵²¹. Le mécanisme adopté en application du dispositif légal qui impose de faire dépendre le montant de l'indemnité de la « durée restant à courir du contrat » semble représenter une solution de compromis, de manière à concilier les intérêts des contractants.

478. Normalement les premières échéances d'un crédit immobilier contiennent une large part d'intérêts et peu de capital. Par conséquent, plus longtemps le consommateur attendra pour anticiper des remboursements, plus cher il paiera en indemnité proportionnellement aux

¹⁵¹⁶ Art. L. 312-21 du Code consom. Cette règle ne s'applique toutefois pas aux contrats de location-vente ni de location assortie d'une promesse de vente, dont les dispositions échappent aux sections 1 à 3 du chapitre II, relatif au crédit immobilier. Cette exclusion est critiquable, du moins pour les premières opérations, lesquelles sont expressément (jusqu'au 30 avr. 2011...) comprises dans la protection relative au crédit mobilier à la consommation. D'un point de vue technique, rien ne semble justifier une telle exclusion lorsque l'opération est de nature immobilière. Remission de la note 1542 *infra*.

¹⁵¹⁷ V. LITTY, Olivier. « Inégalité des parties et durée du contrat – étude de quatre contrats d'adhésion usuels », LGDJ, 1999, n° 369, p. 296.

¹⁵¹⁸ Certains prêteurs acceptent parfois de négocier avec l'emprunteur l'exclusion d'une telle clause du contrat.

¹⁵¹⁹ Sauf s'il s'agit de son solde : art. L. 312-21 du Code consom. V. PAISANT, Gilles. « Essai sur le temps dans les contrats de consommation », *op. cit.*, n° 29, p. 650 : « comme dans le cas d'un crédit mobilier, il s'agit d'éviter au professionnel des frais disproportionnés au regard de l'économie espérée du consommateur ». L'auteur s'interroge cependant sur la légitimité de la distinction de régime que ces règles instaurent par rapport au crédit mobilier.

¹⁵²⁰ Art. L. 312-21, al. 2, du Code consom.

¹⁵²¹ On aurait pu penser que l'expression « un semestre d'intérêts » signifierait que l'indemnité est plafonnée à la valeur des seuls intérêts « touchant » les échéances dont le capital est restitué, suivant le tableau d'amortissement du prêt. Ce raisonnement ne serait pourtant pas conforme aux mathématiques financières. La Cour de cassation a implicitement reconnu que les termes de la loi sont suffisamment clairs en ce qu'ils « permettent au consommateur de connaître à tout instant le maximum de ce qui pourrait lui être réclamé en cas de remboursement anticipé » : Cass. 1^{re} civ. 20 mars 1989 : Bull. civ. I, n° 138, pourvoi n° 87-17442.

intérêts non échus dont il cherche à se débarrasser¹⁵²². À la veille de la fin du contrat, le montant de l'indemnité pourra être supérieur au préjudice (manque à gagner) subi par le prêteur – voire au profit tiré de l'exécution normale du contrat¹⁵²³. En pratique, dans tous les cas, le consommateur devra procéder à une appréciation de l'opportunité de rembourser son crédit par anticipation¹⁵²⁴. Concrètement, à supposer que le « taux moyen du prêt » corresponde à la moyenne des TEG annuels, un semestre d'intérêts correspondra à l'application d'un taux de période de six mois selon la méthode proportionnelle¹⁵²⁵. Autrement dit, ce sera le TEG annuel moyen divisé par deux. Encore faut-il cependant répondre à la question de savoir quel est le « capital remboursé » à prendre en compte. Certains auteurs¹⁵²⁶ considèrent que celui-ci s'entend des paiements effectués depuis la conclusion du contrat. Cette interprétation implique que le consommateur sera moins pénalisé s'il rembourse en totalité son crédit à un moment déjà avancé du contrat¹⁵²⁷. Elle lui est plus favorable en cas de baisse importante des intérêts du marché longtemps après la conclusion du contrat. Elle peut, en revanche, le pénaliser davantage si l'anticipation n'est que partielle¹⁵²⁸.

¹⁵²² Par exemple, pour un prêt de 100.000 euros, à un taux de 1% par mois sur une durée de 10 ans, un remboursement anticipé minimum de 10.000 euros au bout d'un an résulte en une économie en intérêts de 6.466,30 euros contre paiement d'une indemnité de 600 euros (ou 9,27% des intérêts économisés), tandis que le même capital restitué à la fin de la cinquième année ne les réduit que de 3.406,58 euros (pour le même montant de l'indemnité, ou 17,61% de ceux-ci). Aussi, plus le capital remboursé par anticipation est élevé, plus le plafond butoir de 3% du capital initial du prêt sera amené à jouer. Par conséquent, jusqu'au moment où le consommateur aura remboursé 50% du capital emprunté en exécution régulière de ses obligations, s'il décide de rembourser la totalité du capital restant dû, l'indemnité sera plafonnée à 3% du prêt chaque fois que le TEG sera plus élevé que 6%.

¹⁵²³ Ce qui démontre sa nature de clause pénale. L'art. L. 312-21, al. 2, du Code consom. prévoit expressément l'application de l'art. 1152 du Code civil, sur la possibilité de réduction par le juge des clauses manifestement excessives. V. cependant PIEDELIÈVRE, Stéphane. « Droit de la consommation », *op. cit.*, n° 373, p. 296, pour qui « en dépit de cette possibilité de contrôler le caractère manifestement excessif des clauses de remboursement anticipé en matière de crédit immobilier, la Cour de cassation n'a, pour le moment, jamais admis que le juge fasse application de ce pouvoir exceptionnel de révision ».

¹⁵²⁴ Par exemple, pour un prêt de 100.000 euros, à un taux de 1% par mois (TEG = 12%) sur une durée de 10 ans, le consommateur paiera 72.165,14 euros en intérêts. Une baisse du TEG d'un point (= 11%) survenant au bout de deux ans du prêt se traduirait par une économie de 4.617,22 euros alors qu'une telle baisse à la fin de la huitième année ne représenterait que 340,87 euros économisés en intérêts. L'indemnité d'anticipation dans le premier cas serait de 3000 euros (un semestre d'intérêts = 5.296,46 euros), impliquant un gain réel de 1.617,22 euros, alors que dans le deuxième elle serait de 1.828,68 euros, une perte de 1.487,81 résultant d'un remboursement anticipé.

¹⁵²⁵ C'est la méthode déterminée à l'art. R. 313-1, al. II, du Code consom. pour les crédits immobiliers. Par exemple, si le TEG proportionnel est 6% l'an, un semestre d'intérêts correspondra à 3%.

¹⁵²⁶ FLORES, Philippe et BIARDEAUD, Gérard. « Contentieux du droit de la consommation », v. I, 2^e éd., ENM, 2005, n° 166, p. 207 : « les termes 'capital remboursé' désignent à notre avis le capital déjà remboursé (c'est-à-dire le capital emprunté moins le capital restant dû figurant sur le tableau d'amortissement), et non le capital remboursé par anticipation (Cf. G. Biardeaud, *Guide pratique pour le contrôle des crédits immobiliers*, Litec 1991, n° 154) ».

¹⁵²⁷ Dans la pratique des crédits immobiliers (TEG compris entre 6% et 12% par an) normalement le capital est remboursé à moitié entre environ 55% et 70% de la durée du prêt (entre 10 et 20 ans). Ainsi, si on considère que le « taux moyen du prêt » s'applique au capital déjà remboursé, jusqu'à ce point de la durée du prêt (50% du capital remboursé) pour une restitution anticipée en totalité du capital, le montant de l'indemnité sera moins élevé que si on prend en compte le capital restant dû. À partir de ce moment, il serait *a priori* plus élevée, mais il se heurtera au deuxième plafond (3% du capital initial) si le TEG est supérieur à 6% par an. On rappellera que le taux de l'usure pour les crédits immobiliers se trouve en 2009 en moyenne à 6,5% par an. Par exemple, pour un prêt de 100.000 euros, à un taux de 1% par mois sur une durée de 10 ans, une anticipation totale au bout de deux ans en raison d'une baisse d'un point du TEG (11%) exigerait le paiement d'une indemnité de 703,53 euros (soit un gain réel de 3.913,69 euros), alors que l'indemnité à payer pour une restitution totale à la fin de la huitième année s'élèverait à 3000 euros (un semestre d'intérêts = 4.171,31 euros), soit une perte de 2.659,13 euros.

¹⁵²⁸ Ainsi, à partir du 22^e mois d'un prêt de 100.000 euros, à un taux de 1% par mois sur une durée de 10 ans, un remboursement anticipé minimum de 10.000 euros impliquera une indemnité plus élevée (606,13 euros) que si elle était calculée sur le capital « à être remboursé » par anticipation (600 euros). Par ailleurs, en prenant en compte celui-ci on évite un *bis in idem* avec la prévision du II^e alinéa de l'art. R. 312-2 du Code, qui dispose que l'indemnité

479. Enfin, le prêteur peut obtenir une indemnité supplémentaire dans les prêts assortis de taux d'intérêts différents¹⁵²⁹ suivant les périodes de remboursement. Cette somme lui permet de conserver, sur la durée courue depuis l'origine, le taux moyen prévu lors de l'octroi du prêt. Elle est reçue couramment l'appellation d' « intérêts compensatoires », expression à laquelle la Cour de cassation a adhéré¹⁵³⁰. Dans les opérations de crédit immobilier, le versement d'une indemnité en contrepartie du droit au remboursement constitue le principe. Une exception est pourtant prévue au Code de la consommation pour les cas où « le remboursement est motivé par la vente du bien immobilier faisant suite à un changement de lieu d'activité professionnelle de l'emprunteur ou de son conjoint, par le décès ou par la cessation forcée de l'activité professionnelle de ces derniers »¹⁵³¹. On pourrait penser que, dans les opérations de crédit mobilier à la consommation, cette même logique prévaudrait compte tenu des enjeux moins importants qu'elles comportent normalement. C'était, jusqu'à une période récente, la logique du dispositif français. Ce n'est plus le cas depuis la transposition de la directive n° 2008/48/CE.

2) Les modalités de remboursement anticipé dans les opérations de crédit mobilier

480. Combattu en vain par la France lors de son élaboration¹⁵³², le texte communautaire adopté prévoit que « le prêteur a droit à une indemnité équitable et objectivement justifiée pour les coûts éventuels liés directement au remboursement anticipé du crédit »¹⁵³³. Les nouvelles

peut être majorée « de la somme permettant d'assurer au prêteur, sur la durée courue depuis l'origine, le taux moyen prévu lors de l'octroi du prêt ».

¹⁵²⁹ Ne remplit pas cette condition la clause stipulant un taux fixe dont le paiement différé des intérêts, prenant la forme d'un barème progressif d'amortissement, aurait prétendument le même effet des taux d'intérêts différents selon les périodes de remboursement : Cass. 1^{re} civ. 5 mai 2004 : Bull. civ. I, n° 126, pourvoi n° 01-15046.

¹⁵³⁰ Les modalités de calcul des intérêts compensatoires doivent être indiquées dans l'offre préalable : Cass. 1^{re} civ. 21 févr. 1995 : Bull. civ. I, n° 99, pourvoi n° 92-21748. Pour la Cour de cassation, il n'est pas possible de faire application de l'article 1152 du Code civil pour réduire le montant des intérêts compensatoires car ils ne visent qu'à porter la rémunération du prêteur à un montant conforme au taux d'intérêt convenu, et n'ont donc pas la nature d'une clause pénale : Cass. 1^{re} civ. 7 oct. 1992 : Bull. civ. I, n° 245, pourvoi n° 90-21272 ; Cass. 1^{re} civ. 2 déc. 1992 : Bull. civ. I, n° 301, pourvoi n° 90-20712 ; Cass. 1^{re} civ. 30 mars 1994 : Bull. civ. I, n° 129, pourvoi n° 92-11759 ; Cass. 1^{re} civ. 11 oct. 1994 : Bull. civ. I n° 289, pourvoi n° 92-13947. Pour une critique de cette jurisprudence, v. Lamy droit économique, 2009, n° 6206, p. 2152 ; v. aussi PAISANT, Gilles. « Essai sur le temps dans les contrats de consommation », n° 30, p. 651 : « le renvoi, par l'article L. 312-21, au Code civil ne signifie pas nécessairement que la clause de remboursement anticipé constitue une clause pénale. Il a simplement pour objet, dans l'intérêt du consommateur-emprunteur, d'attribuer à la première un élément du régime juridique de la seconde. Sans doute eût-il été plus opportun qu'en ces circonstances la loi se référât au pouvoir modérateur du juge sans mentionner l'article 1152 du Code civil ».

¹⁵³¹ Art. L. 312-21, al. 3. Ce dispositif ne s'applique qu'aux contrats conclus à compter de la date d'entrée en vigueur de la loi n°99-532 du 25 juin 1999 relative à l'épargne et à la sécurité financière.

¹⁵³² V. le Rapport du sénateur Philippe Dominati, préc., p. 211, citant la rés. n° 27 (2006-2007) du Sénat, adoptée le 11 déc. 2006, par laquelle celui-ci avait demandé au gouvernement « d'obtenir que les États membres restent libres de dispenser du paiement de toute indemnité le consommateur qui procède à un remboursement anticipé ».

¹⁵³³ Art. 16, par. 2. Ce remboursement demeure un droit que le consommateur peut exercer pour restituer, en partie ou en totalité, le crédit qui lui a été consenti (art. L. 311-22, al. 1^{er}, du Code consom., dont l'entrée en vigueur est prévue au 1^{er} mai 2011). La suite de ce dispositif énonce ce qui était une évidence sous le régime antérieur : « dans ce cas, les intérêts et frais afférents à la durée résiduelle du contrat de crédit ne sont pas dus ». L'article L. 311-29 du Code consom., applicable jusqu'au 30 avr. 2011, prévoit que l'emprunteur peut toujours, à son initiative, rembourser par anticipation sans indemnité, en partie ou en totalité, le crédit qui lui a été consenti. L'art. D. 311-10 prévoit toutefois que le prêteur peut refuser un remboursement partiel anticipé inférieur à un montant fixé à trois fois le montant contractuel de la première échéance non échue. Les contrats de location sont d'ailleurs exclus de la protection relative au droit au remboursement anticipé, sauf s'ils prévoient que le titre de propriété sera finalement transféré au locataire (location-vente) : art. L. 311-29, al. 2.

règles transposées en droit français conditionnent l'exercice de ce droit à ce que le paiement anticipé soit supérieur à un seuil fixé par décret¹⁵³⁴. Dans tous les États membres de l'Union européenne la communauté, l'indemnité est plafonnée à 1% ou à 0,5% du montant du crédit faisant l'objet du remboursement anticipé, suivant que celui-ci intervient, respectivement, dans un délai supérieur ou inférieur à un an jusqu'à la date de fin du contrat¹⁵³⁵. Cependant, en aucun cas, l'indemnité éventuelle ne peut dépasser le montant des intérêts que l'emprunteur aurait payé durant la période comprise entre le remboursement anticipé et la date de fin du contrat de crédit initialement convenue. Par ailleurs, aucune indemnité n'est due en cas de facilité de découvert, ni lorsque le remboursement anticipé intervient dans une période pour laquelle le taux débiteur n'est pas fixe¹⁵³⁶. La loi française ajoute une exonération relative aux crédits renouvelables¹⁵³⁷. Elle exclue toutefois les opérations de location avec option d'achat du dispositif de protection¹⁵³⁸. Des modifications réglementaires ont également eu lieu récemment au Brésil. Dans ce pays, le législateur a procédé toutefois par une approche générale.

B) L'approche générale du droit à l'anticipation des remboursements

481. L'article 52, § 2^o, du Code du consommateur prévoit un droit général au « remboursement anticipé, total ou partiel, moyennant une réduction proportionnelle des intérêts et autres charges »¹⁵³⁹. Les modalités d'exercice de ce droit n'ont pourtant pas été fixées par la loi, pas plus d'ailleurs que par le décret de 1997¹⁵⁴⁰. Par des pratiques regrettables, les établissements de crédit profitent de cette lacune légale pour imposer des indemnités élevées aux consommateurs. Ils aboutissent à rendre inutile la protection prévue par le législateur. Le Conseil Monétaire National a fini d'ailleurs par valider ces pratiques, exigeant simplement que leur montant soit proportionné au capital et à la durée du contrat restant dus¹⁵⁴¹. Certaines décisions des juges du fond ont considéré qu'en l'absence de prévision légale à leur égard, de telles stipulations conventionnelles ainsi que la réglementation du CMN étaient illégales¹⁵⁴². La pratique n'en a pas tenu compte. Sous la pression des organisations de

¹⁵³⁴ Art. L. 311-22, al. 7, du Code (entrée en vigueur à partir du 1^{er} mai 2011). Le législateur français exerce ainsi la faculté prévue par la dir. communautaire (art. 16, par. 4, a). Le dispositif communautaire prévoit encore que ce seuil ne peut pas dépasser 10.000 euros au cours d'une période de douze mois.

¹⁵³⁵ Art. 16, par. 2, de la dir. 2008/48/CE ; art. L. 311-22, al. 7, du Code consom.

¹⁵³⁶ Art. L. 311-22, 1^o et 3^o, respectivement. Le 2^o, du même art. prévoit encore l'exonération du paiement d'une indemnité si le remboursement anticipé a été effectué en exécution d'un contrat d'assurance destiné à garantir le remboursement du crédit.

¹⁵³⁷ Art. L. 311-22, 4^o.

¹⁵³⁸ Art. L. 311-22-1. Cette exclusion est critiquable ; v. la note 1520 *supra*. On peut se demander si, au moins les opérations de location-vente, demeureront justiciables d'un droit au remboursement anticipé. Ces opérations sont pourtant beaucoup moins récurrentes en pratique.

¹⁵³⁹ Le décompte des intérêts se fait pour les seuls intérêts non échus au moment du remboursement anticipé : TJSP-APC n^o 7073603100, rel. Francisco Giaquinto, j. 24.8.2009.

¹⁵⁴⁰ Déc. n^o 2.181 du 20 mars 1997. L'art. 22, al. XX, du décret prévoit toutefois une peine d'amende pour les pratiques tendant à empêcher, obstruer ou refuser le remboursement anticipé par le consommateur, dans les conditions fixées par le Code.

¹⁵⁴¹ Rés. n^o 3.401 du 5.9.2006, art. 2^o, par. unique.

¹⁵⁴² TJRS-APC n^o 70019731421, rel. des. Carlos Alberto Etcheverry, 13^a Câmara cível, j. 28.6.2007 ; TJRS-APC n^o 71001537505, rel. Eduardo Kraemer, 1^a T. Recursal, j. 28.2.2008 ; TJRJ-APC n^o 2009.001.01660, rel. des. Roberto Ribeiro, 15^a Câmara cível, j. 14.4.2009.

défense du consommateur¹⁵⁴³ ainsi que du Ministère Public¹⁵⁴⁴, le CMN a décidé d'élaborer en 2007 une nouvelle réglementation¹⁵⁴⁵. Désormais, le paiement d'une indemnité constitue le principe (1). Dans des situations résiduelles, le remboursement anticipé sera gratuit (2).

1) Le remboursement anticipé à titre onéreux

482. Dans les opérations d'une durée supérieure à douze mois, le consommateur désireux de rembourser son crédit par anticipation est redevable d'une indemnité si le paiement intervient avant les douze mois restant à courir¹⁵⁴⁶. Une clause spéciale doit toutefois être prévue dans le contrat¹⁵⁴⁷. L'article 2^o de la résolution n^o 3.516 du CMN définit le taux appliqué pour rechercher la « valeur actuelle »¹⁵⁴⁸ des paiements à anticiper, autrement dit, pour procéder au décompte des intérêts. Ici, les aléas dont l'autorité réglementaire fait dépendre le montant de l'indemnité payée par le consommateur comprend les variations du taux de base du marché interbancaire (SELIC)¹⁵⁴⁹. Le mécanisme adopté est complexe et on peut se demander s'il est bien légitime.

483. Un mécanisme complexe, fruit d'un faux compromis – Concrètement, si ce taux SELIC ne s'altère pas entre la date de conclusion du contrat et celle du remboursement souhaité, le décompte des intérêts se fera par application du taux conventionnel. Le montant de l'indemnité sera alors nul. En revanche, si le taux SELIC s'accroît pendant l'exécution du contrat, on aboutit au résultat très surprenant que le taux de décompte devient supérieur au taux conventionnel lui-même. Celui-ci se trouvant majoré de la différence avérée du taux SELIC, le consommateur finirait par rembourser un capital inférieur à celui emprunté. On ne peut qu'être méfiant à l'égard du dispositif réglementaire. En réalité, hormis les cas exceptionnels d'une entrée d'argent inattendue permettant au consommateur de se débarrasser d'un crédit devenu inutile, le plus souvent il cherchera à rembourser son crédit en vue d'en obtenir un autre moins cher. C'est donc normalement lors d'une baisse des intérêts du marché qu'un remboursement par anticipation est le plus profitable aux consommateurs. Or, les intérêts du marché n'ont pas tendance à baisser si, de son côté, le taux de base du marché

¹⁵⁴³ Notamment la réunion du SINDEC sous la coordination du DPDC-MJ, en novembre 2007, à Brasília.

¹⁵⁴⁴ TJRJ-APC n^o 2009.001.10861, rel. des. Ana Maria P. de Oliveira, 8^a Câmara cível, j. 14.7.2009 (action collective pour l'obtention de déclaration de nullité de clauses d'indemnité).

¹⁵⁴⁵ Rés. n^o 3.516 du 6.12.2007. Elle s'applique aux opérations conclues avec des institutions financières et des sociétés de *leasing* (art. 1^o). Sont exclues, en revanche, les opérations relevant du secteur réglementé (SFH) : art. 3^o par. unique

¹⁵⁴⁶ Art. 2^o, al. II : « dans les contrats d'une durée restant à courir supérieure à douze mois ». La rédaction du dispositif est maladroite. En vérité, la durée restant à courir est relative au délai compris entre le moment du remboursement anticipé et le terme du contrat. Sont toutefois interdits tous frais ou tarifs forfaitaires (art. 1^o).

¹⁵⁴⁷ Art. 2^o, § 1^o.

¹⁵⁴⁸ Le dispositif emploie plutôt le terme « recherche de la valeur actuelle » des paiements à réaliser : art. 2^o, al. I. FLORES, Philippe et BIARDEAUD, Gérard (*op. cit.*, n^o 5, p. 14) expliquent que « calculer la valeur actuelle d'une mensualité consiste à isoler, au sein de cette dernière, la part du capital et celle des intérêts produits par cette part de capital, depuis la date de déblocage des fonds, jusqu'à la date du paiement de la mensualité considérée ».

¹⁵⁴⁹ Le taux recherché correspondra à la somme de celui prévu à la date de la conclusion de l'opération avec la différence entre le taux SELIC en vigueur à cette même date et celui vérifié à la date du remboursement anticipé : art. 2^o, al. II, a, ensemble le § 2^o du même article.

interbancaire connaît une hausse. On dévoile ainsi le contrepoint du compromis arrêté par le Conseil Monétaire National : en cas de baisse du taux SELIC depuis la date de conclusion du contrat, le taux conventionnel s'en trouvera réduit d'autant pour fonder le calcul du décompte des intérêts à payer. La justification avouée de l'autorité financière est qu'il ne fallait pas trop alourdir la charge que doit supporter les institutions financières lors d'un remboursement anticipé¹⁵⁵⁰. Fussent-elles justifiées d'un point de vue économique, les mesures ainsi établies semblent l'être moins sous un angle technique. Le concept de « portabilité » du crédit, tel que présenté par les autorités financières, semble voué à l'échec. Par ailleurs, la nouvelle réglementation ne prévoit une gratuité du remboursement anticipé que dans des hypothèses limitées.

2) Le remboursement anticipé à titre gratuit

484. Dans les opérations de crédit d'une durée et d'un montant moindres, il apparaît justifié de faciliter un désendettement par anticipation. Le désir de se libérer prématurément de ses obligations démontre, dans ces cas de figure, moins une attitude habile du consommateur envers les taux du marché qu'une restructuration de son budget personnel. Or, l'obligation de payer une indemnité tendrait à bloquer toute initiative à cet égard. Il convient alors de rendre cette faculté gratuite. Malgré une rédaction maladroite du dispositif réglementaire¹⁵⁵¹, on peut en déduire que, dans les opérations de crédit d'une durée non supérieure à douze mois, le consommateur peut rembourser le crédit par anticipation sans indemnité. On signalera, cependant, que ce texte ne concerne que les opérations conclues avec des institutions financières et des sociétés de *leasing*. Pour un grand nombre de contrats de crédit, par exemple, les ventes à tempérament, la gratuité du crédit dépendra de l'interprétation que le juge portera sur l'article 52, § 2^o, du Code du consommateur. La pratique ne soulève pourtant guère de litiges à cet égard. On peut penser que la raison en est, encore une fois, un effet des pratiques généralisées existant dans cette branche du marché : le consommateur aura d'autant moins intérêt à rembourser par anticipation son crédit que celui-ci lui aura été consenti à titre gratuit... Il en va tout autrement, dans un second volet de l'aménagement de l'économie du contrat de crédit réalisé par le législateur. Il concerne les clauses conventionnelles insérées dans les contrats d'adhésion. Une protection efficace commande alors d'éliminer celles destinées à créer un déséquilibre économique au détriment de l'emprunteur.

§ 2nd – Les clauses abusives dans les contrats de crédit

485. La législation relative à la lutte contre les clauses abusives remonte aux origines du mouvement consumériste. Elle représente la consécration juridique des revendications des

¹⁵⁵⁰ Justification présentée par les représentants de la Banque Centrale lors de la 1^{re} rencontre de l'école nationale de défense du consommateur organisée par le DPDC-MJ, tenue à Brasília du 6 au 8 août 2008.

¹⁵⁵¹ Art. 2^o, al I.

consommateurs en vue d'un changement des conditions contractuelles profondément déséquilibrées dans lesquelles ils étaient amenés à nouer des relations avec les professionnels¹⁵⁵². La conceptualisation des contrats d'adhésion a aussi joué un rôle important à ce propos¹⁵⁵³. Le mot « lutte » parfois employé¹⁵⁵⁴ est, à cet égard, porteur d'un certain symbolisme. Il évoque la pérennité d'un combat mené contre les déséquilibres contractuels existants – et se reproduisant – dans ce type de relations ; comme si les clauses abusives étaient une sorte de maladie contractuelle endémique pour l'éradication de laquelle, non seulement les parties intéressées, mais aussi les pouvoirs publics, devraient demeurer incessamment vigilants. Ces conquêtes du mouvement consumériste ont produit des résultats dans les ordres juridiques français et brésilien. Les deux pays ont adopté des règles d'ordre public d'élimination des clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs. Inscrits dans la logique de la société de consommation, les contrats de crédit n'échappent naturellement pas à la standardisation des clauses imposées aux consommateurs lors de l'octroi d'un crédit. Dès lors, il convient d'analyser les modalités par lesquelles le législateur a intégré dans les ordres juridiques ici comparés, des mécanismes spécifiques de lutte contre ce type de clauses. Deux questions méritent, au préalable, d'être posées. Il s'agit, d'abord, de se demander si les législations spéciales sur les clauses abusives trouvent à s'appliquer aux opérations de crédit. Si cette condition est remplie, encore faudra-t-il s'assurer de la légitimité de la place réservée à une telle analyse au sein du régime juridique des opérations de crédit.

486. À propos de la première question, il s'agit de déterminer si le droit régissant les clauses abusives, dans un contexte qui, *a priori*, suppose la liberté des parties dans la fixation de leurs stipulations contractuelles, n'est pas une sorte de droit commun de la consommation¹⁵⁵⁵, auquel dérogerait, par spécialisation, la réglementation régissant spécifiquement les contrats de crédit. Une réponse négative peut être valablement fournie pour les deux ordres juridiques comparés où les dispositions réglementaires n'excluent pas un

¹⁵⁵² Pour un bref aperçu historique, v. CALAIS-AULOY, Jean et STEINMETZ, Frank. *Op. cit.*, n° 176, p. 203 ; v. aussi GRIDEL, Jean-Pierre. « Remarques de principe sur l'article 35 de la loi n° 78-23 du 10 janvier relatif à la prohibition des clauses abusives », D. 1984, chr. p. 153, lequel rappelle, à cet égard, la perspicace de Léon Duguit lorsqu'il affirmait, au début du XX^e siècle, « l'émergence constante et progressive d'une système juridique réaliste et socialisé, élaboré à partir des positions et des situations de fait des individus et des groupes pour lesquels il se constituait », dont l'inspiration « bouleverserait, par concurrence ou supplantation, un esprit principalement privatiste, hérité de la Révolution française et des codifications du début du XIX^e siècle, et assis, tant sur l'idée métaphysique de la supériorité de certaines volontés sur d'autres, que sur l'individualisme égocentrique inhérent à l'idée traditionnelle de droit subjectif ».

¹⁵⁵³ GRIDEL, Jean-Pierre. *Op. cit.*, p. 153 : « Dans les premières années du siècle, la doctrine désireuse de lutter contre de telles pratiques a parlé de 'contrat d'adhésion' : elle escomptait venir en aide au client par la constitution d'un régime juridique spécifique déduit de l'intensité comparée des volontés. Le résultat fut décevant... Il eût mieux valu, écrit Ripert ('Ébauche d'un droit civil professionnel', in *Études de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, p. 677) quelques décennies plus tard, partir franchement de la différence de condition socio-professionnelle, et étendre à l'ensemble de la matière contractuelle (formation, validité, effets, suites) les distinctions que le code faisait seulement pour sa preuve ». En matière de clauses abusives, v. PAISANT, Gilles. « Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n°95-96 du 1^{er} février 1995 », *Dalloz* 1995, p. 99, n° 7 : « la quasi-totalité, pour ne pas dire la totalité, du contentieux en ce domaine naît de la pratique des contrats d'adhésion ».

¹⁵⁵⁴ PAISANT, Gilles. « De l'efficacité de la lutte contre les clauses abusives », *Dalloz* 1986, chr. p. 299 ; CALAIS-AULOY, Jean et STEINMETZ, Frank. *Op. cit.*, n° 176, p. 195.

¹⁵⁵⁵ LOKIEC, Pascal. « Clauses abusives et crédit à la consommation », *Rev. dr. banc. et fin.*, mai-juin 2004, p. 221.

certain aménagement conventionnel du contenu du contrat¹⁵⁵⁶. Au Brésil, cette conclusion résulte de la logique qui sous-tend le « micro-système » de défense institué par le Code. Exclure les opérations de crédit de cette protection contreviendrait à l'essence téléologique de ce système. En France, malgré la démarche sectorielle de protection du consommateur poursuivie par le législateur, aucune raison ne semble légitimement autoriser d'y voir un rapport de spécialité entre ces législations à finalité protectrice, unies d'ailleurs par une naissance bivitelline¹⁵⁵⁷. Baptisées presque à l'identique, les deux lois portent cependant dans leur nom l'objectif d'« information » des consommateurs. Ce qui nous ramène à la question de savoir, pour celle sur les clauses abusives, quel est l'objet de sa protection.

487. Tant au Brésil qu'en France, la notion de clause abusive vise essentiellement le rétablissement d'un équilibre entre les droits et les obligations des parties. « Ce qui est problématique dans le contrat pré-rédigé, c'est moins le choix drastique entre l'adhésion et le refus que le risque d'une inéquitable disproportion »¹⁵⁵⁸. Encore que le consommateur accepte un contrat dont les clauses sont claires, simples, évidentes et précises, celles-ci pourront être qualifiées d'abusives « sur la seule considération de leur caractère draconien »¹⁵⁵⁹. Cette notion s'appuie sur celle d'abus¹⁵⁶⁰, envisagée de manière objective : « la protection des consommateurs contre les clauses abusives a été conçue par le législateur comme un mécanisme d'État, opérant par dispositions générales en fonction de critères généraux d'économie nationale »¹⁵⁶¹. Comme l'avait affirmé un auteur, « aujourd'hui, l'abus fait la synthèse, en les dépassant, des notions anciennes, lésion, usure, déloyauté, domination... il jette un pont entre droit civil et droit commercial¹⁵⁶², droit classique et droit de la concurrence. C'est là qu'est l'impardonnable péché du contractant contre l'esprit de la liberté contractuelle »¹⁵⁶³. Une fois analysés les éléments permettant d'identifier les clauses abusives

¹⁵⁵⁶ V. n° 287 *supra*.

¹⁵⁵⁷ Tant la loi sur le crédit à la consommation (n° 78-22 relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit) que celle sur les clauses abusives (n° 78-23, sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services) ont été adoptées le 10 janvier 1978. Sur l'application des règles sur les clauses abusives aux opérations de crédit, v. MALINVAUD, Philippe. « La protection des consommateurs », Dalloz 1981, chr. p. 58 ; PAISANT, Gilles. « Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 », *op. cit.*, n° 19 ; CALAIS-AULOY, Jean et STEINMETZ, Frank. *Op. cit.*, n° 179, p. 200 ; Lamy droit économique 2010, n° 4994 ; STOFFEL-MUNCK, Philippe. « L'abus dans le contrat – Essai d'une théorie », LGDJ, 2000, n° 369, p. 310.

¹⁵⁵⁸ GRIDEL, Jean-Pierre. *Op. cit.*, p. 153.

¹⁵⁵⁹ STOFFEL-MUNCK, Philippe. « L'abus dans le contrat – Essai d'une théorie », *op. cit.*, n° 362, p. 305.

¹⁵⁶⁰ V. STOFFEL-MUNCK, Philippe. « L'abus dans le contrat – Essai d'une théorie », *op. cit.*, n° 347, p. 292 : « il apparaît que ces 'clauses abusives' ne constituent qu'une limitation du pouvoir de fixer le contenu contractuel, et qu'à parler d'abus, ce n'est que d'abus de la liberté contractuelle qu'il s'agisse » ; v. aussi, CARBONNIER, Jean. « Droit civil – Les obligations », 21^e éd., 1998, n° 81 : « l'abus serait une référence à la théorie de l'abus de droit : de quel droit ? le droit de tenir la plume... ». V. cependant au Brésil, pour une opinion sur le dispositif du Code du consommateur : NERY JÚNIOR, Nelson *et alii*. « Código brasileiro de defesa do consumidor – Comentado pelos autores do anteprojeto », *op. cit.*, p. 569, pour qui « l'institution des clauses abusives ne se confond pas avec l'abus de droit de l'art. 187 du Code civil ».

¹⁵⁶¹ CARBONNIER, Jean. *Op. cit.*, n° 996, p. 2060.

¹⁵⁶² Après une réforme récente du Code de commerce français (art. L. 442-6, al. 1, 2^o, modifié par la loi n° 2008-776, du 4 août 2008), celui-ci prévoit la possibilité pour une entreprise d'engager la responsabilité de son partenaire contractuel lorsque celui-ci soumet ou tente de soumettre « un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ».

¹⁵⁶³ CARBONNIER, Jean. *Op. cit.*, n° 995, p. 2057.

intégrées dans les contrats de crédit (A), il conviendra d'étudier le rôle joué par les différents agents promoteurs de l'éradication de telles clauses (B).

A) L'identification des clauses abusives

488. L'abus d'une clause contractuelle relève d'un déséquilibre jugé trop important. C'est cette idée essentielle qui a permis au législateur d'organiser et de promouvoir la lutte contre les clauses abusives. C'est à partir de la confrontation entre une clause conventionnelle donnée et les éléments de la définition légale que l'on parvient à identifier l'abus qu'elle peut receler (1). La réaction de l'ordre juridique va ensuite dans le sens de leur élimination dont il conviendra d'analyser les modalités (2).

1) La définition légale de clause abusive

489. En France, ce concept est devenu opérationnel, tout d'abord, par la consécration légale des notions d'« abus de puissance économique » et d'« avantage excessif »¹⁵⁶⁴. Ensuite, sous l'impulsion du droit communautaire, une unification a été opérée sous la seule enseigne d'un déséquilibre significatif¹⁵⁶⁵. L'article L. 132-1 du Code de la consommation prévoit que « sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat ». Par référence à la directive communautaire du 5 avril 1993, ces dispositions ne devraient s'appliquer qu'aux contrats conclus par des consommateurs entendus comme des personnes physiques agissant en dehors du cadre de leur activité professionnelle. La formulation du dispositif français s'étend toutefois la notion de « non-professionnel ». L'analyse des travaux parlementaires révèle que le législateur entendait ainsi protéger contre les clauses abusives, outre le consommateur au sens strict, certaines personnes supposées fragilisées, telles qu'un artisan ou une personne dont l'activité professionnelle n'est pas « spécifiquement concernée » par le contrat qu'elle conclut¹⁵⁶⁶. On est ainsi renvoyé à la problématique de l'extension de la notion de consommateur¹⁵⁶⁷.

¹⁵⁶⁴ Art. 35 de la loi n° 78-23, du 10 janv. 1978. V. JAMIN, Christophe, *op. cit.*, RTD civ. 1995, p. 439 : « dès l'instant où il apparaissait qu'une clause conférait un avantage excessif au professionnel, elle était censée résulter d'un abus de puissance économique, ce qui fait que les deux critères se réunissaient en réalité en un seul », lequel cite CALAIS-AULOY, Jean. « Les clauses abusives en droit français », in « Les clauses abusives dans les contrats type en France et en Europe », GHESTIN, Jacques (dir.), LGDJ, 1991, p. 117. Adde, Cass. 1^{er} civ. 6 janv. 1994 ; JCP 1994, II, 22237, note PAISANT, Gilles.

¹⁵⁶⁵ Art. 3, par. 1, de la dir. n° 93/13/CE, du 5 avril 1993 sur les clauses abusives. V. PAISANT, Gilles. « Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 », *op. cit.*, n° 9, qui explique qu'il s'est agi d'un « retour aux sources » car l'art. 28 du projet de loi – devenu la loi de 1978 – prévoyait à l'origine qu'était abusive la clause qui « entraîne au détriment du consommateur un déséquilibre manifeste des droits et des obligations des parties ». L'art. L. 104 du projet de Code de la consommation élaboré par la Commission de refonte du droit de la consommation prévoyait aussi « un avantage manifestement excessif ».

¹⁵⁶⁶ V. PAISANT, Gilles. « Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 », *op. cit.*, n° 17, citant les déclarations du ministre de l'économie de l'époque à propos du projet de loi (JO Sénat CR, 16 nov. 1994, p. 5566). Du même auteur, v. « Retour sur la notion de non-professionnel », Mélanges Gross, n° 12, p. 7, lequel parle d'une « notion auberge espagnole ». Le critère de la différence de spécialité professionnelle semble être présent dans les vœux du législateur. La compétence professionnelle ne saurait

490. Le critère du « rapport direct » – En matière de clauses abusives, la Cour de cassation ne réalise actuellement que partiellement les vœux du législateur. Elle a abandonné une première approche centrée sur le critère de la compétence professionnelle de l'intéressé¹⁵⁶⁸. Le critère de définition désormais adopté est celui de l'absence de « rapport direct » entre le contrat et l'activité de l'intéressé alors même qu'il ne disposerait pas des compétences propres à l'objet du contrat¹⁵⁶⁹. Selon la dernière jurisprudence de la Cour de cassation, la protection peut d'ailleurs être étendue – toujours en l'absence de rapport direct – aux personnes morales en tant que « non-professionnels »¹⁵⁷⁰, au-delà des prévisions du droit communautaire¹⁵⁷¹. Depuis 1996, la Cour refuse cependant d'apprécier l'existence ou l'absence de ce rapport direct et s'appuie sur l'analyse souveraine des juges du fond¹⁵⁷². Malgré les critiques émises, à juste titre, par la doctrine, à propos d'un critère qui permettrait, par un raisonnement *a contrario*, de protéger les professionnels dont l'activité n'entreprendrait avec le

cependant suffire comme critère d'application. Par exemple, ce n'est pas parce qu'un commerçant en produits électroniques n'est pas un professionnel des finances qu'il méritera les faveurs de la loi à l'égard du banquier lorsqu'il obtient un prêt qu'il emploie dans un contrat d'approvisionnement conclu avec le producteur. La même logique doit être employée lorsque l'acquéreur ne possède pas les compétences du fournisseur du produit ou du service acquis à crédit. Ainsi, ce n'est évidemment pas parce qu'un pharmacien n'est pas un spécialiste en automobiles qu'il devra disposer d'un droit de rétractation pour anéantir le contrat de *leasing* d'une voiture destinée à livrer ses produits. À l'inverse, on ne devrait pas refuser à un courtier en bourse la protection de la loi, du seul fait qu'il dispose de connaissances spécialisées, lorsqu'il utilise son découvert en compte pour faire face à des besoins personnels de fin de mois.

¹⁵⁶⁷ V. *supra*. On peut douter de la cohérence d'un système qui aboutit à faire bénéficier des dispositions légales sur les clauses abusives les emprunteurs à qui on aurait refusé la protection prévue par celles, intégrées dans le même Code, sur les opérations de crédit.

¹⁵⁶⁸ Cass. 1^{re} civ. 28 avr. 1987 : Bull. civ. I, n° 134, pourvoi n° 85-13674 ; Cass. 1^{re} civ. 25 mai 1992 : Bull. civ. I, n° 162, pourvoi n° 89-15860 ; D. 1992, somm. p. 401, obs. KULLMANN, Jérôme ; D. 1993, jur. p. 87, note NICOLAU, Gilda.

¹⁵⁶⁹ V. HENRY, Xavier. « Clauses abusives : où va la jurisprudence accessible ? L'appréciation du rapport direct avec l'activité », Dalloz 2003, p. 2557, spéc. n° 27 : « tous les contrats visant à permettre ou développer l'activité spécifique du professionnel échappent à la législation protectrice en matière de démarchage ou de clauses abusives, quel que soit le degré d'ignorance 'technique' du professionnel à leur égard ».

¹⁵⁷⁰ Cass. 1^{re} civ. 15 mars 2005 : Bull. civ. I, n° 135, pourvoi n° 02-13285 (contrat de location de matériel informatique avec option d'achat conclu par un syndicat avec une société spécialisée, au motif que le contrat « n'avait pu être conclu par ce dernier qu'en qualité de professionnel »). Rapp. pour l'application des dispositions sur le crédit à la consommation à une société commerciale, Cass. 1^{re} civ. 22 mai 2002 : Juris-data n° 2002-014684. V. approuvant cette solution, pour autant qu'il s'agisse d'une personne morale dépourvue d'activité professionnelle, PAISANT, Gilles. « Retour sur la notion de non-professionnel », *op. cit.*, n° 16, p. 9.

¹⁵⁷¹ CJCE, 3^e ch., 22 nov. 2001, aff. C-541/99 et C-542/99 : Rec. CJCE 2001, I, 9049 ; JCP 2002, II, 10047, note PAISANT, Gilles ; D. 2002, somm. p. 2929, obs. PIZZIO, Jean-Pierre ; LPA 22 mai 2002, note C. NOURISSAT, Cyril ; RTD com. 2002, p. 404, obs. M. Luby. V. PAISANT, Gilles, sous Cass. 1^{re} civ. 15 mars 2005, préc., JCP 2005, II, 10114 : « la notion de 'non professionnel' de l'article L. 132-1 doit permettre d'englober des personnes morales dans le mécanisme de protection contre les clauses abusives, étant entendu que celles-ci seront protégées aux mêmes conditions que les personnes physiques. Cette ouverture nous paraît tout à fait légitime : toutes les personnes morales ne sont pas de puissantes sociétés commerciales. La protection devrait donc pouvoir profiter, par exemple, à des associations ne poursuivant aucune activité professionnelle ou économique qui, par l'intermédiaire de leurs représentants (souvent bénévoles), contractent dans la même situation de faiblesse que n'importe quel consommateur personne physique. Les juges du fond, qui se montraient favorables à cette extension, seront ainsi encouragés à poursuivre dans cette voie. [...] Indiscutablement, la notion de 'non professionnel' permet cette interprétation dans le domaine des clauses abusives. [...] Mais la solution retenue ne paraît donc pas exportable [...] on est conduit à dire que, conformément à la directive communautaire de référence, ce « consommateur » est exclusivement une personne physique ».

¹⁵⁷² Cass. 1^{re} civ., 17 juill. 1996 : Bull. civ. I, n° 331 ; JCP 1996, II, 22747, note PAISANT, Gilles ; Defrénois 1997, p. 346, obs. AUBERT, Jean-Luc ; Cass. 1^{re} civ. 1^{er} déc. 1998 : Bull. civ. I, n° 339 ; D. 2000, somm. p. 39, obs. PIZZIO, Jean-Pierre ; Cass. 1^{re} civ. 22 mai 2002 : Bull. civ. I, n° 143, pourvoi n° 99-16574 ; JCP 2002, IV, 2145 ; Juris-Data n° 2002-014436. Pour un contrôle effectué avant cette période, v. Cass. 1^{re} civ. 30 janv. 1996 ; D. 1996, p. 228, note PAISANT, Gilles ; Cass. 1^{re} civ. 5 nov. 1996 ; Cass. 1^{re} civ. 18 févr. 1997.

contrat conclu qu'un rapport indirect¹⁵⁷³, on observe, dans la pratique judiciaire, une rigueur marquée dans l'application de la protection à ce type d'emprunteurs. La protection légale leur est très souvent refusée¹⁵⁷⁴. En définitive, désormais, postérieurement à la réforme du 1^{er} juillet 2010 sur le crédit à la consommation, la protection contre les clauses abusives trouve à s'appliquer, non seulement au bénéfice des consommateurs entendus comme des personnes physiques contractant « dans un but étranger à leur activité commerciale ou professionnelle »¹⁵⁷⁵, mais aussi au profit de toute personne, personne physique ou morale, qui a conclu un contrat ne présentant pas de « rapport direct » avec l'exercice de sa propre activité professionnelle.

491. Le déséquilibre significatif – L'abus existe lorsque la clause litigieuse a pour objet ou pour effet¹⁵⁷⁶ de créer un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat. Le législateur indique la manière d'apprécier le caractère abusif d'une clause. L'article L. 132-1, al. 5^e, du Code de la consommation précise que « sans préjudice des règles d'interprétation prévues aux articles 1156 à 1161, 1163 et 1164 du code civil, le caractère

¹⁵⁷³ Les auteurs s'entendent pour considérer que la démarche de la Cour de cassation est insatisfaisante. Ils souhaitent notamment l'abandon du critère du « rapport direct ». Ce critère, dit-on, est non seulement source de confusions et d'insécurité, car il ne fournit pas de paramètres suffisants aux juges du fond, mais aussi d'injustices en favorisant la coexistence de décisions contradictoires. V. CALAIS-AULOY, Jean et STEINMETZ, Frank. « Droit de la consommation », *op. cit.*, n° 13, p. 13 ; PICOD, Yves et DAVO, Hélène. *Op. cit.*, n° 37, p. 23 ; PAISANT, Gilles. « À la recherche du consommateur... », *op. cit.*, n° 17, lequel suggère, par une sorte de généralisation du critère déjà prévu pour les règles sur le crédit à la consommation, que soient tenus à l'écart de la protection accordée aux consommateurs les professionnels ayant contracté « pour les besoins de leur profession ». Ce même auteur admet cependant que « dans cette conception, on pourrait envisager de protéger les professionnels qui, tout en agissant en cette qualité, concluent des opérations qui ne sont ni destinées à attirer ou accroître la clientèle, ni à améliorer la gestion de leur entreprise [...]. [Ce serait] le cas du commerçant ou de l'artisan démarché pour l'acquisition d'un extincteur ou de l'agent immobilier contractant pour l'installation d'un système de télésurveillance. Et c'est à l'intérieur d'une telle définition que s'exercerait l'appréciation souveraine des juges du fond ». Plus radicalement, v. HENRY, Xavier. « Clauses abusives : où va la jurisprudence accessible ? L'appréciation du rapport direct avec l'activité », *op. cit.*, n° 30, pour qui un crédit bancaire, quelle que soit sa forme, permet la réalisation et le développement de l'activité spécifique d'un professionnel : « la négation du caractère direct du lien conduirait à considérer, par exemple, que le contrat de réalisation matérielle d'extension des locaux du professionnel a un lien avec l'activité, mais pas le prêt qui le finance, solution parfaitement absurde ».

¹⁵⁷⁴ Existence de rapport direct : Cass. 1^{re} civ., 26 mai 1993, pourvoi n° 91-15.876 (prêt destiné à financer l'acquisition d'un immeuble à usage de bureaux) ; Cass. 1^{re} civ., 18 févr. 1997, pourvoi n° 95-12.962 (C. ab. ; prêt bancaire finançant la trésorerie) ; Cass. com., 10 mai 1994 (entreprise de supermarché et une banque pour la convention de carte bleue) ; CA Paris, 13 oct. 1994, D. 1995, Jur. p. 264, note Dagorne-Labbe ; Cass. com. 13 mars 2001 (fourgonnette pour une société) ; Cass. 1^{re} civ., 17 nov. 1998 : Bull. civ. I, n° 322, pourvoi n° 96-17341 (crédit-bail pour l'acquisition d'une tracto-pelle par un entrepreneur) ; CA Aix-en-Provence, 21 sept. 1995, Juris-Data, n° 047068 (crédit-bail sur un véhicule conclu avec apposition du tampon commercial, et numéro d'inscription au registre du commerce). *Contra* : CA Bourges, 24 oct. 2000, Juris-Data, n° 130848 (contrat proche d'un crédit-bail, portant sur un matériel de surveillance, et destiné à un amortissement comptable). CA Toulouse, 2^e ch., 1^{er} sect., 28 juin 1999, Selves : Juris-Data n° 1999-042420. CA Rouen, 10 nov. 1999 : BRDA oct. 2000, n° 17. CA Orléans, ch. com., 4 mai 2000, SARL Sully Solo : Juris-Data n° 2000-125344. CA Paris, 13e ch. corr. A, 16 mai 2001, T. : Juris-Data n° 2001-148057 ; Protection pour absence de compétence : CA Besançon, 2e ch. com., 2 avr. 2002, SA ADT Provider : Juris-Data n° 2002-178219. Cass. 1^{re} civ. 27 sept. 2005 : Bull. civ. I, n° 347, pourvoi n° 02-13935 (prêt réalisé par la Fédération française d'athlétisme « dans le cadre » de son activité, afin d'améliorer les conditions d'exercice de celle-ci). Enfin, la Cour a décidé récemment que les dispositions du Code ne s'appliquent pas à des contrats passés « entre sociétés commerciales » : Cass. 1^{re} civ. 11 déc. 2008.

¹⁵⁷⁵ *Supra*, n°

¹⁵⁷⁶ « C'est dire que désormais le résultat est indifférent. La clause litigieuse sera inefficace alors même que son application n'aurait causé aucun déséquilibre en faveur du professionnel, du moment qu'elle répondait à cet objectif à l'instant de la conclusion du contrat » : PAISANT, Gilles. « Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 », *op. cit.*, n° 9.

abusif d'une clause s'apprécie en se référant, au moment de la conclusion du contrat¹⁵⁷⁷, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat. Il s'apprécie également au regard de celles contenues dans un autre contrat lorsque la conclusion ou l'exécution de ces deux contrats dépendent juridiquement l'une de l'autre ». L'importance de cette dernière disposition semble évidente pour les opérations de crédit affecté¹⁵⁷⁸. Ces règles sont applicables quels que soient la forme ou le support du contrat, contenant des stipulations négociées librement ou non ou des références à des conditions générales préétablies¹⁵⁷⁹. *A priori* toutes les clauses d'un contrat sont susceptibles d'être déclarées abusives. La loi exclut cependant de l'appréciation du déséquilibre significatif celles relatives à l'objet principal du contrat et à l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert¹⁵⁸⁰. Dans ce dernier cas, l'objectif du législateur a été, semble-t-il, d'« empêcher que la législation sur les clauses abusives ne soit utilisée par les consommateurs se plaignant d'avoir payé trop cher un bien ou une prestation de services déterminée »¹⁵⁸¹. Enfin, la Cour de cassation précise que les clauses stipulées en conformité avec la réglementation sur le crédit immobilier ne peuvent revêtir un caractère abusif¹⁵⁸². Dès lors, il convient de distinguer entre, d'une part, une clause abusive et, d'autre part, une clause illicite, stipulée en violation de dispositions légales ou réglementaires applicables aux opérations de crédit¹⁵⁸³. Cette distinction n'évitera toutefois pas la confusion dans l'application des règles sur les clauses abusives et de celles sur la clause pénale¹⁵⁸⁴.

¹⁵⁷⁷ Pour une critique de ce critère, resté fidèle au demeurant aux prescriptions de la dir. n° 93/13/CE (art. 4, par. 1), v. PAISANT, Gilles. « Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 », *op. cit.*, n° 11.

¹⁵⁷⁸ V. JAMIN, Christophe. *Op. cit.*, RTD civ. 1995, p. 439, qui parle d'un « petit hommage aux groupes de contrats ».

¹⁵⁷⁹ Art. L. 132-1, al. IV.

¹⁵⁸⁰ Art. L. 132-1, al. VII : « ...pour autant que les clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible ».

¹⁵⁸¹ V. PAISANT, Gilles. « Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 », *op. cit.*, n° 13 : « de même qu'on ne peut, par exemple, recourir au concept d'erreur sur la valeur pour contourner la législation restrictive sur la lésion, de même l'art. L. 132-1 c. consomm. ne doit pas pouvoir être appliqué à cette fin ». Plus sceptique à l'égard de ce dispositif, v. STOFFEL-MUNCK, Philippe. « L'abus dans le contrat – Essai d'une théorie », *op. cit.*, n° 408, p. 334, sous l'opinion qu'il « se bornerait à interdire aux tribunaux de motiver ouvertement leur décision sur le caractère excessif du 'prix' au regard du service rendu ou à déclarer abusive la clause fixant le quantum du prix ou celle définissant l'objet principal du contrat. Le mécanisme technique de la lésion est bien mis à l'écart, mais l'idée dont il procède paraît demeurer : c'est bien à un meilleur équilibre des prestations qu'on entend aboutir en privant le professionnel de certains des avantages qu'il s'était réservés ».

¹⁵⁸² Cass. com. 3 mai 2006 : Bull. 2006, IV, n° 102, pourvoi n° 02-11211. Il s'agissait en l'espèce d'une clause pénale prévue pour la défaillance de l'emprunteur dans un prêt immobilier, dans la limite du plafond réglementaire (art. R. 312-3, al. III, du Code consom.). Cette décision reste conforme à l'art. 1^{er}, point 2, de la dir. n° 93/13/CE. On ne voit pas pour quelle raison elle ne serait pas applicable également aux opérations de crédit mobilier à la consommation.

¹⁵⁸³ Cass. 1^{re} civ. 13 déc. 2005, pourvoi n° 04-13772, CCC 2006, comm. 35, obs. Raymond ; Lamy droit économique 2010, n° 4993 et 5004. Les clauses abusives ne donnent d'ailleurs pas lieu à la déchéance du droit aux intérêts : Cass. 1^{re} civ. 23 nov. 2004 : Bull. civ. I, n° 287, pourvoi n° 03-11411 ; v. LAGARDE, Xavier. « Crédit à la consommation : la distinction entre clause abusive et irrégularité formelle », *Daloz* 2005, p. 2222.

¹⁵⁸⁴ La solution retenue par l'arrêt du 3 mai 2006 précité engendre une certaine incohérence avec l'art. L. 312-22 du Code consom., lequel prévoit la possibilité pour le juge de réduire le montant des pénalités jugées « manifestement excessives » (renvoi aux arts. 1152 et 1231 du Code civil). Et ce d'autant que la Cour avait admis l'application de l'art. 132-1 aux clauses pénales dans les contrats de location financière (Cass. 1^{re} civ. 6 janv. 1994 : Bull. civ. I, n° 8, pourvoi n° 91-19424, mais il est vrai que le caractère abusif retenu portait plutôt sur l'impossibilité de contrôle par le preneur des conditions de revente du bien par le bailleur). V. PAISANT, Gilles. « Clauses pénales et clauses abusives après la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 », *Daloz* 1995, p. 223, n° 3 et 4, pour qui « il y a tout lieu de penser, en effet, que 'l'excès manifeste' de l'art. 1152, al. 2, c. civ. correspond au 'déséquilibre significatif' du nouvel art. L. 132-1 c. consomm. et que, dès lors, une pénalité stipulée à l'encontre d'un consommateur dans un contrat de consommation ne peut plus être jugée manifestement excessive sans que la clause qui la porte soit, par le fait,

492. Au Brésil, la notion très similaire d'« avantage exagéré »¹⁵⁸⁵ est prévue à l'article 51, al. IV, du Code de défense du consommateur. Inspirée directement des législations étrangères sur les clauses abusives, notamment du droit allemand¹⁵⁸⁶, la notion d'avantage exagéré est interprétée en ce sens qu'on présume l'existence d'un tel déséquilibre lorsque, entre autres, cet avantage « se révèle excessivement onéreux pour le consommateur, au regard de la nature et du contenu du contrat, de l'intérêt des parties et d'autres circonstances de l'espèce », ou encore « restreint les droits ou obligations fondamentaux inhérents à la nature du contrat, de manière à menacer son objet ou l'équilibre contractuel »¹⁵⁸⁷.

493. Malgré ces directives, il faut reconnaître que, tant en droit brésilien qu'en droit français, les notions de déséquilibre significatif ou d'avantage exagéré présentent des contours imprécis¹⁵⁸⁸. On s'efforce parfois d'établir des critères plus ou moins rigoureux afin d'éviter que le souhait légitime de promouvoir un rééquilibrage contractuel ne se traduise par une insécurité juridique¹⁵⁸⁹. On reconnaît toutefois que le caractère flou de telles notions relève de la volonté du législateur eu égard à la finalité qui les fonde : « le législateur a donné à la notion de clause abusive une ampleur telle qu'elle peut seulement être rangée au niveau de l'idée d'ordre public »¹⁵⁹⁰.

494. Si, en France, la reconnaissance de l'équité¹⁵⁹¹ ou de la bonne foi¹⁵⁹², en tant que fondements ultimes du dispositif légal, n'apparaît que dans l'analyse de certains auteurs, il en

considérée comme abusive. [...] Il en résulte qu'en application de la règle *specialia generalibus derogant*, dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs ou assimilés, la disposition générale de l'art. 1152, al. 2, c. civ. cède la place à l'art. L. 132-1 c. consomm. pour sanctionner les clauses pénales par trop excessives à l'égard de ces derniers. De deux choses l'une alors : ou bien ces clauses ont prévu des peines manifestement excessives et, parce qu'elles sont abusives, elles seront effacées des contrats qui les contiennent ; ou bien elles ne le sont pas et elles s'appliqueront purement et simplement. La voie médiane de la modération judiciaire disparaît ». Du même auteur, commentant la décision de 2006, v. Les Petites Affiches 12 déc. 2006, n° 247, p. 10 : « quoi qu'il en soit, il paraît plus sûr, pour l'emprunteur en difficulté, de préférer la voie de l'article 1152 du Code civil à celle de l'article L. 132-1 du Code de la consommation ». Comp. Lamy droit économique 2010, n° 5007.

¹⁵⁸⁵ L'art. 51, al. IV, du Code du consommateur se réfère plutôt à la situation du consommateur qu'à celle du fournisseur, car sont considérées abusives ou iniques les clauses « qui placent le consommateur en situation de désavantage exagéré ».

¹⁵⁸⁶ NERY JÚNIOR, Nelson *et alii*. « Código brasileiro de defesa do consumidor », *op. cit.*, p. 531, lequel cite l'influence de l'AGB-Gesetz, du 9.12.76 (*Gesetz zur Regelung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*). Sont également cités la Directive n° 93/13/CE sur les clauses abusives et le décret-loi portugais n° 446, du 25.10.1985 sur le même thème. Sur l'inspiration de la législation allemande, v. aussi MARQUES, Cláudia Lima. « Contratos no Código de defesa do consumidor », *op. cit.*, p. 796.

¹⁵⁸⁷ Art. 51, § 1^o, als. II et III.

¹⁵⁸⁸ CARMET, Olivier. « Réflexions sur les clauses abusives au sens de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 », RTD com. 1982, p. 4.

¹⁵⁸⁹ V. FIN-LANGER, Laurence. « L'équilibre contractuel », Paris, LGDJ, 2002, p. 160, qui affirme qu'il serait artificiel et inefficace de procéder à une évaluation point par point des droits, obligations et prestations du contrat ; surtout, il serait très difficile d'évaluer le poids économique de certaines clauses établissant des droits (par ex. celle sur la juridiction compétente). Et comme « économique et juridique sont inextricablement liés dans les prévisions d'un contrat », il y aurait lieu de procéder à une évaluation primordialement globale du contrat pour en juger de son équilibre. Dans le même sens, semble-t-il, v. STOFFEL-MUNCK, Philippe. « L'abus dans le contrat – Essai d'une théorie », *op. cit.*, n° 405, p. 332 : « juridique et économique sont, en effet, inextricablement liés, pour cette simple raison que le contrat est avant tout l'expression juridique d'une opération économique ».

¹⁵⁹⁰ STOFFEL-MUNCK, Philippe. « L'abus dans le contrat – Essai d'une théorie », *op. cit.*, n° 463, p. 363. L'auteur affirme que la déclaration de certaines clauses comme abusives relève fondamentalement d'un pragmatisme, tant du juge que du législateur et de la Commission des clauses abusives, qui empêche d'avoir des critères sûrs *a priori*.

¹⁵⁹¹ *Idem*, n° 3, p. 4 : « et puis, enferme-t-on un souffle d'équité dans une grille de concepts ? ». V. aussi au même ouvrage, n° 462, p. 362).

va tout autrement au Brésil. Le Code du consommateur réunit et décrit dans le dispositif relatif aux clauses abusives les fondements de cette notion : « sont abusives ou iniques les clauses incompatibles avec la bonne foi ou l'équité »¹⁵⁹³. De manière encore plus générale, l'article 51, al. XV, du Code considère abusives les clauses qui « se montrent en désaccord avec le système de protection du consommateur », et le § 1^o, al. I, du même article conclut en présumant exagéré l'avantage qui « viole les principes fondamentaux du système juridique auquel elle s'inscrit ». La doctrine unanime y reconnaît une « clause générale de bonne foi »¹⁵⁹⁴ ou un « concept légal indéterminé »¹⁵⁹⁵ de bonne foi et d'équilibre, prévus au Code en forme de principes d'ordre public, lesquels doivent orienter le comportement de tous les contractants qui nouent des relations de consommation au sein du marché. L'existence de telles clauses générales fondant le système de protection du consommateur permettrait d'ailleurs de suppléer l'absence de règles spécifiques en matière de crédit¹⁵⁹⁶. Autant de signes de la grande confiance accordée à la prudence du juge. Dès lors, les clauses qui contreviennent à ce nouveau standard de bonne foi devront être rayées de l'ordre juridique.

2) La sanction des clauses abusives

495. « Les clauses abusives sont nulles de plein droit », suivant la prévision de l'article 51, *caput*, du Code brésilien de défense du consommateur, tandis que le Code de la consommation français prévoit qu'elles sont « réputées non écrites »¹⁵⁹⁷. On peut se demander s'il n'y a là qu'une différence terminologique car le résultat pratique est identique pour les deux ordres juridiques : la clause est censée ne jamais avoir été prévue. Il est alors intéressant de constater que si, d'une part, au Brésil, la clause abusive disparaissant sous le poids d'une nullité s'écarte, si l'on veut bien croire les rédacteurs du Code¹⁵⁹⁸, du régime général prévu dans le droit commun, d'autre part, en droit français, la clause réputée non écrite entretient avec cette nullité des relations de voisinage, selon la doctrine spécialisée¹⁵⁹⁹. Visant essentiellement

¹⁵⁹² CALAIS-AULOY, Jean et STEINMETZ, Frank. *Op. cit.*, n° 176, p. 196-197 : « c'est la doctrine classique qui bafoue le principe de l'autonomie de la volonté, quand elle admet la force obligatoire de clauses que l'un des contractants ne lit et ne comprend presque jamais ».

¹⁵⁹³ Art. 51, al. IV.

¹⁵⁹⁴ MARQUES, Cláudia Lima. « Contratos no Código de defesa do consumidor », *op. cit.*, p. 796 ; NERY JÚNIOR, Nelson *et. alii.* « Código brasileiro de defesa do consumidor », *op. cit.*, p. 529 ; BESSA, Leonardo Roscoe *et. alii.* « Manual de direito do consumidor », São Paulo : RT, 2007, p. 299 ; TEPEDINO, Gustavo. « As relações de consumo e a nova teoria contratual », in *Temas de Direito Privado*, 4^e éd., Rio de Janeiro : Renovar, 2008, p. 229 ; MARQUES, Cláudia Lima, BENJAMIN, Antônio Herman et MIRAGEM, Bruno. « Comentários ao Código de defesa do consumidor », 2^e éd., São Paulo : RT, 2006, p. 701.

¹⁵⁹⁵ NERY JÚNIOR, Nelson *et. alii.* « Código brasileiro de defesa do consumidor », *op. cit.*, p. 530, spéc. note 72, lequel distingue entre « clauses générales » et « concepts légaux indéterminés ou déterminés par leur fonction » suivant qu'une sanction expresse est, respectivement, prévue (art. 51, al. IV – nullité) ou non (art. 4^o, al. III) à la norme qui les consacre.

¹⁵⁹⁶ TEPEDINO, Gustavo. « As relações de consumo e a nova teoria contratual », *op. cit.*, p. 238.

¹⁵⁹⁷ Art. L. 132-1, al. VI.

¹⁵⁹⁸ NERY JÚNIOR, Nelson *et. alii.* « Código brasileiro de defesa do consumidor – Comentado pelos autores do anteprojeto », *op. cit.*, p. 571, lequel affirme que la nullité de plein droit est imprescriptible, pouvant être invoquée par voie d'action, d'exception ou d'office (p. 572).

¹⁵⁹⁹ PAISANT, Gilles. « Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 », *op. cit.*, n° 27 : « à cette différence près qu'en l'occurrence on peut imaginer que le contrat soit maintenu

à rétablir l'équilibre de la relation, il serait naturel que le mécanisme d'élimination des clauses abusives ne donne pas lieu à l'anéantissement de la convention¹⁶⁰⁰. Certes, cette notion se rapproche de la lésion¹⁶⁰¹. Elle ne comporte toutefois pas une appréciation subjective du consentement du consommateur. Seule la clause abusive est éliminée, le contrat qui la comporte subsistant applicable dans toutes ses dispositions¹⁶⁰². Sauf, pour le droit brésilien, s'il en résulte, « malgré les efforts d'intégration », un caractère excessivement onéreux pour une quelconque des parties¹⁶⁰³.

496. Dans tous les cas, cependant, le consommateur est contraint d'avoir recours au juge pour que celui-ci puisse, procédant à une appréciation *in concreto* eu égard aux circonstances de l'espèce, éventuellement, le délier de l'objet de la clause litigieuse. Ni la nullité de plein droit, ni la clause réputée non écrite, ne lui permettent de se rendre maître du contrat, et ce, encore que la clause soit expressément proscrite par la loi. Cela conduit à s'interroger sur l'efficacité pratique et sociale du dispositif de lutte contre les clauses abusives¹⁶⁰⁴. Au moins pourra-t-on se féliciter, en France, d'une réforme récente de la loi qui prévoit désormais – et contrairement à la lettre du dispositif précédent – qu'il revient au professionnel, dans certains cas, d'apporter la preuve du caractère non abusif d'une clause litigieuse figurant dans une liste (grise) déterminée par décret en Conseil d'État¹⁶⁰⁵, tandis que, dans un certain nombre d'autres cas (liste noire), cette preuve contraire est rendue impossible en raison d'une présomption irréfragable d'abus¹⁶⁰⁶. Question qui touche par ailleurs au rôle dévolu aux promoteurs de cette lutte permanente.

B) Les autorités chargées de la lutte contre les clauses abusives

497. Législateur, juge et pouvoir réglementaire peuvent, tant en France qu'au Brésil, déterminer que certaines clauses prévues dans les contrats conclus avec les consommateurs sont abusives. Tous ces personnages ne disposent toutefois pas des mêmes pouvoirs, le rôle principal étant sans aucun doute exercé par le juge. En France, le législateur s'est abstenu de figer dans la loi les clauses considérées comme abusives. Dès l'origine, il avait établi que ce rôle serait exercé primordialement par le pouvoir réglementaire. Il n'en va toutefois pas de même au Brésil. L'article 51 du Code du consommateur contient une liste indicative avec des exemples de clauses nulles de plein droit. La distinction entre clauses illicites et clauses

alors que la clause jugée abusive fut la cause impulsive et déterminante de l'engagement du professionnel ». V. aussi, KULMANN, Jérôme. « Sur les clauses réputées non écrites », D. 1993, chr. p. 59

¹⁶⁰⁰ Sauf, semble-t-il, pour la partie qui invoque le caractère abusif d'une clause de prouver que l'objet de celle-ci était déterminant pour son engagement.

¹⁶⁰¹ CARBONNIER, Jean. « Les obligations », *op. cit.*, n° 994, p. 2053 ; STOFFEL-MUNCK, Philippe. « L'abus dans le contrat – Essai d'une théorie », *op. cit.*, n° 404, p. 331.

¹⁶⁰² Art. L. 132-1, al. VIII, du Code consom. : « ...s'il peut subsister sans lesdites clauses ».

¹⁶⁰³ Art. 51, § 2^o, du Code du consommateur.

¹⁶⁰⁴ Sur les actions collectives visant à éliminer les

¹⁶⁰⁵ Art. L. 132-1, al. II, du Code consom., avec la rédaction que lui a donné la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008.

¹⁶⁰⁶ *Infra*, n°

abusives devient, dès lors, moins nette¹⁶⁰⁷. Aucune d'entre elles ne concerne spécifiquement les opérations de crédit. La jurisprudence ne s'en sert pas moins pour identifier certaines clauses insérées dans ce type de contrats, de nature à procurer au prêteur un avantage exagéré. On ne saurait oublier cependant la disposition, jugée par certains comme assez timide¹⁶⁰⁸, de l'art. 53 du Code, lequel prévoit que « dans les contrats de vente à crédit, ainsi que dans les 'alienações fiduciárias em garantia', sont nulles de plein droit les clauses établissant la perte en totalité des paiements réalisés au bénéfice du créancier qui, en cas d'inexécution par le consommateur de ses obligations, demande la résolution du contrat et la restitution du bien ». La reprise par la loi de certaines clauses étant, pour des raisons évidentes, beaucoup plus lente, le pouvoir réglementaire (1) joue ainsi un rôle complémentaire à la jurisprudence (2) dans l'élimination des clauses abusives.

1) Le rôle du pouvoir réglementaire

498. Depuis l'adoption de la loi sur les clauses abusives en 1978 et jusqu'en 2005¹⁶⁰⁹, un seul décret avait été pris en France en détermination des clauses réputées abusives¹⁶¹⁰. Une liste indicative et non exhaustive a été annexée au Code de la consommation lors de la transposition de la Directive n° 93/13/CE, mais les clauses mentionnées n'étaient pas interdites¹⁶¹¹. Le demandeur n'était d'ailleurs même pas dispensé d'apporter la preuve de leur caractère abusif. La loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008¹⁶¹² a abrogé l'ancienne liste annexée au Code de la consommation. Elle a prévu, à sa place, l'adoption de listes nouvelles, à l'instar de la pratique législative de certains autres pays européens¹⁶¹³. Une liste noire et une liste grise ont ainsi été récemment adoptées par un décret du 18 mars 2009¹⁶¹⁴, dont certaines dispositions concernent directement les opérations de crédit¹⁶¹⁵. La première d'entre elles contient des clauses qui « eu égard à la gravité des atteintes qu'elles portent à

¹⁶⁰⁷ Et ce d'autant plus que le déc. d'application n° 2.181 du 20 mars 1997 prévoit, à l'art. 22, des peines d'amende pour les fournisseurs qui utilisent les clauses décrites au Code comme abusives.

¹⁶⁰⁸ BESSA, Leonardo, BENJAMIN, Antônio Herman de V. et MARQUES, Cláudia. *Op. cit.*, p. 301.

¹⁶⁰⁹ Le décret n° 2005-1450 du 25 novembre 2005 avait inséré dans le Code de la consommation l'art. R. 132-2-1, sur les clauses prévoyant que la charge de la preuve du respect par le fournisseur des obligations que lui imposent les dispositions légales sur les services financiers conclus à distance incombe au consommateur.

¹⁶¹⁰ Le décret n° 78-464 du 24 mars 1978 contenait quatre articles, dont le premier (sur les clauses dites de consentement implicite, par renvoi à des informations non fournies au contrat) a été annulé par le Conseil d'état. Ces articles avaient été codifiés aux arts. R. 132-1, R. 132-2, R. 211-4 et R. 211-5 du Code de la consommation.

¹⁶¹¹ V. PAISANT, Gilles. « Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 », *op. cit.*, n° 31, qui affirme que le modèle français s'écartait des exemples de certains pays d'Europe, tels que l'Allemagne, le Luxembourg et le Portugal, lesquels avaient adopté des listes noires et des listes grises. Sur ces concepts, v. n° 498 *infra*.

¹⁶¹² Art. 86, II.

¹⁶¹³ Art. 86, I, modifiant l'art. L. 132-1, als. 2 et 3, du Code consom.

¹⁶¹⁴ Déc. n° 2009-302 du 18 mars 2009.

¹⁶¹⁵ Par ex. le n° 3° de l'art. R. 132-1 (modification unilatérale du prix) ; le n° 4° de l'art. R. 132-2 (droit de résiliation du contrat sans délai de préavis raisonnable). L'efficacité de ces prévisions semble cependant remise en cause par les prévisions de l'art. R. 132-2-1 du Code, qui excluent de leur application d'importantes opérations de crédit. L'influence des travaux de la commission des clauses abusives sur l'adoption de ces listes ne fait pas de doute ; v. PAISANT, Gilles. « Le décret portant listes noire et grise de clauses abusives », JCP 2009, n° 28, 116, n° 5 ; adde : Varii autores, *Clauses abusives : panorama d'actualité 2009*, RDC 2009, p. 1601 s.

l'équilibre du contrat, doivent être regardées, de manière irréfugable comme abusives »¹⁶¹⁶. Les clauses décrites dans la seconde sont simplement présumées abusives, à charge pour le professionnels d'apporter la preuve du caractère non abusif de la clause litigieuse¹⁶¹⁷.

499. La commission des clauses abusives – De manière plus innovatrice, la loi de 1978 a créé une commission placée auprès du ministre chargé de la consommation, dont le rôle serait de rechercher, dans les modèles de conventions habituellement proposées par les professionnels à leurs contractants, s'ils contiennent des clauses qui pourraient présenter un caractère abusif¹⁶¹⁸. L'article L. 132-4 du Code de la consommation prévoit que la commission recommande la suppression ou la modification des clauses qui présentent un caractère abusif. Ses recommandations peuvent être rendues publiques par le ministre chargé de la consommation soit d'office, soit à la demande de la commission¹⁶¹⁹. Elles n'ont pas de caractère obligatoire pour le juge et leur méconnaissance n'ouvre pas la voie à la cassation¹⁶²⁰. Celui-ci s'en sert tout de même pour déclarer le caractère abusif de certaines clauses¹⁶²¹. La commission a émis d'importants avis et recommandations en matière d'opérations de crédit. Elle a eu ainsi l'occasion de recommander la suppression des clauses insérées, par exemple, dans les contrats de location avec promesse de vente¹⁶²², de cartes de paiement assorties ou non d'un crédit¹⁶²³, de compte permanent¹⁶²⁴, de prêt personnel¹⁶²⁵ et de prêt immobilier¹⁶²⁶, entre autres recommandations non moins importantes pour les consommateurs de crédit¹⁶²⁷. La surveillance de cet organisme sur les pratiques du marché exerce une certaine pression sur les professionnels, ne serait-ce qu'à caractère pédagogique¹⁶²⁸. Par un travail « discret, mais sans doute le plus efficace »¹⁶²⁹, elle semble bénéficier de l'approbation générale de la part de la doctrine¹⁶³⁰.

¹⁶¹⁶ Art. L. 132-1, al. III, du Code consom.

¹⁶¹⁷ Art. L. 132-1, al. II, du Code consom.

¹⁶¹⁸ La commission peut aussi être saisie pour avis, soit par le ministre chargé de la consommation, soit par les associations agréées de défense des consommateurs, soit par les professionnels intéressés. Elle peut également se saisir d'office (art. L. 132-3, du Code consom.).

¹⁶¹⁹ Les recommandations ne peuvent contenir aucune indication de nature à permettre l'identification de situations individuelles. L'art. L. 132-5 du Code dispose que « la commission établit chaque année un rapport de son activité et propose éventuellement les modifications législatives ou réglementaires qui lui paraissent souhaitables. Ce rapport est rendu public ».

¹⁶²⁰ Cass. 1^{re} civ. 13 nov. 1996: Bull. civ. I, n° 399, pourvoi n° 94-17369.

¹⁶²¹ Cass. 1^{re} civ. 10 févr. 1998.

¹⁶²² Rec. n° 86-01, BOCCRF du 11.3.1986.

¹⁶²³ Rec. n° 94-02, BOCCRF du 27.9.1994.

¹⁶²⁴ Avis n° 04-02 et 04-03, du 27.5.2004 ; et n° 05-01, du 24.2.2005

¹⁶²⁵ Avis n°05-02 et 05-03, du 24.2.2005.

¹⁶²⁶ Rec. n° 04-03, BOCCRF du 30.9.2004.

¹⁶²⁷ Rec. n° 80-03, BOSP du 8.8.1980 (relative à la formation du contrat) ; Rec. n° 81-01, BOSP du 16.1.1981 (relative à l'équilibre des obligations en cas d'inexécution des contrats) ; Rec. n° 94-01, BOCCRF du 27.9.1994 (concernant les clauses dites de consentement implicite) ; Rec. n° 01-02, BOCCRF du 23.5.2001 (sur les clauses relatives à la durée des contrats) ; Rec. n° 05-02, BOCCRF du 20.9.2005 (relative aux conventions de compte de dépôt).

¹⁶²⁸ LUCAS DE LEYSSAC, Claude et PARLEANI, Gilbert. « Droit du marché », PUF, 2002, p. 690.

¹⁶²⁹ Idem, ib idem.

¹⁶³⁰ V. CARBONNIER, Jean. « Droit civil – Les obligations », *op. cit.*, n° 996, p. 2059 : « la Commission ne comprend pas de moralistes, elle ne fait guère de morale. Pas de morale dogmatique – sans doute [...] mais les philosophes d'aujourd'hui, après Habermas, ont mis en honneur une morale de la discussion, et c'est peut-être ce qui se fait à la Commission, entre les parties et les neutres » ; CALAIS-AULOY, Jean et STEINMETZ, Frank. *Op. cit.*, n° 185, p.

500. Au Brésil, l'article 22 du décret n° 2.181 du 20 mars 1997 prévoit, de manière très générale, l'application de peines d'amende aux « fournisseurs qui utilisent des clauses abusives, quelle que soit la modalité du contrat de consommation, y compris dans les opérations bancaires, de crédit, de prêt ou de financement ». Une liste indicative est ensuite dressée dont deux clauses concernent directement les opérations de crédit : le texte de l'article 53 du Code mentionné ci-dessus est, d'abord, repris à l'alinéa XVII ; la clause visant à empêcher l'exercice du droit au remboursement anticipé y est ensuite prévue à l'alinéa XX. Ce décret incombe également au Secrétariat de Droit Économique (SDE) lié au ministère de la justice la charge « d'élaborer et de divulguer annuellement une liste complémentaire de clauses abusives »¹⁶³¹. Inspiré, semble-t-il, du modèle français d'une commission consultative¹⁶³², théoriquement, les prérogatives conférées à cet organisme s'apparentent à celles d'un pouvoir réglementaire, car l'alinéa XXI de l'article 22 précité prévoit les mêmes peines pour les fournisseurs qui utilisent des clauses divulguées par le SDE. En pratique toutefois, ses listes semblent servir essentiellement l'objectif d'orientation des différents organismes composant le Système National de Défense du Consommateur (SINDEC). Le rôle primordial dans la lutte contre les clauses abusives demeure l'apanage du juge.

2) Le rôle du juge

501. Les tribunaux français exercent le rôle d'élimination des clauses abusives en matière d'opérations de crédit. La pratique judiciaire révèle que des clauses sont systématiquement prévues, dans ce type de conventions, qui ont pour objet ou pour effet, notamment, de conférer aux prêteurs un pouvoir de résiliation unilatérale du contrat¹⁶³³. Ces clauses sont injustifiées lorsque les événements donnant lieu à une résiliation n'entretiennent aucun rapport avec le contrat en question. C'est le cas, par exemple, de l'inexécution des obligations du consommateur dans un autre contrat dont les clauses sont souvent appelées « de défaut croisé »¹⁶³⁴. Ces clauses sont considérées non écrites¹⁶³⁵. On admettra cependant que le contrôle réalisé par le juge, dans le cadre d'un litige individuel et *a posteriori*, ne procure qu'un « très faible rendement social malgré la vocation [des règles] à s'étendre à tous les

209 ; CARMET, Olivier. *Op. cit.*, p. 4 ; JAMIN, Christophe. *Op. cit.*, RTD civ. 1995, p. 439 ; LEYSSAC, Claude Lucas de et PARLEANI, Gilbert. *Op. cit.*, p. 690 : « à une époque où la lecture des lois devient de plus en plus *hard*, on peut se féliciter de la généralisation des règles *soft* » ; LEVENEUR, Laurent. « La Commission des clauses abusives et le renouvellement des sources du droit des obligations », in « Le renouvellement des sources du droit des obligations », t. 1, LGDJ 1997, p. 155 et s. ; PAISANT, Gilles. « A propos des vingt-cinq ans de la Commission des clauses abusives en France », in *Etudes offertes à Jacques Béguin, Litec*, 2005, p. 605 et s.

¹⁶³¹ Art. 56, *caput*.

¹⁶³² Des dispositions très similaires à celles prévues aux arts. L. 132-2 du Code de la consommation prévoient que l'appréciation du caractère abusif des clauses est réalisé de manière abstraite et générale, ainsi que la possibilité de saisine pour avis, par provocation ou d'office.

¹⁶³³ POISSONNIER, Ghislain. « Les clauses résolutoires abusives dans les contrats de crédit à la consommation », *Dalloz* 2006, p. 370.

¹⁶³⁴ CRÉDOT, Francis J. et SAMIN, Thierry. « Clause abusive – clause de 'défaut croisé' », *Rev. dr. banc. et fin.* 2009, n° 2, comm. 50.

¹⁶³⁵ Cass. 1^{re} civ. 1^{er} févr. 2005 : *Bull. civ. I*, n° 60, pourvoi n° 01-16733 ; Cass. 1^{re} civ. 27 nov. 2008, pourvoi n° 07-15226.

contrats »¹⁶³⁶. On a à juste titre observé qu'« il ne suffit pas de donner au juge le pouvoir de les déclarer abusives, pas plus qu'il ne suffit à la loi de les réputer non écrites. Le consommateur, ou le professionnel non averti les tiendra pour valables parce qu'il les voit écrites. Dans une civilisation de l'image, l'écrit tend à devenir sacré. Il faut donc faire en sorte que les clauses abusives ne soient pas écrites »¹⁶³⁷. Certains ont évoqué la prévision de sanctions pénales¹⁶³⁸. D'autres les ont repoussées en raison du caractère incertain des critères d'appréciation de telles clauses¹⁶³⁹. Il semble que la manière la plus efficace de les éliminer demeure la voie ouverte aux actions collectives¹⁶⁴⁰.

502. L'appréciation des faits par les juges du droit – On pourrait penser que l'appréciation du caractère abusif d'une clause relève de la compétence des juges du fond. La Cour de cassation ne l'estime cependant pas¹⁶⁴¹. Elle se réserve le pouvoir d'apprécier le déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties qu'une clause aurait pour objet ou pour effet de créer. Il n'en va pas différemment au Brésil. Le *Superior Tribunal de Justiça* réalise un travail très actif dans l'appréciation du caractère abusif des clauses contractuelles. Cette appréciation a donné lieu à une jurisprudence extrêmement abondante en matière d'opérations de crédit, pour une raison qui nous paraît évidente : on aura certainement noté que, à la différence de la législation française décrite ci-dessus, le Code brésilien n'exclut aucunement de l'appréciation exercée par le juge les clauses contractuelles relatives à la rémunération du fournisseur ; ce qui, dans les opérations de crédit, renvoie au taux d'intérêt. Or, en l'absence d'application à ces opérations de la législation sur l'usure, la « clause générale de bonne foi », prévue à l'article 51, alinéa IV, du Code, confère au juge un pouvoir très large pour apprécier le prix du crédit. Elle le transforme alors en un vrai « redresseur des excès contractuels »¹⁶⁴² car le droit à la réduction des obligations par trop onéreuses est érigé dans le Code à hauteur de principe¹⁶⁴³.

503. Les risques d'insécurité juridique deviennent alors accrus si le magistrat ne fait pas preuve de prudence. Inévitablement, la mauvaise foi du consommateur devient alors un argument systématiquement invoqué par les professionnels. Le « bon payeur » est alors condamné à soutenir les défaillances du « mauvais payeur ». Il y a toute possibilité que le mécanisme de lutte contre les clauses abusives devienne un instrument politique. On est dès lors conduit à s'interroger sur le fondement de la législation sur les clauses abusives, dont le « rendement social » implique, au-delà de l'emploi d'une technique juridique, de vrais choix de société. Son fondement est-il de nature purement morale ? On ne saurait alors conférer au juge

¹⁶³⁶ PAISANT, Gilles. « De l'efficacité de la lutte contre les clauses abusives », *op. cit.*, p. 303. n° 19.

¹⁶³⁷ LUCAS DE LEYSSAC, Claude et PARLEANI, Gilbert. « Droit du marché », *op. cit.*, p. 690.

¹⁶³⁸ MALINVAUD, Philippe. *Op. cit.*, p. 58.

¹⁶³⁹ CALAIS-AULOY, Jean et STEINMETZ, Frank. *Op. cit.*, n° 188, p. 211.

¹⁶⁴⁰ V. n° 853 et s. *infra*.

¹⁶⁴¹ Cass. 1^{re} civ. 26 mai 1993 : Bull. civ. I, n° 192, pourvoi n° 92-16327.

¹⁶⁴² L'expression est de PAISANT, Gilles. « De l'efficacité de la lutte contre les clauses abusives », *op. cit.*, p. 303. n°

19.

¹⁶⁴³ Art. 6°, al. V.

un pouvoir si élargi permettant à certains emprunteurs de mauvaise foi de profiter des règles instituées dans un but de moralisation des pratiques du marché. Fondée, à l'inverse, sur des raisons purement économiques, cette législation s'en trouverait pleinement justifiée. Cependant, les risques à l'échelle économique globale, mais aussi de nature sociale, seraient d'une spirale d'endettement. Le niveau général de la consommation demeurerait certes soutenu, mais les coûts liés à la défaillance d'un grand nombre de débiteurs, systématiquement reportés sur le prix payé par les nouveaux emprunteurs, entraîneraient des effets dangereux d'inflation et d'insolvabilité.

504. Ces deux fondements ne semblent toutefois pas exclusifs. La possibilité pour le juge de réduire les excès jugés trop importants dans les opérations de crédit réunit à la fois des raisons relevant de l'équité et d'une appréciation économique. Si un tel pouvoir est, pour lui aussi, le « sanctuaire des exigences de la conscience »¹⁶⁴⁴, il n'en reste pas moins que l'équilibre de l'ordre économique national – dont la liberté d'entreprendre et la promotion de la dignité humaine en constituent des principes constitutionnels¹⁶⁴⁵ – dépend de la prudence dans son appréciation. En toute hypothèse, dans la pratique judiciaire brésilienne, le mécanisme de lutte contre les clauses abusives semble être devenu, avant tout, un instrument d'aide au consommateur qui éprouve des difficultés de remboursement.

¹⁶⁴⁴ STOFFEL-MUNCK, Philippe. « L'abus dans le contrat – Essai d'une théorie », *op. cit.*, n° 1, p. 2.

¹⁶⁴⁵ Art. 170 de la Constitution de 1988 ; v. aussi l'art. 4^o, al. III, du Code du consommateur.

SECONDE PARTIE – Les difficultés de remboursement du crédit

505. Les précautions prises par les parties afin de se prémunir contre des événements futurs ne résistent pas toujours à l'épreuve du temps¹⁶⁴⁶. Imprévisibles ou non, ces événements posent parfois des difficultés sérieuses de remboursement du crédit. Lorsque sa dette devient un fardeau trop lourd, l'emprunteur peine à supporter ses obligations. Le droit de la consommation prend en compte ces situations et apporte une aide au consommateur endetté. Dans les deux ordres juridiques ici comparés, des règles spécifiques ont été adoptées dans ce but. Leur étude révèle la dimension humaine qui sous-tend le dispositif adopté par le législateur consumériste. L'approche du droit de la consommation étant surtout préventive, c'est, précisément, lors de la défaillance du consommateur de crédit que les rapports entretenus entre le droit spécial et le droit commun se font le plus remarquer. Un véritable dialogue des sources permet alors au consommateur de rechercher les secours du droit général (Titre II) lorsque les règles spéciales ne lui procurent pas une protection satisfaisante (Titre II).

¹⁶⁴⁶ V. LAVEFVE LABORDERIE, Anne-Sophie. « La pérennité contractuelle », LGDJ, 2005, n° 460, p. 260 : « les conventions de longue durée impliquent une traversée du temps parfois tourmentée ».

TITRE I – La protection par les lois consuméristes

506. La réalité ayant démenti les postulats de l'égalité abstraite des parties sur lesquels reposaient les doctrines philosophiques et économiques ayant présidé à l'élaboration, à partir du XIX^e siècle, de la législation civile, le législateur a décidé d'intervenir. On explique que l'aide apportée aux débiteurs est due, non seulement à l'influence des doctrines socialistes et sociales-chrétiennes, mais aussi, d'abord, à la pression des syndicats et, plus récemment, des associations de consommateurs¹⁶⁴⁷. Désormais, le seul principe de droit naturel, *pacta sunt servanda*, ne saurait rendre compte de l'étendue du droit positif. En matière de crédit, la protection de l'emprunteur lors du remboursement s'est développée principalement à partir de la seconde moitié du XX^e siècle. Dans un premier temps, le législateur consumériste s'est placé essentiellement dans une perspective de protection du consommateur individuel. Il a ainsi adopté des règles de nature substantielle tendant à conforter la situation du consommateur endetté (chapitre I). Au fur et à mesure que ce phénomène prenait consistance et qu'une masse de consommateurs se trouvait endettée, la dimension collective du consumérisme s'est fait une place prioritaire parmi les préoccupations du législateur. Dans un souci de leur permettre d'exercer efficacement leurs droits, celui-ci a adopté, dans un second temps, des mécanismes procéduraux plus souples tendant à faciliter l'accès des consommateurs à la justice (chapitre II).

¹⁶⁴⁷ GHESTIN, Jacques. « L'utile et le juste dans les contrats », *op. cit.*, p. 2.

Chapitre I – Les droits accordés au consommateur de crédit en difficulté

507. La protection des débiteurs a été perçue, dans une philosophie libérale, avec beaucoup de méfiance. Ainsi écrivait Ihering : « je crois que l'on peut établir en thèse générale que c'est le signe d'une époque affaiblie que de sympathiser avec les débiteurs. Elle-même appelle cela de l'humanité. Une époque forte oeuvre avant tout pour que le créancier obtienne son droit, et elle ne craint pas même la rigueur contre les débiteurs lorsqu'elle est nécessaire pour maintenir la sûreté des relations, la confiance et le crédit »¹⁶⁴⁸. Historiquement, les mesures accordant des bénéfices aux débiteurs ne sont intervenues que dans des circonstances exceptionnelles, par exemple, en cas de guerre ou de catastrophe naturelle, ou encore en raison d'un sentiment de « pitié qui empêche qu'une suprême injustice ne résulte de l'application stricte du droit »¹⁶⁴⁹. Elles prenaient la forme, notamment, de moratoires légaux¹⁶⁵⁰. Il s'agissait, pour le législateur, de faire preuve d'humanité en venant au secours des bons pères de famille qui éprouvaient des difficultés pour payer leurs dettes pour des raisons qui leur étaient complètement étrangères.

508. Avec les bouleversements économiques successifs qui ont eu lieu au cours du XX^e siècle, le risque d'insolvabilité découlant d'un endettement excessif devient une constante. Tous les agents économiques sont *a priori* affectés par les crises économiques et sociales survenues à grande échelle. En matière de crédit, la réaction du législateur aurait pu consister à s'attaquer aux causes du phénomène, par exemple, en établissant des ratios d'endettement en fonction des capacités de paiement du débiteur¹⁶⁵¹. Il ne l'a pas fait car il n'était pas question de freiner ce puissant moteur de l'économie qu'est l'endettement. Dans le domaine des opérations de crédit, il s'est contenté, dans un premier temps, d'améliorer l'information préalable du consommateur¹⁶⁵². L'imposition d'une certaine transparence n'a pas pour autant empêché que des déséquilibres contractuels se généralisent entre les emprunteurs et les fournisseurs de crédit. Suggérant un changement de perspective dans la démarche du législateur, un auteur affirmait que, « si l'on avait voulu davantage prêter attention aux sentiments de la masse non technicienne, on aurait cherché ailleurs le retour à l'équilibre : dans une importance plus grande

¹⁶⁴⁸ « La Lutte pour le droit », traduit par MEULENAERE, Octave de, Dalloz, 2006, p. 95.

¹⁶⁴⁹ RIPPET, Georges. « Le droit de ne pas payer ses dettes », *op. cit.*, p. 57.

¹⁶⁵⁰ V. CORNU, Gérard. « Vocabulaire juridique », *op. cit.*, mot « moratoire » : « mesure législative exceptionnelle et temporaire, collective et objective intéressant une catégorie spéciale de débiteurs ou de dettes qui a pour objet d'accorder un délai de paiement, une suspension de mesures d'exécution forcée etc., en raison de circonstances sociales graves rendant difficile l'exécution des obligations (ex. crise économique, état de guerre), pour une durée fixée par la loi (moratoire légal) ou laissée à la détermination du juge (moratoire judiciaire). V. aussi ANCEL, Pascal. « Droit au recouvrement de sa créance ou droit de ne pas payer ses dettes ? », *op. cit.*, p. 90.

¹⁶⁵¹ OPPETIT, Bruno. *Op. cit.*, p. 301.

¹⁶⁵² *Idem*, p. 308 ; dans le même sens, v. AYNÈS, Laurent. « Crise économique et rapports de droit privé », in « Droit de la crise : crise du droit ? », V^{èmes} journées Savatier, PUF, 1997, pp. 67-68.

attribuée aux éléments réalistes, matérialistes du contrat. Le centre de gravité serait alors déplacé de la formation à l'exécution »¹⁶⁵³.

509. Ce genre de réflexions a produit des échos auprès du législateur. Dans l'esprit de celui-ci, toutefois, l'essor du crédit demeurerait maintenu, voire accru. Désormais, la conciliation entre les impératifs économiques et sociaux se ferait par le biais d'un appel à la solidarité des individus. Chez certains juristes, le changement des mentalités susmentionné apparaît ainsi très nettement marqué : « Si l'endettement est une nécessité, l'insolvabilité est un coup du sort de l'aveugle crise économique que personne ne maîtrise, alors le corps social tout entier exposé doit s'employer à traiter la dette et ce traitement gagne sa racine : le créancier »¹⁶⁵⁴. Les établissements de crédit étant les grands partenaires de tous les acteurs économiques, un auteur suggère que ce sont ces établissements qui subissent, ultérieurement, les risques de ce qu'il nomme la « crise du rapport d'obligations »¹⁶⁵⁵. Dans la pratique financière, la solution du problème consiste, à la fois, à « financer les risques » en transférant les créances dans les marchés financiers (mécanismes de titrisation etc.) et à reporter les coûts et les pertes des transactions sur les bons payeurs : dès lors, les fournisseurs de crédit seraient « coupables de ne pas intégrer la précarité des situations »¹⁶⁵⁶ dans leurs prévisions et calculs économiques.

510. Sur le plan juridique, cependant, la finalité des différentes mesures de protection adoptées est de concilier, autant que possible, deux principes juridiques se trouvant parfois en opposition, à savoir la force obligatoire du contrat et la préservation de la dignité du consommateur. Ces mesures se distinguent suivant l'étendue de l'endettement du consommateur : celles obtenues dans le cadre d'une procédure individuelle se destinent normalement à rétablir l'équilibre de la relation nouée avec le fournisseur de crédit (section I) ; la pérennité¹⁶⁵⁷ du contrat en sort, le plus souvent, assurée. On ne saurait toutefois oublier que le but du législateur consiste, plus largement, à garantir que la cohésion sociale ne soit pas affectée par la dégradation de la situation d'une masse de consommateurs. Dès lors, si l'ampleur des obligations monétaires à sa charge atteint un niveau incontournable, le

¹⁶⁵³ CARBONNIER, Jean. « Flexible droit – pour une sociologie du droit sans rigueur », *op. cit.*, p. 330 ; rapp. MOLFESSIS, Nicolas. « Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat », LPA 30 sept. 1998, n° 117, p. 21 : « le droit des contrats est marqué d'un trait nouveau [...] Ce trait, essentiel, consiste dans l'effacement continu de la phase de formation du contrat. Il ne peut manquer d'imposer le renforcement du contrôle de l'acte juridique au stade de son exécution ».

¹⁶⁵⁴ AYNÈS, Laurent. « Crise économique et rapports de droit privé », *op. cit.*, pp. 60 et 65 : « l'exécution de l'obligation n'est plus la tâche individuelle du débiteur ; l'inexécution ne relève pas de sa responsabilité. Le rapport d'obligations connaît le même phénomène de socialisation que la responsabilité civile : la crise économique pousse aux solutions collectives. Le fardeau est trop lourd pour le débiteur seul. Un traitement de la dette individuelle, comme l'indemnisation des victimes du terrorisme, du SIDA ou des cyclones, relève de la collectivité [...] ».

¹⁶⁵⁵ *Idem*, p. 61.

¹⁶⁵⁶ *Idem*, pp. 64 et 66. « Peut-être admettra-t-on demain, de manière générale, qu'est fautif celui qui se cramponne à la force obligatoire du contrat pour refuser de consentir à une adaptation que rend nécessaire l'évolution de la conjoncture économique ? » (*idem*, p. 71). V. aussi CARBONNIER, Jean. « Flexible droit – pour une sociologie du droit sans rigueur », *op. cit.*, p. 146 : « toute loi, étant contrainte, est sentie comme un fardeau. Le législateur a discriminé une catégorie de population pour l'assujettir à une obligation spéciale ; la réponse spontanée de cette catégorie sera d'utiliser les rapports de fait ou de droit qui l'unissent aux autres catégories pour essayer de rejeter sur celles-ci tout ou partie de l'obligation ».

¹⁶⁵⁷ LAVEFVE LABORDERIE, Anne-Sophie. *Op. cit.*, n° 272, p. 163.

consommateur pourra rechercher la mise en œuvre d'une procédure globale de traitement des situations de surendettement (section II).

Section 1 – Le cas du consommateur de crédit non surendetté

511. Sont visés, ici, les aléas de l'exécution d'une opération de crédit individuelle¹⁶⁵⁸. Concrètement, on autorise temporairement le consommateur à ne pas exécuter ou à exécuter autrement ses obligations, tant pour des raisons de justice sociale que dans le but de « sauvegarder l'entreprise commune »¹⁶⁵⁹. Il s'agit, autrement dit, de certaines modalités d'« inexécution licite du contrat »¹⁶⁶⁰. On peut distinguer entre les différents dispositifs spéciaux, ceux qui permettent la suspension des obligations du consommateur (§1^{er}) et ceux qui lui procurent un allègement de sa dette (§ 2nd).

§ 1^{er} – Les délais de grâce

512. En France, le consommateur peut demander au juge la suspension de l'exécution de ses obligations pendant un certain délai. La grâce du législateur est prévue au Code de la consommation¹⁶⁶¹ pour le débiteur qui rencontre des difficultés pour rembourser son crédit. Elle peut lui être accordée sous certaines conditions. Si le juge estime que celles-ci sont remplies, le délai alors consenti au consommateur, pendant lequel il ne remboursera pas son crédit, obligera son cocontractant à faire preuve de patience¹⁶⁶². Bien que les dispositions du Code reposent sur un concept très ancien (A), le régime des délais de grâce garde une certaine spécificité dans les opérations de crédit proposées aux consommateurs (B).

A) Le concept de « grâce »

513. Le mot évoque la grâce divine, le pardon¹⁶⁶³. Ce concept existait depuis l'Ancien Régime : le débiteur défaillant faisait appel à l'indulgence du roi, source de toute justice¹⁶⁶⁴, en demandant son intervention au sein d'une relation de nature purement privée, malgré le droit certain de son cocontractant¹⁶⁶⁵. Lors des travaux préparatoires du Code civil, les discussions

¹⁶⁵⁸ Rien n'empêche cependant qu'il soit procédé, dans le cadre d'une procédure individuelle, au traitement de la situation d'un consommateur qui aurait conclu plusieurs contrats avec un fournisseur de crédit.

¹⁶⁵⁹ *Idem*, n° 467, p. 432 : « ces idées conduisent à l'admission générale du devoir de collaboration afin que le contrat puisse s'exécuter non seulement au mieux de ce qu'ont prévu les parties mais encore de ce à quoi conduit l'évolution des circonstances. L'intangibilité du contrat cède le pas à une certaine mutabilité du lien contractuel ».

¹⁶⁶⁰ V. CHABAS, Cécile. « L'inexécution licite du contrat », LGDJ, 2002.

¹⁶⁶¹ Art. L. 313-12.

¹⁶⁶² MAZEAUD, Denis. « L'endettement des particuliers – Rapport français », *op. cit.*, p. 137 : « il est à peine exagéré d'affirmer, aujourd'hui, que la patience, plus encore qu'une vertu, constitue une obligation légale à laquelle est astreint tout créancier d'un endetté défaillant » ; v. aussi : GAUDIN, Laëtitia. « La patience du créancier – Contribution à l'étude de l'effectivité du paiement contractuel », Defrénois, 2009.

¹⁶⁶³ V. 1^{re} épître de Pierre, 5, 5 : « Dieu résiste aux orgueilleux et donne sa grâce aux humbles ».

¹⁶⁶⁴ SÉRIAUX, Alain. « Réflexions sur les délais de grâce », RTD civ. 1993, n° 1, p. 790.

¹⁶⁶⁵ Il demandait au roi une « lettre de répit » : v. MAZEAUD, Henri, Léon, Jean et CHABAS, François. « Leçons de droit civil – obligations », t. II, v. 1, 9^e éd., Montchrestien, 1998, n° 909, p. 1000.

furent vives à propos de l'adoption d'un dispositif accordant aux tribunaux un si grand pouvoir d'intervenir dans la loi des parties. Regnaud de Saint-Jean-d'Angely observait, à la suite de Cambacères, que « plus la loi laisse de latitude aux tribunaux pour modifier les conventions, moins il existe de crédit »¹⁶⁶⁶. Les avis étaient toutefois partagés. Lors de la présentation de l'esprit du dispositif proposé¹⁶⁶⁷, Treillard faisait observer qu'« on a supposé un débiteur qui, prouvant par le tableau de sa situation qu'il est solvable, demande un court délai pour une partie du paiement. Dans ce cas, d'après l'article, le juge le condamne pour la totalité, mais il gradue les termes du paiement »¹⁶⁶⁸. Un sentiment d'humanité a, enfin, prévalu lors de la présentation de la rédaction définitive du dispositif au corps législatif¹⁶⁶⁹.

514. Certains auteurs insistent sur le fait qu'il ne s'agit pas d'une mesure d'équité, ni de justice, livrée à la discrétion du juge car, dit-on, la justice consisterait pour le débiteur à respecter scrupuleusement ses engagements, « quoi qu'il lui en coûte »¹⁶⁷⁰. Il s'agirait donc, pour cette doctrine, plutôt d'une forme de « justice sociale », d'amitié ou de solidarité entre les membres du corps social¹⁶⁷¹, voire de la charité¹⁶⁷². Le « délai de grâce » est alors expliqué comme une faveur¹⁶⁷³ dont l'octroi est facultatif pour le juge¹⁶⁷⁴. L'emprunteur ne dispose pas d'un droit à la suspension de l'exécution de ses obligations. Il pourra obtenir un tel bénéfice si, au vu de sa situation personnelle, le juge estime que les critères légaux lui sont applicables¹⁶⁷⁵. L'analyse de ces critères relève toutefois du régime de droit positif des délais de grâce.

¹⁶⁶⁶ FENET, P. A., *op. cit.*, t. 13, p. 77.

¹⁶⁶⁷ Art. 140 du projet initial : « le débiteur ne peut forcer le créancier de recevoir en partie le paiement d'une dette, même divisible. Le juge peut néanmoins, en considération de la position du débiteur, ou à cause d'une contestation sur une portion de la dette, autoriser la division du paiement ; le juge ne peut, dans le premier cas, user de ce pouvoir qu'avec une grande réserve » ; v. FENET, P. A. *Op. cit.*, t. 13, p. 25.

¹⁶⁶⁸ FENET, P. A. *Op. cit.*, t. 13, p. 77.

¹⁶⁶⁹ Devenu l'art. 1.244 du Code, sous l'ancienne rédaction : « si le débiteur se trouvait dans des circonstances telles que, par des motifs d'humanité, ou peut-être pour l'intérêt même du créancier, les juges fussent convaincus que, sans porter préjudice à ce créancier, ils feraient un acte d'humanité en accordant des délais modérés pour le paiement, la loi les y autorise, mais en leur rappelant le respect qu'ils doivent aux contrats, et en les avertissant de n'user de ce pouvoir qu'avec la plus grande réserve » : FENET, P. A. *Op. cit.*, t. 13, p. 267 ; v. l'exposé des motifs présenté par M. BIGOT-PRÉAMENEU lors de la séance du 7 pluviôse an XII (28 janvier 1804) ; v. aussi le discours du tribun Mouricault, lors de la séance du 16 pluviôse an XII (6 février 1804) : « comme le débiteur le plus honnête peut se trouver dans une position où des poursuites inexorables pourraient le ruiner sans utilité pour le créancier lui-même, le projet, conforme en cela à l'humanité comme à la jurisprudence, laisse aux juges la faculté d'accorder au débiteur un délai, en les avertissant seulement de n'user de ce pouvoir qu'avec la plus grande réserve » (*idem*, p. 432).

¹⁶⁷⁰ SÉRIAUX, Alain. « Réflexions sur les délais de grâce », préc. n° 2, p. 795-796, qui affirme encore que « ces prérogatives sont d'autant plus exorbitantes qu'elles ne se justifient pas par un souci d'équité mais par un simple sentiment de pitié, par définition beaucoup plus subjectif » (*idem*, n° 4, p. 800).

¹⁶⁷¹ *Idem*, n° 2, p. 797, note 76. V. aussi PAISANT, Gilles. « La réforme du délai de grâce par la loi du 9 juillet 1991 relative aux procédures civiles d'exécution », CCC, 1991, chr. 3, n° 3, p. 3, pour qui « le législateur n'a pas entendu se départir d'un souci d'humanité en faveur des débiteurs en difficulté ».

¹⁶⁷² MALAURIE, Philippe, AYNÈS, Laurent et STOFFEL-MUNCK, Philippe. « Les obligations », 3^e éd., Defrénois, 2007, n° 1124, p. 627.

¹⁶⁷³ CORNU, Gérard. « Vocabulaire juridique », *op. cit.*, mot « grâce » : « mesure légale ou judiciaire de faveur, atténuant la rigueur d'un engagement ».

¹⁶⁷⁴ SÉRIAUX, Alain. « Réflexions sur les délais de grâce », préc., n° 2, p. 794.

¹⁶⁷⁵ Cass. 2^e civ. 14 fév. 2008 : inédit, pourvoi n° 07-10885.

B) Le régime des délais de grâce

515. Les lois Scrivener ont intégré cette mesure dans le dispositif de protection des consommateurs de crédit. L'article L. 313-12 du Code de la consommation opère toutefois un renvoi aux règles du Code civil, en prévoyant que « l'exécution des obligations du débiteur peut être, notamment en cas de licenciement, suspendue par ordonnance du juge d'instance dans les conditions prévues aux articles 1244-1 à 1244-3 du code civil »¹⁶⁷⁶. Ainsi, pour que le consommateur puisse obtenir l'octroi d'un délai de grâce, la situation de celui-ci doit correspondre aux conditions générales du droit commun (1) ; les pouvoirs du juge sont cependant accrus s'agissant des opérations de crédit (2).

1) Les critères généraux

516. L'article 1.244-1 du Code civil prévoit que, « compte tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier, le juge peut, dans la limite de deux années, reporter ou échelonner le paiement des sommes dues ». On en déduit, tout d'abord, que ces règles à caractère général sont applicables, qu'un contrat soit ou non en cours d'exécution. Ensuite, le juge devra s'efforcer, dans tous les cas, de concilier les intérêts du débiteur avec les besoins du créancier – ce qui semblerait se distinguer de ses intérêts¹⁶⁷⁷ – de manière à en trouver un équilibre.

517. La situation du débiteur – Pour définir la « situation du débiteur » justiciable des mesures de protection, on soutient que deux critères essentiels doivent être retenus : il doit être malheureux et de bonne foi¹⁶⁷⁸. Être « malheureux » signifierait, d'une part, qu'en raison de circonstances plus ou moins indépendantes de sa volonté (par exemple, revenus modestes, chômage, difficultés financières etc.¹⁶⁷⁹), le débiteur ait des difficultés réelles à faire face à ses engagements. D'autre part, sa bonne foi supposerait qu'il ait « montré par son comportement qu'il était tout disposé à payer ses dettes, qu'il a fait de son mieux pour arranger sa situation »¹⁶⁸⁰. Le juge peut d'ailleurs subordonner ses faveurs à l'accomplissement, par le débiteur, d'actes propres à faciliter ou à garantir le paiement de la dette¹⁶⁸¹. À cet égard, dit-on, si celui-ci « a laissé traîner le paiement de la dette en longueur, notamment par des manœuvres dilatoires, ou s'il a déjà bénéficié en fait de longs délais de paiement accordés par son créancier ou par l'effet de voies de recours, sans avoir effectué le moindre effort pour en régler au moins

¹⁶⁷⁶ « L'exécution des obligations du débiteur peut être, notamment en cas de licenciement, suspendue par ordonnance du juge d'instance dans les conditions prévues aux articles 1244-1 à 1244-3 du code civil ».

¹⁶⁷⁷ Comp. V. PAISANT, Gilles. « La réforme du délai de grâce par la loi du 9 juillet 1991 relative aux procédures civiles d'exécution », *op. cit.*, n° 16, p. 5 ; Lamy droit économique 2010, n° 5896 : « cette nouvelle rédaction [après la loi n° 91-650 du 9 juill. 1991] ne semble pas modifier la solution retenue par la jurisprudence à partir de l'ancienne rédaction de l'article 1244 dudit Code ».

¹⁶⁷⁸ En ce sens, v. CA Versailles 31 janv. 1986, Juris-Data n° 1986-600072 ; v. aussi MAZEAUD, Henri, Léon, Jean et CHABAS, François. *Op. cit.*, n° 909, p. 1000 ; PAISANT, Gilles. « La réforme du délai de grâce par la loi du 9 juillet 1991 relative aux procédures civiles d'exécution », *op. cit.*, n° 16, p. 5.

¹⁶⁷⁹ SÉRIAUX, Alain. « Réflexions sur les délais de grâce », *préc.*, n° 2, p. 795.

¹⁶⁸⁰ *Idem*, *ib idem*.

¹⁶⁸¹ Art. 1244-1, al. 3^e, du Code civil.

une partie ou proposé des paiements échelonnés, sa mauvaise foi sera retenue et empêchera à elle seule l'octroi de délais de grâce »¹⁶⁸². Sans pour autant soulever la mauvaise foi du débiteur, certaines décisions du fond confirment ce point de vue¹⁶⁸³.

518. Report des paiements – Comme le remboursement des crédits consentis aux consommateurs se fait, le plus souvent, par des paiements échelonnés, on peut penser que le juge sera amené simplement à les reporter¹⁶⁸⁴. Certaines décisions font état cependant d'un échelonnement des paiements pendant le délai de grâce¹⁶⁸⁵. Le renouvellement d'un délai précédemment octroyé ne peut dépasser, au total, la limite légale de deux années¹⁶⁸⁶. Depuis longtemps la Cour de Cassation décide que « le législateur a fixé une limite précise au pouvoir des juges et que cette limitation serait illusoire s'il leur était permis de la tourner en accordant des délais successifs »¹⁶⁸⁷, chacun inférieur à la limite légale¹⁶⁸⁸. Elle décide aussi que le jugement doit fixer la ou les dates auxquelles le débiteur devra se libérer¹⁶⁸⁹. Le jugement aura pour effet de suspendre les procédures d'exécution qui auraient été engagées par le créancier¹⁶⁹⁰. Les majorations d'intérêts ou les pénalités encourues à raison du retard cessent d'être dues pendant le délai fixé par le juge¹⁶⁹¹. Cela semble naturel car le bénéfice obtenu par le débiteur serait illusoire s'il devait payer, malgré le moratoire qui lui est consenti, des intérêts ou pénalités de retard : « il ne serait traité ni plus ni moins que comme un débiteur récalcitrant, ce qu'il n'est justement pas »¹⁶⁹². On notera cependant que la rédaction du dispositif n'interdit pas le cours des intérêts pendant le délai de grâce. Le législateur entend seulement éviter que le débiteur devienne redevable, en sus des intérêts normaux, des sommes qui auraient été

¹⁶⁸² SÉRIAUX, Alain. « Réflexions sur les délais de grâce », préc., n° 2, p. 796. V. retirant le bénéfice consenti pour mauvaise conduite du consommateur : Cass. 1^{re} civ. 30 juin 1992 : Bull. civ. I, n° 206 : pourvois n° 90-17128 et 90-17129. V. cependant, V. PAISANT, Gilles. « La réforme du délai de grâce par la loi du 9 juillet 1991 relative aux procédures civiles d'exécution », *op. cit.*, n° 15, p. 5 : « le juge ne pourrait pas, par exemple, interdire au débiteur de conclure de nouveaux emprunts ».

¹⁶⁸³ Refusant le bénéfice, v. CA Versailles 11 janv. 2002 : « considérant que la débitrice... ne formule aucune offre de paiement ; qu'elle n'a pas communiqué de documents d'état civil permettant de démontrer qu'elle aurait deux enfants à charge, comme elle le prétend, ni de certificats médicaux relatifs à sa prétendue dépression nerveuse... » ; v. aussi CA Agen 19 nov. 2002 : « attendu que l'appelant... s'est ainsi déjà octroyé de larges délais de fait (depuis juin 1999, date de son dernier règlement) et de larges délais de procédure (depuis son assignation du 23 août 2000)... »

¹⁶⁸⁴ CA Bourges 26 mars 2001.

¹⁶⁸⁵ CA Chambéry 4 déc. 2007, où des mensualités de 200 euros sont prévues pendant deux années, « la dernière mensualité réglant le solde en principal, frais et intérêts sauf meilleur accord des parties », pour une dette d'un montant d'environ 33.000 euros, hors intérêts ; v. aussi CA Lyon 24 janv. 2008, jugement confirmatif de la décision ayant « sursis à l'exécution des poursuites et autorisé les débiteurs à se libérer de leur dette en 23 mensualités de 122,10 euros, la dernière étant majorée du solde de la dette en principal, intérêts et frais », pour une dette de 1.827,64 euros.

¹⁶⁸⁶ Approuvant cette limite, v. PAISANT, Gilles. « La réforme du délai de grâce par la loi du 9 juillet 1991 relative aux procédures civiles d'exécution », *op. cit.*, n° 7, p. 4 : « ce délai est déjà très important [...] Il y a des degrés dans l'impécuniosité ». V., par exemple, Cass. soc. 27 févr. 2002 : inédit, pourvoi n° 00-11848, où les juges du fond avaient déterminé des paiements mensuels de 200 francs pour éteindre une dette de 12.000,68 francs.

¹⁶⁸⁷ Cass. 1^{re} civ. 6 juill. 1959 ; Dalloz 1959, jurisp. p. 393.

¹⁶⁸⁸ « Ces délais peuvent être octroyés aux compte-gouttes mais lorsque, additionnés ou non, ils ont atteint leur durée maximale, ils ne sont pas renouvelables » : SÉRIAUX, Alain. « Réflexions sur les délais de grâce », préc., n° 3, p. 798.

¹⁶⁸⁹ Cass. 2^e civ. 7 janv. 1998 : Bull. civ. II, n° 4, pourvoi n° 96-12979.

¹⁶⁹⁰ En revanche, « lorsqu'une ordonnance de référé a accordé des délais de paiement à un emprunteur, le point de départ du délai de forclusion prévu à l'article L. 311-37 du Code de la consommation est reporté à la date de cessation des effets de l'ordonnance » : Cass. 1^{re} civ. 4 avr. 1995 : Bull. civ. I, n° 160, pourvoi n° 93-12427.

¹⁶⁹¹ Art. 1.244-2 du Code civil.

¹⁶⁹² SÉRIAUX, Alain. « Réflexions sur les délais de grâce », préc., n° 3, p. 798.

prévues pour sanctionner son éventuel retard¹⁶⁹³. Enfin, les mesures de grâce peuvent être sollicitées en tout état de la procédure¹⁶⁹⁴. Ces règles générales sont d'ordre public, toute stipulation contraire étant réputée non écrite¹⁶⁹⁵.

519. Une controverse est apparue à propos des modalités de report du délai de grâce. Certains jugements exigeaient que toutes les échéances prévues au contrat fussent « décalées » d'une période égale au délai de suspension, à partir de la date fixée par l'ordonnance¹⁶⁹⁶. D'autres, à l'inverse, estimaient que l'octroi d'un délai de grâce ne pouvait avoir pour effet de dépasser le terme initialement prévu pour l'extinction de la dette¹⁶⁹⁷. Cette dernière solution était toutefois moins favorable au débiteur. En matière de crédit, le législateur est intervenu. Les mesures alors adoptées s'écartent pourtant du domaine du droit commun¹⁶⁹⁸.

2) Le régime spécial

520. Les pouvoirs du juge dans l'octroi des délais de grâce sont accrus en matière de crédit. Tranchant le débat jurisprudentiel qu'on vient de décrire, la loi n° 89-1010 du 31 décembre 1989 dont les dispositions se trouvent inscrites à l'article L. 313-12 du Code de la consommation, a prévu la possibilité, pour le magistrat, de « déterminer dans son ordonnance les modalités de paiement des sommes qui seront exigibles¹⁶⁹⁹ au terme du délai de suspension, sans que le dernier versement puisse excéder de plus de deux ans le terme initialement prévu pour le remboursement du prêt »¹⁷⁰⁰. Ici, il convient de distinguer entre, d'une part, le délai pendant lequel les échéances du crédit sont suspendues – lequel ne peut dépasser la limite de deux années¹⁷⁰¹ – et, d'autre part, le moment du paiement des échéances reportées. Le dispositif du Code de la consommation donne au juge le pouvoir de déterminer que ce paiement interviendra – quelle que soit la séquence des échéances reportées – de manière échelonnée à partir de la date initialement prévue pour le terme du contrat. Il peut aussi surseoir à statuer sur ces modalités jusqu'au terme du délai de suspension¹⁷⁰².

521. La légitimité politique des délais de grâce ne fait pas l'unanimité. Certains les critiquent en affirmant que « ce 'socialisme de souris' peut se comprendre d'un point de vue charitable mais, sur le principe, il est injuste : pourquoi est-ce le prêteur ou le bailleur qui doit

¹⁶⁹³ PAISANT, Gilles. « La réforme du délai de grâce par la loi du 9 juillet 1991 relative aux procédures civiles d'exécution », *op. cit.*, n° 17, p. 5.

¹⁶⁹⁴ Cass. 1^{re} civ. 29 juin 2004 : Bull. civ. I, n° 187, pourvoi n° 02-12598.

¹⁶⁹⁵ Art. 1.244-3 du Code civil.

¹⁶⁹⁶ CA Limoges 18 mars 1987.

¹⁶⁹⁷ CA Versailles 31 janv. 1986, préc., D. 1986, info. rap. p. 393, obs. AUBERT, Jean-Luc : « s'ils permettent d'accorder un répit aux débiteurs malheureux et de bonne foi, en les dispensant provisoirement de payer certaines échéances, [ces textes] ne sauraient avoir pour effet de ruiner l'autorité des contrats ».

¹⁶⁹⁸ V. cependant, SÉRIAUX, Alain. « Réflexions sur les délais de grâce », préc., n° 3, p. 799, qui estime que le report en fin de contrat mériterait d'être étendu à d'autres domaines, notamment le paiement de loyers.

¹⁶⁹⁹ On notera le sens ambigu de la formule « paiement des sommes qui seront exigibles au terme du délai de suspension » prévue à l'art. L. 313-12, al. 2^e, du Code consom., ce qui prête à penser qu'il s'agit des seules échéances reportées, celles qui leur sont postérieures n'étant pas encore exigibles au terme dudit délai.

¹⁷⁰⁰ Arts. 24 et 25 modifiant les lois Scrivener et devenus l'art. L. 313-12, al. 2^e, du Code consom.

¹⁷⁰¹ Art. 1.244-1, al. 1^{er}, du Code civil.

¹⁷⁰² Art. L. 313-12, al. 2^e, *in fine*, du Code consom.

supporter le chômage de son cocontractant ? »¹⁷⁰³ D'autres, cependant, finissent par reconnaître l'utilité économique et sociale d'une telle mesure : « s'il est vrai que la technique du délai de grâce attente à la force obligatoire du contrat, il n'en demeure pas moins qu'elle constitue un bon moyen de donner au débiteur un répit pouvant lui permettre de remettre ses affaires en ordre et, en fin de compte, de respecter ses engagements. Ce qui est aussi une façon de respecter le contrat »¹⁷⁰⁴. Quoi qu'il en soit, le juge doit faire preuve de prudence car, dans les opérations de crédit, les conséquences¹⁷⁰⁵ liées à un remaniement trop fréquent des obligations des parties finissent par rejaillir sur l'ensemble des consommateurs. Cela est d'autant plus vrai que l'intervention de ce dernier ne se limite plus à suspendre les obligations du consommateur pendant un certain temps ; elle peut aussi déboucher sur la réduction du montant de la dette.

§ 2nd – Les mesures d'allègement des obligations du consommateur

522. Tant au Brésil qu'en France, les tribunaux disposent d'un pouvoir de prescrire des mesures destinées à réduire la dette du consommateur de crédit. Certaines mesures visent, précisément, la période d'exécution de ses obligations contractuelles (A) ; d'autres se destinent à alléger les sanctions de l'inexécution de ses engagements (B).

A) L'allègement de l'obligation de rembourser le crédit obtenu

523. Dans certains cas, l'objectif du législateur est essentiellement d'apporter une aide au consommateur qui se voit confronté à des difficultés financières. Pour ce faire, il permet au juge de réduire le montant des intérêts auxquels le prêteur pouvait légitimement prétendre. Parfois, les mesures d'allègement prévues ne bénéficient au consommateur que dans la durée (1). L'analyse du droit positif révèle cependant que le législateur entend promouvoir, en amont, l'équilibre général dans les relations de crédit. Le pouvoir confié au juge trouve alors ses limites dans un calcul de proportionnalité entre les obligations des parties (2).

1) La suspension du cours des intérêts

524. En France, l'article L. 313-12, alinéa 1^{er}, du Code de la consommation prévoit que « l'ordonnance peut décider que, durant le délai de grâce, les sommes dues ne produiront point intérêt »¹⁷⁰⁶. La jurisprudence décide que la suspension totale du cours des intérêts n'est

¹⁷⁰³ MALAURIE, Philippe, AYNÈS, Laurent et STOFFEL-MUNCK, Philippe. « Les obligations », 3^e éd., Defrénois, 2007, n° 1124, p. 627.

¹⁷⁰⁴ FLOUR, Jacques, AUBERT, Jean-Luc, FLOUR, Yvonne et SAVAUX, Éric. *Op. cit.*, n° 276, p. 177 ; v. aussi AYNÈS, Laurent et LIBCHABER, Rémy. « Le traitement civil de la dette », in *L'apurement des dettes – solution au surendettement*, CHAPUT, Yves (dir.), Litec, 1998, n° 360, p. 330.

¹⁷⁰⁵ Du moins d'un point de vue économique.

¹⁷⁰⁶ On observera qu'il s'agit des intérêts conventionnels, non pas des intérêts de retard. Dans le même sens, v. FLOUR, Jacques, AUBERT, Jean-Luc, FLOUR, Yvonne et SAVAUX, Éric. « Droit civil – les obligations », v. 3, 2^e éd., Armand Colin, 2001, n° 275, p. 177.

possible que dans les opérations de crédit conclues avec les consommateurs¹⁷⁰⁷. L'intérêt de cette précision réside en ce que, depuis une loi de 1991¹⁷⁰⁸ modifiant les règles du Code civil sur les délais de grâce, le juge peut prescrire que « les sommes correspondant aux échéances reportées porteront intérêt à un taux réduit qui ne peut être inférieur au taux légal »¹⁷⁰⁹. Pour un auteur, seules les échéances reportées devraient pouvoir faire l'objet d'une suspension d'intérêts pendant le délai de grâce¹⁷¹⁰. À première vue, cependant, une logique de spécialité semble devoir prévaloir : alors que la règle du Code civil fait allusion aux « sommes correspondant aux échéances reportées », le dispositif du Code de la consommation prévoit, plus largement, que « les sommes dues » ne produiront point intérêt durant ledit délai¹⁷¹¹.

525. En pratique, le juge aura très rarement à s'occuper de tels calculs. Souvent, au moment où il statue sur l'octroi d'un délai de grâce, le débiteur a déjà cessé l'exécution de ses obligations depuis un certain temps. Le créancier se prévaut alors, systématiquement, de la déchéance du terme¹⁷¹². C'est-à-dire qu'il met en jeu une clause contractuelle lui permettant, dans de tels cas, d'exiger le remboursement immédiat du capital restant dû et des intérêts échus. Théoriquement, ces sommes deviennent dès lors exigibles et produisent des intérêts de retard à un taux égal à celui du prêt, jusqu'à la date du règlement effectif¹⁷¹³. La Cour de cassation décide toutefois que le jeu de telles clauses est paralysé par la décision qui consent un délai de grâce¹⁷¹⁴. Ensuite, après avoir constaté le montant de la dette, le juge détermine son paiement de manière échelonnée, allant souvent jusqu'à vingt-quatre mensualités, la dernière réglant le solde en frais, intérêts et capital¹⁷¹⁵. Normalement, le premier versement intervient au début du délai de grâce, afin d'éviter le cours des intérêts. Il semble toutefois que, si le juge fait application de l'article L. 313-12, al. 1^{er}, du Code de la consommation pour prononcer une réduction totale des intérêts, il soit astreint à la limite de deux années excédant la fin du contrat initialement prévue pour le paiement du dernier versement rééchelonné. En

¹⁷⁰⁷ Cass. soc. 27 févr. 2002 : inédit, pourvoi n° 00-11848 : « les dispositions de l'article L. 313-12 du Code de la consommation autorisant la suspension des intérêts pendant le délai de grâce ne sont applicables qu'en matière de crédit à la consommation et de crédit immobilier ».

¹⁷⁰⁸ Art. 83 de la loi n° 91-650 du 9 juill. 1991, relative aux procédures civiles d'exécution, modifiant l'article 1.244 du Code civil.

¹⁷⁰⁹ Art. 1.244-1, al. 2^e, du Code civil. La décision est « spéciale et motivée ». Le juge peut décider aussi les paiements s'imputeront d'abord sur le capital. La Cour de cassation précise encore que ces mesures ne peuvent intervenir qu'après que le juge aura accordé au débiteur des délais de paiement et qu'il en aura fixé la durée : v. Cass. 1^{re} civ. 19 sept. 2007 : Bull. civ. I, n° 289, pourvoi n° 06-10629.

¹⁷¹⁰ SÉRIAUX, Alain. « Réflexions sur les délais de grâce », préc., n° 4, p 799, note 89. *Contra*, v. PAISANT, Gilles. « La réforme du délai de grâce par la loi du 9 juillet 1991 relative aux procédures civiles d'exécution », *op. cit.*, n° 15, p. 5.

¹⁷¹¹ La question semble avoir une portée plus théorique que pratique. Lorsqu'on admet que l'échéancier soit « décalé » en bloc d'un délai allant jusqu'à deux ans, c'est bien la globalité des échéances restant dues qui subissent une altération contractuelle. Mathématiquement, un tel allongement du délai contractuel implique pour le créancier une perte en forme d'intérêts non perçus d'un montant identique, que le paiement des échéances reportées se fasse au terme du délai de grâce ou en fin de contrat.

¹⁷¹² CA Toulouse 15 juin 2004 ; CA Versailles 11 janv. 2002, préc. ; CA Chambéry 4 déc. 2007, préc. ; CA Agen 19 nov. 2002.

¹⁷¹³ Arts. L. 311-30 et L. 312-22 du Code consom.

¹⁷¹⁴ Cass. 1^{re} civ. 7 janv. 1997 : Bull. civ. I, n° 9, pourvoi n° 94-20248 ; - 2 juin 2004 : inédit, pourvoi n° 02-16055. La durée de cessation des paiements est parfois prise en compte afin que soit déterminé, rétroactivement, le point de départ de la suspension des obligations du débiteur.

¹⁷¹⁵ V. les décisions des Cours d'appel précitées.

pratique, tout dépendra du moment auquel le jugement interviendra, suivant l'échéancier initialement convenu entre les parties¹⁷¹⁶.

526. Enfin, les jugements en la matière précisent souvent que le non respect des mesures de grâce entraînera leur caducité, le solde de la dette redevenant immédiatement exigible¹⁷¹⁷. Aucune de ces mesures ne semble pourtant profiter à la caution¹⁷¹⁸. On reconnaîtra tout de même, avec un auteur, que le juge français se trouve désormais « investi, sous le couvert de l'octroi de délais de grâce, d'un pouvoir non négligeable de refaire les contrats »¹⁷¹⁹. Dans un esprit optimiste, certains invitent à faire confiance à la « conscience » des juges « pour une application équitable et raisonnable de ces nouvelles dispositions »¹⁷²⁰. Ainsi allié à un certain sens de la prudence, ce pouvoir de réfaction du contrat peut aussi servir, au-delà d'une aide au consommateur malheureux, à promouvoir l'équilibre dans les relations de crédit.

2) La promotion de l'équilibre dans les relations de crédit

527. Un auteur a érigé en thèse l'affirmation suivante : « l'idée d'équilibre contractuel précise celle de justice commutative. Elle traduit la volonté d'avoir un échange juste et une composition harmonieuse du contenu du contrat, entre les prestations ainsi qu'entre les droits et les obligations. Le but de l'équilibre contractuel consiste à réaliser la justice à l'intérieur même de la relation entre les deux patrimoines. Il ne traduit pas la recherche d'une égalité entre les parties contractantes. L'équilibre concerne le lien objectif et non le lien subjectif du contrat »¹⁷²¹. Dans sa première branche, on peut admettre la légitimité d'un tel raisonnement, surtout si l'on a en perspective une relation de crédit individuelle. Dans ce cas, qui est celui du Brésil, le défaut d'équilibre entre les droits et les obligations des parties donnera au juge l'occasion de réduire la dette du consommateur (a). Toutefois, la tendance actuelle semble être à la recherche de la justice sociale, ou distributive¹⁷²². Dès lors, l'aspect subjectif du lien contractuel, c'est-à-dire l'analyse de la situation personnelle du débiteur devient essentielle pour l'établissement d'un équilibre orienté par une telle modalité de justice. On peut se

¹⁷¹⁶ La lenteur de la justice peut y jouer un rôle non négligeable.

¹⁷¹⁷ Outre les décisions de Cours d'appel citées ci-dessus, v. CA Douai 3 avril 2003. Sur ce sujet, v. ANCEL, Pascal. « Droit au recouvrement de sa créance ou droit de ne pas payer ses dettes ? », *op. cit.*, p. 94 : « le délai de grâce traditionnel n'est pas une modification du fond de la créance, encore moins une sorte de révision du contrat : il n'apparaît que comme une suspension des procédures d'exécution forcée contre le débiteur. [...] Le délai reste en quelque sorte à la surface des choses, il n'affecte que la 'Haftung' (le pouvoir de contrainte) et non la 'Schuld' (l'obligation elle-même) ». L'auteur reconnaît, néanmoins, qu'il en va autrement en droit de la consommation : « ces délais, qui peuvent être accordés pour le paiement de sommes non encore exigibles, se présentent plutôt comme de véritables réaménagements, au fond, de la créance, et, partant, du contrat qui l'a fait naître » (*idem*, p. 95).

¹⁷¹⁸ V. ANCEL, Pascal. « Droit au recouvrement de sa créance ou droit de ne pas payer ses dettes ? », *op. cit.*, p. 97, qui émet pourtant des réserves, tout en reconnaissant la solution acquise.

¹⁷¹⁹ SÉRIAUX, Alain. « Réflexions sur les délais de grâce », *préc.*, n° 4, p. 800.

¹⁷²⁰ PAISANT, Gilles. « La réforme du délai de grâce par la loi du 9 juillet 1991 relative aux procédures civiles d'exécution », *op. cit.*, n° 24, p. 6.

¹⁷²¹ FIN-LANGER, Laurence. « L'équilibre contractuel », Paris, LGDJ, p. 97. Plus loin, l'auteur affirme encore que « l'équilibre contractuel s'entend, aujourd'hui, non de la personne des contractants, mais du contrat lui-même, du contenu des droits et des obligations des parties au sein de celui-ci » (p. 156).

¹⁷²² HUGON, Christine. « Le consommateur de justice », in *Liber amicorum* Jean CALAIS-AULOY, Dalloz, 2004, n° 2, p. 519 ; v. aussi CHABAS, Cécile. « L'inexécution licite du contrat », LGDJ, 2002, n° 474, p. 438 et s.

demander si telle n'est pas la logique suivie, du moins par le législateur français, lorsque, à propos de la caution du débiteur, il établit que le constat d'un engagement disproportionné à son patrimoine donne lieu à la sanction du prêteur par l'anéantissement de cet engagement (b).

a) Le défaut d'équilibre permet la réduction de la dette du consommateur

528. Dans deux situations, le législateur brésilien accorde au consommateur un droit d'obtenir la réduction de sa dette : soit lorsque le contrat prévoit des obligations disproportionnées (I), soit lorsqu'elles deviennent excessivement onéreuses du fait d'un événement survenu postérieurement à la conclusion du contrat (II).

I – Les prestations des parties sont disproportionnées

529. L'article 6^o, al. V, du Code du consommateur prévoit que « la modification des clauses contractuelles qui établissent des prestations disproportionnées » constitue un « droit de base du consommateur ». L'équilibre contractuel est ici visé à travers la notion de proportion appliquée à l'objet des obligations des parties. On peut s'interroger sur la nature de cette règle qui établit un droit essentiel ou, pour reprendre les termes de la loi, un droit de base du consommateur. D'une part, il semble que sa réalisation effective dépende nécessairement de l'intervention du juge car aucune sanction n'est prévue pour le contractant qui refuse de modifier les conditions d'un contrat déséquilibré. On sait, d'autre part, que cette notion a orienté aussi la rédaction du dispositif sur les clauses abusives dont l'appréciation par le juge se fait de manière objective¹⁷²³. Elle se rapproche ainsi de celle d'« avantage exagéré » prévue à l'article 51, al. IV, du même Code et, dans la pratique judiciaire, un glissement est désormais acquis : d'un rapprochement on aboutit à l'amalgame entre ces notions. Dès lors, en l'absence de seuils d'usure¹⁷²⁴, l'abus de droit constitue, en droit brésilien, la technique opérationnelle dont le consommateur de crédit se sert afin d'exercer son droit à la modification d'une convention déséquilibrée.

530. Dans les opérations de crédit, le plus souvent une disproportion ou un déséquilibre contractuel existe lorsqu'on constate que le taux d'intérêt conventionnel est abusif. En tout cas, la réduction de la dette du consommateur dépend, en jurisprudence, d'une telle vérification. Encore faut-il préciser les critères qui permettent d'identifier un taux d'intérêt abusif. Si l'on se penche du côté de la protection du seul consommateur, on peut prétendre que tel sera le cas chaque fois que le crédit est consenti à un prix disproportionné par rapport à l'utilité de l'opération. La réalité est cependant plus complexe, ne serait-ce qu'en raison de la grande variété des opérations de crédit. Les données du marché constituent autant d'éléments pris en compte dans une telle appréciation.

¹⁷²³ V. *supra*, n^o 487.

¹⁷²⁴ V. *supra*, n^o 451 et s.

531. À propos des critères de vérification de l'équilibre contractuel, un auteur a proposé une analyse globale et combinée¹⁷²⁵. Suivant cette méthode, il y aurait deux étapes à considérer : d'abord, il faudrait vérifier la réciprocité des prestations mutuelles ainsi que leur commutativité. Cela supposerait l'existence de contreparties « correspondantes », sans que soient d'emblée prises en compte leurs valeurs objectives¹⁷²⁶. Il s'agirait d'une démarche dite *quantitative*¹⁷²⁷ de l'évaluation des droits, obligations et prestations contractuels. Ensuite, il serait question de procéder à une démarche *qualitative*¹⁷²⁸ de la vérification de l'équilibre contractuel : on apprécierait alors l'équivalence des prestations ; cela supposerait un examen de la valeur d'échange et d'usage des obligations réciproques¹⁷²⁹. Enfin, ces critères seraient complétés par celui de la proportionnalité : il s'agirait d'assurer l'existence d'un « rapport de convenance, d'adéquation entre deux éléments »¹⁷³⁰, suivant une évaluation de leur nécessité pour l'efficacité du contrat ainsi que de leur finalité assurant les intérêts des parties.

532. Ce type d'analyses semble viser à la fois à l'optimisation des échanges économiques et à une intervention modérée du juge dans la loi des parties, au nom de la sécurité des affaires. Toujours est-il, cependant, que les prestations réciproques, dans ce genre de contrats, reposent normalement sur des éléments chiffrés (capital prêté et intérêts). En pratique, le juge tendra naturellement à procéder à l'identification d'une valeur de référence à laquelle sera confrontée celle de la prestation du consommateur¹⁷³¹. On songera, tout d'abord, au prix courant, à la valeur de marché du bien en question. Des démarches distinctes peuvent cependant être adoptées, suivant qu'il s'agit d'un prêt (i) ou d'une vente à crédit (ii). La question s'est aussi posée en jurisprudence de savoir si de telles vérifications étaient possibles postérieurement à la réalisation d'une renégociation de la dette (iii).

i. L'équilibre dans les prêts

533. Dans la pratique judiciaire brésilienne, les juges du fond ont pris le parti de réduire, même d'office, la dette du consommateur dès lors qu'ils estimaient, sur le fondement de l'équité, que le taux d'intérêts du crédit consenti était abusif. Une jurisprudence très abondante a été rendue sur ce sujet¹⁷³². Le *Superior Tribunal de Justiça* a pourtant entrepris de freiner l'élan interventionniste des juges. Il a fixé des critères stricts pour la révision du taux d'intérêt des contrats de crédit.

¹⁷²⁵ FIN-LANGER, Laurence. *Op. cit.*, p. 233.

¹⁷²⁶ *Idem*, p. 219.

¹⁷²⁷ *Idem*, p. 233.

¹⁷²⁸ *Idem*, ib idem.

¹⁷²⁹ *Idem*, p. 221.

¹⁷³⁰ *Idem*, p. 225.

¹⁷³¹ On rappellera que, suivant l'avis n° 596 de la *Summula de Jurisprudencia* de la Cour Constitutionnelle brésilienne, les institutions financières ne sont pas soumises aux dispositions de la loi sur l'usure. V. n° 136 *supra*.

¹⁷³² V. n° 455 *supra*.

534. Les critères de réduction des intérêts du crédit – Dans un arrêt de principe du 12 mars 2003¹⁷³³, les magistrats de la 2^e Section de droit privé ont établi que la réduction de la dette du consommateur dépend de la constatation, par le juge, au cas par cas, d'un abus commis dans la fixation du taux d'intérêt du contrat litigieux qui s'écarte de façon substantielle de la moyenne du marché local où le prêt a été conclu¹⁷³⁴, à moins que les circonstances du cas d'espèce ne le justifient¹⁷³⁵. Ces exigences ont paru à tel point alourdies que, dans une décision du 22 avril 2003¹⁷³⁶, le rapporteur, M. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, a ainsi énoncé le sort du consommateur de crédit : « l'orientation actuellement prépondérante au sein de la 2^e Section d'uniformisation est franchement favorable au recouvrement des intérêts selon les taux fixés par les seules banques, sans autre limite que le taux moyen du marché, et sans possibilité de révision par le juge, sauf lorsque l'emprunteur démontre que la banque lui demande plus que ce qu'elle aurait stipulé pour un autre, en situation similaire¹⁷³⁷. Comme cette hypothèse sera difficilement avérée (et, au cas où elle s'avérerait, il en résulterait un transfert indû de la charge de la preuve de l'abus à l'emprunteur, ce qui pourrait être fait sans doute au moyen d'une expertise, difficile et onéreuse), le résultat pratique de l'orientation mentionnée est la libération des intérêts, qu'ils soient compensatoires ou moratoires, sans aucun contrôle effectif. Aucun contrôle administratif n'existe, puisque l'autorité administrative n'impose aucune limite, et le contrôle judiciaire reste désormais dépendant d'une preuve de réalisation difficile, voire irréalisable ».

535. Une jurisprudence hésitante et parfois contradictoire a pu être rendue sur ce thème par les magistrats du STJ. On notera, surtout, qu'ils ne se gardent pas d'évaluer, eux-mêmes, la disproportion invoquée par les parties au litige. Le 8 octobre 2003, les magistrats de la 2^e Section de droit privé reconnaissent qu'un taux d'intérêt de 34,87% par mois était abusif car équivalent à presque le triple du taux moyen du marché (14,19% par mois) pour des opérations de crédit similaires¹⁷³⁸. La dette de l'emprunteur, une entreprise de construction civile considérée comme consommateur, a ainsi été réduite de moitié (de 1.064.073,95 R à

¹⁷³³ STJ-Resp n° 407.097/RS, rel. p. ac. Min. Ari Pargendler, 2^a Seção, j. 12.3.2003, DJ 29.9.2003.

¹⁷³⁴ Affirmant qu'il doit être constaté par une expertise qu'un écart abusif existe entre les taux pratiqués par différents prêteurs, lorsque le « produit, le local et l'époque de conclusion du contrat sont coïncidents », v. STJ-AgRgResp n° 935.231/RJ, rel. Min. Aldir Passarinho, 4^a T., j. 21.8.2007, DJ 29.10.2007.

¹⁷³⁵ Plus récemment, v. STJ-AgRgResp n° 1.044.315/RS, rel. Min. João Otávio de Noronha, 4^a T., j. 28.4.2009, DJ 11.5.2009.

¹⁷³⁶ STJ-Resp n° 466.979/RS, 4^a T., DJ du 26.5.2003.

¹⁷³⁷ Dans le même sens, v. STJ-Resp n° 915.572/RS, rel. Min. Aldir Passarinho, 4^a T., j. 7.2.2008, DJ 10.3.2008.

¹⁷³⁸ STJ-Resp n° 327.727/SP, rel. Min. César Asfor Rocha, 2^a Seção, j. 8.10.2003, DJ de 8.3.2004. La décision fut prise par scrutin majoritaire, le Min. Aldir Passarinho Júnior ayant décidé que le taux contractuel n'était pas abusif. En l'espèce, le STJ diverge de la position de la cour de São Paulo (TASP) qui avait écarté la présence d'un abus ; il rétablit la décision du juge de première instance qui avait, lui, annulé la clause jugée abusive et appliqué le taux moyen du marché. Le STJ se fonde sur une expertise comptable, dûment appréciée par les deux instances précédentes, indiquant un écart de 150% entre le taux d'intérêts contractuel et le taux moyen du marché. Bien qu'il déclare qu'il se fie sur les circonstances « souverainement appréciées par les instances ordinaires », le STJ ne les apprécie pas moins pour réduire le prix du crédit consenti, fût-ce, objectivement, au taux moyen du marché. Cette question est développée *infra*.

412.190,56 R), hors clause d'indexation¹⁷³⁹. On ne saurait alors être surpris lorsque, quatre ans plus tard, les magistrats de la 4^e chambre déclarent abusif un taux annuel de 380,78%, supérieur à cinq fois la moyenne du marché (67,81%)¹⁷⁴⁰. Dans le même esprit, mais encore plus indulgents envers l'emprunteur, les magistrats de la 3^e chambre ont considéré, le 13 mai 2008, qu'un écart de seulement 22% entre les pratiques du marché et le taux du crédit en cause suffisait pour constater l'abus et donc réduire ce taux de 45,65% à 37,42% par an¹⁷⁴¹. On comprend ainsi facilement que la même chambre, trois semaines plus tard, approuve le Tribunal de Justice de Rio Grande do Sul d'avoir réduit les intérêts d'un prêt personnel dont le taux annuel atteignait un chiffre équivalent à presque cinq fois la moyenne du marché¹⁷⁴². D'autres arrêts ont été rendus dans le même sens, mais un critère précis d'évaluation de l'abus ne peut en être dégagé¹⁷⁴³. Dans tous ces cas, cependant, quelles que soient les modalités d'évaluation adoptées, la solution est toujours la même : elle consiste à substituer le taux moyen du marché au taux conventionnel du crédit litigieux. Statuant sans renvoi, le STJ fonctionne alors en troisième degré de juridiction.

536. Le Superior Tribunal de Justiça comme troisième degré de juridiction – Dans sa pratique judiciaire, normalement le STJ, soit reproche aux juges du fond d'avoir réduit la clause d'intérêts estimée excessive au taux de 12% par an, soit, plus rarement, les approuve lorsqu'ils décident, eux-mêmes, de la réduire à la moyenne du marché¹⁷⁴⁴. Plus récemment, il a ajouté un avis n° 382 à sa *summula* de jurisprudence, suivant lequel « les intérêts rémunérateurs supérieurs à 12% par an, à eux seuls, ne sauraient caractériser un abus »¹⁷⁴⁵. On pourrait penser que le STJ se bornerait à contrôler les critères *d'évaluation de l'abus*, abandonnant la *fixation du prix* à l'appréciation souveraine des juges du fond. Il n'en est pourtant rien¹⁷⁴⁶. Alors même que le juge motive sa décision en démontrant un écart substantiel des intérêts conventionnels avec la moyenne du marché, le STJ ramène le taux litigieux à cette

¹⁷³⁹ D'après les informations décrites dans l'avis du Min. Ari Pargendler (p. 16-18), le montant de la dette s'élevait à 646.905,27 R après application de la clause d'indexation (TRD).

¹⁷⁴⁰ STJ-Resp n° 971.853/RS, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, 4^a T., j. 6.9.2007, DJ 24.9.2007.

¹⁷⁴¹ STJ-Resp n° 1.036.857/RS, rel. Min. Massami Uyeda, 3^a T., j. 13.5.2008, DJ 5.8.2008.

¹⁷⁴² STJ-Resp n° 1.036.818/RS, rel. Min. Nancy Andrighi, 3^a T., j. 3.6.2008, DJ 20.6.2008.

¹⁷⁴³ STJ-Resp n° 1.061.512/RS, rel. Min. Ari Pargendler, déc. monoc., j. 1.7.2008, DJ de 07.08.2008 (taux conventionnel de 333,45%, supérieur au double de la moyenne du marché et donc réduit à ce taux moyen) ; STJ-Resp n° 628.461/RS, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, 4^a T., j. 7.10.2004, DJ 17.12.2004 (taux conventionnel de 41,80% par an déclaré abusif et réduit à la moyenne du marché) ; STJ-Ag n° 388.622/MG, rel. Min. Ari Pargendler, déc. monoc., j. 1.8.2001, DJ 10.8.2001 (taux conventionnel excédant de 50% le taux moyen du marché)

¹⁷⁴⁴ STJ-Resp n° 1.036.818/RS, préc., j. 3.6.2008.

¹⁷⁴⁵ Du 27.5.2009, DJ 8.6.2009.

¹⁷⁴⁶ Sous le prétexte expressément affiché de « garantir l'effectivité de la justice », le STJ se reconnaît régulièrement le pouvoir d'« apprécier les questions non débattues directement par les juges du fond, ni alléguées dans le pourvoi » puisque, dit-il, « les fonctions de ce Tribunal ne sont pas limitées à celles d'un modèle restrictif de juridiction, telle une cours de cassation » : STJ-EResp n° 41.614/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, 2^a Seção, j. 28.10.2009, DJ 30.11.2009 (où la Cour semble esquisser une distinction entre l'appréciation de moyens mélangés de droit et de fait – possible – et de moyens de fait – impossible – pour fixer le *quantum* de l'indemnisation due par une compagnie aérienne pour le décès causé par la chute d'un de ses avions) ; STJ-Resp n° 872.666/AL, rel. Min. Nancy Andrighi, 3^a T., j. 14.12.2006, DJ 5.2.2007. On rappellera pourtant que les avis n° 5 et 7 de sa propre *summula* de jurisprudence (des 10.5.1990, DJ 21.5.1990 et 28.6.1990, DJ 3.7.1990, respectivement) prévoient que l'interprétation des clauses contractuelles et le réexamen des preuves n'ouvrent pas la voie à un « recurso especial ».

moyenne, quel que soit le prix du crédit fixé en équité par le magistrat¹⁷⁴⁷. S'arrogeant ainsi le pouvoir d'apprécier les faits de l'espèce, le STJ donnerait à penser qu'il en irait de même en l'absence de motivation particulière de la part des juridictions du fond. Or, lorsque le juge se contente de réduire les intérêts à 12% par an, sans préciser les circonstances caractérisant l'abus – hypothèses largement majoritaires¹⁷⁴⁸ –, le STJ se borne à rétablir la loi contractuelle bien que les intérêts conventionnels soient abusifs.

537. Encore qu'il pose un critère d'évaluation plus ou moins objectif, à savoir le taux d'intérêts moyen du marché, le STJ n'en apprécie pas moins les faits de l'espèce lorsqu'il annule les décisions des juges du fond et qu'il fixe lui-même le prix du crédit. Il ne paraît dès lors pas raisonnable de pénaliser le consommateur en rétablissant un taux contractuel manifestement abusif au seul motif que le juge du fond n'a pas motivé sa décision. Cette solution est d'ailleurs d'autant plus grave que celui-ci aura relevé l'abus d'office. Si le STJ veut bien agir en autorité de contrôle des prix du marché de crédit, il faudrait alors qu'il en tire toutes les conséquences et qu'il en extirpe tous les abus. Le consommateur, en tout cas, n'a pas à payer pour la distraction des juges du fond, fût-elle commise dans la meilleure des intentions... Encore faudra-t-il se convaincre de la légitimité du prix sur lequel le STJ veut aligner tous les crédits litigieux où un abus est constaté (et motivé !).

538. Le taux moyen du marché, point d'équilibre des contrats de crédit – Dans une décision récente, les magistrats du STJ avouent explicitement les difficultés liées à la détermination du point d'équilibre entre les obligations et les droits des parties dans une opération de crédit¹⁷⁴⁹. Rendue dans le cadre de la nouvelle procédure d'élimination des pourvois répétitifs, elle vient adoucir quelque peu les rigueurs de la solution fixée en 2003. L'arrêt énonce, d'abord, qu'« est admise la révision des taux d'intérêts rémunérateurs dans des cas exceptionnels, lorsqu'une relation de consommation est formée et que l'abus (susceptible de placer le consommateur en situation de désavantage exagéré – art. 51, § 1^o du Code du consommateur) reste clairement démontré, au vu des particularités du cas d'espèce »¹⁷⁵⁰. La solution consistant à appliquer le taux d'intérêt moyen du marché est *a priori* maintenue. Pour les magistrats, cette solution « place le contrat dans ce qui, en moyenne, est considéré comme raisonnable suivant les propres pratiques du marché. Cependant, la possibilité pour le juge

¹⁷⁴⁷ STJ-Resp n^o 1.036.857/RS, préc., j. 13.5.2008 (taux fixé à 12% par an par les juges du fond) ; STJ-Resp n^o 971.853/RS, préc., j. 6.9.2007 (taux fixé à la moyenne du marché – 67,81% par an – par le premier juge et réduit à 12% par an par le TJRS) ; STJ-Resp n^o 628.461/RS, préc., j. 7.10.2004 (taux fixé à 12% par an par les juges du fond) ; STJ-Resp n^o 1.061.512/RS, préc., j. 1.7.2008 (taux fixé au taux du marché interbancaire – SELIC, par les juges du fond).

¹⁷⁴⁸ STJ-Resp n^o 407.097/RS, rel. p. ac. Min. Ari Pargendler, 2^a Seção, j. 12.3.2003, DJ 29.9.2003 ; STJ-Resp n^o 271.214/RS, rel. p. ac. Min. Menezes Direito, 2^a Seção, j. 12.3.2003, DJ 4.8.2003 ; STJ-Resp n^o 328.947/RS, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 12.11.2002, DJ 27.6.2005 ; STJ-AgRgResp n^o 1.061.477/RS, rel. Min. João Otávio Noronha, 4^a T., j. 22.6.2010, DJ 1.7.2010 ; STJ-Resp n^o 471.903/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4^a T., j. 6.5.2010, DJ 24.5.2010 ; dans deux arrêts, restés isolés, semble-t-il, le taux contractuel est rétabli « dans la limite du taux moyen du marché » : STJ-Resp n^o 409.461/RS, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4^a T., j. 25.3.2003, DJ 9.6.2003 ; STJ-Resp n^o 466.979/RS, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4^a T., j. 25.3.2003, DJ 9.6.2003.

¹⁷⁴⁹ *Idem*, p. 13.

¹⁷⁵⁰ STJ-Resp n^o 1.061.530/RS, rel. Min. Nancy Andrighi, 2^a Seção, j. 22.10.2008, DJ 10.3.2009.

d'indiquer un taux plus approprié, selon sa libre conviction rationnelle et au vu des circonstances et risques particuliers au cas d'espèce, ne saurait être écartée »¹⁷⁵¹.

539. La première branche de ce dernier énoncé est critiquable. Certes, elle aboutit à instaurer un mécanisme qui se rapproche de la répression de l'usure par l'établissement d'un plafond d'origine jurisprudentielle ; celui-ci est fondé cependant sur les seules pratiques du marché, ce dont les inconvénients on déjà été observés¹⁷⁵². Aussi, le constat de son dépassement dépendra, inévitablement, d'une démarche active du consommateur destinée à tenter une action en justice. La conséquence en est assurément un « très faible rendement social »¹⁷⁵³. On pourrait sans doute rétorquer que seule l'adoption d'une réglementation de l'usure sous contrôle administratif serait de nature à remédier à ce problème. Il n'empêche que la solution fixée par le STJ peut engendrer des comportements de la part de l'emprunteur que les fournisseurs de crédit ne manqueront pas de décrire comme étant de mauvaise foi. Par exemple, dans l'espèce jugée le 3 juin 2008 par la 3^e chambre du STJ¹⁷⁵⁴, à la suite de l'acquittement de seule la première des six échéances d'un prêt, le consommateur avait cessé les paiements. Aussitôt, il a intenté une action visant à faire déclarer le caractère abusif du taux d'intérêt annuel de 349,85% convenu avec la banque, sous prétexte que la moyenne du marché ne dépassait pas 70,55%. Pourra-t-on, dans de telles conditions, reprocher à quiconque de vouloir se faire appliquer le droit positif tel qu'il est établi par la jurisprudence du *Superior Tribunal de Justiça*, fût-ce à la suite même de la signature du contrat ?

540. On observera encore qu'une valeur moyenne, constatée dans ce secteur spécifique du marché financier, semble être d'autant plus contestable que la concurrence est faussée par la concentration de ses acteurs économiques. On sait que, parmi les éléments qui intègrent le prix du crédit payé par le consommateur, la part des intérêts correspondant au profit des professionnels (le fameux « spread » bancaire) atteint, dans le marché brésilien, en moyenne, jusqu'à 140% de plus que la valeur correspondant à la rémunération des ressources (dépôts, épargne etc.)¹⁷⁵⁵. Cette différence est certes attribuée aux risques encourus par le prêteur ;

¹⁷⁵¹ STJ-Resp n° 1.061.530/RS, rel. Min. Nancy Andrighi, 2^a Seção, j. 22.10.2008, DJ 10.3.2009, p. 19.

¹⁷⁵² V. n° 442 *supra*.

¹⁷⁵³ Rapp. n° 501 *supra*.

¹⁷⁵⁴ STJ-Resp n° 1.036.818/RS, rel. Min. Nancy Andrighi, 3^a T., j. 3.6.2008, DJ 20.6.2008.

¹⁷⁵⁵ Le « Rapport d'économie bancaire et du crédit » rendu par la Banque Centrale en 2006, indique que le « spread » bancaire moyen, qui correspond à la différence entre le prix du crédit consenti par les banques (opérations actives) et la rémunération des ressources respectives (aussi appelé le « coût d'opportunité » du crédit), a atteint 140% en 1995, ayant diminué jusqu'à 40% en 2006 ; en déc. 2009, il a baissé à 31,6% (v. « Boletim do Banco Central 2009 – Moeda e crédito », p. 54, disponible sur le site internet de la Banque Centrale : www.bcb.gov.br). Le « spread » comprend, outre des éléments correspondant aux coûts ordinaires des opérations (dépenses administratives, impôts directes et indirectes, coût attribué à la réserve obligatoire des dépôts etc.), des éléments tenant à l'opportunité et aux risques encourus par les prêteurs, tel le taux de base du marché interbancaire (nommé SELIC et fixé par la Banque Centrale). Mais, d'après les banques, l'élément qui augmente véritablement le prix du crédit correspond au taux moyen d'inexécution des obligations – établi périodiquement par des organismes privés de *credit scoring*. En déc. 2009, ce taux a atteint 7,8% dans les crédits consentis aux personnes physiques (v. « Boletim do Banco Central 2009 – Moeda e crédito », préc., p. 55). Cet élément de risque serait, par ailleurs, aggravé à cause de l'« incertitude juridictionnelle », promue par des magistrats prétendument enclins à surprotéger les débiteurs ; v. ARIDA, Persio, BACHA, Edmar et RESENDE, André. « Credit, Interest and Jurisdictional Uncertainty – Conjectures on the Case of Brazil », préc.

mais elle comprend aussi une large part de fixation arbitraire, par celui-ci, de son profit. Or, depuis 1994, la fixation ou la majoration du prix d'un bien ou d'un service doit correspondre à une « juste cause » dans toute relation de consommation : la loi n° 8.884 du 11 juin 1994 sur la répression des infractions commises contre l'ordre économique interdit, d'une part, « l'augmentation arbitraire des profits »¹⁷⁵⁶ et, d'autre part, « l'imposition de prix excessifs, ou l'élévation sans juste cause du prix de biens et de services »¹⁷⁵⁷. Cette règle, normalement interprétée dans l'optique de la concurrence, est désormais instituée aussi dans le cadre des relations de consommation. Sa reproduction dans l'article 39, al. X du Code du consommateur est déterminée par l'article 87 de la loi mentionnée¹⁷⁵⁸. On découvre alors un éventail élargi d'éléments que le juge pourra prendre en compte lors de l'appréciation de la disproportion entre les prestations des parties dans un contrat de crédit.

541. On se réjouira ainsi de la seconde branche de la solution proclamée par le STJ le 22 octobre 2008. Au lieu de s'arrêter à la seule valeur nominale moyenne des opérations similaires, le juge doit vérifier, « outre des circonstances économiques et de marché importantes »¹⁷⁵⁹ : le prix de la prestation ou de son augmentation, non justifiées, eu égard à la variation du coût des éléments composant les intérêts¹⁷⁶⁰ ; le prix d'opérations similaires, dans des marchés concurrentiels comparables¹⁷⁶¹ ; voire les critères adoptés dans les méthodes statistiques de notation des risques attribués au consommateur afin de sanctionner des pratiques discriminatoires¹⁷⁶². Reste à vérifier que ces critères, certainement valables pour les prêts, peuvent servir aussi l'évaluation du déséquilibre résultant de la disproportion des prestations dans les ventes à crédit.

ii. Les ventes à crédit

542. Dans ce type d'opérations, la comparaison devra être effectuée *a priori* entre le taux d'intérêt appliqué en l'espèce et le taux moyen applicable à une opération de crédit similaire. On notera cependant qu'à la différence d'un prêt en espèces – dont la valeur du capital soumise à la comparaison sera identique (par ex. le prix d'un prêt de 100 unités monétaires chez les banques A, B, C etc.) –, le prix pour paiement comptant d'un bien ou d'un service peut varier considérablement chez des professionnels concurrents. Dans cette dernière hypothèse, encore que le taux d'intérêts que l'on prétend abusif ait été identique aux taux proposés dans le

¹⁷⁵⁶ Art. 20, al. III.

¹⁷⁵⁷ Art. 21, al. XXIV.

¹⁷⁵⁸ L'article 1^{er} de la loi n° 8.884/1994 prévoit que « cette loi est orientée par les normes constitutionnelles sur la liberté d'entreprendre, la liberté de concurrence, la fonction sociale de la propriété, la défense des consommateurs et la répression des abus du pouvoir économique ».

¹⁷⁵⁹ L'article 21, paragraphe unique, de la loi n° 8.884/1994 fournit, *numerus apertus*, des critères d'évaluation de « l'imposition de prix excessifs ou de leur augmentation injustifiée ».

¹⁷⁶⁰ Art. 21, paragraphe unique, al. I, de la Loi n° 8.884/1994 : « le prix du produit ou du service, ou son élévation, non justifiés par le comportement du coût des agrégés respectifs, ou par l'introduction d'améliorations de la qualité ».

¹⁷⁶¹ Art. 21, paragraphe unique, al. III, de la loi n° 8.884/1994.

¹⁷⁶² Si la décision d'octroyer un crédit doit porter nécessairement sur un jugement, pour une part, à caractère subjectif sur le profil du consommateur (cf. l'art. 10, al. 2^e de la loi française n° 78-17 de 1978, dite « informatique et libertés »), ce subjectivisme ne doit pas déborder en des discriminations injustifiées. V. n° 16 *supra*.

marché, une disproportion excessive entre les prix finaux payables à crédit pourrait être constatée.

543. Il se peut toutefois que, pour la vente d'un produit ou la prestation d'un service spécifique, on ne trouve pas d'offres de crédit similaires chez des concurrents. On a ainsi soulevé la difficulté consistant à « trouver un étalon de référence commun permettant de procéder à la comparaison des éléments »¹⁷⁶³. Une telle évaluation est difficile car, « en réalité, la valeur des choses dépend d'une multitude de facteurs tels que l'utilité, les désirs des consommateurs, les coûts de production, la rareté, le niveau des salaires, des taux d'intérêt et des profits, les prix des autres marchandises etc. »¹⁷⁶⁴ Ces difficultés ne posent cependant pas d'obstacle insurmontable. Le juge pourra, notamment, procéder à une comparaison entre, par exemple, le taux du contrat soumis à son appréciation et le taux moyen applicable à un prêt d'un montant nécessaire pour l'acquisition du produit ou du service dans des conditions similaires. Enfin, la comparaison pourrait se faire entre le prix payé à crédit et la valeur courante du même bien ou service, compte tenu des circonstances de chaque cas d'espèce, notamment le taux de l'inflation.

544. Les crédits « gratuits » – Dans ce domaine, une question paraît plus sensible : celle de savoir s'il est possible de constater une disproportion excessive dans un contrat de crédit dit « gratuit ». La discussion est importante car cette pratique est actuellement très répandue dans le marché de consommation brésilien. La question semble, de prime abord, paradoxale, puisque, si le crédit est consenti gratuitement, comment le consommateur pourrait-il être victime d'un taux abusif ? Or, on sait que la réalité de ce type d'opérations est tout autre. En France, jusqu'à un passé très récent, les professionnels étaient obligés d'indiquer, dans toute publicité comportant la mention « crédit gratuit », le montant de l'escompte (obligatoirement) consenti en cas de paiement comptant et de préciser qui prenait en charge le coût du crédit consenti gratuitement au consommateur¹⁷⁶⁵. Évidemment – sauf à croire à un procédé économiquement irrationnel de la part du législateur – ces dispositions légales ne faisaient que dévoiler une intuition du sens commun, à savoir que des intérêts sont intégrés dans le prix proposé à crédit, malgré son apparente gratuité¹⁷⁶⁶. Au Brésil, parfois les professionnels acceptent de consentir un escompte pour paiement comptant du bien ou du service proposé. Par hypothèse, plus l'escompte consenti aura été élevé, plus le prix pour paiement comptant se rapprochera de la réalité du prix moyen du bien dans le marché ; et, par

¹⁷⁶³ FIN-LANGER, Laurence. *Op. cit.*, p. 235.

¹⁷⁶⁴ *Idem*, p. 202, note 308 ; rappr. CHAZAL, Jean-Pascal. « De la puissance économique en droit des obligations », thèse Grenoble II, 1996, n° 685.

¹⁷⁶⁵ Ancien art. L. 311-6 du Code consom., en vigueur jusqu'au 31 juill. 2010. V. *supra*, n° 231 et s. Si le crédit consenti pour l'achat d'un produit ou d'un service (ou une location) l'était à titre véritablement gratuit, le prix pour paiement comptant y serait économiquement identique ; l'appréciation du déséquilibre excessif entre les obligations des parties aurait alors pour base le prix moyen du même produit ou service.

¹⁷⁶⁶ Cette apparence, qui semblerait à première vue exclure le caractère manifeste de la disproportion existant entre les obligations des parties, ne correspond guère à la réalité juridique ou économique. Il s'agit plutôt d'un fâcheux artifice de *marketing* susceptible de dissimuler une telle disproportion.

conséquent, plus probablement abusive aura été la fixation du prix payé à crédit¹⁷⁶⁷. En l'absence de toute définition légale d'opérations de crédit à la consommation, la question est pourtant plus difficile à résoudre dans ce pays¹⁷⁶⁸. Au vu de son lourd passé inflationniste, on pourrait être tenté, en dernière analyse, de procéder à la comparaison entre le prix effectivement payé à crédit et le taux de l'inflation pendant la période contractuelle afin de mesurer la disproportion entre les prestations réciproques d'un contrat déséquilibré. En période de stabilité économique, ce moyen est parfois invoqué en justice en appui d'une demande de réduction d'une dette relative à un crédit. Le *Superior Tribunal de Justiça* affirme, cependant, qu'il ne saurait suffire à lui seul¹⁷⁶⁹.

545. Enfin, on peut se demander si la vérification d'un déséquilibre excessif demeure possible alors même que le consommateur, dans le cadre d'une renégociation, a manifesté sa volonté d'éteindre la dette initiale, dans la perspective de nover son contrat de crédit.

iii. Les actes de reconnaissance de dette

546. Parfois, lorsqu'il est défaillant à l'égard d'un l'établissement de crédit, l'emprunteur se voit contraint, afin d'éviter des mesures contraignantes prises à son égard, de conclure avec son cocontractant un nouvel engagement qui peut contenir des conditions excessivement désavantageuses. En pratique, il sollicite son créancier – ou se fait solliciter par celui-ci – afin d'obtenir une renégociation de sa dette. Pour que l'établissement de crédit accepte de reporter l'exigibilité de sa créance, il exige du consommateur la signature d'un acte de reconnaissance de dette. *A priori* celui-ci opère la novation du contrat inexécuté. Souvent, afin de persuader son client défaillant, le prêteur menace de l'inscrire sur des fichiers négatifs¹⁷⁷⁰. Or, « même dans

¹⁷⁶⁷ Plus l'escompte sera petit – jusqu'à la limite du seuil légal – plus le vendeur tendra, par l'effet de la concurrence, à fixer son prix à crédit « gratuit » proche de la moyenne du marché pour paiement comptant. Autrement, le prix qu'il propose à crédit sera trop élevé et un déséquilibre contractuel excessif pourra être retenu. Par ex. : le prix total payé à crédit gratuit par le consommateur s'élève à 100, payable en douze échéances. L'escompte pour paiement comptant est légalement fixé à 10% et le juge constate que l'escompte proposé par le vendeur à l'époque du contrat avait été de 30%. Par l'effet de la concurrence, on estimera que le prix moyen du bien s'était fixé autour de 70. Le juge devra évaluer la disproportion à partir de la comparaison entre le taux d'intérêts pratiqué (+ ou – 50% si on estime que $70 \times 150\% = 100$) et le taux moyen du marché.

¹⁷⁶⁸ On peut penser que l'exigence d'un crédit d'au moins trois mois, en France, pour l'application des règles de protection représente un indice du délai pendant lequel le professionnel peut fournir un crédit réellement gratuit.

¹⁷⁶⁹ STJ-Resp 271.214/RS du 12 mars 2003, préc., p. 8.

¹⁷⁷⁰ L'utilisation de fichiers négatifs comme moyen illégitime de pression est à l'origine d'un contentieux très abondant au Brésil. Une décision récente du Tribunal de Justiça de Rio de Janeiro en est particulièrement démonstrative : « la finalité de l'inscription sur des fichiers négatifs est, simplement, de rendre publique l'inexécution du contrat, de façon à éviter que le débiteur n'acquière de nouveaux crédits. Il est certain que dans ce véritable 'index', figurent les noms d'escrocs et de débiteurs récalcitrants, mais y sont aussi inscrits les noms de ceux qui se trouvent en situation contingente de retard, de ceux qui ont refusé de payer de dettes abusivement recouvrées ou incorrectement calculées, et – non rarement – de personnes qui ne doivent rien, mais dont les noms ont été inscrits par erreur. S'il n'y a pas de bénéfice matériel ou procédural, pour le créancier, il semble certain que la 'négativisation' est une violence commise comme moyen de contraindre au paiement de la dette » ; v. TJRJ-Ag. Inst. n° 2008.002.27399, rel. Des. Marco Antônio Ibrahim, 20^{ème} Câmara Cível, j. 1.9.2008. Dans cette affaire, la contrainte exercée contre le consommateur avait été pratiquée dans le but d'obtenir le paiement de la dette faisant l'objet du contrat initial de crédit, non pas, semble-t-il, aux fins de la signature d'une confession de dettes. V. aussi, du même tribunal, TJRJ-APC 2006.001.62605, j. 24.4.2007 (novation d'un prêt à la consommation non remboursé, sous la menace d'inscription sur un fichier négatif) ; à Rio Grande do Sul, v. TJRS-APC 70013450291, DJ 5.4.2006 (menaces poursuivies après un jugement en référé favorable au consommateur interdisant l'inscription sur des fichiers négatifs).

l'exercice d'une voie de droit, il y a la manière »¹⁷⁷¹. Si ce renouvellement de la relation dépasse sa finalité de coopération entre partenaires contractuels et vient représenter la possibilité d'une augmentation outrancière du gain, il est sanctionné par la jurisprudence.

547. La sanction des déséquilibres camouflés par une reconnaissance de dette –

Lorsque les juges constatent un cadre d'aménagements contractuels qui se déploie dans le but de prolonger la relation juridique, ils prononcent la modification des contrats de crédit originels en raison de la perception d'intérêts excessifs – et éventuellement la restitution du trop perçu. C'est une solution que retiennent tant les juges du fond¹⁷⁷² que le *Superior Tribunal de Justiça*, suivant laquelle « le droit d'une partie éventuellement lésée par l'imposition de conditions déséquilibrées n'est pas écarté par la réalisation d'un acte postérieur, souvent accepté par le débiteur sous la pression de procédés coercitifs de recouvrement, afin d'éviter des préjudices plus graves »¹⁷⁷³. Dans les situations envisagées par cette jurisprudence, on peut imaginer qu'il y a un vice de violence à rendre nulle la novation. À la lecture de certains arrêts, il semble cependant que ce moyen soit sans intérêt pour le consommateur : non seulement la jurisprudence exige, dans le cas où il invoque un tel vice, la preuve d'un agissement illégitime commis par le professionnel du crédit¹⁷⁷⁴, mais aussi elle admet, en l'absence même d'une telle preuve, que les contrats précédents soient modifiés¹⁷⁷⁵. On est ainsi conduit à s'interroger sur le fondement juridique de cette solution.

548. Le fondement de la sanction du déséquilibre –

Dans une affaire jugée le 27 mai 2003¹⁷⁷⁶, un consommateur avait conclu des contrats de crédit renouvelable avec une banque. N'arrivant pas à exécuter ses obligations à cause de l'existence d'intérêts excessifs, il cherche à reporter les échéances en concluant avec la banque une convention de novation de la dette. Toujours défaillant, il demande en justice la « modification de tous les contrats conclus entre les parties ». La 11^{ème} Chambre civile du Tribunal de Justiça de Rio Grande do Sul fait droit partiellement à sa demande ; elle limite les taux d'intérêts du nouveau contrat au taux constitutionnel de 12% l'an, déterminé par l'article 192, § 3^o, de la Constitution, dans son ancienne rédaction¹⁷⁷⁷. Mais cette limite ne s'appliquera, selon les juges du fond, qu'aux nouvelles obligations car « le jugement de révision se circonscrit à la composition de la dette, celle-ci étant la convention qui régit actuellement les obligations des parties. Dans le cadre de cette dernière, une créance d'un montant certain a été admise, seul ce montant pouvant faire l'objet des limitations indiquées ». Sous prétexte de l'existence d'un cadre prolongé de réaménagements contractuels entre les parties, le STJ casse cette décision et renvoie l'affaire aux juges du fond, afin qu'ils procèdent à la vérification de la pratique d'intérêts excessifs dans

¹⁷⁷¹ CARBONNIER, Jean, *op. cit.*, n° 52, p. 115.

¹⁷⁷² TJRS-APC n° 70010213379, rel. Des. André L. P. Villarinho, 18^{ème} Câmara Cível, j. 19.5.2005.

¹⁷⁷³ STJ-Resp n° 328.947/RS, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 12.11.2002, DJ 27.6.2005.

¹⁷⁷⁴ TJRS-APC n° 70014389837, rel. Des. Judith S. Mottecy, 14^{ème} Câmara Cível, j. 4.4.2006.

¹⁷⁷⁵ STJ-Resp n° 230.559/RS, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 5.11.1999, DJ 17.11.1999.

¹⁷⁷⁶ STJ-Resp n° 450.968/RS, rel. Min. Menezes Direito, 3^a T., j. 27.5.2003, DJ 28.10.2003.

¹⁷⁷⁷ Cette disposition a été révoquée par l'amendement constitutionnel n° 40 du 29 mai 2003.

les contrats originels. À la notion de déséquilibre contractuel vient se joindre ainsi le concept de « relation continue ». On peut s'interroger sur le bien-fondé de l'argument évoqué par le STJ car on sait que la novation réalise à la fois l'extinction du contrat initial et la création d'obligations nouvelles¹⁷⁷⁸.

549. Le bien-fondé de la notion de « relation continue » – Le contrat éteint suite à la novation ne peut *a priori* reprendre ses effets – et être modifié par le juge – que si la nullité de la nouvelle convention est préalablement prononcée. Il semble que, pour le STJ, la novation n'opère pas la plénitude des effets extinctifs prévus par la loi, dès lors que la convention de crédit initiale est atteinte d'un déséquilibre excessif entre les droits et les obligations des parties. Sous prétexte de l'existence d'une relation juridique continue, ils admettent la modification des engagements conclus entre les parties. Sur un plan purement technique, cette solution ne convainc pas. Si la nouvelle convention ne contient aucune stipulation révélant un avantage excessif, on voit mal comment le contrat initial pourrait être « revivifié » sans que la nullité de la novation soit déclarée.

550. En réalité, les clauses abusives sont nulles de plein droit¹⁷⁷⁹ ; autant dire qu'elles ne peuvent donner valablement lieu à une novation¹⁷⁸⁰. Il est ainsi douteux qu'il faille se fonder sur un nouveau concept de « relation continue » pour obtenir la solution souhaitée. On peut se demander d'ailleurs si les effets recherchés par les magistrats peuvent en être légitimement dégagés. Une telle difficulté peut être remarquée, par exemple, à lecture d'un arrêt du 8 février 2000¹⁷⁸¹ dont la solution est énoncée, sans que l'on puisse y discerner clairement une relation de cause à effet : « le jugement attaqué n'a pas écarté la réalisation d'une novation ; il a simplement retenu qu'en 'présence d'une relation juridique continue, comprenant des novations, des renégociations et des reconnaissances de dettes', la modification des contrats antérieurs devient possible ». Les magistrats semblent emprunter, inutilement, des moyens peu appropriés afin d'atteindre un résultat qu'ils estiment conforme à la justice contractuelle.

551. Ils ont eu encore l'occasion de s'expliquer dans un arrêt du 12 août 2003, dans lequel ils affirment que « ce qui détermine l'orientation de la Cour, c'est l'attachement de la renégociation, identifiée comme une novation, à une relation juridique continue, auquel cas la possibilité de modification des contrats antérieurs devient possible. Il en est ainsi pour la seule raison que la dette consolidée, faisant l'objet du nouvel engagement, a été fondée sur les contrats antérieurs, lesquels peuvent contenir des clauses abusives, illégales, insérées ensuite

¹⁷⁷⁸ Art. 360, al. I, du Code civil brésilien. Art. 1271, 1^o du Code civil français.

¹⁷⁷⁹ Art. 51, *caput*, du Code du consommateur.

¹⁷⁸⁰ En ce sens, v. TJRS-APC n^o 70003467867, rel. Des. João A. B. Campos, 14^{ème} Câmara Cível, j. 28.11.2002, où le demandeur protégé était pourtant « vétérinaire, un traditionnel producteur de canne à sucre, présumé averti dans le domaine commercial et financier ». V. aussi MARQUES, Cláudia Lima. « Contratos no Código de defesa do consumidor », *op. cit.*, p. 973 ; PEREIRA, Caio Mário da Silva. « Instituições de direito civil – teoria geral de obrigações », v. II, 6^e éd., Forense, 1981, n^o 162, p. 200 ; dans le même sens, mais par un raisonnement *a contrario*, où l'auteur mentionne le seul cas d'une nullité relative, v. WALD, Arnaldo. « Curso de direito civil brasileiro – obrigações e contratos », 12^e éd., RT, 1995, n^o 39.4, p. 107.

¹⁷⁸¹ STJ-Resp n^o 237.302/RS, rel. Min. Sálvio de F. Teixeira, 4^a T., j. 8.2.2000, DJ 20.3.2000.

dans le nouvel instrument de renégociation [...]. Ainsi, s'il y a une relation juridique continue, avec la possibilité de signer un acte de renégociation, il est permis de modifier les contrats dans lesquels celui-ci trouve son origine »¹⁷⁸². Un avis a enfin été adopté, en 2004¹⁷⁸³, où il est énoncé que « la renégociation de contrats bancaires n'empêche pas l'analyse d'éventuelles illicéités contenues dans les contrats antérieurement conclus ».

552. Une question de politique juridique – Sous cet angle, la solution du STJ mérite l'approbation. Elle évite que le fournisseur de crédit puisse se prévaloir de sa position de force pour imposer au consommateur défaillant la conclusion d'opérations de crédit déséquilibrées. On peut penser aussi que la démarche des magistrats relève d'un souci de prudence qui vise à la fois à préserver, autant que possible, les clauses valables de l'acte de reconnaissance de dettes et à éviter que l'on ne retienne trop facilement un vice de violence lors de sa conclusion¹⁷⁸⁴. Dans tous les cas, cependant, encore faudra-t-il que le consommateur prouve l'existence, dans l'opération initiale, d'intérêts excédant largement la moyenne du marché, tel qu'il a été fixé par la jurisprudence du STJ analysée ci-dessus. Du moins théoriquement, une renégociation est, plus encore que la conclusion d'un contrat, un acte de prévision où les parties, sur l'expérience du passé, décident d'aménager leurs situations juridiques afin d'exercer une emprise sur l'avenir, « comme une tête de pont jetée dans le futur »¹⁷⁸⁵ : contracter c'est prévoir...¹⁷⁸⁶ Il est cependant des événements qui viennent bouleverser l'équilibre contractuel sans que celles-ci s'y attendent. Un dispositif qui se veut protecteur commande de remédier également à ces situations.

II – Les prestations des parties deviennent disproportionnées

553. L'article 6^o, al. V, du Code brésilien du consommateur prévoit, en sa seconde branche, un droit à la « révision des clauses contractuelles en raison de faits postérieurs qui les rendent excessivement onéreuses ». Cette formule concise permet à un emprunteur de demander en justice la révision des conditions de son crédit, alors même qu'il ne pourrait légitimement qualifier comme imprévisible, lors de la conclusion du contrat, le changement des circonstances survenu¹⁷⁸⁷. Cela risque de surprendre plus d'un juriste français, tant celui-ci peut

¹⁷⁸² STJ-Resp n° 470.806/RS, rel. Min. Menezes Direito, j. 12.8.2003, DJ du 29.9.2003.

¹⁷⁸³ Avis n° 286 de la *summula de jurisprudencia* du STJ, du 28.4.2004 : « a renegociação de contrato bancário ou a confissão da dívida não impede a possibilidade de discussão sobre eventuais ilegalidades dos contratos anteriores ». Plus récemment, v. STJ-Resp n° 655.179/RS, rel. j. conv. Carlos F. Mathias, 4^a T., j. 12.8.2008, DJ 29.9.2008.

¹⁷⁸⁴ V. STJ-Resp n° 297.116/MA, rel. p. ac. Min. Aldir Passarinho, 4a T., j. , DJ , spéc. l'avis du Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior.

¹⁷⁸⁵ CARBONNIER, Jean. « Flexible droit », 8^e éd., LGDJ, 1995, p. 189.

¹⁷⁸⁶ RIPERT, Georges. « La règle morale dans les obligations civiles », 4^e éd., LGDJ, 1949, n° 84, p. 151.

¹⁷⁸⁷ MARQUES, Cláudia. « Contratos no código de defesa do consumidor », *op. cit.*, p. 783 ; comp. NERY JÚNIOR, Nelson *et alii*. « Código brasileiro de defesa do consumidor – comentado pelos autores do anteprojeto », *op. cit.*, p. 603, lequel affirme que le caractère imprévisible et extraordinaire de l'événement doit être apprécié « objectivement, par rapport à l'homme moyen, au vu de la nature du contrat et des conditions du marché ».

être attaché à cette qualité d'un événement venant « bouleverser l'économie du contrat »¹⁷⁸⁸. On s'interroge, ici encore, sur le fondement de la nouvelle notion.

554. Le fondement juridique du rééquilibrage contractuel – Pour une partie de la doctrine spécialisée, il s'agit de ladite *clausula rebus sic stantibus*¹⁷⁸⁹. Pour d'autres, c'est la théorie du « fondement contractuel » (« teoria da base objetiva »), d'inspiration germanique (« Geschäftsgrundlage »)¹⁷⁹⁰, que le législateur aurait consacrée¹⁷⁹¹. Cette dernière, formulée à l'origine sous un angle subjectif – relatif aux considérations essentielles qu'ont les parties sur les circonstances de fait qui entourent la conclusion de l'affaire¹⁷⁹² – aurait reçu une interprétation jurisprudentielle de nature plutôt objective¹⁷⁹³. Telle qu'on la présente au Brésil, elle signifie que « la base du contrat disparaît lorsque la relation d'équivalence entre la prestation et la contreprestation se détériore avec une telle gravité, que l'on ne peut plus légitimement parler de 'contreprestation' »¹⁷⁹⁴. L'aspect objectif du dispositif brésilien, appliqué aux opérations de crédit, semble l'emporter sur l'éventuel aspect subjectif – frustration de la finalité du contrat¹⁷⁹⁵ – qu'on pourrait lui attribuer en évoquant la théorie du fondement

¹⁷⁸⁸ PIMONT, Sébastien. « L'économie du contrat », *op. cit.*, n° 386, p. 254 ; RIPERT, Georges. « La règle morale dans les obligations civiles », 4^e éd., LGDJ, 1949, n° 87, p. 154 ; comp. LE GAC-PECH, Sophie. *Op. cit.*, n° 846, p. 341 : « la condition ne nous semble pas nécessaire dans la mesure où le déséquilibre nettement caractérisé entraînera à coup sûr, en l'absence d'intervention, la ruine de l'accord contractuel ». V. n° 1062 *infra*.

¹⁷⁸⁹ FILOMENO, José Geraldo Brito *et alii*. « Código brasileiro de defesa do consumidor – comentado pelos autores do anteprojeto », *op. cit.*, p. 148 ; NERY JÚNIOR, Nelson (même ouvrage, p. 603). MARQUES, Cláudia Lima (« Contratos no código de defesa do consumidor », *op. cit.*, p. 783, note 124) explique d'ailleurs qu'il s'agit de l'opinion de la doctrine brésilienne majoritaire (*idem*, p. 785, note 127). En France, on explique à propos de la *clausula rebus sic stantibus* que « le consentement est subordonné à la persistance de l'état de fait qui existait au jour où il a été exprimé » ; cette théorie n'aurait exercé « néanmoins aucune influence sur les grands juristes français du XVI^e au XVIII^e siècle » : v. TERRÉ, François, SIMLER, Philippe et LEQUETTE, Yves. « Droit civil – les obligations », 8^e éd., Dalloz, 2002, n° 470 ; CARBONNIER, Jean. « Droit civil – les biens, les obligations », PUF, 2004, n° 1064, p. 2178. Au Brésil, affirmant, avant l'adoption du Code de 1990, que, sauf pour les dettes alimentaires, cette théorie « est complètement abandonnée », v. SILVA, Clóvis do Couto e. « A obrigação como processo », Rio de Janeiro : FGV, 2006, p. 107, note 215.

¹⁷⁹⁰ Selon ZWEIGERT, Konrad et KÖTZ, Heine (« Introduction to comparative law », 3^e éd., Oxford, 1996, p. 522), après la théorie de la « présupposition » de Windscheid (« Lehre von der Voraussetzung ») au XIX^e siècle, la formulation théorique la plus importante du « fondement contractuel » après la première guerre mondiale a été l'œuvre d'Oertmann. Celle-ci est cependant décrite comme « psychologique » car les parties doivent s'être accordées, fût-ce tacitement, sur la présupposition de ce que l'état de fait qui entoure la conclusion du contrat doit demeurer inchangé jusqu'au moment de l'exécution de leurs obligations.

¹⁷⁹¹ NERY JÚNIOR, Nelson. « Código brasileiro de defesa do consumidor – comentado pelos autores do anteprojeto », 9^e éd., Forense Universitária, 2007, p. 547 ; MARQUES, Cláudia Lima *et alii*. « Manual de direito do consumidor », *op. cit.*, p. 58 ; « Contratos no código de defesa do consumidor », *op. cit.*, p. 783, note 124, laquelle cite la théorie développée par LARENZ, Karl (« Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos », trad. C. Fernandes Rodriguez, Madrid, Rev. de derecho privado, 1956).

¹⁷⁹² V. ANCEL, Pascal et WINTGEN, Robert. « La théorie du 'fondement contractuel' et son intérêt pour le droit français », *Rev. des contrats* 2006, n° 3, p. 897 : « selon une formule inspirée de ses travaux [Oertmann] et reprise par de nombreux arrêts, le fondement du contrat a ainsi été défini comme les considérations relatives à des circonstances présentes ou futures qui, sans avoir été intégrées au contrat, ont néanmoins été déterminantes du consentement, dès lors qu'elles étaient soit communes aux deux parties soit propres à l'une des parties mais connues ou susceptibles d'être connues de l'autre partie et non contredites par elle ».

¹⁷⁹³ ZWEIGERT, Konrad et KÖTZ, Heine (*op. cit.*, p. 535) affirment que, malgré l'emploi régulier de cette appellation par la jurisprudence, cette théorie n'a pas été appliquée telle que l'avait formulée Oertmann. La jurisprudence allemande lui aurait conféré un aspect bien plus favorable au débiteur de l'obligation, tant lorsqu'un déséquilibre est causé par un événement postérieur au contrat que lorsque la finalité de celui-ci se trouve dénuée d'intérêt pour les parties, en appliquant les notions de bonne foi et d'équité, « afin d'éviter un résultat intolérable et incompatible avec le droit et la justice ».

¹⁷⁹⁴ SILVA, Clóvis do Couto e. « A obrigação como processo », *op. cit.*, p. 108.

¹⁷⁹⁵ MARQUES, Cláudia Lima. « Contratos no Código de defesa do consumidor », *op. cit.*, p. 783.

contractuel¹⁷⁹⁶. La notion consacrée par le législateur brésilien semble reposer entièrement sur le constat d'un déséquilibre objectif de la valeur des prestations¹⁷⁹⁷. Les contrats de *leasing* ont fourni à la jurisprudence l'occasion d'appliquer les dispositifs du Code du consommateur en la matière (i). Les solutions alors trouvées ne sont toutefois pas à l'abri de la critique (ii).

i. La modification des prestations devenues disproportionnées ou la justice de Salomon

555. En 1994, la loi « instituant le programme de stabilisation monétaire »¹⁷⁹⁸ a interdit l'indexation des obligations contractuelles par référence au taux de change de monnaies étrangères. Le souvenir de plusieurs décennies d'inflation était toutefois encore très fortement ancré dans la mémoire des agents économiques¹⁷⁹⁹. Une exception a ainsi été faite par la loi pour les contrats d'« arrendamento mercantil », conclus entre personnes domiciliés sur le territoire national, mais dont les ressources monétaires étaient obtenues par le bailleur à l'étranger¹⁸⁰⁰. Ce type d'opération de crédit a ainsi été pratiqué à très large échelle, la majorité des fournisseurs de crédit ayant choisi le dollar américain comme indice de variation du montant des échéances du crédit¹⁸⁰¹. En 1999, l'économie nationale subit gravement les conséquences de la crise internationale. Afin de favoriser la balance commerciale¹⁸⁰², le gouvernement a procédé à une brusque dévaluation de la monnaie. Cette mesure a eu un effet désastreux sur la plupart des contrats mentionnés. La valeur des prestations contractuelles a subi, de manière inattendue, une hausse exponentielle¹⁸⁰³.

556. Se fondant sur l'article 6^o, al. V, du Code du consommateur, les emprunteurs se sont alors adressés aux tribunaux en demandant la réduction du montant des échéances de leurs crédits. Plusieurs juges du fond, siégeant dans différents États fédérés, ont fait droit à leurs demandes. Ils s'appuyaient sur deux points principaux : d'abord, la théorie du fondement

¹⁷⁹⁶ Telle qu'elle se trouve consacrée actuellement à l'article 313 du BGB, cette théorie pose que « lorsque les circonstances constituant le fondement du contrat ont radicalement changé après la conclusion de celui-ci, de sorte que les parties n'auraient pas conclu le contrat ou du moins ne l'auraient pas conclu dans les mêmes conditions si elles avaient agi en connaissance de cause et que, eu égard à toutes les circonstances de l'espèce et plus spécialement à la répartition contractuelle ou légale des risques, l'exécution du contrat initial ne peut pas être imposée à l'une des parties, une adaptation du contrat peut être demandée » : v. ANCEL, Pascal et WINTGEN, Robert. *Op. cit.*, p. 897.

¹⁷⁹⁷ V. PIMONT, Sébastien. « L'économie du contrat », *op. cit.*, qui affirme que « tel n'est cependant pas la position de la plupart des systèmes admettant cette théorie [l'imprévision] ».

¹⁷⁹⁸ Loi n° 8.880 du 27 mai 1994.

¹⁷⁹⁹ Certes, depuis lors l'inflation demeure contrôlée ; mais, bien que « refoulée des statistiques, elle reste latente sous les taux d'intérêt » : CARBONNIER, Jean. « La part du droit dans l'angoisse contemporaine », in « Flexible droit », *op. cit.*, p. 181.

¹⁸⁰⁰ Art. 6^o.

¹⁸⁰¹ Une clause du contrat de financement prévoyait que le bailleur pouvait réajuster le montant des paiements réalisés par le preneur sur la base de la variation entre le prix d'achat du dollar nord-américain au dernier jour ouvrable précédant les débours effectués par le premier et le prix de vente de cette monnaie au dernier jour précédant chaque échéance du crédit. V. STJ-Resp n° 268.661/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, 3^a T., j. 16.8.2001, DJ 24.9.2001.

¹⁸⁰² En réalité, la Banque Centrale a renoncé à intervenir au sein du marché des changes afin de fixer de manière rigide les taux des monnaies étrangères. V. le communiqué BACEN n° 6.563 du 15.1.1999, DOU 19.1.1999.

¹⁸⁰³ Le taux de change pour le dollar américain, demeuré stable jusqu'au 15.1.1999 en raison du système de plages (« bandas ») fixé par la Banque Centrale et valable jusqu'au 13.1.1999 (v. communiqué n° 6.560, DOU du 15.1.1999) est passé des limites minima et maxima de 1,2 et 1,32, respectivement, à celles de 1,65 et 70 quelques jours plus tard, en raison de la libération des taux de change par la Banque.

ou de la « base objective du contrat », sous prétexte que celle-ci aurait été perturbée ; ensuite, l'absence de preuve rapportée par les bailleurs constatant l'utilisation de fonds obtenus à l'étranger. En conséquence, l'indice officiel de l'inflation (INPC) devait se substituer à la variation du dollar. La question est enfin portée à l'appréciation du STJ. Les fournisseurs de crédit soutinrent que les clauses d'indexation étaient expressément prévues aux contrats respectifs ; donc les crédit-preneurs auraient été conscients du risque qu'ils acceptaient.

557. La 3^e chambre du STJ, à plusieurs reprises, a rejeté cet argument et approuvé la solution des juges du fond¹⁸⁰⁴. Les magistrats affirment, tout d'abord, que l'imprévisibilité de l'événement perturbant la base du contrat est sans doute un critère de la théorie de l'imprévision ; elle ne l'est toutefois pas, disent-ils, dans le nouveau dispositif du Code du consommateur, lequel permet de remédier à des situations que les parties n'ont pas prévues, fussent-elles prévisibles¹⁸⁰⁵. De manière plus surprenante, ils apprécient, ensuite, eux-mêmes la gravité du déséquilibre contractuel résultant de la hausse soudaine des taux de change du dollar américain. Par exemple, dans l'espèce jugée le 16 août 2001¹⁸⁰⁶, les magistrats affirment que la charge du crédit dont les paiements mensuels avaient augmenté de 412,77 R à 659,16 R était devenue insupportable pour les emprunteurs ; le même constat est effectué dans l'arrêt du 4 octobre de la même année¹⁸⁰⁷, où la dette du consommateur – une petite entreprise (« despachante ») proposant des services de prise en charge de démarches et formalités administratives – s'était élevée d'un montant initial de 52.000 R à 109.935 R. « L'équation economico-financière » de ces contrats s'en trouvait, aux yeux des magistrats, perturbée car « une valorisation correspondante du bien de la vie¹⁸⁰⁸ au sein du marché ne s'ensuit guère ».

558. Un dernier argument est enfin relevé dans certaines décisions du STJ¹⁸⁰⁹ – sans que l'on sache d'ailleurs, à la simple lecture de ces arrêts, s'il avait été porté à l'appréciation des juges du fond – suivant lequel les demandeurs n'avaient pas été correctement informés des risques liés aux opérations contestées. Alors que ces risques n'avaient été acceptés « ni réellement ni expressément » par les souscripteurs des contrats en question, ceux-ci n'avaient pas à supporter leur charge. Par conséquent, l'équité, dûment appliquée aux différents cas d'espèce, commandait de faire subir entièrement les pertes aux bailleurs, faute pour eux d'avoir prouvé que les fonds employés dans chaque opération de crédit, précisément, avaient été obtenus à l'étranger.

¹⁸⁰⁴ STJ-Resp 299.501/MG, rel. Min. Nancy Andrichi, 3^a T., j. 11.9.2001, DJ 22.10.2001 ; STJ-Resp n° 268.661/RJ, préc., j. 16.8.2001, DJ 24.9.2001 ; STJ-Resp n° 331.082/SC, rel. Min. Menezes Direito, 3^a T., DJ 19.11.2001 ; STJ-Resp n° 293.894/SE, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, 3^a T., j. 7.3.2002, DJ 8.4.2002.

¹⁸⁰⁵ Comp. STJ-Resp n° 293.894/SE, préc., où la théorie de l'imprévision semble être évoquée comme fondement de la décision.

¹⁸⁰⁶ STJ-Resp n° 268.661/RJ, préc., DJ 24.9.2001.

¹⁸⁰⁷ STJ-Resp n° 331.082/SC, préc., DJ 19.11.2001.

¹⁸⁰⁸ Cet argument paraît contestable, dans la mesure où la référence au « bien de la vie » ne semble pas être relative au capital prêté, mais au bien pris en bail par le consommateur. Or, le réajustement des paiements est prévu, précisément, afin que le bailleur soit garanti de conserver la valeur d'échange du capital prêté.

¹⁸⁰⁹ STJ-Resp 299.501/MG, préc., j. 11.9.2001, DJ 22.10.2001 ; STJ-Resp n° 268.661/RJ, préc., j. 16.8.2001, DJ 24.9.2001.

559. Cette solution a paru pourtant injuste aux magistrats de la 4^e chambre du STJ. Pour eux, bien que la dévaluation inattendue de la monnaie nationale eût été mal supportée par les crédit-preneurs, les bailleurs ne s'en enrichirent guère. Ainsi, en matière d'équité, la meilleure solution serait celle faisant supporter les pertes aux parties à parts égales : les réajustements des paiements du crédit devraient se faire par moitié du montant de l'indice de variation du dollar américain¹⁸¹⁰. Une fois la divergence installée entre les différentes chambres du STJ, il est revenu à la 2^e Section de droit privé de trancher la question. La justice de Salomon prônée par les magistrats de la 4^e chambre a, enfin, prévalu¹⁸¹¹. Désormais, les effets de la fragilité de l'économie nationale sont supportés par les parties de manière mathématiquement égale¹⁸¹². Les décisions les plus récentes rappellent encore que cette solution dépend, pour le bailleur, de la preuve que les fonds employés dans l'opération ont été obtenus à l'étranger¹⁸¹³, ce que les juges du fond apprécient, cette fois-ci, souverainement¹⁸¹⁴. La solution du STJ prête pourtant à discussion.

ii. Critique de la solution jurisprudentielle

560. Certes, l'éloge de la justice de Salomon a déjà été fait, non pas tant d'ailleurs de la justice astucieuse du roi qui conduit à la vérité, mais de celle tombée dans le folklore, celle « qui, bêtement, coupe l'enfant par moitié pour que chaque mère en ait sa part – non pas la justice ingénieuse, mais la justice ingénue »¹⁸¹⁵. Ce serait pourtant oublier que dans le génie judiciaire de Salomon il y avait du « gigantesque et du ténébreux, du céleste et du satanique à la fois, et finalement de l'équivoque »¹⁸¹⁶. Dans l'affaire jugée le 12 février 2003, le bouleversement de la base objective du contrat par un événement inattendu avait, dans la foulée, semble-t-il, également perturbé l'application de la maxime *suum quique tribuere*¹⁸¹⁷. Précisément, il s'agissait de rendre une décision sur le fondement de l'équité, par application de la règle précitée prévue à l'article 6^o, al. V, du Code du consommateur.

561. On peut ainsi se demander si la décision du STJ procède de la recherche d'un « juste milieu » qui tire son fondement d'un sentiment aigu de proportion, voire d'harmonie¹⁸¹⁸ ou, plutôt, d'un « égalitarisme arithmétique » dont on dit que certains juges font

¹⁸¹⁰ STJ-Resp n° 401.021/ES, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, 4^a T., j. 17.12.2002, DJ 22.9.2003.

¹⁸¹¹ STJ-Resp n° 473.140/SP, rel. Min. Aldir Passarinho, 2^a Seção, j. 12.2.2003, DJ 4.8.2003.

¹⁸¹² STJ-AgRgResp n° 627.674/SP, rel. Min. Paulo Furtado, 3^a T., j. 2.4.2009, DJ 22.5.2009 ; STJ-AgRgEdclAg n° 860.860/RJ, rel. Min. João Otávio de Noronha, 4^a T., j. 18.12.2007, DJ 11.2.2008 (l'emprunteur était une entreprise de transports).

¹⁸¹³ STJ-AgRgResp n° 437.317/SP, rel. Min. Paulo Furtado, 3^a T., j. 24.3.2009, DJ 15.4.2009.

¹⁸¹⁴ STJ-Resp n° 802.062/RS, rel. p. ac. Min. Nancy Andrighi, 3^a T., j. 16.9.2008, DJ 1.12.2008.

¹⁸¹⁵ CARBONNIER, Jean. « Flexible droit », *op. cit.*, p. 390.

¹⁸¹⁶ *Idem*, p. 385.

¹⁸¹⁷ « À chacun le sien » : v. CARBONNIER, Jean. « Droit civil – Introduction », v. 1, PUF, 2004, n° 53, p. 93 : « la maxime ne saurait en aucun cas constituer un principe, car il faudrait, pour l'appliquer, savoir préalablement ce qu'est le sien » ; rapp. MOLFESSIS, Nicolas. « Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat », LPA 30 sept. 1998, n° 117, p. 21, pour qui la proportionnalité « sans doute constitue-t-elle la voie pour chacun d'obtenir son dû : mais rendre à chacun le sien dépend avant tout de la conception que l'on se fait de la justice et en l'espèce de la justice contractuelle ».

¹⁸¹⁸ VILLEY, Michel. « Philosophie du droit », Dalloz, 2001, n° 39 et 41, p. 55 et s.

usage dans la modernité et qui conduirait à y voir effectivement une certaine « morale de la médiocrité »¹⁸¹⁹. Les magistrats n'ont sans doute pas été mus par un angélisme folklorique dans la réalisation du partage ; derrière cette idée, « ce sont des démons qui sont actifs, plutôt que des anges »¹⁸²⁰ : tirant directement dans la « bourse » d'autrui, ils ne sauraient ignorer l'inégalité des intérêts en présence. En revanche, pour peu que leur décision soit teintée d'ingénuité, il ne semble pas interdit de voir dans leur comportement une certaine légèreté. Car on a l'impression, à la lecture de l'arrêt précité, que les magistrats ont saisi la solution de manière trop hâtive ; comme s'il allait de soi qu'un jugement en équité ne puisse différemment aboutir à une autre forme de partage des risques. Or, dit-on, « le juste milieu est en effet ce qui demande le plus d'effort... [ce] n'est pas un marais, mais un sommet, le plus difficile à atteindre, entre deux pentes de facilité »¹⁸²¹.

562. Il est douteux que cinquante pour cent représente, dans tous les cas et de manière infaillible, un juste équilibre entre les prestations des parties. Par exemple, dans l'affaire jugée le 4 octobre 2001 par la 3^e chambre du STJ¹⁸²², au moment de l'avènement de la hausse du dollar, le consommateur n'avait payé que trois des trente six échéances du crédit. L'équilibre du contrat semblait plus gravement atteint car l'échéancier des paiements se trouvait presque entièrement à exécuter. La « mathématique sèche » dont a pourtant fait montre le STJ est ainsi loin des mathématiques grecques antiques, fondées sur la recherche de l'« ison »¹⁸²³, de « l'harmonie, la valeur du juste, proche parente de la valeur du beau »¹⁸²⁴. Si l'on veut bien croire que l'équité apparaît comme un principe où « le juge cherche une solution particulière pour chaque cas d'espèce ; mieux : une solution individuelle pour chaque être humain »¹⁸²⁵, on doit reconnaître que l'imposition judiciaire d'une règle générale rigidement centrée sur un ratio de 0,5 représente, sans jeu de mot, une contradiction de principe. Cette solution rend douteuse la maxime suivant laquelle « l'inattaquabilité est le trait essentiel des jugements en équité »¹⁸²⁶. Elle enlève aux juges *des faits* toute possibilité d'évaluer les éléments de fait entourant l'exécution de chaque opération et de se former une conviction sur la juste mesure à prendre, sur l'harmonie du contrat. On ne peut alors comprendre la solution du STJ que dans une perspective de politique judiciaire.

563. Une question de politique judiciaire – Il est vrai que, malgré le fondement d'équité évoqué dans les décisions des juges du fond – et des magistrats de la 3^e chambre – pour justifier de la révision des contrats, l'application de la clause d'indexation litigieuse était systématiquement écartée. Le partage ne se réalisait alors que par application de différents

¹⁸¹⁹ *Idem*, *ib idem*.

¹⁸²⁰ CARBONNIER, Jean. « Flexible droit », *op. cit.*, p. 394.

¹⁸²¹ VILLEY, Michel. *Op. cit.*, n° 39, p. 55.

¹⁸²² STJ-Resp n° 331.082/SC, préc., DJ 19.11.2001.

¹⁸²³ VILLEY, Michel. *Op. cit.*, n° 41, p. 56 : « l'ison est un 'juste milieu' entre 'un excès et un défaut'. »

¹⁸²⁴ *Idem*, *ib idem*.

¹⁸²⁵ CARBONNIER, Jean. « Droit civil – Introduction », *op. cit.*, n° 9, p. 23.

¹⁸²⁶ *Idem*, n° 14, p. 31, citant ROTONDI, « Études Ancel », 1976, I, 43 s.

indices officiels mesurant l'inflation d'un montant bien moins élevé¹⁸²⁷. Pour le STJ, l'abandon de l'appréciation au pouvoir souverain des juges du fond n'aurait, en toute apparence, que renforcé leur persistance machinale. On peut estimer aussi que, quel que fût le résultat du partage, il n'en aurait pas moins été un « nid à querelles, litiges, procès... »¹⁸²⁸ Une solution aussi commode et rapide que celle trouvée devait faciliter la tâche des juges du fond. Cet argument ne semble pourtant pas décisif. Les magistrats du STJ ne se sont-ils pas arrogé le pouvoir d'apprécier, eux-mêmes, l'« avantage exagéré » permettant de constater dans chaque cas d'espèce l'abus commis dans la fixation du taux d'intérêts des contrats de crédit¹⁸²⁹ ? Cette solution n'oblige-t-elle pas, de fait, les parties à former jusqu'au dernier pourvoi pour faire valoir ce qu'elles estiment être leurs droits ?

564. Malgré tout, on peut penser que le STJ n'a pas prétendu ériger sa jurisprudence du 12 février 2003 en une nouvelle théorie des déséquilibres contractuels¹⁸³⁰. Car, enfin, trente jours plus tard, c'est précisément la nécessité d'une analyse individualisée de chaque cas d'espèce que la même 2^e Section de droit privé allait établir comme régime juridique, dégagé du même article 6^o, al. V, du Code du consommateur, pour la réduction des intérêts d'un crédit¹⁸³¹. Le constat du déséquilibre d'un contrat de ce type ne conduit donc pas nécessairement à son annulation : il peut être révisé. Certains s'en réjouiront, au nom d'un principe de « conservation des conventions »¹⁸³² ou d'efficacité économique. Car on peut dire, après Ripert, que « c'est tuer le contrat que de libérer légalement le débiteur chaque fois qu'il éprouve une difficulté de paiement »¹⁸³³. Plus encore, tuer le contrat, « n'est-ce pas tuer l'économie de marché ? »¹⁸³⁴ Pourtant, principe valable à l'égard de l'emprunteur, la conservation du contrat ne l'est pas forcément lorsque, celui-ci demeurant défaillant, le fournisseur du crédit se retourne contre son garant. Dans ce cas, une nouvelle analyse de l'équilibre contractuel peut être menée. Si celui-ci fait défaut, l'engagement de la caution peut être, lui, anéanti.

¹⁸²⁷ Entre janv. 1999 et janv. 2000, par ex., l'INPC a varié, en moyenne, de 0,67% par mois.

¹⁸²⁸ CARBONNIER, Jean. « Droit civil – Introduction », *op. cit.*, n^o 53, p. 92 : « si le partage spontané s'inspire de l'amour, le partage imposé peut engendrer la haine ».

¹⁸²⁹ V. n^o 536 *supra*.

¹⁸³⁰ V. MARQUES, Cláudia Lima, BENJAMIN, Antônio Herman V. et BESSA, Leonardo Roscoe. « Manual de direito do consumidor », RT, 2007, p. 59, pour qui le STJ n'aurait pas voulu fonder une « nouvelle théorie de l'imprévision ».

¹⁸³¹ STJ-Resp n^o 407.097/RS, préc., j. 12.3.2003, DJ 29.9.2003, sur la modification des prestations disproportionnées d'un crédit. V. n^o 534 *supra*.

¹⁸³² Sur ce principe, v. DA SILVA, Jorge Cesa Ferreira. « Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil », in *O novo código civil e a constituição*, SARLET, Ingo (dir.), Livraria do Advogado, 2003, p. 101 ; NERY JÚNIOR, Nelson *et alii*. « Código brasileiro de defesa do consumidor – comentado pelos autores do anteprojeto », *op. cit.*, p. 603 ; BESSA, Leonardo Roscoe *et alii*. « Manual de direito do consumidor », *op. cit.*, p. 295 ; AZEVEDO, Antônio Junqueira de. « Teoria do negócio jurídico : existência, validade e eficácia », 4^e éd., Saraiva, 2002, p. 66 ; DEL NERO, João Alberto Schützer. « Conversão substancial do negócio jurídico », *Renovar*, p. 241 ; BETTI, Emilio. « Conversione del negozio giuridico », in « *Novissimo Digesto Italiano* », v. 4, Torino, Utet, p. 810.

¹⁸³³ « Le droit de ne pas payer ses dettes », Dalloz 1936, chr., p. 60 : « la disparition du crédit ne manque pas de suivre de telles mesures ».

¹⁸³⁴ ANCEL, Pascal. « Droit au recouvrement de sa créance ou droit de ne pas payer ses dettes ? », *op. cit.*, p. 89.

b) Le défaut d'équilibre entraîne l'anéantissement de l'engagement de la caution

565. C'est le législateur français qui a organisé une protection spécifique de la caution contre les déséquilibres contractuels manifestes. Certains ont pu s'étonner de l'apparition d'une exigence de proportionnalité dans le droit des sûretés et, plus spécifiquement, du crédit, ce droit « rebelle à l'insécurité »¹⁸³⁵. Car, dit-on, « le souci de sécurité [y] étant omniprésent, la réticence à l'emprise du solidarisme contractuel est naturellement plus forte qu'elle peut l'être au sein des autres branches du droit civil »¹⁸³⁶. Ce principe¹⁸³⁷, que l'on affirme être plus politique que juridique¹⁸³⁸, semble cependant imprégner de manière croissante le droit positif français¹⁸³⁹ : « qui dit proportionné dit juste », a-t-on voulu ériger en nouvelle maxime¹⁸⁴⁰. S'inscrivant au sein d'un mouvement plus large d'« objectivation du rapport juridique et de socialisation du droit »¹⁸⁴¹, il correspond, dit-on, dans ce nouveau « droit social des contrats »¹⁸⁴², au développement d'une exigence de juste mesure « ou, plutôt, d'absence de démesure manifeste »¹⁸⁴³.

566. La caution bénéficie ainsi de l'emprise de la proportionnalité sur le droit des sûretés : « la prise de garantie n'est pas purement discrétionnaire »¹⁸⁴⁴ ; induite par une « aspiration d'équité »¹⁸⁴⁵, elle protège le constituant contre la voracité sécuritaire du créancier, le plus souvent bailleur de fonds »¹⁸⁴⁶. Sa consécration législative dans les relations de crédit se fit en 1989, à la suite de l'adoption de la loi sur le surendettement¹⁸⁴⁷. Actuellement, l'article L.

¹⁸³⁵ LEGEAIS, Dominique. « Principe de proportionnalité : le cas du crédit avec constitution de garantie », LPA 30 sept. 1998, n° 117, p. 38.

¹⁸³⁶ CROCQ, Pierre. « Sûretés et proportionnalité », in *Mélanges Simler*, Dalloz-Litec, 2006, n° 1, p. 291.

¹⁸³⁷ V. MOLFESSIS, Nicolas. *Op. cit.*, n° 1, lequel préfère parler de « contrôle » ou d'« exigence » de proportionnalité : « l'exigence de proportionnalité n'est jamais assurée par la mise en oeuvre d'un principe. Elle s'abrite le plus souvent derrière des appellations autres, toutes aussi floues ou imprécises : contrôle de l'abus, de la bonne foi, de l'équité, sanction des excès, des déséquilibres ou encore du déraisonnable. [...] Mais en dépit de cette diversité, voire de ce désordre, l'exigence de proportionnalité marque le droit contemporain des contrats ».

¹⁸³⁸ PICOD, Yves. « Proportionnalité et cautionnement – Le mythe de Sisyphe », in *Liber amicorum Calais-Auloy*, n° 2, p. 844, pour lequel il s'agit d'un « principe plus politique que juridique ».

¹⁸³⁹ BÉHAR-TOUCHAIS, Martine. « Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ? – Rapport introductif », colloque organisé par le CEDAG de la Faculté de droit de l'Université René-Descartes (Paris V), le 20 mars 1998, LPA 30 sept. 1998, n° 117, p. 3 et sa « Conclusion », à la même publication, p. 68, note 8. V. cependant LE GAC-PECH, Sophie. « La proportionnalité en droit privé des contrats », LGDJ, 2000, n° 817, p. 329, note 9, laquelle refuse la présence du concept de proportionnalité en tant qu'instrument de l'équilibre contractuel dans les normes du Code de la consommation, sous prétexte que la proportionnalité « ne saurait se concevoir que pour un contrat synallagmatique », malgré l'emploi légal d'une « terminologie identique » (n° 819).

¹⁸⁴⁰ BÉHAR-TOUCHAIS, Martine. *Op. cit.*, n° 12.

¹⁸⁴¹ BAKOUCHE, David. « La proportionnalité dans le cautionnement à l'épreuve de la loi et de la jurisprudence », CCC 2004, chron. n° 5, p. 7.

¹⁸⁴² MAZEAUD, Denis. « L'attraction du droit de la consommation, RTD com. 1998, n° 26, p. 111 ; « Le juge et le contrat – variations optimistes sur un couple illégitime », in *Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, Dalloz, 2005, n° 13, p. 243.

¹⁸⁴³ BAKOUCHE, David. *Op. cit.*, p. 7.

¹⁸⁴⁴ PICOD, Yves. « Proportionnalité et cautionnement – Le mythe de Sisyphe », in *Liber amicorum Calais-Auloy*, n° 3, p. 844.

¹⁸⁴⁵ Comp. LE GAC-PECH, Sophie, *op. cit.*, p. 2, spéc. note 5, qui semble réfractaire au rattachement de l'idée de proportionnalité à celle d'équité : « tout en restant proche dans sa philosophie du mécanisme d'équité, [la proportionnalité] s'en éloigne par son objectivité » (*idem*, p. 6).

¹⁸⁴⁶ PICOD, Yves. « Proportionnalité et cautionnement – Le mythe de Sisyphe », in *Liber amicorum Calais-Auloy*, n° 3, p. 844.

¹⁸⁴⁷ Loi n° 89-1010, du 31 décembre 1989.

313-10 du Code de la consommation dispose qu'un établissement de crédit¹⁸⁴⁸ « ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement d'une opération de crédit [régie par ce Code], conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus, à moins que le patrimoine de cette caution, au moment où celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à son obligation ». Malgré la spécificité du droit de la consommation, le législateur français a décidé d'insérer dans le même Code un dispositif qui étend une protection identique à toutes les personnes physiques¹⁸⁴⁹, quelle que soit la finalité – professionnelle ou privé – de l'engagement de la caution ou du débiteur principal. Certains y ont vu désormais l'inutilité de l'article L. 313-10 susmentionné¹⁸⁵⁰ car la seule réserve posée par les règles nouvelles constitue un critère que l'ancien dispositif n'exclut point : le créancier, lui, doit être un professionnel¹⁸⁵¹. La rédaction de ces dispositions étant, du reste, identique, il convient, pour en étudier le régime juridique, d'analyser les critères d'identification du déséquilibre (I) avant d'en rechercher la sanction (II).

I – Le constat du déséquilibre

567. On s'accorde pour affirmer que cette appréciation revêt un caractère objectif, ce qui veut dire que le comportement des parties¹⁸⁵² est *a priori* indifférent¹⁸⁵³. Surtout, il n'y a pas lieu d'établir un comportement fautif de la part du créancier. Sans doute il refusera un garant qu'il sait d'avance être insolvable. Peu importe cependant que le bénéficiaire du cautionnement n'ait

¹⁸⁴⁸ La loi n° 2008-776 du 4 août 2008 a inséré à l'art. L. 313-10 du code consom. une référence aux organismes mentionnés au 5 de l'art. L. 511-6 du code mon. et fin. qui pratiquent du « microcrédit », à savoir les « associations sans but lucratif et les fondations reconnues d'utilité publique accordant sur ressources propres et sur emprunts contractés auprès d'établissements de crédit, ou d'institutions ou services mentionnés à l'article L. 518-1, des prêts pour la création et le développement d'entreprises dont l'effectif salarié n'excède pas un nombre fixé par décret ou pour la réalisation de projets d'insertion par des personnes physiques ». L'ordonnance n° 2009-866 du 15 juill. 2009 y a ajouté une référence aux « établissements de paiement ».

¹⁸⁴⁹ Art. L. 341-4, créé par la loi pour l'initiative économique n° 2003-721 du 1^{er} août 2003, dite « loi Dutreil ».

¹⁸⁵⁰ SIMLER, Philippe. *Juris-classeur civil 2007*, « Cautionnement », fascicule n° 25, n° 45 ; PICOD, Yves. « Proportionnalité et cautionnement – Le mythe de Sisyphe », *op. cit.*, n° 10, p. 849 ; BAKOUCHE, David. *Op. cit.*, n° 8, p. 9. V. aussi les critiques de CROCQ, Pierre. « Sûretés et proportionnalité », *op. cit.*, n° 40, p. 311, qui parle des nouvelles règles comme le fruit d'un « amateurisme législatif trop fréquent ».

¹⁸⁵¹ V. ATIAS, Christian. « Propos sur l'article L. 341-4 du code de la consommation – L'impossibilité de se prévaloir du bénéfice d'un engagement valable », *D.* 2003, n° 12, p. 2622 : « tout professionnel qui est titulaire d'une créance n'est pas soumis à la règle ; c'est le créancier professionnel qui en relève ».

¹⁸⁵² Quant à celui de la caution, v. CA Bordeaux 26 août 1997, *JCP E* 1998, n° 13, p. 486 : « la preuve du caractère manifestement disproportionné de son engagement par rapport à ses biens doit s'apprécier objectivement, sans égard à la bonne ou mauvaise foi de la caution, sauf fraude dont la preuve incombe alors à l'établissement de crédit ». PICOD, Yves (« Proportionnalité et cautionnement – Le mythe de Sisyphe », *op. cit.*, n° 24, p. 856) affirme que « l'idée de proportionnalité trouve aussi sa limite dans l'exigence de bonne foi à l'égard de la caution ; la responsabilité de la banque sera ainsi logiquement écartée en cas de dissimulation par la caution d'éléments pertinents d'appréciation de ses possibilités de remboursement (par exemple en cas de non-révélation d'une procédure de surendettement) » ; en ce sens, v. CA Rennes, 16 mai 1997, *Juris-Data* n° 043544 ; *contra*, v. CA Colmar 5 avr. 2004, *Juris-Data* n° 2004-255870 : « [le prêteur] ne pouvait ignorer la situation [de surendettement] de Madame Muckly qui était sa cliente, et qui ne produit pas de fiche de renseignements établie par la caution avant signature de son engagement ».

¹⁸⁵³ ATIAS, Christian. *Op. cit.*, n° 9, p. 2061 ; BAKOUCHE, David. *Op. cit.*, n° 12, p. 10 ; PICOD, Yves. « Proportionnalité et cautionnement – Le mythe de Sisyphe », *op. cit.*, n° 19, p. 852. Comp. cependant CROCQ, Pierre. « Sûretés et proportionnalité », *op. cit.*, n° 4, p. 293, pour lequel l'analyse de la disproportion présente, dans ces cas de figure, « un caractère beaucoup plus subjectif dans la mesure où elle suppose l'appréciation d'un comportement individuel et l'exigence de proportionnalité s'oppose alors à l'abus » ; dans le même sens, v. LE GAC-PECH, Sophie. *Op. cit.*, n° 817, p. 329, note 9.

pas agi de mauvaise foi¹⁸⁵⁴. D'ailleurs, la mise en garde du garant sur les risques de l'opération ne lui profitera guère mieux, dès lors qu'on lui opposera les règles du Code de la consommation, puisqu'il ne s'agit pas d'engager sa responsabilité¹⁸⁵⁵ : en cette matière, affirme-t-on, « il est question de chiffres, de montants, de possibilités financières »¹⁸⁵⁶. Faute d'avoir vérifié que la caution ne pouvait s'acquitter de la charge du crédit qu'au prix d'un sacrifice trop important de ses propres ressources, le fournisseur du crédit supportera le risque d'un engagement excessif¹⁸⁵⁷.

568. La méthode d'évaluation – Dans les dispositifs sous analyse, la disproportion est évaluée eu égard à tous les éléments du patrimoine du garant et pas seulement à ses revenus¹⁸⁵⁸. Ceci semble d'autant plus naturel que la caution sera amenée à payer la totalité du solde de la dette, la déchéance du terme étant systématiquement prononcée par le créancier¹⁸⁵⁹. Encore faut-il que la garantie produise des obligations personnelles : un « cautionnement hypothécaire » – sûreté réelle – ne saurait faire l'objet d'une telle évaluation¹⁸⁶⁰. Aussi, les juges du fond apprécient souverainement si la caution a rapporté la preuve de la disproportion invoquée¹⁸⁶¹ ; mais ils n'ont pas à tenir compte d'autres garanties dont le créancier pourrait disposer par ailleurs et sans rapport avec le patrimoine du garant¹⁸⁶². En cas de pluralité de cautions solidaires, la jurisprudence décide que l'évaluation se réalise au regard des revenus de chacune d'entre elles, puisque chacune peut se voir réclamer le paiement intégral de la dette¹⁸⁶³. Il en va toutefois autrement lorsque des époux mariés sous le régime de la communauté de biens se portent simultanément cautions solidaires d'une même dette : l'appréciation de la disproportion de leurs engagements se fait globalement, au regard des biens et revenus de la communauté¹⁸⁶⁴.

569. La gravité de la disproportion – La loi prévoit que la disproportion de l'engagement de la caution doit être manifeste, à quoi la doctrine ajoute qu'elle doit être

¹⁸⁵⁴ V. Lamy droit économique 2010, n° 5848 : le créancier « doit écarter une caution qui souscrirait un engagement sans commune mesure avec ses possibilités financières. S'il ne le fait pas, une mauvaise foi de sa part est sous-jacente ».

¹⁸⁵⁵ Il peut néanmoins légitimement invoquer la mise en garde de la caution en cas d'action fondée sur sa responsabilité civile. V. n° 976 *infra*.

¹⁸⁵⁶ ATIAS, Christian. *Op. cit.*, n° 9, p. 2621.

¹⁸⁵⁷ Il doit s'informer activement, en interrogeant la caution sur ses capacités financières : CA Paris 2 avr. 2002, Juris-Data n° 181205 ; dans le même sens, CA Chambéry 12 juin 2007, Juris-Data n° 2007-344966. Comp. SIMLER, Philippe. *Juris-classeur civil 2007*, « Cautionnement », fascicule n° 25, n° 48 : « la loi n'oblige pas positivement les créanciers professionnels à vérifier que leurs cautions ont une solvabilité suffisante. Elle leur fait seulement supporter le risque d'un engagement excessif, si la disproportion perdure au moment de l'échéance ».

¹⁸⁵⁸ Implicitement, dans Cass. 1^{re} civ. 7 avr. 1999 : inédit ; pourvoi n° 97-12828. V. Lamy droit économique 2010, n° 5847 : « la preuve peut être rapportée par les déclarations fiscales et les bulletins de salaire ».

¹⁸⁵⁹ Comp. PICOD, Yves. « Proportionnalité et cautionnement – Le mythe de Sisyphe », *op. cit.*, n° 14, p. 850, pour qui « on aurait davantage concilié le juste et l'utile en obligeant les organismes de crédit à une vérification formelle du seul revenu annuel de la caution – sans référence à des biens toujours difficiles à évaluer ».

¹⁸⁶⁰ Cass. 1^{re} civ. 7 mai 2008 : Bull. civ. I, n° 125, pourvoi n° 07-11692.

¹⁸⁶¹ Cass. 1^{re} civ. 7 avr. 1999 : inédit ; pourvoi n° 97-12828, préc.

¹⁸⁶² Cass. 1^{re} civ. 29 oct. 2002 : inédit ; pourvoi n° 01-01124.

¹⁸⁶³ Cass. 1^{re} civ. 22 oct. 1996 : Bull. civ. I, n° 362 ; pourvoi n° 94-15615.

¹⁸⁶⁴ Cass. 1^{re} civ. 27 mai 2003 : Bull. civ. I, n° 132 ; pourvoi n° 00-14302.

flagrante, évidente, criante¹⁸⁶⁵. Cependant, aucun seuil de la disproportion n'y est prévu¹⁸⁶⁶ et la Cour de cassation laisse cette appréciation à la discrétion des juges du fond¹⁸⁶⁷. En l'absence de limites précises à l'appréciation du juge, certains crient à l'insécurité, sous prétexte que « derrière toute caution mise en cause se cache un plaideur en puissance, habile à dissimuler tout ou partie de son patrimoine »¹⁸⁶⁸. D'autres semblent, à l'inverse, s'en féliciter, en affirmant qu'en matière de disproportion « tout sera affaire d'espèces et le législateur ne pouvait ici que laisser une totale liberté d'appréciation aux juges »¹⁸⁶⁹. La proportionnalité ne requiert pas un strict rapport d'égalité ou d'exactitude¹⁸⁷⁰ ; on en déduit que la disproportion ne peut résulter du seul fait que le montant du cautionnement excède la valeur du patrimoine de la caution¹⁸⁷¹. Un auteur suggère, par exemple, que le montant maximal du cautionnement ne dépasse pas celui des revenus de la caution au cours des douze ou des vingt-quatre mois précédant son engagement¹⁸⁷². La jurisprudence ne s'en tient pas nécessairement à ces critères.

570. La pratique jurisprudentielle – La Cour d'appel de Rennes, par exemple, considère qu'une dette cautionnée à hauteur de 33.000 € n'est pas disproportionnée au regard des 36000 € de revenus annuels de la caution, la somme de 32.306 € correspondant à la différence entre l'actif et le passif du patrimoine de celle-ci¹⁸⁷³. Les magistrats de la Cour d'Aix-en-Provence, en revanche, s'en tiennent aux seuls revenus de la caution, obtenus pendant les deux années suivant la date de son engagement¹⁸⁷⁴ ; ils refusent sa demande en retenant la modicité de la charge mensuelle du prêt (271,53 €) par rapport à ses revenus mensuels moyens (1.200 €)¹⁸⁷⁵. Des solutions similaires ont été adoptées par les Cours d'appel de

¹⁸⁶⁵ PICOD, Yves. « Proportionnalité et cautionnement – Le mythe de Sisyphe », *op. cit.*, n° 11, p. 849 ; MOLFESSIS, Nicolas. *Op. cit.*, n° 26 ; BAKOUCHE, David. *Op. cit.*, n° 12, p. 10 ; LE GAC-PECH, Sophie. *Op. cit.*, p. 6.

¹⁸⁶⁶ V. LE GAC-PECH, Sophie. *Op. cit.*, p. 6 : « il n'est nul besoin de fixer un seuil chiffré, il suffit de dénoncer le déséquilibre patent, celui qui met en danger la pérennité de la relation contractuelle ».

¹⁸⁶⁷ Cass. com. 28 avr. 2009 ; Bull. 2009, IV, n° 56 : pourvoi n° 08-11616.

¹⁸⁶⁸ PICOD, Yves. « Proportionnalité et cautionnement – Le mythe de Sisyphe », *op. cit.*, n° 13, p. 850 ; rapp. MOLFESSIS, Nicolas. *Op. cit.*, n° 24 : « un éventuel principe de proportionnalité ouvrirait sur une révision générale et permanente des contrats, paroxysme de l'instabilité ».

¹⁸⁶⁹ CROCQ, Pierre. *Op. cit.*, n° 27, p. 305. L'auteur fait ici référence à l'art. L. 650-1 introduit au Code de commerce en 2005 et avant sa modification par l'ordonnance n° 2008-1345 du 18.12.2008, lequel prévoit la responsabilité du fait des concours consentis par le créancier qui prend des garanties disproportionnées à ceux-ci. Pour l'auteur, la disproportion n'est alors qu'un critère d'« ouverture » de l'action en responsabilité pour octroi abusif de crédit. Or, le même critère, à savoir l'abus de droit dont le comportement du créancier est à l'origine, est considéré par l'auteur (n° 34, p. 308) comme le fondement de l'action de la caution pour se dégager d'un contrat disproportionné, sous le visa de l'art. L. 313-10 du Code consom. Il serait alors incohérent que l'auteur prône, pour ce dernier dispositif, la fixation d'un seuil de la disproportion.

¹⁸⁷⁰ *Idem*, n° 3, p. 293 ; BÉHAR-TOUCHAIS, Martine. *Op. cit.*, n° 7, pour qui « une égalité proportionnelle n'est pas toujours le signe de la juste mesure » ; LE GAC-PECH, Sophie. *Op. cit.*, p. 6, qui parle de la « recherche du raisonnable », de la « découverte de justes proportions ».

¹⁸⁷¹ PICOD, Yves. « Proportionnalité et cautionnement – Le mythe de Sisyphe », *op. cit.*, n° 11, p. 849 : « elle ne se ramène pas non plus, en sens inverse, à une simple situation d'insolvabilité » ; *contra*, v. SIMLER, Philippe. *Juris-classeur civil 2007*, « Cautionnement », fasc. n° 25, n° 47.

¹⁸⁷² *Idem*, n° 14, p. 850.

¹⁸⁷³ CA Rennes 3 sept. 2009 ; *Juris-Data* n° 2009-011074 (actif = 627.306 euros ; passif = 595.000 euros).

¹⁸⁷⁴ CA Aix-en-Provence 4 déc. 2008 ; *Juris-Data* n° 2008-007293.

¹⁸⁷⁵ Alors même que le solde de la dette (11.495,60 euros) était dû en totalité. Un plan conventionnel de redressement avait certes été établi au bénéfice du débiteur principal, les créanciers s'étant d'ailleurs engagés à ne pas poursuivre la caution pendant le délai du plan. Cependant, celui-ci devenu caduc à défaut d'exécution, la Cour précise que les mesures prévues ne profitent pas à la caution.

Metz¹⁸⁷⁶ (ce même ratio révélant un chiffre de 30%) et de Colmar¹⁸⁷⁷ (24%). Plus indulgente, la Cour d'appel de Chambéry¹⁸⁷⁸ se réfère aux « disponibilités annuelles » de la caution lors de la conclusion du contrat pour évaluer la disproportion de son engagement. Les magistrats déduisent, d'abord, les dépenses courantes du montant net des salaires annuels ; la différence est ensuite comparée au solde exigible de la dette. Ainsi, des disponibilités annuelles de 6.640 € sont, « en l'absence de tout patrimoine »¹⁸⁷⁹, manifestement disproportionnées au cautionnement d'un montant d'environ 16.000 €. Dans ce même esprit, la Cour d'appel de Poitiers¹⁸⁸⁰ constate une disproportion manifeste entre des mensualités cautionnées de 1.582,29 F et les revenus mensuels de 2.115 F correspondant au RMI perçu par la caution, sœur du débiteur principal, « en charge d'une petite fille [...] et n'ayant aucun patrimoine »¹⁸⁸¹.

571. On note ainsi une absence d'homogénéité des critères adoptés dans les jugements du fond. Ici encore, il semble qu'en matière d'équité et en l'absence d'autres précisions légales, c'est la conscience du juge qui, raisonnablement fondée, guidera son appréciation suivant les circonstances de chaque cas d'espèce. Dans tous les cas, le créancier est tenu de vérifier la capacité de remboursement de la caution s'il veut s'assurer de pouvoir lui demander la satisfaction de la dette. On serait alors tenté de dire, par un raccourci sans doute abusif¹⁸⁸², que les conditions personnelles de la caution, notamment ses capacités financières, intégreront désormais l'équilibre global de l'opération de crédit. Du moins, une complète dissociation entre le cautionnement et l'obligation principale est exclue car l'article L. 313-10-1 du Code de la consommation interdit la souscription d'une garantie autonome, telle que définie à l'article 2321 du Code civil¹⁸⁸³. Enfin, l'évaluation de l'équilibre contractuel doit se référer à la situation de la caution au moment de la conclusion du contrat¹⁸⁸⁴. On en déduit *a contrario* qu'une dégradation postérieure de son patrimoine ne constitue pas une raison de sa libération¹⁸⁸⁵ ; en quoi la sanction du déséquilibre contractuel se distingue de la théorie de l'imprévision. Il peut paraître

¹⁸⁷⁶ CA Metz 4 avr. 2008 ; Juris-Data n° 2008-376054 (revenu mensuel net = 895 euros ; mensualité du crédit = 267,34 euros ; total immédiatement dû, hors intérêts de retard = 16.081,26 euros).

¹⁸⁷⁷ CA Colmar 31 mai 2006 ; Juris-Data n° 2006-308453 (revenu mensuel net = 1.352,99 euros ; mensualité du crédit = 324,79 euros ; total immédiatement dû, hors intérêts de retard = 13.946,19 euros). La Cour considère encore que la charge mensuelle du crédit déduction faite des dépenses courantes de la caution n'est pas non plus disproportionnée (34%).

¹⁸⁷⁸ CA Chambéry 12 juin 2007 ; Juris-Data n° 2007-344966.

¹⁸⁷⁹ Le revenu annuel net de la caution s'élevait à 16.024 euros et ses charges mensuelles à 790 euros.

¹⁸⁸⁰ CA Poitiers 20 févr. 2001 ; Juris-Data n° 2001-162549.

¹⁸⁸¹ Le montant de la dette s'élevait à 50.993,84 F.

¹⁸⁸² Le créancier n'est évidemment pas obligé de demander une sûreté personnelle.

¹⁸⁸³ La garantie autonome est l'engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par un tiers, à verser une somme soit à première demande, soit suivant des modalités convenues. Le garant ne peut opposer aucune exception tenant à l'obligation garantie. Sauf convention contraire, cette sûreté ne suit pas l'obligation garantie. Il n'empêche cependant qu'un tiers puisse s'engager en tant que co-débiteur solidaire.

¹⁸⁸⁴ Art. L. 313-10 du Code consom.

¹⁸⁸⁵ SIMLER, Philippe. Juris-classeur civil 2007, « Cautionnement », fasc. n° 25, n° 49. PICOD, Yves. « Proportionnalité et cautionnement – Le mythe de Sisyphe », n° 12, p. 849. Dans le même sens, v. CA Metz 3 avr. 2008, Juris-Data n° 2008-376054. Par ailleurs, si le créancier s'aperçoit que la caution est devenue, par la suite, insolvable, il peut même exiger du débiteur qu'il lui en donne une autre (art. 2297 du Code civil français). V. CROCQ, Pierre. « Sûretés et proportionnalité », in Mélanges Simler, Dalloz-Litec, 2006, n° 13, p. 297, pour qui cette règle « peut sembler d'une sévérité bien critiquable à l'égard du débiteur puisque celui-ci n'exerce aucun contrôle sur l'évolution du patrimoine de la caution ».

étonnant, en revanche, que, malgré le déséquilibre manifeste avéré lors de la conclusion du contrat, une amélioration de sa situation financière, « au moment où elle est appelée », conduise *ex lege* à la même solution. Cela conduit à s'interroger sur la nature et la portée de la sanction du déséquilibre constaté.

II – La sanction du déséquilibre

572. La nature de la sanction – Suivant les dispositions du Code de la consommation, un établissement de crédit « ne peut se prévaloir » d'un engagement manifestement disproportionné aux biens et revenus de la caution. Hésitant devant la nouveauté rédactionnelle du législateur, certains juges du fond ont déclaré la nullité du cautionnement déséquilibré¹⁸⁸⁶. La Cour de cassation décide cependant qu'il ne s'agit pas d'une nullité¹⁸⁸⁷, sans pour autant préciser la nature de la sanction légale. Elle s'en tient à la lettre de la loi qui prévoit l'impossibilité pour le créancier de se prévaloir de sa créance. On a ainsi fait valoir que la proportionnalité ne peut constituer une condition de validité d'un cautionnement, dont la nature particulière exige un traitement juridique distinct¹⁸⁸⁸. La preuve en serait qu'un « retour à meilleure fortune »¹⁸⁸⁹ de la part de la caution permet au créancier de s'en prévaloir légitimement. Il s'agirait plutôt d'une condition d'efficacité¹⁸⁹⁰, la sanction du créancier consistant en une déchéance légale¹⁸⁹¹.

573. La portée de la sanction – La paralysie des droits du créancier semble n'être, à première vue, que temporaire ; avant qu'elle ne soit « appelée » à payer, la caution ne pourra pas invoquer son incapacité financière puisque son engagement n'est pas nul¹⁸⁹². Le créancier pourrait ainsi attendre de voir si l'évolution du patrimoine de celle-ci ne lui permet de faire face à ses obligations. Les règles originales sur lesquelles un tel raisonnement prend appui – dont certains justifient par le caractère « pragmatique » du consumérisme¹⁸⁹³ – ont pu être critiquées par une partie de la doctrine¹⁸⁹⁴. Sous prétexte que le législateur a prétendu sanctionner une faute du créancier pour violation de son « devoir de conseil et de vigilance », on lui reproche le fait que l'amélioration de la situation financière de celle-ci puisse « couvrir la faute du créancier qui, en tant que telle, demeure »¹⁸⁹⁵.

¹⁸⁸⁶ CA Chambéry 5 févr. 1997 ; Bull. inf. C. cass. 15 juill. 1997, p. 35.

¹⁸⁸⁷ Cass. 1^{re} civ. 22 oct. 1996 : Bull. civ. I, n° 362 ; pourvoi n° 94-15615.

¹⁸⁸⁸ ATIAS, Christian. *Op. cit.*, n° 10, p. 2621.

¹⁸⁸⁹ Art. L. 313-10 du Code consom. : « ...à moins que le patrimoine de cette caution, au moment où celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à son obligation ».

¹⁸⁹⁰ ATIAS, Christian. *Op. cit.*, n° 12, p. 2622 ; v. DELEBECQUE, Philippe. « Les incidences de la loi du 31 décembre 1989 sur le cautionnement », D. 1990, chr. p. 255, n° 14.

¹⁸⁹¹ LEGAIS, Dominique. « Principe de proportionnalité : le cas du crédit avec constitution de garantie », LPA 30 sept. 1998, p. 43 ; PICOD, Yves. « Proportionnalité et cautionnement – Le mythe de Sisyphe », *op. cit.*, n° 33, p. 859, lequel rapproche cette sanction de l'extinction de la garantie instituée par l'art. 2.314 du Code civil français (ancien art. 2.307) ; dans ce même sens, v. SIMLER, Philippe. *Juris-classeur civil 2007*, « Cautionnement », fascicule n° 25, n° 49 ; BAKOUCHE, David. *Op. cit.*, n° 13, p. 11.

¹⁸⁹² PICOD, Yves. « Proportionnalité et cautionnement – Le mythe de Sisyphe », *op. cit.*, n° 30, p. 859.

¹⁸⁹³ *Idem*, n° 13, p. 849.

¹⁸⁹⁴ BAKOUCHE, David. *Op. cit.*, n° 13, p. 10.

¹⁸⁹⁵ *Idem, ib idem*.

574. Encore qu'une telle interprétation puisse susciter une certaine réticence¹⁸⁹⁶, il est vrai qu'un doute peut persister quant à la portée de la sanction légale. On pourrait être tenté de soutenir, au bénéfice du créancier, que l'équilibre exigé par l'innovation légale implique que tout jugement en la matière, autre que la condamnation au paiement de la dette, serait temporaire. Pour un auteur, le juge risquerait d'ailleurs d'être incité à surseoir à statuer¹⁸⁹⁷. La finalité protectrice des règles consuméristes semble cependant s'opposer à ces arguments. On ne saurait perpétuer la suspension d'une épée de Damoclès sur la prospérité de l'avenir de la caution, en permettant la réitération des poursuites à son encontre. Par ailleurs, quand bien même le sort lui aurait réservé, aux côtés des prétentions du créancier, un lendemain plus prospère¹⁸⁹⁸, la responsabilité civile de ce dernier pourrait être engagée¹⁸⁹⁹. On est déjà, toutefois, en dehors du domaine précis des règles spéciales. En droit de la consommation, pour admettre l'extinction du droit de garantie de manière définitive¹⁹⁰⁰, il faut constater la persistance de l'incapacité financière de la caution au moment où elle est actionnée en justice.

575. Critique du dispositif légal – Enfin, devant ce constat, la caution est libérée de toute obligation envers le créancier. La loi adopte une logique du « tout ou rien ». Ici encore, on a critiqué l'approche du législateur, sous prétexte qu'elle est contraire non seulement à la raison¹⁹⁰¹, mais aussi à une juste mesure entre les intérêts des parties en cause¹⁹⁰². L'équilibre consisterait, dit-on, à admettre que le juge puisse réduire, purement et simplement¹⁹⁰³, le montant de la dette de la caution afin de l'adapter à ses capacités financières¹⁹⁰⁴ ; seul l'excès manifeste en serait alors extirpé. Ce ne serait pas faire preuve d'intégrisme que de s'attacher à l'esprit consumériste pour s'opposer à de tels arguments. Si l'équilibre doit exister lors de l'application de la sanction légale, celle-ci doit être en pleine cohérence avec la finalité de la loi. S'engager pour autrui est, certes, un acte dangereux¹⁹⁰⁵ ; mais, de deux choses l'une : soit l'établissement de crédit fonde légitimement sa garantie sur l'obligation d'une personne financièrement capable d'assumer la dette du débiteur, soit la constitution d'une sûreté personnelle dont l'inutilité est manifeste n'a d'autre finalité que de contraindre moralement la caution, en jouant sur ses relations plus ou moins proches avec le débiteur. Dans ce dernier

¹⁸⁹⁶ Car il ne s'agit point d'établir la responsabilité civile du prêteur. V. SIMLER, Philippe. *Juris-classeur civil* 2007, « Cautionnement », fasc. n° 40, n° 62.

¹⁸⁹⁷ ATIAS, Christian. *Op. cit.*, n° 14, p. 2622.

¹⁸⁹⁸ V. les réserves de SIMLER, Philippe. *Juris-classeur civil* 2007, « Cautionnement », fascicule n° 25, n° 48 : « on peut craindre que cette double vérification soit indirectement une incitation, sinon à l'organisation par la caution de son insolvabilité, du moins à la mobilisation, aux fins de dissimulation, de certains éléments de son patrimoine ».

¹⁸⁹⁹ V. n° 976 *infra*.

¹⁹⁰⁰ LEGEAIS, Dominique. « Principe de proportionnalité : le cas du crédit avec constitution de garantie », *LPA* 30 sept. 1998, p. 43 ; Lamy droit économique 2010, n° 5848 ; PICOD, Yves. « Proportionnalité et cautionnement – Le mythe de Sisyphe », *op. cit.*, n° 33, p. 859.

¹⁹⁰¹ SIMLER, Philippe. *Juris-classeur civil* 2007, « Cautionnement », fascicule n° 25, n° 49.

¹⁹⁰² BAKOUCHE, David. *Op. cit.*, n° 16, p. 11 ; v. aussi MOLFESSIS, Nicolas. *Op. cit.*, n° 26 : « [la proportionnalité] doit être, selon les cas, manifeste, excessive, etc. Mais la révision qui s'ensuit est, quant à elle, toujours entière, c'est-à-dire alignée sur la normalité objective. Autrement dit, on sanctionne uniquement une disproportion d'importance, pour restaurer une proportionnalité que l'on souhaite parfaite ».

¹⁹⁰³ BAKOUCHE, David. *Op. cit.*, n° 15, p. 11.

¹⁹⁰⁴ SIMLER, Philippe. *Juris-classeur civil* 2007, « Cautionnement », fascicule n° 40, n° 62.

¹⁹⁰⁵ CARBONNIER, Jean. « Droit civil – Les obligations », PUF, 2004, n° 993, p. 2052.

cas, celle-ci devient « un otage plutôt qu'un garant »¹⁹⁰⁶. Tout au plus, on pourrait accepter, dans certaines conditions¹⁹⁰⁷, de faire payer à la caution solidaire une partie de la dette lorsqu'il s'agit d'un conjoint du débiteur dont on peut supposer qu'elle a quelque peu profité, fût-ce indirectement, du crédit octroyé. On s'en tiendra toutefois volontiers à la protection spéciale du Code, dans les cas où l'engagement de la caution représente en réalité un service rendu à un proche. C'est, comme a pu le suggérer un auteur, « tout simplement le signe que la sécurité juridique se mérite »¹⁹⁰⁸.

576. On le voit, le droit de la consommation est protecteur à l'égard des excès obligationnels que peut subir la caution de l'emprunteur. La préservation d'un certain équilibre dans les opérations de crédit implique qu'il en aille de même en cas de pénalisation excessive de la défaillance de celui-ci.

B) L'allègement des sanctions de l'inexécution des obligations du consommateur

577. La défaillance lors du remboursement d'un crédit est lourde de conséquences pour le consommateur. La réalité des sanctions liées à un tel événement comporte certaines spécificités par rapport au droit commun de l'inexécution contractuelle. D'une part, l'exécution forcée des obligations suivant exactement les modalités prévues au contrat, surtout lorsque le remboursement est réalisé par paiements échelonnés, peut ne plus convenir à un créancier ayant perdu la confiance en son cocontractant. D'autre part, la résolution du contrat avec des effets rétroactifs ne profite pas nécessairement davantage au fournisseur de crédit car elle aboutit au rétablissement des parties au *statu quo ante*¹⁹⁰⁹, quand bien même la « liquidation du passé »¹⁹¹⁰ qui s'ensuit donne lieu à des dommages-intérêts. Lorsque le fournisseur de crédit estime que le consommateur n'honorera plus sa dette aux échéances convenues, il exige la

¹⁹⁰⁶ SIMLER, Philippe. Juris-classeur civil 2007, « Cautionnement », fascicule n° 25, n° 45.

¹⁹⁰⁷ Sous réserve des dispositions de l'art. 1.415 du Code civil français.

¹⁹⁰⁸ BÉHAR-TOUCHAIS, Martine. « Conclusion », *op. cit.*, LPA 30 sept. 1998, n° 117, p. 68.

¹⁹⁰⁹ En France, l'art. 1184 du Code civil fait référence aux seuls contrats « synallagmatiques ». Cependant, en dehors même de la classification du prêt comme un contrat d'une telle nature, la doctrine majoritaire semble admettre la résolution de ce type de contrats. V. GHESTIN, Jacques, BILLIAU, Marc et JAMIN, Christophe. « Traité de droit civil – Les effets du contrat », 3^e éd., LJDG, 2001, n° 438, p. 495 ; FLOUR, Jacques, AUBERT, Jean-Luc et SAVAUX, Eric. « Droit civil – Les obligations », v. 3, Le rapport d'obligation, 6^e éd., Sirey, 2009, n° 248, p. 221 (citent à la note 3 COLLART-DUTILLEUL et DELEBECQUE, Contrats civiles et commerciaux, 8^e éd., 2007, n° 859); MALAURIE, Philippe, AYNÈS, Laurent et GAUTIER, Pierre-Yves. « Les contrats spéciaux », 4^e éd., Defrénois, 2009, n° 939, p. 551. Au Brésil, l'art. 475 du Code civil ne restreint pas l'application de la résolution à un type déterminé de contrats. V. cependant l'opinion de AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. « Extinção dos contratos por incumprimento do devedor – Resolução », 2^e éd., Aide, 2004, n° 35, p. 83, lequel refuse la faculté de résoudre le contrat dans les prêts accordés par les institutions financières. Fondant cette faculté sur l'idée de justice commutative et d'équivalence des prestations (« synallagma funcional » – p. 81), il soutient que les intérêts étant si élevés en l'absence d'un plafond légal d'usure, la faculté accordée au prêteur de résoudre le contrat pour inexécution de la part de l'emprunteur mettrait celui-ci en position d'infériorité excessive (n° 37, p. 85, note 163).

¹⁹¹⁰ GHESTIN, Jacques, BILLIAU, Marc et JAMIN, Christophe. « Traité de droit civil – Les effets du contrat », *op. cit.*, n° 528, p. 585 : « s'agissant de choisir l'équivalent le mieux assorti à la répétition impossible, les tribunaux doivent trouver leurs repères dans la perte et l'enrichissement des parties. Le prix que leurs volontés concordantes avaient stipulé au moment du contrat ne vaut aucune déférence particulière. Au mieux, on retiendra le prix convenu comme un indice, un élément d'appréciation supplétif. Toute autre solution conduirait immanquablement à faire exécuter une convention au mépris de la rétroactivité consubstantielle à la résolution ». Quoique valables pour les crédits affectés, ces considérations ne le sont pas forcément pour les prêts d'argent dont les prestations des parties sont toujours chiffrées.

restitution immédiate du capital prêté. Juridiquement, il s'agit de sanctionner le débiteur défaillant en lui ôtant le bénéfice du terme¹⁹¹¹. Comme celui-ci a pu bénéficier jusqu'alors de l'utilisation des fonds prêtés, la *résiliation* du contrat serait une solution technique *a priori* plus à même de concilier les intérêts des parties, de sorte que son éventuel anéantissement ne produise des effets que pour l'avenir¹⁹¹². En pratique, toutefois, les fournisseurs de crédit sont tentés de demander, outre le solde du capital prêté, le paiement immédiat des intérêts non encore échus¹⁹¹³. Ils stipulent également des clauses pénales, afin de se prémunir contre le risque de défaillance du consommateur.

578. Il peut paraître paradoxal qu'un emprunteur, éprouvant déjà des difficultés de régler ses dettes, se voie contraint de payer des sommes encore plus élevées. Certes, les clauses pénales comportent, outre un caractère indemnitaire, un aspect comminatoire qui vise à inciter le débiteur au respect de ses engagements¹⁹¹⁴. Cependant, souvent les indemnités à la charge du consommateur défaillant sont d'un montant très élevé. Elles caractérisent des situations que certains, en France, ont pu, à une certaine époque tout au moins, assimiler à du « terrorisme contractuel »¹⁹¹⁵ et la réalité démontre qu'au Brésil, actuellement, il n'en va pas différemment. C'est pourquoi le législateur et la jurisprudence sont intervenus. Suivant la modalité de l'opération de crédit en cause, la protection du consommateur commande d'alléger les sanctions imposées à celui-ci, qu'il s'agisse de limiter simplement le montant des indemnités qui lui sont réclamées (1), ou d'en organiser le régime lorsque le contrat prévoit la reprise du bien financé par le fournisseur de crédit (2).

1) Le plafonnement des indemnités

579. Ainsi qu'ils l'ont fait à propos du contrôle de l'usure¹⁹¹⁶ dans les ordres juridiques ici comparés, tant le législateur (a) que la jurisprudence (b), se sont mobilisés pour limiter les abus commis dans la fixation des indemnités liées à la défaillance du consommateur de crédit.

¹⁹¹¹ « Le point de départ différé de l'exécution d'une obligation est lié au crédit » : GHESTIN, Jacques, BILLIAU, Marc et JAMIN, Christophe. « Traité de droit civil – Les effets du contrat », *op. cit.*, n° 165, p. 205. En France on parle de « déchéance » du terme.

¹⁹¹² AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. « Extinção dos contratos por incumprimento do deverdor – Resolução », *op. cit.*, n° 30, p. 72 ; PEREIRA, Caio Mário da Silva. « Instituições de direito civil », v. 3, 6^e éd., Forense, 1984, n° 213, p. 100, note 3 ; FLOUR, Jacques, AUBERT, Jean-Luc et SAVAUX, Eric. « Droit civil – Les obligations », v. 3, Le rapport d'obligation, 6^e éd., Sirey, 2009, n° 255, p. 228 ; MALAURIE, Philippe, AYNÈS, Laurent et STOFFEL-MUNCK, Philippe. « Les obligations », 3^e éd., Defrénois, 2007, n° 881, p. 464 ; GHESTIN, Jacques, BILLIAU, Marc et JAMIN, Christophe. « Traité de droit civil – Les effets du contrat », 3^e éd., LJDG, 2001, n° 536, p. 594.

¹⁹¹³ Indiquant cette pratique en France, v. CALAIS-AULOY, Jean et STEINMETZ, Frank. « Droit de la consommation », *op. cit.*, n° 364, p. 403 ; PIEDELIÈVRE, Stéphane. « Droit de la consommation », *op. cit.*, n° 329, p. 258.

¹⁹¹⁴ Sur ces deux aspects des clauses pénales, v. PAISANT, Gilles. « Dix ans d'application de la réforme des articles 1152 et 1231 du code civil relative à la clause pénale », RTD civ. 1985, p. 647, n° 1 ; PIMONT, Sébastien. « Clause pénale », Rép. civ. Dalloz, 2010, n° 28.

¹⁹¹⁵ PAISANT, Gilles. « Dix ans d'application de la réforme des articles 1152 et 1231 du code civil relative à la clause pénale », *op. cit.*, n° 4, qui cite l'expression de MALAURIE, Philippe (D. 1972, p. 733). L'auteur se réfère spécialement au pouvoir modérateur du juge devant des clauses pénales manifestement excessives.

¹⁹¹⁶ V. n° 439 *supra*.

a) Le contrôle par voie législative

580. En France, le Code de la consommation organise le régime des indemnités sanctionnant l'inexécution des obligations du consommateur, tant pour le crédit à la consommation (I) que pour le crédit immobilier (II).

I – Le régime de l'inexécution en matière de crédit à la consommation

581. L'article L. 311-30 du Code prévoit, tout d'abord, que le prêteur pourra exiger le remboursement immédiat du capital restant dû. Il s'agit de ce qu'on désigne par la « déchéance du terme »¹⁹¹⁷ dont les effets ressemblent à ceux d'une résiliation¹⁹¹⁸. On notera que le fournisseur de crédit n'est pas légitimé à exiger le paiement immédiat de la totalité des intérêts non encore échus. Ceci se justifie par le fait que l'exécution immédiate de ce qui n'était dû qu'à terme impliquerait un enrichissement injustifié de sa part, alors que le consommateur serait aussitôt privé du crédit mis à sa disposition. En pratique, souvent les contrats de crédit reproduisent le dispositif du Code en prévoyant des clauses aux termes desquelles « le contrat sera résilié de plein droit et sans aucune formalité à l'échéance impayée »¹⁹¹⁹. Malgré une telle rédaction, la Cour de cassation précise que la déchéance du terme n'est jamais une sanction automatique, le dispositif légal employant la locution « pourra exiger ». Par conséquent, elle ne se produit que si le prêteur décide de s'en prévaloir¹⁹²⁰.

582. Les intérêts moratoires – Par disposition expresse du Code de la consommation¹⁹²¹, le solde de la dette en capital, majoré des intérêts échus mais non payés, produit des intérêts moratoires à un taux égal à celui du prêt jusqu'à la date du règlement

¹⁹¹⁷ Le verbe déchoir dérive du latin pop. *decadere*, de *cadere* : tomber ; v. CORNU, Gérard. « Vocabulaire juridique », 5^e éd., 1996, mot « déchéance ». On avance que le fondement d'une telle sanction réside dans la perte de confiance du créancier : v. MALAURIE, Philippe, AYNÈS, Laurent et GAUTIER, Pierre-Yves. « Les contrats spéciaux », 4^e éd., Defrénois, 2009, p. 549 ; GRUA, François. « Prêt de consommation ou prêt simple », Juris-Classeur civil, 2006, n° 220 ; CORNU, Gérard. « Vocabulaire juridique », 5^e éd., 1996 ; FLOUR, Jacques, AUBERT, Jean-Luc et SAVAUX, Eric. « Droit civil – Les obligations », v. 3, Le rapport d'obligation, 6^e éd., Sirey, 2009, n° 272, p. 243. Le terme, prévu dans le Code de la consommation sur le traitement des situations de surendettement (art. L. 331-7) et sur le prêt viager hypothécaire (art. L. 314-15) n'est cependant pas systématisé en droit français. V. SAUTEL, Olivier. « Sur la déchéance en droit privé – contribution à la théorie de la permanence de la cause », Dalloz 1999, p. 487. Il ne s'agit pas de la « decadência » prévue au Code civil brésilien, laquelle semble se rapprocher techniquement plutôt de la forclusion d'une action ; en ce sens, v. CARBONNIER, Jean. « Droit civil – les obligations », PUF, 2004, n° 1274, p. 2518.

¹⁹¹⁸ CALAIS-AULOY, Jean et STEINMETZ, Frank. « Droit de la consommation », *op. cit.*, n° 364, p. 403. Certains auteurs assimilent cependant les effets de la déchéance à ceux d'une résolution : MALAURIE, Philippe, AYNÈS, Laurent et GAUTIER, Pierre-Yves. « Les contrats spéciaux », 4^e éd., Defrénois, 2009, n° 939, p. 551 ; MALAURIE, Philippe, AYNÈS, Laurent et STOFFEL-MUNCK, Philippe. « Les obligations », 3^e éd., Defrénois, 2007, n° 876, p. 459 ; PETEL-TEYSSIE, Isabelle. « Prêt à intérêt », Juris-Classeur civil, 2000, n° 144.

¹⁹¹⁹ Par ex., les conditions générales des « prêt personnel expresso », « prêt étudiant évolutif » et « crédit alterna » (renouvelable) de la Société Générale ; crédit « libertel » de la HSBC. La doctrine en entretient la confusion en les désignant « clauses résolutoires » : GRUA, François. « Prêt de consommation ou prêt simple », Juris-Classeur civil, 2006, n° 236 ; MALAURIE, Philippe, AYNÈS, Laurent et STOFFEL-MUNCK, Philippe. « Les obligations », 3^e éd., Defrénois, 2007, n° 888, p. 471.

¹⁹²⁰ Cass. 2^e civ. 7 juill. 1998 : Bull. civ. II, n° 241 ; pourvoi n° 96-16161. Pour une critique de cette décision, laquelle aboutit à reporter le point de départ du délai de forclusion lorsqu'on considère que les paiements ultérieurs sont venus régulariser les non-paiements précédents, v. FLORES, Philippe et BIARDEAUD, Gérard. « La protection de l'emprunteur : une notion menacée », D. 2001, p. 191. Soutenant la validité de telles clauses en droit commun, v. MALAURIE, Philippe, AYNÈS, Laurent et STOFFEL-MUNCK, Philippe. « Les obligations », 3^e éd., Defrénois, 2007, n° 888, p. 471.

¹⁹²¹ Art. L. 311-24 du Code consom., dont l'entrée en vigueur est reportée au 1^{er} mai 2011 (ancien art. L. 311-30).

effectif¹⁹²². La jurisprudence décide que le point de départ de ces intérêts est la date de la mise en demeure du débiteur de payer la dette¹⁹²³. Cette solution est d'autant plus logique que, jusqu'au moment où le prêteur fait connaître au consommateur qu'il souhaite la restitution immédiate du capital restant dû, les intérêts échus et non payés viennent s'ajouter à cette somme et produisent, à leur tour, des intérêts de retard au taux conventionnel. Le contraire, c'est-à-dire faire courir les intérêts moratoires à partir de la date de défaillance du consommateur, reviendrait à capitaliser les intérêts échus une première fois avant la déchéance du terme et une seconde fois après celle-ci¹⁹²⁴.

583. La clause pénale – Enfin, pour réparer le préjudice subi du fait de l'extinction précoce de l'opération, le fournisseur de crédit dispose d'une faculté de stipuler le paiement d'indemnités supplémentaires. L'article D. 311-1 du Code de la consommation prévoit qu'il peut demander jusqu'à 8% du capital restant dû à la date de la défaillance¹⁹²⁵. Toutefois, s'il se prévaut d'une clause pénale conventionnelle, il ne peut pas demander des dommages-intérêts visant à réparer le même préjudice¹⁹²⁶. La jurisprudence précise aussi, à juste titre, que le montant de l'indemnité contractuelle ne produit des intérêts moratoires qu'au seul taux légal¹⁹²⁷. Suivant les dispositions de l'article D. 311-2 du même Code, lorsque le prêteur n'exige pas le remboursement immédiat du capital restant dû, il peut demander à l'emprunteur défaillant une indemnité égale à 8 % des échéances échues impayées. Cependant, dans le cas où le prêteur accepte des reports d'échéances à venir, le montant de l'indemnité est ramené à 4 % des échéances reportées. Aucune indemnité ni aucun frais autres que ceux mentionnés ci-dessus ne peuvent être mis à la charge de l'emprunteur¹⁹²⁸. Cette interdiction ne comprend toutefois pas le remboursement des « frais taxables » qui auront été occasionnés au prêteur par la défaillance du consommateur, par exemple, les frais de justice et les honoraires d'avocat¹⁹²⁹, à l'exclusion de tout remboursement forfaitaire de frais de recouvrement¹⁹³⁰. Des limitations similaires existent pour les opérations de crédit immobilier.

¹⁹²² Cass. 1^{re} civ. 10 janv. 1995 : Bull. civ. I, n° 28 ; pourvoi n° 92-20929.

¹⁹²³ Par application de l'art. 1153, al. 3, du Code civil ; v. CA Paris 5 nov. 1996 : Juris-Data n° 1996-023972 ; CA Versailles 12 fév. 1999 : Juris-Data n° 1999-121710 ; CA Montpellier 14 janv. 1998 : Juris-Data n° 1998-034512.

¹⁹²⁴ V. CA Paris 14 avr. 2005 : Juris-Data n° 2005-275067 (justifiant cette mesure par le fait que, « dérogoires du droit commun, les dispositions de l'article L. 311-30 doivent être interprétées strictement ») ; CA Paris 22 juin 2006 : Juris-Data n° 2006-304648.

¹⁹²⁵ On peut penser que cette règle sera conservée lors de l'adoption du décret auquel le nouvel art. L. 311-24 renvoie.

¹⁹²⁶ CA Rennes 18 sept. 2003 : Juris-Data n° 2003-229009 ; CCC 2004, comm. n° 66, obs. RAYMOND, Guy ; CA Versailles 12 fév. 1999, préc.

¹⁹²⁷ L'art. 1153-1 du Code civil fixe le point de départ des intérêts à la date du jugement, « à moins que le juge n'en décide autrement ». V., fixant le point de départ à la date de la mise en demeure : CA Rennes 18 sept. 2003, préc. ; CA Paris 22 juin 2006, préc., (date de l'assignation valant mise en demeure). Fixant cependant le point de départ à la date du jugement, v. CA Paris, 2 avr. 1998 : Juris-Data n° 1998-021606.

¹⁹²⁸ Art. L. 311-23, al. 1^{er}, dont l'entrée est reportée au 1^{er} mai 2011 (ancien art. L. 311-32, al. 1^{er}).

¹⁹²⁹ Ces sommes correspondent aux frais prévus aux arts. 695 et 700 du Code de proc. civ. ; v. Lamy droit économique 2010, n° 5891.

¹⁹³⁰ Art. L. 311-23, al. 2 (ancien art. L. 311-32, al. 2).

II – Le régime de l'inexécution en matière de crédit immobilier

584. La « résolution » du contrat – Dans ce domaine, c'est le législateur lui-même qui dénomme « résolution » l'extinction du contrat, suite à l'inexécution par l'emprunteur de ses obligations. L'article L. 312-22 prévoit que « lorsque le prêteur est amené à demander la résolution du contrat, il peut exiger le remboursement immédiat du capital restant dû ainsi que le paiement des intérêts échus ». Malgré la rédaction du dispositif, il s'agit normalement, de même que pour les opérations précédentes, d'une résiliation du contrat, la période d'exécution normale des obligations demeurant inchangée¹⁹³¹. Dans le même ordre d'idées, le dispositif mentionné prévoit que, jusqu'à la date du règlement effectif, ces sommes produisent des intérêts de retard à un taux égal à celui du prêt.

585. La clause pénale – Enfin, le prêteur peut demander à l'emprunteur défaillant une indemnité qui ne peut dépasser 7 % des sommes dues au titre du capital restant dû ainsi que des intérêts échus et non versés¹⁹³². S'il décide, néanmoins, de ne pas demander la restitution immédiate du capital restant dû, il peut majorer, dans la limite de trois points¹⁹³³, le taux d'intérêt que l'emprunteur aura à payer « jusqu'à ce qu'il ait repris le cours normal des échéances contractuelles »¹⁹³⁴. Des limitations sont encore prévues pour certaines opérations relevant du secteur réglementé¹⁹³⁵. Aucune indemnité ni aucun coût autres que ceux qui sont mentionnés à l'article L. 312-22 ne peuvent être mis à la charge de l'emprunteur, sauf, « sur justification »¹⁹³⁶, des frais taxables.

586. À s'en tenir à l'activité du seul législateur, le consommateur de crédit en France semblerait ainsi très largement protégé par rapport à la situation du consommateur au Brésil. Dans ce pays, en l'absence de limites légales ou réglementaires, des abus sont constamment pratiqués par les fournisseurs de crédit. Le juge ne reste cependant pas sans réagir devant ces pratiques.

b) Le contrôle par voie jurisprudentielle

587. Intérêts moratoires, intérêts compensatoires, actualisations monétaires, frais de recouvrement, commissions, pénalités... sont autant de charges – que la pratique brésilienne dénomme « encargos da inadimplência » (charges de l'inexécution) – couramment prévues dans les contrats d'adhésion constatant des opérations de crédit pour sanctionner la défaillance

¹⁹³¹ La cour de cassation semble cependant employer les deux termes indifféremment (en ce sens, v. GHESTIN, Jacques, BILLIAU, Marc et JAMIN, Christophe. « Traité de droit civil – Les effets du contrat », *op. cit.*, n° 536, p. 594). Par ex., v. Cass. com. 3 mai 2006 : Bull. civ. IV, n° 102 ; pourvoi n° 02-11211, où sont évoquées tantôt « la résolution du contrat », tantôt « les indemnités contractuelles de résiliation ».

¹⁹³² Art. R. 312-3.

¹⁹³³ Art. R. 312-3.

¹⁹³⁴ Art. L. 312-22.

¹⁹³⁵ Art. R. 312-3 : « pour les avances prévues aux articles R. 317-1 et suivants du code de la construction et de l'habitation, il est appliqué un intérêt qui ne peut excéder le plus élevé des taux d'intérêts maximaux des prêts conventionnés garantis par l'Etat en application de l'article R. 312-3-1 du code de la construction et de l'habitation applicable au moment de l'offre d'avance ».

¹⁹³⁶ Art. L. 312-23 : « ...à l'exclusion de tout remboursement forfaitaire de frais de recouvrement ».

du consommateur (I). En droit, cependant, la surcharge de sanctions n'ayant pas de rapport avec le préjudice subi ou, plus encore, avec le risque d'inexécution des obligations du consommateur, est révélatrice d'un abus. Chaque élément composant la globalité de ces charges doit être justifié, c'est-à-dire il faut qu'il ait une finalité précise¹⁹³⁷. La jurisprudence s'efforce continuellement de rendre une certaine cohérence à la pratique (II).

I – La pratique des sanctions de l'inexécution contractuelle

588. Les contrats de crédit prévoient systématiquement la faculté pour le prêteur d'en prononcer la « rescision » ou la « résolution »¹⁹³⁸ en cas d'inexécution par le consommateur d'une quelconque de ses obligations. Tout en conservant les sommes jusqu'alors payées, les établissements de crédit exigent encore le paiement du montant de la dette restant dû. Toutefois, pour « montant de la dette restant dû », ils entendent non seulement le capital restant dû majoré des intérêts échus et non payés, mais aussi les intérêts contractuels non encore échus. Autrement dit, ils exigent du consommateur défaillant l'exécution immédiate de toutes ses obligations contractuelles, lesquelles n'étaient dues qu'à terme. Économiquement, non seulement le prêteur ne subit aucun manque à gagner¹⁹³⁹, mais aussi, et incontestablement, il s'enrichit au-delà de ses prévisions pour autant, évidemment, que le débiteur défaillant soit en mesure de payer ces sommes immédiatement...

589. En outre, la plupart des contrats de crédit à la consommation prévoient une clause pénale dite « comissão de permanência ». Celle-ci consiste en un ratio calculé sur le « montant de la dette restant dû » précédemment évoqué. À l'origine, cette commission avait été imaginée par les fournisseurs de crédit pour remédier aux effets de l'inflation, lorsque des indices officiels d'actualisation monétaire n'existaient pas pour les opérations concernées¹⁹⁴⁰. Le Conseil Monétaire National a fini par admettre la stipulation de telles clauses dans l'une de ses résolutions¹⁹⁴¹. Le montant de la clause pénale est toutefois, en pratique, rarement indiqué dans le contrat. La clause qui la prévoit se borne, le plus souvent, à indiquer qu'une « commission de permanence calculée au taux du marché, conformément à la faculté prévue par la résolution n° 1.129 du 15 mai 1986 du CMN, sera appliquée au montant des échéances impayées ou, en cas

¹⁹³⁷ L'art. 404 du Code civil/2002 prévoit que le préjudice causé par l'inexécution d'une obligation est réparable, dans les dettes d'argent, par le paiement : d'intérêts moratoires, de frais de justice et d'honoraires d'avocat, sans préjudice d'une peine conventionnelle ; enfin, ces sommes sont actualisées par des indices officiels d'actualisation monétaire.

¹⁹³⁸ Sur la validité des clauses résolutoires en droit brésilien, v. PEREIRA, Caio Mário da Silva. « Instituições de direito civil », v. 3, 6^e éd., Forense, 1984, n° 214, p. 105 ; AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. « Extinção dos contratos por incumprimento do devedor – Resolução », *op. cit.*, n° 19, p. 55.

¹⁹³⁹ Les arts. 410 et 412 du Code civil/2002 prévoient que le créancier a le choix entre, d'une part, se prévaloir d'une clause pénale prévue pour le cas d'inexécution totale – dans la limite du montant de l'obligation principale – et, d'autre part, demander l'exécution de celle-ci.

¹⁹⁴⁰ STJ-Resp n° 21.369/SP, rel. Min. Cláudio Santos, 3^e T., j. 5.6.1990, DJ 6.8.1990.

¹⁹⁴¹ Rés. n° 15/66, reprise par la rés. n° 1.129 du 15.5.1986.

d'inexécution totale, au montant de la dette restant dû ; elle sera capitalisée au dernier jour de chaque mois et à la date du règlement effectif, sans préjudice des intérêts de retard »¹⁹⁴².

590. Enfin, une pénalité (« multa ») d'un montant compris entre 2% et 10% est toujours stipulée pour les incidents de paiement. Elle est calculée, en pratique, une première fois sur le montant de chaque échéance impayée, ensuite une deuxième fois sur la totalité des sommes qu'on vient de décrire lors du règlement effectif. Dans les opérations de découvert en compte (« cheque especial ») – où des paiements échelonnés ne sont pas stipulés – certaines banques vont jusqu'à prévoir cette peine pour chaque versement partiel que le débiteur réalise¹⁹⁴³, alors même que ces versements contribuent au paiement de la dette jusqu'à son règlement total. L'article 52, § 1^o, du Code du consommateur prévoit, depuis une modification intervenue en 1996¹⁹⁴⁴, que « les pénalités de retard résultant de l'inexécution d'une obligation à son terme n'excéderont pas de 2% la valeur la prestation ». En toute apparence, cette pénalité correspond aux dommages-intérêts destinés à réparer le préjudice subi du fait du *retard* – c'est la littéralité du dispositif – dans le paiement des échéances du crédit. Ainsi, demander, en sus de cette pénalité, des intérêts moratoires semblerait un *bis in idem*. Ce raisonnement n'empêche cependant pas les établissements de crédit d'exiger encore le paiement d'intérêts moratoires calculés sur la totalité des sommes exigées.

591. Alors qu'en France on a pu parler de « terrorisme contractuel », le tableau dressé par la pratique brésilienne des sanctions du consommateur défaillant est, pour le moins, caricatural. On pénètre ainsi un domaine très sensible qui génère l'un des contentieux les plus lourds en matière d'opérations de crédit. Poursuivi en justice, l'emprunteur invoque les articles 6^o, al. V et 51, al. IV, du Code du consommateur afin d'obtenir l'allègement du montant des indemnités qui lui sont réclamées. La question est appréciée, de manière presque hebdomadaire, par le *Superior Tribunal de Justiça*. Celui-ci a tenté, tout récemment, de procéder à une uniformisation en la matière mais la jurisprudence reste à ce jour très incertaine.

II – La solution jurisprudentielle

592. Le STJ admet *a priori* les clauses de résiliation, de manière à ce que la période d'exécution normale de l'opération de crédit demeure inchangée. Les opérations de crédit conclues avec des professionnels autres que les établissements soumis au contrôle du Conseil Monétaire National ne soulèvent pas de problèmes majeurs car elles sont soumises au droit commun de l'inexécution contractuelle. En revanche, un ensemble vaste et complexe de règles d'origine jurisprudentielle s'est formé à propos des opérations conclues avec des établissements de crédit. Dans ces cas, les magistrats font souvent preuve de pragmatisme à

¹⁹⁴² V., par ex., les conditions générales des contrats d'ouverture de crédit (« crédito rotativo – CDC automático », clause n^o 11), de découvert en compte (« cheque especial », clause n^o 7, paragraphe unique) et d'utilisation d'une carte de crédit avec financement (clause n^o 14.2, a) proposés par la Banque du Brésil.

¹⁹⁴³ V., par ex., la clause n^o 7, paragraphe unique, des conditions générales du contrat de « cheque especial » proposé par la Banque du Brésil.

¹⁹⁴⁴ Art. de la loi n^o 9.298 du 1996.

l'égard des stipulations contractuelles relatives aux sanctions de la défaillance du consommateur.

593. La rémunération du fournisseur de crédit – Tout d'abord, des intérêts que la jurisprudence dénomme *rémunératoires* peuvent être perçus à partir de la date de la défaillance, pour autant qu'ils soient stipulés au contrat¹⁹⁴⁵. Il apparaît concevable de faire produire au capital restant dû¹⁹⁴⁶ des intérêts au taux convenu car ils tiennent lieu de clause pénale. Dans un esprit interventionniste – ou plutôt dirigiste – les magistrats du STJ ont posé comme règle générale¹⁹⁴⁷, le 22 février 2001, qu'en cas d'inexécution des obligations de l'emprunteur, les sommes dues « produisent des intérêts au taux moyen du marché »¹⁹⁴⁸. Deux ans plus tard, sur le fondement, cette fois-ci, des dispositions du Code du consommateur, ils ont rendu un arrêt d'uniformisation instituant une double limite : le taux moyen du marché n'excédera pas le « taux du contrat »¹⁹⁴⁹. Un avis n° 296 de la *summula* de la Cour est venu confirmer, le 12 mai 2004, les arrêts précédents¹⁹⁵⁰. Certaines décisions affirment encore que le juge dispose d'un pouvoir de contrôle des abus commis dans la fixation de ces intérêts¹⁹⁵¹. Dans la pratique judiciaire, cependant, ce contrôle se résumera à la recherche du moins élevé des deux montants : celui prévu au contrat ou le taux d'intérêts moyen du marché.

594. Telles qu'énoncées par le STJ, ces solutions s'appliquent aux opérations d'ouverture de crédit sans soulever de problèmes majeurs. En revanche, à propos des opérations à remboursements échelonnés, elle représente une source constante de confusions. Pour ce type d'opérations, lorsque la clause pénale, quel que soit son montant, consiste en un ratio, en une proportion, enfin, en un « taux d'intérêts », celui-ci ne peut s'appliquer qu'au montant du capital restant dû, majoré des seuls intérêts échus et non payés. Or, nous l'avons vu, l'appétence des fournisseurs de crédit les conduit à stipuler encore le paiement des intérêts non échus lors de la défaillance du consommateur. En droit strict, une telle stipulation s'analyse en une simple clause pénale, réductible par le juge, le cas échéant, sur constat d'une disproportion excessive, au visa de l'article 6^o, al. V, du Code du consommateur¹⁹⁵². Toutefois, en l'absence de précisions à cet égard dans les décisions du STJ, l'énoncé suivant lequel « les intérêts rémunératoires sont dûs, pendant la période d'inexécution, au taux moyen

¹⁹⁴⁵ STJ-Resp n° 402.483/RS, rel. Min. Castro Filho, 2^a Seção, j. 26.3.2003, DJ 5.5.2003.

¹⁹⁴⁶ Majoré des intérêts échus et non payés.

¹⁹⁴⁷ En l'espèce, les intérêts d'un crédit destiné à financer une exploitation agricole avaient été fixés à 51% par mois. Lors de la défaillance des emprunteurs, les juges du fond les avaient réduits au taux légal de 6% par an. Le STJ détermine l'application du taux conventionnel jusqu'au terme du prêt et, entre la date de la défaillance et celle du règlement effectif de la dette, le taux moyen du marché. L'arrêt déclare simplement que « rien ne justifie que le débiteur y soit astreint [au taux conventionnel] car ce taux, postérieurement, a subi une baisse substantielle ».

¹⁹⁴⁸ STJ-Resp n° 139.343/RS, rel. Min. Ari Pargendler, 2^a Seção, j. 22.2.2001, DJ 10.6.2002.

¹⁹⁴⁹ STJ-Resp n° 402.483/RS, rel. Min. Castro Filho, 2^a Seção, j. 26.3.2003, DJ 5.5.2003. En l'occurrence, une commission de permanence semblait être prévue, mais d'un montant équivalent à celui des intérêts du prêt. Les juges du fond l'avaient écartée sur le fondement du Code du consommateur, celui-ci n'ayant pas été modifié par le STJ.

¹⁹⁵⁰ « Les intérêts rémunératoires, non cumulés à la commission de permanence, sont dus pendant la période d'inexécution, au taux moyen du marché stipulé par la Banque Centrale, dans la limite du pourcentage convenu ».

¹⁹⁵¹ STJ-Resp n° 977.789/RS, rel. Min. Sidnei Beneti, 3^a T., j. 3.6.2008, DJ 20.6.2008.

¹⁹⁵² Souvent, ces hypothèses correspondent à des opérations où le fournisseur de crédit se réserve la faculté contractuelle de se faire restituer le bien financé par l'opération de crédit résiliée. V. n° 619 *infra*.

du marché stipulé par la Banque Centrale, dans la limite du pourcentage convenu », permet au créancier de procéder à un *bis in idem* : il fait produire de tels intérêts aux intérêts non encore échus. On souhaiterait qu'une telle distinction apparaisse dans les décisions du STJ.

595. Les charges moratoires – Sous ces mêmes réserves, sont encore dûs des intérêts de retard (« juros moratórios »), dans la limite du taux légal de 12% par an¹⁹⁵³. *A priori*, ceux-ci sont dûs à partir de la défaillance du consommateur¹⁹⁵⁴. Le retard du débiteur n'est cependant pas configuré lorsqu'un abus est constaté dans la fixation par le créancier des intérêts du prêt¹⁹⁵⁵. Les intérêts moratoires ne sont alors dûs, semble-t-il, qu'à partir de la date ou la décision de condamnation passe en force de chose jugée¹⁹⁵⁶. Dans ces hypothèses, la preuve de l'abus porte sur le seul le taux prévu pour la période d'exécution normale du contrat¹⁹⁵⁷, mais la capitalisation illégale d'intérêts constitue aussi une raison de report dudit point de départ¹⁹⁵⁸. Enfin, sous ces mêmes conditions, la pénalité de retard prévue à l'article 52, § 1^o, du Code du consommateur peut être exigée. Malgré la rédaction littérale de ce dispositif, la jurisprudence en retient un caractère exclusivement comminatoire, dont elle déduit la possibilité de cumul avec les intérêts moratoires¹⁹⁵⁹. Elle n'en précise pas pour autant les modalités de calcul. Cela est d'autant plus regrettable que les fournisseurs de crédit se basent sur le montant de toutes les sommes restant dues, alors que ledit dispositif se réfère au montant des échéances (« prestação »). Le cas échéant, ces sommes sont soumises à une actualisation monétaire par l'indice officiel (TR). En pratique, cependant, très peu d'établissements de crédit se bornent à stipuler dans leurs contrats d'adhésion les indemnités qu'on vient de décrire. Dans la quasi-totalité des opérations, une clause pénale additionnelle est encore prévue. Le « droit jurisprudentiel », en la matière, constitue un domaine normatif très évolutif. Le juriste le moins attaché à des impératifs de sécurité juridique n'en resterait pas moins stupéfait devant l'oscillation de la jurisprudence brésilienne digne d'un véritable feuilleton judiciaire.

596. La « comissão de permanência » – Pendant plusieurs années, la jurisprudence a fait preuve d'hésitations à l'égard de cette modalité de clauses pénales, tantôt admettant

¹⁹⁵³ La jurisprudence applique la limite prévue dans le Code des impôts (« Código Tributário Nacional »), par l'effet d'un renvoi de l'art. 406 du Code civil/2002, pour autant, évidemment, que la compensation du trop perçu n'épuise pas le montant de la créance du fournisseur de crédit. V. STJ-Resp n° 1.061.530/RS, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 22.10.2008, préc. ; STJ-AgRgResp n° 854.273/RS, rel. Min. Sidnei Beneti, 3^a T., j. 17.9.2009, DJ 6.10.2009.

¹⁹⁵⁴ Art. 397 du Code civil/2002.

¹⁹⁵⁵ STJ-Resp n° 1.061.530/RS, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 22.10.2008, préc.

¹⁹⁵⁶ Retenue retenue à propos de la commission de permanence (STJ-AgRgResp n° 1.032.626/MS, rel. Min. Vasco della Giustina, 3^a T., j. 18.8.2009, DJ 2.9.2009 ; dans le même sens, mais implicitement, v. STJ-AgRgResp n° 989240/RS, rel. p. ac. Min. João O. Noronha, 2^a Seção, j. 14.10.2009, DJ 2.3.2010 – c'était l'avis du rapporteur, Min. Ari Pargendler, lequel a été évincé, mais pour un autre fondement, à savoir l'absence d'abus résultant de la seule capitalisation d'intérêts, le retard étant dès lors constitué à partir du moment où l'obligation du débiteur devient exigible) cette solution doit s'appliquer par analogie aux intérêts moratoires.

¹⁹⁵⁷ L'abus commis dans la fixation des intérêts prévus pour la défaillance du consommateur est alors sans incidence sur ce point de départ. Dans ce cas, le retard est caractérisé dès ce moment, ou, le cas échéant, dès la mise en demeure.

¹⁹⁵⁸ STJ-Resp n° 1.061.530/RS, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 22.10.2008, préc., p. 21 ; *contra*, v. STJ-AgRgResp n° 989240/RS, rel. p. ac. Min. João O. Noronha, 2^a Seção, j. 14.10.2009, DJ 2.3.2010.

¹⁹⁵⁹ STJ-Resp n° 787.454/RS, rel. Min. Ari Pargendler, 2^a Seção, j. 14.12.2005, DJ 13.3.2006.

purement et simplement son cumul avec les indemnités précédemment évoquées¹⁹⁶⁰, tantôt déclarant leur incompatibilité¹⁹⁶¹. Les réticences émises par certains magistrats concernent, notamment, l'absence de transparence qui entoure la rédaction de ces clauses¹⁹⁶², lesquelles renvoient généralement, par une formule très laconique, au « taux moyen du marché »¹⁹⁶³. Le STJ a fini par admettre leur validité. Cependant, afin de freiner l'avidité des établissements de crédit, les magistrats essayent, par une jurisprudence très mouvante, d'en établir le régime juridique.

597. La validité du renvoi au taux moyen du marché – Dans un litige où la Banque du Brésil S/A réclamait le paiement du montant de la commission à une industrie de distillation à laquelle une ouverture de crédit avait été accordée, le Tribunal de Justice de Rio Grande do Sul l'a déboutée de sa demande. S'appuyant sur les dispositions du Code du consommateur, les juges du fond ont déclaré la clause abusive au motif que la fixation de son montant était soumise à la discrétion de la seule banque. Sur pourvoi formé par celle-ci, la majorité des magistrats de la 2^{nde} section de droit privé du STJ, par une décision du 12 mars 2003, a censuré les juges du fond et validé le renvoi opéré par la clause litigieuse. L'arrêt a été censuré, non pas parce que le débiteur n'était pas un consommateur, mais sous prétexte que « le taux du marché est la seule référence conforme à sa fonction [de la commission], à savoir que lorsque l'obligation devenue exigible n'est pas exécutée, l'argent prêté soit rémunéré suivant les standards de l'époque, en préservant l'économie du contrat »¹⁹⁶⁴.

598. La légitimité douteuse du renvoi au taux moyen du marché – Cette solution pose des difficultés sérieuses pour la fixation d'un tel taux. Quels éléments économiques sont pris en compte dans ce calcul ? Les contrats ne comportant aucune stipulation expresse du taux, le sont-ils au même titre que ceux dans lesquels un taux est ainsi vérifiable ?¹⁹⁶⁵ À s'en

¹⁹⁶⁰ V., par ex., STJ-Resp n° 5.705/ES, rel. Min. Barros Monteiro, 4^a T., j. 13.11.1990, DJ 17.12.1990.

¹⁹⁶¹ STJ-Eresp n° 8.706/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, 2^a Seção, j. 14.8.1991, DJ 7.10.1991.

¹⁹⁶² STJ-Resp n° 1.061.530/RS, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 22.10.2008, préc., dans sa partie relative à l'analyse du cas concret (« recurso representativo ») ; v. aussi l'avis – minoritaire – de la Min. Nancy Andrighi dans les arrêts suivants : STJ-Resp n° 1.058.114/RS, rel. p. ac. Min. João O. Noronha, 2^a Seção, j. 12.8.2009 ; STJ-Resp n° 1.063.343/RS, rel. p. ac. Min. João O. Noronha, 2^a Seção, j. 12.8.2009. Également minoritaire, v. l'avis du Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior dans l'arrêt STJ-Resp n° 271.214/RS, rel. p. ac. Min. Menezes Direito, 2^a Seção, j. 12.3.2003, DJ 4.8.2003.

¹⁹⁶³ La résolution n° 1.129/1986 du Conseil Monétaire National avait admis sa stipulation « aux mêmes taux du contrat ou au taux du marché du jour du paiement ».

¹⁹⁶⁴ STJ-Resp n° 271.214/RS, rel. p. ac. Min. Menezes Direito, 2^a Seção, j. 12.3.2003, DJ 4.8.2003.

¹⁹⁶⁵ Le STJ admet qu'en l'absence de stipulation d'un taux d'intérêts, c'est le taux du marché qui s'applique : STJ-ED-Resp n° 715.894/PR, rel. min. Nancy Andrighi, 2^a Seção, j. 14.10.2008, DJ 3.11.2008, où il est affirmé, par un raisonnement de nature économique critiquable, que « l'adaptation du contrat ainsi réalisée est en conformité avec les usages locaux et ce que commande exactement la bonne foi ». Cette solution nuit à la transparence du marché. Elle incite les fournisseurs de crédit, soit à ne jamais indiquer un taux d'intérêts dans les contrats conclus avec les consommateurs, soit à stipuler des clauses que la jurisprudence considère systématiquement comme nulles. Ceux-ci peuvent alors proposer un taux initial inférieur à la moyenne du marché et procéder par la suite à son augmentation car, quoi qu'il arrive, ils sont assurés de ne jamais percevoir moins que cette moyenne. Dans ces conditions, la capacité du consommateur de faire jouer la concurrence se trouve très réduite. Les variations de ce taux moyen dans le temps restent, pour lui, le seul paramètre de comparaison efficace. Une action en justice intentée *a posteriori* peut éventuellement lui conférer le droit de faire appliquer à son contrat la moyenne du marché. En imaginant que les plaignants soient nombreux, celle-ci deviendrait, à terme, un seuil jurisprudentiel fixe, toute concurrence étant alors éliminée. À en croire les termes de la décision analysée, toutefois, cette solution apparaît comme un exemple de

tenir à la réalité la plus stricte, il s'agirait du chiffre obtenu par la moyenne arithmétique des taux pratiqués, pendant une période donnée, dans toutes les opérations similaires conclues avec des consommateurs au sein du marché. Dans un arrêt récent, le STJ indique au demandeur le site internet de la Banque Centrale qui rend compte des taux pratiqués par les différents établissements de crédit...¹⁹⁶⁶ Imaginée, en réalité, pour bloquer une tendance des juges du fond, dans des espèces similaires, à appliquer au contrat le seul taux constitutionnel de 12% par an¹⁹⁶⁷, cette solution finit par permettre aux acteurs économiques de manipuler ladite moyenne du marché. Afin de la voir augmenter, il suffirait que chaque établissement de crédit prévoie un chiffre assez élevé dans un seul des contrats qu'ils concluent ; dans tous les autres, pour lesquels la clause stipulant la commission de permanence opérerait par renvoi, ces établissements bénéficieraient assez largement de la hausse des intérêts ainsi provoquée. Sans doute sensibles à de telles retombées économiques, les magistrats ont décidé d'approfondir leur démarche. En l'absence de réaction de la part de l'autorité réglementaire face aux pratiques du marché, les magistrats ont cru bon d'encadrer, eux-mêmes, le régime juridique des commissions de permanence. La portée générale de l'énoncé de la solution qu'on vient de décrire est d'ailleurs révélatrice de l'esprit dirigiste qui les conduit. De la simple validation des clauses de fixation unilatérale du montant de la commission, un glissement s'est fait progressivement remarquer dans la jurisprudence du STJ.

599. Le régime juridique (actuel) de la commission de permanence – Dans l'esprit des magistrats, le jeu de la clause de renvoi devrait fonctionner en double sens, de manière à ce que l'évolution à la baisse du taux moyen du marché profite également au débiteur¹⁹⁶⁸. Craignant cependant que les fluctuations du marché dans le sens inverse nuisent trop gravement à la situation du débiteur, ils ont décidé de limiter le montant de la commission au « taux du contrat ». L'énoncée de principe (« ementa ») de la décision du 12 mars 2003 précise ainsi que ladite commission « est calculée au taux d'intérêts moyen du marché, affiché par la Banque Centrale, ne pouvant cependant pas excéder le taux du contrat ». Un avis n° 294 de la *summula* du STJ, adopté le 12 mai 2004, est venu confirmer cette orientation¹⁹⁶⁹. Un rapprochement¹⁹⁷⁰ évident est dès lors établi entre le régime de la commission de permanence et celui des intérêts « rémunérateurs » prévus pour la défaillance de l'emprunteur décrit ci-dessus : le taux de la commission applicable aux sommes dues par le débiteur sera le moins

« ce que commande la bonne foi » ; v., plus récemment, STJ-AgRgResp n° 1.015.238/RS, rel. min. Sidnei Beneti, 3^a T., j. 15.4.2008, DJ 7.5.2008.

¹⁹⁶⁶ STJ-ED-Resp n° 715.894/PR, rel. min. Nancy Andriighi, 2^a Seção, j. 14.10.2008, DJ 3.11.2008, p. 7 : « www.bcb.gov.br/?ecoimpom no quadro XLVIII da nota anexa; <http://www.bcb.gov.br/?TXCREDMES>, (acesso em 06.10.2008) [sic], na forma da Circular da Diretoria n°2.957, de 28 de dezembro de 1999 ».

¹⁹⁶⁷ V. n° 455 *supra*.

¹⁹⁶⁸ STJ-Resp n° 271.214/RS, préc., spéc. l'avis du Min. Ari Pargendler, p. 10.

¹⁹⁶⁹ « N'est pas potestative la clause contractuelle qui prévoit la commission de permanence, calculée au taux moyen du marché affiché par la Banque Centrale, et limitée au taux du contrat ».

¹⁹⁷⁰ Ce rapprochement est expressément déclaré dans l'arrêt du 12.3.2003 précité, p. 39 et 41.

élevé entre deux chiffres, soit le taux moyen du marché, soit celui prévu pour les intérêts du prêt¹⁹⁷¹.

600. Tout récemment, cependant, deux arrêts rendus par la 3^e chambre civile du STJ, l'un du 27 octobre 2009¹⁹⁷², l'autre du 5 novembre de la même année¹⁹⁷³, semblent inaugurer une nouvelle divergence avec la jurisprudence de la 2^{nde} section. Tout d'abord, ils affirment que des clauses de renvoi au taux du marché sont potestatives. Ensuite, alors qu'il semblait définitivement acquis que, pour limiter le montant de la commission de permanence, le « taux du contrat » auquel le juge doit se référer correspond aux intérêts du prêt¹⁹⁷⁴, parfois nommés aussi « juros da normalidade »¹⁹⁷⁵, ces arrêts affirment qu'il s'agit plutôt du taux fixé au contrat pour la propre commission. Supposant que, à terme, la jurisprudence de la 2^{nde} section du Tribunal prévaudra sur celle de ses chambres... on aboutit, en pratique, aux hypothèses suivantes :

601. - Si le consommateur devient défaillant en époque de baisse des intérêts du marché, il bénéficie de cette baisse au cas où il contesterait en justice le montant de la commission de permanence exigée par le fournisseur de crédit.

602. - Si, à l'inverse, la résiliation du contrat est prononcée en époque de hausse des intérêts du marché, il supportera le taux d'intérêts du prêt (pour autant que celui-ci ait été fixé au contrat). Il se peut toutefois que, jusqu'au moment de la défaillance, ce taux ait été abusif, pendant un délai d'exécution assez long. Dans ce cas, le juge devra se borner à vérifier, le cas échéant sur demande reconventionnelle du consommateur, le caractère abusif des intérêts du prêt. On n'écartera d'ailleurs pas la possibilité qu'il soit incliné à procéder avec une certaine indulgence, envers le prêteur, dans l'appréciation de l'abus ainsi commis.

603. - Si, enfin, le contrat prévoit une clause d'intérêts variables, la moyenne des intérêts du marché lui sera applicable tant avant qu'après sa défaillance. Dans tous les cas, le sort du consommateur défaillant apparaît lié aux évolutions du marché au Brésil.

604. En limitant ainsi l'indemnisation due au fournisseur de crédit lors de la défaillance de l'emprunteur – au pis aller, au même montant des intérêts du prêt – la jurisprudence considère

¹⁹⁷¹ *Quid* lorsque les intérêts rémunérateurs du prêt sont, eux-mêmes, renvoyés par une clause du contrat au taux moyen du marché, voire en l'absence d'information contractuelle sur un taux quelconque ? La limitation imaginée par la jurisprudence pour la commission de permanence serait dès lors mise en échec.

¹⁹⁷² STJ-AgRgResp n° 694.382/RS, rel. Min. Paulo Furtado, 3^a T., j. 27.10.2009, DJ 23.11.2009.

¹⁹⁷³ STJ-AgRgResp n° 689.375/RS, rel. Min. Paulo Furtado, 3^a T., j. 5.11.2009, DJ 11.11.2009.

¹⁹⁷⁴ STJ-Resp n° 787.454/RS, 2^a Seção, j. 14.12.2005, préc. ; STJ-Resp n° 863.887/RS, 2^a Seção, j. 14.03.2007, préc. ; STJ-Resp n° 834.968/RS, 2^a Seção, j. 14.03.2007, préc. ; STJ-AgRgResp n° 854.273/RS, 3^a T., j. 17.9.2009, préc.

¹⁹⁷⁵ AgRgResp n° 999.885/RS, rel. Min. Honildo Castro, 4^a T., j. 18.8.2009, DJ 31.8.2009 ; STJ-EDclAgRgAg n° 854.987/RS, rel. Min. Massami Uyeda, 3^a T., j. 15.10.2009, DJ 10.12.2009 ; STJ-AgRgResp n° 960.880/RS, rel. Min. João O. Noronha, 4^a T., j. 3.12.2009, DJ 18.12.2009 ; STJ-AgRgResp n° 327.513/MG, rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4^a T., j. 17.12.2009, DJ 8.2.2010. Se référant cependant au seul « taux du contrat », v. STJ-AgRgResp n° 620.264/SC, rel. Min. Honildo Castro, 4^a T., j. 15.10.2009, DJ 26.10.2009 ; STJ-AgRgResp n° 1.069.614/MS, rel. Min. Nancy Andrighi, 3^a T., j. 15.12.2009, DJ 23.2.2010.

que la commission de permanence tient lieu, essentiellement, d'intérêts rémunérateurs¹⁹⁷⁶. Tout se passerait donc comme si le prêteur, à terme échu, concédait à son cocontractant un report de l'échéance du crédit jusqu'au règlement effectif de la dette. Or, ainsi organisée, l'opération ne diffère pas d'une modalité de prêt à terme indéterminé, la fixation de celui-ci étant laissée à la discrétion du seul débiteur. Cela serait sans doute vrai si les prêteurs ne stipulaient pas au contrat d'autres indemnités. En pratique, le débiteur est d'autant plus incité à rembourser sa dette au plus vite qu'il est conventionnellement encore redevable des charges moratoires ci-dessus décrites. La jurisprudence du STJ a dû évoluer pour freiner, ici encore, l'appétence des établissements de crédit.

605. L'évolution de la prohibition du *bis in idem* – Dans le prolongement d'une jurisprudence plus ancienne¹⁹⁷⁷, la décision du STJ du 12 mars 2003 a précisé, tout d'abord, que ladite commission « ne peut être cumulée, ni avec l'actualisation monétaire, ni avec les intérêts rémunérateurs »¹⁹⁷⁸. Ici encore, on regrettera le manque de clarté dont font preuve les énoncés du STJ. Certes, une référence y est faite à l'interdiction de cumuler des « intérêts rémunérateurs » avec le montant de la commission de permanence, elle-même composée d'intérêts dits rémunérateurs au taux moyen du marché ou du prêt ; cela évite que l'établissement de crédit puisse doubler le montant de son indemnisation. Cependant, un éclaircissement serait souhaitable dans les décisions de la Cour à propos des opérations de crédit à remboursements échelonnés, afin d'exclure les sommes relatives aux intérêts non encore échus du montant de celles auxquelles la commission s'applique.

606. En 2005, le STJ a dû procéder à une nouvelle uniformisation de sa jurisprudence. Comme la décision de 2003 avait fait droit à la demande de paiement des charges moratoires, une divergence s'était alors installée entre ses différentes formations quant à l'interdiction du cumul entre celles-ci et la commission de permanence. Le STJ explicite la solution déclarée en 2003 pour interdire ce nouveau cumul. Par deux décisions rendues le 27 avril 2005, la 2nde section de la Cour¹⁹⁷⁹ déclare que, désormais, la commission peut être perçue, mais de manière « non cumulée avec des intérêts rémunérateurs, des intérêts moratoires, l'indice d'actualisation monétaire, ni avec la pénalité de retard ». L'observation de la réalité du marché a conduit les magistrats à considérer que ces commissions remplissent, au-delà des fonctions d'une clause pénale traditionnelle, celles destinées à assurer, à la fois, la rémunération du capital non restitué, la réparation du préjudice causé par le retard du débiteur, la couverture des

¹⁹⁷⁶ V. l'avis du Min. Ari Pargendler, p. 10, *in fine*, lequel identifiait le montant de la commission, précisément, au montant des intérêts du prêt, dont il en résulterait qu'elle pourrait être réclamée outre la clause d'indexation (TR). L'avis majoritaire précise cependant qu'elle remplit une double fonction, à la fois de rémunération et d'actualisation monétaire ; v. l'avis du Min. Menezes Direito, p. 41.

¹⁹⁷⁷ V. l'avis n° 30 de la *summula* du STJ.

¹⁹⁷⁸ L'avis n° 296 de la *summula* de jurisprudence du STJ, approuvé le 12 mai 2004, est venu confirmer cette orientation. V. n° 593 *supra*.

¹⁹⁷⁹ STJ-AgRgResp n° 706.368/RS, rel. Nancy Andrichi, 2^a Seção, j. 27.4.2005, DJ 8.8.2005 ; STJ-AgRgResp n° 712.801/RS, rel. Min. Menezes Direito, 2^a Seção, j. 27.4.2005, DJ 4.5.2005.

risques d'inexécution et l'actualisation monétaire de la dette¹⁹⁸⁰. Créées non pas par voie législative mais par l'autorité réglementaire, elles sont « d'une compréhension difficile pour le consommateur », disent les magistrats¹⁹⁸¹. Or, ils ne tirent pas les conséquences de leur affirmation. Il est ainsi surprenant qu'en cas de demande de paiement cumulative, au lieu de déclarer la nullité de la clause stipulant la commission de permanence, ils décident que seule celle-ci est appliquée¹⁹⁸².

607. Les défenseurs des banques n'ont pas tardé à soulever une distorsion économique résultant de cette nouvelle organisation. Théoriquement, elle pourrait aboutir à ce que l'emprunteur se trouve, en cas d'inexécution de ses obligations, dans une position économique plus avantageuse que celle que lui procurait le prêt. Empêché désormais d'exiger le paiement d'indemnités supplémentaires, non seulement le fournisseur du crédit serait privé de la restitution du capital prêté, mais aussi, ces sommes produiraient, notamment en cas de baisse du taux moyen du marché, des intérêts dits rémunérateurs d'un montant moins élevé que celui initialement prévu. Ces arguments ont sensibilisé les magistrats du STJ. Le 14 décembre 2005¹⁹⁸³, la 2nde section a opéré un revirement. Elle a déclaré que, « quelle que soit la dénomination que l'on donne à ce que la pratique a nommé *commission de permanence*, la dette devenue exigible produit, de manière cumulée, des intérêts rémunérateurs au taux moyen du marché – dans la limite du taux convenu –, des intérêts moratoires et la pénalité contractuelle ». On peut penser que c'est en raison du défaut de précision dont pâtit cette solution, adoptée pourtant par scrutin unanime, que la même 2nde section, par deux arrêts du 14 mars 2007¹⁹⁸⁴ – dont l'un ajoute qu'« aucune autre somme ne peut être exigée en cas de défaillance »¹⁹⁸⁵ – a été amenée à réaffirmer sa nouvelle orientation, afin d'uniformiser la jurisprudence de la Cour.

608. Les « **pourvois répétitifs** » – Récemment, deux décisions importantes pour les consommateurs ont été rendues par la même formation du STJ. Cette fois-ci, les magistrats ont statué dans le cadre de la nouvelle procédure d'élimination des pourvois répétitifs (« *processos repetitivos* ») afin d'éviter l'encombrement de dossiers en la matière dont le Tribunal semble souffrir. Le 12 août 2009, la solution amorcée en décembre 2005 a été confirmée, mais des

¹⁹⁸⁰ Afin de s'en former une conviction, les magistrats ont sollicité extraordinairement à la Banque Centrale la réalisation d'expertises visant à identifier les éléments économiques composant les commissions de permanence. V. STJ-Resp n° 271.214/RS, rel. p. ac. Min. Menezes Direito, 2^a Seção, j. 12.3.2003, préc., p. 40 ; STJ-Resp n° 1.061.530/RS, rel. Min. Nancy Andrichi, j. 22.10.2008, préc.

¹⁹⁸¹ STJ-AgRgResp n° 712.801/RS, j. 27.4.2005, préc.

¹⁹⁸² STJ-AgRgResp n° 706.368/RS, rel. Min. Nancy Andrichi, 2^a Seção, j. 27.4.2005, DJ 8.8.2005 ; STJ-AgRgAg n° 921.380/RS, rel. Min. Sidnei Beneti, 3^a T., j. 23.4.2009, DJ 8.5.2009 ; STJ-AgRgResp n° 677.851/PR, rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4^a T., j. 28.4.2009, 11.5.2009 ; STJ-EDclAgRgAg n° 854.987/RS, rel. Min. Massami Uyeda, 3^a T., j. 15.10.2009, DJ 10.12.2009. *Contra*, écartant, dans ce cas, la commission de permanence, v. STJ-AgRgResp n° 327.513/MG, rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4^a T., j. 17.12.2009, DJ 8.2.2010 ; STJ-AgRgResp n° 1.052.209/MG, rel. Min. Aldir Passarinho, 4^a T., j. 16.6.2009, DJ 4.8.2009 ; STJ-AgRgResp n° 1.060.094/RS, rel. Min. Aldir Passarinho, 4^a T., j. 24.11.2009, DJ 18.12.2009.

¹⁹⁸³ STJ-Resp n° 787.454/RS, rel. Min. Ari Pargendler, 2^a Seção, j. 14.12.2005, DJ 13.3.2006.

¹⁹⁸⁴ STJ-Resp n° 834.968/RS, rel. Min. Ari Pargendler, 2^a Seção, j. 14.03.2007, DJ 7.5.2007 ; STJ-Resp n° 863.887/RS, rel. Min. Ari Pargendler, 2^a Seção, j. 14.03.2007, DJ 21.11.2008.

¹⁹⁸⁵ STJ-Resp n° 863.887/RS, préc.

restrictions importantes semblent avoir été apportées¹⁹⁸⁶. L'un des arrêts précise que cette solution n'est désormais appliquée qu'aux « contrats de prêt bancaire, quelles que soient ses modalités, où une relation de consommation est constituée, aux termes de la décision de la Cour constitutionnelle n° STF-ADI 2.591-1, du 7 juin 2006 »¹⁹⁸⁷. Avec des développements identiques, le dispositif du second arrêt restreint cependant davantage le domaine d'application de la jurisprudence qu'on vient de décrire, en ajoutant qu'en sont exclus certains titres de crédit (« cédulas de crédito rural, industrial e comercial »), les contrats relevant du secteur réglementé (SFH) et les opérations de « crédito consignado »¹⁹⁸⁸.

609. On peut s'étonner de ces attitudes restrictives de la part du STJ. Depuis 1991, la jurisprudence de la Cour faisait figure de droit commun de l'inexécution contractuelle des contrats de crédit bancaire. Cela permettait à tout professionnel de contester la stipulation de commissions de permanence de manière cumulée avec d'autres charges¹⁹⁸⁹. Par ailleurs, aucun des avis (n° 294 et 296) inscrits à la *summula* de la jurisprudence du Tribunal sur ce sujet ne fait référence à la protection des seuls consommateurs. On ne voit donc pas de raison pour bloquer l'accès à l'appréciation du STJ aux pourvois formés par ceux-ci, alors que la voie reste ouverte aux professionnels¹⁹⁹⁰. Quant aux contrats de crédit « consignado » et ceux relevant du secteur réglementé, l'exclusion opérée par ces arrêts profitera, certes, aux consommateurs, mais d'un point de vue strictement juridique, rien ne semble justifier la distinction désormais inscrite dans la jurisprudence¹⁹⁹¹. Enfin, apparemment « oubliées » dans ces derniers arrêts, les clauses d'indexation (actualisation monétaire) ont ainsi mérité deux nouvelles décisions rendues tout dernièrement, le 14 octobre¹⁹⁹² et le 25 novembre 2009¹⁹⁹³. Il y est expressément déclaré que ces clauses ne peuvent pas non plus être perçues en sus d'une commission de permanence.

610. On peut tenter de résumer les solutions de la jurisprudence de la manière suivante : dans le but d'encadrer la pratique des sanctions de la défaillance du consommateur elle limite, notamment, le montant de la commission de permanence au taux moyen des intérêts du marché, dans la limite du taux d'intérêts du prêt. Elle précise encore qu'à celui-ci s'ajoutent des intérêts moratoires et une « multa » de retard, mais elle n'autorise pas l'indexation monétaire. Malgré tous ces efforts d'uniformisation, on peut se demander si la 2^{nde} section de droit privé du STJ – dont les décisions se destinent, précisément, à éliminer les divergences existant entre les

¹⁹⁸⁶ Les arrêts non pas encore été publiés à ce jour. Seuls les avis des Min. Nancy Andrichi et Sidnei Beneti ont été rendus disponibles sur le site internet du STJ, le premier étant d'ailleurs minoritaire.

¹⁹⁸⁷ STJ-Resp n° 1.063.343/RS, rel. Min. João O. Noronha, 2^a Seção, j. 12.8.2009.

¹⁹⁸⁸ STJ-Resp n° 1.058.114/RS, rel. Min. João O. Noronha, 2^a Seção, j. 12.8.2009.

¹⁹⁸⁹ STJ-Eresp n° 8.706/SP, 2^a Seção, j. 14.8.1991, préc., où le débiteur était une entreprise de « vente de produits pour laboratoires ».

¹⁹⁹⁰ Il semble que la jurisprudence sur la prohibition du *bis in idem* relative aux indemnités de défaillance de l'emprunteur demeure applicable aux crédits bancaires conclus avec des professionnels : v. STJ-EDclAgRgAg n° 854.987/RS, 3^a T., j. 15.10.2009, préc. (décidé en faveur de Master Tools Ltda.) ; STJ-AgRgResp n° 960.880/RS, 4^a T., j. 3.12.2009, préc. (en faveur d'une société de courtage immobilier).

¹⁹⁹¹ Ces observations sont données à titre précaire, en attendant la publication desdits arrêts.

¹⁹⁹² STJ-AgRgResp n° 989240/RS, rel. Min. João O. Noronha, 2^a Seção, j. 14.10.2009, DJ 2.3.2010.

¹⁹⁹³ STJ-AgRgEDEResp n° 833.711/RS, rel. Min. Sidnei Beneti, 2^a Seção, j. 25.11.2009, DJ 2.12.2009.

3^e et 4^e chambres civiles de la Cour – n'est toutefois pas la seule formation à suivre ses propres orientations. Une confrontation de la jurisprudence rendue par les chambres civiles depuis les seuls arrêts du 12 août 2009 (d'élimination des pourvois répétitifs) semble démontrer, pour ainsi dire, un certain manque de rigueur de la part des magistrats. Quant à la 3^e chambre, d'abord, en six mois, neuf décisions ont été rendues ; seules trois adoptent la solution actuelle de la 2nde section¹⁹⁹⁴, les six restantes se bornant à reproduire l'orientation précédemment proclamée dans les arrêts du 27 avril 2005¹⁹⁹⁵. La 4^e chambre, à son tour, a rendu pas moins de seize décisions : deux d'entre elles adoptent expressément l'orientation actuelle de la 2nde section¹⁹⁹⁶, mais les quatorze autres s'en tiennent à l'énoncé du 27 avril 2005¹⁹⁹⁷.

611. Défaut de rigueur ou excès de souplesse, on comprend mal tous ces va-et-vient de la jurisprudence du STJ. Ce qui cause encore plus de perplexité, c'est que toutes ces décisions ont été rendues par scrutin unanime. Peut-être les magistrats, s'étant dès lors posés en autorité réglementaire (ou en législateur), se sont scrupuleusement imposé le principe de non rétroactivité des normes... jurisprudentielles, afin d'y accommoder les particularités de chaque cas d'espèce. Quoi qu'il en soit, au moins sur un aspect, le justiciable devrait pouvoir se fier à la relative régularité des décisions de la 2nde section de droit privé rendues depuis décembre 2005 : au cas où il deviendrait défaillant dans une opération conclue avec un établissement de crédit, les charges exigées par son créancier seraient nécessairement calculées par rapport au taux d'intérêts moyen du marché. Toutefois, en ce domaine encore, la seule certitude qu'on puisse avoir, c'est que l'incertitude règne...

612. La force normative des règles jurisprudentielles – Alors que le Conseil Monétaire National avait envisagé le renvoi conventionnel au taux moyen du marché comme une faculté, les magistrats du STJ semblent vouloir en faire une règle obligatoire. Ils n'ont pas hésité à avancer des arguments de nature purement économique afin de justifier leur

¹⁹⁹⁴ STJ-AgRgResp n° 1.032.626/MS, rel. Min. Vasco della Giustina, 3^a T., j. 18.8.2009, DJ 2.9.2009 ; STJ-AgRgResp n° 854.273/RS, rel. Min. Sidnei Beneti, 3^a T., j. 17.9.2009, DJ 6.10.2009 ; STJ-AgRgResp n° 989.239/MG, rel. Min. Vasco della Giustina, 3^a T., j. 6.10.2009, DJ 21.10.2009.

¹⁹⁹⁵ STJ-AgRgResp n° 1.043.483/MS, rel. Min. Nancy Andrichi, 3^a T., j. 18.8.2009, DJ 4.9.2009 ; STJ-AgRgAg n° 440.442/SP, rel. Min. Paulo Furtado, 3^a T., j. 6.10.2009, DJ 13.10.2009 ; STJ-EDclAgRgAg n° 854.987/RS, rel. Min. Massami Uyeda, 3^a T., j. 15.10.2009, DJ 10.12.2009 ; STJ-AgRgResp n° 694.382/RS, rel. Min. Paulo Furtado, 3^a T., j. 27.10.2009, DJ 23.11.2009 ; STJ-AgRgResp n° 689.375/RS, rel. Min. Paulo Furtado, 3^a T., j. 5.11.2009, DJ 11.11.2009 ; STJ-AgRgResp n° 1.069.614/MS, rel. Min. Nancy Andrichi, 3^a T., j. 15.12.2009, DJ 23.2.2010.

¹⁹⁹⁶ STJ-AgRgResp n° 942.883/RS, rel. Min. João O. Noronha, 4^a T., j. 4.2.2010, DJ 11.2.2010 ; STJ-AgRgResp n° 931482/RS, rel. Min. João O. Noronha, 4^a T., j. 18.2.2010, DJ 1.3.2010.

¹⁹⁹⁷ STJ-AgRgResp n° 712.198/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4^a T., j. 18.8.2009, DJ 2.9.2009 ; STJ-AgRgResp n° 999.885/RS, rel. Min. Honildo Castro, 4^a T., j. 18.8.2009, DJ 31.8.2009 ; STJ-AgRgAg n° 1.043.960/RS, rel. Min. Honildo Castro, 4^a T., j. 18.8.2009, DJ 31.8.2009 ; STJ-AgRgResp n° 441.186/RS, rel. Min. Honildo Castro, 4^a T., j. 15.9.2009, DJ 28.9.2009 ; STJ-AgRgEDclResp n° 784.655/SC, rel. Min. Honildo Castro, 4^a T., j. 1.10.2009, DJ 13.10.2009 ; STJ-AgRgResp n° 620.264/SC, rel. Min. Honildo Castro, 4^a T., j. 15.10.2009, DJ 26.10.2009 ; STJ-AgRgResp n° 1.060.094/RS, rel. Min. Aldir Passarinho, 4^a T., j. 24.11.2009, DJ 18.12.2009 ; STJ-AgRgAg n° 996.936/SC, rel. Min. João O. Noronha, 4^a T., j. 1.12.2009, DJ 14.12.2009 ; STJ-AgRgResp n° 960.880/RS, rel. Min. João O. Noronha, 4^a T., j. 3.12.2009, DJ 18.12.2009 ; STJ-AgRgResp n° 327.513/MG, rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4^a T., j. 17.12.2009, DJ 8.2.2010 ; STJ-AgRgResp n° 1.003.911/RS, rel. Min. João O. Noronha, 4^a T., j. 4.2.2010, DJ 11.2.2010 ; STJ-AgRgResp n° 1.052.298/MS, rel. Min. Aldir Passarinho, 4^a T., j. 4.2.2010, DJ 1.3.2010 ; STJ-AgRgResp n° 1.064.157/MS, rel. Min. Fernando Gonçalves, 4^a T., j. 9.2.2010, DJ 1.3.2010 ; STJ-AgRgResp n° 857.944/MG, rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4^a T., j. 9.2.2010, DJ 1.3.2010.

démarche. Depuis la décision du 12 mars 2003¹⁹⁹⁸, ils déclarent, par exemple, que « rien n'est plus incompatible avec la commission de permanence que sa fixation suivant des chiffres connus préalablement par les parties ». Cette déclaration a été d'ailleurs renouvelée par la 2^{nde} section, lors du revirement opéré le 14 décembre 2005¹⁹⁹⁹. On observera cependant que les hypothèses ayant conduit le STJ à former sa jurisprudence concernaient, précisément, des clauses de renvoi au taux du marché. L'avis n° 294 de la *summula* du Tribunal énonce ainsi qu'une telle clause « n'est pas potestative »²⁰⁰⁰. Est-ce à dire, pour autant, qu'elle devient obligatoire, alors même que le prêteur aurait fixé, dès la conclusion du contrat, le montant précis de la commission à un taux plus élevé que la moyenne des intérêts du marché ? Or, nous l'avons vu²⁰⁰¹, la substitution du taux moyen du marché à celui fixé par les parties constitue, avant tout, une affaire de réduction des intérêts d'un prêt : il s'agit du plancher fixé par la Cour lorsque les prestations des parties sont disproportionnées. Cependant, dans ce cas, le consommateur est encore tenu de prouver l'abus commis par le fournisseur de crédit. Faut-il croire qu'il en va de même pour le montant de la commission de permanence ? Autrement dit, le juge la réduit automatiquement à la moyenne du marché ou doit-il encore évaluer, d'après les allégations fournies en ce sens par le consommateur, un abus commis ?

613. En faveur de cette dernière solution, on pourrait faire valoir que, alors que le juge peut contrôler le montant des intérêts rémunératoires applicables à partir de la défaillance du consommateur²⁰⁰², il serait contradictoire qu'il ne puisse pas le faire pour le montant de la commission de permanence – dont l'un des éléments constitue, précisément, des intérêts dits rémunératoires. Dans les contrats à remboursement échelonné, du moins théoriquement, la substitution automatique peut causer au fournisseur de crédit un préjudice plus élevé que celui que les pénalités de retard seraient à même de réparer, suivant la conjoncture du marché au moment où la défaillance intervient. Les défenseurs du secteur bancaire ne manqueraient alors pas d'ajouter que cela inciterait les consommateurs de mauvaise foi à cesser le remboursement de leurs crédits en cas de baisse des intérêts du marché, même si une telle attitude n'apparaît pas vraisemblable car il en résulterait pour le consommateur l'obligation de restituer immédiatement la totalité de la dette devenue exigible, avec les charges moratoires²⁰⁰³.

614. La véhémence des déclarations des 12 mars 2003 et 14 décembre 2005 de la 2^{nde} section du STJ semble toutefois militer en faveur d'une substitution automatique. Dans une espèce jugée le 20 mai 2008²⁰⁰⁴, la 3^e chambre du Tribunal a décidé de réduire le montant de la

¹⁹⁹⁸ STJ-Resp 271.214/RS, préc.

¹⁹⁹⁹ STJ-Resp n° 787.454/RS, préc., cette fois-ci à propos des « intérêts rémunératoires » dont ladite commission est, entre autres, désormais composée.

²⁰⁰⁰ « N'est pas potestative la clause contractuelle qui prévoit la commission de permanence, calculée au taux moyen du marché affiché par la Banque Centrale, et limitée au taux du contrat ».

²⁰⁰¹ V. n° 538 *supra*.

²⁰⁰² STJ-Resp n° 977.789/RS, j. 3.6.2008, préc.

²⁰⁰³ Et ce alors même qu'il trouvât, postérieurement à la conclusion de l'opération, une offre de crédit plus avantageuse – on rappellera qu'en période de baisse des taux du marché la pénalité à payer pour rembourser le crédit par anticipation est plus élevée qu'en période de hausse, suivant la réglementation du CMN.

²⁰⁰⁴ STJ-AgRgResp n° 1.016.657/RS, rel. Min. Ari Pargendler, 3^a T., j. 20.5.2008, DJ 5.8.2008.

commission, expressément prévu au contrat, au taux moyen du marché et on lit dans la décision la même formule : « rien n'est plus incompatible avec la commission de permanence que sa fixation suivant des chiffres connus préalablement par les parties ». Un ajout vient cependant jeter le trouble sur la question : alors que l'énoncé de principe de cet arrêt affirme qu'« à partir de la date où le prêt devient exigible, le débiteur répond exclusivement de la commission de permanence (ainsi entendue comme les intérêts rémunérateurs au taux moyen du marché, n'excédant jamais celui convenu pour le prêt + intérêts moratoires + pénalité contractuelle) », il est ensuite ajouté qu'« est manifestement abusive la clause stipulant la commission de permanence (= *intérêts rémunérateurs* + *intérêts moratoires* + '*multa*') à 14,90% par mois, alors que pour la période d'exécution les intérêts rémunérateurs étaient d'un montant de 2,451% par mois ». L'appréciation de l'abus, constitue-t-elle dès lors une recherche à laquelle le juge doit procéder préalablement ou s'agit-il simplement d'une mention par *obiter dictum* ?

615. On peut penser qu'il ne s'agit que d'une simple allusion car, d'une part, les magistrats n'adoptent pas le critère habituel de vérification d'un abus : la comparaison est faite, ici, non pas entre le montant de la commission et le taux moyen du marché, mais entre le premier et les intérêts du prêt. D'autre part, la parenthèse placée juste après la référence à la commission donne à penser qu'il s'agit d'une précision sur les seuls éléments dont elle peut être composée. On présumera, enfin, qu'en l'espèce la moyenne des intérêts du marché au moment de la défaillance de l'emprunteur présentait un chiffre bien moins élevé que les 14,9% par mois prévus au contrat ; autrement, il ne serait pas raisonnable de déterminer l'application de la première si elle était d'un montant assez proche de ce dernier chiffre.

616. **L'échec de la politique judiciaire menée par le STJ** – Devant autant de confusions, en admettant que la solution du STJ revête désormais un certain caractère normatif, il serait plus efficace, d'un point de vue de politique judiciaire, de déclarer purement et simplement que la commission de permanence ou tout autre taux forfaitaire est illégal, seuls étant valables des indemnités exigées distinctement²⁰⁰⁵. Cela semblerait d'ailleurs plus avantageux pour les établissements de crédit, étant donné que l'actualisation monétaire n'est plus admise lorsque la commission est mise en jeu²⁰⁰⁶. Pourquoi n'en est-il rien, la commission de permanence étant, en pratique, toujours préférée par les prêteurs ?

617. Derrière cette question, se cache la faiblesse du mécanisme souhaité par la jurisprudence : le *Superior Tribunal de Justiça* ne dispose d'aucun pouvoir de contrôle administratif quant à la soumission du marché aux règles qu'il a lui-même établies ; ainsi assurés d'agir sous le couvert de l'effet relatif des conventions, les établissements de crédit

²⁰⁰⁵ C'était l'avis – minoritaire – de la Min. Nancy Andrichi dans les arrêts STJ-Resp n° 1.058.114/RS, rel. p. ac. Min. João O. Noronha, 2^a Seção, j. 12.8.2009 ; STJ-Resp n° 1.063.343/RS, rel. p. ac. Min. João O. Noronha, 2^a Seção, j. 12.8.2009.

²⁰⁰⁶ STJ-AgRgResp n° 989240/RS, j. 14.10.2009, préc. ; STJ-AgRgEDEResp n° 833.711/RS, j. 25.11.2009, préc.

pratiquent des taux de manière discrétionnaire et unilatérale, profitant du flou qui entoure la vérification du « taux moyen du marché ». Dès lors, chaque consommateur est voué à se défendre, seul, en justice. C'est cet état de choses qui a permis, à s'en tenir aux observations émises par Monsieur le Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior²⁰⁰⁷, à la dette d'une petite entreprise, d'un montant de 15.252,85 R en août 1995, d'atteindre le chiffre de 202.659,76 R en janvier 1999²⁰⁰⁸ ; à celle d'une épicerie de grandir, d'un montant d'environ 50.000 R en juin 1992, à 4.332.835,15 R dix ans plus tard²⁰⁰⁹ ; enfin, à la dette d'un agriculteur, d'un montant d'environ 18.000 R en septembre 1991, de s'élever à 458.054,18 R en octobre 1998²⁰¹⁰.

618. Critique – L'état du droit relatif aux sanctions de l'inexécution des obligations de l'emprunteur est ainsi très peu satisfaisant. Certes, les magistrats du STJ, faisant preuve d'humilité, reconnaissent expressément l'imbroglio judiciaire créé sur la commission de permanence : de leur aveu même, la jurisprudence est « déficitaire et confuse », et le vocabulaire employé est « souvent imprécis »²⁰¹¹. Toutefois, ce *mea culpa* publiquement exprimé n'a manifestement pas été suivi d'efforts tangibles d'uniformisation. Il en résulte un grand écart entre ce que détermine la jurisprudence, ce que prévoit la réglementation et ce que pratiquent les fournisseurs de crédit. L'intervention du législateur en la matière est ainsi fort souhaitable. Elle fournirait au juge des fondements clairs, indépendamment de leur caractère plus ou moins protecteur, lui permettant d'alléger la dette du consommateur de crédit. Le régime juridique prévu pour la reprise du bien financé par le prêteur semble confirmer cette hypothèse.

2) Le régime juridique de la reprise du bien financé

619. Dans certaines opérations, le fournisseur de crédit peut contraindre le consommateur défaillant à lui restituer immédiatement le bien que le crédit était destiné à financer. Il convient, d'emblée, de préciser que la « restitution » du bien, ou encore sa « reprise » par le fournisseur de crédit, supposerait l'existence de droits réels, d'origine contractuelle ou légale, prévus au bénéfice de ce dernier, parmi lesquels on songera, au premier chef, à la propriété. À ce titre, sont spécialement envisagées les opérations de crédit-bail (*leasing*) – ainsi que leurs variations, telles les locations-ventes, l'aliénation fiduciaire en garantie, l'« arrendamento mercantil » etc. D'autres opérations, où une facilitation de la reprise du bien par le fournisseur de crédit découle de prévisions spéciales, à l'instar des ventes avec

²⁰⁰⁷ V. l'avis minoritaire proféré dans STJ-Resp n° 271.214/RS, j. 12.3.2003, préc.

²⁰⁰⁸ STJ-Resp n° 223.746/SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4^a T., j. 19.10.1999, DJ 29.11.1999.

²⁰⁰⁹ Ces données correspondent à l'affaire jugée le 14.5.2002, dans STJ-AgRgResp n° 347.898/SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4^a T., DJ 5.8.2002. On notera cependant que dans cette décision il est question d'une dette d'un montant d'environ 40.000 R le 27 avril 1992, ce montant s'étant élevé à 4.063.928 R en novembre 1999. Aucune allusion n'y est cependant faite à la stipulation d'une commission de permanence.

²⁰¹⁰ Ces données correspondent à l'affaire jugée le 24.10.2001, dans STJ-AR n° 805/RS, rel. Min. Ari Pargendler, 2^a Seção, DJ 10.6.2002, mais le montant de la dette indiqué dans l'arrêt STJ-Resp n° 271.214/RS, j. 12.3.2003, préc., excède 500.000 R. On notera aussi qu'aucune allusion n'est faite, dans le premier arrêt, à la stipulation d'une commission de permanence.

²⁰¹¹ STJ-Resp n° 834.968/RS, rel. Min. Ari Pargendler, 2^a Seção, j. 14.03.2007, préc.

réserve de propriété, ou des promesses unilatérales de vente d'immeubles, sont aussi concernées. Dans tous ces cas, la menace de la perte du bien pesant sur le débiteur constitue une source puissante d'incitation à l'exécution de ses obligations. Lorsqu'il s'agit du financement de biens durables ou essentiels pour le consommateur, tels qu'un véhicule automobile ou un logement, leur reprise immédiate par le fournisseur de crédit peut causer, indépendamment de la stipulation d'une indemnité supplémentaire, une perturbation de l'équilibre contractuel. La pratique n'hésite pourtant pas à rajouter des clauses pénales hyperboliques, dans ce type d'opérations²⁰¹². Pratiquées fréquemment, tant au Brésil qu'en France, celles-ci ont mérité un régime spécial de l'inexécution des obligations du consommateur. Ici, le législateur consumériste a été amené à prendre en compte les données de la réalité. Le type et la destination du bien financé, l'utilité qu'il procure au consommateur, l'évolution de sa valeur économique dans le temps, voire les aléas des marchés financiers, constituent autant d'éléments de la pratique figurant désormais comme critères légaux ou réglementaires.

620. Pour mieux comprendre la logique des législations consuméristes, un exemple peut être utile. On sait que les différents biens de consommation subissent, dans leur grande majorité, une dépréciation progressive. Leur valeur économique, ou « vénale », diminue à l'aune de l'écoulement et de l'usure du temps, suivant une ligne ou une courbe décroissante, en dépendant du type des biens concernés. On supposera qu'ils perdent en moyenne, dès après leur acquisition, environ 20% de leur valeur marchande et, ensuite, entre 10% et 20% par année. Si l'on considère que les crédits affectés se réalisent par remboursements échelonnés, on observera qu'à un certain moment du délai contractuel le montant des paiements restant à effectuer diminue de manière plus rapide que la valeur vénale du bien financé ; autrement dit, celui-ci conserve une valeur économique plus élevée que le montant des remboursements non encore échus. Cela veut dire qu'un point d'équilibre existe, dans le temps, entre la valeur vénale du bien et le montant des paiements restant dû. On peut estimer que ce point se situe quelque part entre 20% et 40% du délai écoulé à partir de la conclusion du contrat.

621. Si l'exemple qu'on vient de décrire constitue la règle pour les biens financés à l'aide de crédits mobiliers à la consommation, l'inverse peut, en revanche, se produire à l'égard des immeubles, lesquels connaissent parfois une forte valorisation dans les marchés immobiliers²⁰¹³. Ces différentes évolutions ne sont pas sans effet sur la charge des risques supportée par les parties, dans les opérations de crédit respectives. La reprise du bien peut, ainsi, tantôt comporter un intérêt économique purement symbolique pour le créancier et, de ce fait, n'exercer qu'un effet de contrainte sur le consommateur ; tantôt exercer une influence plus ou moins importante sur l'économie du contrat. Une législation qui se veut protectrice doit

²⁰¹² V., en France, à cet égard, v. GAVALDA, Christian et CRÉMIEUX-ISRAËL, Danièle. « Crédit-bail mobilier », Encyclopédie Jurisclasseur Banque, crédit, bourse, 2000, n° 86 ; BEY, El-Mokhtar. « Crédit-bail immobilier », Encyclopédie Jurisclasseur Banque, crédit, bourse, 2000, n° 100.

²⁰¹³ V. Duranton, Guy. « Crédit-bail immobilier », Rép. immo. Dalloz, 2000, n° 7, p. 3.

prendre en compte ce type de données de la réalité. La comparaison entre les systèmes juridiques français et brésilien permet de distinguer, utilement, les différents régimes liés à la reprise du bien financé lors de l'inexécution des obligations du consommateur. On peut les classer suivant la technique prévue pour réaliser les décomptes qui suivent l'extinction contractuelle : soit la résiliation (a), soit résolution (b) de l'opération de crédit.

a) Le régime fondé sur la résiliation du contrat de crédit

622. En France, des dispositifs issus des lois Scrivener, prévus actuellement aux articles L. 311-25²⁰¹⁴ et L. 312-29 du Code de la consommation, établissent les régimes de protection du consommateur défaillant, dans les contrats de *leasing* (location assortie d'une promesse de vente et location-vente). Ces règles ne reposent cependant pas sur des mécanismes identiques. Le législateur français a pris acte des différentes évolutions que connaît normalement la valeur des biens immeubles par rapport aux biens de consommation (I). Pour ces derniers, il a d'ailleurs procédé à un allègement distinct des sanctions de la défaillance du consommateur, même si toutes ces règles reposent, à une exception près, sur la technique de résiliation du contrat²⁰¹⁵ (II).

I) Le régime de la défaillance suit l'évolution de la valeur du bien

623. Des règles distinctes ont été adoptées suivant qu'il s'agit du *leasing* d'un immeuble (i) ou d'un bien de consommation (ii).

i. Le *leasing* immobilier

624. Ce sont les règles régissant les opérations de *leasing* immobilier qui établissent le régime le plus simple. L'article L. 312-29 du Code prévoit qu'en cas de défaillance du preneur, « le bailleur est en droit d'exiger, outre le paiement des loyers échus et non réglés, une indemnité qui, sans préjudice de l'application de l'article 1152 du code civil, ne peut excéder un montant dépendant de la durée restant à courir du contrat et fixé suivant un barème déterminé par décret ». Malgré le silence de ce dispositif sur le sort des loyers payés depuis la conclusion du contrat, on en déduit qu'ils demeurent acquis au bailleur, la résiliation ne produisant d'effets que pour l'avenir. L'article R. 312-4 du même Code prévoit ensuite, et sans autres précisions, que cette indemnité « ne peut excéder 2 % de la part des versements correspondant à la valeur en capital du bien à effectuer jusqu'à la date prévue du transfert de propriété ». Sans doute trop simplificatrice, cette disposition ne précise pas les modalités de détermination de la « valeur en capital du bien » comprise dans les versements à effectuer. Ce type d'opérations n'est cependant pas à l'origine d'un contentieux remarqué. On peut penser que cela résulte du

²⁰¹⁴ L'entrée en vigueur de ce dispositif est prévue au 1^{er} mai 2011 (ancien art. L. 311-31).

²⁰¹⁵ V. SCHÜTZ, Rose-Noëlle. « Crédit-bail », Rép. civ. Dalloz, 2007, n° 255, p. 55.

nombre réduit de contrats de ce type pratiqués en France à ce jour. Les questions sont, en revanche, plus nombreuses s'agissant des opérations de crédit mobilier à la consommation.

625. i. **Le *leasing* mobilier à la consommation** – L'article L. 311-25 du Code prévoit que, lors de la défaillance de l'emprunteur, « le prêteur est en droit d'exiger, outre la restitution du bien et le paiement des loyers échus et non réglés, une indemnité qui, dépendant de la durée restant à courir du contrat et sans préjudice de l'application de l'article 1152 du code civil, sera fixée suivant un barème²⁰¹⁶ déterminé par décret ». Si l'intangibilité des loyers payés est, ici aussi, acquise par présomption, ce dispositif est en revanche explicite sur la reprise du bien. La logique de cette modalité d'opérations est alors suivie de manière rigoureuse : puisque le fournisseur de crédit demeure le propriétaire du bien donné en location, il peut exiger que celui-ci soit réintégré à son patrimoine. Dans certains cas, il peut encore avoir droit à une indemnité. La loi précise que cette possibilité est liée à la durée restant à courir du contrat, dont il faut comprendre que sont ainsi pris en compte, d'une part, l'état de l'amortissement de l'investissement réalisé par le fournisseur de crédit, d'autre part, l'effort financier effectué par le consommateur jusqu'au moment de sa défaillance. La loi laisse, enfin, la modulation de l'indemnité éventuellement due à la détermination d'un décret.

626. Celui-ci, dont les dispositions sont prévues actuellement à l'article D. 311-13 du Code de la consommation²⁰¹⁷, précise que l'indemnité est « égale à la différence entre, d'une part, la valeur résiduelle hors taxes du bien stipulée au contrat augmentée de la valeur actualisée, à la date de la résiliation du contrat, de la somme hors taxes des loyers non encore échus et, d'autre part, la valeur vénale hors taxes du bien restitué »²⁰¹⁸. Des dispositions importantes figurent aux alinéas suivants de cet article. Il est d'abord prévu que « la valeur actualisée des loyers non encore échus est calculée selon la méthode des intérêts composés en prenant comme taux annuel de référence le taux moyen de rendement des obligations émises au cours du semestre civil précédant la date de conclusion du contrat majoré de la moitié »²⁰¹⁹. Procédant à une interprétation téléologique de ce texte, la Cour de cassation précise, à juste titre, que l'actualisation prévue au Code est réalisée, non pas de la somme des loyers non encore échus, mais de chaque loyer individuellement considéré²⁰²⁰. Elle décide aussi que la somme retenue par le juge produit des intérêts au taux légal, à compter du jour de l'assignation valant sommation de payer²⁰²¹. Enfin, le décret précise que la valeur vénale

²⁰¹⁶ « Du nom de François Barrême, auteur des *Comptes faits du grand commerce* (1670). Recueil de tableaux numériques donnant le résultat de certains calculs. [...] Répertoire, table » : v. Le grand Robert de la langue française, 2^e éd., Le Robert, t. 1, 1986, p. 856.

²⁰¹⁷ On peut penser que la teneur de ce dispositif sera conservée lors de l'adoption du décret mentionné au nouvel art. L. 311-25 du Code.

²⁰¹⁸ Art. D. 311-13, al. 1^{er}.

²⁰¹⁹ Art. D. 311-13, al. 2.

²⁰²⁰ Cass. 1^{re} civ. 16 juill. 2001 : Bull. civ. I, n° 163 ; pourvoi n° 99-10594. Les enjeux financiers de cette précision sont importants. V. à cet égard, FLORES, Philippe et BIARDEAUD, Gérard. « Le contentieux du droit de la consommation », ENM, 2003, n° 147, p. 145.

²⁰²¹ Cass. 1^{re} civ. 12 nov. 1987 : Bull. civ. I, n° 289 ; pourvoi n° 84-11867.

mentionnée ci-dessus est celle obtenue par le bailleur s'il vend le bien restitué ou repris²⁰²². Lorsque le bailleur n'exige pas la résiliation du contrat, il peut demander au locataire défaillant une indemnité égale à 8 % des échéances échues impayées²⁰²³. Cependant, dans le cas où le bailleur accepte des reports d'échéances à venir, le montant de l'indemnité est ramené à 4 % des échéances reportées²⁰²⁴. Le montant de l'indemnité est d'ailleurs majoré des taxes fiscales applicables²⁰²⁵. On peut observer que le législateur a adopté un régime particulier de répartition des risques, dans les opérations de leasing *mobilier*. Il convient d'en étudier les modalités.

II) Le régime de répartition des risques découlant de la défaillance dans le *leasing* mobilier

627. Il se distingue suivant que la résiliation du contrat intervient, soit avant, soit après la date où un point d'équilibre est avéré entre la valeur vénale du bien et le montant des paiements restant dû. Dans le premier cas, une indemnité de résiliation est exigible (i) ; dans le second, elle ne l'est point (ii).

i. L'indemnité de résiliation est exigible

628. Elle résulte du fait que la valeur vénale du bien restitué est inférieure au montant total des obligations du consommateur non encore échues. La reprise du bien ne procurant pas au créancier les bénéfices initialement escomptés, la détermination du montant de l'indemnité résulte d'un certain aménagement des risques de l'inexécution contractuelle supportés par les parties.

629. Les risques pesant sur le crédit-bailleur – Normalement, le dédommagement de celui-ci comprend une part relative à la valeur vénale du bien repris et une part représentée par l'indemnité de résiliation. Quant à la première, une procédure parfois longue, voire coûteuse, peut précéder la reprise du bien par le crédit-bailleur. Il se peut aussi que le bien loué soit hors d'usage lors de sa restitution. Une disposition réglementaire prévoit cependant un mécanisme de couverture de ce risque : la valeur vénale est obtenue en ajoutant le prix de vente et le montant du capital versé par la compagnie d'assurance²⁰²⁶. Quoi qu'il en soit, mathématiquement, peu importe la valeur vénale du bien en question car la formule prévue à l'article D. 311-13 du Code de la consommation aboutit à ce que, au total, sa détérioration soit

²⁰²² L'art. D. 311-13 du Code consom. prévoit encore que « le locataire a la faculté, dans le délai de trente jours à compter de la résiliation du contrat, de présenter au bailleur un acquéreur faisant une offre écrite d'achat. Si le bailleur n'accepte pas cette offre et s'il vend ultérieurement à un prix inférieur, la valeur à déduire devra être celle de l'offre refusée par lui ». La Cour de cassation précise que, « pour être imposée par le modèle type de contrat applicable à l'opération considérée, l'obligation contractée par le bailleur d'informer le preneur de la faculté de présenter un acquéreur faisant une offre écrite d'achat se résout en dommages-intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur » ; ainsi, il appartient au débiteur de « prouver que l'absence d'information de ce chef lui [a] causé un préjudice » : Cass. 1^{re} civ. 4 juill. 2000 : inédit, pourvoi n° 98-16080.

²⁰²³ Art. D. 311-13, al. 5.

²⁰²⁴ Art. D. 311-13, al. 6.

²⁰²⁵ Art. D. 311-13, al. 7.

²⁰²⁶ Art. D. 311-13, al. 3. L'alinéa 4 de cet art. prévoit qu'« à défaut de vente ou à la demande du locataire, il peut y avoir évaluation de la valeur vénale à dire d'expert. Le locataire doit être informé de cette possibilité d'évaluation ».

compensée par le montant de l'indemnité de résiliation²⁰²⁷. Une décision de la Cour de cassation confirme cette analyse²⁰²⁸. Elle approuve les juges du fond d'avoir « évalué le montant de l'indemnité sans tenir compte de la valeur vénale » d'un véhicule pris en location avec option d'achat, dès lors que le preneur ne l'avait pas restitué au bailleur²⁰²⁹.

630. On peut ainsi déduire que le fournisseur de crédit ne supporte, à peu de choses près, que les risques inhérents à l'insolvabilité de son débiteur. Certes, il n'a pas droit à l'intégralité des obligations du consommateur non encore échues, ce qui est naturel compte tenu du fait qu'un créancier ne peut pas demander, à la fois, la résiliation et l'exécution du contrat²⁰³⁰. C'est ainsi que les loyers non encore échus à la date de la résiliation subissent un certain décompte. Cependant, comme ce calcul est réalisé suivant un taux de référence nécessairement connu du crédit-bailleur²⁰³¹, on peut présumer que le taux pratiqué par celui-ci pour fixer le montant des loyers de l'opération sera plus élevé que le premier. Pour le reste, la différence tiendra à une affaire de concurrence et d'offre de crédit dans le marché sous cette modalité d'opérations. On observera, par ailleurs, que la valeur résiduelle n'est soumise, quant à elle, à aucun décompte. Le fournisseur de crédit peut, en conséquence, exiger du débiteur le paiement immédiat d'une indemnité qui sera sûrement supérieure au montant de son investissement financier.

631. Les risques pesant sur le consommateur – Celui-ci est soumis au risque naturel résultant de la dépréciation du bien loué²⁰³². Plus le bien subit les effets de l'usure (sa valeur vénale diminue), plus le montant de l'indemnité de résiliation sera élevé²⁰³³. Un risque supplémentaire a été toutefois artificiellement créé par l'autorité réglementaire. Celle-ci détermine que la date à retenir pour le calcul de l'actualisation des loyers non encore échus est, non pas celle de la défaillance du consommateur, mais la date – plus incertaine lorsque sa fixation dépend du seul créancier – de la résiliation du contrat²⁰³⁴. Du reste, le consommateur

²⁰²⁷ Indemnisation = [valeur du bien repris + (valeur actualisée de la somme hors taxes des loyers non encore échus + valeur résiduelle hors taxes) – valeur vénale du bien hors taxes]. Les juges du fond peuvent cependant « rétablir le prix réel du véhicule, lorsque la valeur vénale, calculée par l'organisme de crédit, n'est pas justifiée par l'état du véhicule ou son kilométrage » : RAYMOND, Guy. « Crédit à la consommation », *op. cit.*, n° 158 ; dans le même sens, v. FLORES, Philippe et BIARDEAUD, Gérard. *Op. cit.*, n° 149, p. 147, note 15. V. CA Toulouse 15 déc. 1987 : *Gaz. Pal.* 1988, 1, somm. p. 93 ; CA Rouen 28 févr. 1995, *Gaz. Pal.* 10/11 nov. 1995, p. 8.

²⁰²⁸ Cass. 1^{re} civ. 18 oct. 2000 : inédit, pourvoi n° 98-16441.

²⁰²⁹ V. RAYMOND, Guy. « Crédit à la consommation », *op. cit.*, n° 157, qui rappelle qu'« en l'absence de restitution, le consommateur pourrait être poursuivi pour abus de confiance sur le fondement de l'article 314-1 du Code pénal ».

²⁰³⁰ En payant la totalité des sommes restant dues, le débiteur paierait le prix intégralement, ce qui reviendrait à exécuter le contrat. V. BEY, El-Mokhtar. « Crédit-bail immobilier », *op. cit.*, n° 114 : « le crédit-bailleur qui demande paiement de la totalité des loyers restant à courir jusqu'au terme du contrat déduction faite du prix de vente du matériel, ne demande pas à la fois l'exécution du contrat et la résiliation de celui-ci ».

²⁰³¹ Il s'agit du taux moyen de rendement des obligations émises au cours du semestre civil précédant la date de conclusion du contrat majoré de la moitié.

²⁰³² Les biens de consommation tendent très rarement à se valoriser avec l'écoulement du temps.

²⁰³³ Aussi, le montant des loyers non encore échus intégrant le calcul de l'indemnité sera d'autant plus élevé que la défaillance intervient de manière prématurée. Dans ce cas, pour peu qu'il aura pu utiliser le bien, le consommateur sera redevable d'une indemnité élevée.

²⁰³⁴ Art. D. 311-13, al. 1^{er}, du Code consom.

ne sera exonéré du paiement d'une indemnité que s'il est défaillant à une date où de nombreux loyers auront déjà été payés ; ou, selon la Cour de cassation²⁰³⁵, si on lui vole le bien financé...

i. L'indemnité de résiliation n'est plus exigible

632. Si la défaillance du consommateur intervient à une date où le bien financé vaut plus que la créance représentée par les loyers non encore échus majorés de la valeur résiduelle, aucune indemnité n'est due au crédit-bailleur²⁰³⁶. La reprise du bien financé garantit à celui-ci l'obtention d'une compensation équivalente à la totalité des sommes qu'il escomptait percevoir²⁰³⁷. La logique des opérations de *leasing* est, ici, menée à bout : à la différence d'un prêt classique, on ne parle ni de restitution du « capital restant dû », ni d'« intérêts au taux du prêt » produits par ce capital ; économiquement, c'est plutôt la perception des loyers non encore échus – augmentés de la valeur résiduelle – qui garantira le remboursement des sommes respectives. En toute logique, le montant correspondant à la différence entre la valeur vénale du bien restitué et la totalité des sommes restant dues devrait être reversé au consommateur. À cet égard, cependant, loi et règlement sont muets. Il en résulte que la reprise du bien peut procurer au crédit-bailleur un enrichissement prématuré excédant largement les prévisions des parties. Qu'il le loue par la suite à un tiers ou qu'il le revende, le produit de ces opérations demeure entièrement pour le créancier, sans qu'il soit obligé de restituer au consommateur le trop perçu.

633. Critique du dispositif français – Le mécanisme français de répartition des risques liés à la défaillance du crédit-preneur appelle quelques observations. Tout d'abord, quant à la formule de fixation de l'indemnité de résiliation, on concédera que l'autorité réglementaire a dûment tenu compte du fait que la valeur vénale du bien financé est soumise, au-delà de l'usure du temps, à l'usage qu'en fait le consommateur²⁰³⁸. Ainsi, si l'on ajoute à cela les difficultés auxquelles le créancier peut être confronté lorsqu'il décide de reprendre le bien, il faut admettre que cet élément du dédommagement du fournisseur de crédit peut, dans certains cas, représenter une source illusoire d'indemnisation. En revanche, on peut s'étonner du fait que la valeur résiduelle ne soit soumise à aucune actualisation, ne serait-ce qu'au taux de référence indiqué dans la loi²⁰³⁹. On regrettera aussi que le décret d'application de la loi ait retenu la date de la résiliation du contrat au lieu de celle de la défaillance du consommateur, pour l'actualisation des loyers non encore échus. Ce critère a pour effet d'inciter le fournisseur de

²⁰³⁵ Cass. 1^{re} civ. 16 juill. 1998 : Bull. civ. I, n° 257 ; pourvoi n° 96-15314. On observera cependant que, dans l'espèce jugée, une clause du contrat prévoyait sa résiliation de plein droit, au cas où le véhicule pris en location avec promesse de vente serait volé. La Cour de cassation en déduit qu'aucune défaillance de la part du consommateur n'était constaté à la date de résiliation du contrat.

²⁰³⁶ La formule prévue à l'article D. 311-13 du Code de la consommation aboutit à ce que le montant de l'indemnité de résiliation présente une valeur arithmétique négative.

²⁰³⁷ Y compris la valeur résiduelle, alors même que le consommateur n'aurait pas encore levé l'option d'achat.

²⁰³⁸ Art. D. 311-13, al. 3^e, du Code consom. : « si le bien loué est hors d'usage, la valeur vénale est obtenue en ajoutant le prix de vente et le montant du capital versé par la compagnie d'assurance. »

²⁰³⁹ Dans le même sens, v. FLORES, Philippe et BIARDEAUD, Gérard. *Op. cit.*, n° 147, p. 146, note 12.

crédit à ne prononcer la résiliation que tardivement pour faire échapper le plus grand nombre de loyers au décompte légal²⁰⁴⁰. On considérera ainsi que c'est à bon escient que, souhaitant corriger le poids excessif des aléas agissant sur un côté de la balance des risques, le législateur a prévu expressément la possibilité pour le juge de modifier le montant de l'indemnité due au prêteur²⁰⁴¹.

634. Ensuite, quant à la reprise d'un bien dont la valeur économique est supérieure au montant des sommes contractuelles non encore échues, il est pour le moins surprenant que la défaillance du consommateur puisse procurer au crédit-bailleur une compensation plus élevée qu'en cas d'exécution régulière des obligations du contrat. À titre de comparaison, dans les opérations de crédit affecté classiques, la constitution d'un gage sur le bien financé implique pour le créancier, en cas de réalisation de sa sûreté, le devoir de restituer au débiteur la valeur du bien excédant le montant de la dette garantie²⁰⁴². Certes, le gage ne procure au créancier qu'un droit réel dont l'exercice n'est sans doute pas aussi « absolu »²⁰⁴³ que ne l'est celui prévu au profit d'un propriétaire. Cependant, la même obligation de restitution existe, en droit commun, lorsque la propriété du bien est retenue en garantie de la dette²⁰⁴⁴ et, plus récemment, lorsqu'elle est cédée au créancier en vertu d'un contrat de fiducie²⁰⁴⁵.

635. On ne saurait ainsi trouver, dans les opérations de *leasing*, des éléments justifiant un régime de l'inexécution contractuelle qui s'écarte aussi largement de celui prévu pour toute autre opération de crédit. Ayant fait relativement preuve de mesure lorsqu'une indemnité de résiliation est exigible, l'autorité réglementaire révèle un véritable sens de prodigalité, aux dépens du consommateur, lorsqu'une indemnité n'est point due au fournisseur de crédit. Des risques existent, il est vrai, pour les deux parties, dans ce type d'opérations. Toutefois, du moment où l'on constate, dans le cas concret, que la restitution du bien garantit au créancier un dédommagement supérieur à l'amortissement (prématuré) de son investissement financier, rien ne semble justifier que l'excédent ne soit restitué au consommateur. On peut penser que ces raisons expliquent que le législateur consumériste se fonde parfois sur des techniques distinctes d'extinction contractuelle.

b) Le régime fondé sur la résolution du contrat de crédit

636. Ce régime implique que les parties doivent se restituer réciproquement l'objet des prestations reçues. Il ne se montre pas adaptée aux intérêts du consommateur. Sous l'expression « résolution », le législateur brésilien a pourtant entendu adopter un système

²⁰⁴⁰ « Cette attitude du bailleur peut être prise en compte pour l'application des dispositions de l'article 1152 du code civil » : *idem*, n° 148, p. 147, note 14.

²⁰⁴¹ Art. L. 311-25 (ancien art. L. 311-31) du Code consom., lequel renvoie à l'art. 1152 du Code civil.

²⁰⁴² Art. 2347, al. 2 du Code civil. On notera d'ailleurs que le créancier peut aussi faire ordonner en justice que le bien lui demeure en paiement (art. 2347, al. 1^{er} du Code civil).

²⁰⁴³ Art. 544 du Code civil : « la propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements ».

²⁰⁴⁴ Art. 2371 du Code civil, sur les clauses de réserve de propriété.

²⁰⁴⁵ Art. 2372-4 du Code civil, sur la fiducie-garantie.

d'allègement des sanctions du consommateur défaillant²⁰⁴⁶. Il a pris en compte les charges excessives que le fournisseur de crédit impose à ce dernier. Dans les opérations de crédit en question, la pratique brésilienne consiste à prévoir, d'abord, que le bien financé est restitué au prêteur dès le premier incident de paiement, les paiements réalisés jusqu'alors demeurant acquis au prêteur ; ensuite, que la totalité des obligations contractuelles non encore échues devient immédiatement exigible ; enfin, que ces dernières sommes produisent, outre l'actualisation monétaire, les trois types de charges moratoires qu'on a décrites ci-dessus : une « comissão de permanência », des intérêts moratoires au taux légal et une pénalité de retard. Dans ces conditions, un observateur extérieur ne pourra pas s'empêcher de déduire que la défaillance de l'emprunteur est, au Brésil, la meilleure affaire qu'un établissement de crédit puisse trouver...

637. Une comparaison avec les opérations de crédit classiques peut être révélatrice à cet égard. Par exemple, l'acheteur à crédit contraint de restituer la chose au vendeur en vertu du jeu d'une clause de réserve de propriété, n'est redevable, sauf clause pénale, que de l'indemnisation de ce dernier pour l'usage de la chose. Dans le même ordre d'idées, si l'on raisonne par rapport à la faculté de remboursement anticipé, le consommateur défaillant pourrait, en vendant le cas échéant le bien acquis à crédit – peu importe qui procède à la vente – employer la somme ainsi obtenue dans le remboursement anticipé de sa dette²⁰⁴⁷. Dans ce cas, les seules sommes auxquelles le créancier aurait droit seraient celles relatives à la valeur en capital des paiements non encore échus²⁰⁴⁸. Quant au consommateur, certes il perdrait le bien financé, mais il s'acquitterait définitivement de sa dette, tout en conservant l'excédant éventuellement obtenu par la vente.

638. On n'ignore nullement que la réalité à laquelle le consommateur défaillant est confronté est loin d'être aussi idéale. Ces exemples demeurent toutefois valables. Ils

²⁰⁴⁶ En réalité, quelle que soit la technique sur laquelle se fonde le régime de l'inexécution contractuelle, celui-ci doit pouvoir empêcher l'enrichissement illégitime de l'un des contractants aux dépens de l'autre. Dans les opérations de crédit analysées, il convient que les règles de protection du consommateur défaillant puissent éviter un tel déséquilibre alors même qu'aucune indemnité ne serait due au fournisseur de crédit par son débiteur, en sus de la reprise du bien financé. Cet agencement de la situation juridique des parties n'est pas étranger au droit français. Par exemple, dans les contrats de location-accession à la propriété immobilière, l'article 10 de la loi n° 84-595 du 12 juillet 1984 prévoit qu'en cas d'inexécution des obligations de l'accédant, le vendeur doit lui restituer les sommes versées correspondant à la fraction de la redevance imputable sur le prix de l'immeuble. On pourrait dire pourtant qu'il s'agit, ici, d'une hypothèse exceptionnelle. Il est vrai que, dans ce type d'opérations, la fraction des remboursements imputable sur le prix de l'immeuble est nettement distinguée par la loi de celle payée en contrepartie du seul usage du bien. Le vendeur peut exiger aussi une indemnité qui ne peut dépasser 2% du prix de l'immeuble objet du contrat (art. 11 de la loi n° 84-595 du 12 juillet 1984). On explique qu'elle relève de l'effort personnel que le législateur souhaite voir l'accédant réaliser avant la levée de l'option. ; v. CALAIS-AULOY, Jean et STEINMETZ, Frank. *Op. cit.*, n° 419, p. 491. V. n° 192 *supra*. Or, pour toutes les opérations de location-vente immobilière régies, cette fois-ci, par les dispositions du Code de la consommation, le bailleur ne peut exiger la remise du bien qu'après remboursement de la part des sommes versées correspondant à la valeur en capital de ce bien (art. L. 312-29, al. 2). On pourra encore soutenir qu'en pratique les loyers sont normalement plus élevés dans une location-vente que dans une location avec option d'achat. Juridiquement, cependant, chaque échéance constitue une valeur unitaire et homogène.

²⁰⁴⁷ On observera que cette faculté comprend autant les crédits classiques que les opérations de *leasing*. V. l'art. 52, § 2°, du Code du consommateur. En France, l'alinéa 2° de l'art. L. 311-29 du Code consom. prévoit qu'elle ne s'applique pas aux « contrats de location, sauf si ces contrats prévoient que le titre de propriété sera finalement transféré au locataire ».

²⁰⁴⁸ V. la rés. CMN n° 3.516 du 6.12.2007.

démontrent, d'une part, que l'intangibilité des paiements déjà réalisés n'apparaît pas nécessairement choquante²⁰⁴⁹ ; d'autre part, que le remède juridique apporté au véritable acharnement qu'on vient de décrire sur le débiteur, consisterait à établir comme règle que la dette en capital restant due serait déduite de la valeur du bien restitué. Cette solution n'empêcherait d'ailleurs pas la stipulation d'une clause pénale, éventuellement modérée par le juge et des intérêts moratoires produits jusqu'au règlement effectif de la dette. Les opérations de financement d'immeubles à construire demanderaient sans doute une organisation distincte, puisque le consommateur pourra ne jamais avoir joui du bien jusqu'à la date de sa défaillance. Dans tous les cas, cependant, les arrangements contractuels imaginés par la pratique ne sauraient dissimuler un enrichissement injustifié de la part du fournisseur de crédit.

639. Le dispositif légal brésilien – Il semble néanmoins que le législateur n'ait réagi sur ce plan qu'avec timidité²⁰⁵⁰. L'article 53 du Code du consommateur prévoit que, « dans les contrats de vente à crédit de biens meubles ou immeubles ainsi que dans les 'alienações fiduciárias em garantia', sont nulles de plein droit les clauses établissant la perte en totalité des paiements réalisés au bénéfice du créancier qui, en cas d'inexécution par le consommateur de ses obligations, demande la résolution du contrat et la restitution du bien »²⁰⁵¹. La formule légale peut surprendre. Au lieu d'organiser la déduction du capital restant dû de la valeur du bien repris – le trop perçu étant, le cas échéant, restitué au consommateur – le dispositif vise plutôt les échéances du crédit déjà payées. Il est pourtant cohérent avec la technique juridique prévue : puisqu'il s'agit de la résolution des contrats de crédit, les clauses stipulant la rétention des échéances payées par le consommateur ne peuvent s'analyser qu'en clauses pénales. A *contrario* du dispositif légal, la clause prévoyant la perte partielle des paiements réalisés au profit du créancier serait valable. Enfin, on peut penser que la reprise du bien est présumée venir compenser le capital non encore amorti.

640. Enfin, l'article 53 du Code comporte encore un § 2^o, aux termes duquel « dans les contrats de 'consórcio' de produits durables, l'avantage économique issu de la jouissance du bien ainsi que le préjudice causé au groupe²⁰⁵² par le désistement ou par la défaillance du consommateur, sont déduits de la compensation ou de la restitution des échéances payées ». Le décret d'application de la loi, à son tour, se borne à reproduire les termes de celle-ci, sauf

²⁰⁴⁹ Ce qui revient à dire que la technique de la résiliation du contrat de crédit n'est pas incompatible avec un mécanisme équitable de partage des risques.

²⁰⁵⁰ En ce sens, v. BESSA, Leonardo, BENJAMIN, Antônio Herman de V. et MARQUES, Cláudia. *Op. cit.*, p. 301.

²⁰⁵¹ Suite logique à la prévision de nullité « de plein droit » de telles clauses, un § 1^o prévoyait, au même article, que « dans ces cas, le consommateur défaillant a le droit à la compensation ou à la restitution des échéances payées jusqu'à la date de la résolution du contrat, actualisées par indexation. Néanmoins, l'avantage économique issu de la jouissance du bien en est déduit ». Techniquement, cette disposition fournissait au juge un critère légitime d'appréciation du montant de la clause pénale, afin, notamment, de la réduire. Dans cet esprit, l'avantage économique que la jouissance du bien aurait procuré au consommateur devrait sûrement être pris en compte. Cette règle a été cependant rayée de la loi. Elle a subi les effets du droit de véto exercé à son égard par le Président de la République (v. arts. 66 et 84, al. V, de la Constitution Fédérale de 1988), sous prétexte qu'elle ne prenait pas suffisamment en compte les intérêts du vendeur (v. NERY JÚNIOR, Nelson. « Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos autores do anteprojeto », *op. cit.*, p. 630). On peut penser qu'elle reste, malgré le véto, une source utile d'inspiration pour le juge.

²⁰⁵² Sur ce type d'opérations, v. n^o 172 *supra*.

quant à la modalité de l'extinction contractuelle prévue : sont interdites, cette fois-ci, les clauses de « résiliation » consécutive à la défaillance du consommateur²⁰⁵³. Dès lors, qu'il s'agisse de résolution ou de résiliation, le fournisseur de crédit n'est jamais fondé à conserver la totalité des échéances perçues jusqu'à la date de l'inexécution par le consommateur de ses obligations.

641. En réalité, il semble que derrière la formule légale on puisse dévoiler les écueils politiques auxquels s'est heurté le législateur lors de la préparation de la loi. Un affront trop incisif à la pratique se heurterait fatalement aux puissantes pressions qu'exercent les milieux financiers auprès des représentants politiques. Cela semble d'autant plus vrai que la jurisprudence ne condamne pas la stipulation de charges moratoires supplémentaires dans ce type d'opérations : nous l'avons vu, elles sont seulement réduites au « taux moyen du marché ». Sous un angle de politique législative, il serait ainsi apparu plus judicieux d'ouvrir un nouveau front permettant au juge de moduler le montant de l'indemnisation due au créancier. On n'est pourtant pas loin d'une réfaction du contrat²⁰⁵⁴.

642. La jurisprudence en la matière – La jurisprudence applique fréquemment l'article 53 du Code du consommateur. Elle nomme « decaimento »²⁰⁵⁵ les clauses prévoyant, à la fois, de la reprise du bien financé et l'intangibilité du passé contractuel. Elle a même étendu son domaine d'application à deux séries d'espèces : d'une part, lorsque c'est le consommateur lui-même qui, n'arrivant plus à rembourser son crédit, demande en justice la résolution du contrat²⁰⁵⁶ ; d'autre part, aux conventions d'arrhes²⁰⁵⁷ ou encore de dédit²⁰⁵⁸, surtout lorsqu'elles dissimulent une clause pénale d'un montant excessif²⁰⁵⁹.

643. Toujours est-il que l'application de ces normes aboutit à des décisions généralement disparates. Surtout, le *Superior Tribunal de Justiça* ne se contente pas, en la matière, d'exercer un contrôle des critères utilisés par les juges du fond. Il n'hésite pas à apprécier, lui-même, le caractère abusif de telles clauses et, le cas échéant, à fixer un montant qu'il estime équitable. Par exemple, dans les opérations de vente à crédit d'immeubles à construire (« incorporação ») ou achevés, la 3^e chambre du STJ a ordonné la restitution par le vendeur au consommateur défaillant des sommes équivalent, soit à 70%²⁰⁶⁰, soit à 90%²⁰⁶¹ des échéances payées, une décision de 2002 ayant alloué jusqu'à 94% de celles-ci, la différence

²⁰⁵³ Art. 22, al. XVII, du décret n° 2.181 du 20.3.1997.

²⁰⁵⁴ Cela n'est cependant pas choquant dans la mesure où il s'agit d'une allocation équitable de la charge des risques, l'art. 6°, al. V, du Code prévoyant le droit du consommateur à la modification des obligations excessivement onéreuses. Sur la notion de réfaction contractuelle, v. GHESTIN, Jacques, BILLIAU, Marc et JAMIN, Christophe. *Op. cit.*, n° 485, p. 546.

²⁰⁵⁵ Cette locution se rapproche du mot déchéance, en langue française.

²⁰⁵⁶ STJ-Resp n° 59.870/SP, rel. Min. Barros Monteiro, 2^a Seção, j. 10.4.2002, DJ 9.12.2002 ; STJ-Resp n° 402.424/SP, rel. Min. Menezes Direito, 3^a T., j. 3.9.2002, DJ 4.11.2002.

²⁰⁵⁷ STJ-Resp n° 119.720/RS, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4^a T., j. 5.8.1997, DJ 22.9.1997.

²⁰⁵⁸ STJ-Resp n° 241.636/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, 4^a T., j. 17.2.2000, DJ 3.4.2000.

²⁰⁵⁹ STJ-Resp n° 223.118/MG, rel. Min. Nancy Andrighi, 3^a T., j. 19.11.2001, DJ 8.4.2002.

²⁰⁶⁰ STJ-Resp n° 303.240/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, 3^a T., j. 2.8.2001, DJ 27.8.2001 ; STJ-Resp n° 345.725/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, 3^a T., j. 13.5.2003, DJ 18.8.2003.

²⁰⁶¹ STJ-Resp n° 149.199/DF, rel. Min. Menezes Direito, 3^a T., j. 4.2.1999, DJ 29.3.1999 ; STJ-Resp n° 293.214/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, 3^a T., j. 17.5.2001, DJ 20.8.2001.

correspondant à l'acompte versé en début de contrat²⁰⁶². La 4^e chambre, à son tour, permet au consommateur de récupérer tantôt 75%²⁰⁶³, tantôt 80%²⁰⁶⁴ des sommes payées, un arrêt de 2007 ayant approuvé les juges du fond de lui avoir consenti jusqu'à 100% des sommes payées²⁰⁶⁵. Enfin, un arrêt rendu en 2002 par la 2nde section de droit privé du STJ fait état de 75% alloués au consommateur²⁰⁶⁶.

644. Dans la plupart de ces décisions, les magistrats déclarent expressément que, dans les ventes immobilières à crédit, la défaillance du consommateur ne cause pas de préjudice majeur au créancier : en reprenant la possession d'un immeuble économiquement valorisé, il n'aurait que des frais de gestion, de courtage et de publicité²⁰⁶⁷. Si cela est vrai pour le financement d'immeubles à construire, ce n'est sûrement pas le cas lorsque l'immeuble est habité par le consommateur. Raison pour laquelle les magistrats ajoutent que la restitution des échéances payées ne doit, en aucun cas, permettre au consommateur de se procurer un enrichissement illégitime : la jouissance du bien doit être prise en compte au même titre que les préjudices causés, lors de la compensation des créances respectives. Enfin, rendues par une Cour s'étant érigée en troisième degré de juridiction, les solutions ponctuelles du STJ présentent un intérêt moindre. Faute de pouvoir louer la stabilité des critères ainsi adoptés, on doit au moins reconnaître à la jurisprudence du STJ une certaine constance dans le principe prévu à l'article 53 du Code, confirmé dans chacune de ces solutions. En revanche, si elle mérite l'approbation à l'égard des opérations de crédit qu'on vient de décrire, la jurisprudence devient critiquable lorsqu'elle atténue la rigueur de la norme en question à propos d'autres opérations de crédit.

645. Les dérives de la jurisprudence – Dans des litiges concernant des crédits garantis par une convention de fiducie (« alienação fiduciária »), le *Superior Tribunal de Justiça* se montre plutôt réticent à prescrire la restitution des paiements au consommateur. La presque totalité des espèces analysées est relative au financement d'un véhicule automobile par une banque, laquelle se fait restituer l'objet de sa sûreté dès les premiers incidents de paiement. Se fondant régulièrement sur deux arguments, à savoir la dépréciation du bien financé, d'une part, et la spécificité des opérations de crédit en question, d'autre part, les magistrats transforment la technique d'extinction du contrat en une résiliation.

646. Le refus jurisprudentiel lorsque le bien financé se déprécie – En premier lieu, la diminution de la valeur économique du bien financé est soulevée comme un obstacle à la restitution au consommateur des échéances du crédit payées. Ce qui est préoccupant, ici, c'est que les magistrats semblent faire un amalgame entre les fonctions d'un juge du droit et celles

²⁰⁶² STJ-Resp n° 402.424/SP, j. 3.9.2002, préc.

²⁰⁶³ STJ-Resp n° 650.401/MG, rel. Min. Aldir Passarinho, 4^a T., j. 2.6.2005, DJ 1.7.2005 ; STJ-Resp n° 525.444/MG, rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4^a T., j. 2.4.2009, DJ 20.4.2009.

²⁰⁶⁴ STJ-Resp n° 60.065-0/SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4^a T., j. 15.8.1995, DJ 2.10.1995.

²⁰⁶⁵ STJ-Resp n° 437.607/PR, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, 4^a T., j. 15.5.2007, DJ 4.6.2007.

²⁰⁶⁶ STJ-Resp n° 59.870/SP, j. 10.4.2002, préc.

²⁰⁶⁷ STJ-Resp n° 60.065-0/SP, j. 15.8.1995, préc. ; STJ-Resp n° 59.870/SP, j. 10.4.2002, préc.

d'un juge du fond, en élargissant la portée de leur déclaration, d'une manière abstraite et générale, au-delà des particularités des espèces jugées²⁰⁶⁸. À cet égard, il y a lieu de rappeler que le législateur brésilien n'a pas entendu procéder à des distinctions à l'intérieur de la norme : l'article 53, décrit ci-dessus, régit toutes sortes de biens, meubles et immeubles, dépréciés ou valorisés après coup. Dès lors, il appartient au juge qui apprécie le fond du litige – quel que soit d'ailleurs le degré de la juridiction où il statue... – de ramener le montant de la compensation entre les créances réciproques à un niveau équitable.

647. Quoi qu'il en soit, le juge peut toujours constater une dépréciation du bien restitué, d'une manière telle qu'il lui paraisse convenable de prononcer l'intangibilité des paiements réalisés par le consommateur ; mais ce constat n'est, en définitive, nullement incompatible avec les opérations de crédit mobilier à la consommation garanties par une convention de fiducie. L'adoption de cette interprétation aurait peut-être permis à un consommateur, ayant déjà payé 75% de sa dette en un an et demi, de récupérer au moins une partie des paiements réalisés au profit de la banque ayant repris « son » véhicule²⁰⁶⁹. Récemment, le STJ a fait encore preuve de scepticisme à l'égard de l'article 53 du Code. Dans les opérations de « consórcio », la Cour décide régulièrement, bien que de manière discutable, que si le consommateur défaillant a le droit de récupérer le montant des paiements réalisés, il doit attendre la fin du délai prévu pour l'octroi du crédit à tous les membres du « pool » ou groupe auquel il s'est joint²⁰⁷⁰. Le 17 décembre dernier, elle a refusé toute récupération par le consommateur dans une opération de « consórcio » garantie par fiducie²⁰⁷¹ pour deux raisons : d'abord, en reconnaissant la dépréciation du bien utilisé ; ensuite, sous prétexte de la spécificité de ce type de sûretés.

648. La prétendue spécificité des opérations d'« alienação fiduciária » – Les magistrats affirment, en second lieu, que ce type d'opérations comporte une spécificité par rapport à la règle du Code du consommateur. L'article 2^o du décret-loi n^o 911, adopté en période de dictature militaire et régissant « les obligations garanties par fiducie », imposait au créancier ayant repris le bien financé de le revendre afin de restituer au débiteur le montant excédant sa créance. Cette règle est d'ailleurs désormais prévue au Code civil de 2002²⁰⁷², l'article 1.365 interdisant les pactes commissaires. Pour les magistrats du STJ, il n'y aurait dès lors pas lieu de parler de restitution intégrale des paiements réalisés²⁰⁷³ car, disent-ils en des termes très vagues, « le créancier-fiduciaire a droit aux valeurs du financement »²⁰⁷⁴.

²⁰⁶⁸ STJ-Resp n^o 250.072/RJ, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4^a T., j. 1.6.2000, DJ 7.8.2000 ; STJ-Resp n^o 437.451/RJ, rel. Min. Menezes Direito, 3^a T., j. 11.2.2003, DJ 10.3.2003 ; STJ-Resp n^o 489.519/DF, rel. Min. Menezes Direito, 3^a T., j. 12.8.2003, DJ 22.9.2003 ; STJ-Resp n^o 166.753/SP, rel. Min. Castro Filho, 3^a T., j. 3.5.2005, DJ 23.5.2005 ; STJ-Resp n^o 327.215/DF, rel. Min. Barros Monteiro, 4^a T., j. 18.9.2001, DJ 4.3.2002 ; STJ-Resp n^o 363.810/DF, rel. Min. Barros Monteiro, 4^a T., j. 21.2.2002, DJ 17.6.2002 ; STJ-Resp n^o 401.702/DF, rel. Min. Barros Monteiro, 4^a T., j. 7.6.2005, DJ 29.8.2005.

²⁰⁶⁹ STJ-Resp n^o 437.451/RJ, j. 11.2.2003, préc.

²⁰⁷⁰ STJ-Resp n^o 612.438/RS, rel. Min. Menezes Direito, 3^a T., j. 7.3.2006, DJ 19.6.2006.

²⁰⁷¹ STJ-Resp n^o 997.287/SC, rel. Min. Nancy Andrighi, 3^a T., j. 17.12.2009, DJ 2.2.2010.

²⁰⁷² Art. 1.364.

²⁰⁷³ STJ-Resp n^o 437.451/RJ, j. 11.2.2003, préc. ; STJ-Resp n^o 166.753/SP, j. 3.5.2005, préc.

²⁰⁷⁴ STJ-Resp n^o 489.519/DF, j. 12.8.2003, préc. ; STJ-Resp n^o 166.753/SP, j. 3.5.2005, préc.

649. Le raisonnement du STJ ne se justifie pourtant pas. D'une part, il promeut une inversion discutable de la relation de spécialité entre les deux normes en question, alors même que l'article 53 du Code régit expressément les conventions d'« alienação fiduciária em garantia ». D'autre part, il finit par cantonner aux seules opérations garanties par fiducie le mécanisme devant régir toutes les opérations de crédit, dans le cadre desquelles le créancier dispose d'un droit de reprendre le bien garantissant sa créance. Il s'agit, nous l'avons dit, d'une règle d'équité interdisant l'enrichissement illégitime d'une des parties au contrat. En toute rigueur, les effets d'une résiliation ne nuisent pas forcément aux intérêts du consommateur. Tant que la reprise du bien qui s'ensuit sert la juste compensation des créances réciproques – y compris la restitution de l'excédent éventuel – la règle de l'article 53 du Code du consommateur n'est pas bafouée. De ce point de vue, les solutions du STJ ne sembleraient pas choquer la conscience juridique. Le problème réside en ce qu'elles ne précisent que très rarement que la créance du fournisseur du crédit ne comprend pas les intérêts conventionnels non encore échus. Le vrai « decaimento », c'est-à-dire l'abus réellement pratiqué au détriment du consommateur défaillant, constitue la stipulation de payer les loyers ou – quelle que soit leur dénomination – les échéances non encore exigibles à la date de l'inexécution de ses obligations. Leur paiement (par anticipation) implique, en réalité, non pas la résiliation du contrat, mais l'exécution régulière des obligations du débiteur, auquel cas la reprise du bien n'a plus de raison d'être. Le STJ a pu l'affirmer au sujet d'une promesse de vente immobilière conclue à crédit entre particuliers²⁰⁷⁵. Son manque de clarté se justifie alors d'autant moins quand il s'agit d'opérations conclues avec des fournisseurs de crédit professionnels.

650. La nécessité d'une jurisprudence rigoureuse sur ce sujet se fait encore plus importante actuellement, dans le secteur du crédit immobilier. Depuis une loi de 1997²⁰⁷⁶, ce type d'opérations est, lui aussi, majoritairement garanti par une convention d'« alienação fiduciária ». Comment accepter qu'un consommateur n'ayant pas remboursé l'une des premières échéances de son prêt immobilier devienne, dès ce premier incident, redevable de la totalité des mensualités du crédit, d'une durée pouvant aller jusqu'à trente ans ? On espère ainsi que le STJ adoptera dans ces opérations la même solution que celle qu'il consacre aux contrats de vente immobilière à crédit. À l'heure actuelle, le Tribunal semble plutôt favorable à une telle interprétation. Il l'a admis, par *obiter dictum*, dans une décision de 2002²⁰⁷⁷ concernant une opération relevant du secteur réglementé (SFH). Un raisonnement *a contrario* permettrait de retenir la même solution dans deux autres décisions où les pourvois des consommateurs ont été rejetés mais pour des questions procédurales²⁰⁷⁸.

²⁰⁷⁵ STJ-Resp n° 258.220/RJ, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4^a T., j. 21.9.2000, DJ 13.11.2000.

²⁰⁷⁶ V. loi n° 9.514 du 20.11.1997.

²⁰⁷⁷ STJ-Resp n° 436.815/DF, rel. Min. Nancy Andrighi, 3^a T., j. 17.9.2002, DJ 28.10.2002.

²⁰⁷⁸ STJ-Resp n° 669.073/AL, rel. Min. Menezes Direito, 3^a T., j. 21.2.2006, DJ 15.5.2006 ; STJ-Resp n° 574.258/RS, rel. Min. Menezes Direito, 3^a T., j. 25.5.2004, DJ 2.8.2004. Dans cette dernière espèce il s'agissait plutôt d'un conflit de lois dans le temps, le contrat étant souscrit avant l'entrée en vigueur du Code.

651. Un refus général... voué à la disparition – Une dernière décision du STJ mérite, enfin, une critique plus énergique lorsqu'elle refuse la restitution des sommes payées aux emprunteurs²⁰⁷⁹. En l'espèce, un couple avait acquis un appartement dont l'acompte versé au vendeur correspondait à 40% du prix. La différence avait été financée auprès d'une banque, au bénéfice de laquelle une hypothèque sur l'immeuble avait été constituée. Les conjoints avaient déjà payé l'équivalent à 57% du prix financé lorsque le mari a été licencié et a arrêté les remboursements. Ils perdent la possession de l'immeuble, mais demandent en justice l'application de l'article 53 du Code à l'espèce. Déboutés de leur demande par les juges du fond, ils forment un pourvoi auprès du STJ. Celui-ci rejette le pourvoi sous prétexte que « ne doit pas être confondue la situation de l'acheteur avec celle de l'emprunteur ; lorsque celui-ci est défaillant, il n'a pas droit à la restitution des échéances payées [...] La demande est téméraire et pourrait causer, au cas où elle serait accueillie, la déstabilisation du système financier avec, en conséquence, l'augmentation des taux d'intérêts, en l'absence de garanties de liquidation des créances ».

652. Cette solution est critiquable sous de multiples aspects. Certes, en l'espèce, les conjoints étaient demeurés propriétaires de l'immeuble depuis la conclusion du contrat de financement. Il n'empêche que la banque a pu réaliser l'hypothèque constituée à sa faveur, de sorte que le solde de la dette en capital était entièrement garanti. Ce n'est ainsi pas l'absence de rigueur quant aux modalités de liquidation du solde restant dû qui cause la perplexité dans cette solution ; ce qui laisse le juriste stupéfait, c'est la déclaration, de portée générale, suivant laquelle la règle du Code du consommateur en question ne s'applique pas aux prêts bancaires (« mútuos bancários »). À cet égard, la solution du STJ ne méritera, ici, qu'une seule remarque : faisant fi du principe d'équilibre dans les relations de consommation²⁰⁸⁰ et des règles d'ordre public instituées dans le but de protéger le consommateur, elle permet, encore une fois, à un établissement de crédit de s'enrichir aux dépens du consommateur endetté. Elle a, on peut l'espérer, vocation à disparaître.

653. Critique des mesures de traitement individuel du consommateur endetté – On est contraint de reconnaître, par cette étude comparative, que les règles régissant actuellement la situation du consommateur endetté ne lui procurent pas un niveau de protection satisfaisant. Ce constat concerne, il est vrai, beaucoup plus largement le droit brésilien que le droit français. Des améliorations de la protection peuvent cependant être organisées dans ces deux ordres juridiques. Essentiellement, l'étude révèle les limitations de la jurisprudence, plutôt active à certains égards, dans la recherche de solutions équitables, lorsqu'un litige oppose un consommateur endetté et un établissement de crédit. En France, l'intervention du législateur est venue conforter la situation du premier, la réglementation des lois protectrices n'étant, quant à elles, pas toujours en parallèle avec l'esprit de protection. Au Brésil, en revanche, des

²⁰⁷⁹ STJ-Resp n° 906.570/SP, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 3^a T., j. 29.11.2007, DJ 6.12.2007.

²⁰⁸⁰ Art. 4^o, al. III, du Code du consommateur.

interventions multiples mériteraient d'être entamées. Le droit brésilien ne semble contenter pas plus les fournisseurs de crédit que les consommateurs : les variations trop constantes d'une jurisprudence, dont les ressorts ressemblent fort à un mouvement d'accordéon, ne fournissent pas la sécurité juridique nécessaire aux affaires économiques. En attendant des innovations législatives, un changement de posture de la part de la jurisprudence serait opportun. Surtout, en l'état actuel, le droit positif n'est pas en mesure d'éviter ou, du moins, de pallier de manière relativement efficace, un phénomène beaucoup plus redoutable pour les consommateurs, tant en France qu'au Brésil : celui du surendettement.

Section 2 – Le cas du consommateur de crédit surendetté

654. « Être sans le sou, c'est le dernier degré du malheur dans notre ordre social actuel. Je suis de mon temps, j'honore l'argent !... »²⁰⁸¹ À l'époque où Crevel prononçait ces mots, un changement profond des mœurs semblait se produire dans les sociétés européennes en voie d'industrialisation²⁰⁸². L'argent et le crédit perdaient de leur valeur en tant que moyens d'intermédiation pour devenir une fin en soi. L'hypothèse est que ce temps aurait duré un siècle ; la société de consommation a opéré un revirement des mœurs : le temps du romantisme réaliste est révolu²⁰⁸³, aujourd'hui « le bon citoyen consomme de plus en plus, et au-delà de ses moyens, des biens et services toujours nouveaux »²⁰⁸⁴.

655. Le surendettement, néologisme employé pour qualifier des situations d'endettement extrême²⁰⁸⁵ ou pathologique²⁰⁸⁶, est un phénomène socio-économique qui sévit tant dans les pays riches que dans ceux en voie de développement. En Europe, des solutions sont débattues depuis des décennies²⁰⁸⁷ et la conscience du problème a déjà gagné les instances de

²⁰⁸¹ BALZAC, Honoré de. « La cousine Bette », extraits, v. 2, Classiques Larousse, 1952, p. 41.

²⁰⁸² GRANGE, Juliette. « Quelques figures de débiteurs et d'usuriers dans le roman réaliste au XIX^e siècle – Une analyse à partir de la *Philosophie de l'argent*, de G. Simmel », in *Le surendettement des particuliers*, GARDAZ, Michel (dir.), Anthropos, 1997, p. 194.

²⁰⁸³ *Idem, ibidem* : « la monnaie électronique, l'instantanéité et la mondialisation des transferts, l'abstraction totale du crédit ne sont-elles que la conséquence d'une logique de déréalisation du rapport à la richesse et à l'argent mis en place au milieu du XIX^e siècle ? »

²⁰⁸⁴ GJIDARA, Sophie. « L'endettement et le droit privé », LGDJ, 1999, n° 161, p. 132, citant F. Falleti, la vente à crédit des biens de consommation, p. 1, lequel reprend lui-même les propos de C. Alfanderi ; KHAYAT, Danielle. « Le droit du surendettement des particuliers », LGDJ, 1997, p. 12 : « l'évolution des mœurs a disqualifié la gestion du 'bon père de famille', au profit de la consommation et du recours au crédit ».

²⁰⁸⁵ CORNU, Gérard. « Vocabulaire juridique », Association Henri Capitant, PUF, 5^e éd., 1996, v° « surendettement » : « endettement extrême d'un particulier débiteur de bonne foi ».

²⁰⁸⁶ PERRU, Éric. « L'impayé », LGDJ, 2005, n° 16, p. 16.

²⁰⁸⁷ V. les actes du colloque intitulé « Crédit, endettement et surendettement des ménages en Europe », organisé le 3 nov. 1994 à Charlevoix par l'Observatoire du crédit et de l'endettement, sous la présidence de BOURGOIGNIE, Thierry et publié en juin 1995 ; HULS, Nick. « Vers une approche européenne du surendettement des consommateurs », in « Crédit, endettement et surendettement des ménages en Europe », préc., p. 326. REYGROBELLET, Arnaud. « Introduction » in « L'apurement des dettes – solution au surendettement », CHAPUT, Yves (dir.), Litec, 1998, p. 24, pour qui « du fait de l'internationalisation croissante des échanges, de l'interpénétration des économies – qu'on songe au développement attendu du commerce électronique – les politiques de traitement du surendettement n'ont de sens que si elles échappent aux étroites limites des territoires nationaux : elles doivent nécessairement coordonner leurs efforts, par-delà les frontières, notamment par le biais de conventions internationales ». Plus récemment, v. BOUJEKA, Augustin. « Perspectives communautaire et comparée de la procédure de rétablissement personnel », *Rev. dr. banc. et fin.* sept.-oct. 2006, p. 61. Les représentants des

l'Union²⁰⁸⁸. Si des débiteurs malheureux ont existé de tout temps, l'endettement pérenne devenu un mode de vie à crédit, est cependant un phénomène plus récent²⁰⁸⁹. La France et le Brésil – où l'on parle plutôt de « superendividamento »²⁰⁹⁰ – sont sûrement concernés ; une doctrine abondante ne cesse de le montrer. Crédit et surendettement forment ainsi un couple dont le lien n'est plus à démontrer²⁰⁹¹.

656. À l'heure actuelle, cependant, les coïncidences entre ces deux pays s'arrêtent là. Alors que le législateur français a décidé de prendre des dispositions destinées au traitement des situations de surendettement, les préoccupations des pouvoirs publics brésiliens sont (encore) ailleurs : à cet égard, l'objectif de promouvoir la croissance économique à travers l'expansion du crédit aux consommateurs semble ne pas leur permettre de comprendre que le surendettement peut être un grave facteur d'exclusion sociale. Or, dans les systèmes de

établissements de crédit se montrent cependant hostiles à l'harmonisation de mesures de traitement : v. BURANI, Umberto. « La problématique du surendettement au niveau européen : le point de vue du banquier », in « Crédit, endettement et surendettement des ménages en Europe », *op. cit.*, p. 254 ; VAN LIERDE, Michel. « La problématique du surendettement au niveau européen », in « Crédit, endettement et surendettement des ménages en Europe », *op. cit.*, p. 284.

²⁰⁸⁸ Le 13 juill. 1992, une résolution du Conseil des communautés européennes réalisait un premier avertissement sur le problème. Dès lors, plusieurs études d'indices socio-économiques ont été réalisées dans le but d'apprécier l'opportunité d'adopter des normes harmonisées de traitement du surendettement applicables à tous les États membres. Ces études ont donné lieu à des résolutions et à des communications du Conseil où l'importance de la question pour la protection des consommateurs est soulignée, ainsi que les relations qu'elle entretient avec la réalisation du marché commun. V., par exemple, la communication intitulée « Objectifs de lutte contre la pauvreté et l'exclusion sociale », JOCE n° 82, du 13 mars 2001 ; la résolution n° 2001/C 364/01 du 26 nov. 2001, relative « au crédit et à l'endettement des consommateurs », où un lien est reconnu entre la consommation de crédit et l'insolvabilité d'un nombre croissant de consommateurs. V. aussi l'avis du Comité économique et social sur le « surendettement des ménages dans l'Union Européenne », JOCE n° C 149, de 21.6.2002, où le besoin de l'harmonisation de mesures législatives, judiciaires et administratives de prévention et de traitement est clairement exprimé, sur le fondement des arts. 2^e et 34 du Traité d'Amsterdam et de l'art. 153 du Traité de Rome. Ce document présente des propositions concrètes pour combattre le surendettement à l'échelle communautaire, parmi lesquelles on notera la promotion d'activités d'information et d'éducation des jeunes dès l'enseignement de base.

²⁰⁸⁹ OPPETIT, Bruno. « L'endettement et le droit », *op. cit.*, p. 307.

²⁰⁹⁰ MARQUES, Cláudia Lima et CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (dir.). « Direitos do consumidor endividado – Superendividamento e crédito », RT, 2006 ; COSTA, Geraldo de Faria Martins. « Superendividamento : a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês », RT, 2002. LOPES, José Reinaldo de Lima. « Crédito ao Consumidor e Superendividamento – uma Problemática Geral », *Rev. dir. consum.* v. 17, p. 57 et s. ; BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz. « Bancos de dados e superendividamento do Consumidor : cooperação, cuidado e informação », *Rev. dir. consum.* v. 50, p. 36 et s. Parlant, comme au Portugal, de « sobreendividamento », v. aussi CASADO, Márcio Mello. « Os Princípios Fundamentais como Ponto de Partida para uma Primeira Análise do Sobreendividamento no Brasil », *Rev. dir. consum.*, v. 33, p. 130 et s.

²⁰⁹¹ PIEDELIÈVRE, Stéphane. « Droit de la consommation », *op. cit.*, n° 619, p. 473 ; n° 626, p. 479 ; n° 628, p. 481 ; n° 693, p. 515 ; v. aussi CALAIS-AULOY, Jean et STEINMETZ, Frank. *Op. cit.*, 6^e éd., 2003, n° 524, p. 566) ; KHAYAT, Danielle. « Le droit du surendettement des particuliers », LGDJ, 1997, p. 12 ; LERON, Roger. « Surendettement des ménages – Rapport sur l'application de la loi n° 89-1010 du 31 décembre 1989 relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles », JORF, 1991, p. 7 ; « Évaluation de la loi sur le surendettement des particuliers du 31 décembre 1989 », INC, 1995, p. 44 ; PERRU, Éric. « L'impayé », LGDJ, 2005, n° 17, p. 17 ; GJIDARA, Sophie. « L'endettement et le droit privé », LGDJ, 1999, n° 257, p. 207 ; MAZEAUD, Denis. « Rapport français », in *L'endettement, Travaux de l'association Henri Capitant*, LGDJ, 1995, n° 5, p. 129 ; SINAY-CYTERMANN, Anne. « Les relations entre professionnels et consommateurs en droit français », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, GHESTIN, Jacques et FONTAINE, Marcel (dir.), LGDJ, 1996, n° 39, p. 264 ; SAUPHANOR-BROUILLAUD, Natacha. « La notion de surendettement », LPA 10 avr. 2003, n° 72, p. 7 ; BALLAND, Valérie. « Le surendettement », ASH, 2000, p. 5 ; JAMET, Jacqueline. « Le surendettement des particuliers », Montchrestien, 1990, p. 3 ; GALLET, Charles-Henri. « Le surendettement des particuliers », Delmas, 1996, p. 9 ; LAGARDE, Xavier. « L'endettement des particuliers », *op. cit.*, n° 54, p. 165 : « c'est pour avoir incité au crédit afin d'atténuer les effets de la crise que les pouvoirs publics, devant le relatif échec de la méthode, ont par la suite réglementé le surendettement. Ainsi, dans leur esprit, le crédit et le surendettement sont deux techniques de réalisation du même objectif, même s'ils interviennent l'un et l'autre à des moments différents. Il y aurait dès lors, au moins dans cette perspective, quelque artifice à opposer la logique contractuelle du prêt à la logique sociale du surendettement ».

production de type capitaliste, le traitement de ces situations n'est pas incompatible avec le développement économique : l'adoption d'une législation spécifique en France n'a pas débouché sur une remise en cause du volume de la distribution de crédit.

657. Par ailleurs, dans certains pays, le traitement du surendettement semble reposer sur un fondement essentiellement économique : une fois « déchargé » de ses dettes, le débiteur réintègre le système afin de pouvoir consommer à nouveau²⁰⁹². Ce n'est pourtant pas cette philosophie qui sous-tend le dispositif français de traitement des situations de surendettement des consommateurs. Il s'agit, dans ce pays, d'une législation à but éminemment humanitaire et social, reposant sur la solidarité entre les individus²⁰⁹³. Certains affirment même qu'elle instaure un droit fondamental de « vivre dignement et d'être allégé du poids de ses dettes quand aucune autre solution que la misère se profile comme mode de vie »²⁰⁹⁴. En tout cas, quels qu'aient pu être les mobiles initiaux du législateur, une évolution progressive a converti la loi en un instrument de lutte contre les exclusions et la pauvreté²⁰⁹⁵.

658. Cette dernière observation, réalisée dans le cadre d'une comparaison juridique entre deux pays dont les contextes socio-économiques sont très différents, exige dès lors deux précisions, l'une d'ordre conceptuel, l'autre à caractère méthodologique. D'abord, les situations de surendettement ne se confondent pas nécessairement avec l'état de pauvreté²⁰⁹⁶. Les différentes mesures de traitement des premières s'inscrivent, certes, dans le cadre beaucoup plus vaste de la lutte contre les exclusions sociales. Toutefois, un consommateur peut se retrouver surendetté alors même qu'il dispose des ressources d'un montant élevé. Tel pourrait être le cas, notamment, s'il avait contracté un volume excessif de crédits. Pour cette raison, il convient dès lors de fixer une limite d'ordre méthodologique à notre analyse : dans les développements qui suivent, on n'abordera le phénomène du surendettement que dans la mesure où, d'une part, des crédits ont engendré ou participé à la dégradation de la situation financière d'un consommateur, d'autre part, le traitement dont celui-ci fait l'objet lui permet de se voir alléger sa dette de crédit.

²⁰⁹² KILBORN, Jason. « La responsabilization de l'économie : what the U.S. can learn from the new french law on consumer overindebtedness », Michigan Journal of International Law, n° 26, 2005 ; se référant également aux États-Unis, v. BOUJEKA, Augustin. « Perspectives communautaire et comparée de la procédure de rétablissement personnel », Rev. dr. banc. et fin. sept.-oct. 2006, n° 6, p. 62 ; prônant cette approche pour une harmonisation de mesures de traitement à l'échelle européenne, v. HULS, Nick. *Op. cit.*, p. 325.

²⁰⁹³ ANCEL, Pascal. « La pratique française du redressement judiciaire civil », in Le surendettement des particuliers, GARDAZ, Michel (dir.), Anthropos, 1997, p. 56 ; GJIDARA, Sophie. *Op. cit.*, n° 458, p. 398 ; VIGNEAU, Vincent et BOURIN, Guillaume-Xavier. « Droit du surendettement des particuliers », Litec, 2007, n° 12, p. 13 ; MAZEAUD, Denis. « Le traitement civil de la dette », in L'apurement des dettes – solution au surendettement, CHAPUT, Yves (dir.), Litec, 1998, n° 380, p. 342.

²⁰⁹⁴ CAMPANA, M.-J. L'effacement des dettes, Gaz. Pal. 27 févr. 2003, n° 58, p. 44 ; BOUJEKA, Augustin. « Perspectives communautaire et comparée de la procédure de rétablissement personnel », *op. cit.*, n° 5, p. 62.

²⁰⁹⁵ VIGNEAU, Vincent. « Les travaux du comité de suivi de la loi du 1^{er} août 2003 », Rev. dr. banc. et fin., sept.-oct. 2006, n° 22, p. 65 ; ANCEL, Pascal. « La pratique française du redressement judiciaire civil », *op. cit.*, p. 54.

²⁰⁹⁶ Le Rapport annuel de 2010 de la Cour des comptes française comporte un chapitre intitulé « La lutte contre le surendettement des particuliers : une politique publique incomplète et insuffisamment pilotée », où il est indiqué que « la part des surendettés dont le revenu est inférieur ou égal au SMIC est de 55%, dont l'essentiel (50%) a des revenus qui se situent entre le RMI et le SMIC, et une petite part (5% de l'ensemble) des ressources égales ou inférieures au RMI. 30% des surendettés ont des ressources supérieures à 1500 € par mois » (p. 465).

659. La part d'influence du crédit sur ces situations est théoriquement très variable. Au premier rang, figurent celles relevant d'un type de surendettement qu'on a pris l'habitude de qualifier d'« actif »²⁰⁹⁷. Dans ces cas, le consommateur est pris dans une spirale de crédits où les nouveaux emprunts se destinent à rembourser les précédents²⁰⁹⁸, à tel point qu'on a pu suggérer que l'endetté est, par définition, l'alter ego du consommateur de crédit²⁰⁹⁹. Bien que situées au cœur de notre sujet, ces situations semblent aujourd'hui minoritaires²¹⁰⁰. Le surendettement qualifié de « passif », résultant de l'endurance de la crise économique, de l'augmentation du chômage et de la dégradation du niveau de vie d'une grande partie de la population – facteurs qu'on résume en parlant d'« accidents de la vie »²¹⁰¹ – est actuellement plus répandu tant en France qu'au Brésil.

660. En pratique, cependant, on constate que, dans un nombre élevé des cas de surendettement de ce dernier type, le passif patrimonial du consommateur comporte des charges de crédit, liées surtout à des opérations de type renouvelable (*revolving*)²¹⁰². Ainsi, et sans vouloir rajouter aux néologismes, on pourrait sans doute parler de « mal-endettement » pour désigner les situations où le consommateur mobilise ses ressources pour le paiement d'une ou de plusieurs dettes de crédit, à un tel degré que le moindre « accident de la vie » le ferait basculer dans le surendettement. Dans tous ces cas, certaines mesures juridiques de traitement collectif sont capables, sinon d'éliminer, du moins de réduire l'aggravation de ces situations à risque social important.

661. Depuis leur conception et jusqu'au moment de leur exécution pratique, ces mesures suivent, normalement, le chemin ordinaire de toute norme légiférée : adoptées, d'abord, par le

²⁰⁹⁷ Reprenant les statistiques publiées par la Banque de France en 2007, le Rapport annuel 2010 de la Cour des comptes française indique que, sur 40 000 euros d'endettement moyen par dossier de surendettement, la part des crédits assortis d'une échéance correspond en moyenne à 17 600 euros, celle des crédits non assortis d'une échéance ou crédits renouvelables correspondant en moyenne à 19 900 euros (p. 465).

²⁰⁹⁸ GJIDARA, Sophie. « L'endettement et le droit privé », LGDJ, 1999, n° 257, p. 208, qui indique l'irresponsabilité, la mauvaise gestion du budget familial et la prodigalité de nombreux consommateurs de crédit.

²⁰⁹⁹ *Idem*, n° 257, p. 207. V. OPPETIT, Bruno. « L'endettement et le droit », *op. cit.*, p. 307, qui fait encore allusion aux qualifications de « *fourvoyé*, de *cigale* ou d'*as du crédit* ».

²¹⁰⁰ En France, la Banque de France indiquait en 2007 que 25% seulement des dossiers concernaient des surendettés actifs (v. Rapport annuel 2010 de la Cour des comptes, p. 466). V. aussi JULIEN, Jérôme. « Droit de la consommation et du surendettement », Montchrestien, 2009, n° 388, p. 418. Au Brésil, les recherches menées à Rio Grande do Sul par MARQUES, Cláudia Lima (« Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo : proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul », *op. cit.*, p. 302) révèlent 21,7% d'emprunteurs de ce type parmi un échantillon de 100 personnes surendettées; à Rio de Janeiro, les recherches menées par CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (« O perfil do superendividado: referências no Brasil », in *Direitos do consumidor endividado – Superendividamento e crédito*, *op. cit.*, p. 390) révèlent que 73% des personnes interrogées présentent une situation de surendettement de type passif.

²¹⁰¹ Chômage, divorce, maladie etc. V. VIGNEAU, Vincent. « Les travaux du comité de suivi de la loi du 1^{er} août 2003 », *op. cit.*, n° 22, p.65 ; VIGNEAU, Vincent et BOURIN, Guillaume-Xavier. *Op. cit.*, n° 2, p. 3 et PIEDELIÈVRE, Stéphane. « Droit de la consommation », *op. cit.*, n° 628, p. 481, rappellent encore l'influence du contrôle de l'inflation sur les charges de crédit après de longues périodes de hausse. V. aussi ANCEL, Pascal. « La pratique française du redressement judiciaire civil », *op. cit.*, p. 54.

²¹⁰² Le Rapport annuel 2010 de la Cour des comptes conteste sévèrement la distinction opérée dans les statistiques publiées par la Banque de France en 2007 entre surendettements actif et passif, et révèle qu'à peine 4% des dossiers ne comporte aucun crédit à la consommation (p. 466). À Rio de Janeiro, alors que 73% des personnes interrogées présentaient un surendettement de type passif, 69% d'entre elles avaient pour créancier un établissement de crédit : v. CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. « O perfil do superendividado: referências no Brasil », *op. cit.*, p. 391.

législateur, elles sont ensuite destinées à être appliquées (§ 1^{er}). La comparaison juridique révèle, cependant, que la lutte – le mot semble ici mieux approprié – contre le surendettement peut aussi emprunter le sens inverse : résultant à l'origine d'un certain activisme parajudiciaire, les mesures ainsi appliquées pourraient, à terme, inspirer l'activité du législateur (§ 2nd).

§ 1^{er} – Les mesures de traitement d'origine législative

662. Les mesures préventives – En cette matière, comme du reste dans la philosophie qui fonde le droit de la consommation, il vaut mieux prévenir que laisser périr²¹⁰³. De manière générale, on peut dire que toutes les règles de protection qu'on a décrites ci-dessus se destinent, fût-ce indirectement, à éviter que le consommateur de crédit ne tombe dans le fléau du surendettement. D'une part, il est mieux informé sur les caractéristiques de l'opération conclue et, s'il rencontre des difficultés ponctuelles de remboursement, on lui accorde certaines mesures d'allègement de sa dette. D'autre part, on accroît la part de responsabilité du prêteur dans l'octroi du crédit en lui imposant un certain formalisme, voire en retenant sa responsabilité civile pour avoir agi avec légèreté à l'égard d'un consommateur n'ayant que peu de ressources²¹⁰⁴. Nous verrons aussi que l'institution de fichiers de traitement de données, soit négatifs, soit positifs, est également vantée comme ayant une vertu préventive²¹⁰⁵. Enfin, on évoque encore les assurances-crédit²¹⁰⁶, mais il semble que la mesure qui concilie de la manière la plus efficace la liberté contractuelle et le besoin de protection consiste dans l'éducation des consommateurs²¹⁰⁷.

663. Le législateur n'a donc pas négligé l'aspect prévention dans les mesures destinées à combattre le surendettement. Il aurait pu même faire plus, en intervenant de manière plus conséquente du côté de la distribution de crédit : par exemple, en instituant des seuils d'endettement en fonction des capacités de remboursement de l'emprunteur²¹⁰⁸ ou, de manière plus radicale, en interdisant la publicité pour le crédit, voire en généralisant la responsabilité civile des prêteurs imprudents²¹⁰⁹. Il n'a cependant pas entendu intervenir de manière aussi incisive dans le marché. Il a été jugé plus opportun de guérir les situations les plus

²¹⁰³ CALAIS-AULOY, Jean et STEINMETZ, Frank. *Op. cit.*, 6^e éd., 2003, n° 525, p. 566.

²¹⁰⁴ PAISANT, Gilles. « Prévention du surendettement et responsabilité dans l'octroi du crédit », LPA 10 avril 2003, n° 72, p. 37.

²¹⁰⁵ *Infra*, n°

²¹⁰⁶ PERRU, Éric. « L'impayé », LGDJ, 2005, n° 429, p. 382 ; l'auteur rappelle cependant qu'elles ne couvrent pas toutes sortes de risques, tels que retards de paiement (*idem*, n° 435, p. 384).

²¹⁰⁷ En ce sens, v. LERON, Roger. *Op. cit.*, p. 96. Un amendement du Sénat au Projet de loi de réforme du crédit à la consommation prévoit un dispositif (art. L. 331-3, II, 7^o) suivant lequel « à tout moment de la procédure [de surendettement], si la situation du débiteur l'exige, la commission l'invite à solliciter une mesure d'aide ou d'action sociale qui peut comprendre un programme d'éducation budgétaire, et notamment une mesure d'accompagnement social personnalisé, dans les conditions prévues par le livre II du code de l'action sociale et des familles » (v. Rapport Sénat n° 447 du 2 juin 2009).

²¹⁰⁸ OPPETIT, Bruno. « L'endettement et le droit », *op. cit.*, p. 308, lequel poursuit « ... à défaut desquels il aurait engagé sa responsabilité personnelle » ; PERRU, Éric. *Op. cit.*, n° 20, p. 22, note 107 ; *contra*, v. PIEDELIÈVRE, Stéphane. « Droit de la consommation », *op. cit.*, n° 687, p. 511, pour qui tout dépendra, pour chaque débiteur, de sa situation familiale ou du montant des revenus perçus régulièrement, entre autres.

²¹⁰⁹ CALAIS-AULOY, Jean et STEINMETZ, Frank. *Op. cit.*, 6^e éd., 2003, n° 525, p. 567 ; sur la responsabilité civile, les auteurs suggèrent plutôt la « déchéance du droit aux intérêts pour les prêteurs imprudents ».

désespérées, tout en laissant les encours de crédit se fluidifier²¹¹⁰. Dès lors, c'est l'aspect curatif des mesures de traitement collectif de nature à permettre au consommateur d'obtenir un allègement de ses dettes de crédit qui retiendra ici l'attention.

664. Les mesures curatives – En France, elles ont été inaugurées par une loi de 1989²¹¹¹, dont on affirme qu'il s'agit de la dernière grande innovation du droit de la consommation²¹¹². Cette loi a fait pourtant l'objet de maintes critiques. Outre, évidemment, l'atteinte portée aux principes du droit civil fondés sur l'idée de *pacta sunt servanda*, elle a été souvent stigmatisée sur le plan technique, un auteur l'ayant même qualifiée de « monstre juridique »²¹¹³. Il n'est ainsi pas surprenant que les règles qu'elle prévoyait aient subi par la suite de multiples modifications²¹¹⁴, la dernière en date résultant de la loi du 1^{er} juillet 2010 sur la réforme du crédit à la consommation applicable, en la matière, à compter du 1^{er} novembre 2010²¹¹⁵. Pour mieux cerner le dispositif actuel, il faut connaître, d'abord, la notion de surendettement (A) pour, ensuite, analyser les mesures de traitement²¹¹⁶ collectif qu'elle instaure au bénéfice du consommateur de crédit surendetté (B).

A) La notion de surendettement

665. En France, il serait sans doute plus approprié de parler, plutôt que d'une notion, des notions de surendettement. Les lois qui se sont succédé depuis 1989 ont pris en compte les nouvelles données de la réalité. Les pouvoirs publics ont été conduits à adopter des mesures plus efficaces dans le but d'améliorer la situation des personnes surendettées. Actuellement, l'article L. 330-1 du Code de la consommation recense les différentes notions de surendettement. Elles sont distinguées en plusieurs niveaux, suivant le degré de gravité de la situation financière du débiteur. En ce qui intéresse notre matière, on peut distinguer ces différentes notions suivant que le consommateur dispose de biens et de ressources lui permettant de s'acquitter, moyennant certains allègements, de sa dette de crédit (1), ou que sa

²¹¹⁰ Sur ce point, il est intéressant de constater une similarité entre la politique économique actuelle au Brésil et celle de la France de l'époque de l'adoption de la loi Neiertz : les établissements de crédit nient l'influence du crédit sur le phénomène du surendettement, en invoquant les bas taux des encours de crédit par rapport au PIB des pays développés. V. SALOMON, Danielle. « Quand une politique publique en cache une autre... - La loi Neiertz comme réponse politique et acte opportuniste des organes de tutelle », in *Le surendettement des particuliers*, GARDAZ, Michel (dir.), Anthopos, 1996, p. 18.

²¹¹¹ Loi n° 89-1010 du 31 décembre 1989 « relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles », dite loi Neiertz.

²¹¹² PIEDELIÈVRE, Stéphane. « Droit de la consommation », *op. cit.*, n° 629, p. 481.

²¹¹³ ANCEL, Pascal. « La pratique française du redressement judiciaire civil », *op. cit.*, p. 56. Ce même auteur parle encore d'une « ambiguïté totale » de la loi, conduisant à des bizarreries techniques (*idem*, p. 57). V. aussi KHAYAT, Danielle. *Op. cit.*, p. 153, qui dénonce son défaut de cohérence avec l'ensemble de l'ordre juridique français.

²¹¹⁴ Par ordre chronologique, l'ont modifiée les lois n° 91-650 du 9 juill. 1991, n° 95-125 du 8 févr. 1995, n° 98-657 du 29 juill. 1998 et n° 2003-710 du 1^{er} août 2003.

²¹¹⁵ Loi n° 2010-737, art. 61, IV.

²¹¹⁶ On parle souvent du consommateur surendetté comme d'un « malade » financier (v., par exemple, ANCEL, Pascal. « La pratique française du redressement judiciaire civil », *op. cit.*, p. 59) dont on cherche à rétablir la « santé pécuniaire » (ALBIGES, Christophe. « Rapport Introductif », CCC oct. 2005, étude n° 9, p. 8, n° 15). Le mot « traitement » employé par le législateur semble renforcer la comparaison.

situation financière est tellement obérée qu'elle exige la mise en œuvre d'une procédure collective destinée à l'élimination définitive de ses dettes (2).

1) Le surendettement remédiable

666. Les alinéas 1^{er} et 2^e de l'article L. 330-1 du Code disposent que « la situation de surendettement des personnes physiques est caractérisée par l'impossibilité manifeste pour le débiteur de bonne foi de faire face à l'ensemble de ses dettes non professionnelles exigibles et à échoir. L'impossibilité manifeste pour une personne physique de bonne foi de faire face à l'engagement qu'elle a donné de cautionner ou d'acquitter solidairement la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société caractérise également une situation de surendettement. Lorsque les ressources ou l'actif réalisable du débiteur le permettent, des mesures de traitement peuvent être prescrites devant la commission de surendettement des particuliers dans les conditions prévues aux articles L. 331-6, L. 331-7 et L. 331-7-1 ».

667. Cette définition complexe comprend, à la fois, les personnes justiciables des mesures de protection (a) et la composition patrimoniale qui caractérise la situation du débiteur (b).

a) Le consommateur de crédit présentant une situation de surendettement remédiable

668. La loi institue des critères d'application à la fois positifs et négatifs, relatifs à la personne du débiteur. En l'état actuel du droit positif, ils ne coïncident que partiellement avec ceux définis aux règles du Code de la consommation relatives au crédit aux consommateurs²¹¹⁷. Ici, tout d'abord, seule est traitée la situation de surendettement des personnes physiques²¹¹⁸. Ce critère est ensuite complété par une disposition prévue à l'article L. 333-3, alinéa 1^{er}, du Code. Dans une approche plutôt négative, ce dispositif exclut de la protection certaines personnes en raison de leur qualité professionnelle²¹¹⁹. La protection est ainsi réservée *a priori* aux personnes physiques non professionnelles. Sont exclus, par exemple, les débiteurs ayant la qualité de commerçant ou d'exploitant agricole²¹²⁰. De la combinaison de ces critères, on peut déduire, tout d'abord, qu'un commerçant surendetté ayant conclu des opérations de crédit à titre purement domestique puisse se voir refuser les faveurs

²¹¹⁷ V. n° 45 *supra*.

²¹¹⁸ Il en va de même du nouvel article art. L. 311-1, 2^o, du Code résultant de la loi portant réforme du crédit à la consommation.

²¹¹⁹ V. VIGNEAU, Vincent et BOURIN, Guillaume-Xavier. *Op. cit.*, n° 121, p. 91, pour lesquels le critère légal est fondé sur la qualité professionnelle du débiteur.

²¹²⁰ Des modifications législatives récentes sont venues restreindre d'ailleurs le cercle des personnes relevant des procédures de surendettement. Celles exerçant des professions libérales sont désormais soumises aux procédures collectives au même titre que les entreprises (art. L. 620-2 du Code de commerce, modifié par l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 déc. 2008 ; art. L. 611-5 du même Code, modifié par l'ordonnance n° 2010-462 du 6 mai 2010). La loi n° 2010-737 du 1^{er} juill. 2010 exclut de la protection du Code de la consommation les personnes relevant « des procédures instituées par le livre VI du code de commerce » (art. L. 333-3, al. 1^{er}).

du Code de la consommation²¹²¹. Ensuite, certains emprunteurs n'ayant pas pu bénéficier des dispositions spéciales relatives au crédit pourront, en cas de difficulté de remboursement, se voir tout de même appliquer les mesures relatives au traitement du surendettement²¹²².

669. Toujours est-il que ces critères, relatifs à la personnalité du débiteur, présentent un caractère objectif dont la vérification devrait être assez aisée. Dans un sens plutôt subjectif, d'autres critères posés par la loi se réfèrent plutôt aux mobiles du débiteur. C'est ainsi que, dans tous les cas, le candidat au traitement devra être de bonne foi (I). Enfin, certaines personnes intervenant à l'opération de crédit peuvent en bénéficier alors même qu'elles n'ont disposé aucunement du crédit consenti (II).

I – Un débiteur de bonne foi

670. Alors que, dans les procédures destinées aux entreprises en difficulté, la bonne foi n'est pas un critère légal d'application²¹²³, celle-ci est exigée du consommateur surendetté. Ce critère²¹²⁴, dont résulte une restriction du champ d'application des règles de protection²¹²⁵, n'a pourtant pas recueilli une adhésion unanime. On a ainsi suggéré son élimination pour aligner la procédure de surendettement sur celles destinées aux entreprises²¹²⁶. La loi ne définit pas la notion de bonne foi, rappelle-t-on²¹²⁷ et l'incertitude qui en résulte « nuit à la moralité publique qui risque alors de dégrader la sécurité des transactions ». La majorité des auteurs cependant semble s'accorder pour approuver la démarche du législateur²¹²⁸. On fait valoir, à juste titre, que l'exigence de la bonne foi permet d'écarter du bénéfice légal les débiteurs peu scrupuleux²¹²⁹.

²¹²¹ Cass. 1^{re} civ., 19 nov. 1991 : Bull. civ. I, n° 322 ; pourvoi n° 91-04007 ; c'est ainsi que les dettes non professionnelles de l'épouse d'un commerçant peuvent faire l'objet des mesures de traitement : v. Cass. 1^{re} civ. 22 janv. 2002 : Bull. civ. I, n° 25 ; pourvoi n° 01-04020 ; plus réc. v. Cass. 2^e civ. 2 juill. 2009 : Bull. civ. II, n° 184 ; pourvoi n° 08-17211 ; comp. Cass. 2^e civ. 21 janv. 2010 : inédit (mais publié au Bulletin) ; pourvoi n° 08-19984, où la Cour décide que « la seule qualité de gérante d'une société ne suffit pas à faire relever la personne concernée du régime des procédures collectives et à l'exclure du champ d'application des dispositions du code de la consommation relatives au surendettement des particuliers », alors même que les juges du fond avaient retenu que le débiteur avait contracté des dettes « au titre de son activité professionnelle ».

²¹²² Par exemple, si le montant du crédit dépasse le seuil réglementaire des crédits mobiliers à la consommation.

²¹²³ V. ANCEL, Pascal. « La pratique française du redressement judiciaire civil », *op. cit.*, p. 55, pour qui « lorsqu'il s'agit de sauver des emplois et de maintenir une activité économique, une telle condition d'ordre moral n'a effectivement rien à faire ».

²¹²⁴ Il n'existait pas dans le projet présenté initialement par le gouvernement. Il résulte d'un amendement du Sénat, suivant une recommandation de sa Commission des Lois, pour laquelle l'art. 1^{er} du projet « pourrait ouvrir la voie de la procédure de règlement amiable à des débiteurs qui de façon prévisible dès le moment de la souscription de leurs engagements, n'étaient pas en mesure d'y faire face » ; « l'admission d'une telle situation au bénéfice de la procédure est, à l'évidence, contraire à l'intention du projet de loi et devrait être écartée du champ d'application de la loi » (Rapport Commission des Lois du Sénat, oct. 1989, Doc. Sénat n° 43, p. 33, cité par KHAYAT, Danielle. *Op. cit.*, p. 28, note 20).

²¹²⁵ V. COUTURIER, Isabelle. « La condition de bonne foi pour le règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers », in *Le surendettement des particuliers*, GARDAZ, Michel (dir.), Anthropos, 1997, p. 76 : « le secrétaire d'état à la consommation a demandé à la profession bancaire de ne pas faire de recours sur la question de la bonne foi contre les décisions de recevabilité. La profession bancaire l'a admis ».

²¹²⁶ B. Soinne LPA, 22 déc. 1997.

²¹²⁷ COUTURIER, Isabelle. « La condition de bonne foi pour le règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers », *op. cit.*, p. 73.

²¹²⁸ PIEDELIÈVRE, Stéphane. « Droit de la consommation », *op. cit.*, n° 678, p. 504 ; PAISANT, Gilles. *RTD com.* 2006, p. 488 ; ANCEL, Pascal. « La pratique française du redressement judiciaire civil », *op. cit.*, p. 55.

²¹²⁹ ANCEL, Pascal. « La pratique française du redressement judiciaire civil », *op. cit.*, p. 55. L'auteur poursuit : « ... et de rendre plus acceptables les mesures prises au profit de tous les autres, même si elle paraît refléter un moralisme déplacé dans le cadre du traitement d'un problème économique et social général ».

Pour certains, elle repose même sur un fondement constitutionnel, dans la mesure où elle justifie l'atteinte au droit de propriété, constitutionnellement garanti, du créancier du débiteur surendetté²¹³⁰.

671. La Cour de cassation a établi un certain nombre de précisions à cet égard. Elle confirme, tout d'abord, que le débiteur est présumé de bonne foi²¹³¹. Cela signifie qu'il revient aux créanciers de prouver sa mauvaise foi²¹³², laquelle doit par ailleurs être en rapport exclusif avec sa situation de surendettement²¹³³. En tout cas, le constat d'une situation de surendettement de type actif n'est pas nécessairement exclusif de la bonne foi du débiteur²¹³⁴. Ensuite, la Cour a tranché une controverse souvent rappelée à propos du moment auquel les organes chargés du traitement doivent se placer pour apprécier sa bonne foi. Ce débat a donné lieu à la distinction entre les concepts de mauvaise foi « contractuelle »²¹³⁵, tenant au comportement de l'emprunteur lors de l'obtention du crédit, et de mauvaise foi « procédurale »²¹³⁶, relative à son état d'esprit lors du dépôt d'une demande de traitement. La Cour de cassation a déterminé qu'une telle distinction n'a pas lieu d'être, les deux moments étant également importants dans l'appréciation – souveraine²¹³⁷ – des juges du fond²¹³⁸.

672. La Cour contrôle aussi, dans une certaine mesure, la motivation des juges du fond. Elle précise, par exemple, que la mauvaise foi du débiteur doit être caractérisée, sa seule négligence ne justifiant pas un refus de traitement²¹³⁹. En l'absence de définition légale, la doctrine suggère certains éléments d'appréciation à prendre en compte, tant par les

²¹³⁰ VIGNEAU, Vincent et BOURIN, Guillaume-Xavier. *Op. cit.*, n° 53, p. 41.

²¹³¹ Cass. 1^{re} civ. 4 avr. 1991 : Bull. civ. I, n° 123 ; pourvoi n° 90-04008 ; PAISANT, Gilles. RTD com. 1991, p. 446 ; Cass. 1^{re} civ., 13 juin 1995 : Bull. civ. I, n° 262 ; pourvoi n° 93-04208.

²¹³² La commission de surendettement des particuliers peut cependant soulever d'office la mauvaise foi du débiteur. V. VIGNEAU, Vincent et BOURIN, Guillaume-Xavier. *Op. cit.*, n° 66, p. 50, qui justifient ce pouvoir en affirmant que la commission intervient « à un stade non contentieux et non juridictionnel et sur un mode inquisitorial ». Le juge saisi d'un recours exercé contre une décision de la commission sur la recevabilité du dossier ne peut pas soulever d'office la mauvaise foi du débiteur (Cass. 2^e civ. 26 juin 2003 : Bull. civ. II, n° 214 ; pourvoi n° 02-04060). Il le peut cependant s'il s'agit d'un recours exercé contre les recommandations de la commission (Cass. 1^{re} civ. 2 oct. 2002 : inédit ; pourvoi n° 00-04142). V. les critiques de ces solutions émises par ces derniers auteurs (*idem*, n° 18, p. 17 ; n° 70, p. 54 ; dans le même sens, v. FLORES, Philippe. « La procédure de rétablissement personnel : un nouveau défi pour le juge de l'exécution », CCC 2005, étude n° 4, n° 6, p. 8). Ce pouvoir d'office est aussi reconnu au juge lors de la procédure de rétablissement personnel (art. L. 332-6, al. 1^{er}) : Cass. 2^e civ. 14 déc. 2006 : Bull. civ. II, n° 355 ; pourvoi n° 05-04051.

²¹³³ Cass. 1^{re} civ. 31 mars 1992 : Bull. civ. I, n° 106 ; pourvoi n° 90-04065.

²¹³⁴ Cass. 2^e civ. 15 janv. 2009 : Bull. civ. I, n° 20 ; pourvoi n° 07-20067.

²¹³⁵ Pour VIGNEAU, Vincent et BOURIN, Guillaume-Xavier (*op. cit.*, n° 88, p. 69), il s'agit du même élément intentionnel du délit de filouterie du Code pénal (art. 313-5) ; LAGARDE, Xavier (« L'endettement des particuliers », *op. cit.*, n° 50, p. 151) la rapproche à la fraude paulienne ; enfin, pour COUTURIER, Isabelle (« La condition de bonne foi pour le règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers », *op. cit.*, p. 80) ce serait l'objectif de mener une vie au-dessus de ses moyens. Cet auteur distingue encore les surendettés actifs entre les inconscients fautifs ou cyniques – de mauvaise foi – et les inconscients naïfs, pas de mauvaise foi (*idem*, p. 81).

²¹³⁶ V. VIGNEAU, Vincent et BOURIN, Guillaume-Xavier. *Op. cit.*, n° 92, p. 71, lesquels l'identifient à l'élément intentionnel du dol civil : par exemple, un débiteur qui ment ou qui dissimule un fait quelconque lors d'une demande ou au cours d'une procédure de traitement.

²¹³⁷ Cass. 1^{re} civ. 4 avr. 1991 : Bull. civ. I, n° 124 ; pourvoi n° 90-04042 ; Cass. 1^{re} civ. 31 mars 1992 : Bull. civ. I, n° 109 ; pourvoi n° 9104043.

²¹³⁸ Auxquels revient, en dernier lieu, l'appréciation de la commission de surendettement éventuellement contestée par une partie. V. Cass. 1^{re} civ. 14 mai 1992 : Bull. civ. I, n° 136 ; pourvoi n° 91-04069 ; RTD com. 1992, p. 864, comm. PAISANT, Gilles.

²¹³⁹ Cass. 2^e civ. 20 oct. 2005 : Bull. civ. II, n° 270 ; pourvoi n° 04-04139 (négligence relative à l'omission d'indication d'un créancier lors d'une première demande). V. CALAIS-AULOY, Jean et STEINMETZ, Frank. *Op. cit.*, n° 529, p. 572, 6^e éd. 2003, pour lesquels « on ne peut exiger d'un consommateur les qualités d'un bon père de famille ».

commissions de surendettement que par les juges du fond²¹⁴⁰. Sont ainsi indiqués : la profession du débiteur, son expérience et son niveau intellectuel²¹⁴¹, le taux de l'endettement, sa structure, la chronologie des dettes, l'importance des fonds, la nature des prêts ainsi que leur affectation, notamment leur éventuel caractère somptuaire, l'évolution de la situation financière du débiteur etc.²¹⁴² Pour un auteur, l'appréciation de la bonne foi doit pourtant reposer sur des éléments objectivement vérifiables : s'ils sont présents, le débiteur a le droit de se faire accorder les mesures de traitement²¹⁴³.

673. En cas de refus pour mauvaise foi, la situation du débiteur n'est pourtant pas figée. Il peut faire une nouvelle demande, au cas où des faits nouveaux viendraient modifier sa situation²¹⁴⁴. Enfin, si le débiteur se pose en candidat au traitement conjointement avec son époux, la bonne-foi de chacun est appréciée de manière séparée²¹⁴⁵. Par ailleurs, qu'il s'agisse d'un conjoint ou d'une autre personne physique, ceux-ci pourront également bénéficier des mesures de traitement du surendettement au cas où, s'étant engagées personnellement au même titre que le débiteur principal, par exemple, comme co-emprunteurs solidaires, ils se retrouveraient dans l'impossibilité manifeste de rembourser le crédit consenti. La question est pourtant plus nuancée à l'égard de la caution de l'emprunteur.

II – La protection de la caution de l'emprunteur surendetté

674. On avancera, tout d'abord, que la caution du consommateur de crédit qui se retrouve elle-même surendettée, peut bénéficier, au même titre que celui-ci, des mesures de traitement. Le législateur a d'ailleurs entendu accroître le domaine d'application de la loi. Depuis une loi de 2008²¹⁴⁶, il accorde la même protection à la « personne physique de bonne foi qui se trouve dans l'impossibilité manifeste de faire face à l'engagement qu'elle a donné de cautionner ou d'acquitter solidairement la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société »²¹⁴⁷, sans égard éventuellement à sa qualité de dirigeant de la société en question.

675. La protection de la caution de l'emprunteur semble cependant s'arrêter là. Ayant payé à la place du débiteur, elle pourra, tout d'abord, voir son recours paralysé au cas où

²¹⁴⁰ CA Rennes 29 mai 1991 : JCP 1992, IV, 58 ; CA Douai, 13 févr. 1992 : Gaz. Palais 30 janv. 1994, somm. p. 22 ; TI Uzès 22 avr. 2004, inédit, pourvoi rejeté par Cass. 2^e civ. 28 févr. 2006 : inédit, pourvoi n° 04-04126 ; CA Versailles 22 nov. 1990 ; D. 1991, inf. rap. P. 70 ; CA Paris 29 mai 1992 : CCC 1992, n° 236 ; CA Versailles 17 juin 1994 : BICC n° 66, p. 29 ou Rev. huissiers mars 1995, p. 373 ; CA Rouen 17 avr. 1991 : inédit ; CA Paris 19 mai 1992 : CCC 1992, n° 236.

²¹⁴¹ PIEDELIÈVRE, Stéphane. « Droit de la consommation », n° 681, p. 507.

²¹⁴² COUTURIER, Isabelle. « La condition de bonne foi pour le règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers », *op. cit.*, p. 82.

²¹⁴³ ANCEL, Pascal. « La pratique française du redressement judiciaire civil », *op. cit.*, p. 55, pour qui on est ainsi « très loin du pouvoir discrétionnaire qu'a le juge de refuser l'octroi d'un délai de grâce ! »

²¹⁴⁴ Cass. 2^e civ. 6 mai 2004 : Bull. civ. II, n° 223 ; pourvoi n° 03-04073 ; Cass. 2^e civ. 15 sept. 2005 : Bull. civ. II, n° 221, pourvoi n° 04-04104 ; Cass. 2^e civ. 22 mai 2008 : Bull. civ. II, n° 126, pourvoi n° 07-12408. V. PIEDELIÈVRE, Stéphane. « Droit de la consommation », *op. cit.*, n° 679, p. 505, pour qui le débiteur est tenu, dans ce cas, d'apporter lui-même la preuve de sa bonne-foi.

²¹⁴⁵ Cass. 1^{re} civ. 27 févr. 1997 : inédit ; pourvoi n° 96-04028 ; Cass. 1^{re} civ. 14 mars 2000 : Bull. civ. I, n° 95 ; pourvoi n° 98-04171 ; RTD com. 2000, p. 469, comm. PAISANT, Gilles.

²¹⁴⁶ Loi n° 2008-776 du 4 août 2008, modifiant l'art. L. 330-1 du Code consom.

²¹⁴⁷ Art. L. 330-1, al. 1^{er}, du Code consom.

l'emprunteur, toujours surendetté, demanderait à son encontre à bénéficier des mesures de traitement²¹⁴⁸. Ensuite, la jurisprudence ne lui permet pas non plus d'agir en amont, en soulevant contre les créanciers de l'emprunteur les exceptions dont celui-ci disposerait à leur égard²¹⁴⁹ : cela vaut non seulement à propos des réductions des dettes du débiteur qui leur auraient été imposées²¹⁵⁰, mais aussi à l'égard des remises conventionnelles²¹⁵¹ qu'ils auraient consenties à l'emprunteur à l'occasion des procédures de traitement. Ces solutions sont critiquées par une partie de la doctrine qui s'appuie sur le caractère accessoire du cautionnement²¹⁵². On rappelle, de surcroît, que le droit des difficultés des entreprises est, du moins à propos des plans de règlement conventionnels²¹⁵³, plus protecteur car il permet à la caution personne physique de bénéficier des mesures de traitement accordées au débiteur principal²¹⁵⁴. Pour un auteur, « tout se passe comme si, après avoir cédé aux impératifs du cœur, du social, au traitement collectif des difficultés des débiteurs, on en avait un peu honte, et qu'on s'efforçait, par des chemins détournés et tortueux, de revenir à la raison, à l'économique, aux intérêts individuels des créanciers »²¹⁵⁵.

676. Certes, la jurisprudence accorde à la caution de l'emprunteur surendetté la possibilité de se retourner contre celui-ci pour recouvrer la totalité des sommes qu'elle aurait

²¹⁴⁸ V. ANCEL, Pascal. « Droit au recouvrement de sa créance ou droit de ne pas payer ses dettes ? », *op. cit.*, p. 98, lequel rappelle, à propos d'un plan conventionnel de redressement, que ses auteurs « auront pris soin d'y inclure par avance la caution, créancier potentiel ». V. aussi VIGNEAU, Vincent et BOURIN, Guillaume-Xavier. *Op. cit.*, n° 325, p. 222, lesquels estiment que le recours de la caution est suspendu par application analogique de l'alinéa 4° de l'art. L. 331-5 à l'art. L. 331-9 du Code consom.

²¹⁴⁹ Interprétant la position de la jurisprudence, v. ANCEL, Pascal. « Droit au recouvrement de sa créance ou droit de ne pas payer ses dettes ? », *op. cit.*, p. 97, pour qui les « délais et remises constituent des 'exceptions purement personnelles au débiteur' au sens de l'article 2036 du Code civil, et la caution ne peut pas les invoquer [...] Dans ce miroir de l'obligation qu'est le cautionnement, les délais et remises accordées au débiteur en difficulté apparaissent comme des fantômes, comme des ectoplasmes ».

²¹⁵⁰ Cass. 2^e civ. 18 janv. 2000 : inédit ; pourvoi n° 97-20391 ; CCC 2000, comm. 103, RAYMOND, Guy ; Cass. 1^{re} civ. 26 avr. 2000 : Bull. civ. I, n° 122 ; pourvoi n° 98-10693. La Cour de cassation justifie son orientation en évoquant la « finalité du cautionnement » : v. Rapport de la Cour, 1996-1997, p. 311. La même solution est adoptée pour le codébiteur solidaire (Cass. 1^{re} civ. 6 nov. 2001 : Bull. civ. I, n° 269 ; pourvoi n° 00-04206). À propos des mesures résultant de la procédure de rétablissement personnel, VIGNEAU, Vincent et BOURIN, Guillaume-Xavier (*op. cit.*, n° 506, p. 333) estiment que la même solution doit s'appliquer, de sorte que la caution ne profiterait pas d'un effacement des dettes du débiteur à l'égard des créanciers.

²¹⁵¹ Cass. 1^{re} civ. 13 nov. 1996 : Bull. civ. I, n° 401 ; pourvoi n° 94-12856 ; D. 1997, 141, note Sainte-Rose ; RTD com. 1997, p. 142, comm. PAISANT, Gilles ; JCP 1997 I, 4033, n° 7, Simler ; Marie, CCC 1997, chr. 7 ; Defrénois 1997, 292, Aynès. La même solution est retenue à propos des mesures de report de dettes : Cass. 1^{re} civ. 3 mars 1998 : Bull. civ. I, n° 82 ; pourvoi n° 96-10753 ; RTD civ. 1998, p. 423, Crocq ; RTD com. 1998, p. 412, comm. PAISANT, Gilles. La Cour justifie ces décisions eu égard à « la finalité du plan », contrairement à la solution de l'article 1287 du Code civil, qui prévoit que « la remise ou décharge conventionnelle accordée au débiteur principal libère les cautions ». V. AYNÈS, Laurent et LIBCHABER, Rémy. « Le traitement civil de la dette », in L'apurement des dettes – solution au surendettement, CHAPUT, Yves (dir.), Litec, 1998, n° 358, p. 329.

²¹⁵² PIEDELIÈVRE, Stéphane. « Droit de la consommation », *op. cit.*, n° 722, p. 536, cite Mazeaud et Chabas, par Picod, « Sûretés publicité foncière », Montchrestien, 7^e éd., Lecture 2^e leçon p. 43 ; AYNÈS, Laurent, Defrénois 1997, p. 293, lesquels évoquent l'art. 2290 du Code civil : « le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur, ni être contracté sous des conditions plus onéreuses ».

²¹⁵³ À l'inverse, l'art. L. 631-20 du Code commerce exclut la possibilité pour les cautions de bénéficier des mesures prévues au plan de redressement judiciaire. V. VIGNEAU, Vincent et BOURIN, Guillaume-Xavier. *Op. cit.*, n° 325, p. 221.

²¹⁵⁴ Arts. L. 611-10 et L. 626-11, du Code de commerce.

²¹⁵⁵ ANCEL, Pascal. « Droit au recouvrement de sa créance ou droit de ne pas payer ses dettes ? », *op. cit.*, p. 98 : « il s'agit en quelque sorte, dans ce cas, de concilier le 'droit de ne pas payer ses dettes' reconnu au débiteur et le droit au recouvrement accordé au créancier [...] N'est-ce pas essayer de concilier l'inconciliable ? ». On peut s'interroger aussi sur les effets pervers que ces solutions causeraient au sein du groupement familial, lorsque la caution est un proche du débiteur principal.

payées à sa place, quand bien même la dette de l'emprunteur aurait été réduite en raison de certaines remises obtenues dans le cadre d'une procédure de traitement²¹⁵⁶. Cependant, le recours de la caution sera en pratique souvent illusoire si l'emprunteur se trouve dans une situation financière telle qu'il lui est manifestement impossible de faire face à ses dettes. D'où l'importance de bien cerner le niveau de dégradation de son patrimoine.

b) L'état de surendettement

677. En France, les dettes de crédit d'un consommateur peuvent faire l'objet d'un traitement collectif, ce dont on désigne au Brésil par l'expression « concurso universal de credores »²¹⁵⁷. Pour être justiciable des mesures légales, il faut que la situation financière du consommateur soit globalement aggravée. L'évolution du contexte socio-économique a conduit le législateur français à faire progressivement entrer dans le domaine du droit de nouveaux concepts d'endettement excessif. Une première définition de la situation de surendettement résultait de la loi de 1989. Elle est prévue actuellement à l'article L. 330-1, al. 1^{er}, du Code de la consommation. Il s'agit de la définition « classique » de surendettement. Ensuite, devant le constat de l'insuffisance des mesures alors adoptées pour remédier à des situations devenues de plus en plus graves, le législateur a décidé d'instituer, dix ans après, une nouvelle définition. Il a introduit la notion « d'insolvabilité » dans le Code de la consommation avant de la supprimer dans sa dernière réforme de 2010.

678. Surendettement classique (I) et insolvabilité (II) ont ainsi constitué les deux niveaux de dégradation de la situation du consommateur considérés comme remédiables par le législateur.

I – L'état de surendettement classique

679. Il est caractérisé par l'impossibilité manifeste pour le débiteur de bonne foi de faire face à l'ensemble de ses dettes non professionnelles exigibles et à échoir²¹⁵⁸. Cette définition se démarque du mécanisme prévu pour les procédures collectives institué à l'égard des entreprises²¹⁵⁹. Elle est plus large que la notion de cessation des paiements, telle que prévue au

²¹⁵⁶ Cass. 1^{re} civ. 15 juill. 1999 : Bull. civ. I, n° 248 ; pourvoi n° 97-04129 ; RTD com. 1999, p. 993, comm. PAISANT, Gilles ; Defrénois 1999, 1336, Mazeaud ; RTD civ. 1999, p. 877, CROCQ, Pierre ; Cass. 1^{re} civ. 28 mars 2000 : Bull. civ. I, n° 107 ; pourvoi n° 98-04097. V. PIEDELIÈVRE, Stéphane. « Droit de la consommation », *op. cit.*, n° 723, p. 537, pour qui cette solution, rendue à propos de la réduction du solde restant dû après la vente forcée du domicile du débiteur, serait applicable à toutes les mesures pouvant être consenties au débiteur. Cet auteur affirme ainsi que « le débiteur principal devient le grand perdant de ce jeu à trois personnes » (*idem*, n° 724, p. 538), mais il rappelle que celui-ci pourra demander l'ouverture d'une nouvelle procédure à l'encontre de la caution (*idem*, n° 723, p. 537).

²¹⁵⁷ Art. 751, al. III, du Code de procédure civile.

²¹⁵⁸ Art. L. 330-1, al. 1^{er}, du Code consom.

²¹⁵⁹ V. ANCEL, Pascal. « Droit au recouvrement de sa créance ou droit de ne pas payer ses dettes ? », p. 91, pour qui les deux procédures sont difficilement rapprochées, « tant leurs objectifs, leur esprit, leur organisation sont différents ».

Code de commerce²¹⁶⁰, laquelle se réfère aux seuls passif exigible et actif disponible. Dès lors, il convient d'analyser ces deux aspects de la définition.

680. Le passif patrimonial du débiteur – Le consommateur qui n'arrive plus à rembourser son crédit peut se voir alléger la charge de sa dette si l'ensemble de ses obligations non professionnelles, exigibles et à échoir, devient un fardeau trop lourd à supporter. Par ailleurs, l'un des mérites souvent vantés de la définition du Code consiste dans la possibilité pour le débiteur de rechercher de l'aide, avant même qu'il ne cesse de régler ses obligations. Comme le passif qui caractérise la situation de surendettement est apprécié en tenant compte des dettes non encore exigibles, le débiteur peut demander à bénéficier de la protection légale dès qu'il s'aperçoit qu'il sera dans l'impossibilité manifeste de les payer aux échéances convenues²¹⁶¹.

681. Toutefois, seules sont considérées pour la caractérisation de la situation de surendettement les dettes non professionnelles du débiteur²¹⁶². Nous l'avons vu, les règles de protection des consommateurs dans le domaine du crédit ne s'appliquent pas aux opérations destinées à financer les besoins d'une activité professionnelle²¹⁶³. En matière de surendettement, la jurisprudence retient une interprétation similaire de la notion de « dette professionnelle ». La Cour de cassation décide qu'il s'agit des dettes « nées pour les besoins ou au titre d'une activité professionnelle »²¹⁶⁴. Cette solution permet à un co-emprunteur solidaire ou à un conjoint collaborateur, qui s'engage pour les besoins de l'activité professionnelle du débiteur, de bénéficier des mesures de traitement s'il se retrouve, lui-même, surendetté²¹⁶⁵.

²¹⁶⁰ Art. L. 631-1. V. PERRU, Éric. « L'impayé », LGDJ, 2005, n° 16, p. 15 ; PIEDELIÈVRE, Stéphane. « Droit de la consommation », n° 687, p. 510.

²¹⁶¹ CHAPUT, Yves. « Introduction », in « L'apurement des dettes – solution au surendettement », Litec, 1998, p. 4 ; CALAIS-AULOY, Jean et STEINMETZ, Frank. *Op. cit.*, n° 528, p. 570 ; SAUPHANOR-BROUILLAUD, Natacha. « La notion de surendettement », LPA 10 avr. 2003, n° 72, p. 7, pour laquelle cet aspect confère au dispositif un caractère préventif ; VIGNEAU, Vincent et BOURIN, Guillaume-Xavier. *Op. cit.*, n° 138, p. 100.

²¹⁶² La jurisprudence transforme ce critère en une simple condition de recevabilité d'une demande de traitement. Si l'ensemble des dettes non professionnelles rend la demande du débiteur recevable, ses dettes professionnelles peuvent dès lors faire l'objet des mesures d'allègement au même titre que ses dettes privées : Cass. 1^{re} civ. 2 déc. 1992 : Bull. civ. I, n° 302 ; pourvoi n° 91-04158 ; RTD com. 1993, p. 173, comm. PAISANT, Gilles ; Cass. 1^{re} civ. 2 oct. 2002 : Bull. civ. I, n° 232 ; pourvoi n° 01-04140 ; RTD com. 2003, p. 174, comm. PAISANT, Gilles ; Cass. 2^e civ. 21 déc. 2006 : Bull. civ. II, n° 374 ; pourvoi n° 05-20980. Pour une critique de cette dualité d'orientation quant aux dettes professionnelles, v. ANCEL, Pascal. « La pratique française du redressement judiciaire civil », *op. cit.*, p. 56 ; SAUPHANOR-BROUILLAUD, Natacha. « La notion de surendettement », *op. cit.*, n° 72, p. 7, note 66 ; PIEDELIÈVRE, Stéphane. « Droit de la consommation », *op. cit.*, n° 293, p. 514. Cette solution ne s'applique cependant pas au rétablissement personnel (v. *infra*), où seules les dettes non professionnelles sont effacées. À cet égard, v. les critiques de VIGNEAU, Vincent et BOURIN, Guillaume-Xavier. *Op. cit.*, n° 507, p. 333, pour lesquels cette dernière procédure « peut, à rebours de sa finalité, maintenir des individus dans le surendettement, là où la procédure de droit commun eût pu l'en faire sortir » (*idem*, n° 117, p. 89) ; v. aussi PAISANT, Gilles. RTD com. 2003, n° 33, qui estime que seuls les biens professionnels saisissables du débiteur servent le paiement des dettes professionnelles, après le rétablissement personnel.

²¹⁶³ Arts. L. 311-3, al. 1^{er}, 3^o et L. 312-3, 2^o.

²¹⁶⁴ Cass. 2^e civ. 8 avr. 2004 : Bull. civ. II, n° 190 ; pourvoi n° 03-04013 ; RTD com. 2004, p. 820, comm. PAISANT, Gilles ; Cass. 2^e civ. 2 juill. 2009, préc. Depuis 1992, la Cour de cassation jugeait qu'il s'agissait de celles « nées pour les besoins ou à l'occasion de l'activité professionnelle du débiteur » (Cass. 1^{re} civ. 31 mars 1992 : Bull. civ. I, n° 107 ; pourvoi n° 91-04028). La nouvelle solution restreint cette notion sous une formule subtilement distincte. Sur ce sujet, v. les commentaires de VIGNEAU, Vincent et BOURIN, Guillaume-Xavier. *Op. cit.*, n° 120, p. 90.

²¹⁶⁵ Cass. 2^e civ. 27 mai 2004 : Bull. civ. II, n° 255 ; pourvoi n° 03-04064.

682. Enfin, on prend en compte l'ensemble des dettes non professionnelles du débiteur, sans égard à leur nature²¹⁶⁶. Par ailleurs, une seule dette suffit pour caractériser l'état de surendettement, surtout s'il s'agit d'une dette résultant d'un crédit immobilier²¹⁶⁷. Encore faut-il, pour déclarer le débiteur justiciable du traitement légal, comparer son passif patrimonial au montant de son actif.

683. L'actif patrimonial du débiteur – Celui-ci comprend l'ensemble des ressources et des biens du débiteur²¹⁶⁸, qu'elle qu'en soit l'origine²¹⁶⁹. Sont d'ailleurs prises en compte ses ressources présentes et prévisibles²¹⁷⁰. Le bien immobilier constituant le logement principal du débiteur est également pris en compte. *A priori*, si ce bien présente une valeur vénale plus élevée que le montant de ses dettes non professionnelles, il ne pourra pas bénéficier du traitement légal²¹⁷¹. Cette appréciation doit cependant logiquement considérer les dépenses prévisibles de relogement du débiteur²¹⁷².

684. L'existence d'un actif, même considérable, n'exclut pas *a priori* la présence d'une situation de surendettement²¹⁷³. Cette existence a d'ailleurs constitué le critère même de distinction entre les différentes notions de surendettement.

II – La situation d'insolvabilité

685. Cette notion a été introduite par le législateur de 1998, à partir du constat de l'aggravation des conditions financières d'un nombre élevé de consommateurs, spécialement en considération des cas de surendettement « passif ». Dans ces situations, les mesures prises en 1989 étaient normalement insuffisantes pour aboutir à un apurement efficace du passif du consommateur surendetté. L'article L. 331-7-1, alinéa 1^{er}, du Code de la consommation avait défini cette notion comme « l'absence de ressources ou de biens saisissables de nature à

²¹⁶⁶ Cass. 2^e civ. 22 mars 2006 : Bull. civ. II, n° 88 ; pourvoi n° 04-04124 ; RTD com. 2006, p. 678, comm. PAISANT, Gilles. Même si les dettes alimentaires et, en cas de condamnation pénale, les réparations pécuniaires allouées aux victimes et les amendes prononcées, ne peuvent être remises, rééchelonnées, ou effacées (art. L. 333-1 du Code consom.), elles doivent être prises en compte pour évaluer la situation de surendettement. V. PIEDELIÈVRE, Stéphane. « Droit de la consommation, *op. cit.*, n° 694, p. 515.

²¹⁶⁷ Cass. 1^{re} civ. 24 mars 1993 : Bull. civ. I, n° 127 ; pourvoi n° 92-04079 ; RTD com. 1993, p. 370, Paisant.

²¹⁶⁸ Cass. 1^{re} civ. 27 oct. 1992 ; RTD com. 1993, p. 369, comm. PAISANT, Gilles.

²¹⁶⁹ Cass. 1^{re} civ. 18 févr. 1992 : Bull. civ. I, n° 57 ; Cass. 1^{re} civ. 18 févr. 1992 : Bull. civ. I, n° 109 ; Cass. 1^{re} civ. 31 mars 1992 : Bull. civ. I, n° 111 ; RTD com. 1992, p. 455, comm. PAISANT, Gilles. Les aides sociales affectées sont aussi prises en compte : Cass. 1^{re} civ. 12 févr. 2002 : Bull. civ. I, n° 57 ; RTD com. 2002, p. 553, comm. PAISANT, Gilles ; Cass. 2^e civ. 6 mai 2004 : Bull. civ. II, n° 221 ; Cass. 2^e civ. 8 juill. 2004 : Bull. civ. II, n° 383.

²¹⁷⁰ PIEDELIÈVRE, Stéphane. « Droit de la consommation », *op. cit.*, n° 691, p. 513 ; MAZEAUD, Denis. « L'endettement des acquéreurs », Rev. dr. imm., oct.-déc. 1995, n° 45, p. 656.

²¹⁷¹ Cass. 2^e civ. 27 mai 2004 : Bull. civ. II, n° 256 ; Cass. 1^{re} civ. 27 oct. 1992, préc. ; Cass. 1^{re} civ. 26 mars 1996 : Bull. civ. I, n° 158 ; Cass. 1^{re} civ. 1^{er} déc. 1998 : Bull. civ. I, n° 342, RTD com. 1999, p. 211, comm. PAISANT, Gilles ; Cass. 1^{re} civ. 22 mai 2001, RTD com. 2001, p. 780, comm. PAISANT, Gilles.

²¹⁷² Cass. 1^{re} civ. 22 mai 2001 : Bull. civ. I, n° 148 ; RTD com. 2001, p. 780, comm. PAISANT, Gilles. Il appartient au débiteur de démontrer que la vente d'un bien immobilier ne serait pas de nature à le faire sortir du surendettement : Cass. 2^e civ. 10 mars 2005 : Bull. civ. II, n° 67. V. VIGNEAU, Vincent et BOURIN, Guillaume-Xavier. *Op. cit.*, n° 140, p. 103, pour lesquels si le débiteur ne bénéficie pas du minimum vital, après le paiement de ses dettes, il est nécessairement surendetté, ce qu'ils qualifient de « critère matériel ».

²¹⁷³ il incombe au débiteur de démontrer qu'il est dans une situation de surendettement (Vigneau et Bourin, n° 93, p. 72) : Cass. 1^{re} civ. 2 juill. 1996 : inédit, pourvoi n° 94-04176 ; Cass. 1^{re} civ. 7 nov. 2001 : Bull. civ. I, n° 272 ; Cass. 1^{re} civ. 18 déc. 2001 : inédit, pourvoi n° 01-04018 ; Cass. 2^e civ. 10 mars 2005 : Bull. civ. II, n° 67 ; Cass. 2^e civ. 11 mai 2006 : inédit, pourvoi n° 05-04046.

permettre d'apurer tout ou partie de ses dettes et rendant inapplicables les mesures » destinées à remédier aux situations de surendettement classique²¹⁷⁴. Jusqu'en 2003, la notion d'insolvabilité constituait le degré le plus important de détérioration de la situation patrimoniale du consommateur surendetté. L'adoption, à cette période d'une loi²¹⁷⁵, comportant une nouvelle notion de surendettement, a complexifié le droit positif en la matière. Depuis 2003, l'article L. 330-1 du même Code fait ainsi état de situations « irrémédiablement compromises ». Cette accumulation de définitions a été durement critiquée par la doctrine car elle ébauchait une distinction sur le plan juridique à partir d'une même réalité économique²¹⁷⁶.

686. Cette notion, devenue intermédiaire, « d'insolvabilité » était vouée à disparaître du droit français du traitement des situations de surendettement. La loi de réforme du crédit à la consommation élimine cette définition du Code. Désormais, seules figurent dans la loi la notion classique de surendettement et celle de « situation irrémédiablement compromise »²¹⁷⁷.

2) La situation irrémédiablement compromise

687. Dans ce cas, la situation patrimoniale du débiteur est tellement détériorée que l'apurement de son passif requiert un traitement plus drastique²¹⁷⁸. Le surendettement n'étant alors plus réparable par un traitement « ordinaire », une procédure dite de « rétablissement personnel » peut être mise en œuvre visant à éliminer la totalité de ses dettes²¹⁷⁹, dans le but affiché de lui permettre une « nouvelle chance »²¹⁸⁰ ou un « nouveau départ »²¹⁸¹. Cette notion est prévue à l'article L. 330-1, alinéa 3^e, du Code de la consommation. Inspirée de la faillite civile appliquée dans les départements d'Alsace-Moselle²¹⁸² ainsi que des procédures collectives prévues pour les entreprises en difficultés, elle s'en écarte pourtant par son objectif ultime : il ne s'agit pas tant, ici, de pourvoir aux intérêts des créanciers que de protéger un débiteur en détresse, de sauvegarder sa dignité humaine²¹⁸³.

²¹⁷⁴ Cass. 1^{re} civ. 2 oct. 2002 : Bull. civ. I, n° 231 ; RTD com. 2003, p. 173, comm. PAISANT, Gilles.

²¹⁷⁵ Loi n° 2003-710, du 1^{er} août 2003.

²¹⁷⁶ PIEDELIÈVRE, Stéphane. « Droit de la consommation », *op. cit.*, n° 737, p. 546. Sur les difficultés de délimitation avec la situation irrémédiablement compromise : CA Paris 14 déc. 2005 et CA Paris 8 févr. 2006, RTD com. 2006, p. 490, comm. PAISANT, Gilles.

²¹⁷⁷ V., avant la promulgation de la loi, PAISANT, Gilles. « Le projet de loi de transposition de la directive du 23 avril 2008 sur le crédit à la consommation et l'annonce d'une nouvelle réforme des procédures de traitement du surendettement », RTD com. 2009, p. 631. Les mesures destinées à traiter les anciennes situations d'insolvabilité sont cependant conservées dans la loi nouvelle.

²¹⁷⁸ V. VIGNEAU, Vincent et BOURIN, Guillaume-Xavier. *Op. cit.*, n° 439, p. 294, pour lesquels il s'agit de la consécration légale de la « faillite civile ».

²¹⁷⁹ V. Cass. avis 10 janv. 2005 : RTD com. 2005, p. 424, comm. PAISANT, Gilles.

²¹⁸⁰ JOAN 11 juill. 2003, p. 7276. V. ALBIGES, Christophe. « Rapport Introductif », CCC oct. 2005, étude n° 9, p. 8, n° 4.

²¹⁸¹ Avis Hyest, Doc. Sénat n° 404, sess. extraord. 2002-2003, p. 25. V. PAISANT, Gilles. « La réforme de la procédure de traitement du surendettement par la loi du 1^{er} août 2003 sur la ville et la rénovation urbaine », RTD com. 2003, p. 671, n° 35.

²¹⁸² Loi 1985, art. 234 qui modifie la loi de 1924 portant introduction dans les départements d'Alsace-Moselle des lois commerciales françaises. Ces dispositions figurent actuellement à l'art. L. 670-1 du Code de commerce.

²¹⁸³ HUGON, Christine. « L'approche théorique de la procédure de rétablissement personnel », CCC 2005, n° 10, n° 11 ; PÉTEL, Philippe. « surendettement des particuliers et difficultés des entreprises », in *Liber amicorum* Jean Calais-Auloy, n° 11, p. 840 ; MAZEAUD, Denis. « Le juge et le contrat – Variations optimistes sur un couple 'illégitime' », *op. cit.*, n° 12, p. 243. VIGNEAU, Vincent et BOURIN, Guillaume-Xavier. *Op. cit.*, n° 455, p. 305. On peut

688. En l'absence d'autres précisions légales, les juges du fond se montrent plutôt prudents dans le choix des critères d'appréciation de la situation irrémédiablement compromise. Ils tiennent compte des caractères à la fois personnels et patrimoniaux du débiteur, tels que son âge²¹⁸⁴, le nombre de personnes demeurant à sa charge²¹⁸⁵, son état de santé²¹⁸⁶, sa capacité de remboursement²¹⁸⁷ ainsi que la possibilité d'évolution future de sa situation²¹⁸⁸.

689. Finalement, qu'il se trouve « simplement » surendetté ou dans une situation irrémédiablement compromise, le consommateur de crédit peut faire une demande de traitement afin de voir alléger le montant de sa dette. Il convient ainsi d'analyser la portée de ces différentes mesures.

B) Les mesures de traitement collectif de la situation du consommateur surendetté

690. L'originalité du dispositif français tient, pour une large part, à l'existence d'une dualité d'organes disposant des pouvoirs d'organiser le traitement de la situation du consommateur surendetté²¹⁸⁹. Ces pouvoirs relèvent, d'une part, de la compétence d'une commission administrative fonctionnant sous l'égide de la Banque de France²¹⁹⁰, d'autre part, de celle du juge de l'exécution²¹⁹¹. Schématiquement, on peut distinguer les différentes mesures de traitement suivant que la procédure se déroule, de manière prédominante²¹⁹², soit auprès de la commission de surendettement (1), soit devant le juge de l'exécution (2).

1) Les mesures organisées sous l'égide de la commission de surendettement des particuliers

691. Le plan de redressement conventionnel – En cas de surendettement classique, la commission tente, tout d'abord, de concilier les parties en vue de l'élaboration d'un plan

penser que les situations irrémédiablement compromises restent exceptionnelles par rapport aux notions précédemment évoquées. V. LEPLAT, Frédéric. « De l'inégalité entre les débiteurs surendettés », *Rev. dr. banc. et fin.* sept.-oct. 2006, n° 13, p. 60 ; ALBIGES, Christophe. « Rapport Introductif », *op. cit.*, n° 10, p. 9 ; et PIEDELIÈVRE, Stéphane. « Droit de la consommation », *op. cit.*, n° 748, p. 554, pour lesquels la procédure de rétablissement personnel a un caractère subsidiaire par rapport aux mesures ordinaires. Elles concernent, le plus souvent, les cas décrits à l'art. L. 332-9 du Code consom., où « le débiteur ne possède rien d'autre que des biens meublants nécessaires à la vie courante et des biens non professionnels indispensables à l'exercice de son activité professionnelle, ou lorsque l'actif n'est constitué que de biens dépourvus de valeur marchande ou dont les frais de vente seraient manifestement disproportionnés au regard de leur valeur vénale ».

²¹⁸⁴ TGI Paris, 30 sept. 2004, CCC 2005, n° 78.

²¹⁸⁵ TI Niort 7 avr. 2004, CCC 2004, n° 102.

²¹⁸⁶ TI Niort, CCC n° 133.

²¹⁸⁷ TGI Paris 20 janv. 2005, CCC 2005, n° 77.

²¹⁸⁸ TI Troyes 13 déc. 21003, CCC 2005, n° 77 ; TGI Paris 5 oct. 2004, CCC 2005, n° 77.

²¹⁸⁹ V. KHAYAT, Danielle. « Le droit du surendettement des particuliers », p. 55, qui parle à cet égard d'une « révolution copernicienne » en droit français. V. aussi les critiques émises par MAZEAUD, Denis. « L'endettement des acquéreurs », *Rev. dr. imm.* oct.-déc. 1995, n° 61, p. 664.

²¹⁹⁰ Art. L. 331-1 et s. du Code consom.

²¹⁹¹ Art. L. 332-1 et s. du Code consom.

²¹⁹² De nombreuses passerelles existent entre les procédures déroulées devant la commission et devant le juge de l'exécution. Ces aspects seront ici négligés au bénéfice d'une analyse matérielle des mesures de traitement.

conventionnel de redressement approuvé par le débiteur²¹⁹³ et ses principaux créanciers²¹⁹⁴. Elle réalise cette mission après avoir décidé, dans un délai naguère de six mois désormais réduit à trois²¹⁹⁵, à compter du dépôt du dossier, d'abord, de la recevabilité de ce dernier²¹⁹⁶ et ensuite de son orientation. Au cours des trois mois suivant la date d'expiration de ce délai, le taux d'intérêt applicable à tous les emprunts en cours contractés par le débiteur est le taux d'intérêt légal²¹⁹⁷.

692. Dans ce cas, la liberté des parties est privilégiée : la dette de crédit²¹⁹⁸ peut faire l'objet de mesures de report ou de rééchelonnement des paiements, de remise, de réduction ou de suppression du taux d'intérêt, de consolidation, de création ou de substitution de garantie²¹⁹⁹. Le plan prévoit les modalités de son exécution²²⁰⁰. Sa durée totale, y compris lorsqu'il fait l'objet d'une révision ou d'un renouvellement, ne peut excéder désormais huit années au lieu de dix²²⁰¹. Les mesures du plan peuvent cependant excéder ce délai, lorsqu'elles concernent le remboursement de prêts contractés pour l'achat d'un bien immobilier constituant la résidence principale et dont le plan permet d'éviter la cession par le débiteur²²⁰².

693. À cette étape, la commission n'a pas le pouvoir légal de contraindre les parties à signer un accord. Il n'empêche qu'elle exerce une certaine pression sur celles-ci en insistant sur le fait qu'un échec des négociations donnerait lieu à des décisions qu'elle pourrait seule formuler²²⁰³. Il en est symptomatique de constater que le taux de réussite des conciliations est assez élevé²²⁰⁴. La réforme de 2010 ne change rien à cet égard ; mais, à défaut d'accord entre

²¹⁹³ Sous une demande de celui-ci, elle vérifie, après avoir dressé son état d'endettement et vérifié sa bonne foi, qu'il est bien dans un état de surendettement (art. L. 331-3, als. 2^e et 3^e). La loi de réforme du crédit à la consommation, secondé par un amendement de l'Assemblée Nationale, modifie l'art. L. 331-3-1 du Code consom., lequel est ainsi rédigé : « la décision déclarant la recevabilité de la demande emporte suspension et interdiction des procédures d'exécution diligentées à l'encontre des biens du débiteur ainsi que des cessions de rémunération consenties par celui-ci et portant sur les dettes autres qu'alimentaires », lesquelles ne peuvent excéder un an.

²¹⁹⁴ Art. L. 331-6, al. 1^{er}. Elle peut faire publier un appel aux créanciers (art. L. 331-3, II).

²¹⁹⁵ Art. L. 331-3.

²¹⁹⁶ La loi de réforme du crédit à la consommation prévoit désormais que la décision déclarant la recevabilité de la demande emporte suspension et interdiction des procédures d'exécution diligentées à l'encontre des biens du débiteur ainsi que des cessions de rémunération consenties par celui-ci et portant sur les dettes autres qu'alimentaires, dans une période qui ne peut excéder un an (art. L. 331-3-1, al. 1^{er}). Dans ce cas, l'emprunteur est interdit, sous peine de déchéance de la procédure de traitement (art. L. 333-2-1, al.1, du Code consom.), de procéder au paiement, en tout ou partie, des découverts en compte contractés antérieurement à la suspension ou à l'interdiction des procédures d'exécution (art. L. 331-3-1, al. 2^e).

²¹⁹⁷ Art. L. 331-3-1, I du Code consom. .

²¹⁹⁸ Dans les développements suivants, on se référera aux seules dettes de crédit du consommateur, bien que les mesures d'allègement puissent s'appliquer à des dettes d'une nature distincte.

²¹⁹⁹ Art. L. 331-6, al. 2.

²²⁰⁰ La loi de réforme du crédit à la consommation crée un 5^e alinéa à l'art. L. 331-6, suivant lequel « les créances figurant dans l'état du passif définitivement arrêté par la commission ou le juge ne peuvent produire d'intérêts ou générer de pénalités de retard jusqu'à la mise en œuvre du plan ».

²²⁰¹ C. consom. art. L. 331-6, al.4..

²²⁰² Dans tous les cas, la commission veille à ce qu'un minimum vital (« reste à vivre ») soit réservé prioritairement au débiteur : c. consom. art. L. 331-2, al.2..

²²⁰³ V. PAISANT, Gilles. « Libres propos sur les modes alternatifs de règlement des litiges de la consommation – Variations sur *de minimis...* », in *Liber amicorum* Jean CALAIS-AULOY, Dalloz, 2004, n^o 19, p. 777, lequel parle aussi d'une pression exercée sur le consommateur, sous « la menace d'une poursuite de procédure plus longue et au résultat plus défavorable devant le juge de l'exécution ».

²²⁰⁴ Cependant, le taux de rechute est également assez élevé : 30% des demandeurs présentent un nouveau dépôt avant la fin de l'exécution du plan précédent. V. PIEDELIÈVRE, Stéphane. « Droit de la consommation », *op. cit.*, n^o 667, p. 495.

les parties, elle voit ses pouvoirs singulièrement augmenter puisque, désormais, pour toutes mesures de redressement qui ne remettent pas en cause les dettes en capital, elle peut prendre des décisions (a) là où, naguère, elle ne pouvait émettre que des recommandations (b).

a) Les mesures décidées par la commission

694. Les mesures applicables au surendettement classique – En cas d'échec de sa mission de conciliation, la commission peut, à la demande du débiteur et après avoir mis les parties en mesure de fournir leurs observations, décider un certain nombre de mesures dont la liste est exhaustive²²⁰⁵. Prévues par le nouvel article L. 331-7 du Code de la consommation, elles sont toutes de nature à alléger la dette de crédit du consommateur, mais, il faut y insister, sans remettre en cause la dette en capital. Bien que pouvant être combinées dans cet objectif, elles ne sont pourtant pas cumulables avec les mesures de droit commun²²⁰⁶. Mais elles prennent aussi en compte l'attitude des prêteurs. Un appel, tant de la part du débiteur que de celle de ses créanciers, est possible devant le juge de l'exécution.

695. La responsabilisation des prêteurs – Présentée comme l'un des objectifs de la loi sur le traitement du surendettement²²⁰⁷, la responsabilisation des prêteurs y transparaît à l'alinéa 7 de l'article L. 331-7 du Code de la consommation. Celui-ci prévoit utilement que « la commission prend en compte la connaissance que pouvait avoir chacun des créanciers, lors de la conclusion des différents contrats, de la situation d'endettement du débiteur. Elle peut également vérifier que le contrat a été consenti avec le sérieux qu'imposent les usages professionnels ». Cela est de nature à retentir sur les mesures à prendre.

696. Les mesures de rééchelonnement ou de report – Tout d'abord, le 1^o de l'article L. 331-7 permet à la commission de décider le rééchelonnement ou le report des échéances du crédit. Le dispositif prévoit que ces mesures ne peuvent excéder huit ans ou la moitié de la durée de remboursement restant à courir des emprunts en cours. La finalité de la loi semblerait autoriser une interprétation large de cette règle, d'une part, pour entendre de la référence aux « emprunts », toutes les opérations de crédit, d'autre part, pour retenir le plus long de ces

²²⁰⁵ Cass. 1^{re} civ. 8 nov. 1994 : RTD com. 1995, p. 190, comm. PAISANT, Gilles (sur une recommandation de remise générale des dettes) ; Cass. 1^{re} civ. 28 nov. 1995 : JCP 1996, IV, p. 157 (suspension de l'expulsion du débiteur de son logement). La commission ne peut pas ordonner la vente d'un ou de plusieurs immeubles dont le débiteur surendetté est propriétaire, mais elle peut subordonner le traitement qu'elle prescrit à la vente amiable d'un tel bien : Cass. 1^{re} civ. 1993 : RTD com. 1993, p. 374, comm. PAISANT, Gilles ; Cass. 18 mai 1994, RTD com. 1994, p. 554, comm. PAISANT, Gilles. On notera cependant que, dans ce cas, la réduction du prix résiduel de la vente forcée de l'immeuble ne peut pas être prononcée car il faut que la vente ait eu lieu (v. n^o 704 *infra*). En tout cas, on ne conçoit que le juge fasse une telle exigence que s'il constate que l'immeuble présente un aspect somptuaire pour le débiteur.

²²⁰⁶ Notamment le délai de grâce : Cass. 1^{re} civ. 16 déc. 1992 : Bull. civ. I, n^o 317 ; RTD com. 1992, p. 174, n^o 5, comm. PAISANT, Gilles. La Cour de cassation a cependant décidé que le juge saisi d'une demande de traitement du surendettement peut, lorsqu'il s'assure du caractère certain, liquide et exigible des créances, préalablement à l'aménagement des dettes, user du pouvoir de modération d'une clause pénale prévu à l'article 1152, alinéa 2, du Code civil : Cass. 1^{re} civ. 14 nov. 1995 : Defrénois, 1996, p. 365, obs. MAZEAUD, Denis ; RTD com. 1996, p. 118, n^o 3, comm. . PAISANT, Gilles.

²²⁰⁷ NEIERTZ, Véronique. Préface à l'ouvrage « Surendettement des particuliers », par CHATAIN, Pierre-Laurent et FERRIÈRE, Frédéric, 2^e éd., Dalloz, 2002, pour qui la régularisation des mécanismes de crédit, ainsi que la responsabilisation des prêteurs et des emprunteurs a été un objectif « largement atteint ».

délais²²⁰⁸. Considérant que dans la majorité des cas le fournisseur de crédit aura déjà prononcé la déchéance du terme au moment où la recommandation est formulée, on pourrait penser que dans cette hypothèse la même interprétation pourrait être retenue, auquel cas le délai de report ou de rééchelonnement pourrait atteindre la moitié de la durée qui restait à courir avant la déchéance²²⁰⁹. On remarquera cependant que l'alinéa 8 de l'article L. 331-7 prévoit que « la durée totale des recommandations ne peut excéder huit années », seuls les prêts immobiliers étant, sous certaines conditions, exceptés²²¹⁰. Cette restriction semble ainsi devoir s'imposer²²¹¹.

697. Le législateur a envisagé l'application de ces mesures dans l'espoir que la situation économique de l'emprunteur s'améliore pendant la période d'arrêt des paiements²²¹². Comme l'ont affirmé certains auteurs, « faute de pouvoir augmenter les ressources des débiteurs surendettés, les législateurs successifs se sont efforcés de leur apporter le seul bien qui ne coûtait rien au budget de l'État : le temps ; du temps supplémentaire pour payer leurs dettes, [...] le temps d'oublier pour les cas les plus désespérés »²²¹³.

698. Les paiements imputés d'abord sur le capital – Les échéances des crédits à remboursements échelonnés comportent, surtout en début de contrat, une part en intérêts plus importante que celle en capital²²¹⁴. Comme la pratique de l'anatocisme n'est permise que sur les intérêts échus depuis une année entière²²¹⁵, l'élimination du capital prioritairement au paiement des intérêts implique, *in fine*, une réduction globale de la charge de ceux-ci. La commission peut ainsi décider que les paiements seront imputés, d'abord sur le capital²²¹⁶.

699. La réduction des intérêts – L'article L. 331-7, 3^o, du Code de la consommation prévoit que, si la situation du débiteur l'exige, la commission peut prescrire que les sommes correspondant aux échéances reportées ou rééchelonnées porteront intérêt à un taux réduit qui peut être inférieur au taux d'intérêt légal, sans pouvoir y être supérieur²²¹⁷. Ce dispositif est

²²⁰⁸ En ce sens, v. AUBERT, Jean-Luc, FLOUR, Jacques et SAVAUX, Éric. « Les obligations », v. 3, 6^e éd., Sirey, 2009, n^o 276, p. 246 ; MAZEAUD, Denis. « L'endettement des acquéreurs », Rev. dr. imm. oct.-déc. 1995, n^o 52, p. 659, cite Cass. 1^{re} civ. 31 mars 1992, RJDA 1992, n^o 1081 ; VIGNEAU, Vincent et BOURIN, Guillaume-Xavier. *Op. cit.*, n^o 311, p. 211. *Contra*, v. PIEDELIÈVRE, Stéphane. « Droit de la consommation », *op. cit.*, n^o 732, p. 543.

²²⁰⁹ VIGNEAU, Vincent et BOURIN, Guillaume-Xavier. *Op. cit.*, n^o 393, p. 259. V. cependant Cass. 1^{re} civ. 4 mai 1999 : Bull. civ. I, n^o 151.

²²¹⁰ V. *infra*.

²²¹¹ Le délai de dix ans semble être suffisant pour apurer une dette découlant de crédits mobiliers à la consommation. Au-delà de ce délai, des mesures plus protectrices devraient trouver application.

²²¹² V. PAISANT, Gilles. D. 1994, chr. 173, spéc. p. 177.

²²¹³ VIGNEAU, Vincent et BOURIN, Guillaume-Xavier. *Op. cit.*, n^o 13, p. 13. V. cependant, sous un regard sceptique, émis avant l'adoption légale du rétablissement personnel, à propos de la capacité du débiteur de payer ses créanciers à l'issue de la période de report : ANCEL, Pascal. « Droit au recouvrement de sa créance ou droit de ne pas payer ses dettes ? », *op. cit.*, p. 93.

²²¹⁴ V. *supra*.

²²¹⁵ Art. 1154 du Code civil. V. *supra*. Autrement, les intérêts non payés jusqu'à l'extinction de la dette en capital produiraient eux-même des intérêts ; ce mécanisme produirait un certain « rattrapage » par rapport à la réduction des intérêts résultant de l'extinction prioritaire du capital.

²²¹⁶ Art. L. 331-7, al. 1^{er}, 2^o.

²²¹⁷ V. RIZZO, Fabrice. « Le traitement juridique de l'endettement », PUAM, 1996, n^o 175, p. 230, qui, sous l'empire des dispositions anciennes, suggère – pour ensuite les écarter – deux interprétations distinctes en cas de cumul avec une mesure de report : 1. pendant la période de différé de l'amortissement, aucun intérêt n'est perçu et, après cette période, les échéances exigibles porteront intérêt au taux conventionnel initial ou au taux légal ; 2. pendant la

interprété dans un sens large par la jurisprudence. La Cour de cassation autorise ainsi que la réduction puisse aller jusqu'à la suppression totale des intérêts initialement prévus au contrat de crédit²²¹⁸. Cependant, les intérêts déjà échus au jour où le juge statue ne peuvent pas faire l'objet d'une réduction²²¹⁹.

700. On l'aura noté, les mesures décrites ci-dessus, en réaménageant les échéances dues, n'aboutissent à la réduction – ou à la suppression – que du montant en intérêts de la dette de l'emprunteur. Leur portée n'est dès lors pas très éloignée de celles prévues en droit commun aux articles 1244-1 et 1244-2 du Code civil²²²⁰. Dans certaines opérations de crédit, un traitement plus efficace de la situation du consommateur surendetté peut être obtenu par la réduction du capital restant dû.

701. Le « moratoire » de deux ans – En ce qui concerne spécifiquement les dettes de crédit du débiteur, cette mesure, à elle seule, ne lui est pas d'une grande aide. Sauf à croire qu'un arrêt total du paiement des dettes de celui-ci soit généralement plus à même d'aboutir à la récupération de sa santé financière, cette mesure fait double emploi avec la possibilité d'un report de créances mentionnée précédemment. Au cas où cette mesure serait pourtant adoptée, la suspension de l'exigibilité de la créance entraîne la suspension du paiement des intérêts dus à ce titre²²²¹. De manière paradoxale, cependant, l'article L. 331-7, 4°, du Code prévoit que les sommes dues au titre du capital peuvent être de plein droit productives d'intérêts durant cette période, dont le taux n'excède pas le taux légal²²²². À l'issue de la période de suspension, la commission réexamine la situation du débiteur. Si cette situation le permet, elle décide tout ou partie des mesures prévues à l'article L. 331-7. Si, en revanche, la situation du débiteur apparaît irrémédiablement compromise, elle pourra recommander l'ouverture d'une procédure de rétablissement personnel²²²³.

b) Les mesures recommandées par la commission

702. La réduction du capital dans les opérations de crédit immobilier – Le nouvel article L. 331-7-1, 1° du Code de la consommation prévoit qu'« en cas de vente forcée du logement principal du débiteur, grevé d'une inscription bénéficiant à un établissement de crédit ayant fourni les sommes nécessaires à son acquisition, la commission peut recommander la

période de différé de l'amortissement les intérêts courent au taux conventionnel ou légal et, après cette période, le taux réduit s'applique.

²²¹⁸ Cass. 1^{re} civ. 12 janv. 1994 ; RTD com. 1994, p. 115, comm. PAISANT, Gilles ; Cass. 1^{re} civ. 14 nov. 1995 : CCC 1996, n° 14, RAYMOND, Guy ; v. aussi ANCEL, Pascal. « Droit au recouvrement de sa créance ou droit de ne pas payer ses dettes ? », *op. cit.*, p. 96 : « ce qui revient tout bonnement à rendre gratuit un contrat onéreux » ; du même auteur, v. « La pratique française du redressement judiciaire civil », in *Le surendettement des particuliers*, GARDAZ, Michel (dir.), Anthropos, 1997, p. 67.

²²¹⁹ Cass. 2^e civ. 18 sept. 2003 : Bull. civ. II, n° 286 ; RTD com. 2004, 167, comm. PAISANT, Gilles.

²²²⁰ V. VIGNEAU, Vincent et BOURIN, Guillaume-Xavier. *Op. cit.*, n° 6, p. 7.

²²²¹ Sauf proposition contraire de la commission.

²²²² V. les critiques émises à juste titre sur cette prévision par ANCEL, Pascal. « La pratique française du redressement judiciaire civil » p. 60, note 43 : « c'est, en soi, parfaitement contradictoire : si les dettes cessent d'être exigibles, comment les intérêts peuvent-ils continuer à courir ? Plus que d'un report de l'exigibilité, on est en présence d'une suspension des procédures d'exécution ».

²²²³ Cass. 2^e civ. 22 mars 2006, RTD com. 2006, p. 680, PAISANT, Gilles.

réduction, par proposition spéciale et motivée, le montant de la fraction des prêts immobiliers restant due aux établissements de crédit après la vente, après imputation du prix de vente sur le capital restant dû, dans des proportions telles que son paiement, assorti d'un rééchelonnement calculé comme il est dit ci-dessus, soit compatible avec les ressources et les charges du débiteur ».

703. Cette mesure, prévue dès 1989, a pu être qualifiée de « spectaculaire »²²²⁴, « redoutable et redoutée par les établissements de crédit »²²²⁵ car, pour la première fois en droit français, « le législateur donnait son aval à une remise de dette forcée »²²²⁶. Ces propos doivent cependant être relativisés. On peut penser, tout d'abord, que la mesure en question reste exceptionnelle car *a priori* la valeur vénale des biens immeubles tend à augmenter²²²⁷. Aussi, l'immense majorité des personnes surendettées sont locataires de leur logement²²²⁸, le nombre de surendettés possédant un bien immobilier ayant passé de 10% à 8% entre 2004 et 2007²²²⁹. Par conséquent, comme l'affirme un auteur, « les références assez nombreuses à la situation du ou des immeubles résonnent de manière quelque peu artificielle »²²³⁰.

704. Le dispositif en question a fait l'objet d'un certain nombre de précisions par la jurisprudence. Elle décide, tout d'abord, que seul le logement principal de l'emprunteur est concerné²²³¹ ; mais la référence à des « prêts immobiliers » doit être interprétée dans un sens large, ce qui comprend les prêts contractés pour la rénovation de l'immeuble²²³² ainsi que les prêts relais²²³³. Ensuite, revenant à une interprétation stricte du dispositif, la jurisprudence décide que les prêteurs doivent être des établissements de crédit au sens du Code monétaire et financier²²³⁴. Il est aussi nécessaire, à la fois, que la vente de l'immeuble ait déjà été réalisée²²³⁵ et le prix réparti entre les créanciers²²³⁶ au moment où la commission recommande cette mesure.

²²²⁴ LAGARDE, Xavier. « L'endettement des particuliers », *op. cit.*, n° 52, p. 161.

²²²⁵ MAZEAUD, Denis. « Le traitement civil de la dette », in *L'apurement des dettes – solution au surendettement*, CHAPUT, Yves (dir.), Litec, 1998, n° 395, p. 351 ; « L'endettement des acquéreurs », *Rev. dr. imm. oct.-déc. 1995*, n° 52, p. 659.

²²²⁶ LAGARDE, Xavier. « L'endettement des particuliers », *op. cit.*, n° 52, p. 161.

²²²⁷ Sauf en cas de crise du marché immobilier. Les immeubles à caractère social (HLM) peuvent aussi, semble-t-il, subir une certaine dépréciation.

²²²⁸ V. Rapport annuel 2010 de la Cour des comptes, p. 465 : « 80% des surendettés sont locataires, le taux atteignant même 90% pour les personnes orientées en procédure de rétablissement personnel (PRP) ».

²²²⁹ Suivant les statistiques publiées en 2007 par la Banque de France, reprises au Rapport annuel 2010 de la Cour des comptes, p. 465.

²²³⁰ JULIEN, Jérôme. « Droit de la consommation et du surendettement », Montchrestien, 2009, n° 388, p. 418.

²²³¹ Ont ainsi été exclus du bénéfice : un immeuble loué à un tiers (Cass. 1^{re} civ. 21 fév. 1995 : Bull. civ. I, n° 100) ; un immeuble acquis par une SCI et occupé par ses associés (Cass. 1^{re} civ. 15 fév. 2000 : Bull. civ. I, n° 301 ; RTD com. 2000, p. 471, comm. PAISANT, Gilles) ; une future résidence (Cass. 1^{re} civ. 9 nov. 1999 : Bull. civ. I, n° 301).

²²³² Cass. 1^{re} civ. 2 mai 1994 ; RD bancaire, 1994, p. 169, Crédot et Gérard ; RTD com. 1994, p. 555, comm. PAISANT, Gilles.

²²³³ Cass. civ. 1^{re} 30 mai 1995 : Bull. civ. I, n° 227.

²²³⁴ Cass. 1^{re} civ. 15 juin 1999 : Bull. civ. I, n° 204 ; RTD com. 1999, p. 766, comm. PAISANT, Gilles ; v. les critiques de VIGNEAU, Vincent et BOURIN, Guillaume-Xavier. *Op. cit.*, n° 402, p. 267.

²²³⁵ Cass. 1^{re} civ. 10 mars 1993 : Bull. civ. I, n° 106 ; Cass. 1^{re} civ. 8 nov. 1994 : Bull. civ. I, n° 325 ; RTD com. 1995, p. 190, comm. PAISANT, Gilles.

²²³⁶ Cass. 1^{re} civ. 9 mars 1994 : Bull. civ. I, n° 94. Cette répartition est réalisée conformément aux règles du Code civil ; la priorité est ainsi donnée aux créanciers bénéficiant de sûretés : Cass. 1^{re} civ. 31 mars 1992 : Bull. civ. I, n° 102.

705. Quant au montant de la réduction, le critère principal de l'appréciation semble être celui de la compatibilité des paiements, éventuellement rééchellonnés, du capital restant dû avec les ressources et les charges de l'emprunteur²²³⁷. C'est-à-dire que la réduction doit être d'un montant tel que, d'une part, un minimum vital (« reste à vivre ») lui soit réservé par priorité, d'autre part, elle lui permette d'apurer son passif à l'issue de la période de rééchelonnement²²³⁸. Dans ce but, la dette résiduelle peut même être, sous recommandation spécialement motivée²²³⁹, totalement supprimée²²⁴⁰. En revanche, si le prix de la vente permet d'apurer la totalité du passif, il n'y a pas lieu de réduire la dette de l'emprunteur²²⁴¹.

706. Enfin, le dispositif en question s'applique aussi en cas de vente amiable dont le principe – destiné à éviter une saisie immobilière²²⁴² – et les modalités ont été arrêtées d'un commun accord entre le débiteur et l'établissement de crédit²²⁴³. En toute hypothèse, le bénéfice du dispositif en question ne peut être invoqué plus de deux mois après sommation faite d'avoir à payer le montant de la fraction des prêts immobiliers restant due, à moins que, dans ce délai, la commission n'ait été saisie²²⁴⁴.

707. L'effacement partiel des dettes – Cette mesure, désormais prévue à l'article L 331-7-1, 2° du code de la consommation, profite plus largement à l'emprunteur car toutes sortes d'opérations de crédit seraient alors concernées²²⁴⁵. Elle trouve son origine dans la réforme opérée par la loi de 1998 sur la lutte contre les exclusions sociales au profit des débiteurs en situation « d'insolvabilité »²²⁴⁶. L'effacement recommandé des dettes du consommateur insolvable ne peut être que partiel, mais il peut porter tant sur les intérêts conventionnels que sur le capital restant dû. *A priori* la commission demeure libre dans le choix des dettes faisant l'objet d'un effacement, elle ne semble donc pas tenue de respecter une

²²³⁷ Cass. 1^{re} civ. 17 févr. 1998.

²²³⁸ Cass. 1^{re} civ. 13 mars 1996 : Bull. civ. I, n° 136. V. VIGNEAU, Vincent et BOURIN, Guillaume-Xavier. *Op. cit.*, n° 404, p. 268.

²²³⁹ Cass. 1^{re} civ. 3 janv. 1996 : Bull. civ. I, n° 12. La seule déclaration du comportement fautif de la part du prêteur ne suffit pas à justifier une telle mesure, encore faut-il démontrer que la situation du débiteur l'exige (Cass. 1^{re} civ. 17 mai 1993 : Bull. civ. I, n° 179 ; Cass. 1^{re} civ. 4 avr. 1995 : Bull. civ. I, n° 261). V. MAZEAUD, Denis. « L'endettement des acquéreurs », *op. cit.*, n° 60, p. 663, pour qui le comportement du prêteur ne sert qu'à permettre le choix de la mesure, non pas la fixation du *quantum* de la réduction.

²²⁴⁰ Cass. 1^{re} civ. 31 mars 1992 : Bull. civ. I, n° 103 ; RTD com. 1992, p. 678, comm. PAISANT, Gilles ; Cass. 1^{re} civ. 17 mai 1993 : Bull. civ. I, n° 179 ; Cass. 1^{re} civ. 4 avr. 1995 : Bull. civ. I, n° 261.

²²⁴¹ Cass. 1^{re} civ. 11 oct. 1994 : Bull. civ. I, n° 287.

²²⁴² À l'amiable, il faut que la vente se destine à éviter une saisie immobilière (Cass. 1^{re} civ. 21 mars 1995 : Bull. civ. I, n° 137. Que la vente soit forcée ou amiable, il faut que l'immeuble soit grevé par une sûreté réelle immobilière (Cass. 1^{re} civ. 11 oct. 1994 : Bull. civ. I, n° 287). La Cour a décidé toutefois que les établissements de crédit qui ne bénéficient pas d'une sûreté réelle (chirographaires) peuvent aussi voir leurs créances réduites, au cas où l'un d'entre eux en bénéficierait d'une (Cass. 1^{re} civ. 9 juill. 1996 : Bull. civ. I, n° 302 ; RTD com. 1996, p. 711, obs. PAISANT, Gilles). V. aussi Cass. 1^{re} civ. 21 juin 1995 : Bull. civ. I, n° 261 et l'interprétation de LAGARDE, Xavier. « L'endettement des particuliers », *op. cit.*, n° 52, p. 161, pour qui la Cour aurait étendu cette solution à l'ensemble des prêts immobiliers.

²²⁴³ Cass. 1^{re} civ. 13 juin 1995 : Bull. civ. I, n° 261 ; RTD com. 1995, p. 654, PAISANT, Gilles.

²²⁴⁴ Art. L. 331-7-1, 1°.

²²⁴⁵ La loi de réforme du crédit à la consommation exclut cependant du champ d'application de cette mesure les dettes issues de prêts sur gage souscrits auprès des caisses de crédit municipal en application de l'article L. 514-1 du code monétaire et financier. Dans ces cas, la réalisation des gages par les caisses de crédit municipal ne peut être empêchée ou différée au-delà de la date déterminée dans le contrat de prêt. V. l'art. L. 333-1-2.

²²⁴⁶ Loi n° 98-657 du 29 juill. 1998. Cette loi prévoyait la possibilité d'un effacement total.

égalité entre les créanciers²²⁴⁷. Toutefois, dans l'échelle des priorités du législateur, les créances des établissements de crédit n'apparaissent qu'au second rang²²⁴⁸.

708. L'ouverture d'un rétablissement personnel sans liquidation judiciaire. Depuis la réforme du 1^{er} juillet 2010, le nouvel article L 331-7-3 du code de la consommation, prévoit la possibilité d'un troisième type de recommandation. Si, pendant le cours de l'exécution d'un plan amiable ou d'une mesure décidée ou même précédemment recommandée par la commission, il apparaît que la situation du débiteur devient irrémédiablement compromise, à la demande de ce dernier, la commission pourrait émettre une nouvelle recommandation : celle préconisant l'ouverture d'un rétablissement personnel sans liquidation judiciaire. Cette recommandation emporterait suspension et interdiction des procédures d'exécution dirigées contre les biens du débiteur.

709. L'homologation des recommandations par le juge – Seul le juge de l'exécution dispose du pouvoir de conférer force exécutoire aux recommandations des commissions de surendettement²²⁴⁹. Pour ce faire, il vérifie leur régularité, mais, sauf pour les effacements de dettes, il n'en analyse pas le bien-fondé²²⁵⁰. Soit le juge homologue, soit il refuse de conférer force exécutoire et, alors, le dossier sera retourné à la commission.

2) Les mesures décidées par le juge de l'exécution

710. La contestation des mesures de la commission. Comme dans le système antérieur à la réforme du 1^{er} juillet 2010, les parties conservent, dans tous les cas, le droit de contester devant le juge de l'exécution les mesures imposées ou recommandées par la commission²²⁵¹. Dans ce cas, le juge récupère ses pouvoirs juridictionnels et il décide lui-même de l'application des mesures de redressement possibles²²⁵². Par ailleurs, à cette occasion, s'il constate que le consommateur se trouve dans une situation irrémédiablement compromise, il

²²⁴⁷ En ce sens, v. PAISANT, Gilles. RTD com. 2003, p. 671 ; *contra*, cependant, v. PIEDELIÈVRE, Stéphane. « Droit de la consommation », *op. cit.*, n° 740, p. 548 ; VIGNEAU, Vincent et BOURIN, Guillaume-Xavier. *Op. cit.*, n° 434, p. 288, lesquels réservent cependant les cas d'un comportement fautif du prêteur.

²²⁴⁸ L'article L. 333-1-1 prévoit que « les créances des bailleurs sont réglées prioritairement aux créances des établissements de crédit et aux crédits visés aux articles L. 311-1 et suivants ».

²²⁴⁹ Les mesures rendues exécutoires par le juge ne sont pas opposables aux créanciers dont l'existence n'aurait pas été signalée par le débiteur et qui n'en auraient pas été avisés par la commission (art. L. 331-8 du Code consom.). En revanche, ceux qui sont concernées ne peuvent exercer des procédures d'exécution à l'encontre des biens du débiteur pendant la durée d'exécution de ces mesures (art. L. 331-9 du Code consom.). La Cour de cassation décide que même les créances écartées par une analyse de validité ne peuvent faire l'objet d'exécutions si les créanciers respectifs sont tenus de respecter les recommandations (pour d'autres créances ?) Cass. 2^e civ. 8 juill. 2004 : Bull. civ. II, n° 384 ; RTD com. 2004, p. 821, PAISANT, gilles.

²²⁵⁰ Art. L. 332-1 du Code consom. La décision du juge peut être contestée dans un délai de 15 jours auprès du juge de l'exécution lui-même. S'il y a contestation, celui-ci reprend la plénitude de ses pouvoirs juridictionnels. Il peut, tout d'abord, vérifier que les conditions d'ouverture de la procédure sont réunies, par exemple, la bonne foi du débiteur (Cass. 2^e civ. 13 févr. 2003 : Bull. civ. II, n° 41). Il peut ensuite contrôler le bien-fondé de toutes les mesures recommandées. Toutefois, s'il approuve la contestation il est tenu de modifier les mesures recommandées car il lui est impossible de renvoyer le dossier à la commission pour qu'elle les reformule (Cass. 2^e civ. 2 mai 2004 : Bull. civ. II, n° 221).

²²⁵¹ Art. L. 332-2 du Code consom.

²²⁵² Art. L. 332-3 du Code consom.

peut, avec l'accord du débiteur, décider l'ouverture d'une procédure de rétablissement personnel²²⁵³.

711. Le rétablissement personnel – Créé en 2003, il est l'apanage du juge²²⁵⁴. Il s'agit d'une procédure collective²²⁵⁵ de liquidation judiciaire destinée à éliminer le passif non professionnel d'un consommateur dont l'état de détresse est tel qu'il ne laisse subsister aucun espoir que les mesures « traditionnelles » de redressement puissent y remédier. À ce titre, on avancera que les dettes de crédit ne subissent pas plus les effets de la procédure que toute autre dette de nature non professionnelle²²⁵⁶. Elles sont effacées de manière globale au terme de la procédure, que le débiteur dispose ou non de biens à liquider.

712. Les caractéristiques de la procédure – La procédure démarre par la saisine du juge de l'exécution²²⁵⁷. Mais, depuis la réforme de 2010, il faut distinguer deux types de rétablissement personnel : celui sans liquidation judiciaire, donc plus rapide, lorsque le débiteur ne dispose que de biens insaisissables ou de faible valeur et celui avec liquidation judiciaire. Dans ce dernier cas, le débiteur doit donner son accord pour l'ouverture de la procédure²²⁵⁸, à défaut de quoi seules les mesures indiquées précédemment peuvent être appliquées²²⁵⁹, et ce quand bien même sa situation serait irrémédiablement compromise²²⁶⁰. Cette exigence semble se justifier en raison des inconvénients résultant de la procédure pour le débiteur alors « rétabli » : s'il est propriétaire, il risque de perdre ses biens saisissables et il reste inscrit pendant de longues années sur le fichier national d'incidents de paiement²²⁶¹. Une fois cet

²²⁵³ Art. L. 330-1 du Code consom.

²²⁵⁴ Sur cette procédure, v. GOURIO, Alain. JCP E, 2003, 1449 ; RTD com. 2003, p. 574, comm. PAISANT, Gilles ; RTD com. 2003, p. 671, n° 4 ; Defrénois 2004, p. 14, obs. PIEDELIÈVRE, Stéphane ; SCHILLER. RID comparé, 2004-655 ; SOINNE. JCP 2003, act. 475 ; CCC 2005, n° 9.

²²⁵⁵ Comp. VIGNEAU, Vincent et BOURIN, Guillaume-Xavier. *Op. cit.*, n° 455, p. 305, pour lesquels il ne s'agit pas d'une véritable procédure collective de règlement des dettes du débiteur, mais d'une procédure d'exécution volontaire conçue dans le seul intérêt de celui-ci. V. *supra*.

²²⁵⁶ On pourrait même affirmer le contraire car, en cas de liquidation des biens du débiteur, les créanciers sont désintéressés suivant le rang des sûretés assortissant leurs créances (art. L. 332-8, al. 5^e, du Code consom.). Or, on sait que les créances résultant d'opérations de crédit sont souvent garanties par un gage ou une hypothèque. V., enfin, l'art. L. 333-1 du Code consom. pour une description des créances ne pouvant jamais faire l'objet d'un effacement.

²²⁵⁷ Normalement, cette saisine est réalisée par la commission (arts. L. 331-3, III et L. 331-7-3 du Code consom.), mais elle peut également l'être d'office par le juge lors d'un recours exercé contre une décision de la commission (art. L. 330-1 du Code consom.).

²²⁵⁸ Art L. 332-5-1, al. 4, du Code consom.

²²⁵⁹ Art. L. 331-3, III.

²²⁶⁰ V. PIEDELIÈVRE, Stéphane. « Droit de la consommation », *op. cit.*, n° 749, p. 555, pour lequel le débiteur qui refuserait l'ouverture de la procédure ne serait pas de bonne foi ; v. aussi les critiques de VIGNEAU, Vincent et BOURIN, Guillaume-Xavier. *Op. cit.*, n° 456, p. 305. Ces critiques ne nous semblent pas fondées car il ne paraît pas y avoir d'intérêt public suffisant pour imposer à un particulier que sa situation financière personnelle soit traitée. Ces derniers auteurs reconnaissent d'ailleurs que la procédure relève de l'ordre juridique de protection et que l'accord du débiteur se fonde sur « l'idée générale selon laquelle on ne peut faire le bien d'autrui sans son consentement » (*idem*, n° 455, p. 305). Il est vrai qu'ils affirment que « quant à la réussite du désendettement, elle est clairement fondée sur l'intérêt général, puisqu'elle vise à sauvegarder la dignité des personnes et des familles » (n° 70, p. 55) ; mais cela n'est affirmé qu'à propos du devoir général qu'ils estiment avoir le juge de relever d'office la mauvaise foi du débiteur. Le législateur français semble être disposé à concilier les critiques de la doctrine avec les intérêts du débiteur.

²²⁶¹ Art. L. 333-4 du Code consom., lequel prévoit désormais une période de cinq ans au lieu de huit.

accord obtenu, le juge saisi convoque le débiteur et les créanciers connus à une audience d'ouverture de la procédure de rétablissement personnel²²⁶².

713. Les étapes suivantes ressemblent à celles des procédures collectives destinées aux entreprises²²⁶³ : lorsque le juge prononce l'ouverture de la procédure²²⁶⁴, il – ou un mandataire qu'il peut désigner²²⁶⁵ – procède aux mesures de publicité destinées à ce que les créanciers recensés puissent produire leurs créances²²⁶⁶ ; un bilan de la situation économique et sociale du débiteur est ensuite dressé, comportant une vérification des créances et une évaluation des éléments d'actif et de passif²²⁶⁷ ; une fois que le juge a arrêté les créances, il prononce soit la liquidation des biens saisissables²²⁶⁸ du débiteur, soit la clôture de la procédure pour insuffisance d'actif²²⁶⁹. En présence d'actifs réalisables, un liquidateur désigné par le juge procède à la vente, amiable ou forcée, desdits biens, dans un délai de douze mois²²⁷⁰. Enfin, après que les créanciers ont été désintéressés²²⁷¹, la procédure est clôturée²²⁷². Dans tous les cas, la clôture entraîne l'effacement de toutes les dettes non professionnelles²²⁷³ du débiteur, à

²²⁶² Art. L. 332-6, al. 1^{er}, du Code consom.

²²⁶³ V. cependant ANCEL, Bertrand. Préface à l'ouvrage « Le droit international privé des procédures de surendettement des particuliers ». JUDE, Jean-Michel, thèse PUAM, 2003, p. 12 : « dans la comédie humaine comme dans les circuits économiques, la personne physique ne remplit pas le même rôle que l'entreprise commerciale et si, en cas de difficultés, il s'agit bien par une intervention publique d'assurer autant que faire se peut à l'une comme à l'autre un nouveau départ (*a fresh start*), une saine proportionnalité veut qu'il y ait dans l'agencement des procédures des différences ».

²²⁶⁴ Il doit préalablement apprécier le caractère irrémédiablement compromis de la situation du débiteur ainsi que sa bonne foi (art. L. 332-6, al. 1^{er}).

²²⁶⁵ Art. L. 332-6, al. 3^e.

²²⁶⁶ Art. L. 332-7 du Code consom. Les créances qui n'ont pas été produites dans un délai de deux mois (v. l'art. R. 332-16 du Code consom.) sont éteintes, sauf à ce que soit prononcé par le juge un relevé de forclusion. V. VIGNEAU, Vincent et BOURIN, Guillaume-Xavier. *Op. cit.*, n° 473, p. 315, pour lesquels la caution est, dans ce cas, libérée.

²²⁶⁷ Art. L. 332-7 du Code consom.

²²⁶⁸ Art. L. 332-8, al. 1^{er} : « sont exclus les biens insaisissables énumérés à l'article 14 de la loi n°91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution, ainsi que les biens dont les frais de vente seraient manifestement disproportionnés au regard de leur valeur vénale et les biens non professionnels indispensables à l'exercice de l'activité professionnelle du débiteur ». VIGNEAU, Vincent et BOURIN, Guillaume-Xavier. *Op. cit.*, n° 492, p. 324 et PIEDELIÈVRE, Stéphane. « Droit de la consommation », *op. cit.*, n° 761, p. 563, note 1, rappellent que sont aussi exclus les biens grevés de réserve de propriété et ceux faisant l'objet d'opérations de *leasing*. V. aussi HUGON, Christine. « L'approche théorique de la procédure de rétablissement personnel », CCC 2005, n° 10, n° 11, qui affirme que certains juges du fond « soucieux de ne pas favoriser les débiteurs qui n'ont jamais fait l'effort de se constituer un patrimoine, choisissent d'exclure de l'actif liquidé l'immeuble qui sert de logement de la famille et qui constitue souvent son seul bien, l'objectif étant alors simplement d'effacer le passif non professionnel que le débiteur traîne avec lui. Cette solution, si elle ne résulte pas de la lettre de la loi, est pourtant conforme à son esprit qui est de lutter contre l'exclusion. Or, nul n'ignore que la vente forcée du logement familial est bien souvent le prélude à une marginalisation de la famille concernée ».

²²⁶⁹ Art. L. 332-9, qui définit les hypothèses d'insuffisance d'actif : « lorsque le débiteur ne possède rien d'autre que des biens meublants nécessaires à la vie courante et des biens non professionnels indispensables à l'exercice de son activité professionnelle, ou lorsque l'actif n'est constitué que de biens dépourvus de valeur marchande ou dont les frais de vente seraient manifestement disproportionnés au regard de leur valeur vénale ».

²²⁷⁰ Art. L. 332-8, als. 2 et 3.

²²⁷¹ Art. L. 332-8, al. 5.

²²⁷² Art. L. 332-9, al. 1^{er}.

²²⁷³ V. les critiques de PIEDELIÈVRE, Stéphane. « Droit de la consommation », *op. cit.*, n° 669, p. 496, pour qui la prise en compte de certaines dettes professionnelles, si elles sont mineures, éviterait un doublon de procédures. V. aussi VIGNEAU, Vincent et BOURIN, Guillaume-Xavier. *Op. cit.*, n° 507, p. 333, pour lesquels la procédure de rétablissement personnel « peut, à rebours de sa finalité, maintenir des individus dans le surendettement, là où la procédure de droit commun eût pu l'en faire sortir » (*idem*, n° 117, p. 89). V. enfin PAISANT, Gilles. RTD com. 2003, n° 33, qui estime que seuls les biens professionnels saisissables du débiteur servent le paiement des dettes professionnelles, après le rétablissement personnel.

l'exception de celles dont le prix a été payé au lieu et place du débiteur par la caution ou le coobligé²²⁷⁴.

714. Le rétablissement personnel est une procédure aux conséquences lourdes pour les créanciers. Il est ainsi naturel que les juges du fond se montrent prudents quant aux critères d'appréciation de la situation irrémédiablement compromise. Pour un auteur, l'effacement des dettes doit être mis en œuvre avec la plus grande prudence, et surtout en se donnant les moyens nécessaires pour lutter contre les fraudes qui menacent le système : « les cigales ne peuvent pas exagérément vivre aux dépens des fourmis »...²²⁷⁵ Le fonctionnement de cette procédure, voire son existence, ont été durement critiqués en doctrine. On l'a considéré comme lourde, complexe, lente et coûteuse²²⁷⁶, résultant de réformes législatives « faites de bric et de broc »²²⁷⁷ et souvent insusceptible d'atteindre les buts escomptés : dans la majorité des cas, dit-on²²⁷⁸, l'état du débiteur « ne résulte pas d'un trop-plein de dettes, mais d'un trop peu de revenus²²⁷⁹. Les dernières réformes ont pourtant contribué à améliorer les choses en assouplissant le système : même quand une liquidation judiciaire a été prévue, au vu de la situation du débiteur, l'ouverture et la clôture de la procédure pour insuffisance d'actif pourra intervenir dans la même décision, sans qu'il soit nécessaire de suivre toutes les étapes de la procédure normale. Autant que possible, le législateur a voulu que le déroulement de la procédure de traitement soit fonction de la situation patrimoniale du débiteur ; une sorte de procédure « à la carte ».

715. On affirme qu'en France les magistrats ont non seulement adhéré aux initiatives du législateur, mais ils les auraient devancées par des interprétations systématiquement favorables aux débiteurs surendettés au nom d'un impératif de justice sociale²²⁸⁰. Or, les mêmes causes entraînant les mêmes effets, on ne saurait se surprendre de ce que, en l'absence de législation spéciale au Brésil, certains consommateurs de crédit surendettés aient pu bénéficier d'un traitement juridique, précisément, grâce à un activisme particulièrement accentué de la part de certains magistrats.

²²⁷⁴ Art. L. 332-9, al. 2^e. La loi de réforme du crédit à la consommation a prévu qu'il ne s'agit, dans ces cas, que de personnes physiques.

²²⁷⁵ HUGON, Christine. « L'approche théorique de la procédure de rétablissement personnel », *op. cit.*, 2005, n° 10, n° 19. Comp. ANCEL, Pascal. « La pratique française du redressement judiciaire civil », *op. cit.*, p. 61, parlant à propos des mesures d'effacement des dettes adoptées en 1998 : elles étaient « approuvées, dans leur principe, par l'ensemble de la classe politique. Les juristes peuvent-ils encore s'en scandaliser ? »

²²⁷⁶ VIGNEAU, Vincent et BOURIN, Guillaume-Xavier. *Op. cit.*, n° 439, p. 294 ; v. aussi LAGARDE, Xavier. « Analyse prospective et comparatiste de la loi sur le rétablissement personnel », *Rev. dr. banc. et fin.* sept.-oct. 2006, p. 55 ; FLORES, Philippe. « La procédure de rétablissement personnel : un nouveau défi pour le juge de l'exécution », CCC 2005, étude n° 4, n° 10, p. 8 ; PIEDELIÈVRE, Stéphane. « Droit de la consommation », *op. cit.*, n° 634, p. 486.

²²⁷⁷ VIGNEAU, Vincent et BOURIN, Guillaume-Xavier. *Op. cit.*, n° 468, p. 313.

²²⁷⁸ *Idem*, n° 519, p. 339.

²²⁷⁹ En ce sens, v. également ANCEL, Pascal. « La pratique française du redressement judiciaire civil », *op. cit.*, p.

54.

²²⁸⁰ MAZEAUD, Denis. « Le traitement civil de la dette », *op. cit.*, n° 398, p. 353, pour qui « la Cour de cassation s'est érigée en porte-drapeau » d'un mouvement de justice sociale organisé au bénéfice des débiteurs.

§ 2nd – Les mesures de traitement d’origine parajudiciaire

716. Le lien entre le crédit et le phénomène du surendettement s’est fait ressentir également au Brésil. La réaction des pouvoirs publics, dans ce pays, ne correspond pourtant pas à celle adoptée par leurs homologues français. Si un effet préventif peut être dégagé des règles du Code du consommateur décrites ci-dessus²²⁸¹, aucun traitement spécial de protection n’existe à l’heure actuelle en droit positif. Depuis le XIX^e siècle²²⁸², il est vrai, des législations civiles ont prévu des procédures collectives pour les débiteurs insolubles, mais elles ont toujours été organisées dans l’intérêt exclusif des créanciers. Le Code de procédure civile en vigueur prévoit une procédure spécifique dite « d’exécution du débiteur insolvable »²²⁸³. Cette procédure laisse cependant largement transparaître l’aspect moral qui sous-tend le dispositif légal lié à la « faute » du débiteur pour l’état dans lequel il se trouve²²⁸⁴. Aussi, la clôture de la procédure pour insuffisance d’actifs n’entraîne nullement l’effacement du passif du débiteur : ses dettes demeurent exigibles pendant un délai de prescription de cinq ans²²⁸⁵.

717. Auprès des hautes instances judiciaires, on peut encore observer une suspicion très marquée à l’égard de la conduite du consommateur surendetté. Il suffit, pour s’en rendre compte, d’analyser les termes d’un arrêt du *Superior Tribunal de Justiça* du 4 février 2010²²⁸⁶. Dans l’espèce, un consommateur avait contracté plusieurs crédits avec remboursements par cession de rémunération (« crédito consignado »). N’ayant ainsi plus accès à un minimum vital, il a demandé en justice l’annulation des prélèvements effectués sur son compte bancaire et a obtenu des juges du fond une réduction de ceux-ci à 70% du montant de sa rémunération. Visant à obtenir une réduction plus importante et immédiate, il forme un pourvoi simultanément à une action en référé (« cautelar »), soumis à l’appréciation du STJ. Avant dire droit, le Tribunal juge cette dernière action irrecevable, sous prétexte d’une suppression d’instance. Cependant, par un *obiter dictum* qui dépasse très largement ce seul aspect procédural, l’arrêt souligne que l’approbation du pourvoi impliquerait « désormais l’institutionnalisation de la filouterie consentie, c’est-à-dire qu’il suffirait qu’une personne s’endette, délibérément, au-delà de ses moyens pour, ensuite, affirmer purement et simplement que sa dignité s’en trouve affectée, dans le but de retirer son accord sur la cession de rémunération ».

²²⁸¹ Assez faibles, par ailleurs, faute d’un contrôle efficace mené par les autorités publiques.

²²⁸² La « *Consolidação das leis do processo civil* », adoptée par une résolution impériale du 28 déc. 1876 prévoyait une procédure dite « *preferências* » (art. 1378). L’art. 1.380 définissait les conditions d’ouverture, à savoir, notamment, que les biens du débiteur ne suffisent pas pour désintéresser ses créanciers (1^o) et que le débiteur ne fût pas commerçant (3^o). Ensuite, le Code de procédure civile adopté par le décret-loi du 18 sept. 1939 prévoyait une procédure d’exécution collective des biens du débiteur, dont le concept d’insolvabilité était prévu à l’art. 1.019, al. I.

²²⁸³ « *Da execução por quantia certa contra devedor insolvente* » (arts. 748 et s.).

²²⁸⁴ Jusqu’à l’aliénation de ses biens, le débiteur insolvable n’a le droit à une « pension arbitrée par le juge », après l’audition des créanciers », que s’il n’est pas coupable de l’état dans lequel il se trouve (art. 785). Encore faut-il que le montant de ses actifs comporte la perception d’une pension.

²²⁸⁵ Art. 778. V. LOPES, Reinaldo de Lima. Préface à l’ouvrage « *Direitos do consumidor endividado – Superendividamento e crédito* », MARQUES, Cláudia Lima et CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (dir.), São Paulo : RT, 2006, p. 8, qui attribue aux coûts élevés et à la lenteur de la procédure le fait qu’elle n’ait « jamais été utilisée ».

²²⁸⁶ STJ-AgRgMC n^o 16.128/RS, Min. Fernando Gonçalves, 4^a T., j. 4.2.2010, DJ 8.3.2010.

718. Ce tableau ne signifie pourtant pas qu'on n'ait jamais pris conscience du problème du surendettement au Brésil²²⁸⁷. Bien au contraire, le mouvement consumériste se fait de plus en plus remarquer depuis quelques années, déterminé par les appels d'une doctrine particulièrement active en la matière²²⁸⁸. Leurs craintes quant aux flux inconsidérés de crédit distribué ces dernières années y ont joué un rôle catalyseur indiscutable. Pourtant, face à l'abstentionnisme parlementaire, c'est des juges du fond que viennent les exemples d'activisme les plus remarquables. Dans certains états de la fédération, des magistrats épris d'un sentiment aigu de justice sociale ont pris le pas sur le législateur. Malgré une pénurie de moyens, ils ont réussi à organiser des procédures collectives de nature parajudiciaire destinées à traiter la situation des débiteurs infortunés (A) ; or, si « la parole explique, l'action convainc »²²⁸⁹ : peu à peu, ces exemples de véritable civisme social semblent progressivement sensibiliser les autorités gouvernementales. On peut ainsi espérer qu'ils aboutissent, à terme, à susciter la bienveillance du législateur (B).

A) L'exemple du juge

719. La confrontation quotidienne avec des situations désespérées d'emprunteurs cherchant l'aide de la justice a permis à certains magistrats de l'état de Rio Grande do Sul de constater la réalité du problème du surendettement dans sa dimension collective. Cette prise de conscience a renforcé chez eux un important sens d'initiative, les conduisant à imaginer des mécanismes parajudiciaires de traitement de ces situations. Enrôlés ensuite dans l'univers académique²²⁹⁰, ils ont acquis les outils intellectuels nécessaires à leur mise en œuvre pratique. C'est ainsi qu'a été créé le « Projet-pilote de traitement des situations de surendettement des

²²⁸⁷ On ne saurait aussi oublier les mesures prises à l'égard des opérations de crédit immobilier relevant du secteur réglementé (SFH), lors de l'adoption de différents « planos econômicos » formulés par le gouvernement dans les années 1980. La politique de restrictions salariales menée sous prétexte de combattre l'inflation a eu des effets catastrophiques sur l'économie des contrats respectifs. Face à l'engorgement produit par des clauses contractuelles d'indexation des paiements, les emprunteurs (« mutuários ») dont le niveau du salaire a été figé ont vu leur capacité de remboursement s'obérer rapidement. Leurs dettes sont devenues insurmontables et de nombreux emprunteurs surendettés ont perdu à la fois les paiements réalisés et le logement hypothéqué. V. TESSLER, Marga Inge Barth. « Administração da Justice : inovações – O projeto conciliação no SFH do TRF 4ª Região », in « Direitos do consumidor endividado – Superendividamento e crédito », *op. cit.*, p. 382, qui affirme que parfois l'emprunteur perdait son logement alors qu'il avait réalisé des paiements pendant plus de vingt ans. À plusieurs reprises, des décrets ont été adoptés dans le but d'alléger le poids des clauses de réajustement des paiements. Un fonds de garantie à capital majoritairement public – alimenté par des cotisations réalisées par les nouveaux emprunteurs intégrant le système – a aussi été créé par le gouvernement, visant à assurer le remboursement total de la dette du « mutuário », laquelle demeurerait, en fin de contrat, parfois d'un montant encore plus élevé que celui de l'immeuble financé (v. TESSLER, Marga Inge Barth. « Administração da Justice : inovações – O projeto conciliação no SFH do TRF 4ª Região », *op. cit.*, p. 374). Toujours est-il que ces mesures de grâce n'ont produit qu'un effet ponctuel et restreint à certains contrats.

²²⁸⁸ V., en dernier lieu, MARQUES, Cláudia Lima et BENJAMIN, Antônio. « Consumer Overindebtedness in Brazil and the Need for New Consumer Bankruptcy Legislation », in « Consumer Credit, Debt and Bankruptcy », NIEMI, Johanna, RAMSAY, Iain et WHITFORD, William C. (dir.), Hart Publishing, 2010, p. 55.

²²⁸⁹ Dictionnaire populaire brésilien : « se a palavra convence, o exemplo arrasta ».

²²⁹⁰ Les magistrats affirment avoir participé au groupe de recherche sur le surendettement formé en mars 2004 et dirigé par Mme. le professeur Cláudia Lima Marques, au sein du Programme de post-grade en droit de l'Universidade Federal do Rio Grande do Sul : v. LIMA, Clarissa Costa de et BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. « Superendividamento aplicado – Aspectos doutrinários e experiência no Poder Judiciário », Rio de Janeiro : GZ, 2010, p. 5 ; v. aussi MARQUES, Cláudia Lima et CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. *Op. cit.*, p. 15.

consommateurs »²²⁹¹. En l'absence de législation spécifique, ce projet demeure cependant une procédure parajudiciaire amiable de solution collective de litiges. Il est né de l'initiative isolée de certains magistrats décidés à consacrer leur temps disponible à la réalisation d'un idéal de justice sociale. Ici, on perçoit de manière particulièrement spectaculaire l'éclat de la comparaison juridique en tant que méthode d'interprétation et d'application des règles de droit : très largement inspirée du système légal français de traitement des situations de surendettement, la procédure alors mise en place pourrait se représenter à l'image d'une « greffe juridique »²²⁹².

720. Le « Projeto-Piloto de tratamento das situações de superendividamento do consumidor » – Les similarités avec le système français apparaissent, tout d'abord, à l'égard de son champ d'application : seules sont concernées les personnes physiques de bonne foi ayant contracté des dettes non professionnelles. Sont ensuite exclues les dettes alimentaires et fiscales, ainsi que celles résultant d'une condamnation en dommages-intérêts pour acte illicite civil ou pénal. À la différence du système français, cependant, les dettes résultant d'opérations de crédit immobilier sont exclues, pour des raisons liées à la « complexité de ce type d'opérations »²²⁹³.

721. Le fondement théorique du mécanisme parajudiciaire de traitement – Même si le concept de surendettement est assimilé de manière peu précise à l'idée d'insolvabilité, la notion française est souvent évoquée dans les ouvrages destinés à présenter le projet en question²²⁹⁴. Plus important semble, pour les promoteurs de celui-ci, le fondement théorique sur lequel ils font reposer la possibilité pour le consommateur en difficulté de régler ses dettes par le bénéfice d'une procédure collective de conciliation : soit un « devoir général de renégociation dans les contrats de longue durée » découlant des principes de la bonne foi et de l'équilibre dans les relations de consommation²²⁹⁵.

722. Le déroulement du processus de traitement – Les similarités avec le mécanisme légal français se produisent ensuite d'un point de vue pratique. Le processus de traitement est déclenché lorsqu'un consommateur surendetté remplit un formulaire mis à sa disposition dans les locaux du tribunal²²⁹⁶. Nul besoin, à cette étape, qu'une action en justice ait été engagée. Un

²²⁹¹ On notera cependant que le « Projet pilote de traitement des situations de surendettement des consommateurs » s'inscrit dans le mouvement plus large, amorcé par le Conseil National de la Justice, visant à développer des procédures de solution extrajudiciaire des litiges, notamment par des mécanismes de conciliation des parties ; v. LIMA, Clarissa Costa de et BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. *Op. cit.*, p. 284.

²²⁹² L'expression est de WATSON, Alan. « Legal transplants : an approach to comparative law », in *Comparative legal traditions in a nutshell*, GLENDON, Mary Ann *et alii.*, St. Paul Minn., West, 1982.

²²⁹³ LIMA, Clarissa Costa de et BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. *Op. cit.*, p. 289.

²²⁹⁴ LIMA, Clarissa Costa de et BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. *Op. cit.*, p. 186 ; LIMA, Clarissa Costa de. « O Mercosul e o desafio do superendividamento », *Rev. dir. consum.* n° 73, janv.-mars 2010, p. 32.

²²⁹⁵ Art. 4°, al. III, du Code du consommateur. V. LIMA, Clarissa Costa de et BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. *Op. cit.*, p. 287, lesquelles citent la doctrine française sur ce sujet (GJIDARA, Sophie. « L'endettement et le droit privé », *LGDJ*, 1999, p. 396). Dans le même sens, v. MARQUES, Cláudia Lima. « Contratos no Código de Defesa do consumidor », *op. cit.*, 245.

²²⁹⁶ Des formulaires sont également distribués dans les « bureaux-modèle » d'assistance judiciaire fonctionnant au sein des Facultés de droit des universités partenaires ; v. LIMA, Clarissa Costa de et BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. *Op. cit.*, p. 285.

entretien individuel entre le consommateur et une personne du greffe de la juridiction permet au premier de s'assurer d'un certain respect de sa vie privée lors de la description de sa situation personnelle et patrimoniale²²⁹⁷. Celui-ci est exonéré des frais de justice car il est présumé en état de nécessité²²⁹⁸. Une audience est dès lors fixée dans un délai maximal de trente jours²²⁹⁹, à laquelle le juge invitera les créanciers indiqués par le débiteur, de préférence par moyens électroniques²³⁰⁰.

723. Les aspects pédagogiques – Un aspect essentiel de cette initiative est, selon ses promoteurs, l'adoption d'une démarche pédagogique, destinée à l'éducation et à la responsabilisation du consommateur par l'expérience de participation au processus de réorganisation de ses dettes. Il est ainsi mis en contact avec l'ensemble de ses créanciers lors de l'audience de conciliation, sous la présidence de l'un des juges engagés dans le projet²³⁰¹. Celui-ci veille, à la fois, au respect de la dignité du débiteur et à sa prise de conscience quant aux efforts menés par toutes les parties en cause²³⁰². Cette expérience contribuerait également, semble-t-il, à la remise en question de l'idée suivant laquelle le débiteur est seul responsable de son état d'endettement excessif²³⁰³. Dans ce but, s'il ne comparaît pas, la procédure est clôturée et le dossier classé sans suite²³⁰⁴.

724. Les mesures d'allègement – Le juge conduit les négociations destinées à alléger la dette du consommateur et à permettre éventuellement aux créanciers de satisfaire au moins à une partie de leurs prétentions. Les mesures de traitement généralement accordées varient entre un échelonnement des paiements, l'octroi d'un délai de grâce, la réduction des charges (intérêts et frais) et l'effacement partiel ou total de la dette. Dans tous les cas, une attention est particulièrement portée à la garantie d'un minimum vital laissé au débiteur selon ses besoins personnels²³⁰⁵.

725. En cas d'accord, le juge confère force exécutoire au plan arrêté entre les parties. Ce plan prévoit les modalités d'exécution des paiements ainsi que les conséquences de leur inexécution. Dans ce dernier cas, la résolution de l'accord ne semble pas être la conséquence habituellement retenue, la prévision de certaines charges de retard étant alors préférée. Sont

²²⁹⁷ *Idem*, 299. Les auteurs expliquent que lors du dépôt d'un dossier le candidat est averti du fait que l'appréciation de sa bonne foi portera sur la véracité des informations fournies (*idem*, p. 291).

²²⁹⁸ Art. 2^o de la loi n^o 1.060 du 5 févr. 1950.

²²⁹⁹ LIMA, Clarisse Costa de. « O Mercosul e o desafio do superendividamento », *Op. cit.*, p. 41.

²³⁰⁰ LIMA, Clarissa Costa de et BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. *Op. cit.*, 299. Malgré le caractère non obligatoire de cette invitation, le taux de comparution s'élève à 99% (*idem*, p. 300).

²³⁰¹ L'élargissement du projet à d'autres municipalités plus récemment a exigé le remplacement du juge par des agents conciliateurs désignés par celui-ci : v. LIMA, Clarissa Costa de. « O Mercosul e o desafio do superendividamento », *op. cit.*, p. 40.

²³⁰² LIMA, Clarissa Costa de et BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. *Op. cit.*, p. 289.

²³⁰³ *Idem*, p. 300.

²³⁰⁴ LIMA, Clarisse Costa de. « O Mercosul e o desafio do superendividamento », *Op. cit.*, p. 41.

²³⁰⁵ « Nous considérons que le consommateur ne sera raisonnablement en conditions d'honorer l'accord que lorsque lui est réservé un montant suffisant pour le paiement des dépenses courantes du ménage, à l'instar de celles de fourniture d'eau, d'énergie électrique, d'alimentation, d'éducation, de santé, de logement, entre autres indispensables au bien-être et à la dignité du noyau familial » : LIMA, Clarissa Costa de et BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. *Op. cit.*, p. 296-297, où une allusion est faite au dispositif français de 1998 contre les exclusions sociales.

également insérées à l'accord des clauses prévoyant l'exigibilité anticipé de l'ensemble des paiements échelonnés en cas de comportements frauduleux constatés de la part du débiteur. Enfin, une clause y est systématiquement prévue visant à fixer la compétence du juge du lieu du domicile de ce dernier pour la résolution d'éventuels litiges entre les parties²³⁰⁶. En l'absence d'accord, le débiteur est informé sur les possibilités de faire valoir ses droits subjectifs en justice.

726. La réalisation du « Projet-pilote » dans le sud du pays sous l'initiative isolée de certains juges n'a pas bénéficié de financements publics. Elle n'en a été pourtant pas moins aussi efficace que les mécanismes de solution extrajudiciaire de litiges installés dans le reste du pays sous l'initiative du Conseil National de la Justice (CNJ). Alors que le taux des conciliations réussies à l'échelle nationale était en moyenne inférieur à 30%, le taux de réussite du projet s'élevait à 81,5% en six mois de fonctionnement²³⁰⁷. Jusqu'en 2008, près de mille consommateurs établis sur quatre municipalités distinctes avaient fait l'objet des procédures parajudiciaires de traitement des situations de surendettement, le taux de réussite variant autour d'une moyenne de 70%²³⁰⁸. Le projet continue d'inspirer des initiatives similaires dans d'autres états fédéraux ; bien qu'elles demeurent de dimension locale, on ne saurait nier la forte valeur symbolique dont elles sont porteuses pour promouvoir la justice sociale malgré une pénurie de moyens. Elles sont complétées d'ailleurs par d'autres initiatives qui, elles, visent majoritairement les consommateurs surendettés à cause d'opérations de crédit immobilier.

727. L'initiative de la juridiction fédérale – Sur le plan fédéral²³⁰⁹, un autre projet d'optimisation de l'administration judiciaire nommé « PROJECON » a été créé au sein du Tribunal Régional Fédéral de la 4^e région (TRF-4^a) établi à Porto Alegre. Il a consisté en une initiative de certains magistrats des trois états du sud du pays²³¹⁰, avec pour mission d'aboutir à une solution définitive pour des milliers de litiges concernant des prêts immobiliers conclus avec des consommateurs²³¹¹. S'inspirant, encore une fois, ouvertement de la doctrine française, ces magistrats avouent aspirer à modifier progressivement le modèle traditionnel de la magistrature : passant du « juge-arbitre » au « juge-entraîneur », ils admettent prendre, à

²³⁰⁶ *Idem*, p. 298.

²³⁰⁷ *Idem*, p. 300.

²³⁰⁸ *Idem*, p. 315 et 321. Les juridictions concernées étaient celle de Charqueadas, Sapucaia do Sul, Sapiranga et Porto Alegre. Le projet a été postérieurement étendu à celle de Santa Maria. Le projet a obtenu en 2008 la mention d'honneur de l'Institut « Innovare » lié au CNJ.

²³⁰⁹ La compétence juridictionnelle dite « ordinaire » au Brésil se répartit entre, d'une part, les juridictions fédérales (art. 92, al. III, de la Constitution/1988), d'autre part, les juridictions propres aux états fédérés (art. 92, al. VII, CF/88).

²³¹⁰ L'un à Rio Grande do Sul (Porto Alegre), les autres aux états de Santa Catarina (Florianópolis) et Paraná (Maringá) ; v. TESSLER, Marga Inge Barth. « Administração da Justiça : inovações – O projeto conciliação no SFH do TRF 4^a Região », *op. cit.*, p. 375, note 13. L'auteur indique que cette initiative a été exportée à d'autres états du pays (*idem*, p. 380), ayant même incité les banques à rechercher des accords extrajudiciaires avec les débiteurs (*idem*, p. 381, citant la réalisation d'audiences à Goiânia, Recife, João Pessoa, Natal, Salvador, Campinas, Belo Horizonte, Brasília et Manaus).

²³¹¹ Les litiges concernaient majoritairement des crédits relevant du secteur réglementé (SFH), où le prêteur était presque toujours une banque à statut public (la Caixa Econômica Federal – CEF). Dans ces cas, la compétence judiciaire appartient à la justice fédérale (art. 109, al. I, de la Constitution Fédérale de 1988). La CEF figurait comme partie, à cette époque, dans environ 90 000 litiges portés sous l'appréciation de la justice fédérale ; v. TESSLER, Marga Inge Barth, *préc.*, p. 375.

terme, le rôle du « juge-régulateur »²³¹². Sous des mécanismes similaires à ceux décrits ci-dessus, les parties sont invitées à comparaître devant un juge fédéral engagé dans le projet en question, dans le but de conclure un accord sur un plan d'allègement de la dette de l'emprunteur²³¹³. Malgré une pénurie de moyens et de personnel²³¹⁴, les taux de réussite se révèlent assez satisfaisants²³¹⁵. Parfois, la dette de l'emprunteur est réduite de plus de 50% du montant demandé, de manière à ramener le solde du prêt restant dû à la valeur vénale de l'immeuble²³¹⁶.

728. L'éclatement des initiatives ponctuelles de traitement – Ces exemples venant du juge ont été fructueux. Les initiatives pullulent à plusieurs échelons de l'État. Dans l'état de Paraná, par exemple, un projet identique de traitement des situations de surendettement vient d'être installé, en avril 2010, au sein du Tribunal de Justice, en partenariat avec l'École de la magistrature²³¹⁷. À Rio de Janeiro, le Bureau public d'assistance judiciaire (« Defensoria pública ») a créé, dès 2005, une « Commission de défense du consommateur surendetté » à l'intérieur de son département chargé de la défense des consommateurs (NUDECON)²³¹⁸. Cette commission a pour mission de détecter les situations de surendettement des consommateurs qui recherchent une assistance judiciaire²³¹⁹. Une audience est fixée à laquelle sont invités tous les créanciers connus du débiteur afin de concilier les intérêts des parties, sous la présidence d'un « defensor público »²³²⁰. L'accord obtenu est signé par celui-ci, le document y relatif valant titre exécutoire²³²¹.

729. Même si, à l'heure actuelle, cette initiative semble ne présenter que des résultats marginaux par rapport à la demande potentielle existant dans l'état de Rio de Janeiro, ses promoteurs affirment qu'ils ont pour objectif d'« envahir les tribunaux brésiliens, en disséminant des théories juridiques, dans le but de défendre les consommateurs surendettés »²³²². Enfin, à São Paulo une commission est également installée, avec le même objectif de traiter des

²³¹² TESSLER, Marga Inge Barth, préc., p. 383, laquelle cite OST, François. « Jupiter, Hércule, Hermès » in Dictionnaire de la justice, CADIET, Loïc (dir.), PUF, 2004.

²³¹³ On notera ici qu'il s'agit, pour la plupart des dossiers, du traitement d'une seule dette résultant d'une opération de crédit immobilier.

²³¹⁴ Souvent, le magistrat concerné se reportait (« impedimento ») sous l'argument d'être, lui-même, un emprunteur auprès de la Banque partie à la cause ; v. TESSLER, Marga Inge Barth, préc., p. 372.

²³¹⁵ De nov. 2003 à juin 2005, parmi les 969 contrats ayant fait l'objet de tentatives d'accord, 618 ont connu une réussite, soit 63,77% ; v. TESSLER, Marga Inge Barth, préc., p. 376.

²³¹⁶ TESSLER, Marga Inge Barth, préc., p. 381.

²³¹⁷ L'inauguration du Projet-pilote a été largement médiatisée sur internet. Le consommateur a d'ailleurs la possibilité de remplir un formulaire « en ligne », sur le site web du Tribunal : <http://portal.tjpr.jus.br/web/je>

²³¹⁸ « Núcleo de defesa do consumidor da defensoria pública do Estado do Rio de Janeiro ». V. OLIBONI, Marcella L. de C. Pessanha. « O superendividamento do consumidor brasileiro e o papel da defensoria pública : criação da comissão de defesa do consumidor superendividado », in Direitos do consumidor endividado – Superendividamento e crédito, *op. cit.*, p. 352.

²³¹⁹ Aucune notion n'est pourtant précisée pour définir les critères d'admission des consommateurs s'estimant surendettés.

²³²⁰ Ici, la procédure prend une issue distincte : les créanciers présents sont invités à comparaître à une nouvelle audience, cette fois-ci individuelle, à laquelle chacun présentera une proposition d'accord destinée à alléger la dette de l'emprunteur (v. OLIBONI, Marcella L. de C. Pessanha. *Op. cit.*, p. 353). La première audience semble ainsi avoir un aspect purement incitatif pour les créanciers, au vu de la situation patrimoniale détériorée du débiteur surendetté.

²³²¹ Art. 585, al. II, du Code de procédure civile.

²³²² OLIBONI, Marcella L. de C. Pessanha. *Op. cit.*, p. 352.

situations de surendettement, au sein de la Fondation publique de défense des consommateurs (PROCON)²³²³. Toutes ces initiatives s'accompagnent d'un exposé de motifs où, systématiquement, le surendettement des consommateurs par l'excès de crédits est indiqué comme un facteur de motivation de leurs promoteurs.

730. Certes, ces propositions et activités sont révélatrices d'un louable sens de civisme et de solidarité sociale. Elles témoignent également d'un intérêt certain pour la méthode comparative, le système légal français étant sans aucun doute placé au centre de leurs préférences²³²⁴. Elles demeurent toutefois isolées. L'établissement d'un mécanisme légal de traitement des situations de surendettement à l'échelle nationale serait alors une démarche de grande envergure. Elle se heurterait d'ailleurs, notamment, aux intérêts des établissements de crédits, lesquels jouissent d'un grand pouvoir d'influence au sein des rouages politiques. Le succès d'un tel projet auprès des pouvoirs publics sur le plan fédéral semblerait alors dépendre de la réalisation d'études sociologiques approfondies, appuyées sur des fondements théoriques solides. En guise d'évaluation des mécanismes français de traitement du surendettement, on a affirmé que « situer la loi dans son contexte d'application et en examiner les effets sociologiques et économiques est désormais une démarche indispensable pour évaluer la qualité du droit »²³²⁵. Valables à propos du droit positif, ces remarques ne semblent pas moins l'être *de lege ferenda*²³²⁶.

B) Vers l'adoption de mesures législatives

731. Un groupe d'universitaires établi dans le sud du pays a décidé de réaliser, en partenariat avec le Bureau public d'assistance judiciaire, des recherches afin d'identifier les aspects sociologiques liés au phénomène en question²³²⁷. L'objectif avoué était de fournir au Ministre de la Justice des données consistantes destinées à fonder l'élaboration d'une

²³²³ La fondation est subordonnée au Secrétariat de la Justice et de la défense de la citoyenneté de l'état de São Paulo. Elle exerce des fonctions similaires à celle de la DRCCRF, en France.

²³²⁴ COSTA, Geraldo de Faria Martins da. « Superendividamento : a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês », RT, 2002 ; CARPENA, Heloísa et CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. « Proposta para um estudo empírico e perspectiva de regulação », in *Direitos do consumidor endividado – Superendividamento e crédito*, *op. cit.*, p. 330 ; OLIBONI, Marcella. *Op. cit.*, p. 345 ; LIMA, Clarissa Costa de et BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. « Superendividamento aplicado – Aspectos doutrinários e experiência no Poder Judiciário », *op. cit.*, p. 17 ; MARQUES, Cláudia Lima. « Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo : proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul », *op. cit.*, p. 263.

²³²⁵ CANIVET, Guy. Préface à l'ouvrage de VIGNEAU, Vincent et BOURIN, Guillaume-Xavier, « Droit du surendettement des particuliers », *op. cit.*

²³²⁶ V. CARPENA, Heloísa et CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. *Op. cit.*, p. 310, qui parlent du défi relatif à l'efficacité sociale de la norme, suivant un critère de sa légitimité.

²³²⁷ Il s'agit du « groupe de recherche sur le surendettement » formé en mars 2004 et dirigé par Mme. le professeur Cláudia Lima Marques, au sein du Programme de post-grade en droit de l'Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Les points repérés étaient référents à la situation personnelle et familiale du consommateur, à l'ensemble de ses dettes, à sa situation salariale et aux revenus familiaux, au nombre de créanciers, au montant des paiements mensuels, à l'exposition subie à la publicité sur le crédit, à la réception de l'information due, notamment une copie du contrat, aux garanties fournies, à la présentation de documents attestant la capacité de remboursement etc. V. MARQUES, Cláudia Lima. « Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo : proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul », *op. cit.*, p. 302.

proposition de loi en la matière²³²⁸. Effectuées d'abord dans l'état de Rio Grande do Sul, ces recherches ont été ensuite reproduites à Rio de Janeiro²³²⁹. On en conclut, invariablement, à l'insuffisance du droit positif pour remédier aux situations des débiteurs surendettés²³³⁰. Pour ne s'en tenir qu'à l'aspect le plus alarmant alors constaté relatif aux opérations de crédit, on notera le danger tout particulier que semble représenter, surtout pour les personnes âgées et les retraités, le crédit fourni avec remboursements par cession de rémunération (« crédito consignado »)²³³¹.

732. L'avant-projet de loi de prévention et de traitement du surendettement – Ces recherches ont donné lieu à la rédaction d'un avant-projet de loi, soumis récemment, « en célébration des 20 ans de promulgation du Code de défense du consommateur »²³³², aux critiques de la communauté académique. L'inspiration tirée de la législation française ainsi que de la Directive européenne de 2008 sur le crédit à la consommation se fait clairement sentir. Outre un chapitre initial comprenant des principes et des définitions, deux chapitres regroupent les mesures techniques relatives, d'une part, à la prévention, d'autre part, au traitement du surendettement.

733. Le champ d'application – Tout d'abord, sont seuls concernés par l'avant-projet les consommateurs personnes physiques, de bonne foi, qui se trouvent dans l'impossibilité de payer l'ensemble de leurs dettes de consommation échues ou à échoir sans remettre en cause leur propre subsistance ou celle de leurs familles²³³³. Une définition de la bonne foi y est d'ailleurs prévue ; elle se « réfère aux conditions personnelles d'éthique et de conduite générale du consommateur, notamment lors de la conclusion du (des) contrat(s) dont résultent les dettes »²³³⁴. Sont ensuite exclues les situations de surendettement « engendrées par des contrats : a) dont la finalité est le financement de l'acquisition ou du maintien de droits de

²³²⁸ *Idem*, p. 295. Le modèle de recherches empiriques réalisé a été inspiré de celui utilisé au Portugal par le Centre d'études sociales de la Faculté d'économie de l'Université de Coimbra, lequel aurait bénéficié du support d'organismes étrangers, tels que l'INC français, l'Observatoire de l'endettement des ménages, de l'Association française de banques, de l'Observatoire du crédit et de l'endettement belges, de l'Institut für Finanzdienstleistungen allemand (*idem*, p. 297).

²³²⁹ CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. « O perfil do superendividado : referências no Brasil », *op. cit.*, p. 384.

²³³⁰ MARQUES, Cláudia Lima. « Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo : proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul », *op. cit.*, p. 288 ; CARPENA, Heloísa et CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. « Proposta para um estudo empírico e perspectiva de regulação », in *Direitos do consumidor endividado – Superendividamento e crédito*, *op. cit.*, p. 338.

²³³¹ MARQUES, Cláudia Lima. « Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo : proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul », *op. cit.*, p. 304 ; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. « O perfil do superendividado : referências no Brasil », in *Os direitos do consumidor endividado – Superendividamento e crédito*, *op. cit.*, p. 385. De mai 2004 à avril 2006, plus de cinq millions de consommateurs ont eu recours à cette modalité de crédit, le montant total des encours empruntés s'étant élevé à environ cinq milliards d'euros : v. LIMA, Clarissa Costa de et BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. *Op. cit.*, p. 15. Sur cette modalité de crédit au Brésil, v. n° 172 *supra*.

²³³² MARQUES, Cláudia Lima, LIMA, Clarissa Costa de et BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. « Anteprojeto de Lei dispendo sobre a prevenção e o tratamento das situações de superendividamento de consumidores pessoas físicas de boa-fé », *Rev. dir. consum.* n° 73, janv.-mars 2010, p. 345.

²³³³ Art. 5°, a. L'art. 25, § 2° définit l'« impossibilité » sous un critère purement comptable, par rapport à l'insuffisance du patrimoine (biens et revenus actuels et espérés) pour satisfaire l'ensemble des dettes échues et à échoir.

²³³⁴ Cette définition nous paraît trop large. Elle semble contredire la logique de cause à effet relative, précisément, au problème à remédier par le biais d'un traitement juridique, alors même qu'on considère que tout contractant doit se comporter de manière loyale.

propriété sur des biens immeubles, ainsi que ceux garantis par une hypothèque ou par un autre droit sur un bien immeuble ; b) de location de biens meubles de consommation durable qui ne prévoient pas de droit ou d'obligation d'achat du bien loué, soit au contrat, soit à une convention distincte ; c) de crédit résultant d'une transaction judiciaire ; et d) de crédits consentis par un employeur à ses employés et qui ne sont pas proposés au public en général »²³³⁵. Enfin, la notion de « dettes » exclut de son domaine d'application celles de nature alimentaire, fiscale et « exclusivement professionnelle »²³³⁶.

734. La prévention – Les nombreuses dispositions relatives à la prévention du surendettement concernent exclusivement les opérations de crédit. Sur ce point, le droit de l'Union européenne exerce son influence la plus marquée. Une réglementation assez stricte de ce type d'opérations est prévue, comprenant des dispositions relatives : à la publicité sur le crédit²³³⁷, aux devoirs de conseil²³³⁸ et d'évaluation de la capacité de remboursement du consommateur²³³⁹, à l'offre préalable de crédit²³⁴⁰ y compris celle réalisée à distance²³⁴¹, au droit de rétractation²³⁴², à la garantie d'un « minimum vital » dans les opérations de « crédito consignado »²³⁴³, à l'interdépendance entre le contrat de crédit et le contrat financé²³⁴⁴ et, enfin, aux sanctions de l'inexécution par le prêteur de ses obligations, lesquelles peuvent aller, à la discrétion du juge, jusqu'à la suppression de la dette²³⁴⁵.

735. La procédure et les mesures de traitement – En cas de surendettement avéré, la procédure de traitement se déroule exclusivement sous l'égide du « pouvoir judiciaire »²³⁴⁶. En résumé, elle comporte une première phase de conciliation où une négociation a lieu de manière identique au modèle du « Projeto-piloto » décrit ci-dessus. Le dispositif décrivant les mesures que les parties peuvent arrêter²³⁴⁷ comporte une traduction littérale de l'art. L. 331-6, al. 2^e, du Code de la consommation français. L'accord obtenu est toutefois homologué par le juge qui lui confère force exécutoire²³⁴⁸. En cas d'échec de la conciliation, ces mêmes mesures peuvent être imposées par le juge aux créanciers lors d'une phase contentieuse dite de « restructuration du passif » ouverte sous la demande du consommateur²³⁴⁹. Cette phase se destine à faire prononcer un « plan de restructuration », formulé de manière à « rétablir la situation financière

²³³⁵ Art. 3^o.

²³³⁶ Art. 25, § 1^o.

²³³⁷ Art. 9^o. L'art. 10^o interdit d'ailleurs les publicités comportant la mention « crédit gratuit » ou évoquant la célérité dans l'octroi du crédit.

²³³⁸ Art. 12.

²³³⁹ Art. 13.

²³⁴⁰ Art. 15.

²³⁴¹ Art. 15, § 3^o.

²³⁴² Art. 19.

²³⁴³ Art. 18.

²³⁴⁴ Art. 20.

²³⁴⁵ Art. 23, al. V, et paragraphe unique.

²³⁴⁶ Art. 24. L'art. 36 permet au juge de désigner une personne pour conduire la phase de conciliation.

²³⁴⁷ Art. 42.

²³⁴⁸ Art. 47.

²³⁴⁹ Art. 48.

du débiteur »²³⁵⁰, dans un délai maximal de quatre ans²³⁵¹. Pour ce faire, le juge peut prononcer « toutes les mesures indispensables à l'adaptation du passif aux capacités d'exécution » du plan par le débiteur²³⁵², sous réserve du maintien d'un minimum vital et de la sauvegarde des biens insaisissables²³⁵³. Enfin, le plan faisant l'objet du jugement est exécuté individuellement par chaque créancier, suivant les règles en vigueur du Code de procédure civile²³⁵⁴.

736. Au cas où le Pouvoir Exécutif déciderait de soutenir formellement les propositions qu'on vient de décrire, encore faudrait-il que le législateur leur donne son approbation. D'un point de vue politique, par conséquent, l'affaire devra encore compter sur la ténacité de ses coreligionnaires. L'optimisme pourrait en revanche venir des instances supranationales. Le Comité technique n° 7, organe lié à la Commission de commerce du Marché commun du sud (Mercosul) et responsable de la formulation des politiques d'intégration régionale en matière de défense des consommateurs, a réuni les 14 et 15 août 2009 les représentants du Brésil, de l'Argentine et de l'Uruguay afin d'aboutir à une concertation sur les actions à mener en matière de crédit et de surendettement. Cette rencontre a donné lieu à l'adoption de la « Déclaration de Salvador » dans laquelle des considérations de principe ont été arrêtées, d'une part, sur les risques pour le consommateur liés à l'utilisation excessive de crédit et, d'autre part, sur la nécessité d'assurer des politiques communes de protection contre le phénomène du surendettement. On notera cependant que, à l'heure actuelle, les décisions prises au plan supranational n'acquièrent force obligatoire dans les pays membres du Mercosul que si et après que les autorités nationales décident de les ratifier²³⁵⁵.

737. Critique des politiques de protection du consommateur endetté – Dans une vision purement économique, voire manichéenne, on pourrait considérer que l'aide juridique portée aux consommateurs endettés n'est rien d'autre que la contrepartie politique de leur réponse à l'appel des pouvoirs publics, lorsqu'ils ont été sollicités à consommer pour contribuer au développement économique du pays²³⁵⁶. Sur le plan du droit, certains ont d'ailleurs insisté sur l'emprise progressive de l'aspect purement patrimonial sur le caractère personnel des échanges contractuels, avec pour résultat, « l'élimination de la personne dans le contrat, c'est-à-dire la dépersonnalisation de ce dernier »²³⁵⁷. D'autres, plus attachés à la tradition, y ont vu « un vrai séisme » subi par la théorie juridique la plus classique : désormais, « le droit au crédit s'accompagne du droit de ne pas toujours rembourser »²³⁵⁸ et son évolution « apporte une confirmation éclatante que l'endettement peut être traité comme un engagement sans obligation

²³⁵⁰ « ... en lui permettant, tant que possible, de payer ses dettes et en lui garantissant simultanément le bien-être de sa famille et une existence digne ».

²³⁵¹ Art. 55, *caput*.

²³⁵² Art. 55, *caput*.

²³⁵³ Art. 55, § 1^o. Un renvoi est opéré à l'art. 649 du CPC, où sont décrits les biens insaisissables.

²³⁵⁴ Art. 57.

²³⁵⁵ Art. 16 du Traité d'Asunción, du 26 mars 1991 et chapitre IV du Protocole d'Ouro Preto, du 17 déc. 1994.

²³⁵⁶ GJIDARA, Sophie. *Op. cit.*, n° 175, p. 143.

²³⁵⁷ LAVEFVE LABORDERIE, Anne-Sophie. *Op. cit.*, n° 406, p. 228, citant TERRÉ, François. « Le contrat à la fin du XX^e siècle », *Revue des sciences morales et politiques*, 1995, p. 309 ; OPPETIT, Bruno. *Op. cit.*, p. 308.

²³⁵⁸ *Idem*, *ib idem*.

ni sanction »²³⁵⁹. Enfin, de manière provocatrice, une partie de la doctrine française a affirmé l'existence d'un véritable « droit de ne pas payer ses dettes »²³⁶⁰.

738. Pourtant, on s'empresse de constater que, malgré tout « la machine tourne ! »²³⁶¹ Le crédit aux consommateurs continue d'être abondant sans qu'aucun miracle ne s'opère ; le constat paraît simple : les bons payeurs paient pour les mauvais... « Hors de toute contrainte légale ou réglementaire, la solidarité des débiteurs s'est inscrite dans les faits »²³⁶².

739. Cette vision des choses doit sans doute conforter certains esprits. La réalité démontre cependant que les bienfaits d'une prétendue « démoralisation » de l'endettement apparaissent illusoire. La capacité de l'économie de gérer la crise, de compenser les pertes par l'effet d'une socialisation des risques où l'élément confiance est inexistant, démontre ses limites. L'échec d'une telle politique financière se présente actuellement de la manière la plus spectaculaire. « L'humanité, tout d'abord, se soumet, tant bien que mal [...] à ces meneurs de jeu qui président à la *direction économique*. Nous avons dit le caractère relatif et limité de leur efficacité, mais ils n'en sont pas moins à la tâche, pour montrer la macroéconomie qui synthétisera les contrats du pays et du monde. [...] Nous leur avons, d'ailleurs, reproché dans leurs calculs, de ne pas suffisamment sentir qu'ils travaillent ainsi une matière première juridique, dont ils risquent, s'ils n'appellent pas la participation des juristes, de méconnaître les propres nécessités humaines et techniques »²³⁶³.

740. Sur le plan juridique, il semble que l'accent mis en doctrine sur l'aspect personnel ou moral qui doit figurer en arrière plan dans toute relation de crédit, n'ait pas été suffisamment ancré dans les esprits. Si, d'une part, on adhère volontiers au courant qui prône l'application d'une justice distributive à l'organisation juridique de l'endettement²³⁶⁴, en revanche, cette modalité de la justice contractuelle doit être pratiquée avec une grande prudence par le législateur et surtout par le juge – acteur principal de l'aide juridique apportée au consommateur endetté²³⁶⁵ – car les retombées d'une telle politique judiciaire entraînent des conséquences

²³⁵⁹ OPPETIT, Bruno. *Op. cit.*, p. 305.

²³⁶⁰ C'est l'intitulé d'un article publié en 1936 par RIPERT, Georges (Dalloz 1936, chr. p. 57) et repris par nombre d'auteurs. V. PUTMAN, Emmanuel. « Retour sur le droit de ne pas payer ses dettes », *Revue de recherche juridique* 1994, n° 4, p. 110 : « le droit actuel de ne pas payer ses dettes témoigne de la 'commercialisation du droit civil' : ont traité le consommateur de crédit en difficulté à la manière d'une entreprise en difficulté » ; ANCEL, Pascal. « Droit au recouvrement de sa créance ou droit de ne pas payer ses dettes ? », *Revue droit et patrimoine* 1998, n° 60, p. 88. V. aussi OPPETIT, Bruno. *Op. cit.*, p. 299 ; GJIDARA, Sophie. *Op. cit.*, n° 46, p. 37.

²³⁶¹ DERRUPÉ, Jean. *Op. cit.*, p. 24.

²³⁶² *Idem*, p. 34 : « Là encore, à travers, l'assureur, c'est la collectivité des débiteurs qui prend en charge l'endettement. La solidarité imposée aux débiteurs devient un moyen de gestion collective du surendettement ».

²³⁶³ SAVATIER, René. « Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui », *op. cit.*, n° 52, p. 61.

²³⁶⁴ MAZEAUD, Denis. « L'endettement des particuliers – Rapport français », *op. cit.*, p. 142 ; CHABAS, Cécile. « L'inexécution licite du contrat », *LGDJ*, 2002, n° 474, p. 438. Comp. GHESTIN, Jacques. « L'utile et le juste dans les contrats », *op. cit.*, p. 5, lequel considère que c'est la justice commutative qui doit être favorisée en matière contractuelle.

²³⁶⁵ Dans le même sens, v. MAZEAUD, Denis. « Le juge et le contrat – Variations optimistes sur un couple 'illégitime' », *op. cit.*, n° 6, p. 239.

inévitables pour la collectivité. À plus ou moins long terme, la cohésion sociale semble dépendre de l'adoption d'une telle prudence²³⁶⁶.

741. En pratique, le consommateur individuel ne se rend pas compte des enjeux collectifs liés à ses engagements. À l'échelle individuelle des obligations qu'il a promises à son créancier, tout d'abord, une vision purement patrimoniale du contrat aurait des effets nuisibles à l'économie et au lien social si elle en venait à contaminer la manière dont il perçoit ses engagements : « pourquoi adopterais-je un comportement responsable si je sais que le coût économique de cette irresponsabilité est dilué, réparti entre tous ? Que peut devenir mon sens de la responsabilité lorsqu'autrui tenu pour irresponsable malgré sa faute en transfère les conséquences économiques sur les irresponsables ? Il est évident qu'alors, comme le note le Doyen Savatier, 'la responsabilité civile tourne le dos à la responsabilité morale, sociale et économique'. »²³⁶⁷ La conséquence en est, d'un point de vue théorique, que si l'on admet avec légèreté que celui-ci n'est plus tenu de rembourser le capital emprunté, toute l'étude de la protection du consommateur lors de l'octroi du crédit perd son sens : aucune raison ne semblerait subsister pour protéger son consentement si, quoi qu'il arrive, il pouvait ne pas rembourser le crédit obtenu²³⁶⁸.

742. Derrière le contrat, il existe un consommateur, dont l'humanité se doit, certes, d'être soulignée et dont les intérêts personnels méritent d'être pris en compte par le droit. Cependant, un « devoir de payer ses dettes » n'en mérite pas moins d'être affirmé à l'égard du consommateur de crédit. On adhérera ainsi à l'opinion d'un auteur résumée en les termes suivants : « lorsque l'engagement a été assumé librement, l'obligation de l'exécuter est ressentie par le débiteur comme un devoir de conscience, qui justifie à ses yeux la force obligatoire du contrat et renforce la contrainte étatique. La liberté de l'engagement, et la responsabilité qui en est le complément moral et psychologique, est ainsi un facteur de son exécution effective »²³⁶⁹. Dès lors, c'est sous réserve de ces pondérations qu'on considérera que les mesures juridiques destinées à alléger la dette d'un consommateur en difficulté ainsi que celles permettant de traiter les situations les plus désespérées, apparaissent non seulement légitimes mais aussi nécessaires.

743. Toujours est-il que les mesures prises en faveur du consommateur de crédit, touchant ses engagements au fond, ne seraient qu'un vœu pieu si les moyens de les faire valoir

²³⁶⁶ « Nous dirons le double péril auquel peut conduire cette réfection des contrats. Destruction de la sécurité du bénéficiaire de l'engagement, destruction du sens de la responsabilité humaine, chez l'auteur de l'engagement dénaturé... » : SAVATIER, René. « Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui », *op. cit.*, n° 78, p. 92.

²³⁶⁷ CHAINEAU, André. *Op. cit.*, p. 12.

²³⁶⁸ V. DERRUPÉ, Jean. *Op. cit.*, p. 39 : « les aventuriers, les flambeurs, les insoucians ou les insatiables verront les choses en rose et s'endetteront allègrement [...] L'endettement est une aubaine car transposant le dicton célèbre 'qui paie ses dettes s'enrichit', on peut dire 'qui s'endette s'enrichit'. Plus on s'endette, plus on s'enrichit. Peu importe que les richesses procurées par l'endettement soient judicieusement utilisées ou gaspillées, qu'elles soient consommées ou accumulées, de toute façon on sera riche ou l'on aura été riche ! »

²³⁶⁹ GHESTIN, Jacques. « L'utile et le juste dans les contrats », *Dalloz* 1982, chr. p. 1.

ne lui étaient pas facilités : « l'œuvre est belle mais inutile »²³⁷⁰. Livré à lui seul pour la défense de ses intérêts, le consommateur est confronté à des obstacles de différente nature qui l'empêchent pratiquement d'exercer ses droits en justice. Il finit par adopter une attitude de résignation. Dès lors, la politique de défense du consommateur s'inscrit dans une politique plus large de facilitation de l'accès à la justice. Les différents mécanismes de solution des litiges mis en place, dans le but de pallier les difficultés de remboursement, viennent alors compléter la protection du consommateur de crédit établie par des lois spéciales.

²³⁷⁰ BOURGOIGNIE, Thierry. « L'accès des consommateurs au droit et à la justice: les défis du marché unique », REDC n° 3, 1992, p. 120.

Chapitre II – La mise en œuvre des droits accordés au consommateur endetté

744. Un droit qui se veut suffisamment protecteur ne peut pas se contenter de l'efficacité purement formelle de la règle juridique. Dans la vie réelle des relations de consommation, de multiples facteurs conduisent les parties à l'inertie, en dépit de la norme de droit. Pour le professionnel, souvent la solution que celle-ci contient ne représente qu'un simple coût supplémentaire : surtout en période de dépénalisation du droit de la consommation²³⁷¹, il respectera d'autant moins volontairement la règle de protection que sa transgression s'avère une affaire avantageuse. Quant au consommateur, les obstacles qui l'empêchent de se prévaloir de ses droits sont bien connus : le défaut d'information quant à l'existence même de ceux-ci²³⁷², la complexité du langage juridique, le comportement formel des acteurs du droit, la lenteur et la bureaucratie de l'appareil judiciaire et, surtout, l'enjeu souvent faible du litige par rapport aux coûts de l'exercice de ses droits, sans oublier les barrières psychologiques et culturelles, entre autres²³⁷³.

745. L'ensemble de ces facteurs, à tendance universelle dans les sociétés de consommation²³⁷⁴, conduit à une nette contradiction entre les conceptions de la justice civile et de la justice sociale²³⁷⁵. L'efficacité sociale du droit de la consommation, comme d'ailleurs dans les autres domaines²³⁷⁶, dépend de ce que ses règles substantielles ont des chances réelles de recevoir une mise en œuvre pratique. Ces chances sont pourtant amoindries dans le modèle fortement marqué par la philosophie individualiste qui caractérisait encore le droit judiciaire des sociétés occidentales après la seconde grande guerre. Dénonçant les défaillances du système, un mouvement d'ampleur mondiale, qui ne va pas sans évoquer un certain militantisme juridico-

²³⁷¹ V. CALAIS-AULOY, Jean. « Les actions en justice des associations de consommateurs », D. 1988, chr. 29, p. 196.

²³⁷² CARBONNIER, Jean. « Droit et passion du droit sous la V^e République », Flammarion, 1996, p. 95 : « la communication prolonge le droit de la manière la plus simple lorsqu'elle se limite à en transmettre le contenu, en l'expliquant à ceux qui l'ignoraient ou ne pouvait le comprendre ».

²³⁷³ Pour une large description, v. BOURGOIGNIE, Thierry. « Éléments pour une théorie du droit de la consommation », *Story-Scientia*, 1988, n° 37, p. 85 et s. ; PAISANT, Gilles. « Libres propos sur les modes alternatifs de règlement des litiges de la consommation – Variations sur *de minimis...* », in *Liber amicorum CALAIS-AULOY*, Jean, *op. cit.*, n° 2, p. 767.

²³⁷⁴ V. BOURGOIGNIE, Thierry. « Éléments pour une théorie du droit de la consommation », *op. cit.*, n° 37, p. 89, note 89, qui présente plusieurs exemples constatés dans des pays asiatiques et en Amérique latine ainsi que dans les pays riches ; v. aussi BENJAMIN, Antônio Herman V. « Consumer protection in less-developed countries : the Latin American experience », in « Consumer law in global economy », RAMSAY, Iain (dir.), Ashgate, 1997, p. 70.

²³⁷⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. « Introdução à sociologia da administração da justiça », *Rev. crítica de ciências sociais*, n° 21, nov. 1986, p. 22.

²³⁷⁶ Dressant un constat d'échec de l'État-providence dans la concrétisation des conquêtes réalisées en matière de droits sociaux, v. SANTOS, Boaventura de Sousa, préc., p. 17 ; BENJAMIN, Antônio Herman. « A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico : apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor », in « Ação Civil Pública », MILARÉ, Édis (dir.), RT, 1995, p. 70 et s.

social²³⁷⁷, propose alors de multiples mesures destinées à promouvoir l'accès des citoyens au droit et à la justice²³⁷⁸.

746. D'une manière générale, l'amélioration de l'accès des consommateurs au droit impliquerait plusieurs choses : une plus large diffusion de l'information concernant leurs droits, en aval de la promotion de politiques d'éducation leur apprenant des « comportements citoyens » dans les relations de consommation ; la mise en place de programmes de formation des acteurs privilégiés, tels que les avocats, les membres de l'administration etc. ; l'aménagement des structures et des procédures de règlement des litiges, calquées désormais sur le concept plus large d'« aide juridique »²³⁷⁹ ; l'amélioration du système de sanctions des violations des règles de protection, avec une intervention plus importante des organismes de contrôle au nom de l'efficacité sociale du droit ; l'allègement du fardeau de la preuve ainsi que le renversement de sa charge au procès ; l'adoption de modes collectifs de règlement des litiges ; enfin, l'incitation des consommateurs à la mobilisation, de manière à ce qu'ils exercent leur rôle d'agents économiques au sein du marché, entre autres²³⁸⁰.

747. Les mesures qu'on vient de décrire se destinent, certes, à renforcer la position du consommateur individuel lors d'un conflit d'intérêts avec le fournisseur de crédit. Ce sont cependant les mesures destinées spécifiquement à la défense collective des intérêts des consommateurs qui réalisent le mieux l'objectif de promotion de l'efficacité sociale du droit de la consommation. Dans les opérations de crédit, l'aide portée au consommateur endetté s'oriente ainsi dans cette double perspective de facilitation de son accès au droit : d'une part, il est incité à réagir contre la violation de ses prérogatives juridiques individuelles (section I), d'autre part, ce sont ses intérêts collectifs qui reçoivent du législateur une protection spéciale (section II).

Section 1 – L'exercice des droits individuels du consommateur de crédit

748. Lors d'un conflit entre les intérêts du consommateur et ceux du fournisseur de crédit, il serait idéal que les parties, dans le strict respect des règles juridiques qui régissent leur

²³⁷⁷ « Les organisations de défense de consommateurs devraient s'interroger sur l'utilité de mettre en place un programme plus militant, comprenant des actions spectaculaires destinées à frapper l'opinion publique telles que celles menées par Greenpeace. [...] Ce mode d'action n'en est pas moins respectable et souhaitable dans une stratégie globale visant à la mobilisation du citoyen » : BOURGOIGNIE, Thierry. « L'accès des consommateurs au droit et à la justice: les défis du marché unique », *op. cit.*, p. 124.

²³⁷⁸ CAPPELLETTI, Mauro et GARTH, B. « Access to justice : the worldwide mouvement to make rights effective. A general report », v. 1, livre 1, p. 21. V. aussi la vaste bibliographie indiquée par BOURGOIGNIE, Thierry. « Éléments pour une théorie du droit de la consommation », *op. cit.*, n° 37, p. 85, note 77.

²³⁷⁹ « Le concept de l'aide juridique au consommateur désigne les diverses manifestations juridiques de la politique économique et sociale visant à promouvoir les intérêts des consommateurs au sein du système économique. Il réunit l'ensemble des initiatives juridiques, quels qu'en soient les auteurs et les formes, dont le but commun est d'aider les consommateurs à percevoir, à exprimer, à faire valoir et à mettre en œuvre les droits qui leur sont reconnus au sein du système socio-économique » : BOURGOIGNIE, Thierry. « Éléments pour une théorie du droit de la consommation », *op. cit.*, n° 63, p. 146 ; v. aussi CARBONNIER, Jean. « Droit et passion du droit sous la V^e République », *op. cit.*, p. 96 : « 'aide', le mot suggère quelque chose de plus que la transmission d'un savoir : une action, une coopération, au moins tenir l'échelle au pied de la muraille ».

²³⁸⁰ BOURGOIGNIE, Thierry. « L'accès des consommateurs au droit et à la justice: les défis du marché unique », *op. cit.*, p. 123.

relation, trouvent une solution d'un commun accord. Faute d'accord possible, cependant, elles n'ont d'autre choix que de soumettre leur litige à l'appréciation d'un tiers. Dans un État de droit, celui-ci doit revêtir les qualités d'impartialité et d'indépendance. Il doit aussi conduire équitablement le processus de résolution des litiges qui lui sont soumis. En matière de consommation, encore faut-il que ce tiers soit facilement accessible et que certaines techniques procédurales soient adoptées, dans le but de rééquilibrer les chances qu'a chacune des parties d'obtenir la satisfaction de ses prétentions. Dès lors, l'exercice efficace par le consommateur de ses droits individuels exige, d'une part, un aménagement des organes chargés de la résolution des litiges (§ 1^{er}), d'autre part, l'adoption de certaines techniques dans le but de rééquilibrer les positions des parties en conflit (§ 2nd).

§ 1^{er} – La restructuration des organes chargés de la résolution des litiges

749. Malgré la spécificité des relations de consommation, il n'existe, ni en France ni au Brésil, des juridictions désignées exclusivement pour la résolution des litiges de la consommation²³⁸¹. L'enjeu souvent faible des litiges de ce type ainsi que leur multiplication croissante ont toutefois amené le législateur à concevoir des organes mieux adaptés pour leur résolution. Les procédures engagées devant ceux-ci sont censées inspirées par des impératifs de simplicité et de célérité (A). Bien que le droit d'accès à la justice demeure un droit fondamental²³⁸², devant la massification des conflits et l'encombrement des tribunaux, la démarche des pouvoirs publics a dû toutefois se modifier. Dès lors, les parties sont incitées à faire preuve de coopération, à cultiver un esprit de composition. La résolution des litiges aura ainsi lieu par des moyens dits alternatifs (B).

A) L'accès du consommateur de crédit à des organes juridictionnels adaptés

750. Il sera d'autant plus enclin à chercher l'aide d'un tiers pour régler ses différends qu'il le trouvera d'un accès facile, d'un accueil réceptif et proposant gratuitement un service de qualité. Ce « tiers idéal », proche du consommateur, serait alors le juge naturel des affaires de la consommation. Bien que ce tableau laisse transparaître un certain angélisme, les pouvoirs publics s'efforcent d'assurer au consommateur un service judiciaire se rapprochant des qualités évoquées (1). On sait cependant que le consommateur peut être amené à s'engager avec des

²³⁸¹ À l'échelle locale, cependant, un certain pouvoir est laissé aux autorités judiciaires pour leur organisation interne, ce qui n'exclurait pas par principe la désignation de formations spécifiquement destinées, par exemple, à l'appréciation d'opérations de crédit. Au Brésil la Constitution de 1988 (art. 125, § 1^o) permet aux États fédérés, sous l'initiative des tribunaux de justice respectifs, d'éditer des lois propres d'organisation judiciaire. Celles-ci peuvent alors accorder auxdits tribunaux le pouvoir de créer, dans les limites des règles légales et constitutionnelles applicables, des juridictions (« varas ») spécialisées en fonction de la « valeur et de la matière » (art. 91 du CPC) suivant les besoins locaux. En France, il semble que dans les grands tribunaux d'instance, les affaires sont réparties entre les juges en fonction d'une certaine spécialisation : v. PERROT, Roger. « Institutions judiciaires », 13^e éd, Montchrestien, 2008, n° 114, p. 105.

²³⁸² Art. 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ; arts. 67, al. 4 et 81, al. 2, e, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ; art. 5^o, al. XXXIV, de la Constitution Fédérale brésilienne de 1988.

fournisseurs de crédit domiciliés à l'étranger. Celui-ci ne manquera pas d'insérer au contrat qu'il fait signer au premier une clause d'attribution de compétence juridictionnelle, en cas de litige. Or, peu enclin à agir près de chez lui, le consommateur sera *a fortiori* découragé de soumettre ses prétentions à des juridictions lointaines. Il serait alors souhaitable que des règles de protection prennent en compte cette réalité (2).

1) Le juge « naturel » des opérations de crédit à la consommation

751. Les juridictions organisées dans l'objectif de faciliter l'accès des consommateurs à la justice relèvent, tant au Brésil (a) qu'en France (b), d'un système qu'on a parfois l'habitude de nommer « justice des petites affaires »²³⁸³.

a) Le « *juizado especial cível* »

752. Au Brésil, le rapprochement entre la justice et le citoyen s'opère, depuis la promulgation de la Constitution Fédérale de 1988, par la création de certaines juridictions spéciales. Elles disposent d'une compétence matérielle attribuée par la loi n° 9.099 du 26 septembre 1995. Il s'agit pourtant d'une compétence concurrente. Le consommateur conserve ainsi le choix entre saisir une juridiction de droit commun (« *justiça comum* ») – quel que soit d'ailleurs le niveau fédératif du juge compétent pour trancher le litige²³⁸⁴ – ou un « *juizado especial cível* ». Ce dernier a pourtant été conçu par la loi de 1995 comme le juge « naturel » des affaires de consommation. Dans les opérations de crédit, cette procédure spéciale est réservée à l'initiative du seul consommateur personne physique²³⁸⁵. La juridiction est normalement exercée par un juge professionnel (« *juiz togado* »²³⁸⁶). La loi prévoit cependant que la procédure puisse être présidée par un juge non professionnel (« *juiz leigo* »), lequel doit être un « avocat comptant plus de cinq ans d'expérience »²³⁸⁷. Dans ce cas, sa décision doit être soumise au juge professionnel qui peut, soit l'homologuer, soit rendre une autre

²³⁸³ C'était la désignation officielle des « *juizados de pequenas causas* » institués au Brésil par la loi n° 7.244 du 7 nov. 1984. Elle peut revêtir cependant un certain aspect péjoratif, comme si les litiges concernés étaient dénués d'importance ; mais un litige « n'est jamais petit pour celui qui se sent victime d'une injustice » (CALAIS-AULOY, Jean et STEINMETZ, Frank. *Op. cit.*, n° 489, p. 571 ; PAISANT, Gilles. « Libres propos sur les modes alternatifs de règlement des litiges de la consommation – Variations sur *de minimis...* », *op. cit.*, n° 2, p. 768). La loi n° 9.099 du 26 sept. 1995 l'a enfin remplacée par celle de « juridictions spéciales civiles ». Sur les « petites affaires civiles » en France, v. PERROT, Roger. *Op. cit.*, n° 107, p. 101 ; CADIET, Loïc. « Droit judiciaire privé », 2^e éd., Litec, 1998, n° 197, p. 98.

²³⁸⁴ Soit la justice d'un État fédéré (« *justiça estadual* ») ou la justice fédérale.

²³⁸⁵ Art. 8^o, § 1^o, al. I. Depuis les modifications apportées par la loi n° 12.126 du 2009, peuvent aussi bénéficier de ces procédures les « microentreprises » définies à la loi n° 9.841 du 5 oct. 1999, les « organisations d'intérêt public de la société civile » définies à la loi n° 9.790 du 23 mars 1999 et les sociétés de crédit au « microentrepreneur » aux termes de l'art. 1^o de la loi n° 10.194 du 14 févr. 2001 (art. 8^o, § 1^o, als. II à IV).

²³⁸⁶ La « *toga* » est la robe du juge.

²³⁸⁷ Art. 7^o. Il peut concilier les parties, réaliser l'instruction du dossier et, enfin, soumettre sa décision à l'homologation du juge professionnel (art. 40). Tous les États de la Fédération n'ont pas créé la fonction de « *juiz leigo* ». Contrairement à ce qui avait été souhaité par les auteurs du projet dont résulte la loi (PL n° 3.698 du 12 sept. 1989, du Député Nelson Jobim, DOCN du 10 juill. 1990, sec. I, p. 8437), dans les États où elle a été créée, la pratique judiciaire quotidienne laisse parfois soulever des doutes quant à la capacité de ce type de « juges » d'assurer un service judiciaire du même niveau qu'on peut attendre d'un magistrat professionnel.

décision²³⁸⁸. En matière civile relevant de la compétence de la justice fédérale, une loi de 2001²³⁸⁹ a créé les « juizados especiales federales » pour trancher les litiges où une personne morale de droit public figure en tant que défenderesse²³⁹⁰. À ce titre, sont concernées, notamment, les entreprises publiques fédérales²³⁹¹. La Caisse Économique Fédérale (CEF), responsable de la plupart du crédit immobilier relevant du secteur réglementé distribué dans le pays, est ainsi concernée au premier rang.

753. Les attributions juridictionnelles du « juzgado especial cível » – Le juge est tenu, à la même et *a priori* seule audience²³⁹², de tenter de concilier les parties, de procéder éventuellement aux mesures d’instruction et de trancher le litige. Il est aussi chargé d’ordonner les mesures d’exécution de ses propres décisions²³⁹³. Il doit conduire la procédure en privilégiant l’oralité, la simplicité, l’informalité, l’économie procédurale et la célérité des actes²³⁹⁴. Supposé être un juge plus proche du consommateur, il doit juger la demande irrecevable si celui-ci ne comparaît pas personnellement à l’audience²³⁹⁵. Les services qu’il propose sont gratuits²³⁹⁶ et son assise dispense *a priori* le consommateur de se faire représenter par un avocat²³⁹⁷. Ces bénéfices impliquent cependant une contrepartie importante. Le juge ne peut statuer que sur les « causes d’une complexité mineure »²³⁹⁸, étant ainsi entendues celles dont l’objet n’excède pas un montant équivalent à quarante fois le salaire minimum²³⁹⁹. Au cas où le consommateur déciderait d’engager la procédure pour un litige concernant un montant plus élevé, il doit être informé du fait qu’il « renonce au montant de la créance excédant cette

²³⁸⁸ Art. 40. Le « juiz togado » peut encore rouvrir l’instruction pour obtenir des preuves qu’il estime indispensables.

²³⁸⁹ Loi n° 10.259 du 12 juill. 2001 instituant les « juizados especiales » civiles et pénaux relevant de la compétence de la justice fédérale.

²³⁹⁰ Art. 6°, al. II.

²³⁹¹ L’art. 173, *caput*, de la Const. 1988 prévoit que la création de telles entreprises n’est permise que pour la sauvegarde de la sécurité nationale ou d’un intérêt collectif important.

²³⁹² Sauf s’il en résulte un préjudice pour le défendeur (art. 27, *caput*). Dans ce cas, à l’issue de la tentative de conciliation infructueuse les parties sont convoquées à comparaître dans le délai de quinze jours à une nouvelle audience « d’instruction et de jugement » (art. 27, paragraphe unique). En revanche, si les parties se présentent ensemble spontanément au « juzgado », l’audience peut avoir lieu immédiatement (art. 17). En pratique, cependant, une dissociation temporelle entre la phase de conciliation et celle de jugement se remarque de plus en plus dans l’organisation de ces juridictions. Il en résulte que rarement le jugement a lieu immédiatement après la tentative – échouée – de conciliation des parties.

²³⁹³ Art. 1°.

²³⁹⁴ Art. 2°.

²³⁹⁵ Art. 51, al. I. Cette exigence n’existe cependant pas pour les juridictions spéciales fédérales, les parties pouvant dans ce cas être représentées, sous mandat donné par écrit, par une autre personne qui n’a pas forcément la qualité d’avocat (art. 10 de la loi n° 10.259/2001).

²³⁹⁶ Art. 55.

²³⁹⁷ Sauf si soit l’objet de la demande dépasse l’équivalent à vingt fois le montant du salaire minimum (art. 9°), soit le juge estime convenable qu’il soit assisté par un avocat (art. 9°, § 1°). Dans ce cas, il a avocat ad hoc lui est proposé

²³⁹⁸ Art. 3°, *caput*. Cette précision n’existe pourtant pas dans la loi sur les juridictions spéciales fédérales. On peut se demander si elle est tout de même applicable aux procédures relevant de la compétence de ces dernières, alors que la loi n° 10.259/2001 détermine que leur sont applicables les dispositions de la loi n° 9.099/1995, pour autant qu’elles ne contredisent pas celles de la première.

²³⁹⁹ Art. 3°, al. I, soit l’équivalent à environ 20.600 reais ou 8.000 euros. Ce plafond peut cependant être dépassé en cas de conciliation (art. 3°, § 3°, *in fine*). Dans les juridictions spéciales fédérales, ce plafond s’élève à soixante fois le montant du salaire minimum (art. 3°, *caput*). Les litiges concernant des obligations non encore échues sont cependant exclus si le montant correspondant à douze échéances à venir excède cette limite (art. 3°, § 2°, de la loi n° 10.259/2001).

limite »²⁴⁰⁰. On notera toutefois que, souvent, les juges refusent aussi de statuer sur les litiges dont la solution exige une analyse probatoire prétendument complexe²⁴⁰¹.

754. Enfin, les décisions du « *juizado especial* » sont justiciables d'un recours adressé à une formation collégiale (« *turma recursal* ») statuant en dernier ressort au sein de la même juridiction²⁴⁰² ; mais la procédure devient alors onéreuse²⁴⁰³. Les décisions rendues par celle-ci n'ouvrent pas de voie de recours vers le *Superior Tribunal de Justiça*, sauf dans les juridictions spéciales fédérales²⁴⁰⁴. Dans tous les cas, cependant, la voie reste ouverte aux parties pour soumettre à la Cour Constitutionnelle (STF), par un recours dit « extraordinaire »²⁴⁰⁵, l'appréciation d'éventuelles violations des règles de la Constitution²⁴⁰⁶. Malgré la réussite indéniable de ces juridictions spéciales à l'égard de l'objectif de rapprochement entre la justice et le consommateur, leur fonctionnement suscite un certain nombre de questions dans les litiges relatifs aux opérations de crédit. À ce titre, on peut s'interroger, notamment, sur la réalité de leur conception en tant que juridiction naturelle du consommateur.

755. Une politique d'accès à la justice affaiblie à l'égard du consommateur de crédit – Si l'on se place, tout d'abord, sous l'angle restreint de la protection de celui-ci, on est contraint de constater que la politique menée dans son intérêt n'a pas produit les effets attendus. La pratique judiciaire révèle que le contentieux, sans doute le plus important dans les opérations de crédit au Brésil, à savoir la perception d'intérêts abusifs et la pratique de l'anatocisme, est souvent écarté par les juges « spéciaux » sous prétexte de la complexité de l'analyse probatoire suscitée par ces questions. Les litiges portant sur le crédit immobilier sont aussi refoulés, le plus souvent, à cause du *taux de compétence*²⁴⁰⁷ de ces juridictions. Dans ces cas, le consommateur se heurtant à un jugement d'irrecevabilité est contraint d'introduire une nouvelle action, aux procédures plus longues²⁴⁰⁸, auprès des juridictions ordinaires, plus coûteuses et formalistes. Enfin, bien que la procédure spéciale soit réservée à l'initiative des seules personnes physiques, certaines juridictions admettent que le fournisseur de crédit

²⁴⁰⁰ Art. 3^o, § 3^o. Cette « renonciation » semble constituer une nouvelle forme d'extinction des obligations civiles, mais ce choix semble demeurer rare dans la pratique judiciaire de ces juridictions.

²⁴⁰¹ Le juge doit préciser le montant de la condamnation de manière à rendre la créance liquide (art. 38, paragraphe unique).

²⁴⁰² Art. 41. Les parties doivent cependant obligatoirement se faire représenter par un avocat (art. 41, § 2^o).

²⁴⁰³ Art. 55. La partie dont le recours est rejeté paie alors les frais de justice et les honoraires d'avocat à concurrence de 10% à 20% du montant de la condamnation.

²⁴⁰⁴ Art. 14 de la loi n^o 10.259/2001.

²⁴⁰⁵ Art. 102, al. III, a, de la Const. 1988.

²⁴⁰⁶ Alors que l'art. 102, al. III, de la Constitution de 1988 prévoit la formation d'un « recours extraordinaire » vers la Cour constitutionnelle (STF) contre toutes décisions judiciaires rendues en dernier ressort pour violation des normes constitutionnelles, l'art. 105, al. III, désigne expressément les juridictions dont les décisions peuvent faire l'objet d'un pourvoi (« *recurso especial* ») vers le *Superior Tribunal de Justiça* pour violation d'une loi fédérale. Les « *juizados especiais* » n'y sont pourtant pas décrits.

²⁴⁰⁷ Cette expression désigne la valeur maximale des litiges faisant l'objet de la compétence de la juridiction concernée. V. CADIET, Loïc et JEULAND, Emmanuel. « Droit judiciaire privé », 6^e éd., Litec, 2009, n^o 110, p. 83 ; GUINCHARD, Serge (dir). « Droit et pratique de la procédure civile », 6^e éd., Dalloz, 2009, n^o 121.70, p. 67.

²⁴⁰⁸ Paradoxalement, cependant, dans les États les plus peuplés, tels que São Paulo, l'encombrement des « *juizados especiais cíveis* » s'élève à une dimension telle que le délai pour la réalisation de l'audience initiale est parfois plus long que celui de la justice ordinaire.

défendeur à l'instance soit recevable à formuler une demande opposée (« pedido contraposto »)²⁴⁰⁹.

756. La « fédéralisation » des juridictions spéciales comme facteur d'affaiblissement de la protection du consommateur de crédit – Le fonctionnement des « juizados especiais » des États fédérés soulève aussi une importante question d'ordre politique ou institutionnel, affectant les intérêts individuels des consommateurs de crédit. La loi de 1995 n'avait pas prévu de voie de recours contre les décisions de la « turma recursal » mentionnée ci-dessus, et on sait que cette lacune avait été ouverte en 1995 au nom de la célérité de la nouvelle procédure judiciaire²⁴¹⁰. Comme les questions de droit infra-constitutionnel ne relèvent pas de la compétence de la Cour constitutionnelle, la conséquence la plus évidente du nouveau système en est que la jurisprudence des « juizados especiais cíveis » n'était soumise à aucun principe d'uniformisation de l'interprétation du droit fédéral. Surtout, libres d'adopter ou non les solutions formulées par le *Superior Tribunal de Justiça*, ces juridictions composaient un système qui ressemblait alors plus à celui d'une confédération²⁴¹¹ que d'une « République Fédérative », contrairement aux prévisions constitutionnelles²⁴¹².

757. Ces contradictions institutionnelles n'ont pas pour autant empêché le nouveau système de fonctionner, tant bien que mal, pendant presque trois lustres. On peut d'ailleurs se demander si, loin d'un oubli, cette « confédéralisation » des juridictions spéciales n'avait pas été voulue par le législateur de 1995. N'est-ce pas une telle volonté que révèle l'art. 6 de la loi, lorsque ce dispositif prévoit que « le juge adoptera, au cas par cas, la décision qu'il estime être la plus juste et la plus équitable, suivant les finalités sociales de la loi et les exigences du bien commun » ? D'ailleurs, il convient de rappeler que le texte de la loi de 1995, dont l'élaboration obéit, certes, à une imposition constitutionnelle²⁴¹³, représente, à peu de choses près²⁴¹⁴, une reproduction parfaite des dispositions déjà prévues dans une loi de 1984²⁴¹⁵ qui, elle, laissait la

²⁴⁰⁹ L'art. 31 interdit les demandes reconventionnelles, mais il permet au défendeur (« réu »), de formuler dans sa contestation une demande dite « contraposta », pour autant qu'elle se fonde sur les mêmes faits faisant « l'objet de la controverse ».

²⁴¹⁰ Le projet de loi n° 3.698 de 1989, préc., incorporé ensuite au projet de loi n° 1.480 du 23 févr. 1989, du Député Michel Temer, prévoyait la possibilité pour les États fédérés d'adopter un dispositif légal sur un « recours de divergence » formé contre la décision de la « T. recursal » vers le Tribunal de Justice de l'État respectif, dans le but, précisément, de garantir l'uniformisation de la jurisprudence locale (art. 47). L'appréciation ultérieure par le STJ serait ainsi envisageable. Cependant, le Président de la République a écarté ce dispositif en exerçant son pouvoir de veto (Mens. n° 1.005 du 27 sept. 1995), sous prétexte de ne pas nuire à la célérité de la nouvelle procédure spéciale.

²⁴¹¹ « Le droit fédéral s'impose au droit fédéré ou local (bundesrecht bricht landersrecht) et lie directement les personnes, à l'opposé d'une confédération, au sein de laquelle les normes juridiques font l'objet d'une *réception* par les autorités nationales » : GICQUEL, Jean et GICQUEL Jean-Éric. « Droit constitutionnel et institutions politiques », 21^e éd., Montchrestien, 2007, p. 75.

²⁴¹² Art. 1^o de la Const. 1988.

²⁴¹³ Art. 98, al. I, de la Const. 1988.

²⁴¹⁴ Si l'on écarte de la comparaison le texte de l'art. 47 du projet de loi qui prévoyait un recours vers les Tribunaux de Justice, mais qui a subi le veto du Président de la République, la principale différence du texte de 1995 avec celui de 1984 semble constituer la compétence donnée aux juridictions spéciales pour procéder à l'exécution de ses propres décisions.

²⁴¹⁵ Loi n° 7.244 du 7 nov. 1984.

création des « juridictions des petites affaires » à la discrétion du législateur de chaque État fédéré²⁴¹⁶.

758. Quoi qu'il en soit, cette « originalité » institutionnelle n'a pas non plus empêché les parties de solliciter souvent la Cour constitutionnelle, sous prétexte d'une violation du texte de la Constitution par les juridictions spéciales. Les professionnels, surtout, ont recouru habituellement à ce procédé. Disposant parfois d'une plateforme commerciale étalée sur le territoire de plusieurs États fédérés, ils arguaient souvent d'une lourde perturbation de leurs politiques commerciales, subie du fait du défaut d'uniformité de l'interprétation de la législation fédérale au sein des juridictions spéciales. Auprès de la Cour Suprême, toutefois, ils se heurtaient systématiquement au refus de celle-ci d'apprécier des questions infra-constitutionnelles. « De l'eau molle sur pierre dure, frappe jusqu'à la fissure »²⁴¹⁷, la sagesse populaire se révèle même dans les milieux juridiques. Le 26 août 2009, les magistrats de la Cour constitutionnelle décident, enfin, que les jugements rendus par les « *juizados especiais cíveis* » sont justiciables d'une « réclamation »²⁴¹⁸ adressée... au *Superior Tribunal de Justiça*²⁴¹⁹. Ils se fondent sur une interprétation analogique de la loi de 2001 sur les juridictions spéciales fédérales, laquelle prévoit un tel mécanisme²⁴²⁰. Or, l'article 20 de cette loi interdit expressément son application aux juridictions spéciales des États fédérés. On bafoue ainsi l'autorité du législateur sous prétexte, précisément, de garantir celle du juge. Cette nouvelle voie d'accès au STJ, suggérée dans une décision qui, au surplus, rejette le recours formé par le professionnel en question, n'est annoncée que « par *obiter dictum* », les magistrats le disent d'ailleurs textuellement²⁴²¹. Elle n'oblige pas moins le STJ à se préparer pour recevoir un nouveau et lourd contentieux. Sans trop s'allonger sur les conséquences évidentes de cette décision à l'égard du principe de la séparation des pouvoirs²⁴²², deux aspects principaux méritent d'être évoqués car ils peuvent présenter un impact considérable sur la politique d'accès du consommateur au droit et à la justice.

759. L'alourdissement probable des procédures spéciales – D'abord, elle pourra aboutir à vider les « *juizados especiais* » de leur mission en tant que juridictions naturelles du consommateur. En multipliant les voies de recours possibles, la procédure ouverte devant ces juridictions deviendra sans doute aussi longue, voire plus longue que celle de la justice ordinaire²⁴²³. Cette dernière étant d'ailleurs seule compétente pour apprécier les litiges où le

²⁴¹⁶ Art. 1^o.

²⁴¹⁷ « Água mole em pedra dura, tanto bate até que fura » (traduction libre).

²⁴¹⁸ Ce type de recours est prévu à l'art. 105, al. I, *f*, de la Const. 1988, parmi ceux compris dans le champ de compétence du *Superior Tribunal de Justiça*. Il se destine à permettre au STJ de « préserver sa compétence et garantir l'autorité de ses décisions », mais il n'était exercé jusqu'à présent que lorsque le STJ était désavoué par la décision d'une juridiction inférieure dans le cadre d'un litige sur lequel il aurait précédemment statué.

²⁴¹⁹ STF-ED-RE n^o 571.572-8/BA, rel. Min. Ellen Gracie, ass. plén., DJ 27.11.2009.

²⁴²⁰ Art. 14, § 4^o, de la loi n^o 10.259/2001.

²⁴²¹ V. l'avis du Min. le Président Gilmar Mendes, STF-ED-RE n^o 571.572-8/BA, préc., p. 993.

²⁴²² Art. 2^o de la Const. 1988.

²⁴²³ Un projet de loi n^o 16/2007, actuellement en cours d'appréciation au Sénat, vise à créer une « Chambre d'uniformisation » ayant pour fonction d'apprécier les décisions des « T.s recursais » de différentes régions qui

consommateur défaillant est poursuivi par le fournisseur de crédit, le contentieux relatif aux opérations de crédit conclues avec les consommateurs finira par en être totalement absorbé. On est alors en droit de s'interroger sur l'efficacité de la stratégie de protection menée par les pouvoirs publics, étant donné que, dans grand nombre de situations, le consommateur est plutôt défendeur à l'instance. À cet égard, les coûts et, surtout, la lenteur de la justice lui seront d'autant plus nuisibles que les intérêts de retard ne cessent pas de courir pendant le déroulement de la procédure.

760. L'affermissement certain de la jurisprudence des juridictions spéciales – Ensuite, si on peut se réjouir, malgré le chemin maladroitement suivi par la Cour constitutionnelle²⁴²⁴, de l'extension à toutes les juridictions spéciales du pays de la protection assurée par la jurisprudence du *Superior Tribunal de Justiça*, on rappellera aussi que la rigidité dont le STJ fait preuve, en matière de crédit aux consommateurs ces dernières années, finira par affermir également la jurisprudence de ces dernières. On peut le craindre car les professionnels, mieux équipés financièrement et juridiquement, sont normalement plus réactifs aux décisions qui leur sont défavorables que les consommateurs. Du moins, dans les opérations de crédit, c'est cet aspect que l'on voit se produire d'emblée. La pratique judiciaire révèle que les « *juizados especiais* », plus proches de la réalité des parties, rendent en certaines matières une jurisprudence plus protectrice du consommateur. Un exemple peut en être fourni à propos des opérations de « *consórcio* »²⁴²⁵.

761. L'amorce de l'affaiblissement de la protection du consommateur de crédit : l'exemple des opérations de « consórcio » – Appliquant l'article 53 du Code du consommateur, nombreuses juridictions spéciales jugeaient que le consommateur défaillant ou se désistant du contrat pouvait récupérer le montant des paiements déjà réalisés, immédiatement après la résolution de la convention d'épargne-crédit²⁴²⁶. Le STJ, plus sévère à l'égard du consommateur, décide que celui-ci n'a le droit à la restitution que lors de l'extinction du groupe auquel il participait²⁴²⁷, c'est-à-dire lorsque tous les emprunteurs de ce groupe auront obtenu le crédit attendu. Or, cette date peut échoir plusieurs années après celle de la résolution du contrat. Une restitution aussi tardive causera au consommateur un préjudice encore plus grave si, à la date de sa défaillance ou de son désistement, il n'a pas encore pu bénéficier du crédit attendu. Le STJ demeure pourtant insensible à ces arguments ; sa jurisprudence est

contredisent la jurisprudence du Superior Tribunal de Justiça, à l'instar du mécanisme prévu à l'art. 14 de la loi n° 10.259/2001 sur les juridictions spéciales fédérales. La décision de la Cour Suprême fait d'ailleurs allusion à ce projet de loi. L'art. 14, § 4^o, de la loi de 2001 prévoit encore que, au cas où la décision de ladite chambre contredirait elle-même la jurisprudence du STJ, la partie intéressée « peut soumettre la question à l'appréciation » de celui-ci. La procédure devient donc lourde, sans qu'on puisse pour autant comprendre l'utilité d'une telle chambre.

²⁴²⁴ V. l'avis du Min. le Président Gilmar Mendes, STF-ED-RE n° 571.572-8/BA, préc., p. 988, lequel affirme que le thème soumis à l'appréciation des magistrats du STF « défie notre [leur] créativité ».

²⁴²⁵ Ces opérations sont conclues sur la base d'un mécanisme de cotisations mutualisées par des emprunteurs-épargnants participant à un groupe organisé par un établissement spécialisé. V. n° 172 *supra*.

²⁴²⁶ Déduction faite des préjudices éventuellement causés au groupe d'emprunteurs auquel il participait (art. 53, § 2^o, du Code consom.).

²⁴²⁷ STJ-Resp n° 1.033.193/DF, rel. Min. Massami Uyeda, 3^a T., j. 19.6.2008, DJ 1.8.2008.

désormais consolidée²⁴²⁸. Le 26 mai 2010, à la suite d'un recours de réclamation formé par un fournisseur de crédit auprès du STJ, celui-ci a pu, enfin, faire prévaloir sa jurisprudence²⁴²⁹. Le Tribunal ne limite toutefois pas sa décision à la seule relation de crédit litigieuse. Dans un véritable arrêt de règlement²⁴³⁰, il enjoint, d'abord, à toutes les juridictions spéciales du pays de surseoir à statuer sur tout litige soumis à leur appréciation en la même matière²⁴³¹ ; il leur impose ensuite l'adoption de la solution indiquée ci-dessus, sous réserve des causes passées en force de chose jugée²⁴³². Le « juge-régulateur » étend ici son emprise à l'extrême. On peut estimer que, dans un avenir prochain, les juridictions spéciales subiront un repliement de leur jurisprudence dans tous les domaines où le *Superior Tribunal de Justiça* restreint la protection des consommateurs de crédit²⁴³³. Ceux-ci regretteront sans doute un rabaissement du niveau de leur protection juridique ; ils auront le droit, au moins, à une protection égale pour tous...

b) Le tribunal d'instance

762. En France, le législateur déploie aussi des efforts pour garantir l'accès du consommateur à la justice. Il a créé, dans un premier temps, des tribunaux d'instance, destinés à remplacer les anciens juges de paix²⁴³⁴. Malgré leur appellation²⁴³⁵, il s'agit de juridictions à juge unique²⁴³⁶, mais un juge nécessairement professionnel²⁴³⁷. Suivant leurs traditions historiques, celles-ci ont été conçues pour offrir aux justiciables un service judiciaire plus simple, plus rapide et peu onéreux²⁴³⁸. Il s'agit donc de juridictions d'exception²⁴³⁹, dont la compétence dite d'attribution²⁴⁴⁰ déroge à celle générale ou « de droit commun » des Tribunaux

²⁴²⁸ STJ-Resp n° 1.119.300/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, 2^a Seção, j. 14.4.2010, non encore publié, rendu dans le cadre de la procédure d'élimination des pourvois répétitifs. Les magistrats se démontrent plus soucieux de garantir la liquidité du fonds destiné à procurer du crédit aux autres consommateurs participant au même groupe de « consórcio » du consommateur défaillant.

²⁴²⁹ STJ-RCL n° 3.752/GO, rel. Min. Nancy Andrighi, 2^a Seção, non encore publiée.

²⁴³⁰ Suite à la décision de la Cour constitutionnelle décrite ci-dessus, le STJ a adopté une résolution n° 12 du 14.12.2009 prévoyant une procédure d'analyse desdites réclamations. Celle-ci s'inspire (art. 2^o, I) de la procédure établie pour l'élimination des pourvois répétitifs (art. 543-C du CPC).

²⁴³¹ À vrai dire, à toutes les actions intentées antérieurement au 6 févr. 2009, date d'entrée en vigueur de la loi n° 11.795/2008 sur le nouveau régime des opérations de « consórcio ».

²⁴³² STJ-MC n° 16.568/TO, rel. Min. Nancy Andrighi, 2^a Seção, j. 10.3.2010, DJ 6.5.2010.

²⁴³³ Ce sera ainsi, par exemple, pour les conditions posées à l'appréciation de l'abus commis dans la fixation des intérêts rémunérateurs (du moins pour les juridictions qui n'écartent pas une telle appréciation sous prétexte de sa complexité ; v. n° 753 *supra*) ou pour le relevé d'office par le juge des violations commises par le fournisseur de crédit ; v. n° 828 et s. *infra*.

²⁴³⁴ CORNU, Gérard et FOYER, Jean. « Procédure civile », 3^e éd., PUF, 1996, n° 46, p. 210 ; PERROT, Roger. *Op. cit.*, n° 107, p. 101.

²⁴³⁵ Pour une critique de cette désignation, v. PERROT, Roger. *Op. cit.*, n° 107, p. 101 ; CORNU, Gérard et FOYER, Jean. *Op. cit.*, n° 46, p. 208.

²⁴³⁶ Art. 222-1 du Code org. jud.

²⁴³⁷ Art. 121-1, al. 1^{er}, du Code org. jud.

²⁴³⁸ PERROT, Roger. *Op. cit.*, n° 107, p. 101 ; HÉRON, Jacques et LE BARS, Thierry. « Droit judiciaire privé », 3^e éd., Montchrestien, 2006, n° 932, p. 751. L'art. 89 de la Constitution des révolutionnaires de l'an I, prévoyait la gratuité du service rendu par les juges de paix : v. CADIET, Loïc. « Droit judiciaire privé », *op. cit.*, n° 199, p. 99.

²⁴³⁹ CROZE, Hervé, MOREL, Christian et FRADIN, Olivier. « Procédure civile », 3^e éd., Litec, 2005, n° 1121, p. 299 ; CADIET, Loïc et JEULAND, Emmanuel. *Op. cit.*, n° 138, p. 97 ; CORNU, Gérard et FOYER, Jean. *Op. cit.*, n° 46, p. 208.

²⁴⁴⁰ Art. L. 221-1 du Code org. jud. : « le tribunal d'instance connaît en première instance des affaires civiles et pénales qui lui sont attribuées par la loi ou le règlement en raison de leur nature ou du montant de la demande ».

de grande instance²⁴⁴¹. Les parties peuvent soit se défendre elles-mêmes, soit se faire représenter par une personne qui n'est pas nécessairement un avocat²⁴⁴².

763. Les opérations de crédit mobilier régies par le Code de la consommation sont l'apanage du juge d'instance²⁴⁴³. Tant que les règles de l'art. L. 311-1 et suivants du Code s'appliquent, il est seul compétent pour apprécier le litige, quels que soient le montant de l'opération et la partie demanderesse²⁴⁴⁴. Dans les opérations de crédit immobilier régies par le même Code, le juge d'instance est aussi exclusivement compétent pour apprécier les litiges portant sur l'octroi d'un délai de grâce²⁴⁴⁵. Pour ces raisons, on affirme que cette juridiction est le « juge naturel du consommateur »²⁴⁴⁶. Cette affirmation n'est que partiellement vraie, un tribunal spécialisé pour les affaires de consommation n'existant pas en droit français²⁴⁴⁷. En pratique, de nombreux conflits échappent à la compétence du juge d'instance. D'une part, certains litiges sont relatifs à des opérations de crédit mobilier qui n'entrent pas dans le champ d'application du Code de la consommation²⁴⁴⁸ ; d'autre part, ceux qui concernent des opérations de crédit immobilier peuvent porter sur des questions autres que l'octroi d'un délai de grâce²⁴⁴⁹. Dans tous ces cas, ils ne seront appréciés par le juge d'instance que si le montant de la demande se situe entre 4.000 et 10.000 euros²⁴⁵⁰. Au-delà de ce dernier chiffre, ils relèvent de la compétence ordinaire du Tribunal de grande instance²⁴⁵¹ ; en-deçà de 4.000 euros, leur appréciation appartient à une compétence résiduelle d'un juge dit « de proximité »²⁴⁵².

764. La déclaration au greffe et l'injonction de payer – Des procédures distinctes peuvent être ouvertes devant le juge d'instance. On distingue souvent leur régime suivant que

²⁴⁴¹ Art. 211-3 du Code org. jud. Sur le débat concernant la qualité de juridiction de droit commun attribuée par certains auteurs au tribunal d'instance, v. outre les auteurs précités, HÉRON, Jacques et LE BARS, Thierry. *Op. cit.*, n° 932, p. 751.

²⁴⁴² Art. 827 du NCPC. L'art. 828 du même Code prévoit que le représentant, s'il n'est avocat, doit justifier d'un pouvoir spécial.

²⁴⁴³ Art. L. 311-52 du Code consom., remplaçant l'art. L. 311-37 à partir du 1^{er} mai 2011.

²⁴⁴⁴ Si l'action concerne des opérations de crédit relevant du champ d'application du Code consom., la compétence judiciaire appartient aux tribunaux d'instance : Cass. 2^e civ. 12 oct. 2006 : Bull. civ. II, n° 274, pourvoi n° 05-14741.

²⁴⁴⁵ Art. L. 312-36 du Code consom.

²⁴⁴⁶ PICOD, Yves et DAVO, Hélène. « Droit de la consommation », *op. cit.*, n° 517, p. 322 ; CALAIS-AULOY, Jean et STEINMETZ, Frank. *Op. cit.*, n° 503, p. 583.

²⁴⁴⁷ CALAIS-AULOY, Jean et STEINMETZ, Frank. *Op. cit.*, n° 501, p. 582.

²⁴⁴⁸ V. n° 164 et s. *supra*.

²⁴⁴⁹ Alors même que les règles du Code de la consommation soient applicables à l'espèce.

²⁴⁵⁰ Art. 221-4 du Code org. jud. : « sous réserve des dispositions législatives ou réglementaires fixant la compétence particulière des autres juridictions, le tribunal d'instance connaît, en matière civile, de toutes actions personnelles ou mobilières jusqu'à la valeur de 10 000 euros » ; art. 231-3 du même Code : « la juridiction de proximité connaît, en matière civile, sous réserve des dispositions législatives ou réglementaires fixant la compétence particulière des autres juridictions, des actions personnelles ou mobilières jusqu'à la valeur de 4 000 euros ».

²⁴⁵¹ Celui-ci est aussi exclusivement compétent pour l'appréciation des saisies immobilières (art. L. 213-6, al. 3, du Code org. jud.) et des actions immobilières pétitoires ou possessoires (art. R. 211-4, 5^o, du même Code).

²⁴⁵² Art. L. 231-3 du Code org. jud. La loi n° 2002-1138 du 9 sept. 2002 d'orientation et de programmation de la justice. a créé ces juridictions dont la désignation explique leur mission : répondre au besoin d'une justice plus accessible, plus simple et capable de résoudre plus efficacement les litiges de la vie quotidienne. Les services judiciaires réalisés par le juge de proximité sont gratuits, mais ses fonctions sont exercées essentiellement par des juges non professionnels. Les décisions du juge de proximité sont rendues en dernier ressort, ce qui veut dire qu'elles ne sont pas justiciables d'appel (art. R. 231-3 du Code org. jud. ; ce dispositif prévoit cependant que leurs décisions sont rendues à charge d'appel si la demande n'excédant pas 4 000 euros est indéterminée). Elles peuvent cependant être frappées d'un pourvoi en cassation (art. 605 du NCPC). V. PEYRAT, Didier. « La justice de proximité », in « Problèmes politiques et sociaux », La documentation française, n° 869, 2002.

le consommateur est demandeur ou défendeur à l'instance²⁴⁵³. Dans le premier cas, il dispose de la possibilité de faire une « déclaration au greffe »²⁴⁵⁴. Il s'agit d'une procédure simplifiée ou le consommateur s'adresse directement à la juridiction en question²⁴⁵⁵. Les parties sont convoquées à une audience où le juge s'efforce, d'abord, de les concilier et, le cas échéant, tranche le litige²⁴⁵⁶. Cette procédure est cependant réservée aux demandes dont le montant n'excède pas 4.000 euros²⁴⁵⁷. Lorsque, à l'inverse, le consommateur défaillant est poursuivi en justice, il est le plus souvent question d'une « injonction de payer »²⁴⁵⁸. Par une procédure simplifiée, le fournisseur de crédit obtient du juge²⁴⁵⁹, à quelque valeur que la demande puisse s'élever²⁴⁶⁰, une ordonnance portant injonction de payer un montant déterminé²⁴⁶¹. Le consommateur dispose d'un mois pour former une opposition²⁴⁶². S'il le fait, une nouvelle phase se dessine ; lors d'une audience à laquelle sont convoquées les parties, et sous le respect du principe du contradictoire, le juge tranche le litige. Si, autrement, il laisse passer le délai imparti sans faire opposition, l'ordonnance acquiert la formule exécutoire²⁴⁶³.

765. On rappellera, enfin, que le Règlement n° 1896/2006 du Parlement et du Conseil du 12 décembre 2006 crée une nouvelle procédure d'« injonction de payer européenne », dont les règles ont été reprises, en France, par les articles 1424-1 à 1424-15 du nouveau Code de procédure civile. Le consommateur est de plus en plus incité à s'engager avec des fournisseurs de crédit établis à l'étranger. Ces derniers acceptent de prêter en se fondant sur un calcul purement économique. La confiance du consommateur se recentre sur l'espoir d'obtenir l'intermédiation des autorités de tutelle. Il appartient dès lors aux pouvoirs publics de prendre leurs dispositions pour conforter sa confiance.

²⁴⁵³ CALAIS-AULOY, Jean et STEINMETZ, Frank. *Op. cit.*, n° 487, p. 570 ; PICOD, Yves et DAVO, Hélène. *Op. cit.*, n° 515, p. 322 ; RAYMOND, Guy. « Droit de la consommation », Litec, 2008, n° 749 et 751, p. 368 et 369.

²⁴⁵⁴ Art. 847-1 du NCPC.

²⁴⁵⁵ Outre un exposé sommaire des motifs de la demande, la déclaration doit contenir certaines mentions prescrites par l'art. 58 du NCPC (art. 847-1, al. 2, du même Code). En droit français, l'introduction d'instance de droit commun exige une assignation, laquelle se fait par huissier de justice (art. 55). Le demandeur s'adresse ainsi d'abord à son adversaire, afin de le citer à comparaître devant le juge.

²⁴⁵⁶ Art. 847-3 du NCPC.

²⁴⁵⁷ Art. 847-1, préc. Au-delà de ce chiffre, la demande est formée par assignation (art. 836 et s. du NCPC). On peut penser que dans la plupart des cas le consommateur de crédit pourra utiliser la déclaration au greffe.

²⁴⁵⁸ Art. 1405 et s. du NCPC.

²⁴⁵⁹ Seul est compétent le juge du lieu du domicile du débiteur (art. 1406, al. 2, du NCPC).

²⁴⁶⁰ Sous réserve de la compétence de la juridiction de proximité (art. L. 221-7 du Code org. jud.) qui comprend les demandes d'un montant n'excédant pas 4 000 euros.

²⁴⁶¹ Il s'agit d'une première phase non contradictoire où le juge, s'il estime que la demande est fondée, rend une ordonnance portant injonction de payer sans avoir entendu le débiteur. Il appartient au demandeur de signifier l'ordonnance au débiteur (art. 1411 du NCPC).

²⁴⁶² Art. 1416 du NCPC. Il le fait soit par déclaration au greffe, soit par lettre recommandée (art. 1415, al. 2, du NCPC).

²⁴⁶³ Encore faut-il que le créancier fasse une demande d'apposition sur l'ordonnance de la formule exécutoire (art. 1422 du NCPC).

2) Le juge des litiges transfrontaliers en matière de crédit

766. On peut penser qu'en ce domaine les relations transfrontalières²⁴⁶⁴ de consommation sont encore peu développées²⁴⁶⁵. Cela s'expliquerait, du moins en partie, par le défaut de confiance que suscite, de part et d'autre, la distance et la langue qui éloigne les parties. Sans doute moins méfiant à l'égard d'un établissement étranger établi près du lieu de son domicile, le consommateur se montrera plus hésitant à solliciter un prêteur domicilié dans un pays étranger. En cas de litige, il peut se heurter à des difficultés non négligeables pour faire valoir ses droits. Pourtant, dans un espace économique intégré par le territoire de plusieurs pays formant un marché commun, la mise en place d'un marché de crédit plus transparent et performant semble être « vitale pour promouvoir le développement des activités transfrontalières »²⁴⁶⁶. C'est du moins ce qu'estiment les autorités de l'Union européenne, lesquelles s'efforcent de promouvoir des échanges internationaux en la matière. Le développement croissant de l'économie numérique, associé, par exemple, aux techniques de paiement par carte électronique pourrait, dans l'avenir, changer l'horizon des relations de crédit transfrontalières. Pour assurer un niveau élevé de protection des consommateurs dans ce type de relations, des techniques de droit international privé ont été adaptées en Europe (a). Celles-ci inspirent d'ailleurs des initiatives outre-Atlantique (b).

a) Les règles de droit international privé de l'Union européenne

767. Pour conforter la confiance du consommateur il convient de lui permettre d'avoir accès à un juge statuant près de chez lui. Dans l'Union européenne, la protection en matière de compétence judiciaire internationale est organisée par le Règlement n° 44/2001/CE du 22 décembre 2000. Certaines de ses règles concernent les opérations de crédit et, plus spécifiquement, celles sur le crédit affecté : les ventes à tempérament d'objets mobiliers corporels ; les prêts à tempérament ou une autre opération de crédit liés au financement d'une vente de tels objets²⁴⁶⁷. Dans ces cas, lorsque le consommateur est demandeur, l'article 16, alinéa 1^{er}, du Règlement prévoit qu'il a le choix de porter son action soit devant les tribunaux de l'État membre du domicile du fournisseur de crédit, soit devant le tribunal du lieu de son propre domicile. Si, à l'inverse, il est poursuivi par son cocontractant, l'alinéa 2 du même article prévoit que sont seuls compétents les tribunaux de l'État membre sur le territoire duquel il est domicilié. Dans les autres opérations de crédit, il ne bénéficie de ces garanties que s'il a contracté en position de consommateur « passif », c'est-à-dire s'il a conclu le contrat avec un fournisseur de crédit dans le cadre des activités commerciales ou professionnelles que celui-ci exerce ou

²⁴⁶⁴ On emploie souvent aussi le mot « transfrontière » : v. CALAIS-AULOY, Jean et STEINMETZ, Frank. *Op. cit.*, n° 509.2, p. 591.

²⁴⁶⁵ Les opérations transfrontalières représentent, suivant le Rapport du Sénat sur le Projet de loi de réforme du crédit à la consommation (Rapp. n° 447 du 2 juin 2009, p. 64) encore une très modeste part – de l'ordre de 1 % – dans l'activité du marché européen du crédit à la consommation.

²⁴⁶⁶ Considérant n° 6 de la Directive n° 2008/48/CE du Parlement européen et du Conseil, du 23 avril 2008.

²⁴⁶⁷ Art. 15, paragraphe 1, als. a et b.

dirige, par tout moyen, vers dans l'État membre du domicile du consommateur²⁴⁶⁸. La volonté des parties ne peut pas déroger à ces règles²⁴⁶⁹.

768. En dehors de ces hypothèses, le consommateur, qui prend l'initiative de solliciter un fournisseur domicilié dans un autre État membre, devra, le plus souvent, en tant que demandeur, porter l'action devant un tribunal situé à l'étranger²⁴⁷⁰. Si, en revanche, il est poursuivi par le fournisseur de crédit, le tribunal compétent est, sauf convention contraire des parties, *a priori*, celui du lieu de son domicile²⁴⁷¹. Certains estiment, à juste titre, qu'une clause attribuant une compétence exclusive à la juridiction du domicile du professionnel doit être considérée comme abusive car elle est de nature à entraver l'exercice par le consommateur de l'action en justice²⁴⁷². Si la procédure choisie par le fournisseur de crédit est l'injonction de payer européenne, l'article 6, paragraphe 2, du Règlement n° 1896/2006 dispose que seule la juridiction du domicile du consommateur est compétente. Enfin, quant à la loi applicable aux litiges transfrontaliers, on se bornera ici à rappeler que la transposition de la directive n° 2008/48/CE sur le crédit aux consommateurs, d'harmonisation totale ou complète²⁴⁷³ dans tous les pays membres de l'Union européenne, devrait procurer aux consommateurs domiciliés dans leurs territoires une protection *a priori* identique²⁴⁷⁴. Les règles de protection prévues actuellement au Règlement n° 44/2001/CE de 2000 s'inspirent de celles contenues auparavant dans la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968. À leur tour, ces règles ont inspiré, outre-Atlantique, l'élaboration d'un ensemble de règles de droit international privé. Dans le Marché Commun du Sud, espace économique d'intégration régionale²⁴⁷⁵ auquel le Brésil appartient, certaines de ces règles visent spécifiquement la protection du consommateur de crédit transfrontalier.

b) Les règles de droit international privé au Marché Commun du Sud (Mercosul)

769. Le consommateur brésilien se livrant à des relations de crédit avec un fournisseur domicilié à l'étranger rencontre, en cas de litige, les mêmes difficultés d'accès à la justice que

²⁴⁶⁸ Art. 15, paragraphe 1, al. c.

²⁴⁶⁹ Art. 17, sauf dans les cas, supposés plus favorables au consommateur, décrits à cet article.

²⁴⁷⁰ À ce titre, la juridiction du domicile du fournisseur de crédit est compétente, avant tout, comme celle du domicile du défendeur (art. 2 du Règlement).

²⁴⁷¹ Art. 2. À défaut de choix par les parties, l'art. 5, paragraphe 1, al. a, du Règlement prévoit, en matière contractuelle, une compétence concurrente du tribunal du lieu d'exécution de l'obligation ; l'al. b du même dispositif prévoit ensuite que ce lieu sera, pour la vente de marchandises, celui d'un État membre où celles-ci ont été ou auraient dû être livrées et, pour la fourniture de services, celui d'un État membre où ceux-ci ont été ou auraient dû être fournis. Ce même dispositif prévoit cependant que les parties peuvent écarter ces solutions et convenir de la notion de « lieu d'exécution de l'obligation ». Dans les opérations de crédit, cette notion semble prêter à discussion, et une telle convention pourrait présenter un caractère abusif.

²⁴⁷² CALAIS-AULOY, Jean et STEINMETZ, Frank. *Op. cit.*, n° 509.3, p. 594 ; n° 523, p. 606.

²⁴⁷³ Considérant n° 6 et art. 22 de la directive.

²⁴⁷⁴ Pour les opérations qui n'entre pas dans le champ d'opération de la directive, le Règlement n° 593/2008 du 17 juin 2008 prévoit que la loi applicable est celle du pays de la résidence habituelle du consommateur (art. 6, par. 1). Cette règle ne concerne cependant que le consommateur « passif » ; mais on notera que la Cour de cassation considère que les règles sur le crédit à la consommation sont des lois de police : Cass. 1^{re} civ. 19 oct. 1999 : Bull. civ. I, n° 281, pourvoi n° 97-17650 ; D. aff. 2000, act. jur. p. 8.

²⁴⁷⁵ Créé par le Traité d'Asunción du 26 mars 1991, signé par les représentants d'Argentine, Brésil, Paraguay et Uruguay.

celles qu'on vient de décrire. Pourtant, au sein du Mercosul des règles ont déjà été prises pour assurer qu'il puisse attirer son cocontractant en justice, ou se défendre, devant le tribunal du lieu de son domicile. S'inspirant très nettement de la Convention de Bruxelles de 1968, le Protocole de Santa Maria du 17 décembre 1996, sur la « juridiction internationale en matière de relations de consommation »²⁴⁷⁶, s'applique aux « ventes à tempérament de biens mobiliers corporels » ainsi qu'aux « prêts à tempérament ou toute autre opération de crédit liée au financement de la vente de biens »²⁴⁷⁷. En dehors de ces hypothèses, le consommateur ne bénéficie d'une protection spéciale que lorsqu'il s'engage dans le cadre d'une démarche dite passive²⁴⁷⁸. Lorsque ces conditions sont remplies, le consommateur demandeur a un choix parmi plusieurs possibilités. Il peut porter l'action, d'abord, devant le tribunal du lieu de son domicile²⁴⁷⁹ ; ensuite, il peut choisir de porter l'action devant le tribunal de l'État : soit où le contrat a été conclu, soit où le service a été fourni ou les biens livrés, soit enfin où le fournisseur de crédit a son domicile²⁴⁸⁰. Lorsqu'il est poursuivi par son cocontractant, le paragraphe 2 de l'article 4 du Protocole prévoit que « le fournisseur de biens ou de services pourra poursuivre le consommateur devant le juge ou le tribunal du lieu du domicile de ce dernier »²⁴⁸¹.

770. On ne saurait pourtant s'attarder sur l'analyse de ces dispositions : bien que signé il y a presque quinze ans par les États-membres du Mercosul, le Protocole de Santa Maria n'est pas encore entré en vigueur, et peut-être ne le sera-t-il jamais. Son article 18 prévoit que son processus de ratification ne débutera au sein de chaque État-membre qu'après l'adoption d'un autre dispositif de protection des consommateurs par le Conseil du Marché Commun, à savoir le « Règlement commun MERCOSUL de protection des consommateurs »²⁴⁸². Or, ce dispositif a été rejeté par les instances régionales et, faute d'une volonté politique à cet égard, rien ne semble indiquer qu'il sera un jour approuvé²⁴⁸³. En attendant..., le consommateur brésilien qui

²⁴⁷⁶ Décision du Conseil du Marché Commun (CMC) n° 10/96.

²⁴⁷⁷ Art. 1^o, paragraphe 1, als. a et b. La rédaction de ce dernier dispositif diffère cependant subtilement de celle de la Convention de Bruxelles, ce qui donne lieu à déduire, d'une part, que les prêts non-affectés sont aussi concernés et, d'autre part, que le financement peut viser toute sorte de biens.

²⁴⁷⁸ Art. 1^o, paragraphe 1, al. c.

²⁴⁷⁹ Art. 4^o, paragraphe 1.

²⁴⁸⁰ Art. 5^o, als. a, b et c.

²⁴⁸¹ Art. 4^o, paragraphe 2. Ce dispositif contient une rédaction maladroite : « o fornecedor de bens e serviços poderá demandar contra o consumidor perante o juiz ou o tribunal do domicílio deste ». Le terme « pourra » (« poderá ») doit être interprété dans le sens de « devra », en regard de la finalité du Protocole et des dispositions de droit comparé dont il s'inspire. Dans ce sens, v. WEHNER, Ulrich. « Contratos Internacionais: proteção processual do consumidor, integração econômica e internet », Rev. de dir. cons., RT, n° 38, avr.-juin 2001, p. 142.

²⁴⁸² La résolution n° 126 du Groupe Marché Commun (GMC) du 16 déc. 1994 prévoit l'élaboration du Règlement, envisagé comme une sorte de code ou de loi cadre contenant des règles substantielles de protection du consommateur dans des domaines divers. Sa rédaction a été réalisée par le Comité Technique n° 7 du Mercosul pour la protection des consommateurs, organe subordonné à la Commission de Commerce du Mercosul (CCM). Le Règlement devait être soumis à l'approbation du Groupe Marché Commun (GMC), mais il ne l'a jamais été.

²⁴⁸³ Le mécanisme en vigueur dans le Mercosul pour la « transposition » des règles supranationales en droit interne consiste en la ratification de celles-ci par chaque État-membre, avec force de traité international. Par conséquent, l'approbation du Règlement aboutirait, sous prétexte de l'harmonisation des législations nationales, à une véritable unification du droit des États-membres en la matière. Jusqu'alors, ni le Paraguay ni l'Uruguay ne disposaient de règles de protection des consommateurs. Au Brésil, cependant, où un Code du consommateur était déjà en vigueur depuis 1991, cela représenterait un rabaissement important du niveau de la protection. Le 7 dec. 1997, à la veille d'une réunion de la Commission de commerce du Mercosul (CCM), un vaste mouvement associatif a rassemblé des militants consommateurs brésiliens du pays entier, en vue de présenter au Ministre de la Justice une pétition où les

contracte un crédit avec un établissement domicilié à l'étranger se verra appliquer, en cas de litige, les règles générales du droit international privé²⁴⁸⁴. Une perspective d'évolution semble pourtant apparaître depuis quelques années. Elle est le résultat de la conjonction d'efforts menés en vue de promouvoir la protection des consommateurs, à l'intérieur même des politiques de renforcement de l'intégration régionale des États-membres du Mercosul, voire, plus largement, des États américains. Ces efforts viennent, d'une part, d'une certaine politique judiciaire que l'on perçoit au sein des organes du Marché Commun du Sud et, d'autre part, du mouvement consumériste lui-même.

771. La politique « judiciaire » de protection des consommateurs promue par les organes du Mercosul – Depuis la signature en 2002 du Protocole d'Olivos²⁴⁸⁵, le Mercosul dispose d'un Tribunal Permanent de Révision (TPR)²⁴⁸⁶. Sa mission est d'assurer la cohérence de l'interprétation, de l'application et de l'exécution de l'ensemble normatif du Marché Commun²⁴⁸⁷. Il l'exerce à la lumière des principes et des règles de droit international applicables aux différents cas d'espèce²⁴⁸⁸. Par voie de questions préjudicielles que peut lui renvoyer la juridiction d'un État-membre, le TPR émet des « opinions consultatives »²⁴⁸⁹. Dans son premier avis de ce type, rendu le 3 avril 2007²⁴⁹⁰, il a fait preuve d'une sensibilité spéciale quant à la nécessité de protection des consommateurs qui s'engagent avec des professionnels étrangers, alors même que les circonstances de l'espèce ne l'y invitaient pas nécessairement.

772. Dans un contrat international de vente de marchandises conclu entre deux entreprises, l'une argentine, l'autre paraguayenne, cette dernière invoquait devant une juridiction de son pays la qualité de consommateur pour demander l'application des règles du Protocole de Santa Maria. Elle prétendait faire reconnaître la compétence de la juridiction d'Asunción, alors que le contrat prévoyait la compétence de celle de Buenos Aires. L'entreprise argentine, à son tour, demandait l'application des règles du Protocole de Buenos Aires du 5 août 1994, sur « la juridiction internationale en matière contractuelle », lesquelles permettent aux parties de choisir librement la juridiction compétente²⁴⁹¹. La question est alors renvoyée au

raisons justifiant le rejet du texte du Règlement étaient exposées. Lors de la XXV^e réunion de la CCM réalisée les 9 et 10 décembre 1997 (Ata n° 7/97), les représentants brésiliens ont affirmé que l'opinion publique nationale les empêchait de donner leur accord à l'approbation du Règlement par le Groupe Marché Commun. Sur ce sujet, v. MARQUES, Cláudia Lima. « Regulamento comum de defesa do consumidor do Mercosul – Primeiras observações sobre o Mercosul como legislador da proteção do consumidor », Rev. dr. cons., RT, n° 23-24, juill.-déc. 1997, p. 80 ; « Mercosul como legislador em matéria de direito do consumidor – crítica ao projeto de protocolo de defesa do consumidor », Rev. dr. cons., RT, n° 26, avr.-juin 1998, p. 53 ; « Direitos do consumidor no Mercosul: algumas sugestões frente ao impasse », Rev. dr. cons., RT, n° 32, oct.-déc. 1999, p. 16. Les documents mentionnés ont été publiés à la Rev. dr. cons., RT, n° 23-24, juill.-déc. 1997, p. 532.

²⁴⁸⁴ Soit celles du Brésil, soit celles du pays concerné.

²⁴⁸⁵ La composition et le fonctionnement du TPR sont régis par les arts. 18 et s. du Protocole d'Olivos du 18 févr. 2002.

²⁴⁸⁶ La nécessité de création d'un tel organe était prévue à l'annexe III, point 3, du Traité d'Asunción du 26 mars 1991.

²⁴⁸⁷ Considérant n° 3 du Protocole d'Olivos.

²⁴⁸⁸ Art. 34, paragraphe 1, du Protocole d'Olivos.

²⁴⁸⁹ Art. 3 du Protocole d'Olivos.

²⁴⁹⁰ « Opinião Consultiva » n°01/2007 du 3 avr. 2007.

²⁴⁹¹ L'art. 2, al. VI, de ce Protocole exclut expressément de son champ d'application les contrats conclus avec des consommateurs.

TPR par le juge paraguayen. Les « magistrats »²⁴⁹² refusent la qualité de consommateur à l'entreprise paraguayenne, mais ils vont bien au-delà du simple rejet de ses arguments. Ils affirment, en résumé, que dans les contrats passés avec des consommateurs, « on ne peut pas appliquer la règle de libre choix par les parties, non seulement du tribunal compétent mais aussi du droit applicable, avec la même rigueur que lui confère le Protocole de Buenos Aires »²⁴⁹³. Certes, cette déclaration du TPR a un impact plus politique que juridique, étant observé d'ailleurs que ses avis n'ont pas de force obligatoire pour la juridiction nationale concernée²⁴⁹⁴. On ne saurait pourtant négliger la force symbolique d'une telle déclaration. Pour les membres du Tribunal, en signant le Traité d'Asunción « les États-membres du Mercosul ont créé une communauté d'intérêts non seulement économiques et commerciaux, mais aussi sociaux, culturels, juridiques et politiques »²⁴⁹⁵. Ils s'expriment alors vigoureusement sur la nécessité d'une modification législative des dispositifs fondateurs du Marché Commun, afin de permettre au Tribunal de promouvoir l'uniformisation de l'interprétation du droit supranational²⁴⁹⁶. On est ainsi en droit d'espérer que, bénéficiant *a priori* d'un important soutien institutionnel au sein des rouages de l'intégration régionale, les intérêts des consommateurs ne seront pas relégués au plus bas de l'échelle.

773. La proposition d'une Convention interaméricaine sur le droit applicable aux contrats internationaux de consommation – Enfin, malgré l'absence de règles supranationales ou internationales de conflit de lois dans la région, relatives spécifiquement aux opérations de crédit transfrontalier, d'importants travaux d'experts ont lieu depuis 2006, visant à l'adoption d'une convention interaméricaine sur le droit applicable aux contrats de consommation internationaux²⁴⁹⁷. On y perçoit une préoccupation marquée à l'égard de la

²⁴⁹² Le Protocole d'Olivos (art. 18) prévoit, en réalité, que le Tribunal est composé de cinq arbitres, indiqués par les États-membres du Mercosul pour un mandat de deux ans renouvelable deux fois au plus (art. 18 du Protocole d'Olivos).

²⁴⁹³ Point III, F, 3. Les arbitres font allusion, puisqu'il en était question dans l'espèce analysée, aux contrats de vente.

²⁴⁹⁴ Art. 11 de la Décision du Conseil du Marché Commun n° 37/2003, du 15 déc. 2003, portant réglementation du Protocole d'Olivos. La doctrine critique durement ce mécanisme qu'elle qualifie de nettement défailant eu égard à l'objectif d'intégration régionale. V. CASELLA, Paulo B. « Modalidades de harmonização, unificação e uniformização do direito – O Brasil e as Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado », in « Integração Jurídica Interamericana », CASELLA, Paulo B. et ARAÚJO, Nádia (dir.), LTr, 1998 ; « Quais os fins da integração no MERCOSUL ? », in « América Latina – Cidadania, desenvolvimento e Estado », VENTURA, Deisy F. L. (dir.), Livraria do Advogado, 1996, p. 50 ; FARIA, Werter. « Métodos de harmonização aplicáveis no MERCOSUL e incorporação das normas correspondentes nas ordens jurídicas internas », in « Mercosul – seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos Estados-membros », Livraria do Advogado, 1995 ; « O impasse do Mercosul », Rev. inf. legis., n° 155, juill.-sept. 2002, p. 29 ; « Harmonização legislativa no Mercosul », Assoc. bras. de estudos da integração, v. 8, 1995, p. 66 ; « Unidade do direito e uniformidade na interpretação e aplicação das normas do Mercosul », in « O direito internacional no terceiro milênio », BAPTISTA, Luiz Olavo et FONSECA, José R. F. (dir.), LTr, 1998 ; FINATTI, Mauro A. M. « A difícil implementação do direito do consumidor do Mercosul : balanço e prognósticos », Rev. dr. consum., RT, n° 20, oct.-déc. 1996, p. 138 ; ARAÚJO, Nádia. « Mercosul : balanço jurídico através da análise da jurisprudência brasileira, in « Direito da integração », PIMENTEL, Luiz O. (dir.), v. II, Juruá, 2001, p. 163.

²⁴⁹⁵ Points 7.2 et 7.3.

²⁴⁹⁶ Point III, B, 4.

²⁴⁹⁷ L'édition du n° 5, mars 2006, de la revue du programme de post-grade en droit de l'université de Rio Grande do sul (« Cadernos do programa de pós-graduação em direito – PPGDir./UFRGS ») est spécialement consacrée à la publication des travaux amorcés lors de la première rencontre des experts mandatés par les différents États-membres de l'OEA, qui ont eu lieu dans cette université du 2 au 4 déc. 2006. V. spéc. MARQUES, Cláudia Lima. « A proposta brasileira de Convenção Interamericana de Direito Internacional Privado sobre a lei aplicável a alguns

vulnérabilité du consommateur dans le commerce électronique et, plus généralement, dans les contrats conclus à distance²⁴⁹⁸. Ces travaux, dirigés par des universitaires, soutenus par des organes gouvernementaux et propulsés par le mouvement consumériste, se destinent à l'adoption d'une telle convention lors de la VII^e Conférence interaméricaine de droit international privé (CIDIP-VII) prévue par l'Organisation des États américains (OEA) pour l'année 2010²⁴⁹⁹.

774. Une publication récente fait état des dernières modifications apportées par les États latino-américains à la proposition, actuellement soumise à l'avis des représentants des différents États-membres de l'OEA²⁵⁰⁰. L'idée centrale de la proposition consiste en l'abandon du concept de neutralité qui caractérise classiquement les critères de rattachement prévus par les règles de conflit de lois, pour adopter une orientation subjective ou matérielle²⁵⁰¹ : les règles proposées sont orientées par la finalité de la protection du consommateur. Elles résultent d'un certain compromis entre, d'une part, la nécessité de laisser un espace d'action à l'autonomie de la volonté et, d'autre part, la protection de la partie faible²⁵⁰². La proposition de convention contient, enfin, un Protocole additionnel relatif à la « juridiction internationale en matière de

contratos com consumidores (CIDIP VII) : temas e discussões no Fórum de expertos da OEA », rev. préc., p. 75 ; ARAÚJO, Nádia de. « Contratos internacionais e consumidores nas Américas et no Mercosul : análise da proposta brasileira para uma convenção interamericana na CIDIP VII », rev. préc., p. 107 ; ARROYO, Diego P. Fernández. « La contribución de la OEA al derecho internacional privado », ver. préc., p. 246. V. aussi MARQUES, Cláudia Lima. « Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor », RT, 2004, p. 318.

²⁴⁹⁸ V. la résolution n° 2065 (XXXV-0/05) du 7 juin 2005 approuvée lors de la 4^e séance de l'assemblée plénière de l'OEA.

²⁴⁹⁹ Les CIDIP font l'objet d'un processus graduel de codification mené par le Département des affaires juridiques internationales de l'OEA. Elles sont réalisées tous les quatre ou six ans, en fonction des matières choisies pour être réglées à ces occasions.

²⁵⁰⁰ MARQUES, Cláudia Lima et DELALOYE, María Laura. « La propuesta 'Buenos Aires' de Brasil, Argentina y Paraguay : el más reciente avance en el marco de la CIDIP VI de protección de los consumidores », Rev. dr. consum. n° 73, janv.-mars 2010, p. 224. On explique cependant que la participation active des représentants des États-Unis, du Canada et de certains pays du Caraïbe aux réunions d'experts a été également très importante (*idem*, p. 230).

²⁵⁰¹ MARQUES, Cláudia Lima. « A proposta brasileira de Convenção Interamericana de Direito Internacional Privado sobre a lei aplicável a alguns contratos com consumidores (CIDIP VII) : temas e discussões no Fórum de expertos da OEA », *op. cit.*, p. 82.

²⁵⁰² On peut résumer les mécanismes de la proposition de la manière suivante : tout d'abord, quant au consommateur dit « passif » (art. 4, dont le chapeau s'intitule « La protection dans les contrats conclus à distance »), s'il demeure dans l'État où il a son domicile lorsqu'il conclut un contrat, notamment à distance, les parties disposeraient d'une alternative à plusieurs branches quant au choix de la loi applicable : celle du domicile du consommateur, celle du lieu de la conclusion ou de l'exécution du contrat, ou encore celle du siège du fournisseur de produits ou de services (art. 4, paragraphe 1). La loi choisie ne serait pourtant applicable qu'au cas où elle serait plus favorable au consommateur, semble-t-il, que celle du lieu de son domicile. Le paragraphe 2 de l'art. 4 contient pourtant une liste d'éléments de rattachement présentés en ordre décroissant, semble-t-il, du caractère plus favorable au consommateur, à savoir : « a) le droit du domicile du consommateur ; b) le droit du lieu à la fois de la résidence du consommateur et d'un des établissements du fournisseur de produits et de services ; c) le droit du lieu de conclusion ou du lieu de l'exécution, s'il coïncide avec le lieu du domicile ou du siège du fournisseur de produits ou de services qui a agit au contrat en une condition étrangère à celle d'un simple distributeur ». Ce dispositif pâtit d'un certain manque de clarté et semble présenter une interprétation difficile. Enfin, dans le cas contraire, c'est-à-dire « en l'absence de choix valable », le contrat en question est soumis à la loi de l'État du domicile du consommateur (art. 4, paragraphe 5). Ensuite, quant au « touriste ou consommateur actif » (art. 5), les parties peuvent « valablement choisir » soit la loi du lieu de la conclusion du contrat, soit celle « du lieu d'exécution », soit enfin celle « du domicile du consommateur » (art. 5, paragraphe 1). À défaut de choix valable, la loi applicable au « contrat conclu par le consommateur lorsqu'il se trouve en dehors de l'État de son domicile, est celle du lieu de sa conclusion, étant ainsi entendu le lieu où le consommateur et le fournisseur professionnel se sont rencontrés physiquement pour la conclusion du contrat » (art. 5, paragraphe 2). Dans tous les cas, cependant, une clause de « correction matérielle » dite « hard clause » prévoit que la loi désignée en application des règles proposées peut être écartée « si, compte tenu des circonstances du cas d'espèce, l'élément de rattachement dont résulte cette désignation se révèle artificiel (le mot employé dans la version espagnole de la proposition est « superficial ») et que l'espèce se montre plus rapprochée d'une autre loi plus favorable au consommateur » (art. 8).

certaines contrats de consommation ». Il attribue une compétence exclusive au tribunal de « l'État-membre où le consommateur a son domicile »²⁵⁰³, un choix étant pourtant permis au consommateur-demandeur de porter l'action devant le tribunal de l'État-membre : soit du lieu de la conclusion du contrat²⁵⁰⁴, soit du lieu de l'exécution de celui-ci²⁵⁰⁵, soit du lieu du domicile du défendeur²⁵⁰⁶. L'adoption de ce protocole accessoire serait toutefois facultative pour les États adhérent à la convention principale²⁵⁰⁷.

775. Le droit international privé se veut ainsi plus sensible à la situation de la partie faible, plus protecteur des intérêts des consommateurs, en un mot, plus humain²⁵⁰⁸. Toujours est-il que les règles en la matière, *de lege lata* ou *de lege ferenda*, conservent une complexité importante due, au moins en partie, à la recherche d'un compromis entre les différents intérêts des acteurs nouant une relation contractuelle internationale. Le consommateur qui recherche du crédit à l'étranger reste ainsi un aventurier. Les risques de difficultés en cas de litige se multiplient. Dans ce cadre, le développement du crédit transfrontalier, notamment en période de crise financière internationale, suscite un certain scepticisme. On connaît pourtant l'action transformatrice des technologies informatiques sur les réalités économiques. De nouvelles formes de crédit pourraient apparaître dans un avenir prochain, faisant alors s'estomper la perception des frontières entre les États. C'est d'ailleurs, précisément, l'objectif des autorités publiques en Europe, en adoptant une réglementation « plus souple »²⁵⁰⁹ pour avoir un marché du crédit « fluide »²⁵¹⁰. Certes, à l'heure actuelle, on n'est pas encore en mesure de saisir les résultats, positifs ou négatifs, d'une telle politique. On reconnaîtra pourtant que les pouvoirs publics sont au moins cohérents dans leur démarche : la politique du crédit s'étant inscrite dans une logique de « souplesse », il convenait d'adopter également des formes moins rigides, ou moins bureaucratiques, de résolution de litiges²⁵¹¹. Dès lors, les parties sont incitées à l'esprit de conciliation, à rechercher, au détriment du recours au juge, des moyens alternatifs pour régler leurs différends.

B) Les modes alternatifs de résolution des litiges

776. Encore qu'on s'obstine à rappeler que « le juge a, justement, pour mission de rendre la justice », que « la justice est l'apanage du juge », ou qu'on soit, enfin, tenté de

²⁵⁰³ Art. 1^{er}.

²⁵⁰⁴ Art. 2, al. a.

²⁵⁰⁵ « Étant ainsi entendu le lieu de la prestation du service ou celui de la livraison des biens » (art. 2, al. b).

²⁵⁰⁶ Art. 2, al. c.

²⁵⁰⁷ Art. 6.

²⁵⁰⁸ ARAÚJO, Nádia de. « Contratos internacionais e consumidores nas Américas et no Mercosul : análise da proposta brasileira para uma convenção interamericana na CIDIP VII », *op. cit.*, p. 124.

²⁵⁰⁹ Considérant n° 6 de la Directive n° 2008/48/CE sur le crédit aux consommateurs.

²⁵¹⁰ Rapport Sénat n° 447 du 2 juin 2009, sur le projet de loi portant réforme du crédit à la consommation, p. 17 : « l'objectif de la réforme est de 'prêter mieux sans prêter moins'. Votre commission estime même qu'**il faudra 'prêter mieux et prêter plus'** » (caractères gras dans l'original).

²⁵¹¹ V. le considérant n° 17 de la dir. européenne n° 2008/52/CE du 21 mai 2008, sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale : « ces mécanismes devraient viser à préserver la souplesse du processus de médiation et l'autonomie des parties et veiller à ce que la médiation soit menée avec efficacité, impartialité et compétence ».

considérer comme une duperie « le fait de prétendre faciliter l'accès des consommateurs à la justice en organisant des méthodes extrajudiciaires de règlement des conflits de la consommation »²⁵¹², l'idée est désormais acquise. Tant en France (1) qu'au Brésil (2), de telles méthodes sont mises en place et les parties incitées à y avoir recours, avant d'entamer des procédures judiciaires.

1) Les procédures françaises de médiation

777. Des procédures alternatives de ce type existent, à la fois, pour les litiges transfrontaliers (a) et pour ceux de droit interne (b).

a) Les procédures de médiation pour les litiges transfrontaliers

778. Dans ces cas de figure, les consommateurs de crédit devront pouvoir bénéficier de services alternatifs de médiation. La directive n° 2008/52/CE du 21 mai 2008 prévoit ainsi que « les États membres promeuvent la formation initiale et continue de médiateurs afin de veiller à ce que la médiation soit menée avec efficacité, compétence et impartialité à l'égard des parties »²⁵¹³. Prévus par la législation de l'Union européenne dans le double objectif de « garantir un meilleur accès à la justice » et de « contribuer au bon fonctionnement du marché intérieur »²⁵¹⁴, ces services devront assurer de telles qualités en France jusqu'au 21 mai 2011 au plus tard²⁵¹⁵.

b) Les procédures de médiation pour les litiges de droit interne

779. Pour les litiges de droit interne, un médiateur est institué spécifiquement pour tenter de concilier les parties dans des opérations de crédit. L'article L. 315-1 du Code monétaire et financier détermine que « tout établissement de crédit ou de paiement désigne un ou plusieurs médiateurs chargés de recommander des solutions aux litiges avec les personnes physiques n'agissant pas pour des besoins professionnels ». Le médiateur est tenu de statuer dans un délai de deux mois à compter de sa saisine²⁵¹⁶. Celle-ci suspend la prescription conformément aux conditions de l'article 2238 du Code civil²⁵¹⁷. Cette procédure de médiation est gratuite pour le consommateur²⁵¹⁸. Toutefois, le médiateur est non seulement désigné mais aussi rémunéré

²⁵¹² PAISANT, Gilles. « Libres propos sur les modes alternatifs de règlement des litiges de la consommation – Variations sur *de minimis...* », *op. cit.*, n° 22, p. 777.

²⁵¹³ Art. 4, paragraphe 1.

²⁵¹⁴ Considérant n° 5 de la Directive européenne n° 2008/52/CE, précitée.

²⁵¹⁵ Le nouvel art. L. 534-7 du Code consom., introduit récemment par la loi portant réforme du crédit à la consommation, prévoit la création d'une « commission de la médiation de la consommation », placée sous la direction du directeur général de l'Institut National de la Consommation (nouvel art. L. 531-3 du Code consom.) et chargée d'émettre des avis et de proposer des mesures de toute nature pour évaluer, améliorer et diffuser les pratiques de médiation non judiciaires en matière de consommation. Elle n'est toutefois pas compétente dans le domaine des opérations de crédit (art. L. 534-7 du Code consom.), ce dont on peut regretter.

²⁵¹⁶ Ce délai a été en moyenne à 41,55 jours en 2008 ; v. le dernier bilan publié du Comité de la médiation bancaire (CMB), p. 34.

²⁵¹⁷ Art. L. 315-1, al. 2, du Code mon. fin.

²⁵¹⁸ Art. L. 315-1, al. 2, du Code mon. fin.

par l'établissement de crédit concerné. On s'est ainsi interrogé, à juste titre, sur l'impartialité des personnes choisies pour trancher les litiges avec les consommateurs²⁵¹⁹. Certes, le Comité de la médiation bancaire (CMB), organe chargé de préciser les modalités d'exercice de l'activité des médiateurs, veille à garantir leur indépendance²⁵²⁰. Peut-on cependant estimer qu'un médiateur appréciant une réclamation et constatant, par exemple, la violation des règles de forme qui régissent l'offre de crédit, tendra à suggérer la renonciation par l'établissement de crédit à son droit aux intérêts ? On peut en douter.

780. En tout cas, à en croire les bilans annuels élaborés par le CMB, les résultats d'un tel modèle de résolution des litiges semblent plutôt positifs. Le bilan publié en 2010²⁵²¹, relatif à la seule année 2008, rend compte, pour la première fois, des statistiques sur la médiation bancaire en matière d'opérations de crédit²⁵²². On signale une forte hausse de cette catégorie de litiges²⁵²³, laquelle représente désormais 17% du total des réclamations²⁵²⁴. De ce total, près d'un avis sur deux donnerait, au moins partiellement, satisfaction au client²⁵²⁵ ; on n'est toutefois pas en mesure de connaître la part qu'y prennent les seules opérations de crédit. Parmi les établissements concernés, 93% déclarent suivre systématiquement les avis des médiateurs, une proportion similaire étant identifiée du côté des clients²⁵²⁶. Le dernier bilan du CMB conclut par un constat de réussite, considérant 2008 comme « l'année de la médiation » en France²⁵²⁷.

2) Les procédures brésiliennes de médiation

781. Le mode alternatif le plus efficace de résolution des litiges de consommation au Brésil est, indiscutablement, le recours aux « procon ». Ces sortes de « procureur du consommateur » sont des organismes publics²⁵²⁸ participant au Système national de défense

²⁵¹⁹ PICOD, Yves et DAVO, Hélène. *Op. cit.*, n° 558, p. 348.

²⁵²⁰ Art. L. 615-2 du Code mon. fin. L'alinéa 3 de l'art. L. 315-1 du même Code prévoit que chaque médiateur doit établir un compte rendu annuel d'activité, lequel est transmis au gouverneur de la Banque de France et au président du comité consultatif du secteur financier. Le CMB est ainsi informé des modalités et du montant des indemnités et dédommagements versés aux médiateurs par les établissements de crédit ou les établissements de paiement. Il peut adresser des recommandations aux établissements de crédit, aux établissements de paiement et aux médiateurs.

²⁵²¹ V. le communiqué de presse de la Banque de France, du 2 févr. 2010 : <http://www.banque-france.fr/fr/institut/communiqués/2010/bilan-de-la-mediation-bancaire-2008.htm>

²⁵²² Ces procédures avaient été instituées par la loi MURCEF de 2001, mais seuls entraient dans le champ de compétence des médiateurs les litiges relatifs aux comptes de dépôt. Depuis les modifications apportées par la loi n° 2008-3 du 3 janv. 2008, les opérations de crédit en font l'objet au même titre. Le bilan du Comité de la médiation bancaire relatif à l'année 2008 révèle que cette extension a fait progresser le nombre de dossiers éligibles à la procédure de 27% à 31% (p. 21).

²⁵²³ Le bilan du comité de la médiation bancaire (CMB) pour 2008 justifie cette hausse, d'environ 24% de plus que la moyenne des réclamations, en évoquant la double incidence de l'instabilité financière et de l'extension de la compétence des médiateurs (p. 24 et 29). Un total de 5 074 dossiers reçus en 2008 ont porté sur des opérations de crédit (p. 30), mais seuls 2 030 dossiers ont fait l'objet d'un avis rendu par le médiateur (p. 32), soit environ 40%.

²⁵²⁴ Bilan CMB-2008, p. 28.

²⁵²⁵ En 2008, 30% des avis sont favorables et 17% ne sont que partiellement favorables ; 53% sont ainsi défavorables (bilan préc., p. 37).

²⁵²⁶ Bilan CMB-2008 préc., p. 40-41.

²⁵²⁷ *Idem*, p. 51. « La médiation est un processus de résolution des litiges capable de traiter rapidement des affaires complexes avec un degré de réactivité particulièrement adapté au traitement des litiges dans des circonstances difficiles » (*idem*, p. 34).

²⁵²⁸ Les procon sont créés par la loi d'un État fédéré ou d'une municipalité ; ils revêtent, le plus souvent, la forme de fondations de droit public. Il y en a actuellement 114 unités au Brésil ; v. rapport SINDEC/2009 rendu public par le Département national de défense du consommateur (DPDC).

du consommateur (SNDC)²⁵²⁹, dont la coordination appartient au Département national de défense du consommateur (DPDC) fonctionnant auprès du Ministère de la Justice²⁵³⁰. Outre les activités d'élaboration, de coordination, d'exécution et de contrôle des politiques de protection du consommateur au sein de l'unité fédérative où ils sont établis²⁵³¹, ils exercent d'importantes fonctions de médiation. Ils sont responsables, notamment, de l'accueil, de l'enregistrement et du traitement des réclamations réalisées par les consommateurs²⁵³². Lorsque le procon retient le bien-fondé d'une réclamation, celle-ci est classée comme « argumentée » (« reclamação fundamentada »)²⁵³³. Les tentatives de composition peuvent avoir lieu par différentes voies de traitement des réclamations. Le procon peut soit réaliser une tentative unilatérale de résolution, soit procéder à l'ouverture d'une procédure administrative. Dans le premier cas, il contacte directement le professionnel au vu des seules informations fournies par le consommateur, par moyen téléphonique (« assistência preliminar ») ou par lettre simple (« carta de informações preliminares »). Faute d'accord de la part du professionnel, ou lorsque l'espèce présente une certaine gravité, une procédure administrative est ouverte dans le cadre de laquelle le principe du contradictoire est respecté²⁵³⁴. L'avis ainsi rendu par le procon n'a pourtant pas de caractère contraignant pour les parties, lesquelles demeurent libres de les accepter ou non.

782. Le fichier de réclamations « SINDEC » – Celui-ci est tenu par le DPDC, qui recueille les informations fournies par les procon et publie un rapport annuel sur les réclamations reçues²⁵³⁵. Dans le rapport rendu en 2010, il est déclaré que dans 85,3% du total des réclamations réalisées en 2009 les consommateurs ont obtenu satisfaction de leurs demandes par une intervention simple, rapide et directe des procon auprès des fournisseurs concernés²⁵³⁶. Dans les cas résiduels d'ouverture d'une procédure administrative, le taux de réussite s'élève à 70% des réclamations argumentées²⁵³⁷. Les conflits avec des fournisseurs de services financiers représentent environ 21% de celles-ci²⁵³⁸. Le nombre de refus opposés par ces fournisseurs à l'issue d'une procédure administrative s'élève cependant, au-dessus de la moyenne générale, à 38,86%. Les refus dans la région sud du pays s'élèvent même à 49,18%²⁵³⁹.

²⁵²⁹ Art. 105 du Code de défense du consommateur.

²⁵³⁰ Art. 106 du Code préc.

²⁵³¹ Art. 4^o, als. I et III, du décret n^o 2.181 du 20 mars 1997.

²⁵³² Art. 4^o, als. II et IV, du décret n^o 2.181/1997.

²⁵³³ V. « Cadastro Nacional de reclamações fundamentadas 2009 », DPDC, 2010, p. 33.

²⁵³⁴ Art. 43 du décret n^o 2.181/1997.

²⁵³⁵ Art. 44 du Code de défense du consommateur.

²⁵³⁶ Ce pourcentage correspond à 609.208 réclamations; v. « Cadastro Nacional de reclamações fundamentadas 2009 », DPDC, 2010, p. 35. On peut penser que ce taux de réussite élevé se doit, en partie, au fait que l'organisme chargé de la conciliation des parties exerce également les fonctions de contrôle et de répression des infractions aux règles de protection.

²⁵³⁷ Soit 73.342 réclamations; v. « Cadastro Nacional de reclamações fundamentadas 2009 », *op. cit.*, p. 29 et 35.

²⁵³⁸ Soit 22.316 réclamations argumentées, seules celles concernant des prestataires de services de téléphonie étant plus nombreuses (39,45%); *idem*, p. 50, 76 et 78. Le rapport fournit également un classement fondé sur les critères utilisés dans le fichier national des personnes morales (CNPJ); les banques l'idèrent alors le nombre de réclamations argumentées et présentent un taux de refus de 41,51% (*idem*, p. 145).

²⁵³⁹ *Idem*, p. 76. Ceci explique, du moins en partie, le nombre très élevé de dossiers judiciaires en la matière, appréciés par le *Superior Tribunal de Justiça* provenant majoritairement de la région sud.

783. Le rapport ne révèle pourtant pas avec précision la place qu'occupent les opérations de crédit parmi les réclamations réalisées à l'encontre des fournisseurs de services financiers²⁵⁴⁰. On sait que les conflits relatifs aux intérêts rémunérateurs ainsi qu'aux frais de retard ou d'anticipation des remboursements (regroupés sous l'enseigne « problèmes de calcul »), représentent 11,55% des réclamations de ce type, tandis que ceux concernant des « problèmes sur la convention » (inexécution, altération unilatérale, irrégularités, rescision, non remise du contrat etc.) correspondent à 11,84%²⁵⁴¹. Demeurent cependant dans une zone grise, sous la désignation « problèmes de recouvrement », une large part de ces conflits (62%)²⁵⁴². Quoi qu'il en soit, le consommateur n'est satisfait à l'issue des procédures relatives spécifiquement à ce type de litiges que dans 60% des cas traités, en moyenne²⁵⁴³. Celui qui n'a pas obtenu satisfaction est alors contraint, s'il souhaite persister dans sa demande, d'avoir recours aux services d'un juge. Ce dernier constat n'est, finalement, pas nécessairement indésirable. La médiation s'inscrivant souvent dans une philosophie qu'on peut résumer par la formule « un tiens vaut mieux que deux tu l'auras », on peut lui reprocher le fait de servir les intérêts d'une partie désirent se soustraire à (au moins une partie de) ses obligations ou à ses devoirs. Dans la mesure où seul le juge peut véritablement contraindre les parties à respecter leurs engagements, le consommateur, partie faible dans le rapport de forces avec un fournisseur de crédit, aurait tout intérêt à lui soumettre l'affaire litigieuse. Qui plus est, dans une procédure judiciaire certaines règles se destinent, précisément, à rééquilibrer les positions des parties en conflit ; le consommateur peut ainsi faire valoir ses droits plus efficacement.

§ 2nd – Le rééquilibrage des positions des parties en conflit

784. La vulnérabilité du consommateur vis-à-vis d'un fournisseur de crédit se manifeste autant sur le plan contractuel que lorsque ces parties s'affrontent devant le juge. Le législateur a ainsi adopté certaines règles destinées tantôt à restreindre les pouvoirs de poursuite du créancier (A), tantôt à permettre au juge de promouvoir un rééquilibrage de la relation procédurale qu'il a pour mission de conduire (B).

A) Les restrictions apportées au droit de poursuite du fournisseur de crédit

785. L'écoulement d'un certain temps après l'inexécution d'une obligation commande, pour des impératifs d'ordre, de sécurité juridique et de paix sociale, d'empêcher les parties de

²⁵⁴⁰ Cette désignation regroupe des émetteurs de cartes de crédit (à réseaux fermés et à réseaux ouverts), des banques et des établissements de crédit spécialisés (« financeiras »).

²⁵⁴¹ « Cadastro Nacional de reclamações fundamentadas 2009 », *op. cit.*, p. 79.

²⁵⁴² Sont concernés les conflits portant sur des recouvrements indus, des procédés de recouvrement vexatoires ou difamants, des tarifs bancaires et des frais et honoraires d'avocat (*idem*, p. 79).

²⁵⁴³ *Idem*, *ib idem*.

mettre la machine judiciaire en mouvement²⁵⁴⁴. Une autre raison est aussi évoquée, relative à une volonté du législateur de protéger le débiteur²⁵⁴⁵. Devant un incident de paiement, le fournisseur de crédit tente, d'abord, de récupérer les sommes dues par des voies non contentieuses, tant le déclenchement systématique de procédures judiciaires entraînerait des coûts disproportionnés. Parfois de telles tentatives peuvent s'avérer longues et les établissements de crédits font parfois preuve de tolérance envers des débiteurs attardés. À cet égard, cependant, tout est question de politique commerciale : sous le couvert d'un esprit d'indulgence, ces mêmes établissements promeuvent souvent des pratiques fâcheuses consistant à s'abstenir pendant un laps de temps très long, dans le but de laisser les intérêts s'accumuler et d'obtenir le paiement de sommes bien plus élevées²⁵⁴⁶.

786. Certaines techniques juridiques, à l'instar de la prescription²⁵⁴⁷, sont ainsi susceptibles de restreindre le pouvoir dont dispose le créancier de faire valoir ses droits dans le temps. On affirme que le fondement historique de la prescription réside dans l'intention d'empêcher la ruine du débiteur par l'accumulation des arrérages²⁵⁴⁸. Dans les opérations de crédit, cet aspect revêt une importance capitale car le retard dans le paiement des échéances a pour effet l'accumulation d'intérêts élevés, le plus souvent capitalisés. L'extinction des

²⁵⁴⁴ AUBERT, Jean-Luc, FLOUR, Jacques et SAVAUX, Éric. « Droit civil – Les obligations », v. 3, 6^e éd., 2009, n^o 478, p. 407 ; TERRÉ, François, SIMLER, Philippe et LEQUETTE, Yves. « Droit civil – Les obligations », 9^e éd., Dalloz, 2005, n^o 1472, p. 1387.

²⁵⁴⁵ CARBONNIER, Jean. « Notes sur la prescription extinctive », RTD civ. 1952, p. 176 : « plus ordinairement, la prescription extinctive est-elle regardée comme une simple mesure de protection des débiteurs, et dès lors son caractère d'ordre public est lié et limité à cette protection » ; .

²⁵⁴⁶ V. cependant PIEDELIÈVRE, Stéphane. « Droit de la consommation », *op. cit.*, n^o 836, p. 621 : « un postulat paraît discutable, à savoir que les établissements de crédit prêteurs auraient intérêt à laisser s'accumuler des arriérés productifs d'intérêts. Ce faisant, ils accentueraient le risque de ne pas pouvoir recouvrer leurs créances sur des débiteurs qui connaissent des difficultés financières ».

²⁵⁴⁷ Un débat, certes important, sera ici évité. Il s'agit de la question divisant les conceptions, d'une part, « processualiste » et, d'autre part, « substantialiste » des effets de la prescription. Elle concerne le point de savoir si les différents mécanismes empêchant une partie de se prévaloir d'une prérogative juridique, en raison de l'écoulement du temps, éteignent le droit substantiel ou, simplement, le droit d'agir en justice. Il est vrai que, tant en droit brésilien qu'en droit français, la prescription laisse subsister une obligation « naturelle », de sorte que le débiteur qui paie après l'expiration du délai d'extinction ne peut plus répéter le montant payé (art. 882 du Code civil brésilien et art. 2249 du Code civil français). Cependant, en matière de crédit aux consommateurs cette distinction ne présente qu'un faible intérêt car l'hypothèse de paiement volontaire par le débiteur après l'expiration du délai légal ne s'avère que rarement, en cas de découverts en compte. Pour cette raison, on s'en tiendra, dans les développements qui suivent, à l'impossibilité pour le fournisseur de crédit de faire valoir son droit de créance à l'encontre du consommateur endetté. À titre de comparaison, on rappellera qu'en droit français l'art. 2219 du Code civil, issu de la loi du 17 juin 2008 de réforme du droit en matière de prescriptions, dispose que la prescription extinctive est un mode d'extinction d'un *droit* résultant de l'inaction de son titulaire pendant un certain laps de temps (v. cependant CARBONNIER, Jean. « Droit civil – Les biens, les obligations », v. II, PUF, 2004, n^o 1276, p. 2521, pour qui « la prescription elle aussi, selon la définition de l'a. 2262 [dont les dispositions ont été partiellement reprises à l'actuel art. 2224 du C. civil], éteint les actions et non les droits ». En 1952, ce même auteur avait pourtant écrit que « la prescription touche le fond du droit et peut libérer un débiteur lors même qu'il serait avéré qu'il n'a point acquitté sa dette. On dit alors que la prescription sanctionne la négligence du créancier » : v. « Notes sur la prescription extinctive », *op. cit.*, p. 181). Le législateur brésilien, à son tour, s'inspirant du droit allemand, a fait la distinction entre, d'une part, le droit subjectif, d'autre part, la « prétention » qui résulte de la « violation » de ce droit (*Schuld vs. Haftung*). La prétention s'entend du pouvoir de contrainte dont dispose son titulaire à l'encontre du débiteur. La doctrine brésilienne s'y réfère aussi comme l'« exigibilité », l'« action » en sens matériel permettant l'exercice d'un droit. Suivant l'art. 189 du C. civil, seule la prétention est éteinte par la prescription. Le droit demeure susceptible d'exécution volontaire par le débiteur. Ces deux éléments sont, en tout cas, étrangers au droit individuel de nature publique d'agir en justice, ou l'« action » procédurale, laquelle n'est jamais éteinte par la prescription.

²⁵⁴⁸ « Il y avait aussi une certaine hargne envers les créanciers, la haine canonique du prêt à intérêt déteignant sur des types plus catholiques de revenus » : CARBONNIER, Jean. « Droit civil – Les biens, les obligations », *op. cit.*, n^o 1276, p. 2520.

obligations du consommateur après l'écoulement d'un certain délai apparaîtrait ainsi comme une mesure de limitation de sa dette. La prescription est pourtant d'une technique de droit commun, qui ne procure guère au consommateur de protection de ses intérêts spécifiques. Elle comporte des délais souvent très longs qui peuvent d'ailleurs être suspendus ou interrompus. Tant au Brésil qu'en France, les prétentions que le consommateur peut avoir intérêt à faire valoir en justice à l'encontre du fournisseur du crédit sont soumises au droit commun de la prescription, notamment lorsqu'il est demandeur à l'instance²⁵⁴⁹.

787. On sait, cependant, que le consommateur défaillant est poursuivi par le fournisseur de crédit, qui engage une action en paiement devant la juridiction compétente. Dans le but d'éviter qu'une action tardive laisse les intérêts s'accumuler d'une manière excessive²⁵⁵⁰, des techniques juridiques, telles que la forclusion ou la *déchéance*²⁵⁵¹, peuvent être particulièrement utiles. Le législateur français a décidé d'adopter une telle démarche. Il a prévu non seulement une technique distincte, mais aussi un délai plus court²⁵⁵², dans le but de restreindre le droit du fournisseur de crédit de poursuivre son cocontractant en justice. L'article L. 311-52 du Code de la consommation²⁵⁵³ prévoit que les actions en paiement engagées à l'occasion de la défaillance de l'emprunteur doivent être formées « dans les deux ans de l'événement qui leur a donné naissance à peine de forclusion »²⁵⁵⁴. Le droit du fournisseur de crédit d'agir en

²⁵⁴⁹ Le propos tenu ici, de rechercher les mesures de protection du consommateur de crédit par des lois spéciales, empêche cependant une telle analyse. Pour des développements détaillés sur ce sujet, v. FLORES, Philippe et BIARDEAUD, Gérard. « Contentieux du droit de la consommation », v. 1, ENM, 2003, n° 71-1 et s. (crédit à la consom.) et 163-1 et s. (crédit immobilier).

²⁵⁵⁰ FLORES, Philippe et BIARDEAUD, Gérard. « L'office du juge et le crédit à la consommation », D. 2009, p. 2227 ; « La protection de l'emprunteur : une notion menacée », D. 2000, p. 191 ; DE LAPARRE, Marc. « La forclusion biennale et l'équilibre des relations prêteur emprunteur », Lamy dr. écon. 2002, n° 154, chr. p. 1. Comp. VIGNEAU, Vincent. JCP E 2003, 1205, note sous Cass. 1^{re} civ. 4 juin 2002 : Bull. civ. I, n° 160, pourvoi n° 00-14678, pour qui « les délais préfix, mesures de police juridique, ont pour but, d'un point de vue moralement neutre, simplement à des fins d'utilité publique, de rendre objectivement impossible l'accomplissement d'un acte ».

²⁵⁵¹ Encore en guise de comparaison, on rappellera qu'en droit brésilien un mécanisme est prévu à l'art. 207 du C. civil qui, lui, éteint le droit lui-même : il s'agit de la « *decadência* », dont on serait fort tenté de traduire en français par le mot « *déchéance* ». Or, en droit français il est communément admis que la *déchéance*, appelée aussi *forclusion* ou encore *délai préfix*, n'éteint que le droit d'agir en justice, l'action procédurale (AUBERT, Jean-Luc, FLOUR, Jacques et SAVAUX, Éric. *Op. cit.*, n° 480, p. 410-411 ; TERRÉ, François, SIMLER, Philippe et LEQUETTE, Yves. « Droit civil – Les obligations », 9^e éd., Dalloz, 2005, n° 1472, p. 1387 ; CARBONNIER, Jean. « Notes sur la prescription extinctive », RTD civ. 1952, p. 178, note 1, lequel cite les opinions de SOLUS et de VASSEUR dans le même sens). Mais on n'indique guère, pour la distinguer de la prescription, que l'impossibilité de suspension ou d'interruption, d'une part, et l'obligation pour le juge de la relever d'office, d'autre part. Cela est d'ailleurs également vrai en droit brésilien à propos de la « *decadência* », sauf la possibilité pour les parties de prévoir des délais conventionnels de ce type, auquel cas le juge ne peut plus les relever d'office (art. 211 du C. civil/2002). On s'accorde ainsi, du moins en France, pour reconnaître le faible intérêt pratique de cette distinction (AUBERT, Jean-Luc, FLOUR, Jacques et SAVAUX, Éric. *Op. cit.*, n° 504, p. 436 ;). En notre matière, elle revêt un intérêt certain à l'égard de la suspension ou de l'interruption de délais extinctifs ; il n'en va pourtant pas de même, pour les raisons évoquées ci-dessus, sur l'objet précis d'une telle extinction (le droit ou l'action).

²⁵⁵² PIEDELIÈVRE, Stéphane. « Crédit à la consommation : le point de départ du délai de forclusion de l'article L. 311-37 », Gaz. Palais 13 déc. 2003, n° 13, p. 6 ; MONACHON-DUCHÊNE, Nicolas. « Forclusion de l'action en paiement du prêteur et office du juge », JCP 2009, II, 10036 ; « Le droit du crédit à la consommation à l'épreuve des grands principes du Code Napoléon », JCP 2010, p. 475, note sous Cass. 1^{re} civ. 11 févr. 2010 : Bull. civ. I, n° 36, pourvoi n° 08-20800 : « [la loi] prévoit un délai préfix relativement court, afin que les situations d'impayés ne s'éternissent pas et ne s'enkyent pas, aux dépens d'un débiteur pour qui le temps écoulé se calcule en intérêts moratoires, au taux du contrat ».

²⁵⁵³ Remplaçant l'art. L. 311-37, à partir du 1^{er} mai 2011.

²⁵⁵⁴ Ce délai se décompte selon les règles des arts. 641 et 642 du NCPC ; ainsi, pour un impayé du 24 septembre 1990, l'action engagée par assignation du 24 septembre 1992 est recevable : Cass. 1^{re} civ. 17 mars 1998 : Bull. civ. I, n° 118, pourvoi n° 96-15567.

recouvrement de sa créance naît ainsi lorsque l'obligation du consommateur devient exigible. « Obligation » et « exigibilité » sont deux mots clés du délai biennal de forclusion car ils recèlent respectivement son objet (1) et son point de départ (2).

1) L'objet de la forclusion

788. La jurisprudence décide que l'expiration du délai biennal a pour effet de rendre le prêteur forclos pour l'intégralité de sa créance²⁵⁵⁵. On peut se demander cependant si cette solution générale ne mériterait pas d'être nuancée, afin de tenir compte des particularités propres à chaque type d'opération de crédit. Elle semble s'appliquer sans réserve pour les crédits dont la restitution du capital devenu exigible se réalise en un seul trait de temps. Cela est le cas, notamment, des découverts en compte bancaire²⁵⁵⁶. La légitimité de la solution en question peut être contestée, en revanche, dans les crédits remboursables par échéances périodiques. C'est ainsi que, suivant une jurisprudence ancienne, dans les dettes payables par termes successifs, la prescription se divise comme la dette elle-même et court contre chaque mensualité à compter de son échéance²⁵⁵⁷.

789. Sous un angle de stricte technique juridique, la solution consistant à déclarer l'impossibilité pour le fournisseur de crédit de recouvrer les remboursements non payés (voire non échus) qui datent de moins de deux ans au moment de l'introduction de l'action en paiement, peut paraître critiquable. Le mécanisme de forclusion, par un décompte à rebours de chaque échéance impayée, semblerait être une solution plus conforme à l'organisation économique du contrat. Chaque remboursement n'étant exigible qu'à une période temporelle postérieure, si le créancier ne prononce pas la déchéance du terme, les remboursements postérieurs au premier impayé demeurent inexigibles jusqu'à la date de leurs échéances respectives. Le créancier peut d'ailleurs exiger le paiement d'indemnités de retard, voire l'exécution forcée du contrat, de manière à contraindre le débiteur aux paiements périodiques convenus, même si cette dernière possibilité reste plus théorique que pratique. En tout cas, on ne peut affirmer que, d'un point de vue juridique, ces facultés font du prêteur le « maître arbitraire du délai de forclusion ».

²⁵⁵⁵ V., par exemple, Cass. 1^{re} civ. 23 juin 1993 : Bull. civ. I, n° 231, pourvoi n° 91-18527 ; Cass. ass. plén. 6 juin 2003 : Bull. A. P. n° 6, pourvoi n° 01-12453. V. les critiques de PIEDELIÈVRE, Stéphane. « Crédit à la consommation : le point de départ du délai de forclusion de l'article L. 311-37 », *op. cit.*, n° 13, p. 6 ; LAGARDE, Xavier. « Forclusion biennale et crédit à la consommation – La réforme de l'article L. 311-37 du Code de la consommation », JCP E 2002, n° 1116, p. 1230, n° 4 ; MARTIN, Didier R. « De la renégociation du prêt ou le syndrome d'Édouard », *Rev. dr. banc. et bourse* 1999, n° 74, p. 108, pour qui la réglementation du crédit à la consommation est un « droit de la mauvaise foi et de la geignardise érigées en système ».

²⁵⁵⁶ La solution arrêtée par la jurisprudence française à propos de découverts en compte d'un montant et d'une durée indéterminés renforce ce raisonnement : seul le terme ou la résiliation du contrat – laquelle peut, dans ce cas, être unilatérale – rend la dette exigible et fait courir le délai de forclusion pour la totalité du solde. V. *infra*.

²⁵⁵⁷ Soc. 13 déc. 1945 : D. 1946. 137 ; l'affaire concernait, certes, un contrat de travail, où l'élément crédit est normalement absent, mais la décision se fonde sur l'ancien art. 2257, al. 4 du Code civil, aux termes duquel la prescription ne court pas, pour les créances à terme, jusqu'à ce que l'échéance soit arrivée. V. Planiol et Ripert, *Traité prat. De droit civil français*, t. 7, Obligations par Radouant, n° 1353. MAYER, Michel et PINON, René. *Gaz. Pal.* 16 avril 1987, p. 187, note sous Cass. 1^{re} civ. 9 déc. 1986 : Bull. civ., I, n° 293, pourvoi n° 85-11263 ;

790. On pourrait sans doute arguer du fait que le débiteur qui ne paie plus n'a pas l'intention d'exécuter le contrat dans son intégralité, auquel cas il n'y aurait pas de sens à attendre les échéances à venir pour compter autant de délais de forclusion respectifs. Cependant, le débiteur qui n'entend plus exécuter ses obligations conventionnelles doit rechercher à résilier le contrat, ce qu'il ne peut faire *a priori* qu'en payant le montant restant dû. Certes, s'il agit en justice pour faire déclarer la résiliation du contrat pour défaillance de sa part, le délai de forclusion se trouvera, de ce même fait, automatiquement interrompu et le débiteur sera contraint de payer sa dette²⁵⁵⁸. Il est pourtant difficile d'admettre qu'une communication au créancier indiquant son intention de ne plus exécuter le contrat puisse, sans l'accord de celui-ci, avoir pour effet de déclencher le délai de forclusion pour la totalité du montant de la dette à échoir.

791. Pour ces raisons, le mécanisme suivant lequel la forclusion de l'action pour recouvrer des échéances impayées n'est acquise que pour celles datant de plus de deux ans, antérieurement à la date de l'introduction de l'action²⁵⁵⁹, apparaît légitime, du moins d'un point de vue strictement technique. Il n'est ainsi point besoin, pour le justifier, d'évoquer l'injustice de la solution jurisprudentielle devant le sens de tolérance, d'indulgence²⁵⁶⁰, ou d'humanité²⁵⁶¹ dont font preuve les établissements de crédit lorsqu'ils attendent longtemps pour exiger le paiement de leurs créances. On pourrait même y voir, par exemple, le contrepoint de la solution suivant laquelle la capitalisation des intérêts ne peut s'opérer, pour chaque remboursement impayé individuellement considéré, qu'à partir d'une année entière consécutive à l'échéance respective. Dans ce cas, le créancier ne peut pas prétendre à la capitalisation des intérêts contenus dans les échéances impayées de moins d'un an, lors de l'introduction de l'action en remboursement de la dette²⁵⁶².

792. La technique juridique ne semble pour autant pas invincible. On peut comprendre que le juge, interprétant la loi de protection, entende restreindre le droit du créancier au recouvrement de ses créances. En matière de crédit, une application techniciste de la règle juridique contribuerait à accroître la dette de l'emprunteur par l'accumulation d'intérêts, souvent très élevés. Dans cet esprit, plus qu'une technique alternative, la perte du droit d'agir pour recouvrer la totalité de la dette semblerait intervenir comme une mesure d'équité. Elle ne va

²⁵⁵⁸ Pour des demandes reconventionnelles interrompant le délai de forclusion, v. Cass. 1^{re} civ. 13 nov. 2008 : Bull. civ. I, n° 256, pourvoi n° 06-21745.

²⁵⁵⁹ Autrement dit, par un décompte à rebours, à partir de la deuxième année consécutive à chacune des échéances impayées.

²⁵⁶⁰ LAGARDE, Xavier. « Forclusion biennale et crédit à la consommation – La réforme de l'article L. 311-37 du Code de la consommation », JCP E 2002, n° 1116, p. 1229, n° 3.

²⁵⁶¹ FADLALLAH, Ibrahim. « Point de départ du délai de forclusion biennal dans le cas d'une ouverture de crédit consentie sous forme de découvert en compte reconstituable », JCP E 2004, n° 32, p. 43, n° 7.

²⁵⁶² Un auteur fait allusion au système de « calculs à rebours » résultant de la prescription quinquennale de l'action en nullité de la stipulation d'intérêts formellement irrégulière, pour suggérer la même solution : v. LAGARDE, Xavier. « Forclusion biennale et crédit à la consommation – La réforme de l'article L. 311-37 du Code de la consommation », JCP E 2002, n° 1116, p. 1230, n° 4. À l'inverse de la technique dont il est question ici, ladite prescription a pour effet d'empêcher le paiement d'intérêts facturés dans les cinq ans ayant couru antérieurement à l'action.

cependant pas sans difficultés pour établir le point de départ dudit délai, qu'il s'agisse de prêts classiques ou de découverts en compte.

2) Le point de départ du délai de forclusion

793. Interprétant l'article L. 311-37 du Code de la consommation, la jurisprudence érige, comme règle générale, que le délai biennal, qui n'est susceptible ni d'interruption ni de suspension, court à compter du « premier incident de paiement non régularisé »²⁵⁶³. Afin de tenir compte de la spécificité de certaines opérations de crédit, les juges ont dû établir des règles distinctes visant à caractériser le premier incident de paiement non régularisé. Ici encore, le mécanisme de la forclusion se distingue suivant qu'il s'agit d'un prêt classique (a) ou d'opérations de crédit en compte (b).

a) La forclusion et les prêts classiques

794. Dans ce type d'opérations, il se peut que le consommateur ne paie pas une ou quelques unes des échéances du prêt. *A priori* l'impayé caractérise le départ du délai de forclusion²⁵⁶⁴. Cet incident peut toutefois être régularisé, ce qui aura pour effet d'effacer le cours du délai acquis. La régularisation d'une échéance impayée peut intervenir de différentes manières, par exemple, par un nouvel accord conclu avec le débiteur dans le but de réaménager la dette²⁵⁶⁵, ou par les paiements postérieurs effectués par le débiteur²⁵⁶⁶. Elle ne peut cependant intervenir que si le fournisseur de crédit n'a pas prononcé la déchéance du terme car, dans ce cas, la totalité des sommes dues sont rendues immédiatement exigibles. Il n'est dès lors plus possible d'affecter un paiement ultérieur à une échéance impayée déterminée²⁵⁶⁷. Les paiements réalisés ultérieurement ne le sont qu'à titre de simples acomptes sur le montant dû, insusceptibles d'aboutir à une régularisation²⁵⁶⁸. Le créancier doit alors, à peine de forclusion, agir en justice dans les deux ans qui suivent le premier impayé non régularisé avant la déchéance du terme²⁵⁶⁹. Par ailleurs, il ne peut, passé ce délai, agir en

²⁵⁶³ Cass. 1^{re} civ. 22 avr. 1992 : Bull. civ. I, n° 131, pourvoi n° 89-10790.

²⁵⁶⁴ Cass. 1^{re} civ. 9 déc. 1986 : Bull. civ. I, n° 293, pourvoi n° 85-11263.

²⁵⁶⁵ Cass. 1^{re} civ. 22 avr. 1992 : Bull. civ. I, n° 130, pourvoi n° 90-14664.

²⁵⁶⁶ Cass. 1^{re} civ. 22 avr. 1992 : Bull. civ. I, n° 132, pourvoi n° 90-13277.

²⁵⁶⁷ L'art. L. 311-52, al. 1^{er}, premièrement, créé par la loi de réforme du crédit à la consommation prévoit ainsi que l'événement caractérisant le point de départ du délai de forclusion est le non-paiement des sommes dues à la suite de la résiliation du contrat ou de son terme.

²⁵⁶⁸ Cass. 1^{re} civ. 22 avr. 1992 : Bull. civ. I, n° 133, pourvoi n° 90-14889.

²⁵⁶⁹ La citation donnée même devant un juge incompétent interrompt le délai de forclusion : Cass. 1^{re} civ. 9 juill. 2009 : Bull. civ. I, n° 174, pourvoi n° 08-16847. Rendue sur le visa de l'ancien art. 2246 du Code civil relatif à la prescription, cette solution est confirmée par l'art. 2241 du Code civil. V., en dernier lieu, Cass. 1^{re} civ. 11 mars 2010 : inédit, pourvoi n° 08-12314 ; Cass. 1^{re} civ. 11 mars 2010 : inédit, pourvoi n° 08-19802 (requête en injonction de payer présentée mais non signifiée avant l'expiration du délai biennal). Auparavant, il avait été jugé que l'action portée devant le tribunal de commerce n'interrompt pas le délai de forclusion : Cass. 1^{re} civ. 10 déc. 1996 : Bull. civ. I, n° 446, pourvoi n° 94-20323. L'action était pourtant engagée si des conclusions avaient été signifiées à la cour d'appel dans le délai légal, alors même que l'action était introduite devant un juge incompétent : Cass. 1^{re} civ. 10 déc. 1996 : Bull. civ. I, n° 446, pourvoi n° 95-10463. La demande est également recevable si l'assignation en référé-provision est délivrée avant l'expiration du délai de deux ans devant le tribunal compétent : Cass. 1^{re} civ. 1^{er} juin 1999 : Bull. civ. I, n° 185, pourvoi n° 97-15297.

réduisant sa demande aux échéances postérieures car cela conduirait à lui laisser la maîtrise arbitraire du délai de forclusion²⁵⁷⁰.

795. L'article L. 311-52, alinéa 1^{er}, deuxièmement, du Code de la consommation, créé par la loi portant réforme du crédit à la consommation, prévoit ainsi que l'événement caractérisant le point de départ du délai de forclusion est « le non-paiement des sommes dues à la suite de la résiliation du contrat ou de son terme ; ou le premier incident de paiement non régularisé »²⁵⁷¹. Une interprétation de ce dispositif conformément à la jurisprudence actuelle commande de retenir, parmi ces événements, celui qui échoit le premier, chronologiquement. On peut regretter cependant que le législateur n'ait apporté aucune précision sur les modalités de régularisation de l'impayé²⁵⁷². La jurisprudence de la Cour de cassation, suivant laquelle les paiements ultérieurs s'imputent sur les échéances les plus anciennes, demeure ainsi de rigueur²⁵⁷³.

796. Les risques qu'encourt le créancier en laissant s'accumuler des échéances impayées doivent pourtant le conduire à adopter une démarche active. Il sera incité à inviter le consommateur à conclure une convention de réaménagement de sa dette. Dans ce cas, le point de départ du délai de forclusion est encore reporté. L'article L. 311-52, al. 2, du Code consom.²⁵⁷⁴, créé par la loi portant réforme du crédit à la consommation, prévoit que « lorsque les modalités de règlement des échéances impayées ont fait l'objet d'un réaménagement ou d'un rééchelonnement, le point de départ du délai de forclusion est le premier incident non régularisé intervenu après le premier aménagement ou rééchelonnement conclu entre les intéressés ou après adoption du plan conventionnel de redressement prévu à l'article L. 331-6 ou après décision de la commission imposant les mesures prévues à l'article L. 331-7 ou la décision du juge de l'exécution homologuant les mesures prévues à l'article L. 331-7-1 »²⁵⁷⁵. Quoi qu'il en soit, les modalités les plus pratiquées d'opérations de crédit sont toujours remboursables par échéances périodiques prélevées sur un compte. Cette pratique soulève encore d'autres difficultés de détermination du point de départ du délai de forclusion.

²⁵⁷⁰ Cass. 1^{re} civ. 23 juin 1993 : Bull. civ. I, n° 231, pourvoi n° 91-18527.

²⁵⁷¹ C'est nous qui avons souligné.

²⁵⁷² Sur cette question, posée dans le cadre des crédits renouvelables, v. FADLALLAH, Ibrahim. « Point de départ du délai de forclusion biennal dans le cas d'une ouverture de crédit consentie sous forme d'un découvert en compte reconstituable », JCP E 2004, n° 32, p. 42, n° 5, note sous Cass. ass. plén. 6 juin 2003 : Bull. A. P. n° 6, pourvoi n° 01-12453.

²⁵⁷³ Cass. 1^{re} civ. 10 décembre 1996 : Bull. civ. I, n° 446, pourvoi n° 95-12890. FLORES, Philippe et BIARDEAUD, Gérard. *Op. cit.*, n° 52-1, se fondant sur la première phrase de l'art. 1256 du Code civil, soutiennent cependant une solution encore plus favorable au consommateur, à savoir que les paiements ultérieurs soient imputés sur les échéances les plus proches. Bien que ce ne soit pas la solution adoptée par la Cour de cassation, celle-ci a rappelé que les parties pouvaient parfaitement décider d'affecter les versements du débiteur aux échéances les plus récentes, et qu'une telle décision pouvait se déduire du décompte établi par le créancier : Cass. 1^{re} civ. 29 octobre 2002 : Bull. civ. I, n° 252, pourvoi n° 00-11958. Enfin, les auteurs mentionnés affirment que « le recours aux dispositions de l'article 1256 reste en toute hypothèse applicable aux loyers des locations financières ». Ils se fondent sur une jurisprudence rendue à propos de loyers résidentiels : Civ. 2^e, 20 avril 1967, D. 1967 p. 549.

²⁵⁷⁴ Ce dispositif reprend et modifie la rédaction de l'art. L. 311-37, al. 2, du même Code.

²⁵⁷⁵ En cas de réaménagement des échéances impayées d'un crédit consenti à plusieurs emprunteurs, le report du point de départ du délai biennal de forclusion n'est pas opposable à l'emprunteur, fût-il tenu solidairement, qui n'a pas souscrit l'acte de réaménagement, à moins qu'il n'ait manifesté la volonté d'en bénéficier : Cass. 1^{re} civ. 11 févr. 2010, préc., pourvoi n° 08-20800.

b) La forclusion et les découverts en compte

797. Ces opérations se distinguent des prêts classiques en ce qu'elles ne prévoient pas de paiements par échéances périodiques. Les dernières réformes législatives ont modifié le droit positif en la matière. Encore faut-il distinguer entre les conventions de découvert qui se forment par accord tacite ou par accord exprès.

798. Les découverts tacites – Pour ceux-ci, la jurisprudence avait fixé une solution simple. Le point de départ du délai de forclusion était la date de la résiliation du découvert par l'une ou l'autre des parties²⁵⁷⁶. Elle l'a étendue aux cas où le découvert tacite était alimenté par les seules échéances d'un prêt, prélevées sur un compte ouvert uniquement à cette fin²⁵⁷⁷. Les organismes bancaires soutenaient que la fusion dans le solde du compte des prélèvements qui y étaient inscrits opérait un effet de règlement des échéances impayées²⁵⁷⁸. Dans ces cas, le fournisseur de crédit resterait maître du délai de forclusion car le consommateur défaillant, à supposer même qu'il aurait donné son accord à la formation du découvert, ne prend jamais le soin de signaler au banquier son intention de mettre fin à la convention²⁵⁷⁹. Cette solution est pourtant écartée lorsqu'on se trouve en présence d'une autorisation expresse de découvert limitée par un plafond convenu.

799. Les découverts exprès – Pour éviter que le prêteur ne puisse reporter les effets de la forclusion à son seul gré, la jurisprudence décide que les échéances d'un prêt prélevées sur ce découvert ne sont payées que dans la limite du plafond autorisé. Dès lors que celui-ci est franchi, l'échéance correspondante est tenue pour impayée et, en l'absence de restauration du découvert, elle marque le point de départ du délai de forclusion de l'action en recouvrement du prêt²⁵⁸⁰. Cette solution a été étendue aux cas où le dépassement du découvert autorisé n'est

²⁵⁷⁶ Cass. avis 9 octobre 1992 : Bull. avis n° 1, pourvoi n° 92-04000 ; JCP G 1993, II, n° 22024, note MORGAN DE RIVERY-GUILLAUD, Anne-Marjke ; Cass. 1^{re} civ. 1^{er} juin 1999 : Bull. civ. I, n° 186, pourvoi n° 97-19119 ; Cass. 1^{re} civ. 23 mai 2000 : Bull. civ. I, n° 156, pourvoi n° 97-21866.

²⁵⁷⁷ Cass. 1^{re} civ. 7 janv. 1997 : inédit, pourvoi n° 95-12626. Il en sera ainsi *a fortiori* si le solde débiteur préexistait au prêt : Cass. civ. 1^{re} 17 mars 1998 : Bull. civ. I, n° 118, pourvoi n° 96-15567 ; Cass. 1^{re} civ. 18 février 1997 : Bull. civ. I, n° 66, pourvoi n° 94-18017.

²⁵⁷⁸ Ces prélèvements opèrent « paiement lorsque le compte fonctionnait à découvert conformément à une convention distincte, expresse ou tacite, entre le prêteur et l'emprunteur » : avis n° 04/92 du 9 octobre 1992.

²⁵⁷⁹ Cass. 1^{re} civ. 30 mars 1994 : Bull. civ. I, n° 126, pourvoi n° 92-17048 ; JCP 1995, II, 22405, note GRAMAIZE, P. ; Cass. 1^{re} civ. 17 mars 1998 : Bull. civ. I, n° 118, pourvoi n° 96-15567 ; Civ. 1^e, 9 juin 1998 : Bull. civ. I, n° 206, pourvoi n° 96-14130 ; JCP E 1998, p. 1233, note BOUTEILLER, Patrice. Encore faut-il que le découvert tacite soit une convention distincte du prêt. Si le découvert lui-même est irrégulier pour ne pas respecter les formalités relatives à l'offre préalable, le prêteur est sans doute déchu du droit aux intérêts (découlant du découvert lui-même : Cass. 1^{re} civ. 30 mars 1994, préc.), mais il évite la forclusion de l'action en paiement du principal. Le découvert étant par ailleurs à montant indéterminé, les échéances du prêt inscrites au débit du compte sont tenues pour payées, et le délai de forclusion ne court point. Pour cette raison, certains auteurs avaient suggéré que si le compte présente un solde débiteur composé exclusivement de prélèvements relatifs aux échéances du prêt, le point de départ du délai de forclusion est la date de la première inscription rendant le solde du compte débiteur : v. FLORES, Philippe et BIARDEAUD, Gérard. « Contentieux du droit de la consommation », *op. cit.*, n° 55-1, p. 65. Ils rappellent d'ailleurs que la transformation « forcée » d'un solde débiteur composé de mensualités impayées en une ouverture de crédit, aurait pour conséquence la capitalisation des intérêts déjà inclus dans ces mensualités. Outre l'interdiction de la capitalisation d'intérêts de moins d'un an prévue à l'article 1154 du Code civil, une telle capitalisation serait exclue par l'article L. 311-32 (nouvel L. 311-23) du Code consom., en ce qu'elle constitue une charge supplémentaire par rapport aux prévisions des arts. L. 311-30 (nouvel L. 311-24) et D. 311-12 du même code.

²⁵⁸⁰ Cass. 1^{re} civ. 23 mai 2000 : Bull. civ. I, n° 157, pourvoi n° 98-11715 ; v. FLORES, Philippe et BIARDEAUD, Gérard. « Les enseignements de l'arrêt Delmotte », D. 2001, Jur. p. 1164.

pas causé par le prélèvement d'échéances d'un prêt²⁵⁸¹. On pourrait penser que, dans ces cas, le dépassement du plafond autorisé relève d'un accord entre les parties pour l'établissement d'un découvert tacite d'un montant plus élevé²⁵⁸². La Cour de cassation rejette cette idée en précisant qu'« une convention tacite de découvert est incompatible avec la conclusion préalable d'une convention expresse de découvert d'un montant déterminé sur un même compte »²⁵⁸³. Ici encore, ce dépassement peut être régularisé par la restauration du découvert autorisé, ce qui a pour effet d'interrompre le délai de forclusion²⁵⁸⁴. Plus récemment il a été décidé que le mécanisme de la forclusion ne peut être mis en échec par le procédé consistant à qualifier de « compte courant » celui sur lequel le découvert est autorisé²⁵⁸⁵. Enfin, sans les remettre totalement en cause, la récente réforme du crédit à la consommation modifie les solutions établies par la jurisprudence.

800. La réforme du crédit à la consommation en matière de découverts – À partir du 1^{er} mai 2011, tant les découverts tacites que les découverts autorisés dont le plafond est franchi sont définis, quelle qu'en soit la cause, comme des « dépassements »²⁵⁸⁶. Dans les opérations conclues avec les consommateurs, ces événements sont dès lors perçus par le législateur comme indésirables²⁵⁸⁷ : ils doivent être régularisés dans un délai de trois mois, soit par la conclusion d'un autre type d'opération de crédit²⁵⁸⁸, soit par la remise à zéro du solde débiteur du compte (pour les découverts tacites), soit encore par la restauration du découvert

²⁵⁸¹ Cass. 1^{re} civ. 7 déc. 2004 : Bull. civ. I, n° 305, pourvoi n° 03-19862 ; CCC 2005, comm. n° 54, note RAYMOND, Guy ; on rappellera qu'entrent dans le champ d'application du dispositif du Code de la consommation sur la forclusion, à partir du 1^{er} mai 2011, toutes les autorisations de découvert remboursables dans un délai supérieur à un mois (nouvel art. L. 311-42).

²⁵⁸² En ce sens, v. auparavant : Cass. 1^{re} civ. 4 juin 1996 : Bull. civ. I, n° 238, pourvoi n° 94-15862

²⁵⁸³ Cass. 1^{re} civ. 7 déc. 2004 : Bull. civ. n° 304, pourvoi n° 02-20267 ; JCP 2005, IV, 1153 ; Cass. 1^{re} civ. 4 juin 2002 : Bull. civ. I, n° 160, pourvoi n° 00-14678 ; D. 2002, AJ p. 2120, obs. RONDEY, Céline ; DE LAPARRE, Marc. « La forclusion biennale et l'équilibre des relations prêteur emprunteur », Bull. Lamy dr. écon. 2002, n° 154, chr. p. 1, pour qui « la Cour de cassation ne condamne pas la convention tacite de découvert, mais seulement son association à une convention expresse ». On pourrait d'ailleurs, dans un élan techniciste, être tenté de considérer que, le montant du plafond du découvert initialement convenu n'étant pas exigible du fait de son seul dépassement, il échapperait à la forclusion. Le point de départ du délai de forclusion de l'action en paiement des sommes prêtées, à concurrence dudit plafond, serait ainsi reporté à la date de la clôture du compte ; les sommes excédant ce plafond demeurant impayées, elles seraient seules dès lors exigibles.

²⁵⁸⁴ Cass. 1^{re} civ. 7 déc. 2004, pourvoi n° 02-20267, préc. Suivant ce même arrêt, les parties peuvent cependant convenir qu'un tel incident entraîne la résiliation de plein droit du découvert autorisé. Dans ce cas, la banque doit agir dans les deux ans de ce premier dépassement. *Contra*, à propos d'une clause identique, « dépourvue de valeur », insérée dans un contrat de prêt affecté, v. Cass. 1^{re} civ. 7 juill. 1998 : Bull. civ. I, n° 241, pourvoi n° 96-16161.

²⁵⁸⁵ Civ. 1^{re} civ. 22 janv. 2009 : Bull. civ. I, n° 10, pourvoi n° 06-15370 ; D. 2009. AJ. 427.

²⁵⁸⁶ Le nouvel art. L. 311-1, 11^o, du Code consom. définit un dépassement comme un découvert tacitement accepté en vertu duquel un prêteur autorise l'emprunteur à disposer de fonds qui dépassent le solde de son compte de dépôt ou de l'autorisation de découvert convenue. On est tenté de croire que la jurisprudence appliquera les règles du Code quand bien même le banquier nommera la convention « compte courant ». V. n° 464 *supra*.

²⁵⁸⁷ Le législateur semblerait alors, à terme, avoir suivi la jurisprudence ; v. auparavant PIEDELIÈVRE, Stéphane. « Crédit à la consommation : le point de départ du délai de forclusion de l'article L. 311-37 », *op. cit.*, n° 15, p. 7 : « le législateur n'a pas voulu pénaliser les découverts de moins de trois mois qui sont souvent tacites ; il les a jugés utiles et peu dangereux pour le consommateur. De son côté, la jurisprudence pénalise cette technique en considérant qu'elle constitue l'événement fixant le point de départ du délai de forclusion ».

²⁵⁸⁸ Art. L. 311-47 du Code consom., créé par la loi de 2010 de réforme du crédit à la consommation. Cette soupape laisse pourtant au prêteur une marge de manœuvre limitée car il pourrait engager sa responsabilité civile pour octroi de crédit abusif. V. n° 929 et s. *infra*.

autorisé²⁵⁸⁹. Une régularisation réalisée dans le délai de trois mois produirait des effets à l'égard des deux opérations, en cas de prélèvements d'un prêt sur le montant d'un découvert. La question reste pourtant ouverte lorsque la régularisation n'intervient qu'après un trimestre.

801. Il serait logique de penser que la régularisation du dépassement réalisée dans un délai de deux ans – par exemple, par la restauration du découvert – aboutirait à ce même résultat, par l'interruption du délai de forclusion. Cela semble d'ailleurs demeurer le cas pour les prêts car la référence au délai de trois mois contenue à l'article L. 311-52, al. 1^{er}, quatrième, du Code de la consommation ne concerne que « le dépassement, au sens du 11° de l'article L. 311-1 ». Toutefois, si on l'admet également pour le découvert, la mention légale d'un trimestre devient inutile. Si l'on tire de la loi toutes ses conséquences, il faut sans doute déduire qu'une régularisation postérieure à trois mois est sans incidence sur le délai de forclusion ; le prêteur serait alors contraint d'agir, dans le délai de deux ans à compter du premier dépassement, en paiement de l'éventuel solde débiteur du découvert existant à la date de l'introduction de l'action²⁵⁹⁰. Cette solution aboutirait à un effet similaire au mécanisme d'imputation des paiements postérieurs sur les échéances les plus récentes, comme si le premier dépassement qui n'était régularisé que tardivement demeurait fatalement impayé²⁵⁹¹. Elle est, il est vrai, plus sévère à l'égard des fournisseurs de crédit. On pourrait aussi, de manière moins audacieuse, interpréter le dispositif légal dans le sens où le seul effet résultant du non respect du délai trimestriel serait la déchéance du droit aux intérêts²⁵⁹². En tout cas, ces incertitudes démontrent bien que la réforme du crédit à la consommation ne diminuera pas forcément les difficultés que le juge devra affronter dans l'interprétation de la loi. Cette observation est d'ailleurs encore plus vraie pour les opérations de crédit renouvelable car celles-ci comportent typiquement un prêt remboursable par paiements périodiques couplé avec une ouverture de crédit en compte²⁵⁹³.

²⁵⁸⁹ L'art. L. 311-52, al. 1^{er}, quatrième, renvoie au délai de trois mois prévu à l'art. L. 311-47 nouveau du Code consom. En toute logique, le cours de ce délai est effacé en cas de paiement intégral du solde débiteur généré par un dépassement.

²⁵⁹⁰ Les solutions sembleraient encore se distinguer suivant la nature du découvert. S'il s'agit d'un découvert tacite, le solde débiteur existant à la date de la citation comprendrait les seules échéances du prêt, tenues pour impayées. L'action serait forclosée dans les deux années du premier dépassement. Dans tous les cas, cependant, il faut admettre qu'une restauration totale du solde débiteur du découvert dans ce délai aurait pour effet d'interrompre la forclusion. S'agissant, en revanche, d'un découvert autorisé, l'action introduite deux ans après le premier dépassement restauré tardivement serait sans doute forclosée pour le recouvrement de l'éventuel solde débiteur existant à la date de la citation, mais elle ne le serait pas nécessairement à l'égard de l'action en recouvrement du montant du prêt restant dû. Sur l'autonomie des délais de forclusion dans ce type d'opérations, v. le commentaire de RAYMOND, Guy. CCC 2006, comm. n° 86, sous Cass. 1^{re} civ. 22 janv. 2009 : Bull. civ. I, n° 10, pourvoi n° 06-15370 : « la forclusion du prêt dont l'échéance est inscrite en compte courant a son autonomie propre, différente de celle du découvert ».

²⁵⁹¹ Sur cette idée, v. FLORES, Philippe et BIARDEAUD, Gérard. « Le contentieux du droit de la consommation », *op. cit.*, n° 52-1. les auteurs admettent cependant qu'un ancien impayé puisse être régularisé si un paiement supplémentaire est réalisé en sus des échéances postérieures, ce qui ne serait pas le cas dans le raisonnement tenu ci-dessus.

²⁵⁹² Art. L. 311-47 du Code de la consommation : « lorsque le dépassement se prolonge au-delà de trois mois, le prêteur propose sans délai à l'emprunteur un autre type d'opération de crédit au sens de l'article L. 311-2, dans les conditions régies par le présent chapitre ».

²⁵⁹³ Rapp. FLORES, Philippe et BIARDEAUD, Gérard. « Le contentieux du droit de la consommation », *op. cit.*, n° 55-1, p. 66 : « les comptes permanents sont, rappelons-le, de simples avatars des crédits classiques et ne peuvent

802. Le point de départ du délai de forclusion dans les crédits renouvelables –

Dans ce type d'opérations, une ouverture de crédit est assortie d'une obligation de remboursement à échéances convenues. Les établissements de crédit, se voyant opposer la forclusion lorsqu'ils poursuivaient le consommateur en paiement, soutenaient que le délai biennal ne courait qu'à partir de la date de la résiliation de l'ouverture de crédit. Après une certaine hésitation²⁵⁹⁴, l'assemblée plénière de la Cour de cassation a décidé en 2003 d'appliquer à ce type d'opérations la solution générale établie pour les prêts classiques : le délai de forclusion court à compter de la première échéance impayée non régularisée²⁵⁹⁵. Afin de se soustraire à cette solution, les établissements de crédit ont imaginé certains procédés, aussitôt dénoncés par la doctrine²⁵⁹⁶. Ils consistent dans des « annulations de retard », c'est-à-dire des remises de dette réalisées unilatéralement par le fournisseur de crédit et destinées à effacer les incidents de paiement intervenus deux ans auparavant. Ces annulations auraient ainsi pour effet de reporter le délai biennal de forclusion, ce qui reviendrait à contourner la finalité de la loi par des agissements d'une légitimité contestable.

803. Enfin, en 2005, les circonstances d'un cas d'espèce ont amené les magistrats de la première chambre civile de la Cour de cassation, dans un litige relatif également à un crédit renouvelable, à prendre une décision qui se rapprochait plus de la solution établie pour les découverts en compte que de celle retenue par son assemblée plénière en 2003²⁵⁹⁷. Une consommatrice avait utilisé certaines sommes d'un crédit renouvelable remboursable par paiements périodiques. En 1995, elle a fini par dépasser le plafond initialement convenu, en raison de retraits ultérieurs réalisés sur le même compte, alors même qu'elle continuait d'effectuer les remboursements minima convenus. Défaillante dès 1998, elle a été assignée par le prêteur en paiement, en 1999 ; action à laquelle elle a opposé la forclusion. Les juges du fond avaient accueilli ce moyen, en constatant que « le dépassement n'avait jamais été régularisé et qu'au contraire la situation débitrice du compte n'avait cessé de s'aggraver en raison de l'importance des retraits effectués et de l'insuffisance des dépôts réalisés ». La Cour de cassation approuve ainsi la cour d'appel d'avoir « considéré que ce dépassement constituait un incident de paiement manifestant la défaillance de l'emprunteur » et décide que le délai de forclusion court « à compter du moment où le montant du dépassement maximum convenu n'est pas régularisé ».

être assimilés aux découverts en compte » ; *contra*, v. FADALLAH, Ibrahim. « Point de départ du délai de forclusion biennal dans le cas d'une ouverture de crédit consentie sous forme de découvert en compte reconstituable », *op. cit.*, p. 42, n° 3 : « il n'y a rien de commun entre les échéances d'un prêt et les mensualités du crédit reconstituable ».

²⁵⁹⁴ Cass. 1^{re} civ. 9 mars 1999 : Bull. civ. I, n° 85, pourvoi n° 96-12053. V. aussi, sur renvoi, TI Paris XII^e, 8 mars 2001 ; FLORES, Philippe et BIARDEAUD, Gérard. « Forclusion de l'action en paiement du solde d'une ouverture de crédit : la rébellion du juge de renvoi », LPA 15 mars 2002, n° 54, p. 15.

²⁵⁹⁵ Cass. ass. plén. 6 juin 2003 : Bull. ass. plén., n° 6, pourvoi n° 01-12453 ; CCC 2003 n° 132, obs. RAYMOND, Guy.

²⁵⁹⁶ PIEDELIÈVRE, Stéphane. « Crédit à la consommation : le point de départ du délai de forclusion de l'article L 311-37 », *op. cit.*, n° 19, p. 8 ; FLORES, Philippe et BIARDEAUD, Gérard. « Le contentieux du droit de la consommation », *op. cit.*, n° 56-1, p. 70.

²⁵⁹⁷ Cass. 1^{re} civ. 30 mars 2005 : Bull. civ. I, n° 159, pourvoi n° 02-13765 ; CCC 2005, n° 141, obs. RAYMOND, Guy.

804. La préoccupation des magistrats à l'égard de l'aggravation de la situation d'endettement de l'emprunteuse ressort très clairement de cette décision. Le montage économique de l'opération permettait à l'établissement de crédit de donner une image de solvabilité à sa débitrice en lui faisant payer des remboursements mensuels minima, alors que les encours du crédit puisés à la même source auraient largement pu dépasser le plafond autorisé. À faire prévaloir la solution retenue en 2003, le fournisseur de crédit réussirait à reporter le départ du délai de forclusion, en dernière analyse, en incitant la débitrice à faire de nouveaux retraits dans le but, précisément, de payer les échéances les plus anciennes.

805. Il ne semble pas que la Cour de cassation ait décidé d'abandonner la solution de 2003 pour ce type d'opérations²⁵⁹⁸. Les circonstances de l'affaire et la motivation des magistrats conduisent plutôt à déduire que, pour eux, le point de départ du délai biennal court à compter du premier événement échu parmi les deux hypothèses suivantes : soit un incident de paiement non régularisé, soit le dépassement du plafond initialement autorisé. C'est aussi ce qu'on peut inférer d'une décision récente de la Cour de cassation²⁵⁹⁹ : elle a censuré une cour d'appel d'avoir retenu que « le dépassement du découvert autorisé en compte courant *ainsi*²⁶⁰⁰ que le prélèvement des échéances de remboursement d'un prêt sur ce compte courant, non immédiatement couvert par des remises de fonds, ne peut constituer le point de départ du délai biennal de forclusion ». Elle pose ensuite le principe « qu'il ne peut être fait échec aux règles d'ordre public relatives à la détermination du délai biennal de forclusion propre au crédit à la consommation par l'inscription en compte courant *soit* de l'échéance d'un prêt, *soit*, en cas d'octroi d'un découvert, d'une somme dépassant le montant de celui-ci »²⁶⁰¹. Certes, l'opération litigieuse n'avait pas été nommée « crédit renouvelable » par les parties. Son mécanisme de remboursement ressemblait pourtant à celui pratiqué dans ce type d'opérations, ce qui permet d'en tirer les mêmes conséquences. C'est, en tout cas, dans cet esprit que le législateur a conduit la réforme du droit en la matière.

806. Les nouvelles règles en matière de crédit renouvelable – Tout d'abord, le nouvel article L. 311-16 du Code de la consommation²⁶⁰² prévoit que « l'établissement d'un contrat de crédit est obligatoire pour la conclusion du crédit initial et, dans les mêmes conditions, pour toute augmentation de ce crédit consentie ultérieurement ». Ensuite, le nouvel article L. 311-52 du Code de la consommation contient une disposition spécifique (alinéa 1^{er}, troisièmement) sur le point de départ du délai de forclusion dans le cadre d'un contrat de crédit renouvelable : il en est ainsi du « dépassement non régularisé du montant total du crédit consenti ». On peut se demander pourtant si l'insertion au dispositif légal d'une formule spécifique, qui ne consacre

²⁵⁹⁸ Dans le même sens, v. ROUTIER, Richard. « Tolérance du prêteur : gare à la forclusion ! », Lexbase Hebdo Affaires 2005, n° 165.

²⁵⁹⁹ Cass. 1^{re} civ. 22 janv. 2009, pourvoi n° 06-15370, préc.

²⁶⁰⁰ C'est nous qui soulignons.

²⁶⁰¹ C'est nous qui soulignons.

²⁶⁰² Ce dispositif reprend et complète les dispositions de l'article L. 311-9, en vigueur jusqu'au 30 avr. 2011.

qu'un versant de la jurisprudence de la Cour de cassation en la matière, ne risque pas de créer plus de difficultés qu'elle n'en résoudra.

807. Notamment, la notion de « montant total du crédit consenti » devra faire l'objet d'une précision jurisprudentielle. On peut penser qu'il s'agit du plafond de l'ouverture de crédit mise à la disposition du consommateur, plutôt que du montant ponctuellement utilisé. Or, dans le cas d'une utilisation de sommes d'un montant inférieur audit plafond, la forclusion ne concerne évidemment que le crédit effectivement utilisé. Il ne serait ainsi pas logique d'« exiger » que le consommateur, déjà défaillant dans les remboursements périodiques des sommes utilisées, s'endette davantage par la suite jusqu'au dépassement du montant total du crédit consenti, pour que le délai de forclusion soit déclenché. Une telle solution laisse aux établissements de crédit une voie ouverte pour contourner la finalité de la loi : il leur suffira de prélever les montants des remboursements exigibles sur les sommes de l'ouverture de crédit non encore utilisées pour procéder à la régularisation automatique des échéances impayées. Comme le paiement d'une échéance (composée de capital et intérêts) vient « renouveler » le crédit disponible à concurrence du capital remboursé, ce procédé aboutira à ce que la créance du prêteur, en ne s'alimentant que d'intérêts, mette longtemps à dépasser le « montant total » de l'ouverture de crédit. Le point de départ du délai de forclusion s'en trouvera reporté d'autant.

808. Il est vrai que le nouveau dispositif de l'article L. 311-52, alinéa 1^{er}, du Code de la consommation est composé d'une alternative à quatre branches regroupées par la conjonction « ou »²⁶⁰³. En l'absence d'autres précisions, le choix reviendra au juge. Au risque de faire preuve de conservatisme, on serait tenté d'affirmer que, en matière de forclusion, la rigueur n'a pas été la priorité de la réforme du crédit à la consommation et qu'il aurait été préférable d'asseoir la solution juridique sur un cadre prévisionnel mieux établi, sous peine de voir ces incertitudes ne guère profiter au consommateur. De manière plus optimiste, cependant, on peut estimer que cette technique innovante est adoptée dans le but, précisément, de permettre au juge, en matière de forclusion, d'adapter au mieux les différentes solutions légales au cas d'espèce, suivant l'utilisation que le consommateur fait du crédit consenti. Le discernement du magistrat sera alors d'autant plus sollicité que le délai de forclusion semble être « le premier élément du contrôle du crédit et probablement le moyen le plus fréquemment relevé d'office »²⁶⁰⁴. Il s'inscrit ainsi dans un mouvement plus large d'accroissement des pouvoirs du juge comme promoteur du rééquilibrage de la situation des parties au litige.

²⁶⁰³ L'événement donnant naissance à l'action du prêteur est caractérisé par « le non-paiement des sommes dues à la suite de la résiliation du contrat ou de son terme ; ou le premier incident de paiement non régularisé ; ou le dépassement non régularisé du montant total du crédit consenti dans le cadre d'un contrat de crédit renouvelable ; ou le dépassement, au sens du 11° de l'article L. 311-1, non régularisé à l'issue du délai [de trois mois] prévu à l'article L. 311-47 ».

²⁶⁰⁴ FLORES, Philippe et BIARDEAUD, Gérard. « L'office du juge et le crédit à la consommation », D. 2009, p. 2227. V. aussi SAVAUX, Éric. *Defrénois* 2009, n° 6, p. 667 : « il existe des questions dont on a le sentiment qu'elles ne seront jamais définitivement réglées, les prévisions de la loi, même relayées par la jurisprudence, semblant toujours plus ou moins déjouées par une pratique contractuelle imaginative. Tel est le cas de la fixation du point de départ de

B) La participation du juge au rééquilibrage de la situation des parties au procès

809. Lors d'un litige, l'inégalité économique, technique et juridique existant entre les parties au contrat de consommation se prolonge sur le plan procédural²⁶⁰⁵. L'intervention du juge est alors perçue comme un moyen indispensable pour compenser ces inégalités. Ce rééquilibrage résulte tantôt d'un rôle actif dans l'application de moyens de droit que le consommateur aurait négligé de soulever (1), tantôt d'une administration plus équitable de la charge de la preuve (2).

1) Le relevé d'office

810. Un juge qui se pose en simple gardien du respect des exigences légales dans le déroulement de la procédure, en serviteur du « bon vouloir » des parties au procès et qui, enfin, se contente d'arbitrer les conflits dans les limites strictes des éléments que ces parties lui présentent, répond parfaitement aux conceptions libérales du droit et de l'activité juridictionnelle, telles que consolidées dans les pays occidentaux à partir du XIX^e siècle²⁶⁰⁶. Dans cette logique, l'impartialité et la neutralité du juge impliqueraient qu'il n'exerce qu'un contrôle *a minima*, au nom de l'intérêt public, de la recevabilité de l'action²⁶⁰⁷. Peu importe, en dehors de cette hypothèse exceptionnelle, que son inertie contribue à perpétuer les inégalités de fait existant entre les parties : le juge est astreint, avant tout, au respect du principe dispositif²⁶⁰⁸. L'individualisme libéral qui imprègne les théories contractuelles se manifeste ainsi également dans la procédure civile²⁶⁰⁹.

811. Cependant, si l'on quitte un instant l'esprit du XIX^e siècle pour plonger dans la réalité de la société de consommation contemporaine, on se rend vite compte de l'anachronisme des philosophies qu'on vient de décrire. On connaît les raisons pour lesquelles, souvent, le consommateur renonce à agir ou néglige sa défense en justice, alors même que

la forclusion biennale des actions en paiement engagées à l'occasion de la défaillance de l'emprunteur d'un crédit à la consommation ».

²⁶⁰⁵ POISSONNIER, Ghislain. « Mode d'emploi du relevé d'office en droit de la consommation », CCC, mai 2009, Étude n° 5, p. 10, n° 3.

²⁶⁰⁶ PERROT, Roger. *Op. cit.*, n° 560, p. 457 : « les rédacteurs du Code de procédure civile de 1806 avaient nettement pris parti en faveur du système accusatoire : le juge ne devait jouer dans le déroulement de l'instance que le rôle d'un arbitre ».

²⁶⁰⁷ L'art. 122 du CPC français définit les « fins de non-recevoir » comme « tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir, tel le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, le délai préfix, la chose jugée » ; l'art. 125 du même Code prévoit ensuite que les fins de non-recevoir doivent être relevées d'office lorsqu'elles ont un caractère d'ordre public. En droit brésilien, on parle plutôt des « conditions de formation de l'action », qui comprennent l'intérêt pour agir et la légitimité d'une partie : art. 3^o du CPC brésilien.

²⁶⁰⁸ Art. 5 du CPC français ; art. 128 du CPC brésilien. V. CORNU, Gérard et FOYER, Jean. « Procédure civile », *op. cit.*, n° 99, p. 448 : « L'obligation de respecter les limites du litige porte en doctrine le nom traditionnel de principe dispositif ». En droit brésilien, v. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. « Curso de processo civil – Processo de conhecimento », v. 1., 5^e éd., RT, 2000, p. 61, qui le rapproche d'un principe « de la demande ».

²⁶⁰⁹ PERROT, Roger. *Op. cit.*, n° 560, p. 458 : « cette conception était le reflet judiciaire d'une société libérale : au même titre que l'autonomie de la volonté en matière contractuelle, elle était la manifestation de ce libéralisme qui caractérisa le XIX^e siècle ».

ses intérêts sont protégés par une règle de droit²⁶¹⁰. Or, les règles de protection du consommateur sont des dispositions impératives, des règles d'ordre public et d'intérêt social auxquelles les parties ne peuvent déroger ; logiquement, elles devraient être appliquées par le juge quand bien même le consommateur ne le lui aurait pas demandé. C'est l'exercice par le magistrat d'un tel pouvoir que l'on entend par « relevé d'office »²⁶¹¹. Mise au service de l'efficacité du droit de la consommation, cette technique représente, par-delà un puissant moyen de rééquilibrage des pouvoirs des parties en litige, une forme de promotion de la justice sociale.

812. À ce titre, la comparaison entre les systèmes juridiques français et brésilien apparaît particulièrement utile. Elle révèle qu'un mouvement consumériste d'origine jurisprudentielle, amorcé, entre autres, dans des litiges relatifs à des opérations de crédit, a été à la base d'importantes évolutions du droit positif sur l'office du juge dans ces deux pays. Au cœur du débat juridique se trouve la notion d'ordre public. Les solutions se distinguent, cependant, suivant que l'on y attache un aspect dirigiste (a) ou qu'on considère, à l'inverse, qu'elle en est dépourvue (b).

a) L'office du juge, mesure d'effectivité des textes d'intérêt général

813. L'article L. 313-16 du Code de la consommation français dispose que les règles de protection des consommateurs dans les opérations de crédit sont d'ordre public²⁶¹². Les juges du fond en déduisent qu'elles doivent être relevées d'office soit quand le consommateur ne les invoque pas, soit lorsque, poursuivi en justice, il ne comparaît point pour se défendre. En cette matière, deux questions sont relevées d'office d'une manière particulièrement récurrente, à savoir la forclusion de l'action du fournisseur de crédit²⁶¹³ et les irrégularités du contrat²⁶¹⁴. Les établissements de crédit se défendent de ces prétentions en affirmant, d'une part, que le caractère impératif des règles sur le crédit ne relèvent que d'un ordre public de protection, c'est-à-dire qu'elles ont été prévues dans l'intérêt du seul consommateur et, à ce titre, sont soumises au principe dispositif ; d'autre part, que la déclaration d'office de la déchéance du droit aux intérêts reviendrait à dénaturer l'objet du litige puisqu'elle y introduirait une demande non manifestée par la partie intéressée. En cette matière, la position de la Cour de cassation a varié.

²⁶¹⁰ V. n° 744 *supra*.

²⁶¹¹ V° « office » (*ex officio*) : « se dit du pouvoir que le juge tire de sa fonction de se saisir lui-même de certaines affaires, de considérer sur sa propre initiative, certains de ses éléments (ex. relever un moyen de droit), d'ordonner *motu proprio* une mesure d'instruction légalement admissible » : CORNU, Gérard. « Vocabulaire juridique », Travaux de l'assoc. Henri Capitant, 5^e éd., 1996. Pour une notion beaucoup plus restreinte du relevé d'office, à laquelle nous ne pouvons adhérer, v. GORCHS, Béatrice. « Le relevé d'office des moyens tirés du code de la consommation : une qualification inappropriée », D. 2010, p. 1300.

²⁶¹² Ce dispositif concerne, à la fois, le crédit mobilier à la consommation et le crédit immobilier.

²⁶¹³ TI Vienne 15 décembre 2000 ; CCC 2001, n° 16, obs. RAYMOND, Guy.

²⁶¹⁴ CA Bordeaux, 1^e ch. A, 30 avril 1998, CCC 1998, n° 138 obs. RAYMOND, Guy ; TI Angoulême 7 janv. 1998 : CCC 1998, comm. 51, obs. RAYMOND, Guy.

814. Le relevé d'office de la forclusion – La Cour de cassation ne se laisse pas convaincre par ces arguments lorsqu'il s'agit du relevé d'office de la forclusion de l'action du prêteur²⁶¹⁵. Elle précise cependant que c'est à la partie intéressée qu'il appartient d'invoquer et de prouver les faits soumis à l'appréciation du juge²⁶¹⁶. À cet égard, on observera que l'article 8 du Code de procédure civile autorise le juge à inviter les parties à fournir les explications de fait qu'il estime nécessaires à la solution du litige²⁶¹⁷. Ainsi, dans le respect du principe du contradictoire, le juge doit les inviter à présenter leurs observations avant de prononcer la forclusion²⁶¹⁸. À défaut, il ne peut pas débouter le créancier de sa demande sous prétexte que les éléments fournis ne lui permettent pas de vérifier si la forclusion est acquise²⁶¹⁹. La Cour de cassation s'est montrée plus réticente, en revanche, à propos du relevé d'office des irrégularités du contrat de crédit.

815. La position conservatrice de la Cour de cassation – Le 15 février 2000 elle a décidé, à propos de l'irrégularité d'une offre préalable de location avec option d'achat, que « la méconnaissance des exigences des textes susvisés [articles L. 311-2, L. 311-8 et L. 311-10 du Code de la consommation], même d'ordre public, ne peut être opposée qu'à la demande de la personne que ces dispositions ont pour objet de protéger »²⁶²⁰. Cette décision repose sur une distinction discutable entre les notions d'ordre public de direction et ordre public de protection²⁶²¹, les règles de ce dernier type ne pouvant dès lors pas être relevées d'office. Soutenue par une partie de la doctrine qu'on qualifie de « bancariste »²⁶²², cette solution fut reprise par la suite dans plusieurs arrêts²⁶²³. Elle a, enfin, été étendue aux violations des règles formalistes en matière de crédit immobilier²⁶²⁴.

²⁶¹⁵ Cass. 1^{re} civ. 9 juin 1993 : Bull. civ. I, n° 211, pourvoi n° 91-16084.

²⁶¹⁶ Cass. 1^{re} civ. 18 sept. 2008 : Bull. civ. I, n° 207, pourvoi n° 07-15473 ; Cass. 1^{re} civ. 13 nov. 2008 : Bull. civ. I, n° 261, pourvoi n° 07-19282 ; Cass. 1^{re} civ. 22 janv. 2009 : inédit, pourvoi n° 07-18895 ; sous une formule subtilement distincte, v. Cass. 1^{re} civ. 14 mai 2009 : Bull. civ. I, n° 94, pourvoi n° 08-12836 : « ...c'est à la condition que celle-ci [la forclusion] résulte des faits litigieux, dont l'allégation, comme la preuve, incombe aux parties ».

²⁶¹⁷ La Cour de cassation a décidé que l'absence de contestation ne lie pas le juge. Il n'est pas obligé de tenir pour constant un fait non contesté et peut tenir cette absence de contestation pour un simple indice dont il appréciera souverainement la valeur : Cass. 1^{re} civ. 3 janv. 1980 : Bull. civ. I, n° 7, pourvoi n° 78-11616 ; Cass. 2^e civ. 10 mai 1991 : Bull. civ. II, n° 142, pourvoi n° 89-10460.

²⁶¹⁸ Cass. 1^{re} civ. 30 oct. 1995 : Bull. civ. I, n° 385, pourvoi n° 93-04226 ; CCC 1996, n° 12, Raymond.

²⁶¹⁹ Cass. 1^{re} civ. 19 sept. 2007 : Bull. civ. I, n° 289, pourvoi n° 06-10629.

²⁶²⁰ Cass. 1^{re} civ. 15 février 2000 : Bull. civ. I, n° 49, pourvoi n° 98-12713 ; JCP 2001, II, 10477, note critique GOUT, Olivier. V. déjà, à propos de la déclaration d'office de la nullité de la stipulation d'intérêts pour absence d'indication par écrit : Cass. com. 3 mai 1995 : Bull. civ. IV, n° 128, pourvoi n° 93-12256 ; D. 1997, 124, note EUDIER, F.

²⁶²¹ GHESTIN, Jacques. « Traité de droit civil – La formation du contrat », 3^e éd., LGDJ, 1993, n° 129, p. 109, note 167, attribuée à Jean CARBONNIER la paternité de la « mise en évidence [de] la distinction aujourd'hui généralement admise, entre l'ordre public de protection et l'ordre public de direction » ; de ce dernier auteur, v. « Droit civil – Les biens, Les Obligations », PUF, 2004, n° 992, p. 2047, lequel présente cependant la distinction dans le but d'appliquer la maxime *Nemo auditur...* : « l'explication aurait pu être celle-ci : que, dans la violation de l'ordre public, la partie qui a commis une faute plus grave que l'autre doit être, de ce chef, privée d'action ». Il attribue, à son tour, à Ripert (« L'ordre économique et la liberté contractuelle », Études Gény, 1934, II, p. 347) la « brève étude qui a fondé la théorie de l'ordre public économique » (*idem*, n° 991, p. 2045).

²⁶²² LAGARDE, Xavier. « Office du juge et ordre public de protection », JCP G 2001, I, n° 312, p. 745 ; FADLALLAH, Ibrahim et BAUDE-TEXIDOR, Christine. « L'office du juge en matière de crédit à la consommation : éloge de la neutralité judiciaire », D. 2003, p. 750. L'expression « bancariste » est de FLORES, Philippe et BIARDEAUD, Gérard. « Contentieux du droit de la consommation », *op. cit.*, n° 51, p. 57, lesquels se réfèrent aux auteurs précités.

²⁶²³ Cass. 1^{re} civ. 10 juill. 2002 : Bull. civ. I, n° 195, pourvoi n° 00-22199 ; D. 2003, p. 549, note GOUT, Olivier ; Cass. 1^{re} civ. 4 déc. 2003 : Bull. civ. I, n° 367, pourvoi n° 02-04162 ; Cass. 1^{re} civ. 16 mars 2004 : Bull. civ. I, n° 91, pourvoi

816. Les critiques de la doctrine – Cette tendance a été cependant sévèrement critiquée par la doctrine majoritaire, sous un double aspect matériel et procédural. Tout d’abord, la nature des règles matérielles de protection a été évoquée en soutien d’une conception plus active de l’office du juge. Ainsi, pour nombre d’auteurs, les dispositions protectrices du consommateur relèvent autant d’un ordre public de direction que de protection²⁶²⁵. Elles répondent, à la fois, au besoin de protéger le consommateur et de réguler les pratiques du marché. Dès lors, cette nature hybride, sociale et économique, desdites dispositions justifie que le juge relève d’office les violations aux règles du droit de la consommation qu’il constate lorsqu’un litige est porté à son appréciation.

817. Ensuite, sous un angle procédural, d’autres auteurs se sont appuyés sur la nature et la portée de l’office du juge pour soutenir un renforcement des pouvoirs de celui-ci. Ils évoquent, notamment, l’article 12 du Code de procédure civile suivant lequel « le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables »²⁶²⁶. Pour certains, il résulte de ce dispositif que « le juge *doit* donc relever d’office les moyens de droit qui lui paraissent applicables au litige, que ces moyens soient d’ordre public ou qu’ils ne le soient pas. C’est parce qu’ils sont des moyens *de droit* qu’ils sont obligatoires à l’égard du juge saisi, non pas parce qu’ils sont d’ordre public, cette qualification excluant seulement le pouvoir des parties d’en disposer. Cette obligation est imposée par la nature même de l’office du juge »²⁶²⁷. On ne manque jamais cependant de rappeler qu’un tel pouvoir ne peut s’exercer que dans le respect du principe du contradictoire, posé par l’article 16 du Code de procédure civile²⁶²⁸.

n° 99-17955 ; Cass. 1^{re} civ. 5 juill. 2005 : inédit, pourvoi n° 04-12970 ; Cass. 1^{re} civ. 27 sept. 2005 : inédit, pourvoi n° 04-13697 ; Cass. 1^{re} civ. 3 avr. 2007 : inédit, pourvoi n° 06-10468.

²⁶²⁴ Cass. 1^{re} civ. 27 févr. 2001 : Bull. civ I, n° 48, pourvoi n° 98-19857.

²⁶²⁵ PAISANT, Gilles. « Condition du recours du consommateur contre le prêteur et office du juge national », JCP G 2008, II, 10031, p. 46 ; RAYMOND, Guy. « Droit de la consommation », Litec, 2008, n° 486, p. 240 ; FLORES, Philippe et BIARDEAUD, Gérard. « Contentieux du droit de la consommation », *op. cit.*, n° 73, p. 98, note 43 ; BEY, El-Moktar, note sous CA Paris 8^e ch. B, 19 oct. 1983 : Gaz. Pal. 25 février 1984, p. 108 : « l’ordre public dont il s’agit est non de protection mais de direction intéressant la morale publique, la paix sociale et l’ordre économique » ; GAVALDA, Christian. D. 1994 p. 611, note sous Cass. com. 29 mars 1994,.

²⁶²⁶ CORNU, Gérard et FOYER, Jean, *op. cit.*, n° 99, p. 454, lesquels procèdent à la distinction suivante : « l’interprétation qui tend à l’emporter repose sur la distinction des **moyens de pur droit** (ceux que le juge élabore, en droit, sur le seul fondement de faits spécialement invoqués et établis par les parties, élaboration – purement juridique – d’un fondement juridique assis sur un fondement factuel non remis en cause) et les **moyens mélangés de fait et de droit** (élaboration juridique réalisée moyennant l’appréciation, en fait, des autres éléments du débat). C’est une simple faculté, non une obligation, pour le juge, de relever d’office les moyens mélangés de fait et de droit. *A contrario*, le juge a le devoir de relever d’office les moyens de pur droit (qu’ils soient ou non d’ordre public) » (souligné dans l’original) ; dans le même sens, v. HÉRON, Jacques. *Op. cit.*, 3^e éd., par LE BARS, Thierry, Montchrestien, 2006, n° 269 et 270, p. 212 ; GOUT, Olivier. « L’éviction du juge dans la mise en œuvre des règles de protection d’un intérêt particulier », D. 2003, Jur. p. 551, n° 9 ; GUINCHARD, Serge (dir). « Droit et pratique de la procédure civile », *op. cit.*, n° 221.124, p. 502 : « le juge aurait-il le *privilège* de pouvoir ignorer la loi ? [...] Ne pas appliquer la règle adéquate revient à ne pas appliquer la règle du tout. La règle de droit générale et abstraite et l’égalité des citoyens devant la loi sont privées de signification si l’application de la règle dépend du bon vouloir du juge » ; GAUTIER, Pierre-Yves. « De l’impossibilité supposée pour le juge de soulever d’office un moyen de nullité ou de réparation favorable à la partie faible », RDC 2004, p. 1141, n° 9. *Contra*, v. CROZE, Hervé, MOREL, Christian et FRADIN, Olivier. *Op. cit.*, n° 547, p. 155.

²⁶²⁷ CADIET, Loïc et JEULAND, Emmanuel. « Droit judiciaire privé », *op. cit.*, n° 542, p. 383 (souligné dans l’original). Ces auteurs évoquent, à ce titre, la maxime « *jura novit cura* », qu’ils expliquent par la formule « le droit est, par principe (ou en principe), l’apanage du juge » (*idem*, n° 539, p. 378).

²⁶²⁸ Art. 16, al. 3, du CPC : « il [le juge] ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu’il a relevés d’office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations ». V. les auteurs préc.

818. Ces arguments n'ont pourtant pas suffi à sensibiliser la Cour de cassation. Devant l'endurcissement réitéré de sa jurisprudence, des juges d'instance se sont livrés à une véritable rébellion jurisprudentielle²⁶²⁹. Plus proches des circonstances réelles entourant les litiges soumis à leur appréciation, ils ont résisté aux restrictions apportées à leur office par la Cour de cassation²⁶³⁰. « Chassez le juge par la porte, il rentre par la fenêtre », rappelle-t-on²⁶³¹ : une fois l'opposition installée entre ce qu'on a appelé, de manière péjorative, la « justice d'en haut » et la « justice d'en bas »²⁶³², l'astuce a consisté, pour les membres de cette dernière, à rechercher les secours du juge supranational, de manière à faire pencher la balance du côté des consommateurs.

819. L'intervention du juge supranational – À la même période où la Cour de cassation amorçait sa position libérale en matière de crédit à la consommation, la Cour de justice des Communautés Européennes (CJCE), statuant en matière de clauses abusives insérées dans un contrat de vente à tempérament, déclarait la possibilité pour le juge national de relever d'office les clauses de ce type, contenues dans les contrats régis par les dispositions issues de la directive n° 93/13/CE du 5 avril 1993²⁶³³. Alors même que cette directive ne contient aucune règle explicite à cet égard, la CJCE justifie le relevé d'office en se fondant sur le risque que le consommateur ignorant ses droits, ou craignant des frais élevés compte tenu de la valeur des intérêts en jeu, soit dissuadé de se défendre contre l'application d'une clause abusive²⁶³⁴. Elle vise ainsi à souligner l'effectivité des règles supranationales de protection des consommateurs, laquelle ne serait possible que par une « intervention positive, extérieure aux seules parties au contrat »²⁶³⁵. Posée en des termes aussi généraux, cette solution donnait lieu à estimer qu'elle s'appliquait à toutes les autres directives qui protègent les consommateurs dans leurs rapports contractuels avec les professionnels²⁶³⁶. Le juge français l'a bien compris et il n'a pas tardé à se servir d'un tel raisonnement dans le domaine du crédit.

²⁶²⁹ FLORES, Philippe et BIARDEAUD, Gérard. « L'office du juge et le crédit à la consommation », D. 2009, p. 2227.

²⁶³⁰ TI Vienne 22 sept. 2000 ; CCC 2000, comm. n° 181 ; TI Liévin 13 févr. 2001 ; CCC 2001, n° 97 ; TI Vienne 19 oct. 2001 ; CCC 2001 n° 181 ; TI Vienne, 5 juillet 2002, CCC 2003 n° 32, obs. RAYMOND, Guy ; TI Niort, 15 mai 2002 ; CCC 2002, n° 115, obs. RAYMOND, Guy ; TI Roubaix 11 juin 2004 ; CCC 2004, n° 132. Sur des clauses abusives donnant lieu à la déchéance du droit aux intérêts : TI Vienne 14 mars 2003 ; Contrats, conc., consom 2003, n° 118, obs. RAYMOND, Guy ; TI Roubaix 11 sept. 2003 ; D. 2005, p. 443, note Tricoit ; TI Bourgneuf 8 déc. 2004 ; D. 2005, AJ, p. 277, note Avena-Robardet ; TI Saintes 4 janv. 2006 : CCC 2006, n° 94, obs. Raymond.

²⁶³¹ MAZEAUD, Denis. « Le juge et le contrat – variations optimistes sur un couple 'illégitime' », *op. cit.*, n° 6, p. 239.

²⁶³² Ces expressions sont de NOURISSAT, Cyril. « Droit communautaire et forclusion biennale : l'étrange effet utile de l'esprit de la directive 'clauses abusives' ! », D. 2003, Jur. p. 487, n° 2.

²⁶³³ CJCE 27 juin 2000, aff. Jointes C-240/98 à C-244/98 ; Océano Grupo Editorial SA c/ Rocío Murciano Quintero et Salvat Editores SA c/ José M. Sánchez Alcón Prades et a. L'affaire concernait une clause d'attribution de compétence. V. PAISANT, Gilles et CARBALLO FIDALGO, Marta. « Première interprétation par la CJCE de la directive du 5 avril 1993 relative aux clauses abusives », JCP 2001, II, 10513, p. 768. Cette solution a été confirmée par la suite, à propos d'une clause compromissoire : v. CJCE 1^{re} ch., 26 oct. 2006, aff. C-168/05 ; Elisa Maria Mostaza Claro c/ Centro Móvil Milenium SL ; POISSONNIER, Ghislain et TRICOIT, Jean-Philippe. « La CJCE confirme sa volonté de voir le juge national mettre en œuvre le droit communautaire de la consommation », LPA 20 sept. 2007, n° 189, p. 9.

²⁶³⁴ CJCE 27 juin 2000, préc., point 26.

²⁶³⁵ *Idem*, point 27.

²⁶³⁶ En ce sens, PAISANT, Gilles et CARBALLO FIDALGO, Marta. *Op. cit.*, n° 9, p. 770.

820. La jurisprudence « Cofidis »²⁶³⁷ – Appréciant une demande en paiement formée par un établissement de crédit à l'encontre d'un consommateur, le Tribunal d'instance de Vienne retenait le caractère abusif des clauses financières du contrat²⁶³⁸. Dans le dessein de sanctionner cette pratique par l'application des règles du Code de la consommation relatives aux opérations de crédit, à savoir la déchéance du droit aux intérêts²⁶³⁹, le juge a posé à la CJCE la question préjudicielle suivante : la protection que la directive n° 93/13/CE assure aux consommateurs s'oppose-t-elle à ce que des règles internes de procédure empêchent le juge national de retenir, d'office ou à la demande du consommateur, le caractère abusif des clauses d'un contrat soumis à son appréciation ?²⁶⁴⁰ En rappelant sa jurisprudence précitée, la Cour européenne répond par l'affirmative²⁶⁴¹. Elle déclare, en outre, que l'autonomie des États-membres à l'égard des règles procédurales de droit national²⁶⁴² est évincée dès lors que de telles règles rendent « impossible ou excessivement difficile l'application du droit communautaire »²⁶⁴³. Si le fait qu'il s'agissait, en l'occurrence, de donner une interprétation uniforme, non pas sur les règles de l'Union en matière de crédit mais de clauses abusives, pouvait susciter des réticences²⁶⁴⁴, notamment de la part de la Cour de cassation²⁶⁴⁵, l'occasion

²⁶³⁷ CJCE, 5^e ch., 21 nov. 2002, aff. C-473/00 ; SA Cofidis c/ Fredout : Juris-Data n°2002-207398.

²⁶³⁸ TI Vienne, 5 juillet 2002 ; CCC 2003, n° 32, obs. RAYMOND, Guy. Le feuillet imprimé de l'offre préalable d'ouverture de crédit contenait, au recto, la mention « demande gratuite de réserve d'argent » en gros caractères, tandis que les mentions relatives au taux d'intérêt conventionnel et à une clause pénale figuraient en petits caractères sur la face verso. Le juge d'instance relevait l'ambiguïté de la conjonction de ces « clauses financières », laquelle était de nature à induire le consommateur en erreur. Il voulait faire alors application de l'art. L. 132-1, al. 7, du Code consom. (correspondant à l'art. 4, paragraphe 2, de la dir. n° 93/13/CE) suivant lequel les clauses relatives à la définition de l'objet principal du contrat et à l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert peuvent faire l'objet d'une appréciation sur leur caractère abusif dès lors qu'elles ne sont pas rédigées de façon claire et compréhensible.

²⁶³⁹ Cette solution, qui ne relève ni des dispositions du Code sur les clauses abusives ni de celles de la dir. n° 93/13/CE, a été condamnée par la Cour de cassation : 1^{re} civ. 23 nov. 2004 : Bull. civ. I, n° 287, pourvoi n° 03-11411.

²⁶⁴⁰ Les règles de procédure en question concernaient l'art. L. 311-37 du Code consom. sur le délai de forclusion, sous sa rédaction antérieure à la modification introduite par la loi MURCEF de 2001, dont la Cour de cassation déduisait que le délai biennal pouvait aussi être opposé par le prêteur au consommateur, à compter de la conclusion du contrat.

²⁶⁴¹ CJCE, 5^e ch., 21 nov. 2002, préc. : « il apparaît dès lors que, dans les procédures ayant pour objet l'exécution de clauses abusives, introduites par des professionnels à l'encontre de consommateurs, la fixation d'une limite temporelle au pouvoir du juge d'écarter, d'office ou à la suite d'une exception soulevée par le consommateur, de telles clauses est de nature à porter atteinte à l'effectivité de la protection voulue par les articles 6 et 7 de la directive. Il suffit en effet aux professionnels, 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'ils continueraient d'utiliser dans les contrats » (point 35). V. PAISANT, Gilles. « La réglementation française ne peut pas empêcher le juge de relever le caractère abusif des clauses qui lui sont soumises à l'expiration du délai de forclusion », JCP 2003, II, 10082. Pour une critique de cette décision, v. NOURISSAT, Cyril. « Droit communautaire et forclusion biennale : l'étrange effet utile de l'esprit de la directive 'clauses abusives' ! », D. 2003, Jur. p. 486 ; v. aussi LEGEAIS, Dominique. RTD com. 2003, n° 6, p. 346 : « faut-il être aussi pessimiste que C. Nourissat pour lequel l'arrêt est annonciateur d'une mutation profonde dont un exemple tient à la fin programmée du formalisme comme mode de protection du consommateur ? Nous ne le pensons pas ».

²⁶⁴² CJCE 14 déc. 1995, Peterbroeck, aff. C-312/93 : Rec. CJCE, p. I-4599, pt 14.

²⁶⁴³ CJCE 5^e ch., 21 nov. 2002, préc., point 37.

²⁶⁴⁴ FADLALLAH, Ibrahim et BAUDE-TEXIDOR, Christine. « L'office du juge en matière de crédit à la consommation : éloge de la neutralité judiciaire », D. 2003, p. 753, n° 13.

²⁶⁴⁵ Cass. 1^{re} civ. 23 nov. 2004 : Bull. civ. I, n° 287, pourvoi n° 03-11411 ; D. 2005, p. 443, note TRICOIT, Jean-Philippe. En l'espèce, le juge d'instance avait prononcé la déchéance du droit du prêteur aux intérêts, sur le seul fondement d'une clause, supposée irrégulière, d'information des modalités de renouvellement d'une ouverture de crédit. La Cour de cassation casse cet arrêt sous prétexte que « la sanction de la déchéance du droit aux intérêts n'a pas vocation à recevoir application à l'égard des clauses abusives ».

n'a pas tardé à se présenter au juge français pour que tout scepticisme à l'égard de ses pouvoirs d'office soit éliminé.

821. La jurisprudence « Rampion »²⁶⁴⁶ – Ayant à trancher un litige opposant un établissement de crédit et un vendeur à des époux consommateurs, où ces derniers, demandeurs à l'instance et représentés par un avocat, n'avaient pourtant pas soulevé les dispositions du Code de la consommation relatives à l'interdépendance entre l'opération de crédit et le contrat de vente²⁶⁴⁷, le Tribunal d'instance de Saintes a décidé de poser à la CJCE la question préjudicielle suivante : la directive n° 87/102/CE a-t-elle une finalité plus large que la seule protection des consommateurs s'étendant à l'organisation du marché et permettant au juge d'appliquer d'office les dispositions qui en découlent ?²⁶⁴⁸ On y voit bien la volonté du juge français de voir la Cour européenne unifier les fondements de l'ordre public caractéristique des règles de protection, que la Cour de cassation avait morcelés sous prétexte d'un défaut de dirigisme dans leur finalité.

822. La réponse de la CJCE a été exemplaire : « or, la Cour a itérativement constaté que, ainsi qu'il ressort de ses considérants, la directive 87/102 a été adoptée dans le double objectif d'assurer, d'une part, la création d'un marché commun du crédit à la consommation (troisième à cinquième considérants) et, d'autre part, la protection des consommateurs souscrivant de tels crédits (sixième, septième et neuvième considérants) »²⁶⁴⁹. Elle cantonne cependant son interprétation sur l'office du juge à la seule question de l'interdépendance entre l'opération de crédit et le contrat principal : « la directive [sur le crédit à la consommation] doit être interprétée en ce sens qu'elle permet au juge national d'appliquer d'office les dispositions transposant en droit interne son article 11, § 2 », a-t-elle déclaré. Enfin, la Cour rappelle que le fait que l'action ait été engagée par les consommateurs et qu'ils soient représentés par un avocat ne justifie pas une conclusion différente car « le problème [doit] être résolu en faisant abstraction des circonstances concrètes de cette affaire »²⁶⁵⁰. On a affirmé, encore une fois et à juste titre, qu'un tel raisonnement vaut, à l'évidence, non seulement pour les autres dispositions de la directive n° 87/102 du 22 décembre 1986, mais encore pour toutes les autres directives de protection des consommateurs²⁶⁵¹. Si les magistrats de la Cour de cassation avaient encore des doutes, le législateur français a, quant à lui, bien compris la leçon du juge supranational.

²⁶⁴⁶ CJCE, 1^{re} ch., 4 oct. 2007, aff. C-429/05, Époux Rampion c/ SA Franfinance et SAS K par K.

²⁶⁴⁷ Anciens arts. L. 311-20 et L. 311-21, correspondant à l'art. 11, § 2, de la dir. n° 87/102/CE. On remarquera qu'en l'espèce, les contrats de crédit et de vente avaient été conclus par les consommateurs à l'occasion d'un démarchage à domicile.

²⁶⁴⁸ TI Saintes 16 nov. 2005 : CCC 2006, n° 55, obs. RAYMOND, Guy.

²⁶⁴⁹ CJCE, 4 oct. 2007, préc., point 59. En appui de son argumentation la Cour cite les arrêts du 23 mars 2000, Berliner Kindl Brauerei, C-208/98, Rec. p. I-1741, point 20, et du 4 mars 2004, Cofinoga, C-264/02, Rec. p. I-2157, point 25.

²⁶⁵⁰ CJCE, 1^{re} ch., 4 oct. 2007, préc., point 65.

²⁶⁵¹ PAISANT, Gilles. « Condition du recours du consommateur contre le prêteur et office du juge national », JCP G 2008, II, 10031, p. 46 ; plus nuancée, v. CLARET, Hélène. « Crédit à la consommation : quelques précisions apportées par la Cour de justice des Communautés européennes », D. 2008, p. 458, pour qui puisque la Cour européenne ne se prononce pas sur la sanction de la déchéance du droit aux intérêts, mesure qui pour l'auteur

823. L'intervention du législateur – Un nouvel article L. 141-4 a été inséré au Code de la consommation par la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008, aux termes duquel « le juge peut soulever d'office toutes les dispositions du présent code dans les litiges nés de son application »²⁶⁵². Contrainte de fléchir devant la loi, la Cour de cassation a décidé, avant même l'entrée en vigueur du nouveau dispositif, d'admettre le principe du relevé d'office : « la méconnaissance des dispositions d'ordre public du Code de la consommation peut être relevée d'office par le juge », a-t-elle jugé par plusieurs arrêts du 22 janvier 2009²⁶⁵³, notamment à propos des violations des règles de protection donnant lieu à la sanction de la déchéance du droit du prêteur aux intérêts²⁶⁵⁴. On a soutenu, sur cette dernière mesure, que le juge ne relève, en réalité, jamais d'office la déchéance du droit aux intérêts, mais il relève un moyen de droit tiré de l'irrégularité du contrat de crédit par rapport aux dispositions du Code de la consommation²⁶⁵⁵. La sanction civile, conçue comme une peine privée, n'est que la conséquence automatique prévue par le législateur pour sanctionner les violations du formalisme informatif. En ce sens, sa déclaration d'office ne modifie pas l'objet du litige et ne méconnaît pas les exigences d'un procès équitable²⁶⁵⁶ : en définitive, les crédits ne peuvent être consentis aux consommateurs à titre onéreux que si les règles garantissant leur information sont respectées. Avec les décisions de la Cour de cassation, le débat est, enfin, clos. Il reste cependant que les termes de la loi nouvelle ne font pas obligation au juge d'exercer son pouvoir d'office, puisqu'elle dit qu'il *peut*, non pas qu'il *doit* le faire ; pas plus d'ailleurs que ne le fait la Cour de cassation, ce dont on a pu regretter²⁶⁵⁷. Ici encore, la réponse vient du juge supranational.

modifierait « l'objet du litige défini par les parties [et] heurterait de fait le principe » du dispositif, « la position de la Cour de cassation ne paraît pas remise en cause » (*idem*, p. 461).

²⁶⁵² V. POISSONNIER, Ghislain. « Mode d'emploi du relevé d'office en droit de la consommation », CCC, mai 2009, Étude n° 5, p. 10, pour lequel désormais « le juge peut relever d'office toutes les dispositions du Code de la consommation, quelle que soit leur origine, communautaire ou nationale [...] quelle que soit la nature du moyen soulevé [...] quelle que soit la compétence du juge ou de la juridiction dont il est membre [...] sans que son impartialité puisse être remise en cause ».

²⁶⁵³ Cass. 1^{re} civ. 22 janv. 2009 : Bull. civ. I, n° 9, pourvoi n° 05-20176 ; v. le commentaire de LAGARDE, Xavier au JCP G 2009, II, 10037 ; Cass. 1^{re} civ. 22 janvier : inédit, pourvoi n° 03-11775 (nullité du prêt relevée d'office pour libération des fonds avant la fin du délai de rétractation) ; Cass. 1^{re} civ. 22 janvier 2009 : inédit, pourvoi n° 05-14954 (caractère usuraire du prêt relevé d'office).

²⁶⁵⁴ Cass. 1^{re} civ. 22 janvier : inédit, pourvoi n° 04-19085 (relevé d'office du défaut d'information annuelle dans un contrat de crédit renouvelable, en violation aux dispositions de l'art. L. 311-9 du Code alors en vigueur).

²⁶⁵⁵ POISSONNIER, Ghislain. « Mode d'emploi du relevé d'office en droit de la consommation », *op. cit.*, n° 10, p. 13.

²⁶⁵⁶ Certains auteurs avaient soutenu que le relevé d'office de la déchéance du droit aux intérêts contrevient aux dispositions de l'art. 6 de la Convention européenne des droits de l'homme de 1948, sur la garantie d'un procès équitable à laquelle on fait souvent allusion en employant l'expression « l'égalité des armes » ; v. FADLALLAH, Ibrahim et BAUDE-TEXIDOR, Christine. « L'office du juge en matière de crédit à la consommation : éloge de la neutralité judiciaire », *op. cit.*, n° 18, p. 754. *Contra*, v. GAUTIER, Pierre-Yves. « De l'impossibilité supposée pour le juge de soulever d'office un moyen de nullité ou de réparation favorable à la partie faible », RDC 2004, p. 1140, n° 7 ; LAGARDE, Xavier. « Office du juge et ordre public de protection », JCP G 2001, I, 312, n° 6, p. 747, refuse aussi une violation de la EDH, mais pour introduire ensuite un autre argument suivant lequel « l'absence totale de contestation [de la part du consommateur] confine à l'absence de litige », auquel cas « une discussion plus approfondie et nécessairement plus incertaine sur le respect de l'ensemble des dispositions impératives qui intéressent le contrat ne devrait pas être entreprise » (*idem*, n° 8, p. 748).

²⁶⁵⁷ GOUT, Olivier. « L'éviction du juge dans la mise en œuvre des règles de protection d'un intérêt particulier », D. 2003, Jur. p. 551, n° 9 ; « L'accès au droit des consommateurs », LPA 30 mai 2008, n° 109, p. 25 ; « Un nouveau souffle en matière de soulevé d'office de la nullité par le juge », JCP G 2009, Act. n° 66, p. 13.

824. La jurisprudence « Pannon »²⁶⁵⁸ – Le 4 juin 2009, la Cour de Justice de l'Union européenne a consacré le devoir du juge de relever d'office un moyen fondé sur les dispositions du droit de l'Union²⁶⁵⁹. Elle déclare que « le juge national est tenu d'examiner d'office le caractère abusif d'une clause contractuelle dès qu'il dispose des éléments de droit et de fait nécessaires à cet effet. Lorsqu'il considère une telle clause comme étant abusive, il ne l'applique pas, sauf si le consommateur s'y oppose ». La Cour fonde sa décision sur « la nature et l'importance de l'intérêt public sur lequel repose la protection que la directive assure aux consommateurs »²⁶⁶⁰. Les commentateurs de cette décision s'accordent à l'unanimité sur sa portée. La solution retenue par la CJCE a vocation à s'appliquer, dit-on²⁶⁶¹, à toutes les directives destinées à la protection des consommateurs, pour les mêmes motifs tenant à la volonté de les protéger effectivement par le rétablissement d'un équilibre réel dans leurs relations contractuelles avec les professionnels. En France, ce sera ainsi nécessairement le cas pour les nouvelles dispositions sur le crédit à la consommation transposant la directive n° 2008/48/CE du 23 avril 2008 ; d'autant qu'il s'agit d'une directive d'harmonisation totale dont le caractère d'ordre public apparaît renforcé²⁶⁶². D'autres conséquences de la décision méritent d'être nuancées.

825. Tout d'abord, quant aux conditions de mise en œuvre de l'office du juge, la décision de la CJCE rejoint les termes de la solution retenue par la Cour de cassation en matière de forclusion. Ainsi, si l'allégation, comme la preuve, des faits litigieux incombe aux parties²⁶⁶³, dès que le juge dispose des éléments de droit et de fait nécessaires à l'examen de la régularité de l'opération de crédit, il doit relever d'office les violations des règles du Code de la consommation qu'il constate²⁶⁶⁴. À cet égard, même si le consommateur ne comparaît pas pour se défendre, les pièces communiquées par le fournisseur de crédit, au besoin sur demande du juge²⁶⁶⁵, devraient lui permettre un tel examen²⁶⁶⁶. Il ne peut le faire, cependant, que dans le

²⁶⁵⁸ CJCE, 4^e ch., 4 juin 2009, aff. C-243/08, Pannon GSM Zrt. c/ Erzsébet Sustikné Györfi.

²⁶⁵⁹ L'interprétation de la Cour avait été demandée par un juge hongrois, sur l'application d'office des règles issues de la directive sur les clauses abusives, à une stipulation attribuant la compétence judiciaire à la juridiction du ressort du siège d'un fournisseur de services de téléphonie mobile.

²⁶⁶⁰ CJCE 4 juin 2009, préc., point 31, fondement que, rappelle-t-elle, avait déjà été soulevé dans ses décisions précédentes : CJUE 26 oct. 2006, aff. Mostaza Claro, préc.

²⁶⁶¹ PAISANT, Gilles. « L'obligation de relever d'office du juge national », JCP G 2009, n° 336, p. 36 ; POISSONNIER, Ghislain. « La CJCE franchit une nouvelle étape vers une réelle protection du consommateur », D. 2009, p. 2314 ; FLORES, Philippe et BIARDEAUD, Gérard. « L'office du juge et le crédit à la consommation », D. 2009, p. 2230.

²⁶⁶² PAISANT, Gilles. « L'obligation de relever d'office du juge national », *op. cit.*, p. 37. L'auteur affirme cependant que « pour étendre clairement la solution de l'arrêt rapportée [Pannon] au-delà du domaine harmonisé par les directives, la prise en compte de ce nouveau principe devrait passer par une réforme de notre récent article L. 141-4 du Code de la consommation ». Dans le même sens, v. FLORES, Philippe et BIARDEAUD, Gérard. « L'office du juge et le crédit à la consommation », D. 2009, p. 2230.

²⁶⁶³ Cass. 1^{re} civ. 14 mai 2009 : Bull. civ. I, n° 94, pourvoi n° 08-12836.

²⁶⁶⁴ On remarquera pourtant que, dans ses derniers arrêts, la Cour de cassation semble témoigner d'une volonté de voir le consommateur défendeur adopter un comportement plus actif à l'égard des éléments de preuve à être soumis à l'appréciation du juge ; v., par exemple, Cass. 1^{re} civ. 25 mars 2010 : inédit, pourvoi n° 09-12750, approuvant un juge de proximité de n'avoir pas procédé à la recherche du lien entre le prêt et le contrat principal, signés le même jour et conclus prétendument avec la même société, dont la reconnaissance aurait pu donner lieu à la déclaration de la forclusion de l'action en paiement introduite par celle-ci.

²⁶⁶⁵ En application des arts. 8, 444 et 844 du Code de procédure civile.

respect du principe du contradictoire, même si l'abstention ou le refus du créancier de présenter les pièces indispensables ou celles que le juge aurait requises afin de trancher le litige, permet à ce dernier d'en tirer toute conséquence par une appréciation souveraine²⁶⁶⁷. Les auteurs s'accordent cependant à admettre que le juge ne doit pas prononcer d'office la répétition du trop perçu, sous peine de statuer *ultra petita*²⁶⁶⁸. Par exemple, dans le cas où les remboursements réalisés par le consommateur dépasseraient le montant du seul capital prêté, la déclaration de la déchéance du droit aux intérêts ne devrait pas avoir pour effet la condamnation du prêteur à la restitution de l'excédant, en l'absence de demande en ce sens de la part du consommateur.

826. Si on devait admettre ce raisonnement pour la sanction spécifique que constitue la perte du droit aux intérêts, il ne semblerait pas en aller de même lorsque le crédit consenti est usuraire ; car si la restitution résulte, dans le premier cas, d'une déduction logique du dispositif qui prévoit que « l'emprunteur n'est tenu qu'au seul remboursement du capital suivant l'échéancier prévu »²⁶⁶⁹, en cas de pratique d'usure c'est la loi elle-même qui détermine expressément la restitution au consommateur des sommes indûment perçues « avec intérêts légaux du jour où elles auront été payées »²⁶⁷⁰. La Cour de cassation semble avoir confirmé cette solution dans un arrêt récent²⁶⁷¹. Il semble, en tout cas, qu'on puisse pronostiquer, sur ce point comme sur d'autres, un avenir florissant pour la jurisprudence en matière de relevé d'office dans les opérations de crédit.

²⁶⁶⁶ Suivant l'art. 7, al. 2, du CPC, « parmi les éléments du débat, le juge peut prendre en considération même les faits que les parties n'auraient pas spécialement invoqués au soutien de leurs prétentions ». En pratique, l'oralité de la procédure doit permettre au juge de relever le moyen sans grand formalisme ; v. FLORES, Philippe et BIARDEAUD, Gérard. « L'office du juge et le crédit à la consommation », D. 2009, p. 2232 : « il peut simplement indiquer aux parties le moyen qu'il a en tête et demander au greffier de le mentionner sur les notes d'audience. Il doit ensuite inviter les parties à présenter leurs observations et, le cas échéant, renvoyer l'affaire pour leur permettre de développer leur argumentation ».

²⁶⁶⁷ Arts. 11, al. 1^{er} et 844 du CPC. V. Cass. 1^{re} civ. 22 janv. 2009 : inédit, pourvoi n° 05-14954. : « c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain quant à l'appréciation des éléments permettant le calcul du montant de la créance et sans inverser la charge de la preuve, que le tribunal qui relève que malgré sa demande la société de crédit ne lui a pas communiqué un décompte lui permettant d'effectuer ce calcul, a débouté le créancier de sa demande ».

²⁶⁶⁸ FLORES, Philippe et BIARDEAUD, Gérard. « L'office du juge et le crédit à la consommation », D. 2009, p. 2232 ; POISSONNIER, Ghislain. « Mode d'emploi du relevé d'office en droit de la consommation », *op. cit.*, n° 6, p. 12.

²⁶⁶⁹ Arts. L. 311-48, al. 3, du Code consom. (remplaçant l'art. L. 311-33 à partir du 1^{er} mai 2011) sur le crédit mobilier, dont on doit retenir une solution analogue pour l'art. L. 312-33, dernier alinéa, sur le crédit immobilier. V. n° 295 *supra*.

²⁶⁷⁰ Art. L. 313-4, al. 2, du Code consom.

²⁶⁷¹ Cass. 1^{re} civ. 22 janv. 2009, préc., pourvoi n° 05-14954 : « attendu que le non respect des dispositions des articles L. 313-1 à L. 313-3 du code de la consommation seul relevé par le tribunal est sanctionné aux termes de l'article L. 313-4 du même code par la restitution des excédents d'intérêts indûment perçus, sanction spécifique qui n'est pas la déchéance du droit aux intérêts du prêteur telle que prévue à l'article L. 311-33 du code de la consommation de sorte que la forclusion biennale n'est pas encourue ». Certes, dans l'espèce le prêteur a été simplement débouté de l'ensemble de ses demandes, faute pour lui d'avoir produit, tel qu'il le lui avait été enjoint, un nouveau décompte de ses créances en déduisant du montant du capital réclamé les sommes relatives aux intérêts usuraires perçus excessivement (17,3% alors que le seuil d'usure était de 12,53%). Le raisonnement de la Cour de cassation semble pourtant permettre d'estimer que, si la restitution du trop perçu n'est pas soumise en cas d'usure au délai de forclusion – ce que le jugement attaqué avait attribué au caractère d'ordre public des règles sanctionnant une telle pratique – le juge aurait dû condamner le prêteur à ladite restitution au cas où les pièces requises auraient été fournies. On ne saurait s'étonner d'ailleurs d'un refus intentionnel de la part du prêteur, dans le but, précisément, de s'en tirer à bon profit après avoir éveillé la méfiance du juge.

827. Position – Malgré tout, on reconnaîtra, avec un auteur, que l'évolution récente du droit positif français en cette matière représente « un pas significatif et utile »²⁶⁷². Elle devra contribuer, « de manière éminente, à renforcer l'effectivité des dispositions d'ordre public destinées à la protection des consommateurs »²⁶⁷³. Cette évolution a abouti à la reconnaissance, jurisprudentielle et législative, d'une convergence entre les intérêts des consommateurs et ceux du marché. Les fondements de l'ordre public social et économique caractérisant naturellement les règles de protection s'en sont trouvés ainsi réunifiés. Admettre le contraire signifierait sans doute que l'on ne perçoit les relations de consommation que comme le point de rencontre d'intérêts purement antagoniques et cloisonnés ; qu'à l'égard des cocontractants, les lois impératives de protection de la partie faible sont simplement des messages virtuels ; et que le juge n'est conçu qu'à l'image d'un épouvantail, signalant de loin une frontière à ne pas dépasser mais, au mépris duquel, tout avancement demeure impuni tant que l'intéressé ne se lève pas pour se défendre lui-même. On serait même tenté de se demander s'il ne va pas de soi qu'une réglementation si importante pour la protection des intérêts économiques des consommateurs, touche tout autant les intérêts, plus généraux, de la collectivité (dont le risque du surendettement n'en est qu'un exemple). La réponse semble pourtant être négative car à partir de la même réalité, c'est précisément l'effet inverse qu'on vérifie actuellement au Brésil, où l'on persiste à refuser à l'ordre public son complément d'intérêt social.

b) L'office du juge, mesure de protection des seuls consommateurs avisés

828. L'article 1^{er} du Code brésilien de défense du consommateur dispose que « le présent code établit des normes de protection et défense du consommateur, d'ordre public et d'intérêt social, aux termes des articles 5^o, alinéa XXXII²⁶⁷⁴ et 170, alinéa V^e²⁶⁷⁵, de la Constitution Fédérale ». Interprétant ce dispositif, de nombreux juges du fond ont relevé d'office le caractère abusif des clauses qu'ils constataient dans les contrats de crédit soumis à leur appréciation.

829. On soulignera cependant que, à la différence du système français, la loi brésilienne n'interdit pas au juge de considérer abusives les clauses « financières » des contrats de crédit, c'est-à-dire celles qui se destinent à fixer la rémunération du prêteur, quand bien même elles seraient claires²⁶⁷⁶. Elles sont alors « nulles de plein droit ». Le juge peut aussi annuler certaines pratiques qui, pour peu qu'elles fassent l'objet d'une clause contractuelle, ne sont pas

²⁶⁷² PAISANT, Gilles. JCP G 2008, II, 10031, p. 47.

²⁶⁷³ PAISANT, Gilles. JCP G 2009, n° 336, p. 33.

²⁶⁷⁴ L'art. 5^o décrit les droits fondamentaux, l'alinéa XXXII prévoyant comme tel la protection du consommateur par l'État

²⁶⁷⁵ Ce dispositif prévoit que la promotion des intérêts des consommateurs est un principe de l'ordre économique national.

²⁶⁷⁶ V. n° 491 *supra*.

moins illicites ou abusives²⁶⁷⁷. Malgré la possibilité pour les autorités de contrôle d'infliger des amendes administratives aux fournisseurs qui prévoient des clauses abusives dans les contrats qu'ils proposent aux consommateurs, ces conventions en contiennent souvent bon nombre. Dans un contexte économique où les intérêts d'un crédit figurent parmi les plus élevés de la planète, on ne s'étonnera alors pas de constater que ce sont, précisément, les clauses financières que les juges du fond invalident d'office, le plus souvent, lorsqu'ils analysent des contrats de crédit litigieux²⁶⁷⁸.

830. La position libérale du *Superior Tribunal de Justiça* – Pendant les trois premiers lustres d'existence du Code, le STJ, par toutes ses chambres, a approuvé cette organisation des pouvoirs du juge²⁶⁷⁹. On peut lire dans ses décisions une formule qui, à force d'être réitérée, est devenue une clause de style, les magistrats se plaisant même à lui rendre une tournure littéraire : « les prévisions d'ordre public du Code de défense du consommateur, indépendamment de leur nature, peuvent et doivent être relevées d'office par le juge. C'est parce qu'elles sont d'ordre public qu'elles transcendent les intérêts en cause et se superposent à la volonté des parties. Elles parlent par elles-mêmes et ne dépendent pas d'intermédiation pour être entendues »²⁶⁸⁰. Le Tribunal de Justice de Rio Grande do Sul (TJRS) a contribué tout spécialement à la formation de cette jurisprudence. Parmi les quatorze décisions rendues par le STJ en ce sens pendant la seule année comprise entre septembre 2004 et août 2005, treize procédaient du TJRS²⁶⁸¹, une seule étant rendue par le Tribunal de Justice de l'État voisin, de Santa Catarina²⁶⁸².

831. Une seule question semblait jusqu'alors gêner les magistrats du STJ. C'était le fait que, parfois, les juridictions du second degré décidaient elles-mêmes d'écarter d'office les clauses contraires à l'ordre public que le juge de première instance avait laissé passer²⁶⁸³. Dans

²⁶⁷⁷ On songera, notamment, aux pratiques d'anatocisme. V. n° 460 et s. *supra*.

²⁶⁷⁸ On peut citer, par exemple, les clauses relatives aux intérêts conventionnels, à la capitalisation mensuelle d'intérêts, à des commissions « de permanence » majorées d'une clause pénale, d'une clause d'indexation des sommes prêtées et d'intérêts de retard, ainsi que les pratiques d'échelonnement de la valeur résiduelle dans les contrats de *leasing*, ou d'inscription induite du consommateur sur un fichier d'incidents de paiement, entre autres.

²⁶⁷⁹ STJ-AgRgResp n° 540.947/RS, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 3^a T., j. 28.9.2004, DJ 6.12.2004 ; STJ-AgRgResp n° 718.124/RS, rel. Min. Castro Filho, 3^a T., j. 3.5.2005, DJ 23.5.2005 ; STJ-AgRgResp n° 702.524/RS, rel. Min. Fernando Gonçalves, 4^a T., j. 22.3.2005, DJ 11.4.2005 ; STJ-AgRgResp n° 657.259/RS, rel. Min. Jorge Scartezini, 4^a T., j. 7.6.2005, DJ 22.8.2005.

²⁶⁸⁰ STJ-AgRgResp n° 718.124/RS, préc.

²⁶⁸¹ STJ-AgRgResp n° 645.902/RS, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 3^a T., j. 28.9.2004, DJ 1.2.2005 ; STJ-AgRgResp n° 540.947/RS, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 3^a T., j. 28.9.2004, DJ 6.12.2004 ; STJ-AgRgResp n° 677.106/RS, rel. Min. Fernando Gonçalves, 4^a T., j. 7.12.2004, DJ 1.2.2005 ; STJ-AgRgResp n° 702.524/RS, rel. Min. Fernando Gonçalves, 4^a T., j. 22.3.2005, DJ 11.4.2005 ; STJ-AgRgResp n° 703.558/RS, rel. Min. Castro Filho, 3^a T., j. 29.3.2005, DJ 16.5.2005 ; STJ-AgRgResp n° 655.443/RS, rel. Min. Fernando Gonçalves, 4^a T., j. 5.4.2005, DJ 2.5.2005 ; STJ-AgRgResp n° 718.124/RS, rel. Min. Castro Filho, 3^a T., j. 3.5.2005, DJ 23.5.2005 ; STJ-AgRgResp n° 718.744/RS, rel. Min. Fernando Gonçalves, 4^a T., j. 5.5.2005, DJ 23.5.2005 ; STJ-AgRgResp n° 657.259/RS, rel. Min. Jorge Scartezini, 4^a T., j. 7.6.2005, DJ 22.8.2005 ; STJ-Resp n° 256.691/RS, rel. Min. Nancy Andrichi, 3^a T., j. 16.6.2005, DJ 1.7.2005 ; STJ-AgRgResp n° 729.068/RS, rel. Min. Castro Filho, 3^a T., j. 2.8.2005, DJ 5.9.2005 ; STJ-AgRgResp n° 720.439/RS, rel. Min. Castro Filho, 3^a T., j. 2.8.2005, DJ 5.9.2005 ; STJ-AgRgResp n° 749.590/RS, rel. Min. Aldir Passarinho, 4^a T., j. 16.8.2005, DJ 19.9.2005.

²⁶⁸² STJ-AgRgResp n° 578.715/SC, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 2.9.2004, DJ 20.9.2004.

²⁶⁸³ V. STJ-Eresp n° 702.524/RS, rel. p. ac. Min. Humberto Gomes de Barros, 2^a Seção, j. 8.3.2006, DJ 9.10.2006, annulant les dispositions prises d'office par le TJ de Rio Grande do Sul.

deux décisions, l'une du 27 mars²⁶⁸⁴, l'autre du 17 mai 2001²⁶⁸⁵, le principe dispositif de droit procédural a été évoqué, sous la formule latine *tantum devolutum quantum appellatum*, par les 4^e et 3^e chambres civiles, pour censurer les juridictions d'appel d'avoir exercé leurs pouvoirs d'office en annulant des clauses abusives dans des contrats de crédit. Ces décisions, où l'application des règles du Code du consommateur était effectivement en cause, semblaient pourtant être restées isolées car plusieurs arrêts, rendus par les deux chambres civiles du STJ, ont par la suite déclaré que les règles d'ordre public prévues par le Code peuvent être relevées d'office « en tout état de cause »²⁶⁸⁶.

832. Le tournant jurisprudentiel – À peine quatre ans plus tard, ces anciennes gênes se sont transformées en méfiance et ont conduit à un tournant jurisprudentiel au détriment des consommateurs les plus démunis, ceux qui ignorent leurs droits et ne les invoquent pas devant le juge. La 3^e chambre civile du *Superior Tribunal de Justiça* s'est élevé contre la sollicitude, estimée trop prodigue, des juges du fond à l'égard des consommateurs de crédit. Le 30 novembre 2004, elle censurait une décision du Tribunal de Justice de Rio Grande do Sul qui avait relevé d'office des clauses abusives dans un prêt alors que le consommateur s'était abstenu, en l'occurrence, de présenter des conclusions sur l'appel interjeté par son créancier. L'arrêt se fonde sur le principe dispositif, de manière à annuler la *reformatio in pejus* opérée par le jugement d'appel²⁶⁸⁷.

833. La divergence alors suscitée contre une jurisprudence bien établie depuis la promulgation du Code du consommateur, a éveillé la méfiance des magistrats du STJ. À la suite de deux jugements rendus dans le même sens par deux magistrats de la Cour²⁶⁸⁸, sans

²⁶⁸⁴ STJ-Resp n° 260.887/MT, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4^a T., j. 27.3.2001, DJ 7.5.2001. En l'espèce il s'agissait de l'exécution de titres de crédit ruraux souscrits pour le financement d'activités agricoles. Le TJ du Mato Grosso do Sul avait écarté l'anatocisme sous le visa de l'art. 51, IV, du Code du consommateur. Le STJ ne se prononce pourtant pas quant à la qualité de consommateur des intéressés.

²⁶⁸⁵ STJ-Resp n° 258.426/RS, rel. Min. Menezes Direito, 3^a T., j. 17.5.2001, DJ 20.8.2001.

²⁶⁸⁶ 3^e chambre : STJ-AgRgResp n° 703.558/RS, préc., j. 29.3.2005 ; STJ-AgRgResp n° 718.124/RS, préc., j. 3.5.2005 ; STJ-AgRgResp n° 729.068/RS, préc., j. 2.8.2005 ; STJ-AgRgResp n° 720.439/RS, préc., j. 2.8.2005. 4^e chambre : STJ-AgRgResp n° 657.259/RS, préc., j. 7.6.2005, où une référence est faite à l'arrêt de la 3^e chambre du 3.5.2005, préc.

²⁶⁸⁷ STJ-AgRgResp n° 648.400/RS, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 3^a T., j. 30.11.2004, DJ 1.2.2005. L'arrêt fait encore allusion à une décision du 18 décembre 2003 de la même chambre (STJ-Resp n° 533.551/RS, rel. Min. Menezes Direito, DJ 22.3.2004), par laquelle aurait été censurée une autre décision du TJRS ayant prétendument consenti d'office, sur le fondement du Code du consommateur, la restitution d'intérêts excessifs perçus par un fournisseur de crédit au détriment d'une entreprise de réfrigération de denrées. La censure n'est pas fondée sur l'exclusion de l'entreprise intéressée de la protection accordée par le Code, mais sur le principe dispositif. On peut lire, cependant, dans cette même décision l'avis divergent de la Min. Nancy Andrighi qui indique qu'une demande en ce sens avait été formulée par l'intéressée devant le juge (p. 11). Paradoxalement, le dispositif de l'arrêt indique que la décision de censure a été prise à l'unanimité pour violation de l'art. 515 du CPC (jugement *ultra petita*), sans que l'on sache si la magistrate aurait renoncé à la divergence alors soulevée – pourtant publiée avec l'arrêt – ou si celle-ci aurait été rejetée... tacitement ! Enfin, un autre arrêt de 2001 (STJ-Resp n° 66.612/MG, rel. Min. Aldir Passarinho, 3^a T., j. 16.8.2001, DJ 4.2.2002) est aussi rappelé dans cette décision, mais il n'y était pas question d'application des dispositions du Code du consommateur et la référence audit principe dispositif n'y était faite que sous la réserve, expressément rappelée, des règles d'ordre public.

²⁶⁸⁸ STJ-Resp n° 726.141/RS, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 16.3.2005, DJ 29.3.2005 ; STJ-Resp n° 726.517/RS, rel. Min. Menezes Direito, j. 21.3.2005, DJ 31.3.2005.

qu'il y eût d'appréciation collégiale²⁶⁸⁹, l'occasion s'est présentée pour que la 2^e section de droit privé définisse enfin les contours de l'office du juge. Dans l'espèce portée à son appréciation, une clinique pédiatrique ayant conclu un contrat de *leasing* avec une banque avait demandé en justice la révision des intérêts conventionnels, qu'elle considérait excessifs. Déboutée de sa demande, elle a interjeté appel et le TJRS, statuant d'office, lui a accordé la protection prévue par les règles du Code du consommateur : requalification du contrat en une vente, réduction des intérêts conventionnels à 12% par an, annulation de la stipulation d'une commission de permanence, réduction de la clause pénale, réduction des intérêts de retard à 1% par an et substitution de l'indice officiel d'actualisation monétaire à la clause d'indexation contractuelle. La banque forme un pourvoi contre cette décision, en invoquant les articles 128, 460 et 515 du CPC, tous relatifs au principe dispositif de droit procédural.

834. Le 8 juin 2005, la 2^e section fait droit à la demande de la banque²⁶⁹⁰. Prise sous scrutin unanime, la décision énonce que « les questions autres que celles relatives aux conditions de formation de l'action (examen de recevabilité) ne peuvent pas être examinées par les juridictions du second degré si elles ne font pas l'objet d'un recours en appel ». Cette solution a été rappelée par deux arrêts de la 3^e chambre du 15 décembre de la même année²⁶⁹¹. Dans ces espèces, le TJRS a été censuré pour avoir débouté des banques de leurs demandes en reprise des véhicules financés sous le régime de la fiducie (« alienação fiduciária em garantia ») sous prétexte, relevé d'office, que les intérêts conventionnels de 52,45% par an étaient excessifs²⁶⁹², alors que le consommateur n'avait pas comparu à l'instance. On pouvait penser que le message était, enfin, livré aux juridictions du fond de tout le pays : les règles de droit substantiel ne peuvent pas, du moins en appel, être relevées d'office. Curieusement cependant, dans les deux mois qui ont suivi la décision de la 2^e section du STJ mentionnée ci-dessus, au moins trois arrêts ont été rendus par la 3^e chambre civile du STJ, dans le sens exactement inverse, c'est-à-dire approuvant les tribunaux d'avoir statué d'office pour protéger des consommateurs de crédit²⁶⁹³, tous les trois, d'ailleurs, décidés par scrutin unanime. Les magistrats de la 4^e chambre ayant décidé de suivre leurs homologues de la 3^e, cette insubordination des formations fractionnaires du STJ a conduit les magistrats de la Cour à se réunir encore une fois en 2^e section de droit privé.

835. La consolidation progressive de la jurisprudence du STJ – Le 8 mars 2006, le STJ fixait, de manière définitive, sa jurisprudence sur l'office du juge dans les opérations de

²⁶⁸⁹ Le nouvel art. 557, § 1^o-A, du CPC permet au magistrat du STJ, statuant individuellement, de censurer les décisions attaquées qui se trouvent en contradiction manifeste avec l'un de ses avis (*summula*) ou avec sa jurisprudence majoritaire.

²⁶⁹⁰ STJ-Resp n^o 541.153/RS, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, 2^a Seção, j. 8.6.2005, DJ 14.9.2005.

²⁶⁹¹ STJ-Resp n^o 712.651/RS, rel. Min. Menezes Direito, 3^a T., j. 15.12.2005, DJ 8.5.2006 ; STJ-Resp n^o 700.631/RS, rel. Min. Menezes Direito, 3^a T., j. 15.12.2005, DJ 2.5.2006.

²⁶⁹² STJ-Resp n^o 712.651/RS, préc. ; dans l'autre espèce, les intérêts conventionnels s'élevaient à 42,49% par an et la censure du relevé d'office est encourue, non pas pour exercice abusif par le TJRS de ses pouvoirs que pour reconnaissance, par le STJ, du caractère non excessif des intérêts du crédit.

²⁶⁹³ STJ-Resp n^o 256.691/RS, préc., j. 16.6.2005 ; STJ-AgRgResp n^o 729.068/RS, préc., j. 2.8.2005 ; STJ-AgRgResp n^o 720.439/RS, préc., j. 2.8.2005.

crédit conclues avec les consommateurs²⁶⁹⁴. Les faits de l'espèce ne différaient pas de ceux rapportés ci-dessus, sauf à observer que le consommateur était demandeur à l'instance, l'action portant sur le caractère abusif des intérêts d'un prêt. Le Tribunal de Justice de Rio Grande do Sul avait relevé d'office plusieurs clauses du contrat²⁶⁹⁵ alors que, seule, la banque avait interjeté appel. La 2^e section de droit privé du STJ se fonde, encore une fois, sur le principe dispositif, pour réaffirmer sa solution du 8 juin 2005. Cette fois-ci, toutefois, la solution n'a été prise que par scrutin majoritaire. Les avis divergents soutenaient, à juste titre, qu'une telle solution était en contradiction avec la jurisprudence de la même 2^e section relative aux clauses d'attribution de compétence judiciaire. Dans ces cas, il est de jurisprudence constante que la compétence du juge du domicile du consommateur est absolue « pour autant que la clause litigieuse rende difficile son accès à la justice » ; l'obligation de le relever d'office est alors de rigueur²⁶⁹⁶. L'avis majoritaire n'a pas tenu compte de cette jurisprudence et la solution est désormais acquise.

836. Plus récemment, les magistrats du STJ ont cru bon de soumettre une dernière fois la question à l'appréciation de la 2^e section, sous la nouvelle procédure des pourvois répétitifs. Les faits de l'espèce concernaient, comme précédemment, un contrat de crédit dont plusieurs clauses avaient été déclarées abusives d'office par le Tribunal de Justice de Rio Grande do Sul, mais les magistrats du STJ ont attribué à leur décision une portée beaucoup plus large. Ils ont déclaré qu'« il est interdit aux juges du 1^{er} et du 2nd degrés de juridiction de déclarer abusives des clauses contractuelles, sur le fondement de l'article 51 du Code du consommateur, en l'absence de demande expresse »²⁶⁹⁷. Pour enterrer tout espoir de résistance, la même formation du STJ a décidé le 22 avril 2009 d'ajouter un nouvel avis n° 381 à sa *summula de jurisprudencia*, suivant lequel « dans les contrats bancaires, il est interdit au magistrat d'apprécier d'office le caractère abusif des clauses qu'ils contiennent »²⁶⁹⁸. On notera, enfin, que depuis la décision de la Cour constitutionnelle du 22 août 2009²⁶⁹⁹, les « juizados especiais », juges naturels des consommateurs, se sont vus, eux-aussi, restreindre considérablement les pouvoirs inhérents à leur office. Libres jusqu'alors de relever d'office les clauses abusives des contrats soumis à leur appréciation sans encourir pour autant un grief de la part du STJ, ces magistrats subiront désormais la censure de celui-ci s'ils ne se conforment pas à sa jurisprudence.

²⁶⁹⁴ STJ-Eresp n° 702.524/RS, rel. p. ac. Min. Humberto Gomes de Barros, 2^a Seção, j. 8.3.2006, DJ 9.10.2006.

²⁶⁹⁵ Alors que le juge de première instance n'avait réduit que les intérêts conventionnels à 12% par an, le TJRS déclarait d'office : l'interdiction de l'anatocisme, l'actualisation monétaire par rapport à l'indice IGP-M, l'absence de retard en raison des intérêts conventionnels excessifs et, en conséquence, l'exclusion de toute charge moratoire ou clause pénale et, enfin, la restitution du trop perçu.

²⁶⁹⁶ STJ-Resp n° 1.089.993/ST, rel. Min. Massami Uyeda, 3^a T., j. 18.2.2010, 8.3.2010 ; STJ-CC n° 40.562/BA, rel. Min. Ari Pargendler, 2^a Seção, j. 10.8.2005, DJ 10.10.2005 ; STJ-CC n° 48.097/RJ, rel. Min. Fernando Gonçalves, 2^a Seção, j. 13.4.2005, DJ 4.5.2005.

²⁶⁹⁷ STJ-Resp n° 1.061.530/RS, rel. Min. Nancy Andrighi, 2^a Seção, j. 22.10.2008, DJ 10.3.2009.

²⁶⁹⁸ DJ 5.5.2009.

²⁶⁹⁹ STF-ED-RE n° 571.572-8/BA, rel. Min. Ellen Gracie, ass. plén., DJ 27.11.2009, prévoyant la possibilité de révision des décisions des « juizados especiais » par le biais d'un recours exceptionnel en « réclamation » adressé au *Superior Tribunal de Justiça*. V. n° 758 *supra*.

837. Critique de la jurisprudence du *Superior Tribunal de Justiça* – Pour un organe du Pouvoir judiciaire qui se pose en « tribunal de la citoyenneté »²⁷⁰⁰, la position derrière laquelle le STJ s'est retranché cause une certaine perplexité. Quelle citoyenneté pour des consommateurs qui n'osent agir en justice, s'estimant liés par des clauses contractuelles illicites ou manifestation abusives des contrats qu'ils ont – les professionnels ne manquent jamais de le souligner – signés ? Quel intérêt social pour les règles dont ceux qui ne peuvent pas se payer les services d'un avocat sont exclus ?²⁷⁰¹ Quel rang, enfin, pour le droit à la protection que l'article 5^o, alinéa XXXII, de la Constitution laissait supposer être fondamental ? Le relevé d'office pourrait sûrement pallier ces difficultés.

838. Le marché brésilien du crédit est composé de plusieurs millions de consommateurs, alors que le nombre de fournisseurs se limite à quelques dizaines. Dans les litiges de consommation, ceux-ci sont ce que la doctrine anglo-saxonne appelle des « repeat players », des joueurs à répétition, défendus par des cabinets d'avocats spécialisés dont la présence presque quotidienne dans les tribunaux leur permet de s'attaquer aux jugements du fond d'une manière particulièrement insistante devant les magistrats des cours supérieures. On est ainsi fort tenté d'affirmer que l'attitude du *Superior Tribunal de Justiça* est due, bien plus à la persistance des juges du fond à réduire des intérêts conventionnels abusifs à 12% par an, souvent d'office, il est vrai, qu'à l'exercice proprement dit d'un tel pouvoir d'office. Pour peu que ce plafond, après avoir été prévu à la Constitution, en ait été éliminé²⁷⁰², « 12% » semble être devenu pour le STJ une sorte de chiffre de cabale suscitant une aversion qu'aucune motivation du fond ne suffirait à justifier. Or, pour exercer son contrôle, l'avis n^o 382 de sa *summula* de jurisprudence, adopté à peine cinq semaines après celui n^o 381 décrit ci-dessus, devrait suffire : « les intérêts rémunérateurs supérieurs à 12% par an, à eux seuls, ne sauraient caractériser un abus »²⁷⁰³. S'attaquant cependant, par une attitude extrême, à l'office du juge, la position libérale dans laquelle s'est figé le STJ brise ainsi l'équilibre voulu par le législateur constituant qui a érigé la protection des consommateurs en principe de l'ordre économique national, au même titre que la liberté d'entreprise²⁷⁰⁴.

839. Cette attitude est d'autant plus critiquable que le Tribunal se permet de retenir lui-même le caractère abusif des clauses contractuelles litigieuses²⁷⁰⁵. Au lieu de restreindre son appréciation au contrôle de la motivation des décisions des juges du fond, il s'arroge le pouvoir d'agir en troisième degré de juridiction, se fondant sur l'article 257 de son règlement interne²⁷⁰⁶

²⁷⁰⁰ V. le site internet www.stj.gov.br.

²⁷⁰¹ À quoi l'on rétorquera sans doute que l'État fournit des services gratuits d'aide juridictionnelle. Or, le budget de l'État n'est-il pas économisé et les recettes fiscales ne sont-elles pas mieux investies dès lors que l'on peut faire l'économie de tels services, en laissant les juges accomplir leur fonction constitutionnelle, c'est-à-dire appliquer la loi aux litiges soumis à leur appréciation ?

²⁷⁰² V. n^o 456 *supra*.

²⁷⁰³ Du 27.5.2009, DJ 8.6.2009.

²⁷⁰⁴ Art. 170, al. V^e et paragraphe unique.

²⁷⁰⁵ V. n^o 536 *supra*.

²⁷⁰⁶ STJ-EResp n^o 41.614/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, 2^a Seção, j. 28.10.2009, DJ 30.11.2009 ; STJ-Resp n^o 872.666/AL, rel. Min. Nancy Andrighi, 3^a T., j. 14.12.2006, DJ 5.2.2007.

dont la teneur est, curieusement, identique à celle de l'article 12 du CPC français : « [la chambre] tranche le litige, en appliquant le droit à l'espèce »²⁷⁰⁷. Paradoxalement, le STJ restreint l'office des juges du fond dans l'application du droit, alors qu'il élargit le sien pour apprécier des faits.

840. Suggestions pour le renforcement de l'office du juge – Certaines voies pourraient sans doute être encore exploitées. Par exemple, les articles 166, alinéa VII et 168, paragraphe unique, du Code civil de 2002 prévoient que le juge doit prononcer la nullité des négoces juridiques, lorsqu'elle découle d'une prévision expresse de la loi ; ou encore l'article 126 du Code de procédure civile, qui prévoit que « lors du jugement du litige, le juge doit appliquer la loi, le recours à l'analogie, à la coutume et aux principes généraux du droit n'étant permis que lorsque la loi fait défaut »²⁷⁰⁸. Ces règles ne s'adressent qu'au magistrat, elles n'ont pas de contenu de droit substantiel. Or, si en interdisant le relevé d'office, le STJ entend faire honneur aux règles de procédure, en toute logique, il devrait respecter ces dernières règles qui, destinées à renforcer l'office du juge, l'astreignent avec autant de force que celles résultant du principe dispositif.

841. Ce raisonnement analogique répond, certes, à un souci de cohérence mais il repose sur une fausse prémisse ; car, en réalité, ce sont les règles de droit matériel qui doivent être privilégiées par le magistrat²⁷⁰⁹. On peut le déduire d'ailleurs de certaines décisions du propre STJ, lorsqu'il décide d'assouplir la rigueur des dispositions relatives aux « conditions de constitution et de développement valide et régulier de la procédure »²⁷¹⁰. Il en est ainsi, par exemple, lorsque l'établissement de crédit fait signer au consommateur une reconnaissance de dettes dans le but d'opérer une novation et, par là même, d'obtenir un titre exécutoire. Si le créancier ne joint pas à l'exécution les pièces relatives au contrat initial, les juges, se trouvant dans l'impossibilité d'apprécier la légalité des clauses dudit contrat, éteignent la procédure, parfois en appel, pour absence d'une condition de l'action²⁷¹¹. Le STJ censure régulièrement cette solution, en imposant aux magistrats d'inviter auparavant l'établissement de crédit à produire les pièces nécessaires à l'appréciation des clauses du contrat de crédit²⁷¹². Si, pour les juges du fond, l'absence d'une condition de l'action présente un intérêt public tel qu'elle doit

²⁷⁰⁷ La Cour constitutionnelle avait émis un avis de teneur identique, n° 456 de sa *summula*, du 31.7.1961, DJ 17.11.1961, lequel est souvent évoqué dans les décisions du STJ.

²⁷⁰⁸ Ce dernier dispositif est d'ailleurs à rapprocher de l'article 12 du CPC français, à propos duquel on a affirmé que « le juge *doit* relever d'office les moyens de droit qui lui paraissent applicables au litige parce qu'ils sont des moyens *de droit*, non pas parce qu'ils sont d'ordre public ». CADIET, Loïc et JEULAND, Emmanuel. « Droit judiciaire privé », *op. cit.*, n° 542, p. 383 (souligné dans l'original).

²⁷⁰⁹ En ce sens, v. STJ-Resp n° 117.122/MG, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4^a T., j. 1.9.1998, DJ 9.11.1998.

²⁷¹⁰ Art. 267, al. V, du CPC. Le § 3^o de cet article impose au juge de relever d'office l'absence d'une de ces conditions « à tout temps et degré de juridiction ».

²⁷¹¹ La convention de reconnaissance de dettes est, certes, jointe à la requête du créancier, mais l'art. 614, al. II, du CPC exige qu'il fournisse également un tableau comptable de la dette actualisée jusqu'à la date de l'introduction de l'action, lorsqu'il s'agit d'une exécution de créances à valeur certaine.

²⁷¹² STJ-Resp n° 471.501/SC, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, 4^a T., j. 19.12.2002, DJ 2.6.2003 ; STJ-Resp n° 302.260/MG, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, 4^a T., j. 11.6.2002, DJ 26.8.2002.

engendrer la clôture de la procédure, le STJ contribue, lui, à l'application des règles matérielles protectrices du consommateur²⁷¹³.

842. Certes, le chemin conduisant à la persuasion du *Superior Tribunal de Justiça* n'apparaît pas aisé. La vitesse des événements caractérisant l'évolution récente de la jurisprudence brésilienne en la matière ne laisse guère présager un revirement. L'analyse de l'expérience française devrait cependant redonner de l'espoir au mouvement consumériste brésilien. Le parcours menant au renforcement de l'office du juge, en France, a été tracé sur une route juridique longue et tortueuse, aux balisements de laquelle le contentieux relatif aux opérations de crédit a largement contribué. Au-delà des aspects purement juridiques, beaucoup de préjugés ont dû être vaincus. Les détracteurs du relevé d'office ont pu affirmer, par exemple, que cette technique permet « l'exploitation des dispositifs protecteurs par les parties protégées dans le seul but de se soustraire à un contrat dont elles ne veulent plus »²⁷¹⁴ ; que l'irrégularité du contrat est « dénoncée par pur opportunisme » et que l'ordre public de protection se trouve ainsi « ravalé au rang de simple artifice, prétexte à la chicane et aux contestations hasardeuses »²⁷¹⁵ ; qu'il serait paradoxal que la « perversion de la protection du consommateur passe par le rôle du juge »²⁷¹⁶ ; enfin, qu'il s'agit d'un « abus manifeste de pouvoir », d'un « hardi en matière de subversion et d'hallucination judiciaire collective »²⁷¹⁷.

843. Ces préjugés, restés longtemps des lieux communs répétés par une doctrine « bancariste », sont aujourd'hui reléguées aux rangs de l'histoire dans l'univers juridique français. Le juge de l'Union a contribué à les vaincre et le législateur national a enfin réagi. Au Brésil, faute d'une instance supranationale à l'instar de l'actuelle Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE), le législateur pourrait être invité à intervenir afin de rendre effectives les règles du Code de défense du consommateur. Au mouvement consumériste brésilien d'agir alors pour un avenir plus aisé de l'office du juge dans les litiges de consommation. En tout cas, quel que soit le mode de l'innovation juridique à mener, il ne saurait ignorer les intérêts spécifiques des consommateurs dans les opérations de crédit.

844. Les difficultés pratiques devant être prises en compte lors du relevé d'office en matière de crédit – Dans ce type d'opérations, le retard dans l'exécution des obligations du consommateur est toujours chiffré à l'avance. En cas de défaillance de sa part, les intérêts moratoires ne cessent leur cours que lors du paiement effectif de la dette. L'écoulement du

²⁷¹³ On reconnaîtra cependant la fragilité d'un tel raisonnement car, dans ces situations, c'est sous la demande du consommateur que le juge entend apprécier le caractère abusif des clauses du contrat initial. D'ailleurs, on peut penser aussi que l'extinction de l'action profitera plus au consommateur – du moins jusqu'à la réintroduction de celle-ci, avec les pièces nécessaires... – qu'une condamnation au paiement, fût-ce après le contrôle des abus contractuels pratiqués par le créancier.

²⁷¹⁴ LAGARDE, Xavier. « Office du juge et ordre public de protection », *op. cit.*, n° 10, p. 749.

²⁷¹⁵ *Idem*, *ib idem*.

²⁷¹⁶ FADLALLAH, Ibrahim et BAUDE-TEXIDOR, Christine. *Op. cit.*, n° 18, p. 754, pour lesquels « la pratique exprimée par ces décisions met le crédit à la consommation en danger. [...] Il n'est pas sage de laisser qu'une jurisprudence militante [...] dresse les consommateurs contre les établissements dispensateurs de crédit ».

²⁷¹⁷ GAUTIER, Stéphane. « Crédit permanent : martyr des juges du fond », LPA 17 oct. 2005, n° 206, p. 3, n° 12 et 14.

temps joue ainsi nécessairement au détriment de ses prétentions. Cela veut dire que plus la procédure est longue, plus la dette du consommateur sera élevée. Dans ces conditions, il est souhaitable que le litige soit tranché au plus vite, de manière à éviter l'accumulation des intérêts des capitaux. Or, dans la pratique judiciaire brésilienne, le relevé d'office signifie systématiquement la prolongation de la procédure pendant plusieurs années car les fournisseurs de crédit exercent toujours jusqu'aux dernières voies de recours. Il en résulte que, si, à terme, le consommateur est victorieux, il sera tout de même redevable, au mieux, des intérêts au taux moyen du marché calculés sur le capital restant dû, pendant toute la période de déroulement de la procédure²⁷¹⁸ ; en revanche, s'il est vaincu, sa dette sera entre-temps devenue trop élevée et il pourra rencontrer de sérieuses difficultés pour la payer, alors même qu'il ne l'aura jamais contestée²⁷¹⁹. Faut-il, dans ces conditions, autoriser le relevé d'office sans autre réserve et abandonner le risque de conséquences aussi néfastes pour le débiteur à la seule conscience du juge ? Une solution pourrait alors consister à doubler l'adoption du relevé d'office de la suppression de certaines voies de recours, notamment en empêchant les parties, à partir d'un certain taux de compétence, d'accéder aux services du STJ²⁷²⁰. Pour éviter la critique des partisans les plus ardents du système fédéraliste, on pourrait réserver ce système aux seules clauses financières des contrats de crédit, voire à certaines d'entre elles²⁷²¹. D'une part, la mission constitutionnelle réservée au *Superior Tribunal de Justiça* tient, essentiellement, à l'uniformisation sur le territoire national de l'application du droit, non pas à l'exercice d'un rôle de troisième degré de juridiction. On sait, d'autre part, que les conditions spécifiques du marché du lieu de l'octroi du crédit sont essentielles pour l'appréciation du caractère abusif des clauses des contrats de ce type²⁷²². Dès lors, il apparaît légitime de laisser aux tribunaux locaux le (premier, fût-ce d'office, et le) dernier mot sur ces questions, aux décisions desquels serait alors conférée force exécutoire²⁷²³.

845. Une telle réforme n'est pourtant pas à l'ordre du jour au Brésil, faute de volonté politique suffisante. La sanction systématique des violations des règles de protection représente, théoriquement, une contrainte supplémentaire au volume de crédit disponible sur le marché. Le relevé d'office en cette matière contredit ainsi la politique monétaire du gouvernement, entamée depuis plusieurs années et d'un avenir, semble-t-il, encore florissant.

²⁷¹⁸ V. n° 538 *supra*.

²⁷¹⁹ Inscrit pendant de longues années sur des fichiers négatifs, il sera aussi longtemps un « interdit de crédit » ; si, enfin, ses besoins sont pressants, il finira par tomber dans le piège des services proposés par des usuriers.

²⁷²⁰ À l'instar du mécanisme voulu par le législateur pour les « *juizados especiais* ». V. n° 752 *supra*. Une solution rapide dans le cas concret passerait, avant tout, par l'incitation des parties à la renégociation, de préférence sous les auspices du juge, par des moyens célères et qui tiennent compte de leurs intérêts respectifs. Il reste que, pour peu que cette solution laisse la dette du consommateur s'accroître, elle ne contribue pas plus à l'effectivité des règles impératives de protection ; elle suppose d'ailleurs que ce dernier se présente devant le juge pour se défendre.

²⁷²¹ Si l'anatocisme est une pratique à banir dans tous les États de la fédération, l'abus dans la fixation des intérêts d'un crédit doit être apprécié en tenant compte des conditions spécifiques du marché de son octroi.

²⁷²² STJ-Resp n° 407.097/RS, rel. p. ac. Min. Ari Pargendler, 2^a Seção, j. 12.3.2003, DJ 29.9.2003. V. n° 534 *supra*.

²⁷²³ On peut se demander si ce résultat ne peut être obtenu, d'une manière beaucoup plus simple, par l'abandon par le STJ de l'appréciation du caractère abusif des clauses des contrats de crédit à l'analyse souveraine des juges du fond.

La doctrine consumériste dénonce, çà et là, les inconvénients d'un tel système²⁷²⁴. L'exemple français et l'article L. 141-1 du Code de la consommation sont d'ailleurs évoqués, dans une perspective comparatiste, pour soutenir le caractère anachronique de la position de la jurisprudence brésilienne²⁷²⁵. Il semble, en définitive, que l'on puisse déduire de ce tableau un certain déclin de la protection des intérêts individuels du consommateur dans l'ordre juridique brésilien. On peut du moins se réjouir de voir s'ouvrir de bonnes perspectives pour la protection des intérêts collectifs des consommateurs. Avant d'entamer cette analyse, il convient d'examiner une dernière technique qui, faisant également l'objet des missions du juge, contribue au rééquilibrage de la situation des parties au procès.

2) Le renversement du fardeau de la preuve

846. C'est le législateur brésilien qui a décidé d'innover en matière de charge de la preuve²⁷²⁶. Alors qu'en droit commun, tant en France qu'au Brésil, celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver²⁷²⁷, le Code du consommateur établit, comme droit essentiel (« *direito básico* ») du consommateur, « la facilitation de la défense de ses droits, notamment par le renversement du fardeau de la preuve, à son profit, dans la procédure civile, lorsque, « sous la discrétion du juge », ses allégations sont vraisemblables ou qu'il est dans une situation d'infériorité [« *hipossuficiência* »²⁷²⁸], selon les règles ordinaires d'expérience »²⁷²⁹. Cette disposition a généré un contentieux très abondant, le plus souvent en raison d'une mauvaise compréhension, à la fois, du système relatif à la charge « naturelle » de la preuve et des pouvoirs du juge dans l'appréciation de celle-ci. En matière procédurale, le principe demeure la liberté du juge dans l'appréciation des éléments de preuve produits par les parties au procès²⁷³⁰. Ainsi, lorsqu'il statue, de manière dûment motivée, se fondant soit sur les allégations du consommateur – *a priori* prouvées – soit sur des présomptions²⁷³¹, le juge se conforme aux règles qui encadrent normalement son office, sans pour autant renverser la

²⁷²⁴ TRAJANO, Fábio de Souza. « A inconstitucionalidade da Súmula 381 do Superior Tribunal de Justiça », Rev. dir. cons. n° 73, janv.-mars 2010, p. 51.

²⁷²⁵ MIRAGEM, Bruno. « Nulidade das cláusulas abusivas nos contratos de consumo : entre o passado e o futuro do do direito do consumidor brasileiro », Rev. dir. cons. n° 72, oct.-déc. 2009, p. 77.

²⁷²⁶ Certains auteurs français considèrent que les règles relatives à la charge de la preuve sont, au même titre que les modes de preuve admissibles, analysées comme des règles de fond, raison pour laquelle elles trouveraient leur siège dans le Code civil. Elles diffèrent de celles relatives à l'administration de la preuve qui comprendraient les pièces à produire, les mesures d'instruction et le serment décisoire ; v. CADIET, Loïc et JEULAND, Emmanuel. « Droit judiciaire privé », 6^e éd., Litec, 2009, n° 559, p. 363, note 67. La distinction entre ce qu'ils décrivent comme « règles d'administration » et celles « d'admissibilité des moyens de preuve » n'est pourtant pas très claire. En droit brésilien, les dispositions relatives à la charge de la preuve s'analysent typiquement en règles de procédure ; v. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Op. cit.*, n° 14.1.4.1, p. 344.

²⁷²⁷ Art. 1315 du Code civil français, dont l'al. 2^e prévoit que « réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation ». D'une teneur identique, v. l'art. 333, als. I et II, du Code de procédure civile brésilien.

²⁷²⁸ Il s'agit d'un néologisme qui correspond à une situation d'infériorité ou de fragilité.

²⁷²⁹ Art. 6^o, al. VIII.

²⁷³⁰ Art. 131 du CPC brésilien. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Op. cit.*, n° 14.1.5.3, p. 350, parle d'un « système de la persuasion rationnelle » du juge, suivant lequel la liberté d'appréciation de la preuve par celui-ci doit se conformer à certaines règles logiques et à des maximes de l'expérience commune.

²⁷³¹ Art. 334 du CPC.

charge de la preuve²⁷³². Souvent, cependant, les professionnels soutiennent que le juge l'aurait indûment renversée car ils estiment que le consommateur n'aurait pas suffisamment prouvé ses allégations²⁷³³. Cette affirmation est pourtant erronée, du moins à l'égard de la technique procédurale ici exposée²⁷³⁴. Le *Superior Tribunal de Justiça* a dû fixer un certain nombre de précisions en la matière.

847. Le renversement de la charge de la preuve et le respect du principe du contradictoire – S'il décide d'appliquer cette technique, le juge doit, préalablement, mettre les parties en mesure de connaître l'organisation probatoire qu'il entend réaliser pour forger sa conviction et, enfin, trancher le litige. C'est-à-dire qu'il doit respecter le principe du contradictoire, par l'effet duquel le fournisseur connaît par avance les preuves qu'il devra rapporter, faute pour le consommateur de pouvoir produire les éléments confirmatifs de ses allégations²⁷³⁵. Il ne s'agit ainsi pas de « faciliter l'accueil des prétentions du consommateur, mais de faciliter sa défense en justice, en transférant la charge de la preuve à celui qui détient de meilleures conditions de la produire »²⁷³⁶.

848. Le renversement du fardeau de la preuve n'est pas une faculté du juge – Pour le STJ, la facilitation des moyens de défense du consommateur en justice est un devoir du magistrat. L'expression « sous la discrétion du juge » prévue au dispositif mentionné ci-dessus, lui permet simplement de s'appuyer sur des fondements alternatifs pour déterminer le renversement du fardeau de la preuve²⁷³⁷. Ainsi, dès lors qu'il constate, au cas par cas et dans une appréciation souveraine²⁷³⁸, soit le caractère vraisemblable des allégations du consommateur, soit son état d'infériorité (« hipossuficiência »), il doit prendre les mesures nécessaires à la facilitation de sa défense²⁷³⁹.

849. Seuls en sont justiciables les consommateurs en état d'infériorité – Il est décidé, ensuite, que ce dernier critère ne se confond pas avec la « vulnérabilité » reconnue par

²⁷³² Dans le même sens, v. WATANABE, Kazuo. « Código brasileiro de defesa do consumidor – Comentado pelos autores do anteprojeto », *op. cit.*, p. 812.

²⁷³³ V., par ex., STJ-AgRgResp n° 701.013/SP, rel. Min. Menezes Direito, 3^a T., j. 16.5.2006, DJ 28.8.2006.

²⁷³⁴ Une chose est prétendre que son adversaire n'a pas suffisamment prouvé ses allégations, matière du fond ; autre chose est soutenir que le juge aurait, dans ce cas, inversé la charge de la preuve, matière de procédure.

²⁷³⁵ STJ-Resp n° 720.930/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4^a T., j. 20.10.2009, DJ 9.11.2009. *Contra*, v. WATANABE, Kazuo. *Op. cit.*, p. 814, pour qui le juge est légitimé à ne révéler qu'il inverse le fardeau probatoire qu'au moment où il tranche le litige au fond, au motif d'un constat de *non liquet*.

²⁷³⁶ STJ-Resp n° 720.930/RS, préc.

²⁷³⁷ On notera cependant que ni l'alternative, ni l'expression « sous la discrétion du juge » n'existaient à l'avant-projet initialement soumis au Ministre de la Justice par la commission de rédaction Code. V. FILOMENO, José Geraldo Brito. « Código brasileiro de defesa do consumidor – Comentado pelos autores do anteprojeto », *op. cit.*, p. 156. V. aussi l'opinion de WATANABE, Kazuo, au même ouvrage, p. 812, pour qui, en retenant la « vraisemblance » des allégations du consommateur, le juge n'inverse pas véritablement la charge de la preuve, il considère simplement, aidé par les « règles de la vie et les maximes de l'expérience » inhérentes à l'exercice normal de son office, qu'une partie a produit la preuve qui lui incombe. Dans ce sens, v. STJ-Resp n° 343.559/MG, rel. Min. Menezes Direito, 3^a T., j. 18.6.2002, DJ 23.9.2002 ; STJ-Resp n° 471.624/SP, rel. Min. Menezes Direito, 3^a T., j. 27.5.2003, DJ 25.8.2003.

²⁷³⁸ STJ-Resp n° 773.171/RN, rel. Min. Antônio Herman Benjamin, 2^a T., j. 20.8.2009, DJ 15.12.2009 ; STJ-AgRgResp n° 671.866/SP, rel. Min. Menezes Direito, 3^a T., j. 22.2.2005, DJ 9.5.2005 ; STJ-AgRgAI n° 1.102.650/MG, rel. Min. Hamilton Carvalhido, 1^a T., j. 15.12.2009, DJ 2.2.2010 ; STJ-AgRgAI n° 758.814/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4^a T., j. 19.2.2009, DJ 9.3.2009.

²⁷³⁹ STJ-Resp n° 773.171/RN, préc., j. 20.8.2009.

le législateur *in abstracto* à tous les consommateurs²⁷⁴⁰. Il s'agit d'une condition de particulière fragilité du consommateur d'un point de vue matériel dont les effets se prolongent sur le plan procédural²⁷⁴¹. Il en résulte que le contrôle du juge, réalisé au cas par cas, de la nécessité d'appliquer la technique en question ne s'exercera que postérieurement à celui sur la qualité de consommateur de l'intéressé, qualité qui permettra de lui accorder les règles de protection matérielle²⁷⁴². Il se peut, cependant, que ces deux questions se présentent au juge simultanément, notamment lorsque le renversement de la charge de la preuve doit faire l'objet d'une première décision incidente, antérieurement au dénouement du procès. Ce problème a fait l'objet de maintes décisions du STJ car les professionnels n'hésitent pas à invoquer ce bénéfice à leur profit. Le fondement sur lequel le juge s'appuiera alors pour accueillir ou rejeter cette demande dépendra, en amont, de sa propension plus ou moins importante à considérer l'intéressé comme consommateur²⁷⁴³.

850. Le contentieux de la charge de la preuve dans les opérations de crédit – La question s'est posée de savoir si le juge pouvait imposer à l'établissement prêteur d'avancer les frais de production d'une expertise judiciaire comptable dans le but, notamment, de constater des pratiques d'anatocisme et d'intérêts abusifs. Le STJ décide régulièrement qu'aucune obligation n'existe pour celui-ci d'avancer de tels frais, mais qu'en cas de refus, une présomption peut se former à son détriment dans l'esprit du juge²⁷⁴⁴. En pratique, cependant, souvent le renversement de la charge probatoire est prononcé soit pour astreindre le fournisseur à poursuivre une démarche active dans la production d'une preuve qui lui appartient, soit pour éviter que l'on puisse reprocher au juge d'avoir excédé ses pouvoirs. Dès lors, le fournisseur de crédit ne pourra plus se contenter de nier les faits allégués par le consommateur, sous peine de voir le magistrat en tirer toute conséquence. Il en est ainsi, par exemple, lorsque le consommateur allègue des violations par le fournisseur de crédit de ses obligations – telles que la non réception des informations contractuelles ou l'absence de

²⁷⁴⁰ Art. 4^o, al. I, du Code du consommateur.

²⁷⁴¹ V., par ex., STJ-Resp n^o 1.021.261/RS, rel. Min. Nancy Andrichi, 3^a T., j. 20.4.2010, DJ 6.5.2010, où il est refusé à un consommateur la qualité d'hypossufisant pour absence du constat de son infériorité économique, technique ou juridique.

²⁷⁴² STJ-Resp n^o 713.386/SP, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, 4^a T., j. 5.8.2008, DJ 15.9.2008 : exclusion de la protection du Code à une industrie de production d'aluminium.

²⁷⁴³ V., par exemple, STJ-Resp n^o 541.813/SP, rel. Min. Menezes Direito, 3^a T., j. 25.5.2004, DJ 2.8.2004, où le Tribunal de São Paulo (1^{er} TASP) avait considéré, d'abord, que les demandeurs, en tant que producteurs agricoles, étaient des consommateurs intermédiaires (« insumidores » *sic*), mais s'était avancé également sur le constat de leur « aisance » probatoire. Le STJ censure le 1^{er} TASP pour leur avoir refusé la qualité de consommateurs, mais affirme que la seconde appréciation est faite de manière souveraine. Dans des circonstances très similaires, le Tribunal de São Paulo a, cette fois-ci, considéré une entreprise de revente de matériaux de construction comme consommateur et a déterminé l'inversion de la charge de la preuve pour que la banque avance les frais d'une expertise comptable ; le STJ l'approuve intégralement, en rappelant le pouvoir souverain des juges du fond : STJ-Resp n^o 707.451/SP, rel. Min. Jorge Scartezzini, 4^a T., j. 14.11.2006, DJ 11.12.2006 ; la 4^e chambre du STJ, dans l'arrêt précité STJ-Resp n^o 713.386/SP (j. 5.8.2008), a en revanche approuvé le TASP d'avoir refusé à l'entreprise demanderesse la qualité de consommateur. V. encore STJ-AgRgAl n^o 935.663/SC, rel. Min. Aldir Passarinho, 4^a T., j. 26.8.2008, DJ 20.10.2008 (entreprise à laquelle est reconnue la qualité de consommateur dans un contrat de *leasing*, mais dont la fragilité procédurale n'est pas constatée).

²⁷⁴⁴ STJ-Resp n^o 781.446/RN, rel. Min. Sidnei Beneti, 3^a T., j. 3.4.2008, DJ 15.4.2008 ; STJ-Resp n^o 774.564/SP, rel. Min. Jorge Scartezzini, 4^a T., j. 21.9.2006, 9.10.2006.

transfert des fonds promis²⁷⁴⁵ ; ou encore, lorsque le juge enjoint à l'établissement de crédit de présenter les pièces nécessaires au dénouement du litige, telles que l'instrument contractuel ou les relevés du compte utilisé par le consommateur²⁷⁴⁶.

851. Le fardeau de la preuve et l'office du juge – Si l'on adhère à une conception moderne du rôle du juge, suivant laquelle il dispose, pour trancher le litige, des pouvoirs nécessaires à l'« établissement de la vérité »²⁷⁴⁷, on constatera que les règles du droit commun de la procédure permettent d'atteindre le même résultat sans que le fardeau de la preuve soit renversé. C'est, semble-t-il, cette philosophie qui sous-tend l'article 130 du CPC, lequel accorde au magistrat le pouvoir d'enjoindre aux parties, fût-ce d'office, la production des preuves nécessaires à l'instruction de l'affaire. Il en sera ainsi, par exemple, pour les documents en leur possession²⁷⁴⁸, l'audition de témoins²⁷⁴⁹ ou encore l'élaboration d'expertises²⁷⁵⁰. On peut alors penser que c'est dans un seul but « pédagogique »²⁷⁵¹ que certaines décisions évoquent le renversement de la charge probatoire, de manière à rappeler le caractère anachronique d'un modèle procédural libéral dont des réminiscences figurent pourtant encore dans quelques dispositifs légaux²⁷⁵². Ce raisonnement semble être renforcé par l'analyse du contexte juridico-procédural français. Alors que cette technique n'y fait l'objet d'aucune règle légale expresse, la protection du consommateur sur le plan procédural s'en trouve renforcée d'autant par le rôle actif qu'on attribue au juge. C'est ainsi que, sur plusieurs aspects des relations entre un établissement de crédit et un consommateur, la Cour de cassation décide qu'il appartient aux magistrats du fond de rechercher, parmi les faits indiqués au procès, ceux qui permettent de

²⁷⁴⁵ Il y a des situations, cependant, où l'inversion impliquera pour le fournisseur de produire une preuve négative qui, normalement, ne lui incombe pas. Dans l'espèce jugée le 20 oct. 2009 (STJ-Resp n° 720.930/RS, préc.), le STJ décide qu'il serait impossible pour une industrie pharmaceutique de prouver qu'une consommatrice de médicaments contraceptifs produits par ladite industrie depuis 1992, étant tombée enceinte en 1998, n'avait pas ingéré de comprimés dépourvus de molécules actives (placebo), alors que la consommatrice, demanderesse d'une indemnisation, ne pouvait pas établir elle-même qu'elle les avait ingérées. Il censure l'arrêt du TJRS qui avait alloué à la défenderesse la charge de la preuve de la non-consommation dudit médicament, sous la formule précitée suivante : « il ne s'agit pas de faciliter l'accueil des prétentions du consommateur, mais de faciliter sa défense en justice, en transférant la charge de la preuve à celui qui détient de meilleures conditions de la produire ».

²⁷⁴⁶ STJ-AgRgAI n° 1.086.478/GO, rel. Min. Sidnei Beneti, 3^a T., j. 19.3.2009, DJ 2.4.2009 ; STJ-AgRgAI n° 1.062.306/GO, rel. Min. Massami Uyeda, j. 7.8.2008, DJ 20.10.2008 ; STJ-AgRgResp n° 725.141/RJ, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 3^a T., j. 3.12.2007, DJ 12.12.2007 ; STJ-AgRgAI n° 49.124-2/RS, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4^a T., j. 4.10.1994, DJ 31.10.1995 ; STJ-Resp n° 264.083/RS, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4^a T., j. 29.5.2001, DJ 20.8.2001 ; ;

²⁷⁴⁷ L'art. 339 du CPC brésilien prévoit que « nul ne peut s'exonérer du devoir de collaboration avec le Pourvoir judiciaire pour l'établissement de la vérité ». On notera cependant que la « vérité » sur laquelle se reposera le juge président au procès, ne correspondra pas nécessairement et à tous les coups avec les événements historiques rapportés par les parties, sinon qu'à la vraisemblance des faits qu'elles indiquent. V. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Op. cit.*, p. 71, qui parle d'un « principe de vraisemblance », en citant Voltaire : « les vérités historiques ne sont que des probabilités ».

²⁷⁴⁸ Art. 355 du CPC.

²⁷⁴⁹ Art. 418 du CPC.

²⁷⁵⁰ Art. 437 du CPC.

²⁷⁵¹ V. WATANABE, Kazuo. « Código brasileiro de defesa do consumidor – Comentado pelos autores do anteprojeto », *op. cit.*, p. 813, pour qui le législateur a prévu expressément la règle de l'inversion probatoire sous le constat de la vraisemblance des allégations du consommateur, dans un but « didactique, afin de rappeler aux praticiens, peu familiarisés à ce critère de jugement, qu'il est inévitable dans les procédures relatives au droit de la consommation ».

²⁷⁵² Par exemple, les articles 302 et 319 du CPC prévoient que les faits affirmés par le demandeur sont réputés vrais si, respectivement, le défendeur ne les conteste pas ou s'il ne comparait point pour se défendre.

rendre effectif un droit que la loi accorde à la partie faible²⁷⁵³. Au besoin, ils peuvent inviter les parties à fournir des explications de fait²⁷⁵⁴ ou encore ordonner d'office toutes les mesures d'instruction qu'ils estiment nécessaires à la solution du litige²⁷⁵⁵.

852. Il n'empêche que le renversement de la charge de la preuve, prévu par le législateur comme un droit essentiel du consommateur et présenté comme l'une des techniques les plus importantes du Code brésilien²⁷⁵⁶, conserve toute son utilité en dehors des hypothèses où les pouvoirs « naturels » du juge permettent à celui-ci de retenir l'application des règles de protection. Par ailleurs, en droit brésilien, cette technique dépasse le seul cadre des litiges individuels de consommation. Elle peut être appliquée aussi dans les actions collectives, quand bien même un tiers occuperait la place du consommateur à l'instance, agissant en procureur d'une collectivité de consommateurs²⁷⁵⁷. C'est alors dans ce type d'actions que le droit de la consommation connaît son plus grand « rendement social ». On peut même se demander, ainsi qu'on l'a fait à propos de l'institution de la lésion, si ce n'est pas dans les actions collectives que les techniques du droit de la consommation s'avèrent le plus utiles : « on accorde une action à l'individu, mais osera-t-il s'en servir ? »²⁷⁵⁸

Section 2 – La protection des intérêts collectifs des consommateurs de crédit

853. « Intérêts collectifs » est une expression qui désigne, de manière générique, plusieurs catégories d'intérêts qu'une doctrine pionnière qualifie de « méta-individuels »²⁷⁵⁹. La théorisation de cette catégorie d'intérêts a constitué, par ailleurs, un pas fondamental vers leur consécration législative. Entendus au sens large, les intérêts collectifs sont ceux qui

²⁷⁵³ Par exemple, en matière de forclusion, la date du premier impayé non régularisé : Civ. 1^e, 15 février 2000 : Bull. civ. I, n° 48 ; Civ. 1^e, 22 avril 1992 : Bull. civ. I, n° 131 (« ce n'est pas au débiteur de rapporter la preuve de l'écoulement du délai de forclusion ») ; v. MONACHON-DUCHÊNE, Nicolas. « Forclusion de l'action en paiement du prêteur et office du juge », JCP G 2009, II, 10036 : « un prêteur qui réclame le remboursement d'un crédit non honoré doit prouver sa créance, justifier des échéances demeurées impayées et que la déchéance du terme en est résultée. Cela suffit au juge pour vérifier que cette action aura été engagée avant l'expiration de la deuxième année du premier impayé non régularisé. C'est incontestablement le prêteur qui est tenu de produire ces éléments de fait au débat » ; en matière de TEG : Cass. com. 26 mars 2002 : inédit, pourvoi n° 99-20727 ; sur la destination donnée au crédit : Cass. 1^{re} civ. 22 mai 2002, Juris-Data n° 2002-014684, v. n° 47 *supra*.

²⁷⁵⁴ Art. 8 du CPC français.

²⁷⁵⁵ Art. 10 du CPC français. V. FLORES, Philippe et BIARDEAUD, Gérard. « Contentieux du droit de la consommation », *op. cit.*, n° 51, pour lesquels le juge, « pour être en mesure de remplir son rôle, doit donc exiger du prêteur un historique complet de l'opération de crédit ». V. cependant Cass. 1^{re} civ. 9 décembre 1997 : Bull. civ. I, n° 365, pourvoi n° 96-10151, cassant, pour inversion de la charge de la preuve, l'arrêt d'une cour d'appel au motif qu'« il appartient à la partie, qui invoque la fin de non-recevoir tirée de la forclusion de l'action du prêteur, d'en justifier ». On remarquera qu'en l'espèce la banque avait fourni des relevés de compte qui laissaient présumer l'absence de forclusion, le juge l'ayant déboutée sous prétexte que ceux-ci ne permettaient pas d'établir avec exactitude le point de départ dudit délai.

²⁷⁵⁶ MARQUES, Cláudia Lima, BENJAMIN, Antônio Herman V. et BESSA, Leonardo Roscoe. « Manual de direito do consumidor », *op. cit.*, p. 61.

²⁷⁵⁷ STJ-Resp n° 736.308/RS, rel. Min. João Otávio Noronha, 4^a T., j. 15.12.2009, DJ 2.2.2010 ; STJ-Resp n° 773.171/RN, rel. Min. Antônio Herman Benjamin, 2^a T., j. 20.8.2009, DJ 15.12.2009.

²⁷⁵⁸ CARBONNIER, Jean. *Op. cit.*, n° 995, p. 2057.

²⁷⁵⁹ On emprunte l'expression à CAPPELLETTI, Mauro. « La protection d'intérêts collectifs et de groupe dans le procès civil (Métamorphoses de la procédure civile) », *Revue internationale de droit comparé*, v. 27, n° 3, juill.-sept. 1975, p. 571.

appartiennent, de manière indivisible²⁷⁶⁰, à la collectivité d'individus, tantôt identifiés par groupes, tantôt indéterminables. Il pourrait paraître tautologique d'affirmer que les intérêts collectifs se distinguent des intérêts purement individuels. Pourtant, lorsqu'un nombre considérable d'intérêts de ce dernier type comportent des caractéristiques similaires, il convient, pour aboutir à une protection efficace des individus concernés, que leur défense en justice soit réalisée de manière conjointe. Le Brésil et la France ont été pionniers, respectivement, en Amérique Latine et en Europe, dans la consécration législative des moyens de satisfaction des intérêts collectifs, ce dernier pays l'étant d'ailleurs également sur la scène mondiale. Dans le champ de la consommation, les mécanismes ainsi adoptés se sont pourtant inspirés des règles en vigueur dans les pays de tradition juridique anglo-américaine. Mais qui dit inspiration ne dit pas imitation. L'adaptation de ces « nouveaux droits » à la tradition juridique propre à chacun des pays en question a toujours été une préoccupation majeure de leurs dirigeants. Par ailleurs, sur cette adaptation, le consumérisme français semble avoir exercé une importante influence sur les choix opérés par le législateur brésilien.

854. La comparaison juridique entre ces deux systèmes est intéressante en ce qu'elle révèle, à partir d'un fond commun de tradition juridique romano-germanique, les aboutissants d'innovations législatives similaires, effectuées pourtant à échelles distinctes, par leurs pouvoirs publics respectifs. Il est important de relever que les conséquences ainsi avérées sont le résultat des tentatives d'adaptation de ces innovations, à l'intérieur de chaque système, aux éléments d'ordre socio-économique et politique qui caractérisent leur histoire depuis le dernier siècle. La force des mouvements consuméristes d'origine associative, ainsi que les degrés de maturité des régimes démocratiques alors installés, en constituent d'importants exemples. Ils reflètent, nous le verrons, la sollicitude du législateur envers les consommateurs titulaires d'intérêts purement individuels. À l'analyse comparative, on constate alors tantôt une position prudente du législateur, dont la volonté de protection des intérêts collectifs est tempérée par l'appel aux consommateurs individuels à exercer leur rôle d'acteurs économiques au sein du marché (§ 1^{er}), tantôt une initiative audacieuse de protection de ceux-ci en leur permettant de se défendre au moyen d'actions de groupe (§ 2nd).

§ 1^{er} – La promotion des intérêts collectifs des consommateurs

855. C'est par la promotion des intérêts collectifs des consommateurs que le consumérisme affiche son identité la plus visible et qu'il acquiert, par là-même, sa légitimité en tant que mouvement social. La nécessité de garantir leur protection est aujourd'hui indéniable. Surtout, lorsque le crédit devient un moyen de garantir la satisfaction des besoins de la vie courante, la mise en œuvre des droits collectifs des consommateurs de crédit rejoint la nécessité, plus générale, de promotion des droits du citoyen. Dès lors, la distinction entre les

²⁷⁶⁰ DUPEYRON, Henry. « L'action collective », D. 1952, Chr. p. 155.

différentes catégories d'intérêts collectifs est rendue peu aisée. Elle n'est pourtant pas insurmontable et peut apparaître très utile.

856. Les différentes catégories d'intérêts collectifs – En 1973, le législateur français adoptait un dispositif destiné à protéger ce type d'intérêts²⁷⁶¹. L'article 46 de la loi Royer²⁷⁶², du 27 décembre de ladite année, garantissait l'exercice, devant toutes les juridictions, de l'« action civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs ». Regardé comme l'un des plus importants du droit de la consommation²⁷⁶³, ce dispositif a été remanié par une loi du 5 janvier 1988²⁷⁶⁴, sous une rédaction similaire. Aucune de ces lois n'a pourtant prévu de définition de l'intérêt collectif²⁷⁶⁵. Un auteur avait proposé de retenir la notion d'« acte de large diffusion [...] comme le signe de l'intérêt collectif »²⁷⁶⁶. Un autre, sans en fournir une définition, s'efforçait du moins de le distinguer de l'intérêt général « dont la défense incombe au ministère public »²⁷⁶⁷, tout en rappelant que, à défaut de précisions légales, « la frontière entre les deux [intérêt collectif et intérêt général] reste très imprécise et ouverte à tous les opportunismes »²⁷⁶⁸. Cette règle a toutefois été transposée au Code de la consommation sans qu'une définition n'y soit prévue.

857. Du côté brésilien, au risque de voir des doutes et des débats doctrinaux interminables retarder, voire empêcher, la protection effective des intérêts des consommateurs, le législateur a préféré adopter certaines définitions²⁷⁶⁹. S'inspirant, semble-t-il, des travaux de la doctrine italienne développée au cours des années 1970²⁷⁷⁰, il a inséré un article 81 au Code du consommateur, lequel définit, tant les intérêts « diffus » que les « collectifs » *stricto sensu*, comme des intérêts « transindividuels, de nature indivisible ». Sont du premier type ceux « dont

²⁷⁶¹ Il s'agit ici de la défense collective des intérêts des consommateurs par les associations représentatives. En réalité, longtemps auparavant d'autres lois, consacrant les solutions de la jurisprudence (Cass. ch. réunies 5 avr. 1913 ; Cass. civ. 28 nov. 1916), avaient déjà confié la défense des intérêts collectifs des certaines professions aux syndicats respectifs (loi du 12 mars 1920 modifiant l'art. 5 de la loi du 21 mars 1884) ; en ce sens, v. DUPEYRON, Henry. *Op. cit.*, p. 153-154.

²⁷⁶² Loi n° 73-1193, d'orientation du commerce et de l'artisanat.

²⁷⁶³ CALAIS-AULOY, Jean. « Les actions en justice des associations de consommateurs », D. 1988, chr., p. 193.

²⁷⁶⁴ Loi n° 88-14, relative aux actions en justice des associations agréées de consommateurs et à l'information des consommateurs.

²⁷⁶⁵ Une définition avait pourtant été proposée par le secrétaire d'État chargé de la consommation, M. Arthuis, lors des débats parlementaires qui ont précédé l'adoption de la loi de 1988 : « l'intérêt commun à un ensemble de consommateurs lésés par un acte de large diffusion ». *Apud* CALAIS-AULOY, Jean. « Les actions en justice des associations de consommateurs », D. 1988, Chr. p. 194.

²⁷⁶⁶ *Idem, ibidem* ; CALAIS-AULOY, Jean et STEINMETZ, Frank. *Op. cit.*, n° 556, p. 643.

²⁷⁶⁷ PAISANT, Gilles. « Les nouveaux aspects de la lutte contre les clauses abusives », D. 1988, Chr. p. 257, n° 20. Dans un raisonnement par défaut, l'auteur affirme qu'en l'absence d'infraction pénale « cet intérêt serait plus facilement appréhendable » car il « ne se heurterait plus aussi directement à la concurrence de l'intérêt général » (*idem*, p. 258, n° 21).

²⁷⁶⁸ *Idem*, p. 257, n° 20.

²⁷⁶⁹ WATANABE, Kazuo. « Código brasileiro de defesa do consumidor – Comentado pelos autores do anteprojeto », *op. cit.*, p. 797.

²⁷⁷⁰ Dans ce sens, v. GRINOVER, Ada Pellegrini. « Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos », in « A marcha do processo », Forense Universitária, 2000, p. 17-23, citée par WATANABE, Kazuo, préc., p. 792. L'auteur mentionne l'inspiration des travaux de Denti, Cappelletti, Proto Pisani, Vigoriti et Trocker, présentés au Congrès de Pavia, de 1974. À la page 882 de l'ouvrage « Código brasileiro de defesa do consumidor – Comentado pelos autores do anteprojeto », préc., l'auteur affirme cependant que le législateur s'était inspiré des « class actions » américaines pour créer les premières actions collectives au Brésil (« ação civil pública »).

les titulaires sont des personnes indéterminées et liées par des circonstances de fait »²⁷⁷¹. Du second type sont ceux « dont le titulaire est un groupe, une catégorie ou une classe de personnes liées entre elles, ou avec la partie adverse, par une relation juridique fondamentale »²⁷⁷². Certes, des intérêts de nature distincte peuvent être lésés en même temps par un seul agissement illégitime. En pratique, cependant, la difficulté liée à l'identification des intérêts en jeu est éliminée par la délimitation de l'objet du litige par le demandeur à l'instance.

858. L'extension des effets de la chose jugée – Deux règles très importantes viennent compléter ces mécanismes de promotion des droits collectifs des consommateurs. Elles précisent l'étendue des effets découlant du jugement dans les actions de ce type. Lorsqu'il s'agit d'intérêts diffus, la décision « fait chose jugée *erga omnes*, sauf si la demande est rejetée pour insuffisance de preuves, auquel cas toute personne légitimée peut intenter une nouvelle action sous le même fondement en présentant de nouvelles preuves »²⁷⁷³. S'agissant, ensuite, de droits collectifs *stricto sensu*, le jugement « fait chose jugée *ultra partes*, mais limitée au seul groupe, catégorie ou classe, sauf rejet pour insuffisance de preuves, aux termes de l'alinéa précédent »²⁷⁷⁴. Le consommateur dont l'intérêt est personnellement affecté conserve d'ailleurs toute liberté pour agir individuellement²⁷⁷⁵, l'introduction d'une action d'intérêt collectif n'induisant d'ailleurs pas de litispendance avec des actions individuelles²⁷⁷⁶. Ces dispositifs élargissent ainsi considérablement les effets de la chose jugée. Ils poussent ses limites subjectives au nom de l'efficacité des règles substantielles de protection du consommateur, sans pour autant qu'on puisse parler pertinemment d'« arrêts de règlement » car seul le professionnel défendeur à l'instance est concerné par la décision²⁷⁷⁷. Bien qu'on ne retrouve pas de règles explicites en ce sens, en France, les dispositifs en vigueur aboutissent à des effets similaires²⁷⁷⁸. Enfin, sous un angle objectif, on parle aussi au Brésil de chose jugée

²⁷⁷¹ Art. 81, paragraphe unique, al. I^{er}. V. GRINOVER, Ada Pellegrini, *apud* WATANABE, Kazuo, note préc.: « ils sont indéterminés eu égard à leurs titulaires, indivisibles quant à leur objet, situés à mi-chemin entre les intérêts publics et privés, propres aux sociétés de masse et découlant des conflits de masse ; revêtant une importance politique, ils commandent la transformation de concepts juridiques traditionnels, tels que la responsabilité pour préjudices subis – remplacée par la responsabilité civile pour dommages causés – la légitimation, la chose jugée, les pouvoirs du juge et du Ministère Public, le sens même de juridiction, d'action et de procédure ».

²⁷⁷² Art. 81, paragraphe unique, al. II^e. V. WATANABE, Kazuo. *Op. cit.*, p. 822 à 824 : « la relation juridique fondamentale est celle qui préexiste à la lésion ou menace de lésion de l'intérêt du groupe, de la catégorie ou de la classe de personnes, non pas celle née de la lésion ou menace de lésion elle-même [...] peu important que les personnes concernées se trouvent regroupées, préalablement, en une forme quelconque d'organisation [...] Le trait essentiel de distinction entre les intérêts diffus et collectifs *stricto sensu* réside dans le caractère déterminable de ces derniers ».

²⁷⁷³ Art. 103, al. I^{er}, du Code du consommateur.

²⁷⁷⁴ Art. 103, al. II^e.

²⁷⁷⁵ Art. 103, § 1^o.

²⁷⁷⁶ Art. 104. Cet article prévoit cependant que, dans les actions d'intérêt collectif *stricto sensu* (art. 81, al. II), les effets de la décision collective ne bénéficieront pas aux demandeurs individuels qui ne sollicitent pas la suspension du procès dans le délai de trente jours à compter de la date où il atteste avoir pris connaissance de l'action collective en cours.

²⁷⁷⁷ On pourrait rétorquer que le consommateur absent à l'instance n'aura, lui, pas le choix, son cocontractant défendeur à l'instance devant se conformer au jugement rendu. S'agissant, cependant, de règles impératives de protection, d'ordre public et d'intérêt social, on peut penser que le consommateur ne pourra renoncer à leur application, si ce n'est qu'il n'aurait pratiquement aucun intérêt à le faire, notamment dans les opérations de crédit. On concédera pourtant qu'une décision déclaratoire de nullité ne lui serait pas forcément favorable en pratique.

²⁷⁷⁸ V. n^o 895 et s. *infra*.

*secundum eventum litis*²⁷⁷⁹. Cela veut dire que les obstacles de preuve auxquels le demandeur est confronté pour démontrer la faute du professionnel et déterminants d'un premier échec, n'exonèrent pas nécessairement celui-ci d'un nouveau procès.

859. Une procédure civile plus adaptée à son temps – Par l'institution de règles qui bousculent aussi violemment les principes de la procédure civile conçus dans la philosophie libérale du XIX^e siècle, le législateur fait incontestablement preuve d'innovation et d'audace. Quant au contexte brésilien, on peut imaginer qu'il n'avait pas le choix, les forces constituantes établies deux ans avant l'adoption du Code étant encore trop vives dans les esprits pour admettre un recul du nouvel ordre alors élevé au rang de droit fondamental : « l'État promeut la défense du consommateur »²⁷⁸⁰. De manière plus pragmatique, cependant, voire réaliste, on peut penser qu'il a voulu, tant au Brésil qu'en France, répondre simplement aux exigences d'une forme nouvelle d'organisation sociale, dans le respect des droits du citoyen, en un mot, d'une nouvelle époque.

860. En résumé, à partir d'une analyse scientifique de la réalité, la théorisation doctrinale des intérêts collectifs des consommateurs a donné lieu à l'adoption de règles juridiques qu'une jurisprudence, appliquée depuis plusieurs années, a pu rendre effectives. Il convient désormais d'analyser quels sont les agents légitimés à porter leur défense en justice (A), avant de rechercher les différentes modalités de protection des leurs intérêts (B).

A) Les agents légitimés à défendre en justice les intérêts collectifs des consommateurs

861. Devant les multiples atteintes à ces intérêts dans la société de consommation actuelle, celui qui, épris d'un sentiment de citoyenneté et d'un esprit de communauté, intenterait une action en justice dans l'objectif de « voler au secours de la légalité outragée » serait sans doute pris pour un héros solitaire des « causes perdues », voire ridiculisé, tel un « Don Quichotte en lutte aussi vaine que pathétique contre les moulins à vent »²⁷⁸¹. L'histoire du mouvement consumériste montre que le changement des mentalités, vers la reconnaissance de la légitimité des groupements de représentation des intérêts des consommateurs, s'est fait lentement²⁷⁸². Aujourd'hui, ce ne sont plus des intérêts « en quête d'auteur »²⁷⁸³. La possibilité pour les associations de défendre en justice leurs intérêts collectifs – qui ne se confondent pas forcément avec l'intérêt général – représente une conquête incontestable du mouvement consumériste. C'est ainsi que, pour la promotion des intérêts collectifs des consommateurs de

²⁷⁷⁹ En théorie, le juge a le pouvoir d'anticiper, dans certains cas, une hypothèse d'insuffisance probatoire, en contrôlant la préparation et la capacité du demandeur à travers la vérification de la recevabilité de la demande, sous le critère de l'intérêt à agir. Évoquant ce critère dans les actions de groupe, v. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Op. cit.*, p. 884. L'auteur soulève encore l'« efficacité de la procédure » comme critère de recevabilité, au sens de l'utilité et de l'adéquation de la procédure aux objectifs escomptés.

²⁷⁸⁰ Art. 5^o, al. XXXII, de la Constitution de 1988.

²⁷⁸¹ CAPPELLETTI, Mauro. « La protection d'intérêts collectifs et de groupe dans le procès civil (Métamorphoses de la procédure civile) », *op. cit.*, p. 576.

²⁷⁸² BIHL, Luc. « Une histoire du mouvement consommateur – Mille ans de lutes », Aubier, 1984.

²⁷⁸³ CAPPELLETTI, Mauro. *Op. cit.*, p. 574.

crédit, les associations représentatives jouent, du moins en France, un rôle au premier rang. Elles mènent plusieurs activités dans le cadre de leurs missions²⁷⁸⁴. On s'en tiendra, ici, aux actions en justice qu'elles peuvent introduire à cette fin (1). L'expérience brésilienne démontre que de telles prérogatives peuvent être exercées, tout aussi utilement, par des organismes publics (2), formant alors un système composite, articulé et souple, jugé justement par les spécialistes comme une combinaison idéale²⁷⁸⁵.

1) La défense des consommateurs de crédit par les associations représentatives

862. Cette possibilité ne s'est pas acquise sans difficultés. D'un point de vu juridique, des concepts tant classiques qu'anachroniques ont dû être évincés, tels que la *summa divisio* droit public-droit privé²⁷⁸⁶, ou encore la maxime « nul ne plaide par procureur »²⁷⁸⁷. Une véritable révolution du concept de « qualité pour agir » a dû s'opérer pour qu'on arrive à octroyer une telle qualité à des sujets privés non personnellement lésés, ces « corps intermédiaires », ces « parties idéologiques »²⁷⁸⁸ ou ce « ministère public privé »²⁷⁸⁹ que sont les associations de consommateurs (a). Sous un angle politique, un élargissement, voire un retour²⁷⁹⁰ à l'environnement démocratique a été également essentiel pour que les groupements de la société civile puissent s'organiser en représentation de leurs propres intérêts (b).

a) La tradition associative, signe de solidité des groupements privés assurant la protection

863. La France connaît depuis longtemps une forte tradition associative²⁷⁹¹. Les organisations de défense des consommateurs n'ont pourtant connu le droit de représenter leurs intérêts dans des enceintes officielles, surtout celui de les défendre en justice, qu'avec

²⁷⁸⁴ Elles mènent, entre autres, des activités d'information, d'éducation, de contre-publicité, d'essais comparatifs etc. V. CALAIS-AULOY, Jean et STEINMETZ, Frank. *Op. cit.*, n° 565, p. 654, qui parlent aussi de « grève des paiements », à savoir le procédé consistant à « refuser collectivement de payer les sommes dues, jusqu'à ce que leurs demandes soient satisfaites ». Les auteurs ajoutent toutefois que, « au regard des principes classiques du droit, ce procédé est presque toujours illicite » (*idem*, p. 655).

²⁷⁸⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *Op. cit.*, p. 583.

²⁷⁸⁶ On admettra cependant que ce concept n'a assurément pas cessé de produire des effets, à plusieurs égards, tant en droit français qu'en droit brésilien. Sur ce sujet, v. les actes du colloque intitulé « La *summa divisio* droit privé-droit public présente-t-elle encore un intérêt aujourd'hui ? », organisé par le CERCRID-CERAPSE de la Faculté de droit de l'Université Jean-Monnet de Saint-Étienne, les 22-23 octobre 2009.

²⁷⁸⁷ Pour des aperçus historiques sur cette maxime, dont l'énoncé complet serait « nul ne plaide par procureur, sauf le roi », v. CABALLERO, Francis. « Plaidons par procureur! De l'archaïsme procédural à l'action de groupe », RTD civ. 1985, p. 247 ; GLENN, H. Patrick. « À propos de la maxime 'nul ne plaide par procureur' », RTD civ. 1988, p. 63.

²⁷⁸⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *Op. cit.*, p. 591, note 75, attribue cette expression à Louis L. Jaffe (« The Citizen as Litigant in Public Actions : The Non-Hohfeldian or Ideological Plaintiff », *University of Pennsylvania Law Review*, 116, 1968, p. 1033-1047).

²⁷⁸⁹ *Idem*, p. 591, note 76, dont l'expression est attribuée à Jerome Frank, juge américain.

²⁷⁹⁰ Cette remarque concerne plus spécialement le Brésil, la restauration du régime démocratique n'étant faite dans ce pays qu'en 1985, après plusieurs lustres de dictature militaire.

²⁷⁹¹ Les mouvements organisés des consommateurs en Europe auraient commencé au début du XX^e siècle, par la formation de coopératives de travailleurs, évoluant par la suite jusqu'à la formation d'organismes de défense des intérêts spécifiques des consommateurs. V. GIDE, Charles et DAUDÉ, Bancel. « La lutte contre la cherté par les organisations privées », PUF, 1926 ; VINEY, Geneviève. « Actions associatives et actions de groupe », *op. cit.*, p. 697.

l'adoption de la loi Royer de 1973²⁷⁹². Ces règles se trouvent codifiées aux articles L. 421-1 et s. du Code de la consommation. Toutes les associations de consommateurs ne disposent pourtant pas de ces droits. Pour agir en justice, une association doit être agréée par les pouvoirs publics, suivant des critères d'ancienneté et de représentativité sur le plan national ou local²⁷⁹³. Dans ce pays, on craint, notamment, une utilisation abusive des pouvoirs accordés aux associations eu égard à l'image et à la compétitivité des entreprises françaises dans le marché concurrentiel²⁷⁹⁴. « Le risque serait trop grand de voir se multiplier des actions exercées par des associations pour lesquelles l'intérêt des consommateurs servirait de masque à d'autres intérêts », dit-on²⁷⁹⁵. Les associations agréées dont l'objet statutaire comprend explicitement la défense des intérêts des consommateurs²⁷⁹⁶ peuvent agir, d'une part, pour obtenir une réparation des dommages causés à leur intérêt collectif, d'autre part, pour demander la cessation ou l'interdiction de pratiques illicites ou abusives, commises en violation des règles d'ordre public. Elles peuvent introduire une action en justice soit par initiative volontaire²⁷⁹⁷, soit par voie incidente, lorsqu'une action a été intentée initialement en « réparation d'un préjudice subi par un ou plusieurs consommateurs à raison de faits non constitutifs d'une infraction pénale »²⁷⁹⁸. Dans ce cas, elles peuvent intervenir à l'instance pour demander, à titre principal, les mesures nécessaires à la protection de l'intérêt collectif des consommateurs²⁷⁹⁹.

864. Contribuant indéniablement à la promotion de l'intérêt social, ces associations perçoivent, pour exécuter leurs missions, des aides de l'État. Malgré tout, on affirme qu'elles manquent souvent de moyens humains et financiers pour agir de manière efficace²⁸⁰⁰. C'est sans doute l'une des raisons pour lesquelles elles s'appuient fréquemment sur l'activité du ministère public²⁸⁰¹. La capacité à se pourvoir économiquement n'est pourtant pas la seule limitation des associations. Certes, pour que leur activité soit vraiment efficace, il faut qu'elles

²⁷⁹² CALAIS-AULOY, Jean et STEINMETZ, Frank. *Op. cit.*, n° 31, p. 29.

²⁷⁹³ Arts. L. 411-1, R. 411-1 et R. 411-2 du Code consom. L'association doit compter un an d'existence, pendant laquelle est justifiée d'une activité effective et publique en vue de la défense des intérêts des consommateurs. Elle doit compter aussi au moins 10000 membres cotisant individuellement (nationales) ou un nombre suffisant, eu égard au cadre territorial de leur activité (locales, départementales ou régionales). L'agrément est accordé, après avis du ministère public, pour cinq années, renouvelable dans les mêmes conditions.

²⁷⁹⁴ V. le Rapport d'information du Sénat, n° 499, du 26 mai 2010, des sénateurs MM. BÉTEILLE, Laurent et YUNG, Richard, sur les actions de groupe, p. 21 et 27.

²⁷⁹⁵ CALAIS-AULOY, Jean. « Les actions en justice des associations de consommateurs », D. 1988, Chr. p. 193.

²⁷⁹⁶ On compte en France, actuellement, une vingtaine d'associations nationales et de nombreuses associations locales agréées, la plus importante étant sans doute l'Union fédérale des consommateurs – UFC.

²⁷⁹⁷ Arts. L. 421-1 (réparation d'un préjudice), L. 421-2 (cessation d'illicites) et L. 421-6 (suppression de clauses abusives) du Code consom.

²⁷⁹⁸ Art. L. 421-7 du Code consom. Ces conditions semblent par trop restrictives. On ne voit pas de raison d'exiger que la demande initiale ait pour objet la « réparation d'un préjudice subi », sauf à considérer comme telle la suppression des clauses abusives dans les contrats individuels respectifs.

²⁷⁹⁹ CALAIS-AULOY, Jean et STEINMETZ, Frank. *Op. cit.*, n° 559, p. 649, en déduisent qu'une intervention à cette fin n'est alors possible que si l'association démontre l'existence d'un préjudice causé à l'intérêt collectif des consommateurs.

²⁸⁰⁰ *Idem*, n° 30, p. 29.

²⁸⁰¹ Il est intéressant, dans une perspective comparative, de constater que le droit français accorde à la victime d'une infraction pénale le pouvoir de déclencher l'action publique en se constituant « partie civile » (arts. 2 et 3 du Code de procédure pénale). V. n° 886 *infra*.

puissent exercer une certaine influence auprès des rouages politiques. De manière plus transcendante, cependant, c'est l'ouverture plus ou moins importante du système politique au régime démocratique qui déterminera le pouvoir de contribution des associations à la protection collective des consommateurs.

b) La démocratie politique au service de l'action associative de défense du consommateur

865. Après de longues années de fermeture des voies d'expression démocratique par des dictatures militaires, le Brésil connaît un fleurissement de l'activité associative à partir de 1985²⁸⁰². En ce qui concerne la promotion des intérêts des consommateurs, on peut affirmer que l'ouverture politique et, surtout, les innovations juridiques ont pris le pas sur la capacité réelle d'organisation des mouvements de représentation. Cela explique sans doute le faible nombre d'associations consuméristes actives sur le plan national. Faute d'un soutien plus expressif des pouvoirs publics pour leur constitution et leur développement²⁸⁰³, seules celles qui parviennent à s'auto-financer s'illustrent pour la défense des intérêts des consommateurs²⁸⁰⁴. L'article 107 du Code du consommateur prévoit la possibilité pour ces associations de conclure des « conventions collectives de consommation ». À elles seules, cependant, surtout vis-à-vis des établissements de crédit, le pouvoir de négociation qui leur est reconnu semble être négligeable.

866. Plus importants sont, en revanche, les instruments de représentation judiciaire prévus dans le Code. L'art. 83 permet aux associations, d'une manière très générale, d'introduire en justice « toutes sortes d'actions susceptibles de réaliser, de manière adéquate et efficace, la défense des droits et des intérêts protégés par ce Code ». Seules deux conditions sont exigées, à savoir qu'elles aient été constituées depuis au moins un an et que leur objet social comprenne « la défense des intérêts et droits protégés par ce Code »²⁸⁰⁵. La première peut même être écartée par le juge, dans certains cas²⁸⁰⁶. L'association demanderesse n'avance d'ailleurs aucun frais de procédure ou d'honoraires d'experts, pas plus qu'elle n'est

²⁸⁰² V. BENJAMIN, Antônio Herman V. « Consumer protection in less-developed countries : the Latin American experience », in « Consumer law in global economy », RAMSAY, Iain (dir.), Ashgate, 1997, p. 52 : « dans la plupart des pays moins développés, le citoyen consommateur est une entité oubliée. On pourrait se poser la question de savoir quelle est l'importance de la citoyenneté économique (démocratie des consommateurs), lorsque, dans ces pays, assommés par des régimes dictatoriaux, la citoyenneté politique même (démocratie des citoyens) n'est assurée » (libre traduction de l'anglais).

²⁸⁰³ L'art. 106, al. IX, du Code prévoit que le Département national de défense des consommateurs (DPDC) subordonné au Ministre de la Justice est chargé d'« encourager, y compris avec des apports financiers et d'autres programmes spéciaux, la formation d'organismes de défense du consommateur par la population et des organes publics des États fédérés et des municipalités ».

²⁸⁰⁴ Avec une représentativité marquée sur le plan national, la plus importante est sans doute l'Institut de défense du consommateur (IDEC).

²⁸⁰⁵ Art. 82, al. IV.

²⁸⁰⁶ L'art. 82, § 1^o, prévoit cette possibilité dans les actions de groupe, en présence d'un intérêt social manifeste résultant de la dimension ou des caractéristiques propres au dommage causé, ou encore de l'importance du bien juridique à protéger.

condamnée aux dépens et honoraires d'avocat en cas d'échec de sa demande²⁸⁰⁷. Encourageant de cette manière le mouvement consumériste au rassemblement et à l'organisation, le législateur a semblé vouloir rattraper le retard imposé par la période de répression politique. La liberté d'action accordée aux associations est cependant limitée par les prérogatives constitutionnelles attribuées à certains organismes publics. Par ailleurs, faute d'une tradition associative plus solide au Brésil, ce sont précisément ces organismes qui ont joué jusqu'à présent le rôle le plus important dans la défense collective des intérêts des consommateurs.

2) Le rôle des organismes publics dans la défense des consommateurs de crédit

867. Des organismes chargés de constater et de réprimer les atteintes portées à l'intérêt collectif des consommateurs existent tant en France qu'au Brésil. Ces systèmes de protection se distinguent cependant par le pouvoir plus ou moins important dont disposent les agents respectifs pour interférer dans des conflits d'intérêts collectifs de nature privée. À cet égard, si le législateur a conféré, dans ces deux pays, aux agents chargés normalement d'agir « sur le terrain » le pouvoir d'agir également en justice (a), seul le système brésilien a attribué au ministère public le devoir de mise en œuvre des intérêts collectifs des consommateurs (b).

a) Les organes administratifs de protection

868. **La « DGCCRF » en France** – La Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, placée sous l'autorité du ministre de l'économie et des finances, ainsi que ses subdivisions régionales, est chargée de la recherche et de la constatation des « infractions ou manquements » à la législation de protection des consommateurs²⁸⁰⁸. Elle est responsable, notamment, du contrôle de l'information, des pratiques commerciales et des conditions générales des contrats de crédit aux consommateurs²⁸⁰⁹. Ses pouvoirs ne se limitent ainsi pas à la constatation d'infractions pénales, elle dispose tout autant du pouvoir de combattre des pratiques et des clauses abusives²⁸¹⁰. L'art. L. 141-1, al. V, du Code de la consommation prévoit que ces organes « peuvent, après une procédure contradictoire, enjoindre au professionnel, en lui impartissant un délai raisonnable, de se conformer à [leurs] obligations, de cesser tout agissement illicite ou de supprimer toute clause illicite »²⁸¹¹. L'alinéa suivant du même article leur accorde aussi un droit

²⁸⁰⁷ Art. 87. Cependant, en cas de mauvaise-foi constatée, l'association ainsi que ses dirigeants sont condamnés solidairement à payer des honoraires d'avocat et dix fois le montant des dépens, sans préjudice des dommages et intérêts (art. 87, paragraphe unique).

²⁸⁰⁸ Art. L. 141-1, I, du Code consom.

²⁸⁰⁹ Art. L. 141-1, I, 4^o à 8^o.

²⁸¹⁰ Art. L. 141-1, II, 4^o.

²⁸¹¹ L'art. L. 141-1, I, renvoie aux pouvoirs d'enquête prévus, entre autres, aux arts. L. 450-1 à L. 450-4 et L. 450-8 du Code de commerce. Ce dernier sanctionne des peines d'emprisonnement de six mois et d'une amende de 7500 euros le fait pour quiconque de s'opposer, de quelque façon que ce soit, à l'exercice des fonctions des autorités de contrôle. Il semble pourtant, que celles-ci n'auraient pas le pouvoir de sanctionner elles-mêmes le professionnel qui refuserait, malgré les injonctions de la DGCCRF, de se conformer à la législation. Ils ne peuvent, dit-on, que

d'agir en justice dans la défense des intérêts des consommateurs. Ils peuvent ainsi « demander à la juridiction civile ou, s'il y a lieu, à la juridiction administrative d'ordonner, le cas échéant sous astreinte, la suppression d'une clause illicite ou abusive dans tout contrat ou type de contrat proposé ou destiné au consommateur », ainsi que, « après en avoir avisé le procureur de la République [...] toute mesure de nature à mettre un terme aux manquements à des obligations contractuelles ou aux agissements illicites » relatifs aux opérations de crédit aux consommateurs.

869. On pourrait penser qu'une action combinée entre les agents de la DGCCRF et la Commission des clauses abusives aboutirait à un contrôle très efficace des abus commis dans le marché du crédit aux consommateurs. Au besoin et par précaution, ces actions pourraient n'intervenir qu'après une décision de la Cour de cassation sur le type de clauses estimées abusives. Cependant, malgré toute la latitude que lui confère la loi pour rendre efficaces les règles de protection du consommateur, la DGCCRF semble s'en remettre largement, du moins eu égard aux pratiques illicites non constitutives d'infractions pénales, à l'activité des associations de consommateurs²⁸¹².

870. Le « SINDEC » au Brésil – Deux agents participant au Système national de défense des consommateurs contribuent plus directement à la mise en œuvre des règles de protection des consommateurs de crédit. Agissant au sommet du système, le Département national de défense des consommateurs (DPDC) subordonné au ministre de la justice organise parfois, y compris en concertation avec les représentants de la Banque Centrale (BCB), de fructueuses réunions avec les fédérations des banques et autres établissements de crédit. Il parvient ainsi à obtenir leur accord, de manière ciblée, sur le respect de certains aspects de la législation de protection, des résolutions ayant pu alors être élaborées par la BCB à cette fin²⁸¹³. Agissant ensuite en aval, on retrouve les PROCON dont, non seulement les attributions, mais aussi les limitations, en pratique, sont très similaires à celles de la DGCCRF en France, du moins eu égard à leurs pouvoirs de contrôle.

871. À la différence des pouvoirs publics français, cependant, le législateur brésilien a décidé d'accorder, de manière assez large, la qualité pour agir en justice en défense des intérêts collectifs des consommateurs à de nombreux organismes. L'article 82 du Code du

« dresser procès-verbal de leurs constatations et transmettre celui-ci à leur hiérarchie, qui saisira le parquet, lequel décidera ou non de poursuivre par application du principe de l'opportunité des poursuites » : RAYMOND, Guy. « Droit de la consommation », *op. cit.*, n° 757, p. 371.

²⁸¹² V. RAYMOND, Guy. « Droit de la consommation », *op. cit.*, n° 755, p. 370, qui affirme que « la DGCCRF a un rôle très limité dans le procès civil. En effet, cette administration est plus chargée de l'intérêt général que des intérêts particuliers ». En pratique, elle exerce parfois des contrôles en matière de publicité trompeuse et de démarchage à domicile. Pour des exemples relatifs aux opérations de crédit, v. Cass. crim. 5 mai 2009 : inédit, pourvoi n° 08-86197 ; CA Toulouse 25 févr. 2008, n° 07/00941 ; Cass. crim. 20 juin 2000 : inédit, pourvoi n° 99-86431 (refus de restitution de l'acompte en cas de rétractation de l'offre de crédit par le consommateur).

²⁸¹³ Par exemple, l'adoption des résolutions n° 3.516 (droit au remboursement anticipé) et 3.517 (indication du coût total du crédit – CET) du 6 déc. 2007 ont résulté des réunions du SINDEC organisées par le DPDC, en novembre 2007, à Brasília. On ne saurait ignorer aussi, à cet égard, la contribution du ministère public dont les moyens de pression, par des voies absolument légitimes, ont exercé une influence certaine sur l'adoption de ces réglementations.

consommateur énumère ainsi, au même titre que les associations précitées : le ministère public²⁸¹⁴, l'Union fédérale, les États fédérés, les municipalités – y compris le District de la capitale fédérale²⁸¹⁵ ainsi que les organes de l'administration publique destinés spécifiquement à la défense des intérêts et des droits protégés par le Code²⁸¹⁶. Malgré cette générosité du législateur dans l'élaboration d'une liste de personnes ayant la qualité pour agir en justice, le premier cité exerce une attraction telle sur le contentieux des actions collectives, que c'est à peine si on se rappelle que les autres y sont légitimés au même titre.

b) Le rôle du ministère public

872. Il y a bientôt quarante ans, un spécialiste en matière d'intérêt collectif faisait, à propos de la promotion de ce type d'intérêt par le ministère public, la déclaration suivante : « toute l'histoire plurisécularisée du Parquet est telle qu'elle exclut la possibilité de son adaptation à cette nouvelle fonction extrêmement importante. D'un côté, le ministère public est trop semblable au juge – 'au dessus de la mêlée' – pour être apte, sur le plan culturel et psychologique, à devenir le défenseur dynamique d'intérêts (économiques, religieux, raciaux, etc.) de groupes, de communautés, de classes. [...] D'un autre côté, le ministère public est aussi toujours trop lié à l'exécutif [...]. Quelle institution pourrait donc être moins apte que le ministère public à devenir le défenseur d'idées, d'intérêts, de besoins nouveaux et non traditionnels ? »²⁸¹⁷

873. L'activité du ministère public en France – La doctrine française semble, encore actuellement, confirmer ces réticences²⁸¹⁸. En France, le ministère public est le maître de l'action publique²⁸¹⁹ ; on le considère comme l'« agent du pouvoir exécutif auprès des tribunaux »²⁸²⁰. Hormis des interventions dans des affaires de mœurs, bien qu'on admette le principe de son intervention en matière civile ou commerciale pour « requérir ce qui lui paraît être conforme à la bonne application de la loi »²⁸²¹, son activité semble être par trop liée, en pratique, à la poursuite des seules infractions pénales²⁸²². Son immixtion dans des affaires où ne sont en jeu que des intérêts purement privés semblerait susciter, dans une société libérale,

²⁸¹⁴ Art. 82, al. I.

²⁸¹⁵ Art. 82, al. II.

²⁸¹⁶ Art. 82, al. III.

²⁸¹⁷ CAPPELLETTI, Mauro. « La protection d'intérêts collectifs et de groupe dans le procès civil (Métamorphoses de la procédure civile) », *op. cit.*, p. 577-578.

²⁸¹⁸ RAYMOND, Guy. « Droit de la consommation », *op. cit.*, n° 723, p. 355 ; PIEDELIÈVRE, Stéphane. « Droit de la consommation », *op. cit.*, n° 803, p. 596 ; CALAIS-AULOY, Jean et STEINMETZ, Frank. *Op. cit.*, n°552, p. 640.

²⁸¹⁹ Art. 31 du Code proc. pén. : « le ministère public exerce l'action publique et requiert l'application de la loi ».

²⁸²⁰ PERROT, Roger. « Institutions judiciaires », 12^e éd., Montchrestien, 2006, n° 44, p. 40.

²⁸²¹ *Idem*, n° 43, p. 39. L'auteur poursuit : « ...en présentant, à propos de chaque affaire, des observations au tribunal que celui-ci n'est jamais obligé de suivre ».

²⁸²² Art. 39-1, al. 1^{er}, du Code proc. pén. : « dans le cadre de ses attributions en matière d'alternative aux poursuites, de mise en mouvement et d'exercice de l'action publique, de direction de la police judiciaire, de contrôle d'identité et d'exécution des peines, le procureur de la République veille à la prévention des infractions à la loi pénale ». On notera qu'aucune disposition de la Constitution française ne dispose sur les prérogatives du ministère public, pas plus d'ailleurs que l'ordonnance n° 58-1270 du 22 déc. 1958, portant loi organique relative au statut de la magistrature.

un « très grave problème »²⁸²³. Devant les violations de la loi, il dispose même d'un pouvoir discrétionnaire sur l'opportunité d'introduire l'action publique²⁸²⁴. Bien qu'on ait pu prétendre lui conférer aussi le pouvoir d'agir à titre principal devant les juridictions civiles pour la défense des intérêts collectifs des consommateurs, ce qui figurait dans la proposition de la Commission de refonte du droit de la consommation²⁸²⁵, le législateur français l'a pourtant refusé²⁸²⁶.

874. L'activité du ministère public au Brésil – Alors que ses attributions ressemblaient à celles du « parquet »²⁸²⁷ français jusqu'à la redémocratisation du pays, le ministère public au Brésil est devenu, avec les prérogatives que lui ont conférées les constituants de 1988, pratiquement un quatrième pouvoir²⁸²⁸. De représentant de l'État, il est passé à la position de « défenseur de l'ordre juridique, du régime démocratique et des intérêts sociaux et individuels indisponibles »²⁸²⁹. Bien que la carrière soit distincte de celle de la magistrature, ses membres se sont vu octroyer désormais les mêmes garanties d'indépendance, d'inamovibilité et d'exercice à vie de leurs fonctions (« vitaliciedade »)²⁸³⁰. Il conserve, certes, la prérogative historique – et exclusive – de l'initiative de l'action publique pour la poursuite d'infractions pénales²⁸³¹. Le droit pénal étant cependant loin de couvrir toutes les atteintes possibles aux droits des consommateurs, la Constitution lui assigne désormais le devoir de veiller à la sauvegarde des intérêts diffus et collectifs²⁸³².

875. Le ministère public est extrêmement actif au Brésil dans ses nouvelles missions constitutionnelles. Les exemples sont très nombreux d'actions collectives intentées pour la protection des droits des consommateurs de crédit²⁸³³. Deux instruments légaux lui confèrent un « pouvoir de feu » très important dans l'exécution de ses missions. Tout d'abord sur le plan extrajudiciaire, il dispose d'un fort pouvoir de négociation, résultant des dispositions de la loi n° 7.347 du 24 juillet 1985. Celle-ci lui donne la possibilité d'instaurer d'office des enquêtes civiles (« inquérito civil »)²⁸³⁴ pour la recherche et la constatation d'infractions aux règles de protection des droits collectifs²⁸³⁵. Il peut ensuite conclure des « termes d'ajustement de conduite »

²⁸²³ PERROT, Roger. *Op. cit.*, n° 513, p. 412.

²⁸²⁴ Art. 40-1 du Code proc. pén. V. GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques. « Procédure pénale », 4^e éd., Litec, 2008, n° 1009, p. 581.

²⁸²⁵ CALAIS-AULOY, Jean. « Propositions pour un code de la consommation », *op. cit.*, p. 110 (art. L. 269).

²⁸²⁶ PAISANT, Gilles. « Les nouveaux aspects de la lutte contre les clauses abusives », *op. cit.*, n° 25, p. 258.

²⁸²⁷ Cette désignation provient du fait que les membres du ministère public se tenaient debout à la salle de justice de la cour, sur un petit emplacement séparé des magistrats dits du « siège » par une barre, rappelant alors un petit parc, d'où le diminutif « parquet ». V. CORNU, Gérard. « Vocabulaire juridique », Association Henri Capitant, PUF, 1996, v° « parquet ».

²⁸²⁸ Les §§ 1^o, 2^o et 3^o de l'art. 127 de la Constitution de 1988 lui confèrent une autonomie fonctionnelle, administrative et budgétaire.

²⁸²⁹ Art. 127, *caput*, de la Constitution.

²⁸³⁰ Art. 38 de la loi n° 8.625 du 12 févr. 1993.

²⁸³¹ Art. 129, al. I, de la Constitution, lequel renvoie « aux termes de la loi ». La loi n° 9.099 du 26 sept. 1995 accorde ainsi aux victimes d'infractions d'une moindre gravité (« menor potencial ofensivo ») l'initiative privée de l'action pénale (art. 75) ; v. aussi l'art. 29 du Code proc. pén.

²⁸³² Arts. 127 et 129, al. III.

²⁸³³ V. n° 921 *infra*.

²⁸³⁴ Art. 8^o, § 1^o.

²⁸³⁵ Ou « transindividuels », suivant l'art. 81 du Code du consommateur, auquel renvoie l'art. 21 de la loi n° 7.347/1985.

(« *compromisso de ajustamento de conduta* ») avec force de titre exécutoire, par le biais desquels il obtient du contrevenant la promesse formelle de se conformer à la législation de protection²⁸³⁶. Au cas où le recours aux voies judiciaires s'avérerait nécessaire, la même loi lui permet d'introduire une « action civile publique » pour contraindre ce dernier à s'y conformer²⁸³⁷.

876. Dans sa pratique judiciaire quotidienne, le ministère public se voit opposer systématiquement des fins de non-recevoir soulevées par ceux qui violent les règles de protection du consommateur, sous prétexte qu'il ne lui appartient pas d'agir en défense d'intérêts qu'ils considèrent comme purement individuels, surtout lorsqu'il s'agit d'intérêts de nature économique. La Cour constitutionnelle a eu l'occasion de se prononcer à cet égard. Elle affirme que, outre la défense légitime d'intérêts diffus et collectifs *stricto sensu*, il appartient également au ministère public de promouvoir la sauvegarde d'intérêts individuels lorsque, devant la menace d'une violation – ou la violation effective – d'une masse d'intérêts pulvérisés, fût-ce de nature économique, leur défense collective présente un intérêt social certain²⁸³⁸. Le *Superior Tribunal de Justiça*, à son tour, semble en avoir une conception plus extensive, s'agissant notamment d'opérations de crédit²⁸³⁹.

877. Pendant les vingt ans d'existence du Code du consommateur, le ministère public brésilien a exercé un rôle d'extrême importance pour rendre efficaces les règles de protection. On ne peut que se réjouir de ses interventions dans les relations privées collectives, destinées à contribuer, par le biais de la défense des droits diffus et collectifs, à ce que tout un chacun puisse jouir pleinement de sa citoyenneté. On regrettera, au contraire, l'omission de son homologue français dans des affaires identiques, alors que la loi française lui confère le pouvoir d'agir « pour la défense de l'ordre public à l'occasion de faits qui portent atteinte à celui-ci »²⁸⁴⁰. Il convient, enfin, de rechercher les différentes modalités de la protection collective des consommateurs de crédit.

²⁸³⁶ Art. 5^o, § 6^o. Ces accords sont plus connus sous le sigle « TAC ». Ils peuvent être conclus, sous les mêmes conditions, par les organismes publics auxquels est octroyée la qualité pour agir en justice en défense des intérêts collectifs.

²⁸³⁷ Prévus d'abord à l'art. 1^o de la loi n^o 7.347/1985, cette prérogative est désormais prévue aussi à la Constitution de 1988 (art. 129, al. III).

²⁸³⁸ STF-RE n^o 163.231/SP, rel. Min. Maurício Corrêa, ass. plén., j. 26.2.1997, DJ 29.6.2001. V. cependant STF-RE n^o 204.200/SP, rel. Min. Carlos Velloso, 2^a T., j. 8.10.2002, DJ 8.11.2002, où la Cour considère que les manquements réitérés aux règles du Code du consommateur par un vendeur d'immeubles à crédit ne caractérisent pas une atteinte à des intérêts sociaux et individuels indisponibles, enlevant au ministère public sa légitimité pour agir.

²⁸³⁹ STJ-Resp n^o 175.645/RS, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 3^a T., j. 7.12.2000, DJ 30.4.2001.

²⁸⁴⁰ Art. 423 du CPC.

B) Les modalités de la protection des intérêts collectifs des consommateurs de crédit

878. Afin de rendre la comparaison plus didactique²⁸⁴¹, on distinguera les modalités de la protection collective en fonction de l'objet des intérêts en cause. À ce titre, les actions collectives peuvent viser, tout d'abord, à la répression d'agissements illicites (1). On notera cependant que la loi ne définit pas la notion d'« agissements illicites » et on peut penser qu'il s'agit d'un concept assez large pour comprendre toute pratique contraire au commandement d'une règle impérative d'ordre public. En ce sens, ils engloberaient non seulement les pratiques caractérisant des infractions pénales, mais aussi des fautes civiles, qu'elles soient ou non d'origine contractuelle²⁸⁴². Or, cela comprendrait aussi les clauses abusives insérées dans les contrats de crédit. On constate en effet un très grand nombre d'atteintes portées à l'intérêt collectif des consommateurs par la diffusion de ce type de clauses. Cette réitération finit par exercer une certaine attraction, tant en France qu'au Brésil, sur le contentieux relatif aux intérêts collectifs en matière de crédit. Cela justifie qu'on analyse les règles régissant la suppression collective des clauses abusives sous une division distincte (2).

1) La répression des agissements illicites commis par les fournisseurs de crédit

879. Les atteintes portées à l'intérêt collectif des consommateurs peuvent causer des préjudices difficilement réparables. Elles ne peuvent néanmoins rester impunies. Ici encore, la philosophie qui anime le droit de la consommation doit orienter le choix des pouvoirs publics : il vaut toujours mieux prévenir que guérir. Même si le législateur ne l'a compris que tardivement, aujourd'hui il est pourtant acquis que la répression de telles atteintes passe, avant tout, par un principe de cessation des pratiques illicites²⁸⁴³ (a). Lorsque pourtant le mal est fait, outre des sanctions pénales, la responsabilité civile de l'auteur de l'infraction peut être utilement retenue. On s'intéressera ainsi aux différentes techniques de réparation mises en place dans le but de sanctionner le professionnel fautif (b).

²⁸⁴¹ Puisqu'en France on ne retrouve pas de définitions précises sur l'intérêt collectif et que les différents intérêts définis au Code du consommateur brésilien peuvent se rattacher à de multiples objets, une classification qui prenne en compte ce dernier aspect rend plus aisée la comparaison entre les deux systèmes. Elle est pourtant réductrice à l'égard du droit brésilien car, à la différence du droit français, l'objet ou les finalités des règles de protection ne sont pas décrites de manière exhaustive dans la loi. Ainsi, par exemple, elles se prêtent à la demande collective de déclaration de nullité de contrats de crédit conclus par une multitude de consommateurs, encore que l'on puisse s'interroger sur l'opportunité d'une telle mesure. En France, une telle demande serait sans doute jugée irrecevable, du moins en l'absence d'infraction pénale commise par le fournisseur de crédit.

²⁸⁴² CALAIS-AULOY, Jean. « Les actions en justice des associations de consommateurs », D. 1988, chr., p. 194 ; PAISANT, Gilles. « Les nouveaux aspects de la lutte contre les clauses abusives », *op. cit.*, n° 23, p. 258.

²⁸⁴³ V. CALAIS-AULOY, Jean. « Les actions en justice des associations de consommateurs », préc., p. 195 : « plus qu'une action en responsabilité, l'action des associations de consommateurs est une action en cessation [...] Nous avons trop tendance, en France, à raisonner en termes de responsabilité, sur la base rassurante de l'art. 1382 c. civ. » ; v. aussi PAISANT, Gilles. « Les nouveaux aspects de la lutte contre les clauses abusives », préc., p. 259, n° 28, lequel admet le principe des dommages et intérêts mais affirme que « l'octroi d'une indemnité ne représente pas le moyen le plus approprié pour assurer la sauvegarde des intérêts des consommateurs ».

a) La cessation des pratiques de crédit illicites

880. Le fournisseur de crédit porte atteinte à la collectivité des consommateurs, par exemple, lorsqu'il diffuse ou fait diffuser des publicités trompeuses ou abusives, lorsqu'il propose des modèles de contrats dont le contenu viole la réglementation en vigueur, lorsqu'il se livre à des pratiques de crédit usuraire et, de manière générale, chaque fois qu'il enfreint les règles impératives d'ordre public. L'exercice d'actions collectives permet de contrecarrer ces pratiques. Ici, le législateur dispose d'un choix : soit il décide de concentrer les techniques de cessation de l'illicite de manière cohérente au sein d'un seul dispositif légal (I), soit il ajoute les nouvelles techniques aux mécanismes déjà prévus, dans une sorte de législation « à droit constant » (II).

I – L'unification des techniques de cessation de l'illicite

881. Le législateur brésilien a décidé d'explicitier l'esprit des nouvelles règles de protection du consommateur contre les pratiques illicites dans un seul dispositif légal. C'est ainsi que l'article 83 du Code admet « toutes sortes d'actions susceptibles de réaliser, de manière adéquate et efficace, la défense des droits et des intérêts protégés par ce Code ». La technique adoptée est précisée ensuite dans l'article 84 du même Code. Il prévoit que « dans les actions ayant pour objet l'exécution d'une obligation de faire ou de ne pas faire, le juge déterminera l'exécution spécifique de l'obligation ou d'autres mesures qui assurent un résultat pratique équivalent à son exécution ». La jurisprudence interprète le mot « obligation », ici, dans un sens large qui comprend les devoirs imposés par le Code aux fournisseurs de crédit. La cessation de l'illicite est prononcée ainsi au titre d'un devoir de ne pas porter atteinte aux droits des consommateurs²⁸⁴⁴. Le juge peut aussi statuer en référé, le cas échéant *inaudita altera pars* et sous astreinte, en présence d'un risque d'inefficacité ultérieure du jugement final²⁸⁴⁵.

882. Les juges font application de ces règles pour empêcher des pratiques illicites diverses. Il en a été ainsi, par exemple, de contrats de vente à crédit d'immeubles à construire (« incorporação »), où le vendeur demandait le paiement d'intérêts (1% par mois) avant même la remise des clés du logement aux acheteurs²⁸⁴⁶. Le ministère public de la capitale fédérale agit en cessation de cette pratique illicite car le vendeur n'avait pas la qualité d'institution financière²⁸⁴⁷. Amené à se prononcer, le *Superior Tribunal de Justiça* reconnaît la nature diffuse des intérêts en jeu²⁸⁴⁸. Il explique que « dans la société contemporaine, marquée par des

²⁸⁴⁴ STJ-Resp n° 105.215/DF, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4^a T., j. 24.6.1997, DJ 18.8.1997.

²⁸⁴⁵ Art. 84, §§ 3^o et 4^o.

²⁸⁴⁶ Ce n'était pas la réception de fonds qui était contestée, mais la perception de prestations mensuelles composées en partie par des intérêts sans qu'aucune contrepartie ne soit fournie par le vendeur jusqu'à la remise du bien.

²⁸⁴⁷ Les juges du fond accueillent pourtant la fin de non-recevoir tirée de l'absence de qualité du parquet pour agir en défense d'intérêts qu'ils considèrent comme purement individuels. Ils le déboutent ainsi de sa demande. Cette décision est cassée par le STJ, et l'affaire renvoyée aux juges pour qu'ils tranchent le fond du litige.

²⁸⁴⁸ STJ-Resp n° 105.215/DF, préc., j. 24.6.1997. L'arrêt ne fait pourtant aucunement allusion à des poursuites pénales pour cette pratique. La restitution des sommes perçues relativement aux intérêts a été aussi demandée par le parquet, mais elle fait l'objet des actions de groupe, qu'on analysera plus tard.

conflits de masse et infléchi par une atmosphère culturelle nouvelle, la procédure civile se trouve étroitement liée aux principes constitutionnels dont elle se destine à garantir l'efficacité. Elle est ainsi légitimement mise en œuvre par le Ministère Public, institution qui acquiert alors une valeur extraordinaire dans la défense de la citoyenneté ».

883. Dans une autre affaire, un constructeur immobilier proposait le financement d'immeubles sous la modalité de « consórcios »²⁸⁴⁹, sans disposer d'une autorisation administrative pour utiliser la modalité de crédit pratiquée. Comme les immeubles n'étaient jamais mis à la disposition des consommateurs, plusieurs d'entre eux se sont plaint du fait de l'inexécution contractuelle du vendeur. Ici encore, c'est le ministère public qui a introduit une « action civile publique » pour obtenir, non seulement la déclaration de la nullité des contrats conclus, mais aussi la cessation de la modalité de crédit pratiquée de manière illicite²⁸⁵⁰. Bien que l'arrêt du STJ²⁸⁵¹ ne fasse pas allusion à des poursuites pénales, on peut en déduire que la nullité des conventions conclues résultait, non pas de la simple inexécution contractuelle – fût-ce dans une multitude de contrats – par un professionnel dont la solvabilité n'a point d'ailleurs été mise en cause, mais des pratiques illicites dont celui-ci était l'auteur. D'autres procédés sont également réprimés dans le cadre d'actions collectives, tels que la facturation de services non prévus dans des contrats de crédit immobilier relevant du secteur réglementé²⁸⁵², ou encore la pratique, particulièrement récurrente dans des contrats de promotion immobilière, d'actualisation monétaire sous des modalités interdites par la loi²⁸⁵³. La protection des consommateurs de crédit est ainsi renforcée par une organisation cohérente du dispositif légal sur les moyens de cessation de l'illicite. En France, le législateur a pourtant choisi une technique distincte.

II – La superposition des techniques de cessation de l'illicite

884. Le Code de la consommation français prévoit, d'abord, un article L. 421-2 relatif aux agissements illicites relevant de la répression pénale²⁸⁵⁴ et, ensuite, un article L. 421-6, adopté

²⁸⁴⁹ C'est-à-dire par la constitution préalable d'une épargne par nombreux consommateurs regroupés en système mutualiste.

²⁸⁵⁰ Le parquet de Minas Gerais avait aussi demandé des dommages et intérêts, mais les juges du fond ont rejeté la demande sous prétexte de son défaut de qualité pour agir en défense d'intérêts prétendument individuels. Un recours a été ensuite formé auprès du STJ, mais celui-ci ne se prononce que sur la légitimité du ministère public pour agir en défense des droits individuels groupés (« homogêneos »). Il casse la décision des juges du fond et leur renvoie l'affaire pour qu'ils tranchent le litige. On doit en reconnaître *a fortiori* l'atteinte portée aux intérêts collectifs des consommateurs.

²⁸⁵¹ STJ-AgRgResp n° 280.505/MG, rel. Min. Nancy Andrichi, 3^a T., j. 12.11.2001, DJ 18.2.2002.

²⁸⁵² STJ-Resp n° 416.918/SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4^a T., j. 27.8.2002, DJ 7.10.2002 (action en cessation intentée par le ministère public de São Paulo).

²⁸⁵³ STJ-Resp n° 182.556/RJ, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, 4^a T., j. 21.2.2002, DJ 20.5.2002 ; STJ-Resp n° 168.859/RJ, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4^a T., j. 6.5.1999, DJ 23.8.1999. Dans ces deux affaires, outre la demande de cessation de l'illicite pratiqué, le ministère public de Rio de Janeiro demandait la répétition de l'indû au profit des consommateurs lésés. Ce qui amène, d'une part, le STJ à ne se prononcer que sur sa légitimité pour intenter des actions collectives relatives à des intérêts de groupe et, d'autre part, à reconnaître *a fortiori* la légitimité de la demande relative aux intérêts collectifs des consommateurs.

²⁸⁵⁴ Ce dispositif permet au juge d'ordonner au défendeur ou au prévenu, le cas échéant sous astreinte, toute mesure destinée à faire cesser des agissements illicites ou à supprimer dans le contrat ou le type de contrat proposé aux consommateurs une clause illicite.

postérieurement et concernant la mise en œuvre de certaines règles de protection des consommateurs issues du droit de l'Union européenne²⁸⁵⁵. Ils se destinent, tous les deux, à permettre au juge d'ordonner toute mesure visant à faire cesser des agissements ou à supprimer des clauses illicites dans les contrats proposés aux consommateurs²⁸⁵⁶. Les exemples jurisprudentiels portent surtout sur des publicités trompeuses, y compris sur des opérations de crédit²⁸⁵⁷. Il convient cependant de s'interroger sur la pertinence de l'éparpillement, dans un seul chapitre du Code, de règles portant la même finalité²⁸⁵⁸.

885. Il ne paraît *a priori* pas logique de distinguer les demandes de cessation suivant que l'agissement ou la clause contractuelle illicite relèvent ou non de la répression pénale, lorsque le demandeur est une association de protection des consommateurs. Le raisonnement est simple : du moment où l'on admet que la notion d'illicite comprend tous les agissements contraires au droit, à la différence du premier dispositif indiqué ci-dessus, l'article L. 421-6 se destine, dans le cadre de l'intégration régionale européenne, à permettre que certains organismes étrangers²⁸⁵⁹ viennent demander au juge français de faire cesser ou interdire tout agissement illicite au regard de certaines dispositions d'origine supranationale²⁸⁶⁰. Lorsque le législateur français décide d'assortir celles-ci de sanctions pénales, c'est qu'elles visent à réprimer des atteintes plus graves portées à l'intérêt collectif des consommateurs. *A fortiori* devrait-on alors permettre à ces organismes de demander la cessation de tout agissement ou clause illicite dont la répression relève du droit pénal. On pourrait ainsi, à s'en tenir à un besoin de cohérence juridique, envisager la fusion des dispositifs mentionnés, voire l'élimination du premier, son champ d'application étant alors absorbé par le second²⁸⁶¹.

²⁸⁵⁵ Cette règle autorise le juge à faire cesser ou interdire tout agissement illicite au regard des dispositions transposant les directives mentionnées à l'article 1^{er} de la directive n° 98/27/CE du Parlement européen et du Conseil relative aux actions en cessation en matière de protection des consommateurs.

²⁸⁵⁶ Pour BLOCH, Cyril (« La cessation de l'illicite – Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extra-contractuelle », thèse Dalloz, 2008, n° 105, p. 108) l'article 809, al. 1^{er}, du CPC français constitue, « faute de relais en droit substantiel, la *clausula generalibus* de la cessation de l'illicite en droit civil français ». Ce dispositif prévoit que le juge des référés peut prescrire « les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite ». L'auteur soutient cependant la reconnaissance d'une obligation générale pour le juge ordinaire d'ordonner la cessation de l'illicite, fondé sur la responsabilité civile et subsidiaire aux règles spéciales en la matière (*idem*, n° 222 et s. ; n° 238).

²⁸⁵⁷ CA Rennes, 19 déc. 2003 ; Cont., conc., consom. 2004, comm. n° 115, obs. RAYMOND, Guy (action visant à la cessation d'une publicité illicite réalisée par voie d'affiche sur des panneaux routiers relative à un crédit automobile alors que les mentions relatives au crédit étaient illisibles à 2,5 mètres du panneau). La Cour de cassation considère cependant qu'il revient au juge d'apprécier l'opportunité de cette publication : Cass. 1^{re} civ. 21 oct. 2003 : inédit, pourvoi n° 01-13239 ; Cont., conc., consom. 2004, comm. n° 65, obs. RAYMOND, Guy (jugement de condamnation pour l'utilisation de clauses abusives).

²⁸⁵⁸ L'éparpillement des règles permettant la cessation de l'illicite s'étend d'ailleurs au-delà d'un seul chapitre du Code de la consommation. V., par exemple, l'art. L. 121-3 sur les pratiques commerciales trompeuses ou l'art. L. 121-15-1, al. 3^e, sur la publicité comparative.

²⁸⁵⁹ Il s'agit des organismes justifiant de leur inscription sur la liste publiée au Journal officiel des Communautés européennes en application de l'article 4 de la directive 98/27/CE.

²⁸⁶⁰ Le législateur de l'Union n'y attache, en principe, aucune sanction pénale, il exige simplement que le législateur national prenne des mesures suffisamment dissuasives pour les rendre efficaces.

²⁸⁶¹ V. BLOCH, Cyril. *Op. cit.*, n° 170, p. 184, pour qui « il faut donc se garder d'assimiler la cessation de l'illicite suivant qu'elle s'exprime comme sanction civile ou comme sanction pénale ou administrative. Cette différence fondamentale ne saurait être éludée sous peine d'une dénaturation profonde du droit civil ». L'auteur fait pourtant allusion à l'incapacité des solutions apportées aux litiges de nature purement individuelle de contribuer efficacement à la défense de l'ordre juridique objectif et abstrait : « un établissement de crédit se livre à une campagne de promotion d'une opération de crédit sans respecter les mentions exigées par la loi pour l'information des

886. L'enjeu de l'organisation de ces règles, en droit français, n'est pourtant pas là. En réalité, lorsqu'un agissement illicite est réprimé au pénal, la victime – en l'occurrence, l'association qui personnifie l'intérêt collectif des consommateurs – peut se constituer « partie civile »²⁸⁶². C'est-à-dire qu'elle peut saisir la juridiction répressive dans le but d'obtenir une indemnisation. Cette saisine a pour effet de déclencher l'action publique, dont l'instruction est plus énergique et les frais pris en charge par l'État. Dans ces conditions, on ne saurait s'étonner, à en croire un auteur²⁸⁶³, de découvrir que jusqu'à 98% des actions collectives introduites par des associations de consommateurs sont adressées au juge pénal²⁸⁶⁴. Souvent, elles ne le font qu'après l'introduction de l'action publique par le parquet²⁸⁶⁵. Devant le constat d'une pratique illicite, le juge peut aussi ordonner, faisant application d'un important dispositif du Code de la consommation, la publication du jugement dans les médias²⁸⁶⁶. Enfin, quant au champ résiduel des actions collectives, à savoir celles dont l'objet porte sur des agissements illicites non sanctionnés au pénal, il semblerait ainsi être absorbé par le contentieux sur les clauses abusives²⁸⁶⁷. Certains auteurs ont pu regretter ce système, souhaitant que les associations prennent plus souvent l'initiative du procès²⁸⁶⁸. Il est vrai cependant que la probabilité pour une association d'obtenir une indemnisation sera d'autant plus forte qu'une condamnation pénale aura été prononcée sur les mêmes faits, la cessation de l'illicite étant obtenue de ce même chef. Dès lors, il convient d'analyser les différents modes de réparation des dommages résultant des pratiques illicites commises par le fournisseur de crédit.

b) Les modes de réparation des dommages causés à l'intérêt collectif des consommateurs

887. Lorsqu'il commet des agissements illicites, le fournisseur de crédit cause un dommage à la collectivité de consommateurs, alors même qu'on ne pourrait être en mesure

consommateurs ; [...] il [est] exclu que le consommateur trompé par de tels agissements puisse engager la moindre action en cessation, la poursuite des faits illicites ne pouvant plus lui nuire à nouveau » (*idem*, n° 174, p. 190). Il reconnaît alors que « l'action collective exercée au nom d'un intérêt collectif altruiste se rapproche d'ailleurs incontestablement du contentieux objectif par ses effets » (n° 173, p. 189) et qu'elle « ouvre ainsi d'immenses perspectives à la cessation de l'illicite en lui offrant [aux associations] d'intervenir dans des domaines que les intérêts isolés ne peuvent appréhender qu'à travers la réparation ». On rappellera, enfin, que, dans les deux cas (infraction pénale ou illicite civil), il est admis qu'une indemnisation puisse être prononcée au bénéfice de l'association demanderesse.

²⁸⁶² Arts. 2 et 3 du Code de procédure pénale. V. GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques. *Op. cit.*, n° 1042-1043, p. 592-593 : « l'action civile *stricto sensu*, distinguée de l'action en réparation civile déjà régie par le Code civil, [...] a un double objet : indemniser la victime et, préalablement, condamner la ou les personnes poursuivies comme auteurs de l'infraction reprochée ».

²⁸⁶³ VINEY, Geneviève. « Actions associatives et actions de groupe », *op. cit.*, p. 700, note 7. Certes, la distinction a déjà été établie entre les objets, d'une part, d'une action en réparation et, d'autre part, de celles en cessation de l'illicite (BLOCH, Cyril. *Op. cit.*, n° 64 et s.) mais on peut penser qu'en pratique les deux demandes se feront conjointement, d'autant que, souvent, elles ont des effets similaires.

²⁸⁶⁴ Les commentaires de MAINGUY, Daniel (« À propos de l'introduction de la *class action* en droit français », D. 2005, p. 1282) sur un autre aspect des intérêts collectifs sont pourtant révélateurs : « en France on n'assigne pas, on 'porte plainte', la pénalisation, et sa vertu sanctionnatrice comme modèle, est une réalité sociologique et psychologique très importante et finalement peu dénoncée sauf dans les cercles d'entreprises ».

²⁸⁶⁵ PICOD, Yves et DAVO, Hélène. *Op. cit.*, n° 528, p. 332.

²⁸⁶⁶ Art. L. 421-9.

²⁸⁶⁷ V. n° 895 *infra*.

²⁸⁶⁸ CALAIS-AULOY, Jean et STEINMETZ, Frank. *Op. cit.*, n° 556, p. 643.

d'individualiser les personnes ayant subi le préjudice. Certes, en établissant le lien de causalité entre la pratique illicite et le dommage subi, on peut aboutir à la responsabilisation du fournisseur de crédit fautif. La difficulté qui se présente au juge réside cependant dans l'évaluation de l'étendue du préjudice afin de quantifier le montant de l'indemnisation. La comparaison juridique révèle que différents systèmes de réparation peuvent être mis en place à cet égard : soit on n'indemnise que le demandeur, lequel personnifie alors l'intérêt collectif²⁸⁶⁹ (I), soit le produit de la réparation est transféré à un fonds à gestion publique, ce que le droit anglo-saxon qualifie de « fluid recovery » (« recouvrement fluide ») (II).

I) L'indemnisation au profit de l'association incarnant l'intérêt collectif des consommateurs

888. En France, une indemnisation est due à l'association demanderesse, qu'il s'agisse d'infractions pénales²⁸⁷⁰ ou de pratiques illicites ne donnant pas lieu à une incrimination²⁸⁷¹. L'évaluation du préjudice subi relève de l'appréciation souveraine des juges du fond²⁸⁷². La Cour de cassation exige, néanmoins, qu'ils précisent les éléments caractérisant le préjudice collectif reconnu²⁸⁷³. Elle les approuve de fixer le montant de l'indemnisation par rapport aux sommes prises en charge par une association pour assurer ses missions de protection des consommateurs²⁸⁷⁴, par exemple, celles qui auraient été engagées pour obtenir le remboursement d'acomptes versés par des consommateurs victimes de pratiques commerciales illégales dans des opérations de crédit²⁸⁷⁵, ou pour procéder à leur information en cas de publicité trompeuse²⁸⁷⁶. Dans leur appréciation souveraine, les juges du fond peuvent aussi n'allouer au demandeur qu'une somme symbolique (un euro)²⁸⁷⁷.

889. L'indemnisation du préjudice collectif ne saurait, cependant, se fonder sur des dommages-intérêts punitifs, non admis en droit français de la responsabilité civile²⁸⁷⁸. Comme la

²⁸⁶⁹ CALAIS-AULOY, Jean. « Les actions en justice des associations de consommateurs », D. 1988, chr. p. 195.

²⁸⁷⁰ Cass. 1^{re} civ. 1^{er} févr. 2005 : Bull. civ. I, n° 63, pourvoi n° 02-20633 ; JCP 2005, II,10057, note PAISANT, Gilles. L'arrêt est rendu sous le visa de l'article L. 421-2 (agissements illicites commis en cas d'infraction pénale).

²⁸⁷¹ Cass. 1^{re} civ. 5 oct. 1999 : Bull. civ. I, n° 260, pourvoi n° 97-17559 ; D. 2000, p. 110, note PAISANT, Gilles. L'arrêt est rendu sous le visa des articles L. 421-1 et L. 421-6 du Code consom.

²⁸⁷² Cass. crim. 22 juill. 1986 : inédit, pourvoi n° 85-95057 ; Lamy dr. économique, conc., distr., consom. 2010, n° 4840 : « il leur appartient cependant, en cas d'absence ou d'insuffisance des justifications, d'évaluer le préjudice d'après les éléments dont ils disposent, au besoin après avoir ordonné toutes mesures utiles, sans pouvoir se borner à allouer une indemnité symbolique en raison du montant incertain du dommage ».

²⁸⁷³ Cass. crim. 25 sept. 1997 : inédit, pourvoi n° 96-85712.

²⁸⁷⁴ Cass. crim. 13 mai 1985 : inédit, pourvoi n° 83-94091 ; Lamy dr. économique, conc., distr., consom. 2010, n° 4838 : « le préjudice [...] peut consister dans la charge des frais qui s'imposent à elles dans leur mission de protection des consommateurs et qui découlent directement des infractions commises au détriment de ces derniers ».

²⁸⁷⁵ Cass. crim. 18 mars 2008 : inédit, pourvoi n° 07-82792.

²⁸⁷⁶ Cass. crim. 13 mai 1986 : inédit, pourvoi n° 85-94096 ; Lamy dr. économique, conc., distr., consom. 2010, n° 4838.

²⁸⁷⁷ Favorable à cette solution, v. RAYMOND, Guy, Cont., conc., consom. 2004, comm. n° 65 ; Cass. crim. 26 oct. 1994 : inédit, pourvoi n° 93-82928 ; v. aussi Cass. 1^{re} civ. 1^{er} févr. 2005 : inédit, pourvoi n° 03-13778 (approuvant la cour d'appel de Grenoble d'avoir retenu, souverainement, que, compte tenu des « moyens réduits mis en oeuvre et du caractère minime des résultats obtenus, le risque porté à la collectivité des consommateurs avait été négligeable et que l'UFC 38 n'apportait pas la preuve du préjudice qu'elle invoquait »).

²⁸⁷⁸ PIEDELIÈVRE, Stéphane. « Droit de la consommation », *op. cit.*, n° 806, p. 597, semble être favorable à un pouvoir d'action restreint accordé aux associations de consommateurs, notamment en ce qui concerne l'obtention de

jurisprudence ne précise pas la nature du préjudice subi²⁸⁷⁹, des auteurs se sont demandé si les sommes qui sont attribuées au demandeur incarnant l'intérêt collectif des consommateurs « ne sont pas, au fond, des peines privées masquées sous l'apparence d'indemnités »²⁸⁸⁰. Certes le demandeur sera créancier d'une indemnisation s'il prouve avoir subi, lui-même, un préjudice personnel découlant de l'agissement illicite²⁸⁸¹. Toutefois, lorsque le dommage correspond à une atteinte portée à l'intérêt collectif des consommateurs, il peut apparaître plus utile de canaliser le montant des indemnisations vers un fonds commun, afin que les sommes obtenues soient employées ensuite dans des activités de prévention contre de telles atteintes ou dans des campagnes d'information et d'éducation des consommateurs, de manière à réaliser, en quelque sorte, une réparation « en nature » du préjudice subi. C'est cette voie qu'a choisi le législateur brésilien.

II) Le fonds de protection des intérêts collectifs (« fluid recovery »)

890. En droit brésilien, le fruit des indemnisations prononcées pour préjudice causé aux intérêts diffus et collectifs est versé, sur le plan fédéral, au « Fonds de protection des droits diffus » géré par un Conseil fédéral lié au Ministère de la justice²⁸⁸². Il a pour finalité la « réparation des dommages causés à l'environnement, aux consommateurs, aux biens et droits à caractère artistique, esthétique, historique, touristique et scénique (« paisagístico »), pour violation des règles de l'ordre économique et autres intérêts diffus et collectifs »²⁸⁸³. Les États fédérés, ainsi que les municipalités, peuvent, eux-aussi, créer de tels fonds par voie législative. Le Conseil de gestion du fonds est composé de représentants du gouvernement, d'un membre du ministère public et de trois personnes liées à des organismes représentant la société civile²⁸⁸⁴.

dommages-intérêts : « cette fonction préventive [cessation de l'illicite] débouche souvent sur un mélange des genres. Elle conduit en tout état de cause à un retour vers une confusion entre réparation et répression que notre droit a banni ». *Contra*, proposant l'institution de dommages-intérêts punitifs, v. FRANK, Jérôme. « Pour une véritable réparation du préjudice causé à l'intérêt collectif des consommateurs », in *Liber amicorum* Jean Calais-Auloy, Dalloz, 2004, p. 416.

²⁸⁷⁹ V. VINEY, Geneviève. « Actions associatives et actions de groupe », in *Études offertes au professeur Philippe Malinvaud*, Litec, 2007, p. 709, qui soutient que les dommages-intérêts alloués lors de ce type d'actions se fondent sur un préjudice moral, même si un préjudice patrimonial peut être invoqué par des associations de consommateurs. Cette solution semble avoir été adoptée dans Cass. crim. 18 mars 2008, préc., où la Cour approuve les juges du fond d'avoir alloué à l'association UFC Que Choisir 38, outre 10000 euros pour avoir consacré « beaucoup de moyens et de temps pour informer les consommateurs des règles d'ordre public du droit de la consommation », une indemnisation supplémentaire de 50000 euros dont le fondement n'est pas précisé, mais dont on doit déduire qu'elle vise à réparer le préjudice subi par la collectivité des consommateurs.

²⁸⁸⁰ CALAIS-AULOY, Jean. « Les actions en justice des associations de consommateurs », D. 1988, Chr. p. 195 ; DUPEYRON, Henry. « L'action collective », D. 1952, Chr. p. 155 ; PAISANT, Gilles. « Les limites de l'action collective en suppression de clauses abusives », JCP 2005, II, 10057, p. 848 ; VINEY, Geneviève, « Actions associatives et actions de groupe », *op. cit.*, p. 709 ; PICOD, Yves et DAVO, Hélène. *Op. cit.*, n° 530, p. 333.

²⁸⁸¹ Cass. crim. 3 mai 2006 : Bull. crim., n° 116, pourvoi n° 05-85715 ; v. aussi Cass. 1^{re} civ. 14 novembre 2006 : Bull. civ. I, n° 489, pourvoi n° 04-17578, où les juges du fond avaient alloué à l'association une indemnisation pour préjudice personnel, « dit associatif », outre celle en réparation du préjudice porté à l'intérêt collectif des consommateurs, sur lesquels la Cour de cassation n'est pourtant pas amenée à se prononcer.

²⁸⁸² Créés par la loi n° 7.347 du 24 juillet 1985, arts. 13 et 20. Le Conseil de gestion du fonds est réglementé par le décret n° 1.306 du 9 nov. 1994, art. 3°.

²⁸⁸³ Arts. 1°, § 1° de la loi n° 9.008 du 21 mars 1995 et 1° du décret n° 1.306 du 9 nov. 1994.

²⁸⁸⁴ Art. 3° du déc. n° 1.306 du 9 nov. 1994, repris ensuite à l'art. 2° de la loi n° 9.008 du 21 mars 1995.

891. Outre la réparation directe, autant que possible, du dommage causé aux droits collectifs des consommateurs, les ressources du fonds peuvent être employées dans le financement de projets relatifs aux objectifs de la « politique nationale des relations de consommation », à la défense des droits essentiels des consommateurs et à la modernisation administrative des organes publics de protection²⁸⁸⁵. L'existence d'un tel fonds présente un avantage certain pour la promotion des intérêts collectifs des consommateurs. Théoriquement, les consommateurs de crédit peuvent bénéficier plus directement de ses ressources, fût-ce de manière collective, car leur destination est réservée, *a priori*, aux activités ayant un rapport avec les faits étant à l'origine du préjudice subi²⁸⁸⁶. On peut penser cependant qu'une telle destination ciblée sera rarement organisée au bénéfice des consommateurs de crédit, étant donné le nombre restreint de condamnations en argent prononcées pour préjudices essentiellement collectifs dans ce domaine. Ils n'en bénéficieront alors qu'au même titre que tous les autres consommateurs. Sont, en revanche, plus efficaces les prononcés judiciaires déterminant spécifiquement la suppression des clauses abusives insérées dans les contrats de crédit.

2) La suppression des clauses abusives insérées dans les contrats de crédit

892. Les actions collectives constituent un moyen puissant de la lutte contre les clauses abusives. On affirme, non sans un peu d'exagération, qu'elles sont un « redoutable outil de police civile »²⁸⁸⁷. On ne saurait négliger d'ailleurs l'impact de cette technique sur la concurrence entre les différents acteurs économiques. Qui dit suppression de clauses abusives dit marché concurrentiel assaini²⁸⁸⁸. L'intérêt faisant l'objet de l'action collective est de nature indivisible. Ceci signifie que tous ses titulaires sont protégés de manière identique et ce quand bien même ils – ou certains d'entre eux – pourraient être individualisés. Le fait qu'on arrive à localiser plusieurs consommateurs ayant souscrit, concrètement, des clauses abusives n'est alors que la confirmation flagrante de la nécessité de protéger la collectivité dont l'intérêt a été attaqué. Il s'agit pourtant d'un fondement surabondant car l'atteinte potentielle à cet intérêt justifie la mise en œuvre d'une élimination collective de ce type de clauses. Alors qu'au Brésil ces raisonnements peuvent être déduits des définitions légales sur les différentes catégories

²⁸⁸⁵ Art. 6^o du déc. n^o 1.306 du 9 nov. 1994, repris aux arts. 3^o de la loi n^o 9.008 du 21 mars 1995 et 30 du déc. n^o 2.181 du 20 mars 1997.

²⁸⁸⁶ Art. 7^o, paragraphe unique, du déc. n^o 1.306 du 9 nov. 1994.

²⁸⁸⁷ BLOCH, Cyril. *Op. cit.*, n^o 174, p. 190.

²⁸⁸⁸ Sur les rapports entre les actions des associations de consommateurs et la défense de la concurrence, v. LUCAS DE LEYSSAC, Claude et PARLÉANI, Gilbert. « Droit du marché », PUF, 2002, p. 47. Les professionnels et les commerçants finissent, en pratique, par profiter de l'exclusion de ce type de clauses des contrats-types proposés par les établissements de crédit. Il serait pourtant plus contestable qu'une association de défense de consommateurs soit admise à agir pour la suppression d'une clause destinée explicitement aux commerçants. V. cependant TGI Laval 22 oct. 2007 ; Cont., conc., consom. 2008, comm. n^o 24, obs. RAYMOND, Guy, admettant qu'une association soit recevable à agir en suppression d'une clause d'attribution de compétence judiciaire destinée aux seuls commerçants, sous prétexte que la législation française sur les clauses abusives vise à la protection, non seulement des consommateurs, mais aussi des non-professionnels. Dans ce cas, l'action collective devient un instrument de régulation du marché car des professionnels qui recherchent du crédit pour les besoins de leur profession profiteraient de ses effets tout autant que les consommateurs.

d'intérêts collectifs (a), la jurisprudence française se montre, du moins sur ce dernier aspect, plus exigeante (b).

a) L'atteinte potentielle, fondement suffisant de l'élimination collective des clauses abusives

893. Le *Superior Tribunal de Justiça* confirme le pouvoir du juge de déterminer la suppression de telles stipulations dans les contrats de crédit alors même qu'aucun consommateur ne les aurait souscrites²⁸⁸⁹. Ces clauses sont conçues de manière standardisée dans des modèles de contrats, souvent par des fédérations ou autres organisations représentant les intérêts des établissements de crédit. À l'égard des consommateurs potentiels des crédits proposés dans ces conditions, l'intérêt protégé est diffus ; c'est toute la collectivité qui s'en trouve débarrassée. Lorsque, ensuite, le juge constate que plusieurs consommateurs (un seul suffirait !) ont souscrit des clauses abusives que le fournisseur de crédit ne nie pas avoir proposées à tous ses clients, l'intérêt à sauvegarder est alors collectif *stricto sensu*. On ne retrouve pas, en jurisprudence, d'exemple où l'établissement de crédit soutiendrait le retrait « spontané » des clauses contestées²⁸⁹⁰. Un tel moyen n'en serait, en tout cas, pas moins sans pertinence en présence d'une pluralité d'individus liés soient entre eux, soit avec la partie adverse par une relation juridique fondamentale²⁸⁹¹. L'exemple le plus caractéristique de clauses déclarées abusives constitue ce qu'on appelle des « clauses-mandat ». Aux termes de celles-ci, la banque se constitue mandataire de l'emprunteur pour émettre, en cas de défaillance de sa part, des titres de crédit (lettres de change ou billets à ordre) à son nom, dont elle pourra promouvoir l'exécution, ou qu'elle pourra transmettre à des tiers²⁸⁹². D'autres exemples peuvent être fournis d'actions intentées pour supprimer des stipulations abusives²⁸⁹³, telles que des clauses pénales de retard (« multa ») d'un montant fixé au-dessus du plafond légal²⁸⁹⁴, ou encore celles prévoyant que les relevés de compte joints au contrat d'ouverture de crédit en compte bancaire (« cheque-especial ») formeraient un titre exécutoire²⁸⁹⁵.

894. On ne saurait pourtant s'attarder sur l'analyse contingente des clauses que la pratique imaginative des fournisseurs de crédit produit au détriment des intérêts des consommateurs. L'essentiel, en la matière, est de comprendre l'enjeu, pour l'assainissement du marché du crédit aux consommateurs, de la distinction entre leur intérêt collectif et des intérêts purement individuels que chacun d'entre eux pourrait avoir.

²⁸⁸⁹ STJ-Resp n° 175.645/RS, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 3^e T., j. 7.12.2000, DJ 30.4.2001.

²⁸⁹⁰ La plupart du temps, ils se bornent à soulever le défaut de qualité pour agir du demandeur, surtout lorsqu'il s'agit du ministère public.

²⁸⁹¹ Art. 81, al. II, du Code du consommateur. Dans les contrats de crédit conclus sous la modalité de « consórcio », un lien semble s'établir entre les différents consommateurs participant à chaque groupe en système mutualiste.

²⁸⁹² Le STJ a même dû inscrire les avis n° 60 (14.10.1992) et 258 (12.9.2001) à sa *summula* de jurisprudence, prévoyant la nullité de telles clauses.

²⁸⁹³ STJ-Resp n° 292.636/RJ, rel. Min. Barros Monteiro, 4^e T., j. 11.6.2002, DJ 16.9.2002.

²⁸⁹⁴ Art. 52, § 1^o, du Code du consommateur, fixant ce plafond à 2%.

²⁸⁹⁵ Déclarant la nullité de ces clauses, v. l'avis n° 233 du 13.12.1999 de la *summula* de jurisprudence du STJ.

b) L'atteinte présente, élément nécessaire de l'élimination collective des clauses abusives

895. L'article L. 421-6, alinéa 2, du Code de la consommation prévoit que le juge peut ordonner, le cas échéant sous astreinte, la suppression d'une clause illicite ou abusive dans tout contrat ou type de contrat proposé ou destiné au consommateur. La Cour de Justice des Communautés Européenne a eu l'occasion de préciser que ce type d'actions remplit, avant tout, une fonction préventive, le contrôle des conditions générales des contrats proposés aux consommateurs se faisant, par conséquent, indépendamment de « tout conflit individuel concret »²⁸⁹⁶ : « il serait pour le moins contradictoire d'exiger qu'une action en cessation d'un comportement considéré comme illicite, dont l'objectif principal consiste précisément à éviter le préjudice, ne puisse être introduite qu'après la réalisation de ce dernier »²⁸⁹⁷. Si un emprunteur signe, tout de même, le contrat, une association de consommateurs peut intenter l'action, soit par voie d'initiative « aux côtés de l'emprunteur »²⁸⁹⁸ ou non, soit par voie d'intervention pour demander à titre principal la suppression de clauses abusives²⁸⁹⁹. La jurisprudence française présente plusieurs exemples d'actions collectives intentées dans le domaine des opérations de crédit²⁹⁰⁰. La Cour de cassation a fourni aussi quelques précisions en la matière. Elle affirme,

²⁸⁹⁶ CJCE 24 janv. 2002, 5^e ch., aff. C-372/99, point 15.

²⁸⁹⁷ CJCE 1^{er} oct. 2002, 6^e ch., aff. C-167/00, point 48. Dans le même sens, v. CA Toulouse 8 nov. 1995, D. aff. 1996, p. 387.

²⁸⁹⁸ CA Colmar 16 juin 1995 ; JCP 1995, II, 22532, note BIGOT, Jean. En l'espèce, la clause de révision tarifaire litigieuse – jugée non abusive – concernait plutôt le contrat d'assurance chômage, souscrit comme condition d'octroi d'un prêt immobilier. On notera que les juges évoquent l'art. L. 421-7 du Code consom. sur l'intervention à l'instance.

²⁸⁹⁹ Art. L. 421-7 du Code consom. Encore faut-il que la demande initiale ait pour objet la réparation d'un préjudice subi par un ou plusieurs consommateurs à raison de faits non constitutifs d'une infraction pénale. Pour des exemples, v. TI Paris 18 mai 2004, n° 02-18937, rendue au visa de l'art. L. 421-7 du Code consom. (clauses de dates-de-valeur jugées abusives pour les opérations autres que l'encaissement de chèques ; Cass. 1^{re} civ. 6 janv. 1994 : Bull. civ. I, n° 8, pourvoi n° 91-19424 (rendue pourtant au visa de l'art. 6 de la loi de 1988 – art. L. 421-6 du Code consom. – alors même que le consommateur était défendeur à l'instance ; action intentée par voie d'intervention, en suppression de clauses abusives dans des contrats de location financière de longue durée de véhicules automobiles).

²⁹⁰⁰ CA Paris 3 avril 2008, n° 06/18279 (clauses illicites dans des contrats de compte courant et d'utilisation de cartes de paiement). Parmi les dix-sept clauses appréciées par les magistrats, deux concernaient spécialement des opérations de crédit : d'abord, celle qui faisait entrer dans le compte « toutes leurs créances réciproques résultant de l'ensemble des opérations traitées entre eux » – jugée illicite au regard des arts. L. 312-1 et L. 312-1-1 du Code mon. et fin. ; ensuite, celle qui accorde à la banque le droit d'apporter des modifications aux conditions du contrat « dans le délai d'un mois avant la date d'application envisagée » – jugée illicite au regard de l'art. L. 312-1-1 du même Code ; Cass. 1^{re} civ. 14 nov. 2006 : Bull. civ. I, n° 489, pourvoi n° 04-17578 (clause prévoyant, en cas de vente à crédit de véhicules, que l'acompte versé à la commande reste acquis au vendeur à titre d'indemnité lorsque le client se dédit après expiration du délai de rétractation, sans prévoir le droit, pour ce consommateur, de percevoir une indemnité d'un montant équivalent de la part du professionnel lorsque c'est celui-ci qui y renonce) ; dans le même sens, v. Cass. 1^{re} civ. 14 nov. 2006 : Bull. civ. I, n° 489, pourvoi n° 04-15890. En revanche, la clause qui exige le versement d'un acompte alors même que le contrat fait allusion à la possibilité d'un crédit total n'est pas abusive : Cass. 1^{re} civ. 14 nov. 2006 : Bull. civ. I, n° 488, pourvoi n° 04-15646. CA Paris 3 avr. 2008, n° 06/00402 (la clause réservant au professionnel le droit de modifier unilatéralement, sans préavis, les conditions d'utilisation de la carte est interdite, au visa de l'article R. 132-2 du Code de la consommation car, lors de sa remise, la banque octroie à son client un plafond d'utilisation qu'il ne peut pas dépasser sans nouvelle autorisation, ces conditions d'utilisation étant donc très différentes de celles du carnet de chèques ; en revanche, la clause prévoyant qu'en cas de chèque impayé, le compte est débité du montant du chèque n'est pas abusive car si la banque, en portant immédiatement au crédit du compte de son client le montant d'un chèque, lui consent par là même un crédit, elle le fait nécessairement sous réserve d'encaissement, la contre-passation immédiate du montant du chèque au débit du compte n'étant donc pas abusive – même arrêt ; la clause prévoyant qu la réception, sans contestation, des relevés de compte vaudra approbation des écritures y figurant, et en particulier du taux conventionnel appliqué, ainsi que celle qui énonce que les réclamations relatives aux opérations figurant sur un relevé de compte devront être formulées dans un délai de trois mois à compter de l'envoi du relevé, à peine de prescription, entraînent un déséquilibre entre les parties en laissant croire au client que passé un délai de 3 mois, aucune contestation ne peut plus être formulé – même arrêt ;

tout d'abord, que si l'action concerne des opérations de crédit relevant du champ d'application du Code de la consommation, la compétence judiciaire appartient aux tribunaux d'instance²⁹⁰¹. Elle reconnaît, plus généralement, que le caractère abusif d'une clause constitue en soi une atteinte à l'intérêt collectif des consommateurs²⁹⁰². Elle en déduit que point n'est besoin qu'une décision préalable l'ait déclarée comme telle.

896. La position restrictive de la Cour de cassation – D'autres décisions sont, cependant, d'une légitimité douteuse. La Cour décide ainsi qu'en cas de retrait des contrats dont l'abus est allégué, avant l'introduction de l'instance, la demande est « sans objet, partant irrecevable »²⁹⁰³. L'association demanderesse ne peut plus, dans ce cas, poursuivre au moyen de la même action l'annulation des clauses de contrats individuels déjà conclus²⁹⁰⁴. Enfin, elle décide que si le professionnel retire ses modèles de contrats litigieux après l'introduction de l'instance, l'action, initialement recevable, perd son objet et la demande de dommages et intérêts devient sans fondement²⁹⁰⁵. Ces décisions sont contestables, non seulement sous l'angle de l'opportunité, mais aussi d'un point de vue de technique juridique.

897. Tout d'abord, même s'il s'agit d'un contrôle « indépendant de tout conflit individuel concret », une association n'agit en justice, normalement, que si elle constate que les clauses qu'elle estime abusives sont effectivement proposées par le fournisseur de crédit. Certes, cela n'exclut pas la possibilité que l'action porte sur une ancienne version des conditions générales de banque, notamment au cas où l'association agirait par voie d'intervention dans un litige individuel déjà engagé. Dans tous ces cas, cependant, la machine judiciaire est mise en marche et l'association de défense investit du temps et des efforts, humains et financiers, en vue de faire proscrire des clauses qui sont, ou qui ont été, réellement proposées à la collectivité des consommateurs. Or, si une décision de justice ne condamne pas celui qui propose une clause abusive à l'éliminer, non seulement des contrats en cours²⁹⁰⁶ mais aussi de ceux qu'il distribuera à des consommateurs potentiels, rien ne l'empêchera de les réutiliser dans l'avenir²⁹⁰⁷. Le moins que l'on puisse dire sur l'orientation de la Cour de cassation, est que la mission des associations de défense des consommateurs pourra être ainsi vidée de son sens

en revanche, est valable la clause qui prévoit qu'après clôture du compte courant, la banque pourra compenser toute créance qu'elle détient sur le client avec sa dette en restitution du solde créditeur dudit compte, puisque que la banque ne peut pas déroger aux règles de la compensation légale).

²⁹⁰¹ Cass. 2^e civ. 12 oct. 2006 : Bull. civ. II, n° 274, pourvoi n° 05-14.741.

²⁹⁰² Cass. 1^{re} civ. 1^{er} févr. 2005 : Bull. civ. I, n° 63, pourvoi n° 02-20633 ; JCP 2005, II,10057, note PAISANT, Gilles.

²⁹⁰³ Cass. 1^{re} civ. 1^{er} févr. 2005 : Bull. civ. I, n° 61, pourvoi n° 03-13779.

²⁹⁰⁴ Cass. 1^{re} civ. 1^{er} févr. 2005 : Bull. civ. I, n° 62, pourvoi n° 03-16905 ; JCP 2005, II,10057, note PAISANT, Gilles.

²⁹⁰⁵ Cass. 1^{re} civ. 1^{er} févr. 2005 : Bull. civ. I, n° 59, pourvoi n° 03-16935 ; JCP 2005, II,10057, note PAISANT, Gilles. Comp. cependant avec Cass. 1^{re} civ. 14 nov. 2006 : Bull. civ. I, n° 488, pourvoi n° 04-15646, où l'on semble apercevoir un certain assouplissement de la solution précédente ; en l'espèce, la Cour rejette le moyen soulevé par le professionnel, en affirmant que, « quoiqu'ayant relevé que la clause litigieuse avait été supprimée dans la version de juillet 2000, la cour d'appel ayant, par motifs propres et adoptés, énoncé que la version précédente du contrat-type visée dans l'assignation, avait été proposée à la clientèle postérieurement à l'introduction de l'instance ».

²⁹⁰⁶ Normalement, le fournisseur de crédit est condamné à communiquer l'élimination de la clause litigieuse dans les relevés périodiques qu'il envoie à ses clients.

²⁹⁰⁷ Dans ce sens, v. TGI Laval 22 oct. 2007 ; Cont., conc., consom. 2008, comm. n° 24, obs. RAYMOND, Guy.

par les manœuvres astucieuses, pouvant être réalisées même à coups répétés, des concepteurs de clauses abusives.

898. Cette orientation peut cependant être plus décisivement contestée sur le terrain de la nature des intérêts en question. Le contrôle par voie collective des clauses abusives ne revêt pas qu'un volet préventif. Ce n'est pas parce que la clause abusive ne sera plus utilisée à l'avenir que ses effets, produits de manière indivisible et *a priori* identique dans les conventions effectivement conclues, se tarissent. Il serait faux de croire que lorsque le prêteur élimine les clauses reprochées des contrats qu'il propose aux consommateurs, fût-ce avant l'introduction de l'instance, l'intérêt collectif disparaît, ne laissant à sa place que des intérêts individuels pulvérisés. Au contraire, il conserve sa nature collective, alors même que ses titulaires, si nombreux soient-ils, pourraient être déterminés. Il mériterait alors d'être protégé en tant que tel. La position de la Cour de cassation est assurément par trop restrictive.

899. Tout autre, il convient de l'observer, serait la question de l'indemnisation pour les préjudices subis individuellement par chaque consommateur ayant souscrit la clause réputée abusive. Ce n'est que dans le seul cas où l'on demanderait la réparation de leurs préjudices respectifs que le juge serait amené à quantifier des intérêts individuels. Ce qui ne veut d'ailleurs pas dire qu'un traitement collectif de ces intérêts est exclu ; mais ce serait déjà avancer sur le terrain spécifique de la protection des « intérêts individuels groupés »²⁹⁰⁸. Pour ceux-ci, le législateur n'a pas moins prévu d'actions collectives.

§ 2nd – Des « class actions » aux actions de groupe

900. Les « class actions for damages » du droit anglo-saxon ont été conçues pour permettre qu'un groupe d'individus ayant subi des préjudices de source commune puissent se rassembler, dans le but d'en faciliter les réparations respectives²⁹⁰⁹. Alors même qu'elles ne débouchent que sur des indemnisations individuelles minimales, leur somme peut avoir un effet considérable sur l'auteur du dommage. Dans ce cas, la possibilité d'une indemnisation pour atteinte massive à des intérêts individuels incitera celui-ci à renoncer aux bénéfices qu'il escomptait tirer de son acte fautif. Encore faut-il que les victimes puissent se mobiliser sur l'affaire²⁹¹⁰. Le respect de leurs droits conduit à ce qu'elles soient informées sur la mise en œuvre des mécanismes collectifs de réparation. Devant une multiplicité d'atteintes possibles, il faut également qu'elles puissent s'accorder sur le choix d'un représentant qui portera l'affaire

²⁹⁰⁸ L'expression est de CALAIS-AULOY, Jean et STEINMETZ, Frank. *Op. cit.*, n° 560, p. 650.

²⁹⁰⁹ V. CAPPELLETTI, Mauro. *Op. cit.*, p. 587, qui explique qu'il s'agit d'« une institution traditionnelle, dérivant de l'equity, mais qui s'est énormément développée au cours des dernières années, justement en raison de la nécessité accrue d'une protection souple et efficace des intérêts de groupe contre les abus de la 'civilisation de masse' ». V. aussi GRINOVER, Ada Pellegrini. « Código brasileiro de defesa do consumidor – Comentado pelos autores do anteprojeto », *op. cit.*, p. 883.

²⁹¹⁰ En comparant leurs préjudices, elles pourront alors s'assurer de la ressemblance de leurs situations, du moins sur l'origine commune des dommages subis.

en justice, quelqu'un présentant une capacité suffisante pour défendre leurs intérêts de manière adéquate (« adequacy of representation »).

901. Les « class actions » sont un puissant mécanisme d'efficacité des règles de droit. Sauf à être utilisées de manière abusive, elles peuvent représenter un moyen positif de renforcement de la démocratie et de l'exercice de la citoyenneté. Pour ses atouts, elles ont inspiré les législations de plusieurs pays, parmi lesquelles celles du Brésil et la France. Les techniques alors adoptées ne l'ont cependant pas été d'une manière identique. Alors qu'au Brésil elles servent les « intérêts individuels homogènes », en France on parle plutôt d'« intérêts individuels groupés » et d'« actions de groupe »²⁹¹¹. Au-delà de l'aspect terminologique, la comparaison juridique révèle, à travers l'explicitation des différences techniques mises en place, une sollicitude plus ou moins bienveillante de la part du législateur de chaque pays à l'égard des consommateurs individuels. Dans les débats politiques et doctrinaux qui entourent la question de l'opportunité de ce type d'actions, on y oppose – souvent trop rapidement – le risque de chantages aux entreprises, de dénigrement de leur image, voire de faillites, par le détournement d'actions de groupe. Toute mise en garde à cet égard porte l'argument tiré des défaillances du système américain des « class actions »²⁹¹².

902. Cette vision des choses ne cache pas une logique assez manichéenne des enjeux liés à la protection des intérêts individuels groupés. L'analyse comparative révèle que l'adaptation des actions de groupe, même aux systèmes de tradition romaniste, n'est pas incompatible avec la promotion d'un marché concurrentiel compétitif. On mesurera ainsi la perméabilité des pouvoirs publics aux différents groupes de pression en jeu à l'aune des choix réalisés : soit leurs attentions sont centrées sur le bon fonctionnement du marché et ils accroissent, en conséquence, les conditions exigées des victimes de dommages individuels pour mettre en œuvre une action de groupe (A), soit ils parient sur le potentiel de ce type d'actions pour rendre efficaces les règles du droit de la consommation au sein d'un marché où le consommateur isolé peine à exercer, seul, ses propres droits (B).

A) Les actions de groupe au service des intérêts du marché

903. S'inspirant des mécanismes existant aux Etats-Unis, la commission de refonte du droit de la consommation avait préconisé, dans ses propositions présentées en 1990, d'adopter en France des actions de groupe²⁹¹³. Ce projet représentait une tentative heureuse d'adaptation

²⁹¹¹ CALAIS-AULOY, Jean et STEINMETZ, Frank. *Op. cit.*, n° 560, p. 650.

²⁹¹² V. en France, le Rapport du Sénat n° 315/1990-1991, de M. Jean-Jacques Robert ; le Rapport de M. Luc Chatel de juillet 2003 ; le Rapport d'information n° 249/2005-2006 ; le Rapport du Sénat n° 499 du 26 mai 2010, de MM. Laurent Béteille et Richard Yung.

²⁹¹³ NEIERTZ, Véronique. Avant-propos aux « Propositions pour un code de la consommation », *op. cit.*, p. 6. Une différence essentielle avec les techniques d'outre-mer en était qu'« aux Etats-Unis, n'importe quel membre du groupe peut agir pour le compte de tous les autres membres ; l'action de groupe, en revanche, sera réservée en France aux associations représentatives de consommateurs » : CALAIS-AULOY, Jean. « Propositions pour un code de la consommation », *op. cit.*, p. 21 ; CALAIS-AULOY, Jean et STEINMETZ, Frank. *Op. cit.*, n° 561, p. 651 : « il fallait

du mécanisme nord-américain au système français, de tradition romaniste²⁹¹⁴. Ses idées n'ont cependant pas manqué de susciter la controverse²⁹¹⁵. Un point suscite particulièrement la réserve de certains juristes français. Il s'agit du mécanisme « opt out » du système américain, par lequel toutes les victimes du dommage sont soumises aux effets du jugement, sauf si, informées sur leur inclusion « par les meilleurs moyens possibles suivant les circonstances de l'espèce », elles ont manifesté leur opposition²⁹¹⁶. Certains ont soulevé ainsi l'incompatibilité de cette technique avec « les exigences, les standards constitutionnels et européens, mais aussi, au-delà de ces standards, avec les principes généraux du droit civil et de la procédure civile » relatifs, entre autres, à la prohibition des arrêts de règlement, à la relativité de la chose jugée et au respect des droits de la défense et du contradictoire²⁹¹⁷. Un spécialiste de droit constitutionnel est pourtant de l'avis que le mécanisme en question « offre en effet une nouvelle voie d'accès aux tribunaux afin de faire respecter le droit d'obtenir la réparation de tous les préjudices subis. Elle est ainsi de nature à renforcer le droit de tous les justiciables au recours effectif, garanti par l'article 16 de la Déclaration des droits et repris par l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme, sous le vocable de 'droit au recours' »²⁹¹⁸.

904. Il n'empêche que les critiques soulevées ont trouvé écho auprès du législateur français et le mécanisme proposé n'a pas été adopté. À sa place, un autre projet a été approuvé en 1992²⁹¹⁹, prévoyant une sorte d'action de groupe « à la française ». Elle est prévue aux articles L. 422-1 à L. 422-3 du Code de la consommation, sous la désignation « action en représentation conjointe » (1). Résultant d'un compromis politique entre les différents intérêts

éviter les dérives du système américain, qui permet aux cabinets d'avocats, de fabriquer, pour leur plus grand profit, des actions dont l'utilité n'est pas toujours évidente ».

²⁹¹⁴ En ce sens, v. VINEY, Geneviève. « Actions associatives et actions de groupe », *op. cit.*, p. 708 ; MAINGUY, Daniel. « À propos de l'introduction de la *class action* en droit français », D. 2005, p. 1283. Douze articles décrivaient le mécanisme destiné à protéger les droits des consommateurs ayant subi, « du fait du même professionnel, des préjudices ayant une origine commune ». Dans ses suggestions, GUINCHARD, Serge (« Une *class action* à la française », D. 2005, p. 2185) reprend, pour l'essentiel, celles du projet de 1990.

²⁹¹⁵ Tantôt c'était l'exclusivité accordée aux seules associations agréées qui était critiquée (CABALLERO, Francis. « Plaidons par procureur! De l'archaïsme procédural à l'action de groupe », RTD civ. 1985, p. 273, pour qui « elle confère au texte une condition franchement corporatiste. Ce n'est pas très démocratique »), tantôt c'était un renversement de l'ordre procédural qu'il opérerait : « sans définition préalable de l'existence et de la composition du groupe, il n'y a plus d'action de groupe » (*Idem, ib idem*). D'autres se demandaient aussi « comment définir le commun et comment le constater en l'absence des membres de la classe ? Personne n'a pu répondre à ces questions. Personne n'a pu isoler ce qui, dans la variété infinie de la vie, rend commun » (GLENN, H. Patrick. « À propos de la maxime 'nul ne plaide par procureur' », RTD civ. 1988, n° 21, p. 71). Sur les étapes du mécanisme proposé, on affirmait, à propos de la première, que « la constatation de faute dans le vide ne peut avantager personne en matière de dommages-intérêts, sauf jugement ultérieur. [...] En droit français, pour qu'une faute soit commise à l'égard d'une personne, il faut savoir quel dommage elle a subi » (*idem*, n° 22, p. 72, note 60, citant MAZEAUD, Henri et Léon et TUNC, André. « Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle », t. I, 6^e éd., Montchrestien, Paris, 1965, p. 488). On déclarait, enfin, sur la seconde phase, que « la procédure devient une suite de batailles rangées sur la particularité possible que représente chaque membre de la classe. [...] On se perd dans la procédure ; la classe est frappée d'une entropie destructive » (*idem*, n° 21, p. 71).

²⁹¹⁶ Règle 23, (c), (2) et (3), des « Federal rules of civil procedure ».

²⁹¹⁷ GUINCHARD, Serge. « Une *class action* à la française », D. 2005, p. 2185.

²⁹¹⁸ VERPEAUX, Michel. « L'action de groupe est-elle soluble dans la Constitution ? », D. 2007, p. 258 : « imposant qu'une personne ne soit pas jointe malgré elle à une action, ce qui est souvent traduit par la formule selon laquelle 'nul ne plaide par procureur', la liberté personnelle n'est pas sacrifiée par une action collective avec option d'exclusion, dès lors que, comme son nom l'indique, chacun des membres du groupe garde la possibilité à tout moment de s'extraire de la procédure pour engager une action individuelle, y compris après qu'un jugement a été rendu ».

²⁹¹⁹ Loi n°92-60 du 18 janv. 1992.

en jeu, le mécanisme alors adopté semble n'avoir donné satisfaction à aucun²⁹²⁰. Depuis plusieurs années, l'idée de l'opportunité ou de la nécessité de l'adoption d'un mécanisme plus fidèle à la finalité des actions de groupe est constamment suscitée, tant par la doctrine²⁹²¹ qu'au sein des rouages politiques²⁹²². La récente crise financière mondiale semble avoir, encore une fois, secoué les esprits et il se peut que le législateur décide, enfin, d'adopter une nouvelle action de groupe, toujours « à la française » (2).

1) L'action de groupe « à la française » *de lege lata*

905. Alors que son esprit rappelle quelque peu celui qui anime les « class actions » du droit anglo-saxon, les conditions trop restrictives de mise en œuvre des actions en représentation conjointe (a) ont fait dire à certains qu'elles n'étaient qu'« une façon élégante d'enterrer les projets d'action de groupe »²⁹²³ en France (b).

a) Les restrictions apportées à la mise en œuvre de l'« action en représentation conjointe »

906. Ouvertes aux seules associations agréées, elle peut être intentée lorsque « plusieurs consommateurs, personnes physiques, identifiés²⁹²⁴, ont subi des préjudices individuels qui ont été causés par le fait d'un même professionnel, et qui ont une origine commune »²⁹²⁵. Restreinte aux groupes de personnes déterminées, l'action n'est recevable que lorsque chaque membre du groupe aura donné à l'association un mandat par écrit pour agir en son nom²⁹²⁶. Ces conditions représentent pour les associations des contraintes de taille car pour informer tous les membres du groupe elles doivent supporter des coûts financiers élevés. Qui plus est, elles ne peuvent les solliciter ni par voie d'appel public télévisé ou radiophonique,

²⁹²⁰ BORÉ, Louis. « L'action en représentation conjointe : class action française ou action mort-née ? », D. 1995, Chr. p. 268, n° 10.

²⁹²¹ PICOD, Yves. « Le charme discret de la class action », D. 2005, p. 657 ; « L'action de groupe : l'âge d'or des implants ou modèle français ? », D. 2006, p. 2865 ; GUINCHARD, Serge. « Une *class action* à la française », D. 2005, p. 2180 ; MAINGUY, Daniel. « À propos de l'introduction de la *class action* en droit français », D. 2005, p. 1282 ; MUIR WATT, Horatia. « Régulation de l'économie globale et l'émergence de compétences déléguées : sur le droit international privé des actions de groupe – À propos de l'affaire *Vivendi Universal* », Revue critique de droit international privé 2008, p. 581 ; TEMPLE, Henri. « 'Class action' et économie de marché », JCP 2005, act. n° 284, p. 992.

²⁹²² Le président de la République avait lui-même, s'adressant aux « forces vives » de la Nation en janvier 2005, demandé au gouvernement qu'il présente au parlement un projet de loi en la matière. Un groupe de travail a ainsi été formé, donnant lieu à la remise d'un rapport du 16 déc. 2005 et au dépôt d'un projet de loi.

²⁹²³ BORÉ, Louis. « L'action en représentation conjointe : class action française ou action mort-née ? », D. 1995, Chr. p. 267, n° 5.

²⁹²⁴ Elle s'inspire d'une partie du projet de code de la consommation décrit ci-dessus (arts. L. 271 et L. 272, sur l'« action exercée dans l'intérêt d'un groupe déterminé de consommateurs »), mais sous des conditions de mise en œuvre plus restrictives.

²⁹²⁵ Art. L. 422-1, al. 1^{er}, du Code consom. Peu importe la nature de l'agissement causant le préjudice, qu'il relève du droit pénal ou des répressions civiles.

²⁹²⁶ Art. R. 422-2. L'art. L. 422-1, al. 1^{er} prévoit qu'elle doit être « mandatée par au moins deux des consommateurs concernés ». À cet égard, CALAIS-AULOY, Jean et STEINMETZ, Frank (*op. cit.*, n° 560, p. 650, note 2) se demandent : « faut-il que toutes les victimes soient préalablement identifiées ? La réponse n'est pas certaine. On pourrait interpréter la loi comme exigeant seulement que deux victimes au moins soient identifiées ». Ils précisent aussi que les victimes qui n'ont pas donné mandat à l'association « conservent leur droit d'exercer des actions individuelles ». L'art. R. 422-8 du Code prévoit que « l'acte introductif d'instance contient, à peine de nullité. [...] les nom, prénoms et adresse de chacun des consommateurs pour le compte desquels [l'association] agit ».

ni par voie d'affichage, de tract ou de lettre personnalisée²⁹²⁷. Seul est admis l'appel public par voie de presse écrite, dans le but d'éviter de nuire à l'image de l'entreprise concernée à un moment où sa responsabilité n'a pas encore été retenue²⁹²⁸. Une fois le groupe formé, la procédure se déroule dans les conditions du droit commun. Si la responsabilité est établie, les sommes sont allouées, non à l'association, mais aux victimes qui lui ont donné mandat. C'est sans doute en raison des conditions trop restrictives et coûteuses que, en presque vingt ans d'existence en droit français, l'action en représentation conjointe n'a été utilisée, semble-t-il, que cinq fois²⁹²⁹.

b) Les critiques du mécanisme mis en place par le législateur

907. Ce système a été sévèrement critiqué par la doctrine, qui l'a déclaré comme une « action mort-née »²⁹³⁰, guère efficace, peu utilisée et surtout ne permettant pas d'obtenir réparation d'un préjudice de masse²⁹³¹. Un dernier constat d'échec a, enfin, été dressé récemment par le législateur lui-même²⁹³². Cet échec se révèle d'ailleurs actuellement d'une manière flagrante, à l'heure où la crise financière mondiale fait aussi ses victimes en France. Dans une affaire récente, une société française a été attirée devant les tribunaux de New York, dans le cadre d'une « *securities class action* », pour avoir diffusé des informations financières supposées inexactes au détriment de ses actionnaires²⁹³³. Alors que le litige semblait présenter des liens de rattachement plus étroits avec le territoire français, la saisine du juge américain, plus favorable aux intérêts des demandeurs, a fait parler à certains de l'apparition d'une sorte de « supermarché mondial de la justice », au sein duquel le droit ou le juge français pourraient être relégués au rang « de seconde zone »²⁹³⁴. Le législateur français en a bien pris acte et les instances politiques se saisissent, une énième fois, du dossier²⁹³⁵. S'il est vrai cependant que « personne en France ne veut de la 'class action' de type nord-américain : ni les professionnels, ni les consommateurs ni même les avocats »²⁹³⁶, des efforts devront être concentrés afin que soit adoptée, une fois pour toutes, une action de groupe « à la française ».

²⁹²⁷ Art. L. 422-1, al. 2, du Code consom.

²⁹²⁸ CALAIS-AULOY, Jean et STEINMETZ, Frank. *Op. cit.*, n° 560, p. 651.

²⁹²⁹ Rapport d'information du Sénat n° 499, du 26 mai 2010, préc., p. 17, note 2.

²⁹³⁰ BORÉ, Louis. *Op. cit.*, p. 267.

²⁹³¹ MAINGUY, Daniel. « À propos de l'introduction de la *class action* en droit français », D. 2005, p. 1283. V. aussi CADIET, Loïc, NORMAND, Jacques et AMRANI-MEKKI, Soraya. « Théorie générale du procès », PUF, 2010, n° 92, p. 358.

²⁹³² Rapport d'information du Sénat n° 499, du 26 mai 2010, préc., p. 15.

²⁹³³ MUIR WATT, Horatia. *Op. cit.*, p. 581 ; plus critique à l'égard du déplacement du contentieux vers les juridictions des Etats-Unis, v. COHEN, Daniel. « Contentieux d'affaires et abus de *forum shopping* », D. 2010, p. 975 ; DELPECH, Xavier. « Efficacité de la *class action* des actionnaires minoritaires français contre Vivendi », D. 2010, Act. p. 1224.

²⁹³⁴ COHEN, Daniel. *Op. cit.*, n° 1 et 3. L'auteur insiste : « il faudrait ajouter que l'inclusion dans la *class action* de dizaines de milliers d'actionnaires français, totalement taiseux et non agissant mais inclus automatiquement par le procédé d'*opt-out* en vigueur, du fait de l'agissement de... deux (on a bien lu deux !) actionnaires français ne se comprend décidément pas » (*idem*, n° 34).

²⁹³⁵ Rapport d'information du Sénat n° 499, du 26 mai 2010, préc., p. 37.

²⁹³⁶ TEMPLE, Henri. *Op. cit.*, p. 992, qui affirme que cela « est clairement avéré à présent, surtout après le grand séminaire de réflexion organisé par le Medef le 13 avril 2005 ».

2) Une action de groupe « à la française » *de lege ferenda*

908. Dans un rapport d'information sénatorial rendu public le 26 mai 2010²⁹³⁷ « sur l'action de groupe », des suggestions sont présentées en vue de composer une future proposition de loi²⁹³⁸. On peut y lire que « la question ne porte donc plus aujourd'hui sur l'opportunité de créer l'action de groupe, mais sur la manière de l'acclimater dans les meilleures conditions au système juridique français »²⁹³⁹. Vingt-sept recommandations y sont présentées dans ce but. Le choix est fait pour l'adoption d'une « action déclarative en responsabilité pour préjudice de masse »²⁹⁴⁰, dont les caractéristiques tiennent, pour l'essentiel, à un champ d'application restreint (a) et des conditions de mise en œuvre bien connues (b).

a) Le champ d'application de la nouvelle action de groupe

909. Les sénateurs recommandent de limiter le recours à la procédure d'action de groupe, dans un premier temps, aux litiges contractuels de consommation au sens large, incluant ceux qui trouvent leur origine dans une infraction aux règles de la concurrence, ainsi qu'à certains manquements aux règles du droit financier et boursier²⁹⁴¹. L'action serait réservée à la protection des consommateurs personnes physiques²⁹⁴², mais les sénateurs se montrent favorables à son extension aux professionnels agissant en dehors de leur spécialité professionnelle. Pour eux, « cette extension est tout à fait cohérente avec le souci d'apporter un recours juridique efficace à l'ensemble de ceux qui, placés dans une situation de faiblesse vis-à-vis d'un professionnel, se trouvent aujourd'hui privés de toute voie utile pour obtenir réparation »²⁹⁴³. Enfin, seuls seraient justiciables les dommages matériels, sans plafonner leur montant et la compétence pour la procédure appartiendrait au seul juge judiciaire²⁹⁴⁴. Envisagé à titre expérimental, le dispositif devrait faire l'objet d'une évaluation trois ans après son entrée en vigueur pour déterminer le périmètre pertinent du champ d'application de l'action de groupe²⁹⁴⁵. Restreignant ainsi le domaine d'application de la nouvelle action, les sénateurs se montrent aussi conservateurs à l'égard de ses conditions de mise en œuvre.

²⁹³⁷ Rapp. n° 499, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale par MM. BÉTEILLE, Laurent et YUNG, Richard. V. JEHL, Joseph. « Action de groupe : des exemples européens pour la France ? », JCP 2010, p. 641.

²⁹³⁸ Rapp. préc., p. 93, suivant les propos de M. Pierre Fauchon, suivis par ceux du président de ladite commission, M. Jean-Jacques Hyest.

²⁹³⁹ Rapp. préc., p. 40.

²⁹⁴⁰ *Idem*, p. 65.

²⁹⁴¹ Recommandation n° 1.

²⁹⁴² Rapp. préc., p. 45.

²⁹⁴³ *Idem*, p. 47.

²⁹⁴⁴ Recomm. n° 3 et 4.

²⁹⁴⁵ Recomm. n° 5.

b) Les conditions de mise en œuvre de la nouvelle action de groupe

910. Outre une recommandation d'incitation des parties à recourir à la médiation – sans en faire un préalable obligatoire – les sénateurs font des propositions touchant tant aux conditions de recevabilité de l'action qu'au déroulement de la procédure.

911. La recevabilité de l'action – Seules seraient recevables les associations de consommateurs spécialement agréées²⁹⁴⁶. Un compromis souhaitable entre, d'une part, la permission aux consommateurs d'exercer un rôle en tant qu'acteurs économiques et, d'autre part, la nécessité de sauvegarder les intérêts du marché devrait conduire à inciter les associations de consommateurs à se regrouper en vue d'obtenir un nouvel « agrément renforcé »²⁹⁴⁷. La crainte d'une pulvérisation du contentieux collectif a aussi amené les parlementaires à recommander que la compétence judiciaire relève d'un « nombre limité de tribunaux de grande instance spécialisés »²⁹⁴⁸.

912. Le déroulement de la procédure – Pour le reste, les recommandations reprennent le schéma des « Propositions » de 1990²⁹⁴⁹, sous l'application des « principes généraux de la responsabilité civile relatifs à la détermination des victimes indemnisables, au fait générateur, au lien de causalité ou à la réparation intégrale du préjudice »²⁹⁵⁰. En conséquence, seules seraient indemnisées les personnes ayant adhéré volontairement à la procédure (*opt in*)²⁹⁵¹, l'octroi de dommages-intérêts punitifs ou la création d'un fonds d'aide aux consommateurs étant, en revanche, repoussés afin de respecter les « principes fondamentaux du droit français »²⁹⁵². Certaines questions importantes ne sont pourtant pas réglées dans les propositions des sénateurs relatives, notamment, aux effets de la chose jugée²⁹⁵³. On peut espérer qu'elles trouvent, comme bien d'autres, une solution dans une future proposition de loi

²⁹⁴⁶ Recomm. n° 6. On aperçoit même une certaine méfiance des parlementaires quant à la possibilité de dispersion du contentieux collectif (p. 59). Le risque que ces actions peuvent porter aux entreprises françaises est évoqué à maintes reprises dans le rapport.

²⁹⁴⁷ Le rapport fait allusion à l'institution d'un « super agrément », déjà évoqué par le secrétaire d'État chargé du commerce, de l'artisanat, des petites et moyennes entreprises, du tourisme, des services et de la consommation, M. Hervé Novelli, aux premières assises de la consommation qui se sont tenues le 26 octobre 2009, dans le but de provoquer la « réorganisation du mouvement consommériste » (p. 59).

²⁹⁴⁸ Recomm. n° 8.

²⁹⁴⁹ C'est-à-dire un déroulement en deux phases avec une première déclaration de responsabilité de principe suivie d'un appel public pour identifier les victimes, ensuite une évaluation au cas par cas des indemnités à allouer.

²⁹⁵⁰ Recomm. n° 2.

²⁹⁵¹ Recomm. n° 18.

²⁹⁵² Recomm. n° 24 et 25 ; « la conservation des principes fondamentaux du droit français fait obstacle à l'essentiel des motifs de dérive du système américain » (p. 32).

²⁹⁵³ Il est, par exemple, recommandé que, lors de la première phase, l'association demanderesse ne soumette au juge qu'un nombre limité de « cas exemplaires » qui définiraient, au regard des préjudices qu'ils visent et des faits reprochés, les limites du groupe possible des plaignants (recomm. n° 11). Dans le cas d'une décision de rejet intervenant lors de la première phase prévue, l'association peut-elle réintroduire une action sur le même fondement, ne serait-ce qu'en présentant d'autres personnes (plus probablement) concernées ? Une autre association, le pourrait-elle ? Quels en sont les effets, ensuite, à l'égard de l'« échantillon » de personnes se prétendant endommagées ? Plus concrètement, pourront-elles encore tenter une action individuelle ? Il y est affirmé que « le jugement a l'autorité de la chose jugée à l'égard de tous les membres du groupe, qui ne peuvent plus s'en exclure une fois qu'il est devenu définitif » (p. 75) ; rien n'est dit cependant à propos des victimes alors que le groupe n'est pas encore formé.

sur les actions de groupe. Si tant est qu'elle sera un jour déposée car l'expérience révèle que « les raisons politiques, en cette matière, sont plus fortes que les arguments juridiques »²⁹⁵⁴.

913. Critique – Les frilosités du législateur français à l'égard des actions de groupe s'expliquent mal. Ces actions ne peuvent être exercées que tant que le défendeur est fautif, c'est-à-dire pour autant qu'il porte atteinte, par un agissement illicite, aux intérêts de plusieurs victimes affectées de manière similaire. S'agissant d'intérêts de nature économique, la menace d'une sanction par la réparation des préjudices causés fonctionne comme un moyen de prévention des pratiques illicites. Outre la contribution à l'efficacité du droit de la consommation, elle permet d'éliminer certaines pratiques anti-concurrentielles et profite ainsi à la compétitivité du marché²⁹⁵⁵. L'ironie du sort veut pourtant que, devant la crise économique globale qui « cristallise des effets à la fois massifs et systémiques, sans aucun égard pour les frontières »²⁹⁵⁶, le législateur français se retrouve dans la contrainte d'adopter « à chaud » des procédures de « class action » dans le but, précisément, de défendre l'ordre juridique français ! L'ambiguïté du discours politique, cachée sous le visage historiquement grimaçant d'une aversion aux actions de groupe « à l'américaine », est enfin dévoilée par les faits.

914. Certes, il convient de ne pas perdre de vue que « le droit d'un Etat est le reflet de la culture d'une société »²⁹⁵⁷. Plusieurs pays de l'Union européenne ont pourtant déjà adopté une législation en la matière²⁹⁵⁸ et la Commission elle-même envisage de le faire au nom, justement, « de la participation active des citoyens au bon fonctionnement des marchés »²⁹⁵⁹. On est ainsi tenté de croire un auteur lorsqu'il affirme que « l'état de notre droit français, fort de trois mille ans de sagesse et d'expérience romaniste, ne permettrait pas de tomber dans les excès unanimement dénoncés »²⁹⁶⁰. L'analyse comparative démontre que le mécanisme des actions de groupe est parfaitement compatible, sous réserve de certaines adaptations, avec les systèmes de tradition romaniste. Le propre du droit de la consommation, dit-on, « est de savoir déroger aux schémas classiques grâce à une approche pragmatique des questions de société »²⁹⁶¹. À cet égard, les choix opérés par le législateur brésilien sont éloquentes. Ils révèlent tout l'avantage que peuvent en tirer les consommateurs de crédit.

²⁹⁵⁴ CALAIS-AULOY, Jean et STEINMETZ, Frank. *Op. cit.*, n° 561, p. 653.

²⁹⁵⁵ Dans le même sens, v. TEMPLE, Henri. « 'Class action' et économie de marché », JCP 2005, act. n° 284, p. 992 ; PICOD, Yves. « L'action de groupe : l'âge d'or des implants ou modèle français ? », D. 2006, p. 2865.

²⁹⁵⁶ MUIR WATT, Horatia. *Op. cit.*, p. 581.

²⁹⁵⁷ GUINCHARD, Serge. « Une *class action* à la française », D. 2005, p. 2180.

²⁹⁵⁸ Le Livre vert « sur les recours collectifs pour les consommateurs », COM(2008) 794 final, du 27.11.2008, paragraphe 12, indique que treize pays membres de l'Union ont déjà adopté de tels mécanismes judiciaires.

²⁹⁵⁹ V. COM(2008) 794 final, préc., où on peut lire aux premières lignes du document : « l'accès à des mécanismes de recours pour les consommateurs lorsque leurs droits sont violés par des professionnels améliore la confiance dans les marchés et les performances de ces derniers ». Ce document indique également (paragraphe 8) que le secteur dans lequel les consommateurs estiment le plus difficile d'obtenir réparation d'un préjudice de masse est celui des services financiers (39% des affaires recensées).

²⁹⁶⁰ TEMPLE, Henri. *Op. cit.*, p. 992.

²⁹⁶¹ PICOD, Yves. « Le charme discret de la class action », D. 2005, p. 657.

B) Les actions de groupe au service de l'efficacité du droit de la consommation

915. Le législateur brésilien a fait le pari qu'une adaptation des « class actions » aux principes de l'ordre juridique national pourrait fonctionner comme un instrument au service de l'efficacité du droit de la consommation²⁹⁶². Il a instauré ainsi une « action collective en défense d'intérêts individuels homogènes »²⁹⁶³. Même s'il s'est inspiré de l'expérience américaine, on sait l'influence « prédominante » que les propositions françaises élaborées en 1990 ont exercée, globalement, sur les rédacteurs de l'avant-projet du Code²⁹⁶⁴. L'article 81, alinéa III, du Code du consommateur définit les « intérêts ou droits individuels homogènes comme ceux résultant d'une origine commune ». Avant d'analyser les utilisations pratiques de ce type d'actions dans les litiges de masse concernant des opérations de crédit (2), il faut connaître son régime juridique (1).

1) Le régime juridique des actions collectives d'intérêts individuels homogènes

916. Le législateur brésilien n'a pas voulu restreindre ce type d'actions aux seuls cas de responsabilité, civile ou pénale, d'un professionnel. Celles-ci sont ainsi plus larges que les « class actions for damages » du droit américain²⁹⁶⁵, bien que les hypothèses d'actions en réparation soient, en pratique, plus récurrentes. Cela est assez naturel, considérant que les intérêts des consommateurs peuvent être atteints par des faits étrangers au seul professionnel mis en cause, par exemple, dans le cas d'un changement des circonstances contractuelles, ce dont ils ne sont pas moins protégés par le Code du consommateur. Cela est aussi très important dans les opérations de crédit, compte tenu des revirements possibles des marchés financiers. Quant à la qualité pour agir, disposent d'un tel pouvoir les mêmes organismes légitimés à introduire des actions collectives en défense d'intérêts diffus ou collectifs *stricto sensu*²⁹⁶⁶. Ici encore, le ministère public a été l'organe le plus actif dans la défense collective des consommateurs de crédit. Dans tous les cas, par ailleurs, si le ministère public « n'introduit pas l'action, il veille toujours à l'application de la loi »²⁹⁶⁷. On peut se réjouir cependant d'observer une augmentation, ces dernières années, du nombre d'actions intentées par les associations représentatives. Le Code du consommateur prévoit des règles très innovantes, d'abord, sur une procédure collective spéciale (a), ensuite, sur les effets de la chose jugée (b).

²⁹⁶² La doctrine française aussi met en lumière cet objectif : « en habilitant à défendre les intérêts d'autrui, le législateur se préoccupe davantage des résultats escomptés que de la qualification des voies à suivre pour les atteindre » : CADIET, Loïc, NORMAND, Jacques et AMRANI-MEKKI, Soraya. « Théorie générale du procès », PUF, 2010, n° 92, p. 356.

²⁹⁶³ Art. 91 du Code du consommateur.

²⁹⁶⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini et BENJAMIN, Antônio Herman de V. « Código brasileiro de defesa do consumidor – Comentado pelos autores do anteprojeto », *op. cit.*, p. 10, lesquels indiquent également l'expérience apportée par M. Thierry Bourgoignie aux travaux préparatoires (p. 2).

²⁹⁶⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. « Código brasileiro de defesa do consumidor – Comentado pelos autores do anteprojeto », *op. cit.*, p. 887.

²⁹⁶⁶ Art. 82 du Code du consommateur.

²⁹⁶⁷ Art. 92 du Code du consommateur.

a) Une procédure novatrice

917. La procédure se déroule en deux étapes. Jusque-là, rien ne la distingue des mécanismes existant dans d'autres pays. Elle se montre pourtant bien plus audacieuse quant au mode de fixation de son pôle actif. L'article 94 du Code du consommateur prévoit que, « une fois l'instance engagée, un appel public est diffusé dans le journal officiel afin que les personnes intéressées soient admises à intervenir au procès en tant que *litisconsorts*, sans préjudice d'une large diffusion dans les médias par les organismes de défense des consommateurs ». Il s'agit non seulement des personnes légitimées à introduire l'instance, mais de tout consommateur ayant un intérêt pour agir²⁹⁶⁸. Cette première étape se déroule par la suite selon les règles de droit commun, sous les garanties du contradictoire, de la légalité des armes (« *ampla defesa* ») et de l'accès aux voies de recours. Au cas où le juge fait droit à la demande au fond, il prononce une « condamnation générique »²⁹⁶⁹, un arrêt de principe.

918. Une nouvelle étape se dessine ayant pour objectif la « liquidation » du jugement de condamnation au bénéfice de chaque consommateur intéressé, dont il résultera un titre exécutoire. Ceux-ci peuvent, bien entendu, le faire individuellement, mais le Code innove en permettant aux organismes légitimés à promouvoir, tant la liquidation du jugement que l'exécution des titres ainsi obtenus²⁹⁷⁰. L'exécution peut d'ailleurs être réalisée par une procédure collective, sans préjudice des exécutions individuelles²⁹⁷¹. Au cas où le nombre de consommateurs s'étant présentés, pendant un an, se montre incompatible avec la gravité de l'atteinte, la juridiction saisie, sur demande des organismes ayant qualité pour agir, procède à la liquidation globale et à l'exécution du jugement ainsi rendu²⁹⁷². L'indemnisation est alors versée au fonds de protection des droits diffus²⁹⁷³. Le législateur brésilien a cru que pour rendre ce mécanisme réellement efficace, il fallait élargir les effets du jugement.

b) Un élargissement nécessaire des effets de la chose jugée

919. Le jugement rendu à la suite d'une action collective de ce type « a l'autorité de chose jugée *erga omnes*, dans le seul cas d'une condamnation générique, de manière à

²⁹⁶⁸ On ne voit pourtant pas d'intérêt pour un consommateur individuel à joindre l'instance pendant cette phase, alors qu'il conserve son droit d'agir individuellement en cas de rejet de la demande collective et qu'il en subit les effets s'il s'y joint. C'est pourquoi on les qualifie parfois d'interventions « d'assistance » (GRINOVER, Ada Pellegrini *et alii*. *Op. cit.*, p. 902).

²⁹⁶⁹ L'art. 95 du Code prévoit encore que le juge « fixe la responsabilité du défendeur pour les dommages causés ». Mais il s'agit ici du succédané de la « class actions for damages », espèce dont les actions collectives en défense d'intérêts individuels homogènes sont le genre.

²⁹⁷⁰ Art. 97. Pour GRINOVER, Ada Pellegrini *et alii*, *op. cit.*, p. 906, chaque consommateur est tenu de démontrer le lien entre son préjudice personnel et l'atteinte reconnue dans la décision générique, d'une part, et, le montant de sa créance, d'autre part. Il faut reconnaître toutefois qu'à défaut d'une réglementation plus précise, cette phase peut s'avérer longue.

²⁹⁷¹ Art. 98.

²⁹⁷² Art. 100, *caput*. La liquidation se fait par une évaluation globale des dommages causés. Ce dispositif ressemble fort à l'art. L. 280 des « Propositions pour un Code de la consommation » rédigées par M. CALAIS-AULOY : « Propositions pour un code de la consommation – Rapport de la commission de codification du droit de la consommation », La documentation française, 1990.

²⁹⁷³ Art. 100, paragraphe unique.

bénéficiaire à toutes les victimes et à leurs successeurs »²⁹⁷⁴. Si, à l'inverse, la demande collective est rejetée, les intéressés n'étant pas intervenus à l'instance comme litisconsorts conservent leurs droits d'agir individuellement²⁹⁷⁵. Puisque toutes les actions collectives n'ont pas le même objet, en cas de rejet de la demande prononcé dans le cadre d'une « action civile publique » en défense d'intérêts diffus ou collectifs *stricto sensu*, non seulement les consommateurs conservent leurs droits d'agir individuellement, mais aussi les organismes légitimés peuvent encore tenter une action collective d'intérêts individuels homogènes, et ce quand bien même leurs actions se fonderaient sur les mêmes faits²⁹⁷⁶. Le législateur va encore plus loin, en élargissant *in utilibus* l'objet des litiges essentiellement collectifs²⁹⁷⁷ : la condamnation du professionnel permet aux consommateurs victimes de dommages individuels de procéder directement à la liquidation et, enfin, à l'exécution du titre judiciaire ainsi obtenu²⁹⁷⁸. Toutes ces règles resteraient évidemment lettre morte, faute d'une attitude active de la part des organismes légitimés à agir. L'analyse de la jurisprudence démontre qu'ils ont adopté une telle attitude, du moins dans les opérations de crédit.

2) La défense des intérêts individuels homogènes des consommateurs de crédit

920. L'analyse de la pratique des actions de groupe dans ce domaine (a) nous amène à une réflexion sur leurs atouts en tant qu'instruments d'efficacité du droit de la consommation et, plus loin, sur leur avenir dans notre domaine de recherche (b).

a) La pratique des actions de groupe dans les opérations de crédit

921. On retrouve plusieurs exemples jurisprudentiels d'actions de ce type. En pratique, on observe que les actions comportent souvent des objets multiples : on demande, par exemple, la cessation d'une pratique commerciale illicite (intérêt diffus), la suppression d'une clause abusive insérée dans les contrats conclus (intérêt collectif *stricto sensu*) et la restitution des sommes indûment perçues (intérêts individuels homogènes). Le *Superior Tribunal de Justiça* confirme la possibilité de telles demandes²⁹⁷⁹. Il en a été ainsi pour la restitution de la partie excessive des clauses d'indexation perçue dans des contrats de vente d'immeubles à crédit²⁹⁸⁰, pour le remboursement des sommes perçues par la stipulation de clauses pénales excessives dans des opérations d'ouverture de crédit en compte bancaire²⁹⁸¹, pour l'octroi de dommages et intérêts aux victimes d'agissements illicites dans des opérations de « consórcio »²⁹⁸², ou encore pour obtenir la réduction de la clause d'échelle mobile indexée sur

²⁹⁷⁴ Art. 103, al. III.

²⁹⁷⁵ Art. 103, § 2^o.

²⁹⁷⁶ Art. 103, § 3^o.

²⁹⁷⁷ Art. 81, als. I et II. V. GRINOVER, Ada Pellegrini *et alii.*, *op. cit.*, p. 955.

²⁹⁷⁸ Art. 104, § 3^o.

²⁹⁷⁹ STJ-Resp n^o 105.215/DF, préc., j. 24.6.1997 ; STJ-Resp n^o 182.556/RJ, préc., j. 21.2.2002.

²⁹⁸⁰ STJ-Resp n^o 168.859/RJ, préc., j. 6.5.1999.

²⁹⁸¹ STJ-Resp n^o 292.636/RJ, préc., j. 11.6.2002.

²⁹⁸² STJ-AgRgResp n^o 280.505/MG, préc., j. 12.11.2001.

le dollar américain dans des contrats de « leasing », devant la brusque dévaluation de la monnaie nationale en 1999²⁹⁸³. On notera que, dans tous ces exemples, le demandeur était le ministère public²⁹⁸⁴. Dans des cas plus récents, des associations de consommateurs ont, elles-aussi, obtenu des jugements favorables à la restitution des paiements mensuels réalisés par des consommateurs défaillants ou s'étant désistés dans des opérations de « consórcio »²⁹⁸⁵.

922. Une affaire ayant fait l'objet d'une décision de 2005 rendue par le STJ semble démontrer cependant les limites du système. Une association de défense des consommateurs basée à Porto Alegre avait intenté une action collective à l'encontre d'une banque émettrice de cartes de crédit, en demandant, entre autres : la déclaration du caractère abusif des clauses stipulées dans les contrats proposés fixant le taux d'intérêts au-dessus de 12% par an, la nullité des commissions de permanence prélevées en cas de défaillance, la cessation de la pratique d'anatocisme et la substitution de l'indice d'actualisation monétaire. Comme le véritable but de l'action était d'obtenir l'indemnisation des consommateurs lésés, l'association concluait à la demande de restitution des sommes indûment perçues pendant les cinq années précédentes à « tous les clients consommateurs de la banque résidant dans l'État de Rio Grande do Sul », c'est-à-dire plusieurs milliers, voire des millions de personnes. Elle demandait au juge, enfin, d'enjoindre l'établissement de crédit à produire les pièces nécessaires au constat des abus allégués et une provision en référé.

923. Statuant en référé, le juge de Porto Alegre avait accueilli la seule demande de production par la banque des pièces comptables contenant une démonstration des taux d'intérêts pratiqués pendant cinq ans dans les contrats de carte de crédit conclus avec des clients résidant dans cette ville. En appel – interjeté par l'association – le Tribunal de Justice de Rio Grande do Sul a considéré d'office l'action irrecevable, sous prétexte que l'action comportait des « demandes individualisées », alors que la loi détermine que la condamnation ne peut être que « générique ». Faute de plus d'éléments sur ce jugement, on doit déduire que les juges auraient estimé, à tort, que l'appréciation de l'abus dans la fixation, notamment, du taux des intérêts conventionnels des crédits consentis ne pouvait se réaliser qu'au cas par cas. Ils ont ainsi débouté l'association de sa demande. Sur pourvoi de celle-ci, le *Superior Tribunal de Justiça* casse cette décision et renvoie l'affaire pour appréciation du fond²⁹⁸⁶. Il affirme, dans des termes pour le moins hésitants, que « tous les aspects de la demande ne sont pas formulés sans un certain contenu généraliste, comme celui de la limitation des intérêts à 12% par an. Par conséquent, il faut lire les différentes demandes, autant que possible, comme génériques, sous

²⁹⁸³ STJ-Resp n° 369.744/SC, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4^a T., j. 15.4.2003, DJ 4.8.2003 (décision en référé autorisant la réduction du taux d'indexation de la moitié).

²⁹⁸⁴ V. aussi, introduite par le bureau d'assistance judiciaire publique de l'État de Rio de Janeiro (« defensoria pública »), STJ-Resp n° 555.111/RJ, rel. Min. Castro Filho, 3^a T., j. 5.9.2006, DJ 18.12.2006 (réduction de l'indexation sur le dollar américain dans des contrats de « leasing »).

²⁹⁸⁵ STJ-Resp n° 987.382/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, 3^a T., j. 1.12.2009, DJ 9.12.2009 ; STJ-Resp n° 702.976/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4^a T., j. 9.6.2009, DJ 22.6.2009.

²⁹⁸⁶ STJ-Resp n° 681.872/RS, rel. Min. Nancy Andrighi, 3^a T., j. 19.4.2005, DJ 23.5.2005.

peine d'enlever aux règles procédurales toute efficacité ». Cette décision soulève de très nombreuses conséquences, suivant l'angle sous lequel on l'analyse. Elle doit conduire à une certaine réflexion.

b) L'efficacité, l'opportunité et l'avenir des actions de groupe dans les opérations de crédit

924. On s'en tiendra ici, succinctement, à deux aspects, l'un de fond, l'autre d'opportunité, relatifs à l'efficacité du droit de la consommation par l'exercice d'actions collectives. Tout d'abord, à admettre même que le juge local puisse aboutir à la condamnation de l'établissement de crédit, de manière générique, pour la pratique d'intérêts abusifs, il est certain au regard de la jurisprudence actuelle du STJ qu'aucun consommateur n'obtiendra une réduction de ses obligations à 12% par an. Cet obstacle n'est pourtant pas péremptoire car le juge peut décider de s'aventurer à comparer les données indiquées par la banque (admettant qu'elles correspondent à la vérité²⁹⁸⁷) avec « le taux moyen d'intérêts du marché » de crédit local. Il peut alors, en constatant un écart substantiel de la pratique de la banque par rapport à cette moyenne, faire publier un appel public pour inviter les clients de celle-ci à entamer des procédures de liquidation pour obtenir la répétition de l'indu. Juridiquement, il faut admettre qu'en procédant d'une telle manière, le juge agirait sous le couvert de la loi et de la jurisprudence du *Superior Tribunal de Justiça*²⁹⁸⁸.

925. On peut s'interroger ensuite sur l'opportunité d'un tel mécanisme. Il semblerait révéler de la manière la plus éclatante la puissance des actions collectives en tant qu'instrument d'efficacité du droit de protection du consommateur de crédit. Car c'est une chose d'imposer la suppression d'une clause contractuelle donnant à la banque mandat pour... agir contre son propre mandant ; d'un point de vue économique – le plus sensible dans le contentieux brésilien en la matière – c'est tout autre chose que de réviser l'équilibre financier de plusieurs milliers d'opérations de crédit conclues avec un opérateur du marché, rien n'interdisant d'ailleurs que plusieurs, voire tous les opérateurs soient mis en cause. Convient-il dès lors de limiter le pouvoir des parties ? Les pouvoirs du juge ? Dans des domaines d'intérêt « personnel », le gouvernement l'a fait en légiférant en sa propre cause²⁹⁸⁹. Nul ne doute du pouvoir de pression des représentants des établissements de crédit auprès des autorités

²⁹⁸⁷ Comment s'assurer de leur caractère véridique si aucun consommateur ne comparaît à l'instance ? Faut-il admettre l'obligation pour la banque de produire aussi une copie des contrats et relevés de compte relatifs à ses opérations de crédit en cours ? Comment l'admettre sans pour autant transformer le juge en « inspecteur du marché du crédit » ?

²⁹⁸⁸ V. n° 534 et s. *supra*.

²⁹⁸⁹ En matière de droit fiscal et sécuritaire, le gouvernement, confronté à des décisions défavorables prononcées dans le cadre d'actions collectives, a promulgué une « mesure d'urgence » (MP) modifiant la loi n° 7.347/1985 (art. 16) dans le but de restreindre les effets de la décision de condamnation générique aux « limites de la compétence territoriale de la juridiction ayant rendu la décision ». Comme le STJ s'est révélé hostile à une telle restriction, le gouvernement a adopté une nouvelle MP modifiant encore cette loi (art. 1^{er}, paragraphe unique) pour interdire, purement et simplement, les « actions civiles publiques en matière fiscale, sociale ou sécuritaire lorsque les victimes peuvent être individuellement déterminées ».

politiques. L'efficacité du droit de la consommation pourrait être, paradoxalement, victime de son propre succès.

926. On achèvera ce développement relatif à la protection des intérêts collectifs des consommateurs de crédit par un arrêt rendu par le *Superior Tribunal de Justiça* en 2000 qui est, à cet égard, très significatif. Il approuve les juges du fond, reprenant les mots de la doctrine, de déclarer que, « quand bien même les positions subjectives des cocontractants de la banque ne comporteraient pas un intérêt social manifeste, il est certain que, considérées dans leur dimension collective, elles acquièrent une signification transcendante, d'un effet plus large que la seule somme des positions individuelles. La protection de ces intérêts individuels présente ainsi un intérêt social par ce que leurs violations, envisagées globalement, représentent à l'égard du fonctionnement adéquat du système financier, lequel doit toujours répondre à ses finalités constitutionnelles, à savoir promouvoir le développement équilibré du Pays et servir les intérêts de la collectivité »²⁹⁹⁰. Lorsque le droit de la consommation, au crépuscule de sa lutte pour l'efficacité des règles de protection, épuise tous ses instruments, le droit commun, lui, émerge à l'aube en subversion de l'ordre juridique, au secours du consommateur de crédit qui ne parvient à honorer ses obligations.

²⁹⁹⁰ STJ-Resp n° 175.645/RS, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 3^a T., j. 7.12.2000, DJ 30.4.2001. La citation est relative à l'ouvrage de monsieur ZAVASCKI, Teori Albino. « O Ministério Público e a Defesa de Interesses Individuais e Homogêneos », Rev. Info. Legis. n° 117, p. 173-186. On notera que l'auteur cité est, par ailleurs, magistrat siégeant au STJ.

TITRE II – L'appui du droit commun à la protection du consommateur de crédit

927. Le droit de la consommation se destine à régir, par nature, des situations spécifiques. Tous les dangers inhérents aux opérations de crédit ne peuvent être pris en compte par le législateur consumériste. Lorsque les prévisions spéciales se montrent insuffisantes ou lacunaires pour procurer au consommateur une protection efficace, ou encore lorsque ses conditions de mise en œuvre ne se trouvent pas réunies, ce dernier peut parfois chercher une solution avec l'aide de certains instruments du droit commun. Nous entrons ici dans des rapports de complémentarité et de subsidiarité entre le droit spécial et les principes généraux du droit civil. Ceux-ci confèrent au système de protection une certaine souplesse. Ils empêchent, notamment, que le créancier du consommateur se retranche derrière le formalisme du droit spécial pour se soustraire aux devoirs de loyauté que les contractants se doivent réciproquement. On revient alors à une approche individuelle des rapports de droit civil. L'aide que le droit commun apporte au consommateur crédit qui n'arrive plus à exécuter ses obligations passe, d'une part, par la responsabilité civile du professionnel (chapitre I), d'autre part, par la correction de certains excès contractuels (chapitre II).

Chapitre I – La responsabilité civile des professionnels du crédit

928. La massification du crédit aux consommateurs implique une dépersonnalisation inévitable des relations nouées entre les prêteurs professionnels et leurs clients. Simultanément, la spécialisation des techniques bancaires aboutit à la création de nouveaux services. Par des activités devenues très rentables, certains fournisseurs se spécialisent, tantôt dans l'analyse des risques du crédit, tantôt dans le recensement d'informations sur les emprunteurs potentiels. La formation de « l'opinion de la place » passe ainsi par les fichiers de traitement de données sur les demandeurs de crédit. Lorsqu'un agissement fautif du professionnel, tout en affectant les intérêts économiques du consommateur, porte une atteinte directe à sa personnalité, à sa réputation ou à sa dignité, le premier est redevable de la réparation du préjudice ainsi causé à la victime. La pratique démontre d'ailleurs que ces situations sont loin d'être des cas d'école, tant la manipulation des données personnelles sur des emprunteurs potentiels est importante pour les professionnels du crédit.

929. Il est ensuite des cas où le crédit est consenti de manière hâtive, sans que les parties aient pu suffisamment réfléchir sur les capacités réelles du consommateur de le rembourser à terme. Engorgé par des charges mensuelles trop élevées, celui-ci finit par être défaillant. Au risque de nuire gravement à sa subsistance personnelle ou celle de son ménage, il cesse d'exécuter ses obligations contractuelles. Le crédit inadapté entraîne son insolvabilité et les conséquences dommageables qui s'ensuivent. On recherchera ainsi, successivement, les hypothèses où un professionnel engage sa responsabilité civile, d'une part, pour utilisation abusive des fichiers de traitement de données (section I) et, d'autre part, pour octroi d'un crédit ruineux (section II).

Section 1 – Le traitement abusif de données à caractère personnel

930. Traditionnellement, on accorde une grande importance à la « dignité de crédit »²⁹⁹¹ d'un acteur économique au sein du marché²⁹⁹². Les données personnelles relatives au consommateur jouent un rôle essentiel sur son accès au crédit. Les fichiers de traitement de données exercent une grande influence sur cet accès. Plusieurs organismes à travers le monde exploitent l'activité de gestion de données personnelles, que ce soit dans l'intérêt public ou sur une base purement commerciale (§ 1^{er}). S'ils peuvent faciliter quelque peu l'accès du consommateur au crédit, ils peuvent aussi constituer des obstacles car ils peuvent nuire à sa

²⁹⁹¹ Suivant l'expression de STOUFFLET, Jean. « Devoirs et responsabilités du banquier à l'occasion de la distribution du crédit », in « Responsabilité professionnelle du banquier : contribution à la protection des clients de banque », GAVALDA, Christian (dir.), *Economica*, 1978, p. 31

²⁹⁹² STOUFFLET, Jean. « Une ouverture de crédit peut-elle être source de responsabilité envers les tiers ? », *JCP* 1965, I, 1882, n° 2.

réputation. C'est pourquoi le législateur en amont, et la jurisprudence en aval, apportent certaines limites à leur liberté d'activité (§ 2nd).

§ 1^{er} – L'échange d'informations contribuant à la formation de l'« opinion de la place »

931. Avant de consentir un crédit, le professionnel sollicite un certain nombre d'informations du demandeur, notamment son historique de crédit²⁹⁹³. Celles-ci contribuent à la formation de l'opinion du prêteur sur l'opportunité de l'opération²⁹⁹⁴. Certains organismes se spécialisent dans le traitement de données personnelles. Ils peuvent, à l'aide des technologies informatiques, rendre la gestion et la diffusion de ces données moins coûteuses et plus rapides. Aujourd'hui, leur activité procède, le plus souvent, de l'initiative de groupements commerciaux et financiers puissamment organisés²⁹⁹⁵. Parfois, des « centrales », « bases », ou « fichiers » sont aussi gérés par une autorité publique légalement désignée. Au départ conçus dans le but de réunir des données à caractère négatif sur le débiteur – les incidents de paiement (A), ils pourraient dans un proche avenir contenir des données « positives » (B).

A) Le fichiers négatifs

932. Ceux-ci peuvent exercer leurs activités dans un environnement de liberté de concurrence (1) ou relever des services exclusifs de l'État (2).

1) La liberté de concurrence

933. Au Brésil, ces organismes sont communément appelés « services de protection du crédit ». Ils existent depuis longtemps et peuvent être constitués en pleine liberté²⁹⁹⁶. Les

²⁹⁹³ V. EBER, N. « Sélection de clientèle et exclusion bancaire ». Rev. d'écon. fin., Rapport moral sur l'argent, n° 58, 3-2000, p. 87. Traditionnellement, lorsqu'une banque était sollicitée pour accorder un crédit, en l'absence d'informations publiques disponibles sur les qualités de l'emprunteur, elle cherchait à rassembler des informations de source privée, suivant une démarche qualifiée de qualitative par la théorie économique. Sa décision devrait prendre en compte un certain nombre de données personnelles relatives au demandeur – ses revenus, son niveau avoué d'endettement, sa profession, son âge, son historique de crédit, ses garanties financières etc. – ainsi que des données relatives au marché – la conjoncture économique et concurrentielle, ainsi que les taux d'intérêt.

²⁹⁹⁴ Elles doivent faire l'objet d'une appréciation objective et rationnelle sur le risque que peut présenter l'opération. La loi suisse sur le crédit à la consommation (arts. 25 à 27) érige l'appréciation objective des informations en principe régissant les pratiques de crédit ; v. STAUDER, Bernd. « Le 'prêt responsable' » in *Liber Amicorum* Jean Calais-Auloy, Dalloz, 2004, p. 1035. Une sélection basée sur des éléments n'ayant aucun rapport avec la solvabilité du candidat risquerait d'être sanctionnée comme une discrimination négative. Il y a de la discrimination dans le marché du crédit lorsqu'on observe une différence du coût du crédit, ainsi que de son montant entre divers groupes de consommateurs selon qu'ils appartiennent à un rang social déterminé, ou encore selon leur race, sexe, religion ou origine etc. L'interdiction de ces formes de discrimination s'inscrit dans le but plus général de promouvoir l'égalité entre tous les individus dans un État de droit et de garantir leur dignité humaine. Tant la Constitution française (al. 1^{er} du Préambule de la Constitution de 1946) que celle du Brésil (art. 5, al. XLI) proclament l'égalité de tout être humain en droits et interdisent toute forme de discrimination basée sur des éléments de race, de religion, de sexe, de ou croyance. Toutefois, si nul ne doute du besoin de proscrire les discriminations fâcheuses, dans le secteur du crédit comme ailleurs, un consensus n'existe pas quant aux limites à imposer aux méthodes de sélection de clientèle.

²⁹⁹⁵ BARNAY, M.C. « Le contrôle de l'octroi de crédit dans les Etats membres de l'Union Européenne », Revue européenne de droit de la consommation, n°3/2002, p. 177.

²⁹⁹⁶ Au Brésil, par exemple, le Serasa, ou l'Equifax. Les pionniers étaient pourtant des associations professionnelles ou des fondations privées sans but lucratif qui cherchaient à procurer un service d'informations à leurs membres. Actuellement, il y a au Brésil à peu près mille chambres de dirigeants de magasins, interconnectées et participant à

différents fichiers existant échangent quotidiennement des milliards d'informations²⁹⁹⁷. Ils ne recensent pas exclusivement des données sur des opérations de crédit. Jusqu'à une époque récente, seuls les incidents de paiement faisaient l'objet des fichiers dits négatifs. Le seul fichier négatif de nature publique est la « centrale d'émetteurs de chèques sans provision » (CCF)²⁹⁹⁸. Dans ce pays, ce sont pourtant les fichiers privés qui concentrent la plupart du traitement de données personnelles, ce qui marque une différence par rapport à la France.

2) L'apanage de l'État

934. En France, c'est la lutte contre l'exclusion et la prévention du surendettement qui a conduit le législateur à créer un fichier d'incidents de paiement des crédits aux particuliers (FICP)²⁹⁹⁹. Ce fichier a fait l'objet de réformes récentes. Il est géré par la Banque de France, laquelle est désormais seule habilitée à centraliser ces informations³⁰⁰⁰. Il recense les informations sur les incidents de paiement caractérisés³⁰⁰¹ liés aux crédits accordés aux personnes physiques pour des besoins non professionnels³⁰⁰². La saisine d'une commission de

la formation du « Réseau d'informations et de protection du crédit » ; v. BESSA, Leonardo Roscoe et *alli*. *Op. cit.*, p. 242.

²⁹⁹⁷ On affirme que le fichier « SPC-Brasil » détient à lui seul 40 millions d'enregistrements actifs. La Serasa informe sur son site internet (www.serasa.com.br) qu'elle répond actuellement à plus de 3,5 millions de consultations en ligne/temps réel par jour, demandées par plus de 300 mille clients directes et indirectes. Selon son ancien président, elle détient des informations sur toutes les personnes morales constituées dans le pays et sur toutes les personnes exerçant une quelconque activité économique, ainsi que 130 millions d'informations sur des personnes morales et physiques, disponibles 24 heures tous les jours de la semaine. V. BESSA, Leonardo Roscoe *et al.* *Op. cit.*, p. 424.

²⁹⁹⁸ « Cadastro de Emitentes de Cheques sem Fundos », créé par la Résolution n° 1631/1989 du Conseil Monétaire National, et modifiée par la Rés. n° 1682/1990 du C MN. Il est soumis à la Banque Centrale mais son administration est confiée à la Banque du Brésil. Grâce à plusieurs accords passés avec des organismes privés, il peut être consulté non seulement par les établissements de crédit, mais aussi par de vastes secteurs d'agents économiques sur le marché.

²⁹⁹⁹ Article 23 de la loi n°89-1010 du 31 décembre 1989 « relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles ».

³⁰⁰⁰ Art. L. 333-4, I, al. 1^{er}, du Code consom. Avant la réforme du droit du crédit aux consommateurs par la loi du 1^{er} juillet 2010, les organismes professionnels ou organes centraux représentant les établissements de crédit étaient aussi (mais eux seuls) autorisés à tenir des fichiers négatifs (ancien art. L.333-4, al. 7 du Code consom).

³⁰⁰¹ Les « incidents de paiement caractérisés » sont, au sens de l'article 3 du Règlement n°90-05 modifié du 11 avril 1990 du Comité de la réglementation bancaire et financière, « a) pour un même crédit comportant des échéances échelonnées, les défauts de paiement atteignant un montant cumulé au moins égal : - pour les crédits remboursables mensuellement, au double de la dernière échéance due ; - dans les autres cas, à l'équivalent d'une échéance, lorsque ce montant demeure impayé pendant plus de 60 jours ; b) pour un même crédit ne comportant pas d'échéance échelonnée, le défaut de paiement des sommes exigibles plus de 60 jours après la date de mise en demeure du débiteur d'avoir à régulariser sa situation, dès lors que le montant des sommes impayées est au moins égal à 500 euros ; c) pour tous les types de crédit, les défauts de paiement pour lesquels l'établissement de crédit engage une procédure judiciaire ou prononce la déchéance du terme après mise en demeure du débiteur restée sans effet. Les établissements de crédit peuvent ne pas inscrire les retards de paiement d'un montant inférieur à 150 euros pour lesquels la déchéance du terme n'a pas été prononcée ».

³⁰⁰² Art. L. 333-4, I, al. 1^{er} du Code consom. Il est interdit tant à la Banque de France qu'aux établissements de crédit de remettre à quiconque copie des informations contenues dans le fichier (art. 333-4, IV, al. 3). Avant la réforme précitée, cette interdiction concernait même l'intéressé lorsqu'il exerçait son droit d'accès conformément à l'article 39 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, sous peine de sanctions prévues aux articles 226-22 et 226-21 du code pénal (ancien art. L. 333-4, al. 9). Cette interdiction est désormais levée à l'égard de l'intéressé. Les informations ne peuvent en tout état de cause être conservées dans le fichier pendant plus de cinq ans à compter de la date d'enregistrement par la Banque de France de l'incident ayant entraîné la déclaration (art. L. 334, II, al. 2). S'il s'agit d'informations relatives à la saisine d'une commission de surendettement, l'inscription est conservée pendant toute la durée d'exécution des mesures de traitement adoptées, sans pouvoir excéder huit ans (art. L. 334, III, al. 3), sauf si elles ont été exécutées sans incidents pendant cinq ans, auquel cas elles sont radiées dans ce délai (al. 4 du même dispositif). Ce délai est applicable aussi à l'inscription pour rétablissement personnel (al. 5).

surendettement donne aussi lieu à une inscription³⁰⁰³. Le FICP a pour finalité de fournir aux établissements de crédit un élément d'appréciation sur la solvabilité des personnes qui sollicitent un crédit³⁰⁰⁴. Ceux-ci ne sont toutefois pas obligés de le consulter³⁰⁰⁵. Depuis quelques années, ce sont cependant les fichiers positifs qui suscitent la controverse. Malgré les polémiques qui entourent leur création, tant au Brésil qu'en France, les perspectives d'avenir indiquent qu'ils feront prochainement partie de l'environnement économique des marchés de crédit³⁰⁰⁶.

B) Les fichiers positifs

935. Ce sont des centrales qui recensent tous les encours de crédit obtenus par le consommateur, voire l'ensemble global de sa situation d'endettement. Au Brésil, un seul fichier positif, le « système d'informations sur le crédit » (SCR)³⁰⁰⁷, existe officiellement, tenu par la Banque Centrale³⁰⁰⁸. Il recense des informations sur les clients d'établissements de crédit, à

³⁰⁰³ Art. 333-4, III, al. 1^{er}.

³⁰⁰⁴ Art. L. 333-4, I, al. 2.

³⁰⁰⁵ Art. L. 333-4, I, al. 4, qui prévoit que les informations qu'il contient « peuvent » également être prises en compte par les mêmes établissements de crédit pour la gestion des risques liés aux crédits souscrits par leurs clients. Bien que les dispositifs de la Directive n° 2008/48/CE ne prévoient pas une telle obligation, son considérant n° 28 dispose qu'« afin d'évaluer la solvabilité d'un consommateur, le prêteur devrait également consulter les bases de données pertinentes ».

³⁰⁰⁶ On avance que les fichiers négatifs, quoiqu'ils permettent de repérer les emprunteurs défaillants, sont insuffisants pour la reconnaissance des personnes à la limite de leur capacité de remboursement. Ils ne préviendraient pas de manière efficace le recours excessif au crédit car on sait que des établissements financiers proposent des crédits permanents à des clients « fichés » (sur la situation en France, v. BARNAY, M.C. *Op. cit.*, p. 186. Au Brésil, en 2005 le gouvernement a recommandé au Conseil monétaire national la suppression des interdictions faites aux établissements de crédit de prêter aux demandeurs fichés et d'augmenter les encours en forme de découverts sur un compte bancaire détenu par un titulaire dont la capacité patrimoniale n'était pas établie (alinéa IX de la Rés. CMN n° 1559/1988). La Résolution n° 3258/2005 du CMN a déterminé la suppression de l'alinéa mentionné). Les fichiers positifs seraient ainsi plus efficaces dans la lutte contre le surendettement. Certains prétendent aussi que leur adoption pourrait prémunir les établissements dispensateurs de crédit en cas d'actions intentées pour manquements à leurs devoirs professionnels : les éléments tirés du fichier positif pourraient être invoqués comme commencement de preuve par écrit de l'exécution de leur obligation de conseil ou d'information (KHAYAT, Danielle. L'auteur songe au vice de violence de l'article 1112 du Code civil français et cite les décisions suivantes : Cass 3^e civ, 13 janvier 1999, Bull. civ. III, n° 11 ; Cass. 3^e civ., 30 mai 2000, Bull. civ. I, n° 169). On fait remarquer toutefois que l'efficacité de ce type de fichiers dans la prévention du surendettement n'est nullement établie. Selon BARNAY, M. C. (*op. cit.*, p. 178, note 18) au Royaume-Uni, par exemple, où plusieurs centrales positives existent, l'endettement des ménages serait deux fois supérieur à celui de la France et le taux d'impayés est similaire (p. 184, note 55) ; le niveau du risque clientèle y serait très élevé et les établissements de crédit n'hésitent pas à relever leurs taux au-delà du taux de l'usure français et recourraient à des moyens inconnus en France, soit pour obtenir des garanties, soit pour rémunérer leur risque. Enfin, en Allemagne le nombre de personnes surendettées demeurerait très élevé malgré le fichier positif « Schufa », « G.P. Forschungsgruppe », suivant un rapport pour le compte du ministère des Familles, des seniors, des femmes et des jeunes, de décembre 2000 (*idem*, p. 194, note 100). Leur existence n'empêche pas un recours excessif au crédit (c'est le cas tant en France qu'au Brésil. V. les conclusions de la CNIL lors de sa séance plénière du 13 mai 2004, accessible sur son site web au volet « Echos des séances », du 19.6.2004: <http://www.cnil.fr/index.php?id=1593> ; dernier accès le 1.3.2008). Dans les pays où de tels fichiers existent, leur consultation ne constitue ni un refus certain du crédit aux demandeurs déjà trop endettés, ni la garantie d'octroi à ceux qui possèdent un historique de crédit exemplaire. L'évidence la plus claire de cette affirmation est l'actuelle crise dans le secteur du crédit hypothécaire aux Etats-Unis, où le profil complet et détaillé de près de 90% de la population (soit 200 millions de personnes) est recensé par les « credit bureaus » ouverts de fait à la consultation de toute personne justifiant d'une finalité professionnelle légitime (employeur, banquier, assureur...). Ces données sont fournies par la CNIL, v. « Echos des séances » du 19.6.2004, précité. Par ailleurs, informations incomplètes ne vaut pas toujours refus du crédit. Au fond, l'enjeu majeur de la décision d'octroi demeure la politique commerciale poursuivie par les établissements de crédit, conjuguée à une politique macroéconomique de stimulation ou de rétraction du crédit.

³⁰⁰⁷ « Sistema de Informações de Crédito do Banco Central – SCR », nouvelle dénomination de l'ancienne « Central de Riscos », institué par la Résolution n°2390/1990 et modifiée par la Rés. n°2724/2000 du CMN.

³⁰⁰⁸ BESSA, Leonardo Roscoe *et al.* *Op. cit.*, p. 244.

condition cependant que ceux-ci y apportent leur consentement³⁰⁰⁹. Un projet de loi a été soumis au Parlement par le gouvernement, visant à réglementer le fonctionnement tant des fichiers négatifs que des centrales positives³⁰¹⁰. Le principal argument présenté par le gouvernement suggère que l'adoption de fichiers positifs permettrait la baisse du prix du crédit³⁰¹¹.

936. En France, leur création était mal perçue des autorités publiques³⁰¹². Leur adoption est pourtant probable. L'article 49 de la loi du 1^{er} juillet 2010 prévoit l'installation d'un comité chargé de préfigurer la création d'un registre national des crédits aux particuliers, placé sous la responsabilité de la Banque de France. Ce registre contiendra des informations personnelles susceptibles de constituer des indicateurs de l'état d'endettement des personnes physiques ayant contracté des crédits à des fins non professionnelles³⁰¹³.

937. L'obtention d'un crédit dépend, certes, de la « dignité de crédit » du demandeur. Cependant, une concurrence accrue entre sociétés cherchant à maximiser leurs bénéfices dans le marché de l'information s'accompagne d'un risque de détournement des données recherchées. Les erreurs d'alimentation des fichiers, le caractère souvent périmé de l'information enregistrée et les problèmes liés à l'usurpation d'identité pourraient être sources d'un important contentieux³⁰¹⁴. Il conviendrait ainsi d'empêcher que la croissance économique à crédit ne devienne un facteur d'atteintes potentielles à la vie privée³⁰¹⁵. Les raisons abondent

³⁰⁰⁹ Article 3 de la rés. n°2724/1990 du Conseil Monétaire National – CMN.

³⁰¹⁰ Projet de loi n° 5.870/2005, présenté par les Ministres de la Justice et du Trésor. Dans son justificatif, le gouvernement souligne que l'absence de fichiers positifs au Brésil constitue une « distorsion du marché », et que leur adoption servirait à « distinguer les bons des mauvais payeurs ».

³⁰¹¹ L'intention de stimuler le partage d'informations entre les différentes centrales de données y est aussi exprimée, sans aucune réserve pour autant quant à leur nature et à leur finalité.

³⁰¹² La Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) s'y oppose fermement depuis longtemps. Elle soutient que, « quel que soit le périmètre de la centrale, sa mise en œuvre heurte de front le principe de proportionnalité selon lequel ne peuvent faire l'objet d'un traitement que les seules les informations 'pertinentes, adéquates et non excessives' au regard d'une finalité 'déterminée, explicite et légitime' »; v. « Echos des séances » de la CNIL du 19.6.2004, sur <http://www.cnil.fr/index.php?id=1593> (acc. le 1.3.2008).

³⁰¹³ Un rapport devra être remis sur ce sujet au Gouvernement et au Parlement dans le délai d'un an à compter de la promulgation de la loi. Il doit préciser les conditions dans lesquelles les informations recensées peuvent être inscrites au sein de ce fichier pour prévenir le surendettement et assurer une meilleure information des prêteurs sur la solvabilité des emprunteurs. La Directive n°2008/48/CE sur le crédit à la consommation n'impose pas la création de fichiers de traitement de données. Elle se borne à prévoir une obligation de non discrimination des prêteurs situés dans les différents Etats membres à l'accès aux bases de données existant dans le territoire d'un autre Etat membre (art. 9). C'était, ici, un compromis trouvé par la Commission vis-à-vis du Conseil Européen, en vue de l'approbation de la Directive; v. COM(2007) 546 final, du 21.9.2007. Dans sa version de 2002, la proposition de directive prévoyait l'obligation faite aux Etats membres de créer une base centralisée de données à caractère public ou privé, afin d'enregistrer des informations relatives au consommateur (COD/2002/0222, du 12.9.2002). Elle ne mentionnait cependant pas que ces bases contiendraient des informations à caractère positif, quoiqu'on ait pu y voir une tendance (KHAYAT, Danielle. *Op. cit.*). En revanche, les incidents de paiement y étaient expressément mentionnés. En tout cas, elle prévoyait que ces centrales ne pouvaient enregistrer des informations que dans le seul but de fournir aux prêteurs des éléments d'appréciation du risque du crédit. L'article 7 prévoyait en outre que ces informations seraient détruites après la consultation, qu'elle aboutisse ou non à la conclusion du contrat. Les modifications apportées à la proposition en 2005 (COM 2005/483 final, du 7.10.2005) ont toutefois éliminé ces principes.

³⁰¹⁴ C'est précisément le cas du Brésil, et cela en présence des seuls fichiers négatifs.

³⁰¹⁵ Au Brésil, la Serasa affiche sur son site web avoir atteint un chiffre d'affaires d'environ 607,5 millions de reais (approx. 233 millions d'euros) en 2006. Le groupe a récemment été racheté par le géant irlandais Experian, à 1,2 milliard de dollars, équivalents à seulement 65% de ses actions. V. RODRIGUES, M. in *Folha Online*, accessible sur <http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u307317.shtml> (dernier accès le 1.3.2008).

dans la justification d'un encadrement juridique des fichiers de traitement de données personnelles.

§ 2nd – Les limites opposées à la liberté de traitement de données sur autrui

938. L'activité de ces fichiers suscite la confrontation entre différents intérêts juridiquement protégés, à savoir la liberté d'entreprendre³⁰¹⁶, la vie privée et les intérêts des consommateurs. La recherche d'un équilibre est nécessaire. Le législateur soucieux, non seulement du bon fonctionnement du marché mais aussi de la sauvegarde de la vie privée, décide d'encadrer leur activité en les soumettant à certains devoirs (A). Faute de s'y conformer, ils engagent leur responsabilité (B).

A) L'encadrement légal des organismes de traitement de données personnelles

939. La collecte d'informations à caractère personnel sur autrui constitue une atteinte potentielle à la vie privée³⁰¹⁷. Cela ne peut que s'aggraver lorsqu'on sait qu'il existe un risque de détournement de leur utilisation. Ce risque justifie un encadrement légal de ces activités. En pratique, on aboutit pourtant à des résultats très disparates suivant qu'on estime qu'un équilibre entre les intérêts en jeu ne peut résulter que de la mise en place d'un encadrement juridique strict (1) ou qu'il peut être atteint par une législation à caractère minimal (2).

1) Le choix d'un encadrement strict

940. En France, la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, dénommée loi « informatique et libertés », prévoit que les informations sont collectées et traitées³⁰¹⁸ de manière loyale et licite ; elles sont adéquates, pertinentes, exactes, complètes et, si nécessaire, mises à jour³⁰¹⁹. Surtout, « elles sont collectées pour des finalités déterminées, explicites et légitimes et ne sont pas traitées ultérieurement de manière incompatible au regard des finalités pour lesquelles elles sont collectées »³⁰²⁰. La Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) se révèle particulièrement rigoureuse et soucieuse à l'égard de la constitution de certaines « listes

³⁰¹⁶ Au Brésil, on parle plutôt de « libre initiative » (art. 170 de la Constitution Fédérale). Un « droit à s'informer » à valeur constitutionnelle a pu être évoqué en faveur de la légitimité des mécanismes de traitement de données personnelles ; v. BESSA, Leonardo *et al.* *Op. cit.*, p. 249. La Cour Constitutionnelle brésilienne n'a pas manqué de noter l'importance des fichiers, devenus, selon la Cour, « un impératif de l'économie de masse » et « une donnée incontournable d'une économie fondée sur des relations massifiées de crédit » : STF-ADIN 1790-5-DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 8.9.2000.

³⁰¹⁷ BESSA, L., BENJAMIN, A. H. et MARQUES, C. « Manual de Direito do Consumidor », São Paulo: RT, 2007, p. 247.

³⁰¹⁸ Article 2, al. 3 de la loi « informatique et libertés » : « constitue un traitement de données à caractère personnel toute opération ou tout ensemble d'opérations portant sur de telles données, quel que soit le procédé utilisé, et notamment la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, ainsi que le verrouillage, l'effacement ou la destruction ».

³⁰¹⁹ Art. 6, als. 1, 3 et 4.

³⁰²⁰ Art. 6, als. 2 et 3. La CNIL établit les conditions de fonctionnement des organismes exploitant le traitement de ces données. Elle dispose, entre autres, du pouvoir d'autorisation, d'enregistrement et de contrôle de leurs activités.

noires »³⁰²¹. À propos du partage de données entre fichiers divers, elle refuse d'apporter son accord à l'échange de données personnelles dont les finalités de traitement seraient différentes³⁰²². Elle affirme, enfin, qu'« un tel fichage a un effet stigmatisant et dangereux dès lors qu'il est susceptible de priver des individus, au quotidien, du bénéfice des prestations les plus indispensables à la vie courante [...], voire de porter atteinte à des droits fondamentaux de la personne (l'accès à certains services, tels l'assurance, le crédit, la téléphonie, n'étant pas sans répercussions sur la possibilité d'exercer une activité professionnelle ou de se loger) »³⁰²³. Le sérieux avec lequel la question est traitée en France explique sans doute pourquoi on affirme, en la matière, ne jamais avoir connu de litige relatif à d'éventuelles atteintes à la vie privée³⁰²⁴. La situation est quelque peu distincte au Brésil.

2) Le choix d'une réglementation minimale

941. Dans ce pays, la réglementation actuelle demeure celle prévue par le premier et seul dispositif légal dans ce domaine, à savoir l'article 43 du Code de défense du consommateur qui fait figure de droit commun en la matière³⁰²⁵. Certes, le Code prévoit certaines sanctions d'ordre administratif et pénal pour les transgressions à cette réglementation. Il confère même à l'activité des fichiers un intérêt public³⁰²⁶. Aucun principe de sectorisation des informations n'y est pourtant prévu. Pas plus qu'il n'y a de prévision pour qu'elles ne soient pas traitées de manière incompatible ni excessive au vu des finalités pour lesquelles elles sont collectées. Faute d'un encadrement plus strict, le contentieux en la matière reste l'un des plus lourds de la pratique judiciaire³⁰²⁷. L'article 43 soumet tant les établissements de crédit que les fichiers de traitement de données à deux séries principales de devoirs. Il s'agit, d'abord, d'un devoir de vigilance lié au respect de certaines qualités de l'information traitée (a). Ces

³⁰²¹ Rapport « Listes noires » de la CNIL, préc., p. 5.

³⁰²² « Ce n'est pas parce que l'on n'a pas payé son abonnement téléphonique que l'on ne peut louer un logement » : v. « Fichiers de mauvais payeurs : le Conseil d'État consacre le principe de sectorisation posé par la CNIL », article affiché sur le site web de la CNIL le 17.12.2004 : <http://www.cnil.fr/index.php?id=1725> (acc. le 1.3.2008), où il est fait mention de l'arrêt n°262851 du 28 juillet 2004 du Conseil d'État.

³⁰²³ Pour la Commission, « une large diffusion, tous secteurs confondus, des informations relatives à des 'mauvais payeurs' serait une atteinte disproportionnée à la vie privée en raison du risque de détournement de finalité » ; v. Rapport « Listes noires » de la CNIL, p. 5. La Documentation française, novembre 2003, téléchargeable sur le site web de la CNIL <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/034000689/0000.pdf> (acc. le 1.3.2008).

³⁰²⁴ KHAYAT, Danielle. « Prévention et fichier relatif à l'endettement », Petites affiches, 10 avril 2003, n° 72, p. 30. L'auteur fait allusion à la mise en place des fichiers positifs.

³⁰²⁵ Le régime auquel sont soumis les fichiers bénéficie ainsi tant aux consommateurs qu'aux professionnels ; à propos d'une entreprise, v., par ex., STJ-AgRgAg n° 1.012.324/SP, rel. Min. Aldir Passarinho, 4^a T., j. 4.11.2008, DJ 24.11.2008.

³⁰²⁶ Art. 43, § 4^o. La rédaction du dispositif apparaît pourtant maladroite. Il prévoit que les différents « fichiers d'informations sur les consommateurs ainsi que ceux de protection du crédit sont considérés des entités à caractère public ». Cette rédaction permet une confusion sur leur nature et leur finalité.

³⁰²⁷ Une recherche jurisprudentielle réalisée auprès du seul *Superior Tribunal de Justiça*, avec les mots « consumidor » (consommateur), « cadastro » (fichier) et « indenização » (indemnisation), aboutit à 105 décisions rendues par la Cour entre 2002 et 2007. La même recherche effectuée auprès du Tribunal de Justice de l'état du Rio Grande do Sul révèle 122 décisions rendues pendant le seul mois de décembre 2007 (60 décisions ayant été rendues en une seule journée, le 19 décembre 2007), contre 52 décisions rendues par la Cour de Rio de Janeiro pendant la même période.

professionnels sont ensuite soumis à un devoir de communication, afin de permettre au consommateur de prendre conscience du risque d'atteinte à sa « dignité de crédit » (b).

a) La vigilance des professionnels quant à la qualité de l'information traitée

942. Malgré la pénurie légale en la matière, la doctrine réalise un effort d'interprétation combinée des règles de l'article 43 du Code avec les normes constitutionnelles de sauvegarde de la vie privée³⁰²⁸. Ce premier dispositif prévoit que les informations faisant l'objet d'une inscription doivent être « objectives, claires, véridiques et en langage de facile compréhension »³⁰²⁹. On peut en déduire un devoir de vigilance en vertu duquel, non seulement les fournisseurs de crédit, mais aussi les teneurs de fichiers, doivent veiller à la qualité de l'information qu'ils diffusent. Celle-ci doit être, tout d'abord, objective, ce qui signifie que l'inscription du débiteur ne doit s'accompagner d'aucun jugement de valeur sur sa personnalité ou son comportement³⁰³⁰. Il faut ensuite que l'information communiquée soit suffisamment claire pour que le consommateur puisse comprendre et identifier avec précision l'objet de l'inscription³⁰³¹. Enfin, l'information transmise doit être véridique, ce qui comprend à la fois l'exactitude de la description de la dette et son bien-fondé³⁰³². La vigilance des professionnels ne saurait pourtant suffire. Pour aboutir à une protection efficace, encore faut-il qu'ils mettent le débiteur en mesure d'éviter une atteinte à ses intérêts.

b) Le devoir de communication sur l'atteinte potentielle à la réputation du consommateur

943. Le consommateur dispose, tout d'abord, d'une garantie d'accès aux « informations personnelles et de consommation » qu'un professionnel détient sur lui³⁰³³. Il doit pouvoir sur demande en obtenir gratuitement une copie³⁰³⁴. Ce stockage n'est pas nuisible en soi, puisqu'il peut s'agir de données qu'un professionnel tient sur ses clients dans ses livres. Le problème se pose, cependant, lorsqu'il y a une circulation des données personnelles sur le consommateur. Le plus souvent, c'est à son insu qu'elles sont transmises à des fichiers de traitement centralisés. Dans ce cas, l'article 43 du Code prévoit qu'il doit être averti par écrit de toute inscription³⁰³⁵. La jurisprudence en déduit logiquement que cet avertissement doit être préalable à la diffusion des données³⁰³⁶. Il est naturel, s'agissant de la protection d'un droit fondamental de personnalité, qu'une approche préventive soit adoptée. Le consommateur, au vu d'informations claires et

³⁰²⁸ BESSA, Leonardo Roscoe *et al.*, *op. cit.*, p. 261 ; BENJAMIN, Antônio Herman de V. *et al.* « Código brasileiro de defesa do consumidor – Comentado pelos autores do anteprojeto », *op. cit.*, p. 436.

³⁰²⁹ Art. 43, § 1^o. Les informations « négatives » ne peuvent être stockées que pendant cinq ans ; ce délai court à partir de l'inscription effective, non à compter de l'échéance de la dette : STJ-AgRgAg n^o 1.713.629/ES, rel. Des. conv. Paulo Furtado, 3^a T., j. 23.6.2009, DJ 4.8.2009.

³⁰³⁰ Par exemple, les mentions « mauvais payeur » ou « débiteur récidiviste ».

³⁰³¹ Par exemple, l'origine de la dette, l'identité et l'adresse du créancier etc.

³⁰³² STJ-Resp n^o 649.104/RJ, rel. Min. João Otávio de Noronha, 4^a T., j. 13.10.2009, DJ 26.10.2009 (fraudes pratiquées au détriment du prétendu débiteur).

³⁰³³ Art. 43, *caput*.

³⁰³⁴ En ce sens, v. BESSA, Leonardo Roscoe *et al.* *Op. cit.*, p. 263.

³⁰³⁵ Art. 43, § 2^o.

³⁰³⁶ STJ-Resp n^o 373.219/RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4^a T., j. 28.5.2002, DJ 12.8.2002.

complètes sur l'état de sa dette, doit ainsi pouvoir rectifier les informations inexactes ou en contester le fondement. Il s'agit, en quelque sorte, du respect du principe du contradictoire hors procédure judiciaire.

944. En définitive, les devoirs imposés par la loi tendent à garantir que l'inscription du consommateur réponde, précisément, à la raison d'être des fichiers de traitement de données : ils ont égard à l'avenir et doivent servir la prévention des créanciers potentiels contre les risques de négocier avec certains consommateurs. Ils ne sauraient, en conséquence, « se transmuer en recouvreurs de dettes impayées »³⁰³⁷. Il n'en reste pas moins que les fichiers en activité au Brésil se conforment rarement à une telle orientation. Ils permettent que des créanciers peu scrupuleux tirent avantage des défaillances d'une législation minimale. Sachant que l'inscription d'un prétendu débiteur sur un fichier négatif signifie normalement le blocage de tout accès au crédit, ceux-ci cherchent à le contraindre – par des moyens obliques et moins coûteux – à exécuter des obligations douteuses ou relevant de clauses contractuelles abusives. Ces fichiers sont devenus, a-t-on dit, de vrais « tribunaux privés d'exception »³⁰³⁸. Considérant l'importance actuelle du crédit pour la satisfaction des besoins de la vie courante, on a pu affirmer même qu'ils « gardent la clé de la société de consommation »³⁰³⁹. Ces organismes n'engagent pas moins leur responsabilité civile lorsqu'ils manquent à leurs devoirs.

B) La mise en œuvre de la responsabilité civile des fichiers de traitement d'informations

945. La jurisprudence en cette matière est relative, d'une part, aux manquements au devoir de vigilance (1), d'autre part, au devoir de communication auxquels sont soumis les professionnels agissant dans les réseaux du crédit (2).

1) La réparation d'un préjudice causé par la diffusion d'informations illégitimes

946. On retrouve, quoique rarement, des décisions des juridictions françaises en matière de responsabilité pour inscription abusive d'un consommateur au FICP (a). Au Brésil, en revanche, la jurisprudence est abondante en la matière (b).

a) L'inscription abusive dans le FICP

947. Pour consentir un crédit immobilier, une banque avait fait souscrire à un emprunteur une assurance chômage. S'étant fait licencier par la suite, celui-ci a arrêté les paiements et demandé à bénéficier de l'assurance, laquelle n'a pourtant remboursé le crédit qu'à concurrence de neuf mois d'échéances. L'assurance se fondait sur une clause limitative de couverture prévue à la notice d'information, dont l'emprunteur affirmait ignorer l'existence fautive

³⁰³⁷ BENJAMIN, Antônio Herman de V. *et al.* « Código brasileiro de defesa do consumidor – Comentado pelos autores do anteprojeto », *op. cit.*, p. 437.

³⁰³⁸ L'expression est de BENJAMIN, Antônio Herman de V. *et al.*, *préc.*, p. 441.

³⁰³⁹ *Idem*, p. 423.

d'avoir reçu le document y relatif. Comme les échéances postérieures demeuraient impayées, la banque l'a inscrit au fichier géré par la Banque de France (FICP). L'emprunteur a alors demandé, d'une part, des dommages et intérêts pour inscription indue, d'autre part, la condamnation de la banque à effectuer toutes diligences afin que les mentions relatives au défaut de paiement du prêt litigieux soient supprimées du FICP. Il soutenait que, si les échéances étaient demeurées impayées, c'était bien en raison d'une faute de la banque qui lui avait fait croire qu'il n'en serait plus redevable en cas de chômage. La Cour d'appel de Rennes refuse sa demande, au motif que l'inscription au fichier résultait du défaut de paiement de plusieurs échéances ; qu'elle ne pouvait alors être remise en cause à l'occasion de la procédure. L'arrêt est cassé par la Cour de cassation qui reproche aux juges du fond de ne pas s'être prononcés sur le lien entre le défaut de paiement des échéances et la faute alléguée à l'encontre de la banque³⁰⁴⁰.

948. On peut tirer deux conclusions de cette décision. D'abord, l'inscription du consommateur au fichier négatif peut être réfutée dès lors que la contestation du bien-fondé de la créance alléguée par son cocontractant apparaît légitime. Certes, l'emprunteur n'attaquait pas la créance sur le terrain de la validité des contrats conclus³⁰⁴¹. Il cherchait plutôt à faire reconnaître une faute de la banque pour lui avoir causé une fausse impression sur ses droits. Par ailleurs, bien que reconnue en cassation, cette faute ne se confond pas avec celle relative spécifiquement à l'inscription du consommateur audit fichier, qui était encore à établir par la juridiction de renvoi. Il n'empêche que, dès lors que cette faute est établie, l'inscription est abusive et doit être supprimée. On peut en déduire, ensuite, que le consommateur pourra, le cas échéant, se faire indemniser du préjudice subi pour atteinte à sa réputation. Au Brésil, la question se pose dans des termes similaires ; seulement, elle est posée de manière beaucoup plus récurrente.

b) L'inscription abusive dans les « fichiers de protection du crédit »

949. On sait qu'un lourd contentieux existe en matière de taux d'intérêts substantiellement élevés³⁰⁴². Dans ces cas, le consommateur défaillant est invariablement inscrit dans un fichier. En pratique, qu'il soit demandeur ou défendeur à l'instance, il conteste systématiquement cette inscription en affirmant qu'en présence d'intérêts disproportionnés, la créance de son cocontractant n'est pas légitime. Il demande alors, en référé, la suppression de l'inscription et, sur le fond, des dommages et intérêts pour atteinte à sa réputation³⁰⁴³. Le *Superior Tribunal de Justiça* reconnaît la faute des établissements de crédit pour inscription abusive du consommateur à un fichier de protection du crédit. Il pose cependant certaines

³⁰⁴⁰ Cass. 1^{re} civ. 14 janv. 2010 : inédit, pourvoi n° 07-22043.

³⁰⁴¹ Sauf à soulever le caractère abusif des clauses du contrat, il ne pouvait pas non plus demander son exécution forcée à l'encontre de l'assureur car la clause limitative de couverture avait bien été stipulée.

³⁰⁴² V. n° 534 et s. *supra*.

³⁰⁴³ Une demande en réparation de dommages matériels n'est d'ailleurs pas exclue, à condition qu'ils soient prouvés.

limites à leur devoir de vigilance quant au bien-fondé de leurs créances. Le but avoué est d'équilibrer la satisfaction des intérêts en jeu, notamment, lorsque le consommateur procède à l'arrêt total des paiements.

950. Le 22 octobre 2008³⁰⁴⁴, dans le cadre de la nouvelle procédure d'élimination des pourvois répétitifs, la 2^e section de droit privé du STJ a décidé que le prononcé, en référé, d'une mesure de suppression d'une inscription dans un fichier négatif dépend de la réunion de trois conditions, à savoir : d'abord, qu'une action ait été introduite sur le fond pour contester, partiellement ou intégralement, le bien-fondé de la dette ; ensuite, qu'une vraisemblance des allégations du débiteur, fondées sur la jurisprudence itérative du STJ ou de la Cour constitutionnelle, puisse être constatée ; enfin, que le consommateur procède au dépôt de la portion non contestée de la dette ou qu'une garantie soit fournie selon la discrétion du juge. Il est encore ajouté que, à la fin du procès, une inscription (ou son maintien) dans un fichier négatif suivra le sort du constat d'un retard dans le paiement de la dette. La reconnaissance d'intérêts conventionnels abusifs en serait exclusive ; celle de clauses pénales ou d'intérêts de retard disproportionnés, non. On peut considérer que, si ces conditions sont remplies, l'inscription du consommateur dans un fichier est abusive et donnera lieu à des dommages et intérêts. *A priori* l'établissement de crédit est le débiteur de cette indemnisation. Certains estiment cependant, se fondant sur l'article 7, paragraphe unique, du Code du consommateur³⁰⁴⁵, que ces deux professionnels du réseau du crédit en sont solidairement redevables, une action récursoire étant éventuellement ouverte au payeur³⁰⁴⁶. En pratique, le consommateur défaillant tendra toutefois rarement à demander des dommages et intérêts. Il cherche plutôt à se faire débloquent les voies qui mènent au crédit. Il sera, en revanche, plus disposé à demander une réparation lorsqu'il apprend, hélas tardivement, qu'on ne l'a pas mis en mesure de se prémunir contre une atteinte à sa réputation.

2) La réparation d'un préjudice causé par un défaut de communication

951. Le teneur d'un fichier de traitement de données qui diffuse des informations négatives sur le consommateur sans lui donner la possibilité, soit de les rectifier, soit de prendre ses dispositions pour éviter l'atteinte à son « crédit » au sein de la place, doit réparer le dommage ainsi causé. La jurisprudence en établit les conditions (a). Un désordre sévit pourtant sur le mode de fixation de cette réparation (b).

a) Les conditions de mise en œuvre de la responsabilité pour défaut de notification

952. En pratique, l'établissement de crédit communique à un fichier la défaillance du consommateur. Il se peut que ce fichier, se mettant en réseau avec d'autres fichiers,

³⁰⁴⁴ STJ-Resp n° 1.061530/RS, rel. Min. Nancy Andrichi, 2^a Seção, DJ 10.3.2009 ; v. aussi STJ-AgRgResp n° 1.003.911/RS, rel. Min. João Otávio de Noronha, 4^a T., j. 4.2.2010, DJ 11.2.2010.

³⁰⁴⁵ « Lorsque le dommage a plus d'un auteur, tous seront tenus solidairement responsables de sa réparation ».

³⁰⁴⁶ BESSA, Leonardo Roscoe *et al.* *Op. cit.*, p. 257.

communiqué ensuite l'information à ceux-ci. L'inscription pourra alors être consultée par d'autres établissements de crédit, parfois sur tout le territoire national, en l'espace de quelques secondes. Tout cela peut se passer alors même que le consommateur ignore la circulation de ses données personnelles. On pourrait penser que, ici, l'organisme gestionnaire du fichier ainsi que l'établissement créancier soient solidairement responsables de la réparation du dommage causé par le défaut de notification au consommateur. Le *Superior Tribunal de Justiça* ne l'estime pas. Il exclut, dans ces cas, la responsabilité de ce dernier professionnel³⁰⁴⁷. Il va même jusqu'à dire que le juge peut déclarer d'office l'irrecevabilité de l'action intentée à l'encontre de celui-ci au motif que la légitimité processuelle des parties est une matière d'ordre public³⁰⁴⁸. Par conséquent, seuls « les organismes de traitement de données sont légitimes à figurer à l'instance en tant que défendeurs dans les actions visant à la réparation des dommages matériels et moraux découlant de l'inscription, sans notification préalable, du nom du débiteur dans leurs fichiers négatifs »³⁰⁴⁹. La Banque Centrale n'échappe pas à cette règle³⁰⁵⁰.

953. Cette solution paraît discutable. Elle ne résulte pas de la loi. Elle peut d'ailleurs rendre impossible toute réparation car le STJ dispense les organismes de traitement de données d'un courrier portant accusé de réception, la preuve de l'envoi d'une notification par lettre simple à l'adresse indiquée par le créancier étant suffisante³⁰⁵¹. Dès lors, il suffit que l'adresse indiquée par le prêteur à ces derniers soit erronée pour que ces deux professionnels s'exonèrent de l'atteinte portée à la réputation du consommateur. Par ailleurs, le STJ les exonère également dans deux séries d'hypothèses. D'abord, si le consommateur est un « mauvais payeur » invétéré, il peut demander la suppression de l'inscription intempestive mais il ne saurait se plaindre de l'atteinte à une réputation déjà « maculée »³⁰⁵². Si, ensuite, sa défaillance est notoire – ce que le STJ considère être le cas lorsque les données proviennent d'un office notarial public (« cartório de protestos ») –, la reproduction de l'inscription par d'autres fichiers ne génère pas de droit à réparation³⁰⁵³.

954. En revanche, le STJ décide qu'un organisme de traitement de données est redevable d'une réparation alors même qu'il ne ferait que reproduire une inscription enregistrée auparavant par un autre organisme de traitement de données, y compris par la Banque

³⁰⁴⁷ STJ-AgRgAg n° 1.034.009/SP, rel. Min. Sidnei Beneti, 3^a T., j. 23.4.2009, DJ 8.5.2009; sauf en cas de fraudes

³⁰⁴⁸ STJ-AgRgAg n° 1.034.009/SP, préc.

³⁰⁴⁹ STJ-AgRgResp n° 1.059.196/RS, rel. Min. João Otávio de Noronha, 4^a T., j. 5.8.2010, DJ 19.8.2010 ; v. aussi l'avis n° 359 de la *summula* de jurisprudence du STJ.

³⁰⁵⁰ STJ-Resp n° 955.996/RS, rel. Min. Eliana Calmon, 2^a T., j. 19.11.2009, DJ 3.12.2009.

³⁰⁵¹ STJ-Resp n° 1.083.291/RS, rel. Min. Nancy Andrighi, 2^a Seção, j. 9.9.2009, DJ 20.10.2009 ; STJ-AgRgAg n° 1.107.240/RJ, rel. Des. conv. Paulo Furtado, 3^a T., j. 3.8.2010, DJ 30.8.2010 ; STJ-AgRgResp n° 737.739/RJ, rel. Min. Vasco della Giustina, 3^a T., j. 2.3.2010, DJ 15.3.2010; v. aussi l'avis n° 404 de la *summula* de jurisprudence du STJ.

³⁰⁵² STJ-Resp n° 1.061.134/RS, rel. Min. Nancy Andrighi, 2^a Seção, j. 10.12.2008, DJ 1.4.2009 ; STJ-AgRgResp n° 992686/RS, rel. Min. João Otávio de Noronha, 4^a T., j. 9.3.2010, DJ 22.3.2010. Encore faut-il que les inscriptions antérieures aient été réalisées de manière régulière, c'est-à-dire qu'elles aient été précédées d'une notification adressée au consommateur.

³⁰⁵³ STJ-AgRgAg n° 1.290.450/GO, rel. Min. Nancy Andrighi, 3^a T., j. 3.8.2010, 10.8.2010.

Centrale (BC)³⁰⁵⁴. Dans ce dernier cas, la raison de la responsabilité de ces organismes en est que, malgré la nature publique de la BC, la consultation des données qu'il enregistre est d'un accès restreint et, de ce fait, ne donne pas à la défaillance du consommateur un caractère notoire. Enfin, encore faut-il déterminer les modalités de la réparation due au consommateur. À cet égard, la jurisprudence suscite autant d'incertitudes que de solutions.

b) Les incertitudes quant au mode de fixation de la réparation

955. La fixation de l'indemnisation pour préjudice patrimonial résultant d'une inscription abusive du consommateur dans un fichier ne pose pas de problèmes majeurs. Il lui suffit de démontrer l'opportunité manquée et les pertes qui en ont résulté. Il n'en va toutefois pas de même à propos des dommages moraux. Les difficultés ne résultent pas tant de la preuve du préjudice subi par le consommateur. Celui-ci est dispensé de toute démonstration en ce sens car le STJ considère que le préjudice moral résulte automatiquement de l'inscription abusive : il s'agirait d'un *danum in re ipsa*³⁰⁵⁵. L'indemnisation du consommateur s'analyse alors en une peine privée, ce qui est d'ailleurs explicitement reconnu sous la motivation de son « caractère dissuasif »³⁰⁵⁶. Certes, un risque d'arbitraire existera toujours dans la fixation du *quantum* de la réparation. Ce risque résulte du caractère éminemment casuistique d'une appréciation éventuellement abandonnée à la discrétion du juge. Or, au lieu d'en fixer des critères plus ou moins objectifs, le STJ s'arroge le « devoir » d'exercer lui-même une appréciation des faits. Il en résulte une disparité confondante des décisions rendues par ses différentes formations.

956. Deux types de situations peuvent alors se présenter. Soit les instances inférieures ont considéré que le consommateur défaillant ne méritait pas d'indemnisation et, dans ce cas, le STJ en fixe une lui-même³⁰⁵⁷ ; soit celui-ci s'arroge le pouvoir de moduler le montant de l'indemnisation fixée. Dans cette dernière hypothèse, il a encore une alternative, s'il n'approuve pas les instances inférieures, entre augmenter une indemnisation dérisoire ou réduire celles d'un montant excessif. Une augmentation du montant de la réparation par le STJ apparaît théorique, le consommateur formant rarement un pourvoi lorsqu'il obtient gain de cause devant ses juges « naturels ». Les réductions, en revanche, ont lieu couramment. Suivant ce schéma, tandis que la troisième chambre civile du STJ consent elle-même des indemnisations de 20.000 R en 2003³⁰⁵⁸ puis de 10.000 R en 2010³⁰⁵⁹, la quatrième chambre, moins généreuse, n'accorde que l'équivalent à 20 salaires minima (8000 R environ) en 2009³⁰⁶⁰ ou à 3000 R en

³⁰⁵⁴ STJ-Resp n° 1.061.134/RS, préc., j. 10.12.2008.

³⁰⁵⁵ STJ-Resp n° 649.104/RJ, rel. Min. João Otávio de Noronha, 4^a T., j. 13.10.2009, DJ 26.10.2009.

³⁰⁵⁶ STJ-Resp n° 1.105.974/BA, rel. Min. Sidnei Beneti, 3^a T., j. 23.4.2009, DJ 13.5.2009.

³⁰⁵⁷ STJ-Resp n° 649.104/RJ, rel. Min. João Otávio de Noronha, 4^a T., j. 13.10.2009, DJ 26.10.2009 ; STJ-AgRgAg n° 1.048.281/RJ, rel. Min. Vasco della Giustina, 3^a T., j. 1.6.2010, DJ 21.6.2010 ; STJ-AgRgResp n° 1.170.138/SP, rel. Des. conv. Honildo A. M. Castro, 4^a T., j. 6.4.2010, DJ 16.4.2010 ; STJ-AgRgAg n° 1.114.522/RJ, rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4^a T., j. 4.3.2010, DJ 22.3.2010 ; STJ-Resp n° 1.105.974/BA, rel. Min. Sidnei Beneti, 3^a T., j. 23.4.2009, DJ 13.5.2009 ; STJ-Resp n° 471.091/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, 3^a T., j. 22.3.2003, DJ 23.6.2003.

³⁰⁵⁸ STJ-Resp n° 471.091/RJ, préc.

³⁰⁵⁹ STJ-AgRgAg n° 1.048.281/RJ, préc.

³⁰⁶⁰ STJ-Resp n° 649.104/RJ, préc.

2010³⁰⁶¹, alors que dans toutes ces espèces il s'agissait de consommateurs « fichés » à Rio de Janeiro. Enfin, si les magistrats du STJ admettent que les indemnisations fixées à 50 salaires minima (20.000 R environ)³⁰⁶² et à 6.000 R³⁰⁶³ par les tribunaux de São Paulo et de Rio Grande do Sul, respectivement, réparaient suffisamment les préjudices subis par les demandeurs, ils estiment que s'enrichit indûment le consommateur, gérant d'une banque, à qui il avait été octroyé le montant de 232500 R (500 salaires minima !)³⁰⁶⁴ pour préjudices moraux. Par conséquent, son indemnisation est réduite à 10.000 R.

957. Critique de la méthode jurisprudentielle – D'un point de vue juridique, il est permis de douter de la méthode entretenue par le *Superior Tribunal de Justiça*. Du moment où il s'autorise à contrôler le montant de l'indemnisation accordée, on ne comprend plus l'obligation faite aux parties de soumettre leurs demandes aux juridictions inférieures. Elles s'engouffrent pendant de longues années dans des procédures coûteuses alors qu'une « solution finale » n'est rendue que par le STJ. Par ailleurs, dès lors qu'il s'agit de pure analyse de faits, on ne sait d'où celui-ci tire sa légitimité pour substituer ses décisions à celles des premiers juges, lesquels, plus proches de la réalité des faits, statuent également par formation collégiale. Que dire, à cet égard, d'un arrêt du STJ où son rapporteur ayant approuvé, dans un premier temps, par décision unilatérale (« monocrática »)³⁰⁶⁵, l'indemnisation fixée à 20.000 R par le Tribunal de Justice d'Alagoas, décide de porter le litige devant ses pairs dans le but de rétracter sa propre décision et réduire l'indemnisation à 8.000 R³⁰⁶⁶ ? C'est bien le signe de ce que les parties ont tout intérêt à épuiser jusqu'au dernier recours procédural pour faire modifier une décision estimée peu favorable. Dès lors, l'indemnisation du préjudice causé à la dignité du consommateur, de peine privée, se transmue en une « prime au plus obstiné », avec la banalisation des droits de personnalité que cela implique.

958. Le comparatiste ne saurait pourtant s'en tenir aux aspects techniques de l'analyse. On sait que la réalité socio-économique brésilienne est très disparate d'un point à l'autre du pays. Il est légitime de penser que la sensibilité des juges statuant dans les différents États fédérés est tout aussi variable. Certes, il peut être vain de penser que le STJ aboutisse à les rapprocher. Il manifeste une franche méfiance à leur égard, par exemple, lorsqu'il réduit de 500 à 25 salaires minima l'indemnisation accordée à un consommateur de l'État de Bahia³⁰⁶⁷ : le « crédit » de celui-ci au sein du marché ne pouvait pas être tellement plus atteint que celui d'un emprunteur d'un autre État fédéré. D'un point de vue politique, cependant, il semblerait que la question de la responsabilité pour traitement abusif de données personnelles permette aux

³⁰⁶¹ STJ-AgRgAg n° 1.114.522/RJ, préc. ; STJ-AgRgResp n° 1.170.138/SP, préc.

³⁰⁶² STJ-AgRgResp n° 971.113/SP, rel. Min. João Otávio de Noronha, 4^a T., j. 23.2.2010, DJ 8.3.2010.

³⁰⁶³ STJ-Resp n° 974.212/RS, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 3^a T., j. 8.2.2008, DJ 25.2.2008.

³⁰⁶⁴ STJ-Resp n° 1.105.974/BA, rel. Min. Sidnei Beneti, 3^a T., j. 23.4.2009, DJ 13.5.2009.

³⁰⁶⁵ L'art. 557, *caput* et § 1^o-A, du CPC autorise le rapporteur d'un litige, dans les instances *a priori* collégiales, à statuer seul, suivant que la décision attaquée est conforme à la jurisprudence consolidée du STJ ou du STF, ou qu'elle la contredit.

³⁰⁶⁶ STJ-AgRgResp n° 891.507/AL, rel. Des. conv. Honildo A. M. Castro, 4^a T., j. 8.9.2009, DJ 21.9.2009.

³⁰⁶⁷ STJ-Resp n° 1.105.974/BA, préc.

magistrats du STJ, concentrés à la capitale fédérale, de témoigner, sagement, de ce que le système fédératif brésilien n'a simplement pas atteint un degré suffisant de maturité. Il est d'ailleurs d'autres domaines de la responsabilité civile des professionnels du crédit où cette question peut se poser.

Section 2 – L'octroi d'un crédit ruineux

959. Intérêt de la question – Les revenus du consommateur étant par nature limités, il convient que sa décision soit prise de manière rationnelle. Les dangers qu'il encourt découlent, dans une large mesure, du caractère plus ou moins adapté de l'opération à ses besoins personnels³⁰⁶⁸. Certes, la garantie d'une satisfaction optimale serait invraisemblable, même les entreprises ou l'administration n'atteignant pas, à coup sûr, un tel résultat. Alors que ces agents économiques emploient des techniques décisionnelles élaborées, la décision du consommateur n'est, très souvent, que la concrétisation d'un désir. Le crédit, peut-il être à tel point dangereux qu'il conviendrait, dans certaines circonstances, soit d'interdire au fournisseur de le consentir au demandeur, soit de sanctionner celui qui le lui aurait fourni ? On dissimulerait mal, par des questions rhétoriques, l'objectif de la recherche qu'on proposera d'entreprendre ici : il s'agit de la possibilité de mettre en œuvre la responsabilité d'un établissement de crédit pour octroi d'un crédit excessif, un crédit pouvant entraîner la ruine du consommateur. La méthode comparative révèle que cette recherche n'a rien de passionnel ; que ses résultats découlent d'une démarche tout à fait scientifique, calquée sur les principes généraux et sur les techniques de la responsabilité civile du droit commun ; enfin, que l'idée est beaucoup plus ancienne qu'il n'y paraît. Dans les pays ici comparés, une masse de consommateurs s'est livrée aux plaisirs du crédit ces dernières années. La recherche sur l'évolution de ce contexte socio-économique démontre à quel point les conceptions juridiques sont sensibles aux politiques économiques de distribution de ce type de services.

960. L'évolution des aspects juridiques liés à la sanction d'un crédit ruineux – En matière civile, on se pose la question de savoir si on peut tenir pour responsable celui qui fournit les moyens de causer un dommage à autrui, au même titre que l'auteur direct du préjudice³⁰⁶⁹. Théoriquement, à supposer la faute du fournisseur, il faut déterminer si, entre son acte et les préjudices avérés, l'interposition de l'auteur immédiat du dommage n'entraîne pas une rupture susceptible de dissiper tout lien de causalité. Plus concrètement, on a pu se

³⁰⁶⁸ ATIAS, Christian. « Le crédit dénaturé », D. 1996, p. 328, n° 4 : « Le prêteur n'est qu'un chaînon dans l'ensemble des relations que présuppose l'opération financée. Il y tient un rôle qui, bien souvent, n'est étranger ni au succès, ni à l'échec ».

³⁰⁶⁹ GRUA, François. « La responsabilité civile de celui qui fournit le moyen de causer un dommage », RTD civ. 1994, p. 1. Que ce soit le teneur d'un bar qui sert des boissons alcoolisées à un chauffeur routier au point de prendre la route, le vendeur de pétards avec lesquels des enfants fabriquent une petite bombe (exemples fournis par cet auteur), ou encore le consommateur dont une formule de chèques signée « en blanc » permet à un escroc de tromper un commerçant, il s'agit d'hypothèses où l'on peut se demander si « la responsabilité du dommage peut remonter jusqu'au fournisseur du moyen et s'ajouter à celle de l'utilisateur » (*idem*, n° 2).

demander, par exemple, si le prêteur professionnel est susceptible, du fait d'un manquement à ses obligations contractuelles, d'engager sa responsabilité envers des tiers créanciers de l'emprunteur. De prime abord, la question semble heurter le principe de la relativité des effets du contrat, les tiers n'étant pas légitimés à en demander l'exécution. En réalité, cependant, on ne voit pas pourquoi un agissement quelconque, fût-il de nature contractuelle, échapperait *a priori* aux conditions de mise en œuvre de la responsabilité civile, en l'occurrence, extracontractuelle. Dès lors que le prêteur crée une situation de fait susceptible de nuire aux intérêts d'autrui, il peut se voir légitimement opposer une action en réparation des dommages éventuellement avérés³⁰⁷⁰.

961. C'est dans ce cadre que s'est posée en France, dès le XIX^e siècle, la question de la responsabilité civile du prêteur professionnel pour octroi fautif d'un crédit. On sait que les agents économiques attachent généralement une grande importance à la réputation d'un demandeur de crédit au sein du marché³⁰⁷¹. En se fondant sur l'article 1382 du Code civil (responsabilité délictuelle), les créanciers d'un emprunteur devenu insolvable, soit individuellement, soit représentés par le syndic de la masse, agissaient en responsabilité contre le banquier du débiteur au motif que le premier, par des crédits fautivement accordés, aurait contribué à diminuer l'actif ou à aggraver le passif du second. On fait état, par exemple, d'un arrêt de la Cour de cassation du 1^{er} août 1876, approuvant les juges du fond d'avoir décidé que « les faits reconnus constants à la charge des banquiers avaient eu pour but de constituer (au client) une situation mensongère et un crédit apparent qui dissimulait le passif dont il était accablé ; qu'ils ont eu également pour résultat de capter et entraîner la confiance (du fournisseur), laquelle en effet a été déterminée uniquement par l'état de prospérité fictive créée par les agissements des (banquiers) demandeurs en cassation »³⁰⁷².

962. Il a fallu attendre, cependant, jusqu'aux années 1960 pour que la jurisprudence multiplie des décisions de condamnation du banquier pour octroi d'un crédit ruineux³⁰⁷³. On

³⁰⁷⁰ V. Cass. ass. plén. 6 oct. 2006 : Bull. Ass. plén. n° 9, pourvoi n° 05-13255 : « le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage ». La question est pourtant débattue lorsqu'on prend en considération, non pas l'inexécution d'une obligation essentielle du contrat, mais d'une obligation accessoire relevant, par exemple, d'un devoir de bonne foi, telle que la coopération entre les parties ou, plus spécifiquement, la fourniture d'un conseil. Pour des critiques sur l'assimilation de l'inexécution contractuelle à la faute délictuelle à l'égard des tiers – de laquelle nous ne nous servons pas pour réaliser nos développements – v. ANCEL, Pascal. « Faut-il 'faire avec' ? », RDC 2007, n° 2, p. 538, lequel suggère la notion de faute comme critère de distinction ; LAGARDE, Xavier. « Le manquement contractuel assimilable à une faute délictuelle », JCP G 2008, I, 200, n° 6, p. 20, pour qui ce serait plutôt sur la notion de dommage sur laquelle il conviendrait se centrer pour empêcher que « des tiers puissent en quelque occurrence que ce soit obtenir une indemnisation du seul fait d'un manquement aux termes d'un contrat » (*idem*, n° 7, p. 21).

³⁰⁷¹ V. n° 931 *supra*.

³⁰⁷² S. 1876, I, 457, arrêt rapporté par VASSEUR, Michel. « La responsabilité civile du banquier dispensateur de crédit », 3^e éd., 1978, Banque, p. 14.

³⁰⁷³ Cass. com. 28 nov. 1960 : Bull. civ. III, n° 381, pourvoi n° 57-12697 ; RTD com. 1961, p. 460, n° 31, obs. HOUIN, Roger ; Cass. com. 7 janv. 1976 : Bull. com. n° 6, pourvoi n° 72-14029 ; D. 1976, p. 277, obs. DERRIDA, Fernand et SORTAIS, Jean-Pierre (insuffisance d'actif ou aggravation du passif). VASSEUR, Michel, préc., p. 15, explique que, jusqu'alors, la jurisprudence admettait les demandes du syndic tendant à faire interdire à la banque qui aurait fautivement prolongé la vie commerciale du débiteur en lui consentant crédit, de produire ses créances dans la procédure collective. Ce faisant, le préjudice provoqué à la masse par le banquier se compensait avec les créances de ce dernier vis-à-vis du débiteur. « Puis, dit cet auteur, brusquement, la Chambre commerciale de la Cour de cassation y mit fin en 1968 par deux arrêts des 6 et 26 novembre ».

pouvait s'en douter, la reconnaissance du principe n'a pas été reçue de bon gré, ni par la profession, ni par une partie de la doctrine. Plusieurs arguments ont été soulevés pour critiquer une telle position. On affirmait, par exemple, qu'il n'est pas du métier de la banque de prêter à qui ne peut rembourser ; il serait alors excessif de lui faire supporter les préjudices des tiers alors qu'elle court déjà le risque de non remboursement de sa créance³⁰⁷⁴. Par ailleurs, le banquier n'est jamais le seul fautif, l'emprunteur contribuant certainement au dommage, sa faute absorbant même complètement celle de la banque. Enfin, cette solution ne serait pas de bonne politique car elle finirait par paralyser l'activité des banques et raréfierait le crédit disponible sur le marché ; non seulement la croissance économique en pâtirait, mais aussi les personnes les plus impécunieuses s'en trouveraient définitivement exclues³⁰⁷⁵. Ces arguments se sont pourtant heurtés à la résistance des créanciers de l'emprunteur³⁰⁷⁶. Bien que les termes de la jurisprudence française aient pu évoluer quelque peu au fil du temps, celle-ci demeure dans son principe. Elle est, encore actuellement, traitée sous l'enseigne « la responsabilité du banquier dispensateur de crédit ».

963. Il en va tout autrement au Brésil. Certes, la question n'est pas inconnue du juriste brésilien, du moins pas de celui qui s'intéresse à la culture juridique française³⁰⁷⁷. Il n'empêche que les recueils de jurisprudence n'en font aucunement état. La doctrine consumériste la plus récente aborde le thème mais de manière très superficielle. Bien que le contentieux concernant les relations nouées entre établissements de crédit et consommateurs soit l'un des plus lourds de la pratique judiciaire, la question de la responsabilité civile d'un établissement de crédit pour octroi de crédit excessif est encore, au Brésil, fort teintée d'exotisme. Raison pour laquelle dans les développements qui suivent il ne sera guère question que du droit français.

964. La conception contemporaine de la responsabilité du banquier pour crédit ruineux – Les premiers ouvrages publiés en France s'efforçant de systématiser les conditions de la responsabilité du banquier pour octroi de crédit abusif admettaient, au vu des décisions de la Cour de cassation, l'action engagée surtout au bénéfice des tiers, en dehors même des cas de fraude³⁰⁷⁸. On a reconnu que certains crédits étaient parfois « accablants », « démesurés »,

³⁰⁷⁴ STOUFFLET, Jean. « L'ouverture de crédit peut-elle être source de responsabilité envers les tiers ? », JCP 1965, I, 1882, n° 3.

³⁰⁷⁵ Tous ces arguments sont réunis par VÉZIAN, Jack. « La responsabilité du banquier en droit privé français », 3^e éd., Litec, 1983, n° 204, p. 136.

³⁰⁷⁶ Pour VASSEUR, Michel (*op. cit.*, p. 14), « la raison en est sans doute d'abord dans le souci qui hante les syndicats de faire rentrer le plus d'argent possible, dans l'intérêt des créanciers et... du leur. L'exercice de l'action en responsabilité constituait pour eux l'un de ces moyens ».

³⁰⁷⁷ L'association Henri Capitant a organisé en 1984 les journées brésiliennes à Rio de Janeiro et São Paulo. Les « Travaux » ont porté sur « La responsabilité du banquier : aspects nouveaux », *Economica*, 1984. Le premier chapitre comprend, précisément, la responsabilité du banquier dispensateur de crédit.

³⁰⁷⁸ VÉZIAN, Jack. *Op. cit.*, n° 248, p. 177 ; RODIÈRE, René et RIVES-LANGE, Jean-Louis. « Droit bancaire », Dalloz, 1973, n° 385, p. 439 ; limitant pourtant la responsabilité aux cas de fraude, v. STOUFFLET, Jean. « Devoirs et responsabilités du banquier à l'occasion de la distribution du crédit », in « Responsabilité professionnelle du banquier : Contribution à la protection des clients de banque », GAVALDA, Christian (dir.), *Economica*, 1978, p. 21. Le crédit ne serait pourtant excessif que s'il était octroyé à une entreprise en graves difficultés ou présentant des anomalies susceptibles de dégénérer en faillite et tant que celles-ci pouvaient être décelées par une vérification prudente du prêteur. V. DERRIDA, Fernand. D. 1979, IR p. 1, obs. sous Cass. com. 4 nov. 1977 ; L'action était normalement intentée par le syndic en représentation de la masse des créanciers. Cependant, niant purement la

« ahurissants », le comportement du banquier paraissant même « suicidaire »³⁰⁷⁹. Dans ces conditions, la reconnaissance d'une action en responsabilité ouverte au crédit lui-même a constitué un pas qui n'a pas tardé à être franchi ; mais l'action ne serait intentée que dans l'intérêt des tiers³⁰⁸⁰. Dans ce cas, affirmait-on à propos de la faute du banquier, « il suffirait de constater en l'occurrence un manquement à son devoir de discernement qui n'est autre que l'obligation de prudence imposée par l'article 1382 du Code civil »³⁰⁸¹. Fondée sur un tel devoir de discernement, l'opinion s'est alors répandue suivant laquelle un établissement de crédit devrait soit déconseiller à son client de prendre un crédit inopportun, soit refuser purement et simplement son concours³⁰⁸².

965. Le dernier coup à la liberté des établissements de crédit serait porté par l'admission de l'emprunteur, dans son propre intérêt, à reprocher à son cocontractant de lui avoir fourni un crédit ruineux. Ce coup a été porté par la Cour de cassation, tout d'abord, au profit d'une entreprise³⁰⁸³, ensuite au bénéfice des consommateurs³⁰⁸⁴. Un arrêt du 27 juin 1995 de la première chambre civile³⁰⁸⁵ énonce ainsi que « la présentation d'une offre préalable conforme aux exigences de l'article 5 de la loi du 13 juillet 1979 ne dispense pas l'établissement de crédit de son devoir de conseil à l'égard de l'emprunteur, en particulier lorsqu'il apparaît à ce professionnel que les charges du prêt sont excessives par rapport à la modicité des ressources du consommateur ; que [...] le taux d'endettement proposé par le projet de financement établi par la société Tradition et qualité et connu des établissements de crédit, était insupportable pour les époux X... qui ne disposaient que de faibles revenus ; que les prêteurs ne justifiaient pas, ni même n'alléguaient avoir mis en garde les emprunteurs sur l'importance de l'endettement qui résulterait de ces prêts ; que la cour d'appel a pu en déduire que les établissements de crédit avaient manqué à leur devoir de conseil et engagé leur responsabilité envers les époux X... »

responsabilité du banquier pour octroi d'un crédit « inopportun », v. VASSEUR, Michel. « La responsabilité civile du banquier dispensateur de crédit », 3^e éd., Banque, 1978, p. 64.

³⁰⁷⁹ DERRIDA, Fernand, préc., p. 2.

³⁰⁸⁰ Cass. com. 19 mars 1974 : Bull. com. n° 98, pourvoi n° 72-11543 ; D. 1975, p. 124, note SORTAIS, Jean-Pierre ; RTD com. 1975, p. 138 ; Cass. com. 4 nov. 1977 : inédit, pourvois n° 75-15513 75-15557 75-15597 75-15624 76-15426 ; D. 1979, IR p. 1, obs. DERRIDA, Fernand – (actions engagées pour pertes d'exploitation pendant la survie artificielle de la société mise en redressement, dans le but de reconstituer le capital de l'entreprise et de pouvoir payer, ultérieurement, ses créanciers). Dans ce cas, le syndic de la masse représentait la personne morale mise en redressement. En revanche, disait-on, la responsabilité de la banque envers l'emprunteur ne serait que partielle car le demandeur de crédit serait, lui aussi, fautif ; v. VÉZIAN, Jack. *Op. cit.*, n° 248, p. 177 ; DERRIDA, Fernand, préc., p. 2.

³⁰⁸¹ VÉZIAN, Jack. *Op. cit.*, n° 248, p. 176.

³⁰⁸² RIVES-LANGE, Jean-Louis et CONTAMINE-RAYNAUD, Monique. « Droit bancaire », 4^e éd., Dalloz, 1986, n° 547, spéc. p. 680. Pour une critique acide de cette opinion, v. VASSEUR, Michel. *Op. cit.*, p. 64.

³⁰⁸³ Cass. 1^{re} civ. 8 juin 1994 : Bull. civ. I, n° 206 ; qui avait retenu la responsabilité d'un établissement de crédit envers son client emprunteur au motif qu'il avait fait preuve d'une légèreté blâmable en lui accordant un prêt dont la charge annuelle excédait ses revenus.

³⁰⁸⁴ Depuis un arrêt de la première chambre civile du 7 novembre 1979 (D. 1980, IR. 214, obs. VASSEUR, Michel), elle laissait entendre que des emprunteurs particuliers pourraient reprocher à une banque de leur avoir fourni un crédit excessif au cas où ils prouveraient que le préjudice subi découlerait de l'aggravation d'une situation patrimoniale obérée au moment de l'octroi du prêt. En l'espèce, le rejet du pourvoi des emprunteurs se fondait sur le fait qu'ils n'avaient pas établi leur situation obérée au moment de l'octroi du prêt. On pouvait en déduire *a contrario* que s'ils l'avaient pu, la banque aurait engagé sa responsabilité.

³⁰⁸⁵ Cass. 1^{re} civ. 27 juin 1995 : Bull. civ. I, n° 287, pourvoi n° 92-19212.

966. Faisant écho aux critiques de la profession, certains auteurs ont crié au scandale³⁰⁸⁶, sous prétexte que l'admission de la responsabilité d'une banque, alors que son client lui-même aurait sollicité le crédit incriminé, serait une idée extraordinaire³⁰⁸⁷, insolite, choquante³⁰⁸⁸, futuriste, aberrante³⁰⁸⁹, voire indécente³⁰⁹⁰ car le banquier n'est pas le « directeur de conscience économique de son débiteur »³⁰⁹¹ ; enfin, ce serait « faire là aux banquiers un cadeau empoisonné »³⁰⁹². Il n'empêche que, une fois l'idée entrée dans les mœurs – fût-ce au prix de l'augmentation du coût du crédit –, la doctrine la plus proche de la pratique bancaire finit, à chaque coup jurisprudentiel, par s'accommoder du principe³⁰⁹³. Dans une démarche déontologique, elle invite la profession au discernement et propose de parler de « devoirs professionnels » plutôt que de responsabilité (civile), ne serait-ce que dans une démarche d'allègement psychologique du débat³⁰⁹⁴. Il est vrai que, au fil d'une jurisprudence rendue pendant quinze ans, un certain corps de normes de conduite auxquelles doivent se conformer les établissements faisant profession de crédit a pu se dégager. Dès lors, il convient d'en préciser le contenu (§ 1^{er}), avant de rechercher les conditions permettant d'en réparer les transgressions (§ 2nd).

§1^{er} – Les devoirs professionnels du fournisseur de crédit à l'égard du consommateur

967. Reprenons les termes de l'arrêt « fondateur » de la responsabilité civile du banquier pour octroi d'un crédit ruineux à un consommateur³⁰⁹⁵. Il affirme que « les établissements de crédit [...] avaient manqué à leur devoir de conseil et engagé leur responsabilité » parce qu'ils « ne justifiaient pas, ni même n'alléguaient avoir mis en garde les emprunteurs sur l'importance de l'endettement qui résulterait de ces prêts », alors pourtant qu'ils avaient pleine connaissance de ce que les charges du prêt étaient excessives – « insupportables » – par rapport à la modicité des ressources du consommateur. À s'en tenir à la lettre de la décision, la responsabilité n'est encourue que parce que le prêteur viole un devoir de conseil existant à sa

³⁰⁸⁶ STOUFFLET, Jean. « Retour sur la responsabilité du banquier donneur de crédit », in Mélanges Michel Cabrillac, Litec, 1999, p. 517.

³⁰⁸⁷ VASSEUR, Michel. D. 1980, IR p. 214, note sous Cass. 1^{re} civ. 7 nov. 1979 : « verra-t-on un jour l'acheteur d'une automobile, qui a été victime d'un accident, reprocher au concessionnaire de la marque de lui avoir vendu celle-ci ? »

³⁰⁸⁸ STOUFFLET, Jean. « Retour sur la responsabilité du banquier donneur de crédit », *op. cit.*, p. 524, n° 17.

³⁰⁸⁹ VASSEUR, Michel. « La responsabilité civile du banquier dispensateur de crédit », *op. cit.*, p. 64.

³⁰⁹⁰ STOUFFLET, Jean. « De la responsabilité du dispensateur de crédit au devoir de mise en garde : histoire brève d'une construction jurisprudentielle », *Rev. dr. banc. et fin.*, nov.-déc. 2007, n° 6, p. 78.

³⁰⁹¹ VASSEUR, Michel. « La responsabilité civile du banquier dispensateur de crédit », *op. cit.*, p. 64.

³⁰⁹² VÉZIAN, Jack. *Op. cit.*, n° 215, p. 145.

³⁰⁹³ STOUFFLET, Jean. « Devoirs et responsabilités du banquier à l'occasion de la distribution du crédit », *op. cit.*, p. 33-34 : « on est bien loin de la position quelque peu caricaturale de ceux qui contestent le principe même de la responsabilité bancaire à l'occasion de la distribution du crédit, au motif que cette responsabilité serait la négation même du droit (qui est aussi un devoir) de prendre des risques [...] d'ouvrir ou de refuser un crédit » ; CRÉDOT, Francis J. « L'octroi de crédits et l'obligation de conseil du banquier », *Rev. dr. et patr.*, janv. 1994, p. 40 : « la jurisprudence apparaît-elle mesurée, empreinte de bon sens et somme toute classique au regard de l'application qu'elle fait du devoir d'information ou de conseil ».

³⁰⁹⁴ STOUFFLET, Jean. « Devoirs et responsabilités du banquier à l'occasion de la distribution du crédit », *op. cit.*, p. 22, pour qui « chercher à caractériser les devoirs plutôt que la faute permet probablement d'introduire beaucoup plus de nuance dans les solutions car si les devoirs peuvent être diversifiés à l'infini, la notion de faute est peu différenciée ».

³⁰⁹⁵ Cass. 1^{re} civ. 27 juin 1995, préc.

charge dont l'objet est la mise en garde du consommateur sur l'importance de son endettement. Beaucoup a été écrit sur le contenu et la portée exacte de cet arrêt³⁰⁹⁶ dont les termes ont été repris sous formes variées dans des décisions postérieures. On a mis en lumière, notamment, les distinctions subtiles et nuancées existant entre les devoirs de conseil et de mise en garde, sans oublier le devoir d'information. On en analysera, succinctement, les distinctions opérationnelles réalisées en doctrine et en jurisprudence (A), dans un but de réflexion sur le bien-fondé des solutions fournies par celle-ci dans les opérations de crédit (B).

A) L'information, la mise en garde et le conseil du fournisseur de crédit

968. En droit commun, on attache aux notions de bonne foi et de loyauté le devoir, pour un contractant qui détient une information de nature à influencer le choix de son partenaire, de la lui communiquer spontanément³⁰⁹⁷. Doctrine et jurisprudence distinguent pourtant entre plusieurs types ou degrés d'information à fournir³⁰⁹⁸. Il y a ainsi un devoir d'information proprement dit, un devoir de mise en garde et un devoir de conseil³⁰⁹⁹. On fait aussi remarquer l'existence d'une certaine progression dans l'intensité de ces différents devoirs. Le conseil serait ainsi plus contraignant que la mise en garde et celle-ci plus sévère que l'information³¹⁰⁰. On s'accorde pourtant généralement pour admettre une grande difficulté à démarquer avec certitude la spécificité de chacun de ces devoirs³¹⁰¹. La jurisprudence accroît d'ailleurs ces

³⁰⁹⁶ MESTRE, Jacques. « L'heure est décidément au devoir de conseil... », RTD civ. 1996, p. 384 ; MAZEAUD, Denis. « La cour de cassation poursuit son œuvre de dissuasion contractuelle en matière de droit de la consommation », Defrénois 1995, n° 22, p. 1416 ; CRÉDOT, Francis J. et GÉRARD, Yves. Rev. dr. banc. et bourse n° 51, sept.-oct. 1995, p. 185 ; CABRILLAC, Michel. Note à la RTD com. 1996, p. 100 ; PIEDELIÈVRE, Stéphane. D. 1995, p. 621 ; SCHOLASTIQUE, Estelle. « Les devoirs du banquier dispensateur de crédit au consommateur », Defrénois 1996, n° 11, p. 689 ; PAISANT, Gilles. « Prévention du surendettement et responsabilité dans l'octroi du crédit », LPA 10 avr. 2003, n° 72, p. 37.

³⁰⁹⁷ TERRÉ, François, SIMLER, Philippe et LEQUETTE, Yves. « Droit des obligations », 8^e éd., Dalloz, 2002, n° 258 et 259, p. 256-257 ; MALAURIE, Philippe, AYNÈS, Laurent et STOFFEL-MUNCK, Philippe. 3^e éd., Defrénois, 2007, n° 776, p. 400 ; CALAIS-AULOY, Jean et STEINMETZ, Frank. *Op. cit.*, n° 54, p. 57. Contra, v. LUCAS DE LEYSSAC, Claude. « L'obligation de renseignements dans les contrats », in « L'information en droit privé », LOUSSOUARN, Yvon et LAGARDE, Paul (dir.), LGDJ, 1978, p. 309, n° 7, qui estime la notion de bonne foi « trop floue pour constituer à elle seule une règle juridique » ; l'auteur fonde ainsi l'obligation précontractuelle de renseignements à l'inégalité entre les parties (*idem*, n° 60, p. 341).

³⁰⁹⁸ L'application de différents critères proposés par la doctrine débouche sur la reconnaissance de devoirs que la jurisprudence soumet à des régimes juridiques distincts, par exemple, suivant la période de l'opération contractuelle où l'information est délivrée (LUCAS DE LEYSSAC, Claude. *Op. cit.*, n° 4, p. 307 ; CALAIS-AULOY, Jean et STEINMETZ, Frank. *Op. cit.*, n° 52 et 53, p. 54), selon son objet (GHESTIN, Jacques. N° 456 – formation) ou encore sa fonction selon l'intérêt de l'information pour son destinataire (FABRE-MAGNAN, Muriel. « De l'obligation d'information dans les contrats – Essai d'une théorie », LGDJ, 1992, n° 281, p. 225).

³⁰⁹⁹ FABRE-MAGNAN, Muriel. *Op. cit.*, n° 464, p. 379. L'information porterait ainsi sur toutes les données utiles sur le produit ou le service proposé. Il s'agirait pourtant de faits livrés à son destinataire de manière objective, des informations à l'« état brut » (LUCAS DE LEYSSAC, Claude. *Op. cit.*, n° 3, p. 306). La mise en garde commanderait de mettre en lumière les aspects négatifs, les dangers et les risques de l'opération. Enfin, le devoir de conseil impliquerait d'attester de l'opportunité du contrat pour son destinataire.

³¹⁰⁰ SCHOLASTIQUE, Estelle. *Op. cit.*, n° 7 ; ROUTIER, Richard. « Obligations et responsabilités du banquier », 2^e éd., Dalloz, 2008, n° 351.13, p. 483.

³¹⁰¹ V. STARCK, Boris, ROLAND, Henri et BOYER, Laurent. « Obligations », v. 2, 5^e éd., Litec, 1995, n° 284, p. 116, qui parlent d'un très grand flottement régnant en ce domaine, traduit par « la variété du langage : obligation d'information, de renseignement, de mise en garde, de conseil, obligation d'avertir, d'attirer l'attention... » FABRE-MAGNAN, Muriel. *Op. cit.*, n° 12, p. 9 ; TERRÉ, François, SIMLER, Philippe et LEQUETTE, Yves. « Droit des obligations », 8^e éd., Dalloz, 2002, n° 258, p. 256 ; STARCK, Boris, ROLAND, Henri et BOYER, Laurent. *Op. cit.*, n° 288, p. 120 ; MALAURIE, Philippe, AYNÈS, Laurent et STOFFEL-MUNCK, Philippe. 3^e éd., Defrénois, 2007, n° 780, p. 405.

incertitudes car ses solutions ne sont pas toujours rendues dans des termes précis³¹⁰². On regroupe alors souvent les devoirs du professionnel sous la seule enseigne « devoirs de renseignement »³¹⁰³. Enfin, pour que leur existence puisse être reconnue, on suggère que certaines conditions doivent encore être réunies : il faut que la relation présente un déséquilibre entre les parties, soit de nature structurelle (rapport de fort à faible), soit à caractère intellectuel (compétences, connaissances etc.)³¹⁰⁴ et que l'objet de la communication soit pertinent pour son destinataire (en connaissance de cause, soit il ne s'engagerait pas, soit il ne s'engagerait que dans des conditions distinctes)³¹⁰⁵.

969. En matière de crédit, une distinction peut être établie en parallèle avec les solutions fournies par la jurisprudence. Le devoir d'information n'exige pas, quant à lui, de distinctions particulières, étant donné l'existence en ce domaine d'une vaste réglementation à caractère formaliste³¹⁰⁶. La Cour de cassation a même pu affirmer, en matière de crédit mobilier à la consommation, que les établissements de crédit pouvaient se retrancher derrière les obligations légales sur les informations à fournir, lorsqu'on leur reprochait de ne pas avoir indiqué des renseignements supplémentaires³¹⁰⁷. Suivant cette idée, certains auteurs ont nié l'existence de tout devoir de conseil ou de mise en garde en matière de crédit aux consommateurs. S'appuyant sur le silence des lois Scrivener à ce sujet, on a affirmé que « la loi n'exige pas du prêteur plus que de mettre le consommateur en mesure de se faire sa propre opinion sur le crédit »³¹⁰⁸. Les juges ne s'y résignent pourtant pas. Ils rendent une jurisprudence assez fournie, tant sur le devoir de conseil (1) que sur celui, plus récent, de mise en garde (2) dont il convient de rechercher le contenu.

1) Du devoir de conseil au devoir d'« éclairer »

970. Conseiller quelqu'un, dit-on, implique de mettre en lumière l'opportunité même de ses décisions : « le conseil correspond à la mise en relation du renseignement brut avec l'objectif poursuivi par le créancier de l'obligation d'information »³¹⁰⁹. Reconnu comme un devoir,

³¹⁰² V., par exemple, Cass. 2^e civ. 24 févr. 2005 : Bull. civ. II, n^o 43, pourvoi n^o 04-11182, où une distinction est faite entre les devoirs, d'une part, d'« information et de conseil » et, d'autre part, d'information.

³¹⁰³ MAZEAUD, Henri, Léon et Jean, par CHABAS, François. « Leçons de droit civil – Obligations », t. II, v. 1^{er}, 9^e éd., Montchrestien, 1999, n^o 193, p. 186 (obligations précontractuelles) ; n^o 402-2, p. 401 (obligations contractuelles) ; STARCK, Boris, ROLAND, Henri et BOYER, Laurent. *Op. cit.*, n^o 284, p. 116.

³¹⁰⁴ TERRÉ, François, SIMLER, Philippe et LEQUETTE, Yves. « Droit des obligations », 8^e éd., Dalloz, 2002, n^o 259, p. 257 ; MALAURIE, Philippe, AYNÈS, Laurent et STOFFEL-MUNCK, Philippe. *Op. cit.*, 3^e éd., Defrénois, 2007, n^o 777, p. 401 ; STARCK, Boris, ROLAND, Henri et BOYER, Laurent. *Op. cit.*, n^o 296, p. 126 ; FABRE-MAGNAN, Muriel. *Op. cit.*, n^o 240, p. 187. V. aussi LUCAS DE LEYSSAC, Claude. « L'obligation de renseignements dans les contrats », *op. cit.*, n^o 30 à 33, p. 321-325, qui insiste sur la limite à porter à un tel devoir, consistant en l'obligation de se renseigner. Sur cette obligation, v. JOURDAIN, Patrice. « L'obligation de se renseigner », D. 1983, Chr. 139 ; LE TOURNEAU, Philippe. « De l'allègement de l'obligation de renseignements ou de conseil », D. 1990, Chr. p. 101.

³¹⁰⁵ FABRE-MAGNAN, Muriel. *Op. cit.*, n^o 169, p. 132 ; LE TOURNEAU, Philippe, préc., p. 101 ; « Les professionnels ont-ils du cœur ? », D. 1990, Chr. p. 22.

³¹⁰⁶ Sur le formalisme informatif, v. n^o 239 et s. *supra*.

³¹⁰⁷ Cass. 1^{re} civ. 14 juin 1989 : Bull. civ. I, n^o 240, pourvoi n^o 88-12665 ; JCP G 1991, II, 21632, note note G. VIRASSAMY ; D. 1989, Somm. com., 338, obs. J.-L. AUBERT.

³¹⁰⁸ SCHOLASTIQUE, Estelle. *Op. cit.*, n^o 25.

³¹⁰⁹ FABRE-MAGNAN, Muriel. *Op. cit.*, n^o 471, p. 385.

il peut conduire le professionnel à déconseiller la conclusion du contrat, agissant parfois contre son propre intérêt³¹¹⁰. C'est sans doute pourquoi certains auteurs affirment que le devoir de conseil implique un « altruisme total » de la part de son débiteur³¹¹¹. Sans forcément adhérer à une telle opinion, la jurisprudence exige des fournisseurs de crédit qu'ils prennent en compte les besoins du consommateur lorsqu'ils lui proposent des modalités distinctes d'opérations. Ayant longtemps employé, sans trop de rigueur, l'expression « devoir d'information et de conseil », la Cour de cassation se sert, depuis une jurisprudence récente, de celle de « devoir d'éclairer ». Les établissements professionnels sont alors tenus d'éclairer le consommateur, d'une part, sur les avantages et les inconvénients liés au choix à réaliser, d'autre part, sur l'adéquation du contrat proposé à sa situation personnelle. Les contrats d'assurance proposés ou exigés comme condition de l'octroi d'un crédit immobilier constituent un terrain de prédilection de la jurisprudence en la matière (a). Ils ne sont pourtant pas les seuls (b).

a) Le conseil lors de l'adhésion à un contrat d'assurance accessoire au crédit

971. Souvent, les établissements prêteurs font valoir que la remise au consommateur de la notice d'information contenant toutes les conditions du contrat d'assurance permet à ce dernier d'en prendre pleine connaissance et, ainsi, d'exercer ses choix. La Cour de cassation rejette toutefois cet argument. Plusieurs arrêts déclarent que l'établissement de crédit a « le devoir de faire connaître de façon très précise à l'adhérent [au contrat d'assurance] les droits et obligations qui sont les siens ; qu'il est responsable des conséquences qui s'attachent à un manquement à ce devoir d'information et de conseil »³¹¹². En raison d'une résistance de certains juges du fond à se conformer à cette orientation³¹¹³, l'assemblée plénière de la Cour de cassation a dû la confirmer dans un arrêt du 2 mars 2007³¹¹⁴. Dans sa décision, elle abandonne pourtant les termes, maintes fois employés, d'« information et conseil » et les remplace par celui d'« éclairer ». Désormais, « le banquier, qui propose à son client auquel il consent un prêt, d'adhérer au contrat d'assurance de groupe qu'il a souscrit à l'effet de garantir, en cas de survenance de divers risques, l'exécution de tout ou partie de ses engagements, est tenu de l'éclairer sur l'adéquation des risques couverts à sa situation personnelle d'emprunteur, la remise de la notice ne suffisant pas à satisfaire à cette obligation ». Cette solution est confirmée par les chambres de la Cour dans ses arrêts les plus récents³¹¹⁵. Le changement terminologique opéré ne semble rien modifier, sur le fond, au devoir qu'elle impose aux

³¹¹⁰ LUCAS DE LEYSSAC, Claude. *Op. cit.*, n° 47, p. 333 ; LE TOURNEAU, Philippe. « Les professionnels ont-ils du cœur ? », D. 1990, p. 22 ; FABRE-MAGNAN, Muriel. *Op. cit.*, n° 471, p. 385, note 58 .

³¹¹¹ MALAURIE, Philippe, AYNÈS, Laurent et STOFFEL-MUNCK, Philippe. *Op. cit.*, 3^e éd., Defrénois, 2007, n° 777, p. 403.

³¹¹² Cass. 1^{re} civ. 8 juin 1994: Bull. civ. I, n° 207, pourvoi n° 92-10560 ; Cass. 2^e civ. 13 janv. 2005 : Bull. civ. II, n° 4, pourvoi n° 03-17199 ; Cass. 2^e civ. 5 juill. 2006 : Bull. civ. II, n° 184, pourvoi n° 05-12603.

³¹¹³ Auxquels, par ailleurs, la 3^e chambre civile de la Cour de cassation a pu s'associer : Cass. 3^e civ. 24 avr. 2003 : Bull. civ. III, n° 83, pourvoi n° 01-12658.

³¹¹⁴ Bull. ass. plén. n° 4, pourvoi n° 06-15267.

³¹¹⁵ Cass. 2^e civ. 2 oct. 2008 : Bull. civ. II, n° 201 et 202, pourvois n° 07-15276 et 07-16018 ; D. 2008. AJ. 2499, obs. Avena- Robardet ; Cass. 2^e civ. 3 sept. 2009 : inédit, pourvoi n° 08-13952.

établissements de crédit. Ceux-ci demeurent tenus de procéder à une appréciation d'opportunité sur l'alternative qu'ils proposent au consommateur : le contrat à choisir doit être adéquat aux besoins personnels de celui-ci. Bien fournie en matière d'assurances accessoires à un prêt, la jurisprudence l'est un peu moins relativement aux opérations de crédit, conclues avec des consommateurs.

b) Le conseil lors d'une opération de crédit

972. Ici encore, lorsqu'il s'agit pour un consommateur de se décider entre plusieurs opérations qui lui sont proposées ou qui se présentent à lui dans le cadre de sa relation avec un fournisseur de crédit, le devoir de conseil est tout aussi de rigueur³¹¹⁶. Dans une affaire jugée en 2005³¹¹⁷, une emprunteuse, se trouvant dans le besoin de couvrir le solde débiteur de son compte de dépôt, avait une alternative entre la mobilisation des fonds déposés dans ses comptes d'épargne tenus par la même banque et l'obtention de nouveaux emprunts. Ayant réalisé ce dernier choix par trois prêts successifs, elle a décidé par la suite de faire reconnaître la responsabilité de la banque, prétendant que celle-ci avait commis divers manquements à son égard. La cour d'appel de Bordeaux rejette sa demande, sous prétexte que la banque n'avait pas à s'ingérer dans la gestion des comptes de sa cliente ; que celle-ci avait pu décider librement de souscrire ou non les prêts proposés, aucune preuve n'étant établie d'une « situation d'urgence l'empêchant de consulter un tiers qualifié et en particulier son père, qui était présenté comme un ancien cadre de la banque ». La première chambre civile de la Cour de cassation censure cette décision par une formule qui allait inspirer son assemblée plénière deux ans plus tard. Elle reproche aux juges du fond de ne pas avoir recherché si, lors de la souscription de chacun des crédits, la banque avait, « comme elle y était tenue en tant que gestionnaire de comptes, éclairé sa cliente sur les avantages et inconvénients du choix qui s'offrait alors à cette dernière ». Telle qu'établie par la jurisprudence en matière de crédit aux consommateurs, l'étendue du devoir de conseil semble se limiter aux situations où la complexité de l'affaire exige que le prêteur leur vienne en aide, afin que le consommateur, face aux diverses opérations qui s'offrent à lui, soit en mesure de faire le meilleur choix³¹¹⁸. Il est pourtant un choix crucial à propos duquel la jurisprudence, paradoxalement, n'impose à ces professionnels que le devoir, théoriquement moins contraignant, de mettre le consommateur en garde ; c'est-à-dire lorsque le crédit est à prendre ou à laisser.

³¹¹⁶ *Contra*, v. GOURIO, Alain. « La responsabilité civile du prêteur au titre de l'octroi d'un crédit à un particulier », *Rev. dr. banc. et fin.* 2001, p. 53, pour qui « l'emprunteur est seul juge de l'opportunité de l'opération qui engendre le besoin de financement. Par conséquent, il est seul juge de l'opportunité de demander le financement proprement dit, en fonction de sa situation qu'il est certainement le mieux placé pour connaître ».

³¹¹⁷ Cass. 1^{re} civ. 12 juill. 2005 : *Bull. civ. I*, n°326, pourvoi n°03-10115.

³¹¹⁸ D. TRICOIT, D. « La rémunération du crédit en Europe », *Rev. dr. banc. et fin.* 2007, p. 83. Il s'agit « d'une opinion donnée à quelqu'un sur ce qu'il convient qu'il fasse ou ne fasse pas » ; GROUDEL, H. « Le devoir de conseil » in « Le devoir de conseil en assurance vie », *Rev. dr. banc. et bourse* 1999, suppl. *Ingénierie patrimoniale*, p. 4.

2) Le devoir de mise en garde

973. « L'homme de métier doit mettre en garde son partenaire »³¹¹⁹. Ce devoir professionnel consiste à attirer l'attention du cocontractant sur les aspects négatifs de l'opération envisagée³¹²⁰. Il s'agit d'un devoir très proche de celui qu'on vient d'exposer, d'un « conseil négatif : un conseil de ne pas faire »³¹²¹. L'absence de rigueur sur les distinctions présentées tant en doctrine qu'en jurisprudence a d'ailleurs conduit un auteur à suggérer que « la mise en garde est plus exigeante que le conseil puisqu'elle comprend, outre un conseil, l'explication des conséquences néfastes si ce conseil n'était pas respecté »³¹²². Ainsi, par exemple, il apparaîtrait bien plus efficace d'expliquer au consommateur pourquoi il est dangereux d'accepter telle opération de crédit, plutôt que de l'enjoindre de lire une notice où il est écrit : « un crédit vous engage »... Une différence importante par rapport au devoir de conseil qui se dégage de l'analyse de la jurisprudence consiste toutefois dans l'absence d'alternative, à proprement parler, pour le consommateur: au vu de l'opération que l'établissement de crédit lui propose, il n'a de véritable choix que de l'accepter ou de la refuser. Ici, le danger de l'opération est lié essentiellement au caractère excessif des charges de remboursement par rapport à la capacité financière du consommateur. La difficulté qui empêche de bien saisir l'étendue de la mise en garde résulte justement du fait que, à la différence du conseil, les décisions de rejet ne se fondent jamais que sur des moyens autres que l'accomplissement effectif par l'établissement de crédit de son devoir³¹²³. Ce constat n'est d'ailleurs que le corollaire évident d'une confusion terminologique causée par une jurisprudence d'une persévérance douteuse.

974. L'évolution de la terminologie jurisprudentielle – De la formule bien connue « devoir d'information et de conseil », la jurisprudence passe à celle de mise en garde lorsqu'est en cause le caractère ruineux du crédit pour le consommateur. L'expression est, certes, ancienne mais son application habituelle aux opérations de crédit ne s'est consolidée que plus récemment. Il suffit pour s'en convaincre d'observer les termes de l'arrêt du 27 juin 1995 rapportés ci-dessus : il y est question de mise en garde mais aussi de conseil (et d'information !). Le contenu du devoir des établissements de crédit s'est brouillé par la suite. Au lendemain de cette décision, la même première chambre civile de la Cour de cassation abandonnait toute référence à conseil, mise en garde ou information pour décider, simplement,

³¹¹⁹ LE TOURNEAU, Philippe. « Les professionnels ont-ils du cœur ? », D. 1990, Chr. p. 22.

³¹²⁰ Il s'agit de le mettre en garde non seulement sur les dangers et les risques inhérents au contrat ou à son objet, mais aussi sur le simple inconvénient d'un comportement particulier ; v. FABRE-MAGNAN, Muriel. *Op. cit.*, n° 467, p. 381.

³¹²¹ *Idem*, n° 477, p. 390 ; v. aussi MEKKI, Mustapha. « La singularité du devoir de mise en garde du banquier dispensateur de crédit », *Rev. dr. banc. et fin.*, nov. 2007, n° 6, dossier 27, n° 9.

³¹²² FABRE-MAGNAN, Muriel. *Op. cit.*, n° 468, p. 383. L'auteur met pourtant sa phrase au conditionnel et insinue des réserves : ce serait ainsi « dans une première analyse ».

³¹²³ Les décisions de rejet sur le fond portent presque entièrement sur les connaissances que l'emprunteur avait ou devrait avoir sur sa propre condition financière. Une mise en garde effectivement communiquée par un établissement de crédit n'est pourtant à ce jour jamais constatée, à notre connaissance.

qu'un organisme de crédit avait, « en connaissance de cause, accordé des crédits excessifs et [...] qu'il avait agi avec une légèreté blâmable »³¹²⁴. Elle reprenait encore, quelques années plus tard, les termes « information et conseil »³¹²⁵ avant d'adopter définitivement ceux de « mise en garde ».

975. La consécration du devoir de mise en garde – Sa consolidation s'est opérée en 2007, du moins dans la jurisprudence de la Cour de cassation. Celle-ci l'a imposé non seulement à des établissements de crédit mais aussi à un intermédiaire intervenant pour le financement considéré³¹²⁶. Elle l'a imposé indistinctement aussi au profit de l'emprunteur ou de sa caution. Un crédit d'un remboursement intrinsèquement impossible pour le premier rend pratiquement certaine la dette de la seconde, laquelle tient finalement lieu de débiteur principal³¹²⁷. Bien que son engagement l'empêche toujours, en pratique, d'invoquer le bénéfice de discussion, la caution peut invoquer à titre personnel la faute du prêteur³¹²⁸. Il ne s'agira pas d'invoquer sa décharge pour un engagement manifestement disproportionné à ses propres biens et revenus, comme le lui permet l'article L. 313-10 du Code de la consommation³¹²⁹, mais de reprocher à son créancier de l'avoir fait encourir un risque trop élevé du fait de l'« incapacité » de l'emprunteur. Il convient ainsi de rechercher le contenu dudit devoir qui s'étend, d'une part, à la vérification de la situation financière du consommateur (a), d'autre part, à l'analyse des dangers que l'opération peut lui faire subir (b).

a) La vérification de la capacité financière du consommateur

976. L'établissement de crédit est tenu de vérifier quelles sont les ressources du candidat emprunteur permettant à celui-ci de supporter les charges du crédit. Cette obligation relève de la raison³¹³⁰. Le banquier « désinvolte qui prête à l'aveuglette, en stipulant des modalités de remboursement sans rapport avec les capacités contributives de l'emprunteur, est sorti de sa fonction ; il ne peut se cacher derrière le paravent d'un prêt qui n'en est pas un »³¹³¹. La banque est fautive si elle ne procède pas à la vérification des biens et revenus de l'emprunteur. Sa

³¹²⁴ Cass. 1^{re} civ. 4 juill. 1995 : inédit, pourvoi n° 93-16822 ; Rev. dr. banc. et bourse 1996, n° 53, p. 52, obs. CRÉDOT, Francis J. et GÉRARD, Yves.

³¹²⁵ Cass. 1^{re} civ. 15 mai 2002 : inédit, pourvoi n° 99-19958.

³¹²⁶ Cass. com. 20 juin 2006 : Bull. civ. IV n° 145, pourvoi n° 04-14114 (manquement d'une banque et d'un courtier à leurs devoirs de mise en garde à l'égard d'emprunteurs profanes au titre d'un crédit excessif). La solution est établie alors même que le crédit avait une finalité professionnelle (achat d'un fonds de commerce d'hôtel et de restauration). Elle se justifie d'autant plus dans les opérations conclues avec des consommateurs que des crédits leur sont très souvent accordés par l'intermédiaire de tiers agissant en tant que mandataires d'un fournisseur de crédit.

³¹²⁷ ATIAS, Christian. « Le crédit dénaturé », D. 1996, p. 328, n° 5.

³¹²⁸ Cass. com. 19 déc. 2006 : inédit, n° 05-16388 (mention manuscrite de la caution – s'étant révélé fautive par une expertise graphologique – obtenue en 1988 en l'absence d'un préposé de la banque, de nature à déduire que celle-ci ne l'avait pas informée sur les risques de son engagement). La caution donnée par une étudiante est justiciable du devoir de mise en garde par un établissement spécialisé en crédit-bail, alors même que, sans en être dirigeante, elle détenait un tiers des parts de la société emprunteuse dirigée par ses parents, à laquelle le crédit litigieux avait été consenti pour l'exploitation d'un hôtel-restaurant : Cass. com. 3 mai 2006 : Bull. civ. IV, n° 103, pourvoi n° 04-19315 (engagement souscrit en 1991).

³¹²⁹ V. aussi l'art. L. 341-4 du même code, adopté postérieurement.

³¹³⁰ ROUTIER, Richard. « Consécration et problématique de l'obligation de mise en garde de l'emprunteur non averti », *op. cit.*, n° 11.

³¹³¹ ATIAS, Christian. « Le crédit dénaturé », D. 1996, p. 328, n° 4.

faute consiste à ne pas remplir son devoir professionnel³¹³². En France, la Cour de cassation pose en principe, de manière très nette depuis 2007³¹³³, que ce devoir est rempli « à raison des capacités financières de l'emprunteur et des risques de l'endettement né de l'octroi des prêts ». Si, toutefois, le consommateur dissimule des informations sur son patrimoine, s'il cherche à cacher son taux réel d'endettement dans le but de faciliter l'obtention du crédit sollicité, sa faute élude celle de son cocontractant³¹³⁴.

977. Les vérifications à la charge du professionnel peuvent être réalisées, notamment, en demandant au consommateur de lui fournir les documents attestant de ses capacités financières. Sa recherche ne saurait pourtant se restreindre aux seules informations fournies par le consommateur. Il doit ainsi solliciter des organismes de traitement de données, que ce soit des fichiers négatifs ou positifs, des informations pertinentes. À cette étape, il n'y a pas lieu d'écarter une source quelconque de revenus. Il s'agit de faire le compte du patrimoine présent et des revenus prévisibles du candidat emprunteur. Il convient de remarquer que les personnes à revenus modestes ne devraient pas être exclues, de ce seul fait, de la possibilité de l'octroi d'un crédit ; car il faut encore mettre ses ressources en rapport avec son niveau d'endettement.

b) L'analyse des dangers de l'opération pour le consommateur

978. La pondération nécessaire des données obtenues – L'imposition au fournisseur de crédit d'un devoir professionnel se révélerait très peu efficace si, disposant d'un maximum d'informations, celui-ci ne procédait pas à la pondération de ces données. Il connaît parfaitement les services qu'il propose. L'expérience des opérations précédentes lui permet aussi d'acquérir des connaissances sur les aboutissants de la pratique. Une fois en possession des informations pertinentes sur le nouveau demandeur de crédit, il peut enfin maîtriser les risques prévisibles de l'opération envisagée. S'il constate que les charges de celle-ci sont trop élevées par rapport aux facultés de remboursement du consommateur, il doit s'obstiner à dissiper les impulsions de celui-ci, en lui expliquant pourquoi il convient de ne pas s'engager dans une telle voie. Le raisonnement *ad absurdum* qui consiste à dire que « le banquier n'aurait plus alors qu'à retirer son enseigne de dispensateur de crédit »³¹³⁵, semble particulièrement inopérant. En définitive, le banquier n'a intérêt à exercer son métier qu'autant qu'il existe, dans le marché, des demandeurs financièrement sains à qui il peut légitimement « dispenser » du crédit. Il commet une faute en accordant, en connaissance de cause, un crédit à un

³¹³² Certes, il faut qu'on soit en présence d'un préjudice ; si le crédit est remboursé, même à dures peines, ce préjudice n'est pas caractérisé.

³¹³³ Cass. mixte, 29 juin 2007 : Bull. ch. mixte n° 7, pourvoi n° 05-21104 ; Cass. mixte 29 juin 2007 : Bull. ch. mixte n° 8, pourvoi n° 06-11673 ; Cass. com. 11 déc. 2007 : Bull. civ. IV, n° 260, pourvoi n° 03-20747 ; v. déjà : Cass. 1^{re} civ. 12 juill. 2005, préc., pourvoi n° 03-10921 ; Cass. com. 3 mai 2006, préc., pourvoi n° 04-19315.

³¹³⁴ Cass. 1^{re} civ. 30 oct. 2007 : Bull. civ. I, n° 330, pourvoi n° 06-17003 ; D. 2008. AJ. 256, obs. Avena-Robardet ; D. 2008. Jur. 256, note Bazin ; ibid. 2008. Chron. C. cass. 638, obs. Chauvin et Creton ; Cass. 1^{re} civ. 25 juin 2009 : Bull. civ. I, n° 139, pourvoi n° 08-16434.

³¹³⁵ ROUTIER, Richard. « Consécration et problématique de l'obligation de mise en garde de l'emprunteur non averti », *op. cit.*, n° 14.

consommateur dont il est probable, lors de l'octroi, qu'il ne sera pas en mesure d'honorer ses obligations, du moins pas sans sacrifices déraisonnables³¹³⁶.

979. L'appréciation des dangers de l'opération devra d'ailleurs se teinter d'autant plus de prudence qu'un excès de zèle déboucherait sur l'exclusion systématique des personnes à revenus modestes. À l'inverse, ce n'est pas parce qu'un patrimoine élevé a pu être recensé que le prêteur peut se décharger de toute analyse quant aux facultés contributives du demandeur de crédit. Une décision de la Cour de cassation française est, à cet égard, critiquable. Elle énonce, à propos d'un immeuble appartenant aux dirigeants d'une société emprunteuse et grevée d'une hypothèque, que la garantie « est limitée à ce bien et nécessairement adaptée aux capacités financières du constituant et aux risques de l'endettement né de l'octroi du crédit ; que la banque qui fait souscrire une telle sûreté n'est dès lors pas tenue d'un devoir de mise en garde à l'égard du constituant, que celui-ci soit ou non averti »³¹³⁷. Transposable au domaine du crédit aux consommateurs, cette solution paraît contestable. Ce n'est pas parce que la garantie est suffisante que le consommateur, qui n'a pas été mis en garde, admet le risque élevé d'une opération. L'abondance ne justifie pas le gaspillage...

980. Le taux d'endettement du candidat emprunteur – Certains auteurs estiment que la prise en compte du seul taux d'endettement du consommateur serait impertinente, les conditions personnelles globales de celui-ci devant être considérées³¹³⁸. Il n'empêche que les juges se fondent parfois sur un seuil prudentiel d'endettement, pour le dépassement duquel le fournisseur de crédit serait considéré fautif. Cet aspect fait d'ailleurs l'objet d'une jurisprudence croissante au Brésil, notamment sur des opérations de crédit « consignado » (cession des rémunérations)³¹³⁹. La jurisprudence récente autorise, sur le fondement du principe constitutionnel de la dignité de l'homme³¹⁴⁰ dont elle déduit la nécessité d'assurer un minimum vital, une réduction des prélèvements « à la source » à 30% au plus du salaire mensuel du consommateur³¹⁴¹. La responsabilité de l'établissement prêteur n'est, en revanche, jamais retenue.

³¹³⁶ Comp. GOURIO, Alain. « La responsabilité civile du prêteur au titre de l'octroi d'un crédit à un particulier », *op. cit.*, p. 53, pour lequel la faute doit être appréciée par rapport au comportement du banquier exemplaire, abstraitement considéré, le « bonus argentarius » placé dans la même situation. Dans le même sens, v. Gavalda et Stoufflet, n° 195 ; VÉZIAN, Jack. *Op. cit.*, n° 223, p. 153.

³¹³⁷ Cass. com 24 mars 2009 : Bull. civ. IV, n° 43, pourvoi n° 08-13034.

³¹³⁸ GOURIO, Alain. « La responsabilité civile du prêteur au titre de l'octroi d'un crédit à un particulier », *Rev. dr. banc. et fin.* 2001, p. 56 ; CRÉDOT, Francis J. « L'octroi de crédits et l'obligation de conseil du banquier », *Rev. dr. et patr.*, janv. 1994, p. 34.

³¹³⁹ La loi plafonne l'endettement à crédit par l'emprunteur. Ce seuil s'élève à 40% du montant de la rémunération disponible de l'employé (art. 2, §2, II, de la loi n° 10.820/2003) telle que définie par l'art. 3, II, du décret n° 4.840 du 17 septembre 2003, et à 30% du montant des bénéfices sociaux versés par l'INSS (art. 6, §5, de la loi n° 10.820/2003). Seulement, le législateur a « oublié » d'établir des sanctions pour les franchissements des seuils prévus, sans doute pour avoir trop pensé à prévoir que le consentement du consommateur devait être « irrévocable et irrtractable ». V. n° 172 *supra*.

³¹⁴⁰ Art. 1°, al. III, CF/1988.

³¹⁴¹ TJRS-APC n° 70038107785, rel. Des. Judith dos Santos Mottecy, 12^e civ., j. 19.8.2010, DJ 26.8.2010. Certaines décisions sont plus audacieuses ; elles réduisent le montant des échéances d'un prêt ordinaire par application analogique du régime du crédit « consignado » ; v. TJRJ-APC n° 0260347-95.2009.8.19.0001, rel. Des. Elton M. C. Leme, 6^e civ., j. 28.7.2010, DJ 9.8.2010.

981. En France, certains juges estiment qu'un seuil d'endettement d'un tiers des ressources de l'emprunteur fait l'objet des usages bancaires. Ils retiennent la faute du banquier dont le crédit octroyé dépasserait ce pourcentage. La Cour de cassation approuve ces décisions, parfois en s'arrogeant elle-même le pouvoir d'apprécier cette faute³¹⁴², parfois en se retranchant derrière l'appréciation souveraine des juges du fond³¹⁴³.

982. La prise en compte de l'avenir – Il y aurait lieu aussi, selon certains, de considérer l'évolution prévisible de la situation de l'emprunteur. Le problème, remarque-t-on à juste titre, est que « le plus souvent le prévisible et l'imprévisible se mêlent et aucun d'eux n'est, à lui seul, suffisant »³¹⁴⁴. On suggère ainsi l'établissement d'une « quote-part, avec les risques d'arbitraire qu'elle comporte, permettant de trouver l'élément prépondérant »³¹⁴⁵. Si l'évolution des revenus de l'emprunteur est, dans une certaine mesure, imprévisible, les opérations à mensualités progressives le sont moins. La Cour de cassation impose aux juges du fond de rechercher si, en raison de la progressivité du montant des mensualités de remboursement du prêt litigieux, l'endettement total qui en résulte, excède, ou non, les facultés contributives de l'emprunteur³¹⁴⁶.

983. L'analyse de la motivation des décisions, dans toutes ces hypothèses, révèle que les magistrats entendent sanctionner l'octroi d'un crédit fautif. Les dispositifs des arrêts finissent pourtant toujours par le rappel d'un devoir de mise en garde. La question de la cohérence du fondement dont se sert la jurisprudence est alors posée.

B) La question de la cohérence des fondements jurisprudentiels en matière de crédit ruineux

984. Il convient de s'interroger sur le bien-fondé de la jurisprudence sur la responsabilité civile pour crédit ruineux, alors qu'elle retient le motif d'un défaut de conseil (1), voire d'une absence de mise en garde (2). Malgré, encore une fois, une faiblesse terminologique, de telles variations ne sont pas sans conséquences.

1) La justification du devoir de conseil

985. Le conseil suppose, nous l'avons vu, un choix parmi différentes possibilités³¹⁴⁷. Une fois qu'il est communiqué, les risques prévisibles encourus par le consommateur découlent

³¹⁴² Cass. 1^{re} civ. 12 juill. 2006 : Bull. civ. I, n° 398, pourvoi n° 05-12699 (décision du fond rejetant la demande en responsabilité au motif que les emprunteurs, dont les revenus mensuels s'élevaient à 8 440 francs, avaient réussi à payer les mensualités de deux prêts immobiliers d'un montant total de 5 851,68 francs – soit un taux d'endettement de 69,33% – pendant six ans et demi avant leur défaillance ; l'arrêt est cassé pour s'appuyer sur des motifs « qui mettent en évidence la lourdeur de l'endettement né de l'octroi des deux prêts litigieux »).

³¹⁴³ Cass. 1^{re} civ. 4 juill. 1995, préc., pourvoi n° 93-16822 ; Rev. dr. banc. et bourse 1996, n° 53, p. 52, obs. CRÉDOT, Francis J. et GÉRARD, Yves ; .

³¹⁴⁴ PIEDELIÈVRE, Stéphane. D. 1995, p. 621.

³¹⁴⁵ Idem, ib idem.

³¹⁴⁶ Cass. 1^{re} civ. 12 juill. 2006 : Bull. civ. I, n° 397, pourvoi n° 04-13192 ; *contra*, v. auparavant Cass. 1^{re} civ. 10 févr. 1998 : inédit, pourvoi n° 96-13740 (rejet fondé sur la connaissance qu'avaient les emprunteurs de leur propre situation).

³¹⁴⁷ MEKKI, Mustapha. « La singularité du devoir de mise en garde du banquier dispensateur de crédit », *op. cit.*, n° 12.

d'aléas normaux pouvant intervenir postérieurement au choix réalisé. La Cour de cassation mène ainsi son raisonnement, de manière cohérente, au bout de sa logique quant à la réalité du conseil fourni.

986. Les conséquences de l'accomplissement du devoir de conseil – Elle considère que, si le fournisseur de crédit a accompli son devoir de manière satisfaisante – ce qu'elle réserve à l'appréciation souveraine des juges du fond –, le consommateur qui, délibérément, ne suit pas les conseils reçus ne peut s'en prendre qu'à lui-même des conséquences d'un mauvais choix³¹⁴⁸. Il en a été ainsi, par exemple, à propos d'époux ayant obtenu un crédit immobilier, auxquels l'assurance en cas de décès avait été proposée pour les deux co-emprunteurs³¹⁴⁹. Comme ceux-ci avaient exprimé leur « volonté délibérée » de ne pas souscrire une assurance pour le compte de l'épouse, « dont l'adhésion aurait été subordonnée, pour des raisons médicales, aux mêmes conditions, estimées par eux très onéreuses, que celles d'un précédent contrat », les juges du fond ont pu légitimement rejeter leur demande en responsabilité. Une conception moins stricte du devoir de conseil a d'ailleurs été retenue plus récemment par la chambre commerciale de la Cour de cassation³¹⁵⁰. En l'espèce, une banque avait remis à des époux emprunteurs les conditions générales et particulières de l'assurance, ces dernières prévoyant « clairement la possibilité de restrictions de couverture par l'assureur ». Comme l'épouse avait indiqué dans le questionnaire de santé, remis à l'occasion de la demande du prêt, avoir subi des traitements médicaux exclus de la couverture (arrêts-maladie), la Cour approuve les juges du fond d'avoir retenu, « par ces seules constatations et appréciations rendant inopérants les griefs invoqués », que la banque, « tenue d'éclairer son client, [...] avait rempli son obligation ».

987. Certes, le caractère plus ou moins satisfaisant des démarches réalisées par le professionnel pour conseiller son client dépendra toujours d'une appréciation discrétionnaire de la part du magistrat. Cela n'est pourtant que le résultat des fonctions légitimes que l'ordre juridique réserve au juge dans l'analyse des faits d'espèce. C'est sous cette observation qu'on approuvera l'orientation de la Cour de cassation sur le devoir de conseil dans les opérations de crédit aux consommateurs. Celle sur la mise en garde suscite, en revanche, plus de réticences.

2) L'artifice créé par la « doctrine » du devoir de mise en garde

988. À la différence d'un conseil, une mise en garde est unique dans sa fonction : le professionnel doit avertir son cocontractant des dangers de l'opération qu'il souhaite réaliser

³¹⁴⁸ En ce sens, v. LE TOURNEAU, Philippe. « Les professionnels ont-ils du cœur ? », D. 1990, Chr. p. 25 ; v. aussi FABRE-MAGNAN, Muriel. *Op. cit.*, n° 479, p. 391 : « c'est pourquoi La Rochefoucauld disait, dans ses Maximes, que 'l'on ne donne rien si libéralement que des conseils » ; l'auteur ajoute cependant que « de nos jours, un tel comportement risquerait de se révéler bien nuisible pour le généreux donateur qui a plutôt intérêt à vérifier ses conseils s'il ne veut pas voir sa responsabilité engagée ! »

³¹⁴⁹ Cass. 1^{re} civ. 16 juill. 1998 : Bull. civ. I, n° 247, pourvoi n° 96-14686.

³¹⁵⁰ Cass. com. 16 mars 2010: inédit, pourvoi n° 09-66144.

sans avoir *a priori* à lui proposer une alternative³¹⁵¹. Pour certains, le mécanisme représente une simple technique de répartition des risques qui vise à établir un « juste équilibre entre les intérêts en présence », une « voie médiane » entre le devoir d'information, jugé insuffisant, et le devoir de conseil, estimé trop contraignant³¹⁵². Il est permis de douter d'une telle analyse. En réalité, en sanctionnant l'octroi de crédits ruineux par le mécanisme de la responsabilité civile, la jurisprudence envoie indirectement un message de prudence à la profession. Dès lors, c'est plutôt d'un devoir de discernement – prôné depuis longtemps³¹⁵³ – qu'il s'agit. Si ce n'est d'un artifice, le prétexte pris d'un défaut de mise en garde relève d'un « abus de langage jurisprudentiel ». Malheureusement, en cette matière la jurisprudence « n'est pas habitée par des scrupules terminologiques »³¹⁵⁴. Elle se trouve prise en porte-à-faux par l'emploi purement mécanique d'expressions qui on résisté à l'usure du temps et à l'évolution des diligences professionnelles³¹⁵⁵. L'incohérence des termes utilisés se révèle de manière particulièrement évidente lorsqu'on s'interroge sur les conséquences d'une mise en garde effective du consommateur (a). À la réflexion, c'est d'ailleurs la responsabilité civile elle-même en tant que technique juridique de protection dont il convient d'établir le bien-fondé (b).

a) L'embarras de l'exécution de la mise en garde en cas de crédit ruineux

989. Sans doute y a-t-il peu de chances qu'un consommateur avisé décide de s'engager s'il a été mis en garde sur la dangerosité du crédit désiré. Ce n'est pourtant assurément pas un tel avertissement qui pourra l'empêcher de subir un préjudice lorsqu'un crédit, qui a toutes les chances de ne pas être remboursé, lui est tout de même octroyé³¹⁵⁶. On voit mal, a-t-on justement relevé, « la cohérence qui pourrait animer le comportement d'un établissement de crédit qui, après avoir constaté l'incapacité pour le candidat emprunteur de supporter la charge de l'endettement envisagé et dissuadé, dans cette mesure, ce dernier de conclure le prêt, émettrait néanmoins une offre de prêt, alors qu'il est évident que, si celle-ci est acceptée, les échéances ne pourront pas être respectées »³¹⁵⁷. Devant la perspective d'un crédit dangereux,

³¹⁵¹ En ce sens, v. MEKKI, Mustapha. « La singularité du devoir de mise en garde du banquier dispensateur de crédit », *op. cit.*, n° 12, qui se réfère pourtant à une unicité d'objet.

³¹⁵² *Idem*, *ib idem*.

³¹⁵³ STOUFFLET, Jean. « Devoirs et responsabilités du banquier à l'occasion de la distribution du crédit », *op. cit.*, p. 33, lequel le réserve cependant au seul « manque de discernement grossier ».

³¹⁵⁴ STARCK, Boris, ROLAND, Henri et BOYER, Laurent. *Op. cit.*, n° 288, p. 120 : « n'emploie-t-elle pas le mot conseil alors qu'en réalité il s'agit d'information et l'inverse ? »

³¹⁵⁵ En ce sens, v. FABRE-MAGNAN, Muriel. *Op. cit.*, n° 464, p. 179 qui affirme qu'« il n'apparaît d'ailleurs pas très utile d'essayer de comprendre pourquoi [les juges] adoptent un terme plutôt qu'un autre car le choix qu'ils font dépend en réalité souvent des propres termes employés par le demandeur dans ses conclusions ou son mémoire ampliatif ».

³¹⁵⁶ Cela prouve (ou du moins n'élimine pas) le lien de causalité entre le préjudice économique subi par le consommateur et l'agissement du fournisseur de crédit.

³¹⁵⁷ MAZEAUD, Denis. « La cour de cassation poursuit son œuvre de dissuasion contractuelle en matière de droit de la consommation », *Defrénois* 1995, n° 22, p. 1416. C'est d'ailleurs l'avis de la majorité de la doctrine : MESTRE, Jacques. « L'heure est décidément au devoir de conseil... », *RTD civ.* 1996, p. 384 ; CABRILLAC, Michel. Note à la *RTD com.* 1996, p. 100 ; PIEDELIÈVRE, Stéphane. *D.* 1995, p. 621 ; du même auteur, « La responsabilité liée à une opération de crédit », *Rev. dr. et patrimoine*, janv. 2001, n° 89, p. 63 ; SCHOLASTIQUE, Estelle. « Les devoirs du banquier dispensateur de crédit au consommateur », *Defrénois* 1996, n° 11, p. 689, n° 30 ; PAISANT, Gilles. « Prévention du surendettement et responsabilité dans l'octroi du crédit », *LPA* 10 avr. 2003, n° 72, p. 37, n° 14 ;

le fournisseur ne doit pas se contenter d'avertir le consommateur, il doit le refuser. Or, la Cour de cassation pose en principe que le banquier non seulement peut, mais il doit justifier avoir satisfait à son obligation de mise en garde³¹⁵⁸. Elle précise qu'un juge inverse indûment la charge de la preuve s'il déclare que « ce n'est pas à la banque de prouver qu'elle a exécuté son obligation [de mise en garde], mais à M. et Mme X... de prouver le contraire »³¹⁵⁹.

990. L'avenir, sera-t-il donc aux décisions d'exonération des prêteurs dont la preuve est établie qu'ils avaient bien mis en garde leurs clients ruinés à crédit ? Outre le caractère douteux d'éventuelles clauses de style insérées dans des contrats d'adhésion, l'analyse de la jurisprudence ne semble point conduire à ce pronostic. L'absence de décisions en ce sens, à notre connaissance, n'est sans doute pas probante ; en revanche, un arrêt retenant la responsabilité du prêteur alors même qu'il aurait dûment averti son cocontractant le serait assurément. Un litige tranché le 8 juin 2004 par la Cour de cassation³¹⁶⁰ comportait une réalité très proche de cette solution. En l'espèce, des époux avaient assigné en responsabilité pour crédit ruineux une banque qui leur avait consenti un prêt immobilier d'un montant de 400 000 francs qu'ils n'arrivaient plus à rembourser. Les juges du fond les ont déboutés au motif qu'« avant de solliciter ainsi le Crédit agricole, leur banquier habituel, auprès duquel ils étaient parallèlement tenus de plusieurs emprunts professionnels souscrits par le mari en sa qualité d'artisan peintre, ils avaient vainement pressenti la Banque Nationale de Paris, laquelle leur avait opposé la prévisibilité d'un endettement excessif, de sorte qu'ils avaient ultérieurement obtenu l'emprunt litigieux en pleine connaissance de cause et que leur préjudice était exclusivement imputable à eux-mêmes et non à l'éventuelle absence de mise en garde de la part de l'établissement contractant ». Cette décision est sèchement cassée par la Cour de cassation.

VÉZIAN, Jack. *Op. cit.*, n° 248, p. 177 ; STOUFFLET, Jean. « Retour sur la responsabilité du banquier donneur de crédit », *op. cit.*, p. 517 ; BÉNABENT, Alain. « Les contrats spéciaux civils et commerciaux », 8^e éd., Montchrestien, 2008, n° 1156, p. 553. *Contra*, MEKKI, Mustapha. « La singularité du devoir de mise en garde du banquier dispensateur de crédit », *Rev. dr. banc. et fin.*, nov. 2007, n° 6, dossier 27, n° 12 et 21, note 58 ; GOURIO, Alain. « La responsabilité civile du prêteur au titre de l'octroi d'un crédit à un particulier », *op. cit.*, p. 52 ; JCP G 2007, II, 10146, note A. Gourio ; JCP E 1996, II, 772, n° 10, note LEGEAIS, Dominique. D'un avis plus nuancé, v. ROUTIER, Richard. *Op. cit.*, n° 14 et 17, pour qui si des risques existent mais l'« échec n'est pas certain », la mise en garde de l'emprunteur non averti exonérerait le banquier de la responsabilité civile : « seule la lourdeur de l'endettement induisant un facteur de risque relèverait de la mise en garde ; les concours abusifs, accordés avec une légèreté blâmable, ou ruineux supposant quant à eux une certaine abstention ».

³¹⁵⁸ Cass. 1^{re} civ. 18 sept. 2008 : Bull. civ. I, n° 203, pourvoi n° 07-17270 ; D. 2008. 2343, obs. V. Avena-Robardet ; Cass. 1^{re} civ. 6 nov. 2001 : Bull. civ. I, n° 271, n° 98-2051 8. Certains suggèrent la rédaction d'une clause de reconnaissance d'avertissement (MEKKI, Mustapha, *op. cit.* ; ROUTIER, Richard. « Consécration et problématique de l'obligation de mise en garde de l'emprunteur non averti », *Rev. dr. banc. et fin.*, nov. 2007, dossier 28, n° 18) mais ces mêmes auteurs rappellent les faiblesses de clauses de style formulées abstraitement.

³¹⁵⁹ Cass. com. 11 déc. 2007, préc., pourvoi n° 03-20747 ; S. Piedelièvre, note D. 2007. 2081 ; B. Parance, RLDC 2007. 2726 ; Cass. 1^{re} civ. 20 déc. 2007 : Bull. civ. I, n° 395 ; RDC 2008. 298, obs. S. Carval ; Cass. com. 8 janv. 2008, n° 06-17927, 06-17659, 06-13315. En l'espèce, l'arrêt de la cour d'appel attaqué faisait allusion plutôt à un devoir de conseil. La Cour de cassation le censure, affirmant l'existence d'un devoir de mise en garde.

³¹⁶⁰ Cass. 1^{re} civ. 8 juin 2004 : Bull. civ. I, n° 166, pourvoi n° 02-12185 ; Lexbase hebdo aff. 8 juill. 2004, n° N2214ABM, note D. Bakouche ; JCP G 2004, II, 10142, note Y. Dagorne-Labbé et JCP E 2004, p. 1442, note D. Legeais ; Gaz. Pal. n° 86, 2005, p. 25 note F. Bouca rd ; Banque et droit, 2004, n° 98, p. 57, note T. Bo nneau ; RD bancaire et fin. 2005, n°6, p. 14, note F.-J. Cré d ot et Y. Gérard ; D. 2004, p. 1897 ; Dr. et patrimoine 2004, n°526, p. 2.

991. On pourrait être tenté, en raison des termes très laconiques de la cassation³¹⁶¹, de la justifier par le principe de l'effet relatif des contrats. Ainsi, si le devoir de mise en garde est dû, il ne saurait être remplacé par les avertissements d'un tiers, fussent-ils décisifs. Ce serait y voir pourtant une volonté des juges du droit de transformer le devoir de mise en garde en une règle purement formelle. Aucune raison ne semble conduire à une telle conclusion : il s'agissait, en l'occurrence, de mettre en œuvre une technique du droit commun des obligations ; le consensualisme faisant alors figure de proue, c'était le fond de la règle de conduite qui intéressait l'affaire. Le professionnel n'a d'ailleurs pas manqué de soutenir, avec succès devant la cour d'appel, qu'il avait prêté à des emprunteurs tout à fait conscients des risques de l'opération. Si la Cour de cassation n'en tient pas compte, c'est bien qu'une mise en garde réalisée par le prêteur lui-même ne l'aurait pas mieux arrangé. En définitive, la leçon qui se dégage de la jurisprudence est qu'il ne faut pas prêter à ceux qui ne sont pas en mesure de rembourser³¹⁶². La question qui se pose est, dès lors, de savoir si la technique qu'elle emploie est la plus appropriée à faire passer ce message.

b) Le bien-fondé de la technique de la responsabilité civile

992. Au-delà de l'aspect artificiel du critère de la mise en garde, on peut se demander si la nature de la responsabilité retenue par la jurisprudence se justifie (I). À la réflexion, c'est la cohérence de la technique même de la responsabilité civile qui soulève le doute (II).

I – La justification du chef de responsabilité

993. La responsabilité du prêteur pour octroi de crédit ruineux à un consommateur est contractuelle³¹⁶³. Le consommateur trouverait cela évident : il a signé un contrat, il agit contre son cocontractant. Il est toutefois possible que les emprunteurs, dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 27 juin 1995³¹⁶⁴, aient été surpris. Ils avaient agi en nullité des contrats de prêt. La Cour d'appel de Riom a dit que ceux-ci étaient bien valables mais invite les emprunteurs à se prononcer sur la possibilité qu'ils aient subi un préjudice pour défaut de conseil et de mise en garde. S'agissait-il pour autant de responsabilité contractuelle ? D'un point de vue juridique, cette conclusion n'était pas évidente car le conseil manqué aurait dû être donné avant toute conclusion du contrat. La faute s'accommodait-elle donc mieux d'une demande en responsabilité extracontractuelle. C'était d'ailleurs le fondement soulevé par la banque pour

³¹⁶¹ Elle est rendue au seul visa de l'article 1147 du Code civil, sur la responsabilité contractuelle. Sur la nature de la responsabilité civile pour crédit excessif, v. n° 994 *infra*.

³¹⁶² Cette solution a paru favoriser une conception « collectiviste » du rôle des banques ; v. GRUA, François. « La responsabilité civile de celui qui fournit le moyen de causer un dommage », RTD civ. 1994, p. 1, n° 4. Elle rejoint, dans une certaine mesure, les propositions d'une partie de la doctrine qui prétend fonder la responsabilité des banques sur l'idée de risques légitimes et risques interdits ; v. STOUFFLET, Jean. « Devoirs et responsabilités du banquier à l'occasion de la distribution du crédit », in « Responsabilité professionnelle du banquier : Contribution à la protection des clients de banque », GAVALDA, Christian (dir.), *Economica*, 1978, p. 33).

³¹⁶³ Cass. 1^{re} civ. 19 nov. 2009 : Bull. civ. I, n° 231, pourvoi n° 07-21382.

³¹⁶⁴ Cass. 1^{re} civ., préc., pourvoi n° 92-19212.

contester une décision de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence, avant que la Cour de cassation ne rejette son pourvoi le 4 juillet 1995³¹⁶⁵.

994. La nature contractuelle de l'action intentée au nom de l'emprunteur est pourtant affirmée en jurisprudence depuis longtemps, alors même que ce serait au profit des tiers créanciers de ce dernier³¹⁶⁶. En réalité, les devoirs du professionnel qui consent un crédit à un consommateur se situent à un « échelon supérieur »³¹⁶⁷, qui dépasse le contact initial entre les parties. Au moment où il est amené à juger de l'adéquation du crédit aux besoins personnels du consommateur, les parties se trouvent déjà dans un cadre de coopération³¹⁶⁸ où elles doivent faire preuve de loyauté et de bonne foi. Certes, le moment très précis où le consommateur signe le contrat ne fait aucun doute quant à sa traçabilité dans le temps. On sait aussi que ce trait temporel est censé partager les différents régimes obligationnels applicables aux parties. Les établissements de crédit sont cependant astreints à des devoirs professionnels qui dépassent « l'opposition obsolète contractuel-extracontractuel »³¹⁶⁹. Bien que tout cela puisse susciter des réticences, la solution est bien acquise en jurisprudence. Le consommateur qui demande réparation d'un préjudice pour octroi de crédit excessif est soumis au régime de la responsabilité contractuelle. Or, en se fondant sur cette technique du droit commun il veut, en réalité, se dégager d'une obligation dont il n'aperçoit le caractère excessif que tardivement³¹⁷⁰. N'y a-t-il pas un détournement de la fonction de la responsabilité civile ?

II – La cohérence de la technique utilisée

995. On a proposé ainsi de considérer autrement la force obligatoire du lien contractuel établi entre le consommateur et l'établissement de crédit, par analogie avec celle qui lie ce dernier à la caution ayant accordé un engagement disproportionné³¹⁷¹. Aucune différence de finalité n'existe, il est vrai, entre l'objectif de la règle d'équilibre prévue au bénéfice de la caution et celui poursuivi par la jurisprudence qui protège l'emprunteur contre un crédit ruineux³¹⁷². Si différence il y a entre les situations de ces contractants, elle tient à la seule absence de *synallagma* entre les obligations des seules parties au cautionnement : la caution paie sans avoir utilisé le crédit. Si le législateur a considéré l'argument suffisant pour ne fragiliser la force obligatoire qu'au bénéfice de celle-ci, le juge pourrait se fonder sur un même devoir de proportionnalité dans le droit des contrats pour décharger l'emprunteur de ses obligations, puisqu'il encourt le même risque.

³¹⁶⁵ Cass. 1^{re} civ., pourvoi n° 93-16822, préc.

³¹⁶⁶ Cass. com. 4 nov. 1977, préc.

³¹⁶⁷ SCHOLASTIQUE, Estelle. « Les devoirs du banquier dispensateur de crédit au consommateur », *op. cit.*, n° 8.

³¹⁶⁸ SILVA, Clóvis do Couto e. « A obrigação como processo », FGV, 2006.

³¹⁶⁹ LE TOURNEAU, Philippe. « Les professionnels ont-ils du cœur ? », D. 1990, Chr. p. 21 ; TERRÉ, François, SIMLER, Philippe et LEQUETTE, Yves. « Droit des obligations », 8^e éd., Dalloz, 2002, n° 780, p. 405 : « on mesure à nouveau combien est atténuée la distinction entre formation et exécution du contrat. Ainsi, il est des cas où le devoir de conseil est en même temps antérieur et postérieur à la formation du contrat ».

³¹⁷⁰ PAISANT, Gilles. « Prévention du surendettement et responsabilité dans l'octroi du crédit », *op. cit.*, n° 14.

³¹⁷¹ *Idem, ib idem.*

³¹⁷² On peut se demander toutefois si la règle de retour à meilleure fortune ne sous-tend pas une distinction téléologique.

996. L'idée est séduisante. Seulement, il faudrait se garder de procéder, à l'instar du dispositif relatif à la caution, à une décharge automatique des obligations de l'emprunteur devant le constat d'un crédit qui dépasserait ses capacités contributives. Car une telle solution enlèverait l'intérêt de l'appréciation de son comportement, tant avant qu'après la conclusion du contrat, ainsi que du préjudice qu'il allègue avoir subi. Autrement, on se rapprocherait du rôle des banques en tant que prestataires d'un service public³¹⁷³ dont les agissements professionnels fourniraient seuls au juge la substance factuelle pour l'appréciation de leur responsabilité civile. Ce serait pourtant négliger le rôle que doit jouer le consommateur en tant qu'acteur économique au sein du marché. C'est pourquoi le mécanisme de la responsabilité civile, à supposer que ses conditions de mise en œuvre soient réunies, semble être utile dans une approche individuelle de protection du consommateur de crédit par le droit commun.

§ 2nd – Les conditions de mise en œuvre de la responsabilité pour crédit ruineux

997. S'agissant d'une technique de droit commun, il n'y aurait en principe pas lieu de distinguer son régime suivant la qualité des parties. Le droit civil n'est-il pas le droit des égaux ? La responsabilité civile du banquier pour crédit ruineux révèle pourtant très clairement l'effet que la réalité des forces confrontées dans la vie des affaires exerce sur la sensibilité du juge. Alors que la tradition veut que tous soient égaux devant la loi, le mécanisme ici analysé fournit un exemple éclatant du besoin ressenti par celui-ci de traiter de manière distincte ceux dont le semblant d'égalité est démenti par les faits. C'est ainsi qu'aux conditions classiques de mise en œuvre de la responsabilité civile (B), la jurisprudence ajoute celle relative à la qualité de la victime (A).

A) La condition spéciale tenant à la qualité de la victime

998. Dire qu'un professionnel ou une entreprise dispose naturellement de moyens et de capacités bien plus avancés pour défendre ses propres intérêts qu'un simple consommateur est un lieu-commun. La jurisprudence en tient compte lorsqu'elle est sollicitée pour trancher un litige où l'un de ces différents agents économiques invoque la responsabilité civile d'un établissement de crédit. Elle ne s'en tient pas pour autant à la distinction classique professionnel-consommateur. Un professionnel est ainsi tout autant justiciable d'un comportement prudent de la part du banquier qu'un consommateur³¹⁷⁴.

³¹⁷³ VÉZIAN, Jack. *Op. cit.*, n° 13, p. 13 ; HOUIN, Roger. RTD com. 1957, p. 462, n° 30 et 1964, p. 165, n° 29 ; CABRILLAC, Michel. Préface à l'ouvrage de VÉZIAN, Jack, préc. ; RODIÈRE, René et RIVES-LANGE, Jean-Louis. « Droit bancaire », Dalloz, 1973, n° 384, p. 439. Contra, v. STOUFFLET, Jean. « Devoirs et responsabilités du banquier à l'occasion de la distribution du crédit », *op. cit.*, p. 23.

³¹⁷⁴ Cass. 1^{re} civ. 22 janv. 2009 : Bull. civ. I, n° 7, pourvoi n° 07-19867 ; D. 2009. AJ. 368, obs. Avena- Robardet (emprunteuse « qui exerçait la profession de voyageur, représentant, placier »).

999. Après certaines hésitations sur l'appellation du destinataire d'un tel comportement, la jurisprudence en est arrivée à celles d'« averti » ou « non averti »³¹⁷⁵. Son analyse permet de déduire qu'est avertie une personne qui dispose des connaissances nécessaires pour s'aviser pertinemment des dangers de l'opération. Il ne s'agit pas des risques spécifiques aux modalités de crédit envisagées. Ceux-ci font, en amont, l'objet du devoir d'information. Les dangers que l'emprunteur encourt personnellement et dont il doit être averti sont relatifs à l'adéquation de l'opération en question à ses besoins et facultés personnels. À l'inverse, sont logiquement non averties les personnes qui ne disposent pas de telles connaissances. Seules ces dernières peuvent tenter légitimement une action en responsabilité pour crédit ruineux, qu'elles soient créancières, indistinctement, d'un devoir de conseil ou de mise en garde. Faut-il en déduire pour autant que le consommateur est présumé non averti ? Une telle présomption serait-elle susceptible de preuve contraire ? La jurisprudence répond alors différemment à ces questions – parfois elle ne donne que des pistes – suivant qu'il s'agit d'un devoir de conseil (1) ou d'un devoir de discernement (mise en garde) (2).

1) La victime d'un manquement au devoir de conseil

1000. La Cour de cassation semble faire l'amalgame entre le consommateur et le non averti. Elle ne tient pas compte, à cet égard, des suggestions de certains auteurs, fournies dans le but de limiter les devoirs du professionnel relativement aux connaissances que le client peut avoir lui-même sur le contrat proposé³¹⁷⁶. Dans l'arrêt du 12 juillet 2005, jugé par la première chambre civile³¹⁷⁷, celle-ci censure les juges du fond d'avoir estimé, pour rejeter la demande d'une emprunteuse, qu'elle aurait dû se renseigner elle-même, soit par la consultation d'un « tiers qualifié », soit en sollicitant « son père qui était présenté comme un ancien cadre de la banque ». Certes, si l'emprunteuse, au dire des premiers juges, « aurait dû » s'aviser, elle ne paraissait en tout état de cause pas être avertie lors de l'octroi du crédit. Si pourtant on insistait encore sur les doutes que les circonstances de l'espèce pouvaient laisser quant à l'orientation de la Cour, un arrêt récent de sa deuxième chambre civile semble dissiper toute controverse. Il en ressort clairement qu'un consommateur expérimenté peut réclamer un conseil au même titre qu'un profane. En l'espèce, la Cour d'appel de Paris avait rejeté la demande en responsabilité d'un consommateur souscripteur d'un crédit immobilier. Les juges du fond avaient retenu « qu'étant médecin et ayant déjà effectué des opérations immobilières comportant un prêt et l'adhésion à une assurance de groupe, M. X... pouvait choisir en connaissance de cause entre les deux assureurs [...] en considération des risques couverts et du montant, différent, des

³¹⁷⁵ Cass. 1^{re} civ. 12 juill. 2005 : Bull. civ. I, n° 324, pourvoi n° 02-13155 ; Cass. 1^{re} civ. 12 juill. 2005 : Bull. civ. I, n° 325, pourvoi n° 03-10770.

³¹⁷⁶ LE TOURNEAU, Philippe. « De l'allègement de l'obligation de renseignements ou de conseil », D. 1990, Chr. p. 101.

³¹⁷⁷ Bull. civ. I, n°326, pourvoi n°03-10115.

primes à payer »³¹⁷⁸. L'arrêt est cassé pour manquement du banquier à son devoir d'éclairer son client « sur l'adéquation des risques couverts à sa situation personnelle d'emprunteur ». Aucune référence au caractère averti ou non averti du demandeur ne figure sur cette décision. N'est-ce bien le signe de la bienveillance de la Cour de cassation à l'égard du consommateur, fût-il un « averti » ? Il n'en va toutefois pas de même s'agissant du devoir de mise en garde.

2) La victime d'un manquement au devoir de mise en garde

1001. Dans ses arrêts du 12 juillet 2005, la première chambre civile a posé nettement l'exigence du caractère non averti de l'emprunteur comme condition de l'action en responsabilité pour crédit ruineux³¹⁷⁹. En 2006, la chambre commerciale laissait entendre qu'elle adhérait à cette orientation³¹⁸⁰. Bien qu'elles emploient ce terme expressément depuis les arrêts de chambre mixte rendus en 2007³¹⁸¹, ces deux formations de la Cour de cassation n'en déduisent pas les mêmes critères d'appréciation du niveau des connaissances du cocontractant de l'établissement de crédit. Leur divergence relève surtout du fait que la chambre commerciale, plus sévère à l'égard du consommateur, admet la figure d'un personnage « averti par ricochet ». La lumière a, elle aussi, ses degrés.

1002. La position compréhensive de la première chambre civile – Pour celle-ci, un contractant non averti ne cesse pas de l'être du fait d'avoir à son côté une personne avertie au moment de la conclusion du contrat. Dans un litige tranché récemment, la Cour d'appel de Versailles avait rejeté la demande d'une emprunteuse au motif que, lors de l'octroi des prêts litigieux, elle avait bénéficié de l'assistance de son ex-mari, présenté comme exerçant « les activités ou profession de conseil ou consultant financier »³¹⁸². Cette décision est cassée par un arrêt de principe qui énonce que « la banque qui consent un prêt à un emprunteur non averti est tenue à son égard, lors de la conclusion du contrat, d'un devoir de mise en garde en considération de ses capacités financières et des risques de l'endettement né de l'octroi du prêt, dont elle ne peut être dispensée par la présence au côté de l'emprunteur d'une personne avertie, peu important qu'elle soit tiers ou partie »³¹⁸³.

³¹⁷⁸ Cass. 2^e civ. 3 sept. 2009 : préc. La cour d'appel est censurée également pour s'être fondée sur le motif d'une déclaration « de refus d'adhésion à une assurance 'perte d'emploi' de la société GAN » signée par l'emprunteur ». La censure se justifie car la banque qui fait signer au client une telle déclaration ne prouve pas pour autant avoir rempli son devoir de conseil.

³¹⁷⁹ Cass. 1^{re} civ. 12 juill. 2005, préc., pourvoi n° 02-13155 ; Cass. 1^{re} civ. 12 juill. 2005, préc., pourvoi n° 03-10770.

³¹⁸⁰ Cass. com. 3 mai 2006, préc., pourvoi n° 04-19315 (caution étudiante, de tendre âge); Cass. com. 3 mai 2006 : Bull. civ. IV, n° 102, pourvoi n° 02-11211 (emprunteuse dont le conjoint était cadre au sein de la banque et avait « toute compétence pour apprécier la portée des obligations ainsi contractées par rapport aux capacités pécuniaires du ménage », ce qui a permis de retenir que « la banque n'avait dès lors aucun devoir de mise en garde »).

³¹⁸¹ V. n° 977 *supra*.

³¹⁸² Les juges en ont déduit qu'elle « était en mesure d'obtenir de celui-ci toutes les informations utiles à l'appréciation de l'opportunité et de la portée de l'engagement qu'elle contractait, de sorte qu'à supposer qu'elle n'ait pas disposé elle-même des compétences nécessaires pour porter seule une telle appréciation, elle ne pouvait se présenter comme une emprunteuse profane ».

³¹⁸³ Cass. 1^{re} civ. 30 avr. 2009 : Bull. civ. I, n° 85, pourvoi n° 07-18334.

1003. L'orientation restrictive de la chambre commerciale – Dans une situation assez proche, la chambre commerciale refuse, à l'inverse, à une emprunteuse un droit à réparation au motif qu'elle avait été assistée de son conjoint, présent lors de la signature des actes, lequel exerçait alors « des fonctions de cadre supérieur au sein même de l'établissement prêteur et présentait, de ce fait, toute compétence pour apprécier la portée des obligations ainsi contractées par rapport aux capacités pécuniaires du ménage »³¹⁸⁴. Elle renouvelle son refus deux ans plus tard à l'égard d'époux qui s'étaient portés cautions de la dette de la société gérée par leur fille, au motif qu'ils étaient assistés d'un conseiller lors de la souscription de leurs engagements³¹⁸⁵. Ces divergences d'interprétation d'un critère jurisprudentiel incitent à la réflexion sur la place réservée à la protection du consommateur par le droit commun.

1004. Les distinctions jurisprudentielles en droit commun et la protection du consommateur – Au-delà des divergences de politique juridique entre ses formations collégiales, l'orientation suivie par la Cour de cassation prête à réflexion si l'on se place sous l'angle de la protection des consommateurs. Elle a créée au sein des règles du droit commun une distinction fondée sur la qualité des parties en cause, dans le but de rééquilibrer les rapports, pouvait-on imaginer, de fort à faible. En réalité, elle vise plutôt l'asymétrie d'informations dans les relations entre un connaisseur et un ignorant. Outre une persistance à rechercher la vérité profonde des connaissances personnelles de l'emprunteur en gestion financière, elle cherche à assurer un certain équilibre entre les parties qui dépasse la seule fonction de consommation, peu important le but de l'opération de crédit litigieuse. Du moins par sa chambre commerciale, elle entend mener son raisonnement au bout de sa logique. La protection du consommateur, en tant qu'acteur économique qui exerce une fonction spécifique au sein du marché, ne figure pas au premier rang des préoccupations de cette jurisprudence. Un arrêt du 3 février 2009³¹⁸⁶ illustre bien ces conclusions.

1005. Se réservant la faculté de contrôler la motivation des juges du fond, la chambre commerciale de la Cour de cassation censure, pour « motifs impropres à établir que [l'intéressée] était une caution avertie », la Cour d'appel de Montpellier. Celle-ci avait rejeté la demande en responsabilité pour octroi de crédit abusif formulée par une caution, employée de la société emprunteuse gérée par son concubin. Les juges des faits se fondaient sur la circonstance que, « même si Mme X... n'était pas dirigeante, elle était une caution intégrée et intéressée puisque sa qualité d'associée et de compagne du gérant lui permettait de connaître le fonctionnement et l'état financier de la société et qu'elle avait vocation à participer à ses produits financiers ». Plus qu'une épouse³¹⁸⁷ ou qu'une ex-épouse³¹⁸⁸, c'est la concubine³¹⁸⁹

³¹⁸⁴ Cass. com. 3 mai 2006, préc., pourvoi n° 02-11211. Les magistrats prennent soin d'expliquer que « l'intéressée avait été en mesure d'obtenir de son conjoint toutes les informations utiles pour lui permettre d'apprécier l'opportunité des engagements qu'elle souscrivait » ; LPA 12 déc. 2006, p. 7.

³¹⁸⁵ Cass. com. 12 nov. 2008 : inédit, pourvoi n° 07-15949.

³¹⁸⁶ Cass. com. 3 févr. 2009 : inédit, pourvoi n° 07-19 778.

³¹⁸⁷ Cass. com. 3 mai 2006, préc.

³¹⁸⁸ Cass. 1^{re} civ. 30 avr. 2009, préc.

(toutes les trois s'étant fait assister – ou ayant les moyens de se le faire – par un compagnon présumé averti) qui connaît la plus grande réussite : son accord avait un but clairement intéressé – professionnel ou commercial, bien entendu – les deux premières s'étant engagées dans une finalité purement personnelle ou familiale. Son ignorance était-elle pour autant légitime ?³¹⁹⁰ Sauf à prétendre se livrer à des recherches, sans doute importantes, de sociologie financière, on ne saurait tirer plus de ces comparaisons que la seule conclusion intéressante la présente étude : la protection du consommateur n'est pas au centre de la jurisprudence de la Cour de cassation qui vise à distinguer entre un averti et un non averti pour reconnaître à ce dernier une action de droit commun en responsabilité pour octroi de crédit excessif.

1006. Les faiblesses d'une approche qui prétend laisser la protection des consommateurs aux soins du seul droit commun³¹⁹¹ se révèlent aussi par l'observation de la jurisprudence antérieure à celle sur la notion de personne « non avertie ». Par exemple, à force de se faire solliciter par des professionnels avertis, désireux de faire reconnaître la responsabilité d'une banque, la jurisprudence finissait par décider, à propos de consommateurs non avertis, qu'un droit à réparation n'existerait que si la banque avait disposé d'informations particulières sur eux dont eux-mêmes ignoraient l'existence³¹⁹². Elle appliquait ainsi à des « non-initiés » la solution qu'elle appliquait aux professionnels³¹⁹³. Ce constat renforce l'idée que, lorsque le droit commun s'évertue à opérer des distinctions suivant la qualité des justiciables, il finit, en raison de sa vocation naturelle d'universalisation des solutions, par exiger de la partie faible qu'elle assure un niveau de diligences aussi élevé qu'il devrait l'être à propos de parties « fortes », ou du moins entre parties « égales ».

1007. Enfin, en se plaçant dans la perspective de la doctrine qui voit dans le devoir de mise en garde une simple technique de répartition des risques, il serait intéressant d'interroger la jurisprudence sur le point de savoir si, en prouvant qu'il avait mis en garde son cocontractant non averti, l'établissement de crédit aboutirait à se faire exonérer de sa responsabilité pour lui avoir octroyé un crédit excédant ses capacités de remboursement. Plus sûr, en tout cas, est le fait que le consommateur averti, lui, peut encore se faire indemniser du préjudice causé par un défaut de mise en garde, même dans la jurisprudence actuelle, en prouvant qu'il ignorait des informations sur lui-même, détenues pourtant par l'établissement de crédit³¹⁹⁴. *Probatio*

³¹⁸⁹ Nous n'entendons, en aucune manière, prôner un traitement juridique distinct du fait de la situation conjugale d'un consommateur, quel que soit son genre.

³¹⁹⁰ V. LE TOURNEAU, Philippe. « De l'allègement de l'obligation de renseignements ou de conseil », D. 1990, Chr. p. 102 : « seule l'ignorance légitime est recevable. Il importe de tenir compte de l'état social de l'ignorant et, d'une façon plus large, de l'évolution des mentalités et de la vulgarisation des techniques ».

³¹⁹¹ LAGARDE, Xavier. « L'endettement des particuliers », LGDJ, 1999, n° 66, p. 218; STOUFFLET, Jean. « Propos non-conformistes sur la protection du consommateur emprunteur », *op. cit.* n° 5, p. 289.

³¹⁹² Cass. com. 21 janv. 2004 : inédit, pourvoi n° 02-17105.

³¹⁹³ Cass. com. 24 sept. 2003 : Bull. civ. IV n° 137, pourvoi n° 02-11362.

³¹⁹⁴ On le déduit *a fortiori* de Cass. com. 3 mai 2006 : Bull. civ. IV, n° 103, pourvoi n° 04-19315 : « attendu que l'arrêt retient les époux X... se sont engagés dans une opération commerciale importante à laquelle ils étaient directement impliqués et qu'ils ne démontrent pas que la crédit-bailleresse ait eu sur leur situation et leurs facultés de remboursement raisonnablement prévisibles en l'état du succès escompté de l'opération entreprise par la SCI des informations qu'eux-mêmes auraient ignorées ; [...] le moyen n'est pas fondé ».

diabolica ou non, encore faudra-t-il que les conditions classiques de la responsabilité civile soient réunies.

B) Les conditions classiques de la responsabilité civile

1008. Elles tiennent à la faute du prêteur, au préjudice du consommateur et au lien de causalité entre ces deux éléments. La faute a été démontrée dans les développements précédents : le prêteur est fautif lorsqu'il manque à ses devoirs professionnels dans l'octroi d'un crédit excessif. Restent à démontrer les deux derniers éléments constitutifs de la responsabilité du professionnel (1). Le juge joue un rôle non négligeable dans sa mise en œuvre (2).

1) Un crédit excessif cause un préjudice au consommateur

1009. Une action en responsabilité pour crédit excessif suppose qu'il soit établi qu'un préjudice (b) a été causé (a) par un défaut de prudence du prêteur à l'égard de son cocontractant.

a) La causalité dommageable

1010. Les établissements de crédit affirment, classiquement, que l'emprunteur défaillant ne peut s'en prendre qu'à lui-même, puisque c'est lui qui a sollicité le crédit. La jurisprudence rejette normalement cet argument et établit la participation du premier dans la causalité du préjudice (I). La démarche du consommateur n'est toutefois pas dénuée d'importance (II).

I – Le comportement du créancier

1011. La question traditionnelle à poser est celle de savoir si le dommage se serait produit sans les concours imprudents de l'établissement de crédit. L'arrêt rendu le 8 juin 2004³¹⁹⁵ par la Cour de cassation est révélateur à cet égard. En l'espèce, le consommateur avait sollicité une banque qui, au vu de ses capacités de remboursement, lui a prudemment refusé un crédit. Il a été voir ensuite une autre banque, laquelle a accepté de lui consentir le crédit dont le paiement s'est finalement révélé impossible. Un regard précipité conduirait à dire que, quoi qu'il arrive, le consommateur obstiné finirait par trouver un moyen de satisfaire ses impulsions, ce qui aurait pour effet d'écarter tout lien de causalité entre l'octroi du crédit et son préjudice. Il n'en est rien. La causalité doit être appréciée au regard de l'auteur supposé du dommage, en l'occurrence le prêteur. S'il avait agi comme son concurrent, il n'aurait apporté aucun concours à l'avènement du préjudice. Le fait que le consommateur qui se voit opposer un refus persévère dans le démarchage d'un tiers, ne fait pas disparaître la contribution du prêteur à la production du dommage.

³¹⁹⁵ Cass. 1^{re} civ. 8 juin 2004, préc., pourvoi n°02-12185.

1012. Ce n'est pas pour d'autres raisons que, dans le cas assez proche du surendettement du consommateur, l'article L. 331-7 du Code de la consommation prévoit que la commission, dans le but d'imposer les mesures de redressement qu'elle estime appropriées, « prend en compte la connaissance que pouvait avoir chacun des créanciers, lors de la conclusion des différents contrats, de la situation d'endettement du débiteur. Elle peut également vérifier que le contrat a été consenti avec le sérieux qu'imposent les usages professionnels ». La distinction entre l'objet des mesures de traitement du surendettement et celui de l'action en responsabilité pour crédit ruineux apparaît d'ailleurs subtile. Ils ne sauraient cependant se confondre. Dans la première situation, le débiteur est dans l'impossibilité manifeste de faire face à « l'ensemble de ses dettes non professionnelles exigibles et à échoir ». Le traitement rappelle celui des procédures collectives et il est lourd de conséquences pour le débiteur. Dans la seconde, en revanche, celui-ci essaie de se débarrasser d'au moins une partie de sa dette individuelle vis-à-vis d'un seul créancier à la fois. En réalité, la procédure de surendettement ne peut être imposée au consommateur. Son action en responsabilité ne saurait être jugée irrecevable en raison de la dégradation globale de sa situation patrimoniale. Celle-ci pourrait toutefois amener à s'interroger sur le comportement du consommateur.

II – Le comportement du consommateur

1013. N'a-t-il pas sa part de faute dans la commission de son propre préjudice ? Ne doit-il pas s'aviser, se renseigner avant de s'engager et, le cas échéant, freiner ses impulsions en reconnaissant ses limites financières ?³¹⁹⁶ Certes, on ne saurait s'en tenir au seul refrain toujours entonné par les établissements de crédit, à savoir « l'emprunteur a signé le contrat », pour en tirer toute conséquence. On ne saurait pourtant nier toute incidence du comportement du consommateur dans la causalité du dommage. Il convient donc de laisser à la prudence du juge l'appréciation, au cas par cas, de la participation du consommateur dans l'avènement de son préjudice. À ce titre, devraient être pris en compte, notamment, la coopération qu'il aurait apportée au service de sa relation avec son cocontractant³¹⁹⁷ et les efforts qu'on aurait pu légitimement attendre de sa part pour mener à bonne fin ses obligations contractuelles. Cette appréciation est d'autant plus importante qu'elle aura une incidence certaine sur la quantification du préjudice subi.

b) Le préjudice subi par le consommateur

1014. L'emprunteur n'arrive plus à remplir ses obligations relatives au contrat de crédit. Il est alors insolvable. Il ne peut prétendre à la nullité du contrat, puisque celui-ci a été valablement conclu. Il ne peut guère plus rendre l'objet matériel de l'opération, à savoir les

³¹⁹⁶ V. JOURDAIN, Patrice. « L'obligation de se renseigner », D. 1983, Chr. 139 ; LE TOURNEAU, Philippe. « De l'allègement de l'obligation de renseignements ou de conseil », D. 1990, Chr. p. 101. On ne songera pas ici aux cas d'une contrainte ou d'un état de nécessité. Sur ce sujet, v. n° 353 et s. *supra*.

³¹⁹⁷ Surtout pour les renseignements sur sa situation patrimoniale. Il ne s'agit pourtant pas de rechercher sa mauvaise foi, ce qui ferait basculer hors tout cadre de coopération.

fonds prêtés ou le bien financé. Par définition, les premiers ont été appliqués dans l'acquisition d'un bien ou d'un service, lequel a subi par la suite une certaine dépréciation, voire s'est sublimé dans les plaisirs d'un instant. Or, les obligations du consommateur ne sont pas, en soi, un dommage car elles ont bien eu une contrepartie économique. Où réside donc son préjudice ? On peut répondre à cette question, d'abord, d'un point de vue classique (I). La jurisprudence récente ne s'y conforme plus. Elle considère que la santé financière du consommateur est pour lui une chance (II).

I – L'évaluation classique du préjudice

1015. L'objet du crédit est entré dans le patrimoine du consommateur. Il lui a procuré une certaine jouissance. S'il n'arrive plus à payer ses échéances avec ses propres ressources, la première solution à laquelle on pourrait songer, c'est qu'il aliène cette part d'actif figurant dans son patrimoine (à moins qu'elle ait fait l'objet d'une saisie judiciaire) et qu'il affecte les fonds ainsi obtenus au remboursement de sa dette. Son préjudice consisterait alors dans la somme, d'une part, de la différence entre le capital octroyé (ou le prix au comptant du bien financé) et les fonds réunis par l'aliénation de celui-ci et, d'autre part, les frais contractuels engendrés par sa défaillance, notamment, les intérêts de retard accumulés jusqu'au règlement effectif, majorés du montant de la clause pénale. Comme le montant du préjudice fait l'objet d'une créance du débiteur envers son cocontractant, les dettes entre les parties se compenseraient. Sous un angle strictement économique, cette forme de gestion de la dette du consommateur équivaldrait à un retour au *statu quo ante*.

1016. L'évaluation du préjudice ne saurait être aussi simpliste. Comment procéder, par exemple, lorsque les fonds obtenus ont été, par hypothèse, investis dans l'obtention d'une prestation de services ? À l'heure actuelle, où le consommateur sollicite un crédit pour satisfaire ses besoins les plus essentiels, cette question apparaît importante. Il ne faut pas exclure non plus l'hypothèse d'une demande additionnelle pour préjudices moraux. Le débiteur malheureux est souvent en détresse. Un crédit ruineux peut l'amener, ainsi que son ménage, à endurer des sacrifices difficilement supportables. Aussi, la jurisprudence s'accommode mal de calculs par trop mathématiques dans l'évaluation du préjudice. Il n'est dès lors pas rare de trouver des arrêts où le préjudice est évalué à hauteur de la dette restant due. Le débiteur est de ce chef totalement déchargé de ses obligations par l'effet d'une compensation légale. La Cour de cassation approuvait cette solution et abandonnait l'évaluation du préjudice au pouvoir souverain des juges du fond³¹⁹⁸. Ceux-ci semblent utiliser, il est vrai, des critères aussi variés que le nombre de juridictions existantes, sans qu'on connaisse les méthodes dont ils se servent. On peut penser qu'ils prennent en compte, dans une mesure plus ou moins importante,

³¹⁹⁸ Cass. 1^{re} civ. 12 juill. 2005, préc., pourvoi n° ; D. 2005. Jur. 3094, note Parance ; ibid. AJ 2276, obs. Delpech ; JCP 2005. II. 10140, note Gourio ; JCP E 2005. 1359, note Legeais (préjudice évalué à concurrence des intérêts du prêt).

le comportement des parties dans l'affaire : du prêteur, son sérieux, du consommateur, ses efforts pour honorer ses obligations³¹⁹⁹. Le cas échéant, la dette est éliminée en totalité.

1017. Cet « excès » de liberté juridictionnelle semble être, depuis le 20 octobre 2009, condamné par la Cour de cassation³²⁰⁰. Elle le fait par une prise de position à la fois conservatrice et libérale. Conservatrice, d'abord, d'un point de vue conceptuel car, mettant en valeur le fameux devoir de « mise en garde », la Cour fait savoir qu'elle entend s'en tenir aux termes précis de ses solutions. Libérale, ensuite, car elle révèle un changement de sa politique judiciaire qui tend à bénéficier aux établissements de crédit. Elle précise que, désormais, « le préjudice né du manquement par un établissement de crédit à son obligation de mise en garde s'analyse en la perte d'une chance de ne pas contracter ».

II – La perte d'une chance

1018. Le litige concernait un cautionnement donné à une banque par la mère d'une emprunteuse. Le crédit avait été consenti à celle-ci pour le financement d'un fonds de commerce. Comme elle n'honorait plus ses obligations, la banque a poursuivi la caution en paiement, laquelle a invoqué en défense un manquement de la banque à son obligation de mise en garde. La Cour d'appel d'Angers avait accueilli ce moyen et prononcé la condamnation du banquier au paiement d'une indemnisation du même montant de la totalité de la dette restant due. C'est cette décision qui a fait l'objet de la cassation rapportée. On peut l'interpréter de la manière suivante : le préjudice tient à ce que, n'ayant pas été préalablement mise en garde par l'établissement de crédit, la caution a été privée de la possibilité de ne pas s'engager. Comme on ne sait si celle-ci se serait engagée, le préjudice invoqué doit être évalué à hauteur de la probabilité qu'elle aurait de refuser de donner son accord en prenant connaissance du caractère draconien du prêt³²⁰¹. Appliquée à propos d'une caution, on peut penser que cette solution s'applique *a fortiori* à l'emprunteur lui-même.

1019. **L'objet et l'étendue du préjudice** – Si celui-ci est la perte d'une chance, il convient de bien noter que la chance perdue par le consommateur est, précisément, celle de ne pas avoir pu se déterminer à partir d'un avertissement du prêteur. Ce n'est pas de ne pas s'être endetté. La distinction est subtile mais indispensable. L'endettement excessif ne serait, pour la Cour de cassation, qu'un dommage éventuel³²⁰². Dès lors, c'est le lien de causalité même entre la seule faute considérée de la banque (défaut de mise en garde) et l'endettement excessif du consommateur qui est remis en question. L'évaluation de ce dernier est impossible car

³¹⁹⁹ Théoriquement, l'emprunteur n'a pas d'intérêt à agir s'il a réussi à remplir ses obligations, même si ce n'est qu'avec peine.

³²⁰⁰ Cass. com. 20 oct. 2009 : Bull. civ. IV, n° 127, pourvoi n° 08-20274.

³²⁰¹ STOFFEL-MUNCK, Philippe. JCP 2010, 456.

³²⁰² V. BRUN, Philippe. « Responsabilité civile extracontractuelle », 2^e éd., Litec, 2009, n° 182, p. 118, lequel estime qu'il en est ainsi « à juste titre sans doute, dans la mesure où la perte d'une chance ne doit pas être confondue avec la création d'un risque, laquelle ne peut engendrer qu'un préjudice éventuel, et donc non réparable [...] En toute rectitude, il n'est donc pas forcément judicieux d'inclure dans cette définition les 'chances' perdues d'éviter un dommage ».

l'agissement fautif du banquier ne causait pas, lors de l'octroi du prêt, un « préjudice final » certain : si le crédit s'est révélé *a posteriori* excessif, on n'est pas en mesure de préciser si le consommateur, actuellement défaillant, aurait choisi de ne pas prendre des risques en connaissance de cause. Ne pas avoir signé le contrat était une chance mais sa réalisation n'est pas certaine. Pour peu que le consommateur puisse résister aux appels des professionnels du crédit, une probabilité existera toujours qu'il refuse de contracter. Par conséquent, une indemnisation du même montant de la totalité de la dette ne peut être prononcée. La situation du consommateur de crédit, en jurisprudence, se rapproche alors de ce que fut celle de la victime d'une faute médicale³²⁰³. Ceci a permis à certains de suggérer que le dommage causé à la caution s'analyse en un préjudice « d'impréparation » psychologique³²⁰⁴ ; comme s'il appartenait au banquier de lui dire « attention ! contrat douloureux »... Ce constat invite à la réflexion sur la politique judiciaire désormais embrassée.

1020. Le virage tactique de la jurisprudence de la Cour de cassation – Elle se présente, tout d'abord, comme un aveu d'impuissance. On sait que, pour les établissements de crédit, la jurisprudence n'est perçue que comme un coût supplémentaire à intégrer dans leur stratégie commerciale. L'optimisation de celle-ci commande, à court terme, une mutualisation des risques sans égard au résultat d'éventuels litiges découlant de ses manquements aux devoirs imposés par la jurisprudence. Dit autrement et plus concrètement, quelle que soit la solution rendue par la jurisprudence dans le cadre d'un litige individuel, celle-ci ne représentera qu'une externalité de plus à prendre en compte dans l'élaboration de l'offre de crédit. Des chocs ponctuels entre la jurisprudence et la profession ne résulte donc aucun impact véritablement déterminant de la politique commerciale que celle-ci souhaite développer.

1021. Dans ces conditions, n'est-il pas plus judicieux, en attendant une éventuelle sensibilisation du législateur... de renforcer le maillon faible de la chaîne, au lieu de s'attaquer au plus fort ? Ce raisonnement doit expliquer la confirmation en jurisprudence du devoir de mise en garde. L'imposition de celui-ci n'est pas moins intégrée dans les calculs économiques de la profession. Seulement, le message est délivré, cette fois-ci, non plus aux prêteurs mais aux consommateurs : « saisissez la chance de veiller à vos propres intérêts », pourrait être sa teneur. Pour peu qu'une telle politique judiciaire puisse paraître efficace, elle semble témoigner d'une volonté de renforcer le rôle du consommateur dans le marché du crédit. Il est pourtant permis de douter de la légitimité d'une telle orientation.

1022. Critique de la notion de perte d'une chance – On peut douter d'une politique qui prétend rendre le consommateur plus responsable en lui disant de défendre ses intérêts lui-même. La position de la Cour de cassation engendre l'effet pervers consistant dans la

³²⁰³ Cass. 1^{re} civ. 6 déc. 2007 : Bull. civ. I, n° 380, pourvoi n° 06-19301 : « le seul préjudice indemnisable à la suite du non-respect de l'obligation d'information du médecin, laquelle a pour objet d'obtenir le consentement éclairé du patient, est la perte de chance d'échapper au risque qui s'est finalement réalisé ».

³²⁰⁴ HOUTCIEFF, Dimitri. « La perte d'une chance de ne pas cautionner ou l'indemnisation du hasard et des coïncidences », D. 2009, p. 2972. L'auteur se montre pourtant critique de la position de la Cour de cassation.

banalisation de l'endettement des particuliers. Certes, il est ici question de crédits excessifs, exorbitants, qui entraînent la ruine de l'*homo œconomicus*. Il semble, cependant, qu'à vouloir réduire le refus de s'engager à une chance, en l'absence de mise en garde, la jurisprudence provoque l'effet inverse de celui escompté. Le consommateur n'a, en réalité, plus à se soucier de s'informer, de bien réfléchir et, surtout, de contrôler ses désirs les plus immédiats. Il peut attendre, commodément, la prise d'initiative de l'établissement de crédit de le renseigner, de le mettre en garde. Celui-ci s'analyse désormais en un producteur potentiel de dangers, de risques nocifs à la santé financière des consommateurs. Quel que soit son comportement, cependant, le consommateur n'y est pour rien dans la causalité du préjudice. Son rôle se réduit à une alternative virtuelle suspendue dans le passé qui n'est appréciée qu'au moyen d'un « pronostic rétrospectif »³²⁰⁵ : la question est signer ou ne pas signer le contrat. Certes, jamais ne sera-t-il, dans cette perspective, déchargé purement et simplement de sa dette, ce qui peut à la limite être perçu comme positif si on se place sous l'angle de la collectivité des demandeurs de crédit. Cette restriction est cependant compensée, individuellement, par une autre décharge : pas de sacrifices nécessaires pour remplir des obligations ressenties comme pénibles car, au bout du compte, seul est visé son comportement au moment précis où l'on pourra dire, par une métonymie sans doute abusive³²⁰⁶, qu'il a empêché sa propre chance de se réaliser ; il a signé le contrat.

1023. La méthode classique d'évaluation du préjudice n'a pourtant pas perdu de son intérêt. D'une part, il est permis de douter de l'adhésion des chambres civiles de la Cour de cassation à la nouvelle orientation de leur homologue commerciale. En l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt rapporté, le crédit avait été consenti pour les besoins d'une activité commerciale. Il n'est pas certain que la jurisprudence adopte la même solution s'agissant de simples particuliers qui s'engagent dans un but purement personnel. D'autre part, le lien de causalité ne faisant pas de doute entre l'octroi d'un crédit excessif et l'endettement ruineux du consommateur, il n'est pas certain que cet envahissement intempestif de la notion de perte d'une chance dans le domaine du crédit aux consommateurs soit légitime. Un retour au concours causal des parties au litige serait alors bienvenu. Cela permettrait d'assurer une prise en compte des efforts à attendre légitimement de la part du consommateur, défailant malgré lui. Sous réserve, le cas échéant, du contrôle par la Cour de cassation de la motivation des juges du fond. Heureusement pour le consommateur, la position restrictive de la Cour de cassation sur le fond est quelque peu palliée par une bienveillance à son égard pendant le déroulement de la procédure. Le juge joue un rôle non négligeable dans la mise en œuvre de la responsabilité civile pour crédit ruineux.

³²⁰⁵ V. BRUN, Philippe. *Op. cit.*, n° 186, p. 121, qui indique que l'auteur de l'expression est Jacques Flour.

³²⁰⁶ V. BRUN, Philippe. « Responsabilité civile extracontractuelle », *op. cit.*, n° 182, p. 119, note 43 : « il y a là manifestement un dévoiement de la notion, qui devient un simple palliatif aux incertitudes sur le lien de causalité entre le fait imputé au défendeur et le dommage final : dire qu'un fait a fait perdre à la victime une chance d'éviter le dommage, n'est-ce pas une autre manière de dire que ce fait a contribué dans une mesure mal déterminée audit dommage ? » En matière de responsabilité civile pour crédit ruineux, seule serait pertinente la question posée.

2) Le rôle du juge dans la réparation du préjudice

1024. *A priori* le juge ne relève pas d'office le moyen tiré de la responsabilité civile du prêteur lorsqu'il apprécie une opération de crédit litigieuse³²⁰⁷. Si toutefois ce moyen entre dans les débats contradictoires, il est amené à exercer un rôle important dans la mise en jeu de la réparation du préjudice (a). Les nouvelles règles sur le crédit à la consommation témoignent d'une attraction de cette branche du droit spécial sur le droit commun de la responsabilité civile pour crédit ruineux. Ici encore, le juge joue un rôle crucial (b).

a) Le juge et la mise en jeu de la responsabilité civile

1025. Suivant une formule établie en 2007³²⁰⁸ par la Cour de cassation, il appartient au juge, tout d'abord, de « préciser » si l'emprunteur est un non averti. Dans l'affirmative, il précise ensuite si la banque justifie avoir satisfait au devoir de mise en garde à raison, non seulement des « charges du prêt »³²⁰⁹, mais aussi des capacités financières du premier et des risques de l'endettement né de l'octroi des prêts³²¹⁰. Il semble qu'on puisse en déduire que l'emprunteur n'a alors pas de preuve à faire, il lui suffit d'alléguer l'existence et l'inexécution d'un devoir de mise en garde par son cocontractant.

1026. En février 2009, la première chambre civile a décidé cependant que l'emprunteur doit « mettre le juge en mesure de constater le risque d'endettement né de l'octroi du prêt »³²¹¹. Il pourrait – et devrait – le faire, notamment, en produisant les pièces démonstratives de ses charges habituelles, indicatives, le cas échéant, d'un endettement élevé préalablement à l'octroi du crédit. À défaut, il ne saurait reprocher au magistrat d'avoir omis de procéder à cette recherche. Dans cet arrêt, la Cour de cassation ne se prononce pourtant pas sur la vérification du caractère non averti de l'emprunteur. À suivre les décisions précédentes, on peut penser que l'ordre des recherches à réaliser s'en trouve quelque peu modifié. Ainsi, une fois constaté, tout d'abord, le caractère ruineux du crédit consenti, il appartiendra ensuite au juge de rechercher les connaissances personnelles de l'emprunteur, auquel cas un manquement au devoir de mise en garde pourrait être établi.

1027. Conformément, semble-t-il, à cette logique, la chambre commerciale a décidé, cinq mois plus tard, qu'en l'absence de risque d'endettement lié à l'octroi d'un prêt, au moment de sa

³²⁰⁷ FLORES, Philippe et BIARDEAUD, Gérard. « L'office du juge et le crédit à la consommation », D. 2009, p. 2227 : « le juge ne peut évidemment pas se saisir d'un préjudice dont personne ne se plaint, même si les éléments produits peuvent révéler un manquement du prêteur à ses obligations ». Cependant, dans l'espèce jugée le 27 juin 1995 par la Cour de cassation, la demande initiale des emprunteurs concernait la nullité du contrat. Le juge écarte cette demande mais invite les parties à se prononcer sur la responsabilité du prêteur.

³²⁰⁸ Cass. mixte, 29 juin 2007, préc.

³²⁰⁹ Cass. 1^{re} civ. 18 sept. 2008, préc., pourvoi n° 07-17270.

³²¹⁰ Dans des termes rapprochés, certains arrêts déclarent que le juge est tenu de « rechercher », d'abord, la sagacité de l'emprunteur, ensuite le risque de l'endettement au vu des capacités financières de celui-ci : Cass. 1^{re} civ. 19 juin 2008 : Bull. civ. I, n° 174, pourvoi n° 06-19.753 (épouse co-emprunteuse de deux prêts d'un total de 5 800 000 F) ; D. 2008. AJ. 1825, obs. X. Delpech, F. Chénéde, D. 2008. Chron. 2555, et Chron. C. cass. 2363, obs. P. Chauvin et C. Creton ; RTD com. 2008. 602, obs. D. Legeais.

³²¹¹ Cass. 1^{re} civ. 18 févr. 2009 : Bull. civ. I, n° 36, pourvoi n° 08-11221 ; D. 2009. 1179, note J. Lasserre-Capdeville ; D. 2009. Chron. 747, P. Chauvin et C. Creton ; JCP 2009. II. 10091, not A. Gourio

conclusion, le juge peut écarter tout devoir de mise en garde³²¹². La recherche sur les facultés intellectuelles de l'emprunteur cède ainsi le pas sur celle relative au caractère excessif du crédit. Cette solution semblerait d'ailleurs correspondre à la démarche naturelle du juge dans l'appréciation d'un dossier : en l'absence d'allégations des parties sur ce dernier point dans le débat contradictoire, il serait obligé de les inviter à présenter leurs observations. Par une sorte de ralliement en retour, la première chambre civile laissait supposer son adhésion à cette orientation par un arrêt du 19 novembre 2009³²¹³. Elle a approuvé les juges du fond d'avoir retenu, souverainement, que le crédit consenti à des époux, qui « n'ont justifié, au titre de leurs charges, que du règlement en 2004 d'un montant mensuel de 192 euros, [...] était adapté aux capacités financières des emprunteurs, ce dont il résulte que la banque n'était pas tenue à mise en garde ; que la cour d'appel, qui n'avait pas à effectuer des recherches inopérantes, a légalement justifié sa décision ». Ces solutions semblent privilégier une conception économique ou objective de l'équilibre à assurer dans les opérations de crédit. La recherche de l'élément subjectif ou moral est reléguée à second plan. On serait tenté d'y voir l'empreinte de l'esprit consumériste, à tendance plutôt pragmatique, dans la démarche de la jurisprudence.

1028. La première chambre civile, du moins, n'entend toutefois pas se laisser immerger dans une telle logique. Plus concrètement, elle laisse douter de la vérité d'un alignement sur la position de son homologue commerciale. Car le même 19 novembre 2009, elle censure une cour d'appel qui faisait valoir, pour débouter un emprunteur de sa demande en responsabilité à l'encontre d'une banque, que celui-ci « ne justifiait pas de ses revenus et charges lors de l'octroi du prêt en mai 1997 », ni ne démontrait « que le prêt ainsi accordé dépassait ses capacités de remboursement »³²¹⁴. Elle rappelle alors la formule posée en 2007, en déclarant qu'« en se déterminant ainsi, sans préciser si M. X... était un emprunteur non averti et, dans l'affirmative, si, conformément au devoir de mise en garde auquel il était tenu à son égard lors de la conclusion du contrat, l'établissement de crédit justifiait avoir satisfait à cette obligation à raison des capacités financières de l'emprunteur et des risques de l'endettement né de l'octroi du prêt, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ».

1029. Malgré toute résistance, le droit de la consommation, par sa logique et son esprit novateurs, exerce une influence certaine sur l'ensemble de l'ordre juridique privé³²¹⁵. Parfois il envahit l'espace naguère abandonné au droit commun, rendant spéciales certaines relations qui n'étaient qu'ordinaires ; c'est le fait du législateur. D'autres fois, il exerce sur le droit

³²¹² Cass. com., 7 juill. 2009 : Bull. civ. IV, n° 92, pourvoi n° 08-13536. Sauf, peut-être, en cas de prêts particulièrement dangereux comme les prêts-relais (Com. 17 déc. 2007, RTD com. 2008. 163, obs. Legeais (mais dans ce cas, le danger n'est-il pas inhérent à la technique elle-même ? Cela ne relèverait pas plutôt d'un devoir d'information ?)

³²¹³ Cass. 1^{re} civ. 19 nov. 2009 : Bull. civ. I, n° 232, pourvoi n° 08-13601. En l'espèce, les mensualités de remboursement s'élevaient à 340,80 euros alors que les emprunteurs percevaient, lors de l'octroi du prêt, un revenu mensuel de 2 375 euros.

³²¹⁴ Cass. 1^{re} civ. 19 nov. 2009 : Bull. civ. I, n° 231, pourvoi n° 07-21382.

³²¹⁵ SAUPHANOR, Nathalie. « L'influence du droit de la consommation dans l'ordre juridique privé », LGDJ, n° 572, p. 371.

commun une certaine attraction conduisant à interpréter la règle générale de manière fonctionnelle, dans l'optique du droit spécial. C'est le juge qui joue alors un rôle crucial. En matière de responsabilité civile pour crédit ruineux, il devient l'axe qui permet au droit de la consommation d'exercer son emprise sur le droit commun³²¹⁶.

b) L'attraction judiciaire du droit de la consommation

1030. Les nouvelles règles du droit du crédit aux consommateurs ont consacré les principes retenus par jurisprudence en matière de responsabilité civile pour crédit ruineux. Les travaux parlementaires révèlent clairement cet objectif³²¹⁷. Il est question désormais d'un devoir d'assistance ou d'explications³²¹⁸. La question de l'utilité de cette jurisprudence dans l'avenir vient alors à l'esprit. La question peut causer une certaine perplexité, tant les finalités des ces institutions sont distinctes. Tandis que la responsabilité civile vise à l'indemnisation d'un emprunteur individuel ayant subi un dommage du fait d'un comportement fautif de la part du prêteur, la déchéance du droit aux intérêts procède d'une méthode essentiellement préventive qui vise à la moralisation du marché du crédit, dans un but d'éviter que le crédit ne dégénère en surendettement. Ces règles coexistent, organisées en rapport de complémentarité.

1031. L'immixtion du droit spécial dans les règles générales – Cette organisation apparaît toutefois bousculée, lorsque la « règle de forme *s'incorporant*³²¹⁹ à la règle matérielle – ici, à finalité essentiellement indemnitaire – dont elle cherche à assurer l'efficacité » n'est pas respectée³²²⁰. Autrement dit, une promiscuité paraît s'opérer entre normes de nature distincte, lorsqu'on admet que le défaut de vérification de la situation financière du consommateur (comportement fautif présentant typiquement un lien de causalité avec le dommage subi) puisse déclencher une sanction à caractère formaliste et objectif. Dans ce cas, cette « formalisation » du fait dommageable n'exclut-elle pas l'action en responsabilité ? Que se passe-t-il, par exemple, si le juge du fond, dans l'exercice de son pouvoir désormais discrétionnaire, prononce la déchéance partielle du droit aux intérêts en raison, précisément, du constat d'un préjudice subi ? La question semble pertinente si l'on admet que, par hypothèse,

³²¹⁶ V. LUCAS DE LEYSSAC, Claude et PARLEANI, Gilbert. « Droit du marché », PUF, 2002, p. 142 : « on peut trouver étrange que certains civilistes continuent d'opposer le beau et savant droit commun des obligations à la vulgaire et fragmentaire réglementation consumériste, destructrice des principes et par là du noble équilibre de l'architecture traditionnelle du droit civil. On préférera voir dans le droit du marché un ensemble de règles relevant pour beaucoup du droit civil et proches des réalités économiques et sociales des marchés ».

³²¹⁷ Rapport du sénateur Philippe Dominati, préc., p. 188. Deux séries d'arrêts y sont citées : d'abord, ceux qui se fondent sur la violation du devoir de mise en garde, eu égard à la vérification de la capacité de remboursement de l'emprunteur (Cass. ch. mixte 29 juin 2007, préc.), ensuite, celui qui retient la violation du « devoir d'éclairer » le consommateur sur les avantages et les inconvénients des options proposées par le prêteur (Cass. 1^{er} civ. 12 juill. 2005, préc.), afin qu'il puisse « arbitrer de la manière la plus efficiente » l'opération qui s'avère la plus adaptée à ses besoins.

³²¹⁸ Art. L. 311-47, al. II du Projet de loi portant réforme du droit de la consommation.

³²¹⁹ MAGNIER, Véronique. *Op. cit.*, n° 11, p. 179.

³²²⁰ V. AYNÈS, Laurent, *op. cit.*, n° 56, p. 92 : « utilisé à des fins préventives le formalisme absorbe les règles de fond ». Pour l'auteur, une fois violée, le sort du contrat dépendrait de la violation de la règle de fond.

« la mise en œuvre de la sanction du formalisme informatif suppose effectivement d'observer derrière la règle de forme bafouée, la règle de fond éventuellement violée »³²²¹.

1032. Erreur de perspective, dira-t-on, car, dans la logique formaliste, il n'est nullement besoin d'un préjudice. À quoi l'on rétorquera qu'en pratique seul le constat d'un préjudice pourra amener le juge, dans ces cas, à prononcer la déchéance du droit aux intérêts. Car, de deux choses, l'une : soit le consommateur rembourse son crédit à bonne échéance (fût-ce à grand sacrifice), le contrat arrive à son terme et la question n'a pas lieu d'être ; soit il n'est plus capable d'honorer ses échéances du fait du dommage causé par le défaut de vérification préalable de sa capacité financière par le prêteur. Seule la seconde hypothèse soulèvera la question de la sanction de ce dernier. Sauf à admettre, poussant la logique formaliste à l'extrême, que cette sanction pourrait être prononcée alors même que le consommateur aurait remboursé le crédit. Cette idée serait d'ailleurs renforcée si l'on observe que le seul défaut de remise de la « fiche de dialogue » désormais requise suffirait à la déclencher³²²². Supposant toutefois que cela signifierait un détournement inacceptable des finalités du formalisme informatif³²²³, le problème n'est donc pas résolu et la question posée demeure pertinente.

1033. La cohabitation possible entre le droit général et le droit spécial – En réalité, la cohabitation de ces deux mesures dépend moins de leur finalité que de la définition de leur nature juridique. Tandis que la responsabilité civile du droit commun retenue par la jurisprudence a un fondement contractuel, la déchéance du droit aux intérêts relève du droit spécial et trouve son fondement dans la violation d'un devoir précontractuel³²²⁴. Il s'agit pour celle-ci d'une véritable peine privée³²²⁵. Au lendemain des lois Scrivener, un auteur soutenait que « la fonction comminatoire de la peine privée implique un fonctionnement purement formel. Le législateur se désintéresse ainsi parfois non seulement de la réalité du préjudice de la prétendue victime, mais encore de la faute du dispensateur de crédit ; par exemple, la loi de 1979 dispose que le seul fait pour lui de 'recevoir' une acceptation non datée déclenche l'application de la sanction civile »³²²⁶. Juridiquement, la nature de ces mesures étant distincte,

³²²¹ MAGNIER, Véronique. *Op. cit.*, n° 14, p. 179.

³²²² Art. L. 311-47, al. II, du Projet de loi qui fait référence au non respect des obligations fixées à l'art. L. 311-10.

³²²³ Certains soutiennent qu'une théorie « assurée » du formalisme informatif demanderait une certaine « interprétation consensualiste du formalisme » (LAGARDE, Xavier. « Observations critiques sur la renaissance du formalisme », JCP G, I, 170, n° 4, p. 1769), incompatible avec une application automatique des sanctions civiles (MAGNIER, Véronique. *Op. cit.*, n° 14, p. 179 ; OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES, Carole. « Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles », thèse, Dalloz, 2002, n° 222, p. 188).

³²²⁴ COUTURIER, Gérard. *Op. cit.*, note 51.

³²²⁵ AYNÈS, Laurent. *Op. cit.*, n° 50, p. 89 : « la sanction civile prend la forme d'une peine privée, sans rapport nécessaire avec le préjudice subi par le consommateur, dans un retournement remarquable de la clause pénale, à usage de protection » ; GHESTIN, Jacques. « Traité de droit civil – Le contrat : formation », 3^e éd., Paris : LGDJ, 1993, n° 755, p. 758. Dans la 2^e éd. de son ouvrage (n° 724, p. 862), M. Ghestin affirmait : « il ne s'agit pas d'une responsabilité civile, car la sanction est indépendante de la démonstration d'un préjudice, ni d'une nullité partielle, car l'irrégularité ne concerne pas directement ni nécessairement les intérêts convenus ; mais d'une véritable peine civile » ; PIEDELIÈVRE, Stéphane. « Remarques sur les sanctions civiles dans les dispositions relatives à l'information et à la protection des emprunteurs dans le domaine immobilier » ; LAGARDE, Xavier. « Observations critiques sur la renaissance du formalisme », *op. cit.*, n° 19, p. 1775 ; MAGNIER, Véronique. « Les sanctions du formalisme informatif », JCP G, I, 106, n° 7, p. 178.

³²²⁶ AYNÈS, Laurent. *Op. cit.*, n° 93, p. 90.

la mise en œuvre d'une d'entre elles n'exclut pas l'autre³²²⁷. Sous réserve du fait que le consommateur ne pourra pas se faire indemniser deux fois pour un même préjudice, la règle du non cumul s'en trouve préservée³²²⁸.

1034. L'emprise judiciaire du droit spécial sur le droit général – En pratique, on peut penser qu'en principe, si le consommateur estime avoir subi un dommage du fait d'un comportement fautif du prêteur, il aura intérêt à établir sa responsabilité civile, auquel cas il pourra obtenir, suivant l'étendue du préjudice, une élimination plus large de sa dette que les seuls intérêts du crédit. La sanction désormais inscrite dans la loi paraîtrait alors n'avoir que peu d'intérêt³²²⁹. Mais dès lors que ces deux mesures supposent le même fait dommageable, n'est-on pas en droit d'estimer que le caractère d'ordre public de la sanction du droit spécial exerce une sorte d'attraction sur les conditions de mise en œuvre de la responsabilité civile ? Dans ce cas, le consommateur aurait tout intérêt à soulever ces moyens de manière cumulative : sous un angle procédural, il reviendra au juge – qui peut désormais agir d'office en toutes affaires de consommation³²³⁰ – de rechercher le comportement « fautif » du prêteur et le consommateur n'aurait plus à démontrer que le préjudice subi, dans l'extension duquel il sera indemnisé en totalité, à un double titre.

1035. Enfin, les difficultés liées à la preuve par le prêteur de l'accomplissement de ses devoirs risquent d'être insurmontables. Sauf à admettre que, ici encore, l'esprit formaliste s'empare du droit commun : une preuve formelle étant alors admissible sur l'assistance ou, pour reprendre un terme jurisprudentiel, la « mise en garde » effective du consommateur, le prêteur s'exonère à coup sûr de sa responsabilité civile pour crédit ruineux. Certes, encore faudrait-il accepter que le devoir de mise en garde n'est pas qu'un artifice linguistique, qu'il est au contraire une technique de « juste répartition des risques ». On ne saurait nier toutefois que l'assistance, l'explication, en un mot, la coopération³²³¹, même formalisées, requièrent un comportement plus généreux que celui d'une simple mise en garde. Prodiguées au consommateur, elles auraient pour effet d'anéantir l'action de droit commun en responsabilité pour défaut de mise en garde. Resterait, seul, l'espoir de la recevabilité d'une véritable action pour crédit excessif. Il n'est toutefois pas certain que la jurisprudence ouvre encore cette voie au consommateur ; cela ne serait peut-être pas mauvais en soi.

1036. Position – L'action en responsabilité revêt un symbolisme indiscutable. Teintée d'une coloration politique, elle atteint de plein cœur l'objet d'un volet important de toute politique

³²²⁷ Dès lors, il importerait peu que le juge retienne, dans son appréciation souveraine, l'existence d'un préjudice pour prononcer la déchéance du droit aux intérêts.

³²²⁸ Sur cette règle en droit français, v. BRUN, Philippe. « Responsabilité civile extracontractuelle », Paris : Litec, 2005, n° 111, p. 65.

³²²⁹ Certains font aussi valoir que cette sanction ne comprend ni les frais ni les intérêts dus à partir de la mise en demeure. V. AUDIER, Jacques. « La responsabilité civile et pénale du dispensateur de crédit au consommateur », in *Le droit du crédit au consommateur*, Ibrahim Fadlallah (org.), op. cit., n° 48, p. 207.

³²³⁰ Art. L. 141-1 du Code de la consommation.

³²³¹ TERRÉ, François, SIMLER, Philippe et LEQUETTE, Yves. « Droit des obligations », 8^e éd., Dalloz, 2002, n° 776, p. 401 : « cette obligation pèse sur les deux parties, car elles doivent collaborer ».

économique : elle sublime la monnaie, « sang de l'économie »³²³². Dans une perspective de comparaison juridique, on ne saurait d'ailleurs négliger l'importance de l'aspect culturel dans la légitimation de l'intérêt du consommateur à agir. Le Brésil est, à cet égard, plus concerné puisqu'un tel remède y est encore à peine un incipit. Il y a un quart de siècle, un spécialiste du droit économique affirmait que « le problème de la concession abusive de crédit par les banques et autres institutions financières demeure encore à l'état latent, au Brésil, prêt à apparaître au grand jour d'un moment à l'autre »³²³³. Or, on ne songeait, à l'époque, qu'à l'indemnisation des tiers victimes de concours abusifs fournis à une société mise en redressement judiciaire. Si, aujourd'hui, les techniques traditionnelles du droit de la responsabilité ne posent aucun obstacle à ce que la question de l'indemnisation de l'emprunteur à titre personnel soit tranchée par les tribunaux, un changement drastique des mentalités serait pourtant nécessaire.

1037. En cette matière, le fait que l'on commence par crier au scandale³²³⁴ et qu'on finisse par admettre que la jurisprudence « apparaît mesurée, empreinte de bon sens »³²³⁵ ne devrait pas abuser le comparatiste. L'évolution des mœurs, en France, qu'elle fût devancière ou suiveuse des pratiques économiques, a été très lente. Certes, quel que soit l'ordre juridique en question, il conviendrait de sanctionner les établissements de crédit qui agissent avec légèreté. Toutefois, si l'on veut bien rendre les acteurs économiques plus responsables, il n'en conviendrait pas moins d'attaquer le problème sur les deux fronts, en éduquant aussi le consommateur en matière de crédit. Le droit commun semble encore trop empreint de moralisme individualiste. N'est-ce pas justement alors qu'il faudrait accueillir l'esprit consumériste, en le laissant agir dans toutes ses vertus moralisatrice et régulatrice du marché ?³²³⁶

1038. Restreinte à sa dimension individuelle, l'action en responsabilité ne représente, économiquement, qu'une externalité du marché, répercutée *in fine* sur le prix du crédit disponible. La consumérisation de cette « arme » que le droit commun offre au consommateur individuel, tel qu'il s'amorce actuellement en France, pourrait la transformer en un instrument social de moralisation des pratiques de crédit. À condition, évidemment, d'être effectivement mise en œuvre à l'échelle collective. La protection du consommateur contre les crédits ruineux par le droit commun deviendrait alors la lutte pour un crédit responsable. La règle juridique

³²³² STOUFFLET, Jean. « Devoirs et responsabilités du banquier à l'occasion de la distribution du crédit », *op. cit.*, p. 23 ; « la banque crée et véhicule une valeur qui n'est pas une marchandise comme les autres : la monnaie. C'est le sang de l'économie. Les actes et abstentions du banquier ont de ce fait des conséquences sans commune mesure avec les comportements des autres agents économiques ». Ces observations semblent pourtant renforcer l'association de l'activité bancaire à un service d'intérêt général, idée à laquelle il répugne ; v. n° 997 *supra*.

³²³³ COMPARATO, Fábio Konder. « Rapport brésilien », in « La responsabilité du banquier : aspects nouveaux », Travaux de l'Association Henri Capitant, journées brésiliennes, Economica, 1984, p. 103.

³²³⁴ VASSEUR, Michel. « La responsabilité civile du banquier dispensateur de crédit », *op. cit.*, p. 64.

³²³⁵ CRÉDOT, Francis J. « L'octroi de crédits et l'obligation de conseil du banquier », *Rev. dr. et patr.*, janv. 1994, p.

40.

³²³⁶ V. LUCAS DE LEYSSAC, Claude et PARLEANI, Gilbert. *Op. cit.*, p. 142 : « Le droit du marché ne recèle donc pas un reniement de la tradition juridique civiliste. On peut même estimer qu'au contraire il en détermine et facilite le progrès ».

gagnerait en efficacité et, la profession, en prévisibilité, donc en sécurité juridique. S'il est vrai que cela ferait accroître l'espace du droit de la consommation dans l'ordre juridique, il n'est pas dit que le droit commun ne trouverait plus sa place dans la protection du consommateur de crédit. L'analyse de la jurisprudence démontre qu'il peut être encore très utile au service de l'élimination de certains excès contractuels.

Chapitre II – La correction des excès contractuels

1039. L'excès tue le contrat³²³⁷. Il peut surgir de sources multiples. Parfois, il est inhérent à la convention des parties. Dans ce cas, il profitera le plus souvent au créancier. Se trouvant en position de force, celui-ci impose à son cocontractant des obligations excessives. Si le débiteur est déjà défaillant, l'excès peut l'empêcher de donner toute satisfaction à son créancier. Parfois, l'excès résulte de causes extérieures au contrat. L'évolution des circonstances économiques, sociales, monétaires... peuvent ainsi engendrer une disproportion entre les obligations réciproques. Dans ces conditions, l'intervention du juge dans le contrat peut permettre de remédier aux déséquilibres constatés. Parfois enfin, l'excès résulte du comportement des parties lors de l'exécution de la convention. Lorsque l'attitude du créancier entraîne l'impossibilité pour le débiteur d'accomplir ses obligations, celle-ci apparaît blâmable. Elle frustre l'objectif d'achèvement de l'échange économique dont le contrat était à l'origine. Du comportement du créancier dépend la survie de la relation. Quelle que soit la source de ces excès, le juge peut trouver dans le droit commun des instruments permettant de les combattre. Ces différents instruments présentent la particularité commune d'engendrer une modification de la relation contractuelle afin de procéder à son rééquilibrage. Dans cette perspective, l'appréciation du contenu du contrat (section 1) ainsi que celle du comportement des contractants (section 2) apparaissent indispensables.

Section 1 – Le contrôle du contenu du contrat

1040. La question du contrôle du contenu du contrat est indissociable de celle des pouvoirs du juge. Elle conduit à s'interroger sur la possibilité offerte aux magistrats de modifier l'engagement des parties lorsqu'ils constatent l'existence de déséquilibres significatifs. Que ceux-ci résultent de l'acte lui-même ou d'un changement de circonstances extérieures, le juge opère un contrôle du contenu contractuel. Cela se vérifie lorsqu'il procède à la réduction des clauses pénales excessives (§ 1^{er}) ou à la révision judiciaire du contrat pour imprévision (§ 2nd).

§ 1^{er} – La réduction des clauses pénales excessives

1041. Dans la pratique, les contrats de crédit proposés par un établissement professionnel à un consommateur ne manquent jamais de stipuler une clause pénale en prévision de l'inexécution, par celui-ci, de ses obligations. De telles clauses sont d'autant plus présentes

³²³⁷ Le mot excès procède du latin *excessus*, « qui a pris le sens d'excès à basse époque, en lat. class. 'mort', c'est-à-dire 'sortie de la vie' » ; v^o excès (de pouvoir), in « Vocabulaire juridique », CORNU, Gérard (dir.), Association Henri Capitant, PUF, 1996.

qu'elles servent les intérêts du prêteur au moins à un double titre. Dans leurs fonctions comminatoire et indemnitaire, elles visent à assurer à la fois l'exécution à bon terme du contrat et l'indemnisation du préjudice subi par une éventuelle défaillance de l'emprunteur. Elles procurent ainsi à l'établissement de crédit une garantie, en même temps, de nature préventive et réparatrice de l'inexécution du contrat par son cocontractant³²³⁸. Certes, le créancier peut théoriquement y renoncer *a posteriori*. En pratique, cependant, la mise en jeu des pénalités figure parmi les premières conséquences de la défaillance du consommateur de crédit. Cette mise en jeu est souvent désastreuse pour celui-ci car elle vient accroître à sa dette alors qu'il rencontre déjà des difficultés de solvabilité. On pourrait pourtant rétorquer, simplement, qu'il en a toujours été ainsi. Une clause pénale perdrait sa fonction incitative si elle ne suscitait point chez le débiteur la crainte d'une sanction. À ce titre, la liberté contractuelle la justifie alors pleinement. L'excès de liberté dégénère pourtant facilement en abus, au détriment de la partie faible. Dans les contrats d'adhésion, l'excès se vulgarise, il devient un standard pratiqué en masse. Devant le risque d'un trouble social important, le législateur intervient pour moraliser les pratiques professionnelles. Il accorde au juge le pouvoir de modérer l'appétence des créanciers. Voici le récit des opérations de crédit inexécutées par des consommateurs défaillants, tant au Brésil qu'en France. Juridiquement, ces deux pays se distinguent toutefois suivant qu'un appel plus ou moins important est fait à la collaboration du juge dans ce type d'opérations. L'élimination de l'excès dans les clauses pénales par le droit commun opère ainsi tantôt en présence d'une réglementation spéciale (A), tantôt en l'absence de toute réglementation (B).

A) La clause pénale et la réglementation de l'excès

1042. Ripert n'avait pas tort³²³⁹, la lutte contre les injustices contractuelles s'est poursuivie en France, malgré la résistance opposée à l'introduction de la lésion en droit civil en tant que vice général des actes juridiques. Telles que prévues au Code civil dans sa rédaction originelle, les dispositions concernant la clause pénale conféraient à la liberté des parties un pouvoir très fort³²⁴⁰. Pour des raisons « d'équité et de justice contractuelle, une brèche a ainsi été ouverte en 1975 dans le principe de la force obligatoire des conventions »³²⁴¹. Les articles 1152 et 1231 du Code civil français consacrent désormais le pouvoir du juge de modérer ou d'augmenter la peine, même d'office, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Par ailleurs, on explique qu'à l'origine de l'intervention du législateur de 1975, se trouvait l'intention de remédier aux

³²³⁸ V. MAZEAUD, Denis. « La notion de clause pénale », thèse LGDJ, 1992, n° 600, p. 341, lequel ne nie point la fonction réparatrice de la clause pénale, alors même que, pour lui, les « vraies » clauses pénales ne sont que des peines privées (*idem*, n° 555, p. 319) mais, dans ce cas, encore faut-il qu'un préjudice réel soit avéré. Dans les opérations de crédit, cette hypothèse ne saurait être niée.

³²³⁹ Voir n° 335, note 1075 *supra*.

³²⁴⁰ Art. 1152, al. 1^{er} : « Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte, ni moindre. »

³²⁴¹ PAISANT, Gilles. Dix ans d'application de la réforme des articles 1152 et 1231 du code civil relative à la clause pénale, RTD civ. 1985, p. 647 s., n° 4.

graves abus commis, précisément, dans certaines opérations de crédit, caractérisant des situations « qu'on a pu assimiler à du 'terrorisme contractuel' »³²⁴².

1043. On sait pourtant que, quelques années plus tard, le législateur français a décidé de limiter spécifiquement le montant des clauses pénales dans les opérations de crédit conclues avec les consommateurs³²⁴³. Des règles prévues tant pour le crédit mobilier à la consommation que pour le crédit immobilier fixent des plafonds aux indemnités dues en raison de la défaillance du consommateur. Ces limites, sont-elles pour autant légitimes ? On peut se demander, notamment, si elles sont capables de rendre compte d'une juste mesure dans tous les cas de figure. Par définition, un plafond rigidement fixé par voie réglementaire relève d'un certain arbitraire. Si un taux fixe peut représenter un gage de sécurité, il peut aussi s'avérer « inadapté à l'équilibre contractuel par nature complexe et diversifié »³²⁴⁴. C'est pourquoi le législateur a encore accordé au juge le pouvoir de modérer les clauses pénales insérées dans ce type de contrats. Le droit commun vient ainsi au secours des consommateurs de crédit³²⁴⁵. La question se pose alors de savoir sur quels critères le juge pourra-t-il se fonder. Il semblerait impossible *a priori* de constater un excès de la pénalité en elle-même, c'est-à-dire en faisant abstraction de l'économie globale du contrat. Bien qu'inéquitable, la clause qui se borne au seuil réglementaire reste conforme à loi. L'article 1231 du Code civil fournit une piste : la peine convenue peut être diminuée à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier. Il convient alors de rechercher les solutions apportées par la jurisprudence. En pratique, les solutions devraient se distinguer suivant que le montant de l'obligation du consommateur est certain (1) ou que sa fixation dépend de certains aléas liés à l'exécution du contrat (2).

1) L'élimination de l'excès en situation de certitude

1044. Lorsque les contrats litigieux se conforment aux dispositions du Code de la consommation, les clauses pénales qu'ils prévoient sont limitées, respectivement, à 8% et à 7% des sommes restant dues si le prêteur exige le remboursement immédiat du capital prêté³²⁴⁶. Destinées à inciter le consommateur à remplir ses obligations, rarement ces clauses sont fixées en dessous du seuil légal. La jurisprudence, tout en reconnaissant l'existence de ce seuil, applique les dispositions du Code civil et diminue les indemnités prévues dans les contrats de

³²⁴² *Idem*, RTD civ. préc., n° 4, qui cite l'expression de Ph. MALAURIE, note D. 1972. 733.

³²⁴³ V. n° 581 et s. *supra*.

³²⁴⁴ *Idem. Ib idem*. La même constatation avait déjà été retenue lors des travaux préparatoires de la révision de la loi de 1807 rétablissant en France le délit d'usure, en matière commerciale.

³²⁴⁵ Les arts. L. 311-24, L. 311-25 (crédit à la consommation, remplaçant les arts. L. 311-30 et L. 311-31, respectivement) et L. 312-21 et s. (crédit immobilier) dudit Code font rémission expresse aux articles 1152 et 1231 du Code civil pour fonder la possibilité, pour le juge, de « modérer la peine ».

³²⁴⁶ V. n° 581 et 583 *supra* ; arts. D. 311-11 (crédit mobilier) et R. 321-3, dernier alinéa (crédit immobilier). Si, en revanche, il tolère le retard du consommateur dans les paiements, dans le premier cas, le plafond demeure celui de 8% des échéances impayées et se réduit à 4% des échéances à venir si le prêteur accepte de les reporter (art. D. 311-12). Des règles identiques sont prévues pour les opérations de *leasing* mobilier (art. D. 311-13, als. 5 et 6). Pour le crédit immobilier, l'indemnité consiste à augmenter le taux d'intérêts du prêt jusqu'à trois points au plus (art. R. 312-3, al. 1^{er}).

crédit. Dans ces cas, les juges ont tendance à comparer le montant de la clause pénale aux autres clauses du contrat, notamment, celle relative aux intérêts conventionnels³²⁴⁷. La défaillance du consommateur provoque la production d'intérêts de retard au même taux que le prêt, jusqu'à la date du règlement effectif de la dette³²⁴⁸. Le juge diminue alors parfois le montant de la pénalité pour éviter que la dette ne devienne, à terme, excessivement onéreuse.

1045. La Cour d'appel de Douai a rendu une décision dont les termes peuvent être ainsi résumés : « eu égard au taux d'intérêt élevé que produit le solde du prêt conformément à l'article L. 311-30 du Code de la consommation, l'indemnité prévue à l'article D. 311-11 de ce même code apparaît excessive et est réduite par application de l'article 1152 du Code civil »³²⁴⁹. La Cour d'appel de Nîmes a appliqué les mêmes règles, les magistrats ayant par ailleurs fait référence expresse au caractère excessif du taux contractuel : « l'indemnité légale de 8% sur le capital à échoir doit être réduite, en application des articles 1152 et 1231 du Code civil, à la somme de 1 €, car manifestement excessive, eu égard, notamment, au taux contractuel pratiqué de 16,44 % »³²⁵⁰. Le même fondement a guidé la Cour d'appel d'Agen dans un arrêt plus récent³²⁵¹. On le voit bien, dans ces décisions, le juge reconnaît l'existence d'un excès alors même que les indemnités contractuelles resteraient dans les limites imposées par la loi. Leur montant est, certes, prévu dès la conclusion du contrat, le plus souvent à hauteur du seuil légal. On ne peut toutefois pas *a priori* écarter l'hypothèse dans laquelle, par exemple, elles s'avèreraient manifestement excessives. Les opérations de *leasing* immobilier ne posent pas plus de difficultés. La législation ne fait pas allusion expresse à un taux d'intérêts, mais elle présume que ceux-ci sont intégrés dans le montant des loyers périodiques³²⁵². Ainsi, bien que le calcul de l'indemnité à payer dépende de la durée du contrat restant à courir, il est possible de connaître son montant à l'avance³²⁵³. Dans ces opérations, le juge peut évaluer l'éventuel excès de la clause pénale en tenant compte, notamment, du fait que la valeur du bien repris peut s'être accrue pendant l'exécution du contrat. En revanche, dans les opérations de *leasing* mobilier c'est normalement l'inverse qui se produit. Jusqu'au moment où le consommateur

³²⁴⁷ Il se peut aussi qu'une appréciation de l'économie générale de l'opération n'en révèle pas plus de déséquilibre intrinsèque. Dans ce cas, on peut se demander si, par souci d'équité, le juge n'est pas amené à réduire le montant de la clause pénale eu égard au seul poids de la dette dans le budget du consommateur. Un tel raisonnement paraît être conforme à la finalité des arts. 1152 et 1231 du Code civil.

³²⁴⁸ V. n° 580 et 582 *supra*.

³²⁴⁹ CA Douai, 26 oct. 2000 : Juris-data n° 2000-173859; plus récemment: CA Douai, 13 avril 2006, Juris-data n° 2006-306157.

³²⁵⁰ CA Nîmes, 30 juin 2005: Juris-data n° 2005-282012; v. aussi CA Poitiers, CCC Raymond, 1992, note 196. VÉRIFIER : (Krafft, Gazette Palais, 1985. 2. doctrine 600 ; com. 18 mai 2005, defrénois 2005. 1425 : Piedelièvre)

³²⁵¹ CA Agen, 9 oct. 2007, pourvoi n° 06/01081 : « la société SOFINCO pouvait donc prétendre au paiement de la somme de 472,27 €, représentant 8 % du capital restant dû, à titre d'indemnité de résiliation. (...) Cette pénalité a donc un caractère manifestement excessif et doit être réduite à la somme de 50 € ». V. cependant *contra* : CA Paris, 29 oct. 1997, Juris-data n° 1997-023934 ; CA Paris, 28 mars 2000, Juris-data n° 2000-112021 ; CA Metz 17 février 2005, Juris-data n° 2005-268901.

³²⁵² L'art. L. 312-29, al. 2, sur les locations-ventes immobilières ainsi que l'art. R. 312-4 du Code consom. font référence à la « part des versements correspondant à la valeur en capital du bien ».

³²⁵³ L'art. R. 312-4 préc. prévoit qu'elle ne peut excéder 2% de la part des versements correspondant à la valeur en capital du bien à effectuer jusqu'à la date prévue du transfert de propriété.

devient défaillant, on ne peut préciser avec certitude le montant de la clause pénale. Autant de difficultés qui se présenteront à l'appréciation du juge.

2) L'élimination de l'excès en situation d'incertitude

1046. Dans les contrats de *leasing* mobilier, la fixation du montant de la clause pénale dépend, non seulement de la durée restant à courir du contrat, mais aussi de la valeur vénale du bien utilisé³²⁵⁴. À la différence des opérations précédentes, cependant, l'existence même d'une indemnité dépendra de la période contractuelle où la résiliation du contrat est prononcée en raison de la défaillance du consommateur³²⁵⁵. À supposer même qu'elle existe, un critère précis d'évaluation est d'autant moins facile à retenir que la réglementation fait, ici, abstraction d'un taux d'intérêts³²⁵⁶.

1047. Ces écueils ne sont pourtant pas insurmontables. On sait que le montant de l'indemnité sera normalement d'autant plus élevé que la résiliation du contrat intervient de manière prématurée³²⁵⁷. Son calcul recèle pourtant une large part d'incertitude. Cela conduit le crédit-bailleur, en pratique, à reporter le prononcé de la résiliation dans le but d'augmenter autant que possible le nombre de loyers échus et non payés³²⁵⁸. Outre la reprise du bien donné en bail, l'établissement de crédit obtient une compensation plus élevée du fait de la défaillance du consommateur. Le juge pourra ainsi prendre en compte les effets de son comportement sur l'économie du contrat dans l'évaluation de l'excès de l'indemnité. Cela démontre que, ici encore, la présence d'un plafond légal ne représente pas un obstacle au pouvoir du juge de retenir le caractère excessif des clauses pénales mises à la charge du consommateur défaillant. *A fortiori* le juge pourra-t-il, en l'absence d'un plafond légal, faire application des dispositifs du Code civil pour les réduire. C'est d'ailleurs le cas, en droit brésilien. Dans ce système, il semble toutefois que le droit des clauses pénales n'ait pas encore été utilement exploité à ce titre.

B) La clause pénale excessive en l'absence de réglementation

1048. Les limites imposées à l'appétence des établissements de crédit dans la fixation des « commissions de permanence » est, au Brésil, l'œuvre de la jurisprudence. Suivant une solution amorcée en 2005³²⁵⁹ et confirmée en 2009³²⁶⁰, le *Superior Tribunal de Justiça* a fixé le régime applicable à la défaillance du consommateur. Il reste que le montant de ces clauses

³²⁵⁴ Arts. L. 311-31 du Code consom.

³²⁵⁵ Ce n'est pas dire que le crédit-bailleur n'aura aucune compensation pour le préjudice subi par la défaillance du consommateur si le calcul de l'indemnité n'aboutit pas à un chiffre positif. Simplement, sa créance se limitera à la valeur vénale du bien repris.

³²⁵⁶ Certes, le mode de calcul de l'indemnité prend comme référence le taux moyen de rendement des obligations majoré de la moitié. On ne saurait pourtant retenir un excès de la pénalité à partir de ce seul critère sans renverser la répartition des risques voulue par le législateur pour ce type d'opérations.

³²⁵⁷ Art. D. 311-13, al. 1^{er}, du Code consom.

³²⁵⁸ Ceux-ci sont exclus du calcul de l'indemnité de résiliation.

³²⁵⁹ STJ-Resp n° 787.454/RS, préc., j. 14.12.2005 ; v. n° 595 *supra*.

³²⁶⁰ STJ-Resp n° 1.063.343/RS, préc., j. 12.8.2009 ; v. n° 597 *supra*.

pénales est encore très élevé dans la pratique du crédit. Par ailleurs, l'un de ces derniers arrêts apporte des restrictions importantes au régime de la protection. Il en exclut les contrats relevant du secteur réglementé (SFH) et les opérations de « crédito consignado »³²⁶¹. Pour contourner ces restrictions, on peut être tenté d'invoquer le pouvoir modérateur du juge prévu au Code civil. L'article 413 de celui-ci lui permet de « réduire équitablement le montant de clause pénale », au cas où ce montant serait manifestement excessif ou que les obligations du débiteur ont été partiellement exécutées. Il semble pourtant peu probable que les magistrats du STJ admettent un moyen fondé sur ce seul critère d'équité, si ce n'est qu'ils sembleraient enclins à imposer une sorte d'attraction du droit de la consommation sous prétexte de sa spécialité³²⁶². Ce serait sûrement méconnaître les rapports de complémentarité que le droit spécial de protection entretient avec le droit civil.

1049. Dans les débats qui ont amené le STJ à formuler sa solution, une distinction importante semble pourtant avoir été absente. Elle est relative aux différentes techniques de remboursement que l'opération de crédit litigieuse peut comporter. La réduction du montant des pénalités conventionnelles au seul taux moyen du marché, sans que soit prise en compte la modalité particulière de l'opération litigieuse, n'aboutit pas à un rééquilibrage souhaitable de l'opération économique envisagée. En pratique, suivant que l'obligation du consommateur est exécutée par paiements échelonnés (1) ou par un remboursement unique (2), le jeu de la clause pénale aboutit à des effets distincts sur l'économie du contrat. La prise en compte de cette distinction pourrait alors redonner force au droit commun pour la défense du consommateur de crédit.

1) Les « commissions de permanence » dans les opérations à remboursements échelonnés

1050. Par hypothèse, les différentes fonctions juridiques que recèle une clause pénale joueront un rôle plus ou moins marqué suivant le type d'opération de crédit pratiqué. Dans les prêts personnels et certains crédits affectés, le prêteur se fait une prévision relativement précise du profit escompté³²⁶³. L'emprunteur conserve le montant du capital moins longtemps en sa possession. Il est normalement obligé de rembourser par paiements périodiques une fraction du capital reçu et les intérêts produits jusqu'à l'échéance respective. La clause pénale jouera alors un rôle incitatif prédominant. Elle comportera, certes, une part de réparation du préjudice causé par la défaillance du consommateur. Surtout, elle doit être dissuasive de tout comportement du débiteur pouvant bousculer la prévision des parties. Si le consommateur est défaillant, la

³²⁶¹ STJ-Resp n° 1.058.114/RS, préc.

³²⁶² Dans l'arrêt STJ-Resp n° 1.063.343/RS, préc., il est énoncé que la nouvelle solution s'applique aux contrats de « prêt bancaire, quelles que soient ses modalités, où une relation de consommation est constituée, aux termes de la décision de la Cour constitutionnelle n° STF-ADI 2.591-1, du 7 juin 2006 ».

³²⁶³ Il n'en va pas toujours ainsi, notamment, dans les opérations comportant un taux d'intérêts variable. Assez rare dans les crédits mobiliers à la consommation, la variabilité des taux est parfois prévue dans les crédits immobiliers.

déchéance du terme est alors prononcée et le contrat résilié. Il serait ainsi naturel qu'au taux d'intérêts conventionnel vienne s'ajouter une majoration relative au retard dans le règlement de la dette. Dans ces cas de figure, c'est le recouvrement anticipé des intérêts non encore échus qui apparaît le plus choquant³²⁶⁴. L'organisation économique de l'inexécution contractuelle obéit toutefois à une logique distincte dans les opérations où le remboursement du crédit se fait par un paiement unique. Dès lors, il est naturel que le régime des clauses pénales ne leur soit pas appliqué indistinctement.

2) Les « commissions de permanence » dans les opérations à remboursement unique

1051. C'est le cas, en général, des ouvertures de crédit (découverts bancaires, certains crédits renouvelables etc.). D'une part, le montant du profit du prêteur est plus ou moins incertain car il dépend de l'utilisation effective du crédit par l'emprunteur. D'autre part, le terme des obligations de celui-ci est souvent indéterminé. Le consommateur n'est normalement obligé de restituer ni le capital prêté, fût-ce partiellement, ni les intérêts échus avant le terme final de l'opération. En pratique, c'est la défaillance du consommateur qui caractérise l'échéance du terme contractuel. Au moment où celle-ci intervient, on n'aperçoit pas, si l'on observe la relation des parties depuis un angle extérieur, le seul changement survenu : la confiance trahie du créancier. Il s'agit, certes, d'un changement de taille. D'un point de vue économique, cependant, l'opération ne subit pas d'autres modifications que l'ajout d'une pénalité au capital réclamé. La pratique révèle d'ailleurs qu'une certaine prolongation du retard de la part du débiteur profite assez largement au créancier. Le comportement de ce dernier n'est pas indifférent à cet égard car c'est lui qui prononce la résiliation du contrat.

1052. Dans ces conditions, la clause pénale devra exercer une fonction majoritairement indemnitare. Jusqu'au règlement effectif de la dette, le fournisseur de crédit est assuré de percevoir des intérêts au même taux que celui du prêt³²⁶⁵. L'empilement des charges admis par la jurisprudence du STJ – notamment, le rajout d'intérêts dits moratoires de 12% par an – n'apparaît, ici, pas justifié. La prise en compte des spécificités de ces modalités de crédit aurait alors pour effet de rendre plus souple le régime organisant la défaillance du consommateur. Le juge se verrait accorder un pouvoir modérateur plus conforme à la finalité du dispositif prévu à l'article 413 du Code civil.

1053. À certains égards, ces propositions pourraient être pertinemment critiquées. D'une part, les intérêts souvent plus élevés que comportent les ouvertures de crédit sont censés compenser des risques accrus encourus par le fournisseur de crédit. L'emprunteur est dans une position plus commode, il réalise moins d'efforts financiers pendant l'exécution du contrat. L'habitude y joue aussi un rôle important : la ligne de partage est tenue entre un « je paierai

³²⁶⁴ On déplorera toutefois sa permission de recouvrement du montant d'une « multa » cumulé avec les autres charges. V. 599 et s. *supra*.

³²⁶⁵ L'art. 406 du Code civil/2002 permet, en droit commun, une telle stipulation.

plus tard » et un « je paierai... quand je pourrai ». D'autre part, dans les opérations à remboursement échelonné, l'effort financier du consommateur peut être, inversement, par trop contraignant suivant la méthode de calcul des intérêts adoptée. Par exemple, l'emploi de la méthode de calcul « Price »³²⁶⁶ implique qu'à mi-chemin contractuel l'emprunteur aura déjà remboursé la plupart des intérêts dus³²⁶⁷. Ce serait d'autant plus important, pour l'évaluation des excès dans le régime de la défaillance, d'observer la période contractuelle où celle-ci intervient. Ces aspects apparaissent toutefois trop contingents dans le marché du crédit pour être déterminants d'une condamnation de la distinction proposée. En pratique, rien n'empêche, par exemple, que les taux d'intérêts proposés soient, sous une conjoncture économique donnée, identiques pour les deux modalités de crédit en question. La « propagande »³²⁶⁸, de plus en plus répandue, des crédits gratuits aboutirait facilement à un tel résultat. D'un autre côté, la méthode Price est progressivement remplacée, du moins dans les opérations de crédit immobilier³²⁶⁹.

1054. On pourrait, enfin, reprocher à la distinction proposée de négliger le rôle de la volonté des parties dans la fixation d'une clause pénale³²⁷⁰. Or, serait-il vraiment réaliste de se livrer à une telle recherche dans des contrats d'adhésion, où ces clauses sont stipulées d'une manière à peu près identique ? Du reste, n'est-ce pas d'ailleurs le *Superior Tribunal de Justiça* lui-même qui néglige ce rôle en imposant comme plafond le seul taux moyen du marché ? Ce n'est pas, en tout cas, en les soumettant à un régime juridique unique que la jurisprudence contribuera à déceler les iniquités qu'elles peuvent contenir. Celle-ci se retranche derrière des arguments bâtis essentiellement sur des impératifs du marché. Corollairement, les excès contractuels se reproduisent dans les opérations de crédit par la stipulation d'indemnités détournées de leurs finalités. La distinction réalisée a ainsi le mérite d'aider le juge à les éliminer par une méthode plus adaptée à la réalité économique du cas concret. Encore faudrait-il que la jurisprudence y reconnaisse une pertinence technique à même d'évincer les écueils d'ordre politique qui ont présidé, dans ce domaine, à l'élaboration des solutions du *Superior Tribunal de Justiça*. Le droit commun se verrait dès lors renforcé, en tant qu'instrument complémentaire de la lutte contre les excès de la liberté contractuelle. Si le consommateur ne les perçoit pas tous lorsqu'il signe le contrat³²⁷¹, certains excès, venant bouleverser la relation des parties à partir de sources extérieures, ne manquent pas d'être perçus. Ceux-ci peuvent également être combattus par un droit commun plus empreint d'équilibre.

³²⁶⁶ V. n° 470 *supra*.

³²⁶⁷ On peut se représenter le montant et la chronologie du paiement des intérêts sur un plan cartésien par une courbe mathématique décroissante.

³²⁶⁸ Au Brésil, ce mot est couramment employé dans son sens vulgaire, comme synonyme de publicité.

³²⁶⁹ La « Caixa Econômica Federal » adopte, par exemple, la méthode SAC.

³²⁷⁰ V. MAZEAUD, Denis. « La notion de clause pénale », *op. cit.*, n°558, p. 320.

³²⁷¹ Il n'a, en tout cas, aucun pouvoir de négociation au cas où il s'en apercevrait.

§ 2nd – La révision judiciaire pour imprévision

1055. Trop ébloui par les plaisirs immédiats que le crédit lui procure, le consommateur manque parfois de se prémunir contre les risques d'un avenir moins fortuné. La prévoyance a cependant ses limites. Des événements extraordinaires venant aggraver les obligations contractuelles peuvent surprendre jusqu'au plus avisé des contractants. Un consommateur trop scrupuleux se résignerait sans doute devant les forces du hasard et remplirait les obligations que la nécessité d'honorer sa parole lui imposerait d'exécuter. Une fois conclu, dit-on, le contrat échappe, « par sa force obligatoire, à la fantaisie individuelle et aux caprices du temps »³²⁷². Le bon sens, conduit-il à ces mêmes conclusions ? On s'est ainsi demandé comment « admettre qu'un homme puisse être conduit à la ruine, devenir l'esclave d'un contrat devenu désastreux par la seule force du hasard qui vient détruire toutes ses prévisions raisonnables et légitimes »³²⁷³. C'est évoquer l'imprévision. Il convient d'en étudier la notion (A) avant de connaître les remèdes juridiques susceptibles d'être invoquées par le consommateur de crédit (B).

A) La notion d'imprévision

1056. On dit qu'il y a imprévision « toutes les fois que des circonstances économiques imprévues, postérieures à la conclusion du contrat, rendent son exécution extrêmement difficile ou beaucoup plus onéreuse, sans pour autant qu'elle soit impossible »³²⁷⁴. Au Brésil, le législateur a intégré la notion au Code civil de 2002³²⁷⁵. En France, en revanche, on s'efforce toujours de sensibiliser les pouvoirs publics sur ce sujet. Tout autant que la notion d'imprévision, l'opportunité de son incorporation au droit positif est encore débattue. Malgré le refus historique manifesté par la jurisprudence³²⁷⁶, une évolution amorcée par les instances européennes se dessine à l'horizon de l'ordre contractuel français (1). La perspective d'adoption d'un dispositif légal en la matière incite à la recherche de ses conditions de mise en œuvre (2).

³²⁷² MALAURIE, Philippe, AYNÈS, Laurent et STOFFEL-MUNCK, Philippe. « Les obligations », 3^e éd., 2008, n° 755, p. 378.

³²⁷³ STOFFEL-MUNCK, Philippe. « Regards sur la théorie de l'imprévision – Vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain », PUAM, 1994, n° 3 et 4, p. 16 : « il est en effet dangereux que la norme juridique s'éloigne trop de ce que le bon sens commande spontanément. La crédibilité et la légitimité du droit en seraient menacées. [...] Il n'est en conséquence jamais sain d'imposer une règle que le sens commun rejette invariablement ». V. aussi JAMIN, Christophe. « Révision et intangibilité du contrat, ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil », Rev. dr. et patr., mars 1998, n° 58, p. 51, pour qui « l'article 1134 n'a décidément rien d'un principe de droit naturel, ni même d'une règle de bon sens... »

³²⁷⁴ GHESTIN, Jacques, BILIAU, Marc et JAMIN, Christophe. « Traité de droit civil – Les effets du contrat », 3^e éd., LGDJ, 2001, n° 290, p. 355. Le changement de circonstances doit être postérieur à la conclusion de la convention, ce qui distingue entre imprévision et lésion. Ce n'est d'ailleurs pas tant le défaut de prévision des parties qui permet d'envisager une quelconque modification du contrat mais les circonstances nouvelles qui viennent bouleverser son économie initiale.

³²⁷⁵ Arts. 478 à 480.

³²⁷⁶ Cass. civ. 6 mars 1876 ; D 1876, 1, 193.

1) L'évolution de la théorie de l'imprévision

1057. Une question de principes – On oppose traditionnellement l'imprévision au principe de la force obligatoire des conventions³²⁷⁷. Le contrat, acte de prévision, existe justement pour permettre une emprise sur l'avenir³²⁷⁸. En s'engageant, les parties soumettent leur convention à l'épreuve du temps. C'est précisément parce qu'elles se sont librement engagées qu'elles doivent tenir parole³²⁷⁹. Il a fallu attendre le XXI^e siècle pour que cette idéologie accorde enfin une place à l'imprévision dans l'ordre juridique brésilien. Elle est désormais prévue à la section du Code civil relative à la « résolution des contrats pour onérosité excessive »³²⁸⁰. Plus attaché au respect de la parole donnée, le législateur français ne l'a prévue que dans des cas exceptionnels³²⁸¹. L'article 1134, al. 1^{er}, du Code civil pose le principe : « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». Au côté de ce dernier, le principe à retenir serait plutôt, en droit commun, celui de l'interdiction de la révision pour imprévision³²⁸². Mus par des soucis d'équité, certains magistrats osent parfois modifier les obligations de la partie la plus défavorisée par un changement de circonstances. Les juridictions administratives l'approuvent, par souci d'égalité des charges devant le service public³²⁸³. Le refus de la Cour de cassation, en revanche, a été catégoriquement manifesté dans le célèbre arrêt « canal de Craponne »³²⁸⁴. Cette position

³²⁷⁷ MALAURIE, Philippe, AYNÈS, Laurent et STOFFEL-MUNCK, Philippe. « Les obligations », 3^e éd., 2008, n° 759, p. 381 ; JAMIN, Christophe. « Révision et intangibilité du contrat, ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil », *op. cit.*, p. 46 ; MESTRE, Jacques. Rapport de synthèse (hétérodoxe) sur la question de l'intangibilité du contrat », *Rev. dr. et patr.*, mars 1998, n° 58, p. 78 ; LOUSSOUARN, Nicolas. « Contribution à l'étude de la révision judiciaire des contrats en droit privé », thèse 1996, n° 433, p. 227 ; STOFFEL-MUNCK, Philippe. « Regards sur la théorie de l'imprévision – Vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain », *op. cit.*, n° 7, p. 18.

³²⁷⁸ RIPERT, Georges. « La règle morale dans les obligations civiles », 4^e éd., LGDJ, 1949, n° 84, p. 151 ; v. aussi LÉCUYER, Hervé. « Le contrat, acte de prévision » in « L'avenir du droit – Mélanges en hommage à François Terré », Dalloz, PUF, Juris-classeur, 1999, p. 657 ; GHESTIN, Jacques, BILIAU, Marc et JAMIN, Christophe. « Traité de droit civil – Les effets du contrat », 3^e éd., LGDJ, 2001, n° 339, p. 403.

³²⁷⁹ Seule la volonté du législateur ou le consentement mutuel des parties peut aboutir à la révocation d'un engagement précédent (art. 1134, al. 2, du Cod civil).

³²⁸⁰ Cet intitulé apparaît toutefois trompeur, la résolution n'étant pas le seul remède à l'imprévision. V. *infra*.

³²⁸¹ Arts. 900-2 du Code civil, sur la révision des conditions et charges grevant une donation ou un legs. On affirme, cependant, que l'ancien adage *rebus sic stantibus* (« le consentement est subordonné à la persistance de l'état de fait qui existait au jour où il a été exprimé ») n'aurait exercé « aucune influence sur les grands juristes français du XVI^e au XVIII^e siècle » : TERRÉ, François, SIMLER, Philippe et LEQUETTE, Yves. « Droit civil – les obligations », 8^e éd., Dalloz, 2002, n° 470 ; v. aussi CARBONNIER, Jean. « Droit civil – les biens, les obligations », PUF, 2004, n° 1064, p. 2178. Au Brésil, affirmant, avant l'adoption du Code de 1990, que, sauf pour les dettes alimentaires, cette théorie « est complètement abandonnée », v. SILVA, Clóvis do Couto e. « A obrigação como processo », Rio de Janeiro : FGV, 2006, p. 107, note 215.

³²⁸² FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte. « Le changement de circonstances », RDC 2004, p. 67. Il faut noter cependant qu'il ne s'agit pas d'un principe d'ordre public, ce qui signifie que les parties peuvent convenir d'une adaptation du contrat en cas de changement de circonstances.

³²⁸³ Le Conseil d'État a rendu le célèbre arrêt « Gaz de Bordeaux » (CE 30 mars 1916 ; S. 1916, 3, 17), par lequel il permettait, bien qu'en se fondant sur l'intérêt général, à un concessionnaire d'un service public de faire réviser le tarif auquel les prestations étaient fournies.

³²⁸⁴ Cass. civ. 6 mars 1876, préc. ; v. PLANES, Karine de la Asuncion. « La réfaction du contrat », thèse LGDJ, 2006, n° 451, p. 278. Cette solution a été approuvée par certains, sous prétexte que « la loi contractuelle doit être maintenue coûte que coûte » : SÉRIAUX, Alain. « Droit des obligations », 2^e éd., PUF, 1998, n° 46, p. 186-187. On a aussi mis en valeur la vertu incitative de l'interdiction de principe, qui conduit les parties à se montrer plus prévoyantes en insérant des clauses de révision dans leurs conventions ; v. FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte. « Le changement de circonstances », RDC 2004, p. 83, n° 26, qui parle d'une « fonction répulsive de la règle supplétive ».

conservatrice est critiquée par nombre d'auteurs³²⁸⁵ ; elle est peut-être d'ailleurs en train d'évoluer puisque, dans un arrêt du 29 juin 2010, la chambre commerciale de la Cour de cassation a censuré une cour d'appel pour n'avoir pas recherché, « comme elle y était invitée, si l'évolution des circonstances économiques et, notamment l'augmentation du coût des matières premières...n'avait pas eu pour effet... de déséquilibrer l'économie générale du contrat tel que voulu par les parties lors de sa signature »³²⁸⁶. Depuis l'avènement de la Communauté européenne, c'est plutôt la concurrence du marché intérieur qui est invoquée en faveur d'un changement d'attitude tant de la part du législateur que de la jurisprudence³²⁸⁷. L'argument semble être pertinent. Nombreux sont les « recueils » internationaux de principes du droit des contrats qui contiennent des dispositions sur la possibilité de révision d'une convention pour changement des circonstances³²⁸⁸. Cette possibilité est prévue en tant que principe spécifique au droit contractuel des pays européens³²⁸⁹. Elle figure désormais dans un guide pour l'élaboration normative du ressort des instances de l'Union européenne.

1058. La modification du contrat, principe d'un cadre commun de référence (CCF) –

Les « Principes européens du droit des contrats » formulés par la Commission « Landö » ont inspiré les membres d'un groupe d'études sur un Code civil européen³²⁹⁰. Ils ont donné lieu, plus récemment, à l'élaboration par des universitaires d'un projet de « cadre commun de référence » sur le droit des contrats dans l'Union européenne³²⁹¹. Le CCR serait un « instrument optionnel », une sorte de manuel de rédaction juridique destiné à orienter et à

³²⁸⁵ V. JAMIN, Christophe. « Révision et intangibilité du contrat, ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil », *op. cit.*, p. 46 et s., qui réfute un par un les moyens relevés par la Cour de cassation dans l'arrêt de 1876. Les fondements diffèrent parfois aussi d'un auteur à l'autre. Par exemple, GHESTIN, Jacques, BILIAU, Marc et JAMIN, Christophe (*op. cit.*, n° 346, p. 408) fondent leur plaidoyer sur la conjugaison des principes de la justice contractuelle et de l'utilité sociale du contrat ; de manière similaire, JAMIN, Christophe (« Révision et intangibilité du contrat, ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil », *op. cit.*, p. 54) s'appuie sur un solidarisme contractuel entre les parties, pour autant qu'un maximum de richesses puisse être créé par l'intervention du juge ; s'appuyant aussi sur la doctrine solidariste, v. FISCHER, Jérôme ; « Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français », thèse PUAM, 2004, n° 279, p. 284. Enfin, PIMONT, Sébastien (« L'économie du contrat », *op. cit.*, n° 405 p. 266) réfute la théorie du juste et de l'utile car elle dépendrait toujours du « Prince » et serait « conditionnée par les idéologies de la majorité politique du moment » ; il se fonde alors sur une interprétation objective de la volonté des parties, dans le but de retrouver l'utilité économique du contrat.

³²⁸⁶ Pourvoi n° 09-67369, D. 2010, p. 2481, note D. Maz eaud et 2485, note Génicon.

³²⁸⁷ GHESTIN, Jacques, BILIAU, Marc et JAMIN, Christophe. *Op. cit.*, n° 348, p. 415 ; STOFFEL-MUNCK, Philippe. *Op. cit.*, n° 17, p. 24 ; FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte. *Op. cit.*, n° 17, p. 77 ; WITZ, Claude. « Force obligatoire et durée du contrat », in « Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats », RÉMY-CORLAY, Pauline et FENOUILLET, Dominique (dir.), Dalloz, 2003, n° 10, p. 181 ; dans ce même ouvrage, v. MAZEAUD, Denis. « La matière du contrat », n° 6, p. 83 ; LOUSSOUARN, Nicolas. *Op. cit.*, n° 508, p. 272

³²⁸⁸ On citera, à titre d'exemple, les Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international, publiés en 2004 et validés par la 851^e séance de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) du 4 juillet 2007 (arts. 6.2.1 et 6.2.3 sur les clauses de « hardship »).

³²⁸⁹ Les « Principes européens du droit des contrats » formulés par la Commission sur le droit européen des contrats (commission « Landö ») prévoient à l'article 6:111, sous une désignation technique plus appropriée que celle d'imprévision, les cas de « changement des circonstances ».

³²⁹⁰ V. VON BAR, Christian. « Le groupe d'études sur un code civil européen », *Rev. int. dr. comp.* 2001, v. 53, n° 1, p. 127.

³²⁹¹ L'adoption d'un Cadre commun de référence (CCR) sur le droit européen des contrats a fait l'objet du plan d'action adopté par la Commission européenne en 2003 : COM(2003) final, OJ C 63/1 ; v. VON BAR, Christian, BEALE, Hugh, CLIVE, Eric, SCHULTE-NÖLKE, Hans *et al.* « Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft common frame of reference (DCFR) », Sellier, 2009. V. enfin, la décision du 26 avril 2010, de la Commission (2010/233/UE).

rendre plus cohérente l'élaboration de la législation de l'Union³²⁹². L'article 1:110 du livre III du projet de CCR sur les obligations prévoit la possibilité d'une « modification ou fin décidée par le tribunal en raison d'un changement des circonstances »³²⁹³. Au cas où ce dispositif viendrait un jour à faire l'objet d'une directive européenne³²⁹⁴, la France pourrait être contrainte de transposer ses règles en droit interne³²⁹⁵. En matière d'imprévision, les autorités publiques françaises, sur les appels de la doctrine, semblent disposées à devancer le législateur européen. La question se pose dès lors de savoir par quels moyens et dans quelles conditions.

2) Les conditions de mise en œuvre de l'imprévision

1059. Dans la perspective d'aboutir à une réforme du droit français des contrats, on multiplie, depuis quelques années, les suggestions de dispositions à adopter. Que ce soit à l'avant-projet « Catala »³²⁹⁶, à celui de la Chancellerie³²⁹⁷ ou aux propositions du groupe « Terré »³²⁹⁸, la prise en compte du changement des circonstances d'un contrat est une idée omniprésente. Ces propositions diffèrent cependant non seulement quant aux types de contrats concernés (a) mais aussi sur les caractéristiques de l'événement survenu (b). Les solutions du droit comparé y sont très souvent évoquées. L'analyse du droit brésilien peut aussi contribuer au débat.

a) Les contrats concernés

1060. L'avant-projet « Catala », suivant l'exemple du droit italien³²⁹⁹, limite la prise en compte d'un changement de circonstances aux contrats à exécution successive ou échelonnée³³⁰⁰. Le législateur brésilien s'est engagé dans une voie légèrement élargie. L'article

³²⁹² VON BAR, Christian, BEALE, Hugh, CLIVE, Eric, SCHULTE-NÖLKE, Hans *et al.* *Op. cit.*, n° 80, p. 46.

³²⁹³ La traduction française du CCR a été assurée par monsieur GHESTIN, Jacques (v. <http://www.fondationdroitcontinental.org/Documents/Traduc-vBar-livre%20I-II-III-%2008-2008.doc>).

³²⁹⁴ Un rapport rendu le 14 septembre 2010 par la DG Justice, liberté et sécurité, de la Commission européenne sur la quatrième réunion du groupe d'experts énonce cependant que ceux-ci travaillent exclusivement sur la base d'un instrument optionnel et qu'à l'heure actuelle aucune décision politique n'a été prise sur l'option d'un livre vert.

³²⁹⁵ Alors que certains déclarent l'urgence pour le législateur de renouveler les règles internes du droit des contrats en s'inspirant éventuellement du modèle des « Principes » précités (MAZEAUD, Denis. « La matière du contrat », *op. cit.*, n° 6, p. 83), d'autres affirment, du moins à propos de l'imprévision, exactement le contraire, à savoir qu'une intervention législative est « hautement improbable » faute d'urgence (WITZ, Claude. « Force obligatoire et durée du contrat », *op. cit.*, n° 16, p. 186).

³²⁹⁶ V. Rapport à Monsieur Pascal Clément, Ministre de la Justice, du 22 sept. 2005, accessible sur le site internet du Ministère de la Justice : http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf

³²⁹⁷ Projet portant réforme du droit des contrats élaboré par la Chancellerie du Ministère de la Justice.

³²⁹⁸ « Pour une réforme du droit des contrats », TERRÉ, François (dir.), Dalloz, 2009.

³²⁹⁹ Art. 1467, al. 1, du Code civil italien. V. FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte. « Le changement de circonstances », *op. cit.*, p. 81, n° 22 ; TALLON, Denis. « La révision du contrat pour imprévision au regard des enseignements récents du droit comparé » in Études à la mémoire d'Alain Sayag, Litec, 1997, p. 415.

³³⁰⁰ Art. 1135-1. Le champ d'application de l'imprévision est discuté en doctrine. Pour un premier courant, plus restrictif, il se limiterait aux rapports monétaires : GHESTIN, Jacques, BILIAU, Marc et JAMIN, Christophe. *Op. cit.*, n° 291, p. 356) ; PIETTE, Gaël. « La correction du contrat », thèse PUAM, 2004, n° 47, p. 52. D'autres auteurs, en revanche, admettent un domaine d'application élargi : STOFFEL-MUNCK, Philippe. « Regards sur la théorie de l'imprévision – Vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain », *op. cit.*, n° 169, p. 105, qui inclut toutes les hypothèses où l'utilité du contrat est remise en cause, par un « malheur imprévu » ou une « rupture de l'équilibre voulu par les parties » ; LÉCUYER, Hervé. « Le contrat, acte de prévision » in « L'avenir du droit – Mélanges en hommage à François Terré », Dalloz, PUF, Juris-classeur, 1999, p. 658, qui soutient son application

478 du Code civil la restreint aux contrats d'exécution « continuée ou différée », ce qui comprend les crédits à remboursements échelonnés ou à terme unique. Ces restrictions ont paru excessives à certains³³⁰¹. Aussi, les propositions du groupe « Terré » et de la Chancellerie élargissent la technique à tous les contrats. Le consommateur de crédit pourrait alors en bénéficier, notamment, en cas d'« accidents de la vie » (maladie, incapacité de travail etc.), de variation trop importante des intérêts de son prêt ou des clauses d'indexation. Aucun doute n'existe en doctrine, en tout cas, quant à l'application de l'imprévision à ce type d'opérations. Des divergences subsistent, en revanche, quant aux caractéristiques de l'événement venant bouleverser l'économie du contrat. Elles se reflètent dans les différentes propositions susmentionnées.

b) Les caractéristiques de l'événement perturbateur

1061. Elles sont relatives à la nature des circonstances survenues et à l'importance du déséquilibre créé. On s'accorde généralement, tout d'abord, pour n'admettre qu'un événement imprévisible³³⁰². Les conséquences d'un changement, même imprévu, que les parties auraient pu raisonnablement anticiper au moment de la conclusion du contrat devraient être supportées par le débiteur de l'obligation³³⁰³. En France, les propositions « Terré » et de la Chancellerie adoptent ce critère³³⁰⁴. L'article 478 du Code civil brésilien suit, ici, l'exemple italien, en exigeant que l'événement perturbateur soit « imprévisible et extraordinaire »³³⁰⁵. À l'opposé, les propositions « Catala »³³⁰⁶ font une complète abstraction de l'imprévoyance des parties. Elles s'en tiennent à l'aspect objectif du déséquilibre créé.

1062. Quant à la gravité de ce déséquilibre, en revanche, ces dernières propositions introduisent un critère qui ne manquera pas de susciter des appréciations subjectives : l'équilibre initial entre les prestations réciproques doit être « perturbé au point que le contrat

même aux contrats déjà exécutés ; JAMIN, Christophe. « Révision et intangibilité du contrat, ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil », *op. cit.*, p. 48.

³³⁰¹ L'avant-projet « Catala » est pourtant, à cet égard, trop restrictif car il semble exclure les opérations de crédit à remboursement unique ou à terme. V. FENOUILLET, Dominique. « Les effets du contrats entre les parties. Les principes » in « Pour une réforme du droit des contrats », TERRÉ, François (dir.), *op. cit.*, p. 245, n° 5.

³³⁰² RIPERT, Georges. « La règle morale dans les obligations civiles », 4^e éd., LGDJ, 1949, n° 87, p. 154 ; CARBONNIER, Jean. *Op. cit.*, n° 1065, p. 2179 ; PIMONT, Sébastien. « L'économie du contrat », *op. cit.*, n° 386, p. 254 ; WITZ, Claude. « Force obligatoire et durée du contrat », *op.cit.*, n° 10, p. 181 ; FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte. *Op. cit.*, p. 81, n° 22 ; TALLON, Denis. « La révision du contrat pour imprévision au regard des enseignements récents du droit comparé » in « Études à la mémoire d'Alain Sayag », Litec, 1997, p. 415.

³³⁰³ V. cependant GHESTIN, Jacques, BILIAU, Marc et JAMIN, Christophe. *Op. cit.*, n° 330, p. 395, pour lesquels « c'est le déséquilibre objectif des prestations, apparu après coup, qui pose la question du maintien intégral ou de la révision du contrat, et non la survenance d'une circonstance nouvelle et imprévisible » ; dans le même sens, v. FISCHER, Jérôme. « Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français », PUAM, 2004, n° 272, p. 277 ; LE GAC-PECH, Sophie. *Op. cit.*, n° 846, p. 341. Comp. STOFFEL-MUNCK, Philippe. « Regards sur la théorie de l'imprévision – Vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain », *op. cit.*, n° 217, p. 124, qui semble admettre une « imprévoyance » de bonne foi.

³³⁰⁴ Art. 136 du projet de la Chancellerie et art. 92, al. 2, des propositions « Terré ». Ces deux dispositifs exigent encore que la partie défavorisée par le changement de circonstances n'ait pas accepté d'en assumer le risque lors de la conclusion du contrat.

³³⁰⁵ V. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. « Parecer », RT 2005, n° 832, p. 126, n° 33 ; v. les critiques de TEPEDINO, Gustavo. « A constitucionalização do direito civil : perspectivas interpretativas diante do novo Código », in "Direito civil – Atualidades", FIÚZA, César et al. (dir.), Del Rey, p. 129.

³³⁰⁶ Art. 1135-1.

perde tout intérêt pour l'une des parties »³³⁰⁷. Les propositions de la Chancellerie et du groupe « Terré », à leur tour, conservent un caractère plutôt objectif : l'exécution du contrat doit devenir « excessivement onéreuse »³³⁰⁸. Cette position correspond aussi au droit brésilien. Sur ce point, celui-ci révèle toutefois un recul conservateur de la part du législateur. L'article 478 précité du Code civil exige encore que l'autre partie tire un « avantage extrême » du changement des circonstances. Cet ajout aurait pour effet de bloquer, dans bien des circonstances, la possibilité pour un consommateur de crédit d'invoquer les dispositions du droit commun³³⁰⁹. Enfin, une fois ces conditions réunies, *a priori*, la partie défavorisée pourra demander à bénéficier des remèdes à la survenance d'excès contractuels.

B) Les remèdes juridiques

1063. Les dispositions ici comparées se distinguent suivant que l'on accorde au juge plus ou moins de pouvoirs pour régler le sort du contrat devenu déséquilibré (1). Les différentes solutions retenues commandent une réflexion sur leur efficacité dans la perspective de protection du consommateur de crédit (2).

1) Les pouvoirs du juge

1064. On admet que le juge puisse, soit libérer l'une des parties de ses obligations devenues trop onéreuses (a), soit, d'une manière plus interventionniste, modifier le contrat en procédant à une répartition équitable des pertes et des gains découlant du changement de circonstances (b).

a) L'extinction prématurée du contrat

1065. Dans une logique conservatrice, certains prônent une limitation du rôle du juge à celui d'un simple conciliateur entre amiables compositeurs, renvoyant les parties à résoudre leurs propres différends par voie de négociation³³¹⁰. En cas de refus de négocier d'une partie à négocier, le juge pourrait octroyer à l'autre des dommages et intérêts mais sans pouvoir refaire le contrat³³¹¹. Les propositions de réforme du droit français des contrats ne font pas preuve d'autant de conservatisme. Elles retiennent, certes, la voie d'une négociation « obligée » entre

³³⁰⁷ Art. 1135-1.

³³⁰⁸ L'article 136 du projet de la Chancellerie pose cependant une difficulté : le changement survenu doit être encore « insurmontable ». Or, ce caractère semble renvoyer à l'impossibilité de l'exécution de l'obligation, ce qui empièterait sur le terrain de la force majeure. Celle-ci se distingue pourtant de l'imprévision précisément par cet aspect ; v. GHESTIN, Jacques, BILIAU, Marc et JAMIN, Christophe. *Op. cit.*, n° 326, p. 389 ; FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte. *Op. cit.*, n° 3, p. 68.

³³⁰⁹ Par exemple, dans l'épisode décrit ci-dessus à propos des effets de la variation du taux de change du dollar américain sur les contrats de leasing conclus avec des consommateurs, les crédit-bailleurs n'en tiraient *a priori* pas d'avantage extrême car ils devaient rembourser, eux-mêmes, en dollars les fonds obtenus à l'étranger.

³³¹⁰ STOFFEL-MUNCK, Philippe. « Regards sur la théorie de l'imprévision – Vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain », *op. cit.*, n° 245, p. 135 ; MALAURIE, Philippe, AYNÈS, Laurent et STOFFEL-MUNCK, Philippe. « Les obligations », 3^e éd., 2008, n° 763, p. 384.

³³¹¹ STOFFEL-MUNCK, Philippe, préc., n° 273, p. 14 : « il nous semble préférable de laisser le contrat se poursuivre quitte à ce que le débiteur n'exécute pas si cela lui est véritablement insupportable ».

les parties. À défaut d'accord, toutefois, elles reconnaissent au juge la possibilité de mettre fin au contrat. Les propositions « Catala » et de la Chancellerie se bornent, précisément, à ces solutions³³¹². Le dispositif brésilien adopte une solution assez proche mais sous une formule plus réaliste. L'article 478 du Code civil accorde au débiteur de l'obligation excessivement onéreuse le droit de demander la résolution du contrat³³¹³. L'article suivant permet alors au défendeur de l'éviter en offrant de modifier équitablement les conditions de la convention. Dans le silence de la loi, il est naturel que l'appréciation du caractère équitable de cette offre relève du pouvoir du juge. Il conviendrait que celui-ci s'efforce d'éviter une logique du « tout ou rien », en incitant les parties à la composition. Une voie plus audacieuse consisterait à lui confier directement le pouvoir de rééquilibrer les obligations des parties.

b) L'adaptation du contrat aux nouvelles circonstances

1066. Cette voie est sans doute préférable pour autant qu'elle soit respectueuse de la volonté initiale des parties, du moins de l'économie de l'opération qu'elles ont voulu concrétiser³³¹⁴. L'article 480 du Code civil brésilien prévoit qu'une partie peut demander la « réduction de sa prestation ou la modification de ses modalités d'exécution, afin d'éviter l'onérosité excessive ». Le dispositif réserve cependant cette possibilité aux seuls contrats à obligations unilatérales. Si cette restriction témoigne d'une frilosité du législateur, il est en tout cas certain que les contrats de prêt sont concernés car on considère classiquement qu'ils sont de ce type.

1067. En France, on suggère parfois que le juge soit guidé par un souci de maximisation des richesses que l'économie du contrat, même bouleversée, serait susceptible de produire (« wealth maximisation »), sans pour autant négliger un certain solidarisme qui devrait régner entre les parties³³¹⁵. C'est plutôt, toutefois, en considération des « attentes légitimes des parties »³³¹⁶ que les propositions du groupe « Terré » accordent au juge le pouvoir d'adapter le contrat³³¹⁷. Il n'est en tout cas pas possible, à ce jour, de préjuger de la probabilité d'approbation législative d'une quelconque de ces propositions. On pourrait penser que celles de la Chancellerie auraient plus de chances d'aboutir car elles relèvent directement de l'initiative d'une autorité publique. Or, si on les appelle parfois « projets de réforme du droit des

³³¹² Avant-projet « Catala », arts. 1135-1 et s. ; art. 136 du projet de la Chancellerie ; art. 92 des propositions « Terré ».

³³¹³ La rédaction du dispositif paraît toutefois maladroite car il semble qu'il s'agit plutôt d'une résiliation. La dernière phrase de cet article semble trahir la lettre des précédents en énonçant que « les effets du jugement de résolution rétroagissent à la date de l'engagement de l'instance [‘citação’] ».

³³¹⁴ GHESTIN, Jacques, BILIAU, Marc et JAMIN, Christophe. *Op. cit.*, n° 336, p. 401 ; FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte. *Op. cit.*, p. 68, n° 3 ; TALLON, Denis. *Op. cit.*, p. 415 ; PIMONT, Sébastien. *Op. cit.*, n° 420, p. 275.

³³¹⁵ JAMIN, Christophe. « Révision et intangibilité du contrat, ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil », *op. cit.*, n° 58, p. 53. L'auteur suggère ainsi la prise en compte, de manière globale, de la situation économique des deux parties, avant et après une éventuelle intervention du juge. Cette intervention ne devrait ainsi pas être automatique.

³³¹⁶ Proposant cette notion en tant que source d'obligations, v. STOFFEL-MUNCK, Philippe. « Les sources des obligations », in « Pour une réforme du droit des contrats », *op. cit.*, p. 71.

³³¹⁷ Art. 92, al. 3 : « en l'absence d'accord des parties dans un délai raisonnable, le juge peut adapter le contrat en considération des attentes légitimes des parties ou y mettre fin à la date et aux conditions qu'il fixe ».

contrats », aucune d'entre elles ne constitue de véritable projet de loi, faute d'avoir été présentées pour délibération au Parlement. Aussi, certains inconvénients peuvent être encore utilement soulignés dans la perspective de la protection du consommateur de crédit.

2) L'efficacité des remèdes à l'imprévision dans l'intérêt du consommateur

1068. Dans les opérations de crédit aux consommateurs, l'adaptation du contrat apparaît préférable à son extinction prématurée. Elle réalise, d'une part, la fonction économique du contrat voulu par les parties et évite, d'autre part, les graves difficultés liées aux restitutions réciproques qu'impliquerait sa résolution. La possibilité d'une adaptation judiciaire du contrat *de lege lata* exerce aussi une fonction pédagogique, en incitant le créancier à adhérer au processus de conciliation. À cet égard, les propositions françaises relatives à un devoir de renégocier l'obligation devenue excessive apparaissent peu efficaces, du moins si l'on se met dans la perspective du consommateur trop endetté. Se présentant comme une demi-mesure, ce devoir ne semble, d'un point de vue procédural, rien ajouter aux pouvoirs dont le juge dispose actuellement dans le cadre d'une conciliation. À poursuivre un raisonnement *a minima*, le dispositif brésilien, qui énonce que le créancier peut éviter l'extinction du contrat en faisant preuve de conciliation, apparaît plus conforme à la réalité des forces en jeu lors d'un litige. Il anticipe et prévient un refus que l'on peut soupçonner systématique de la part du créancier de l'obligation, pour des raisons économiques.

1069. Il est vrai que certains choix obéissent à une logique de nature plus politique que juridique. La méthode comparative s'en trouve alors évincée car ces choix témoignent d'une révérence plus ou moins importante des majorités politiques à la force obligatoire des contrats. Ainsi, par exemple, une grande différence existe entre, d'une part, dire que le juge « peut » mettre fin au contrat devenu déséquilibré à défaut d'accord entre les parties – ce qui porte, certes, déjà un coup à la force obligatoire – et, d'autre part, donner à la partie défavorisée le droit de le résilier. Il est aussi sans doute louable d'inciter les parties à la conciliation, à la coopération spontanée, sinon à développer un sens de fraternité. Il semble en revanche peu réaliste de les contraindre à une solidarité forcée. Or, la comparaison juridique regagne en intérêt si l'on revient, précisément, à la solution qui consiste à sanctionner celle des parties qui refuserait d'agir en amiable compositeur³³¹⁸. Le fondement de ce moyen trouvé par le juge d'inciter les parties à sauver leur contrat n'est plus tant le changement imprévu de circonstances mais l'un des principes du droit des obligations, à savoir la bonne foi. Tout un champ s'ouvre alors à la comparaison juridique, tant ces principes sont féconds en jurisprudence, au Brésil et en France.

³³¹⁸ En octroyant à l'autre des dommages-intérêts qui viennent diminuer le montant de sa dette.

Section 2 – Le contrôle du comportement des parties

1070. Parfois, l'exécution du contrat de crédit se trouve dans un état assez avancé lorsque le consommateur rencontre des difficultés pour achever ses obligations. Une règle classique fait alors ressentir son poids : « le créancier ne peut être contraint de recevoir une autre chose que celle qui lui est due »³³¹⁹. Or, suivant l'importance des efforts déjà réalisés par le débiteur, il peut paraître injuste que le créancier, quant à lui, n'en fasse aucun pour aider son cocontractant. Retranché de manière irréductible derrière son titre, on peut lui reprocher de manquer d'esprit de collaboration. C'est alors que certains principes du droit commun peuvent servir à sauver un contrat dont le pronostic vital est engagé. Il serait vain de dresser ici l'inventaire des principes généraux du droit afin de tester leur aptitude à protéger un consommateur défaillant. Dans les développements suivants, c'est à une analyse fonctionnelle que l'on procédera : le but en est, avant tout, d'attester des aptitudes qu'en révèlent certains de ces principes dans les opérations de crédit. À ce titre, sera étudié la notion de bonne foi contractuelle (§ 1^{er}) ainsi que la fonction sociale du contrat (§ 2nd).

§ 1^{er} – Le recours à la bonne foi contractuelle

1071. Principe phare du droit des contrats³³²⁰, la bonne foi méritait bien sa place dans une étude des relations où la confiance entre les contractants est un élément constituant. On verra qu'elle peut être utilement invoquée par un consommateur de crédit à l'encontre de son cocontractant, dans le but d'éviter l'éclatement du contrat.

1072. Ce principe jouissant d'un siège, semble-t-il, universel au sein des différents systèmes juridiques³³²¹, les difficultés du chercheur sont à souligner d'emblée : sa définition, son domaine, ses conditions, son étendue et ses effets dans les relations privées révèlent des contours très variables et imprécis. L'analyse minutieuse de ces aspects serait d'autant plus ardue et périlleuse que l'on procède à une démarche comparative. Il est vrai que des comparatistes ont déjà pu se lancer dans une telle aventure, Brésil et France étant alors dûment représentés³³²². Seul le versant objectif du principe en question intéresse cependant la recherche³³²³. Ainsi comprise, la bonne foi correspond à une règle de conduite, au

³³¹⁹ Art. 1243 du Code civil français ; art. 313 du Code civil brésilien.

³³²⁰ V. PICOD, Yves. « Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat », thèse LGDJ, 1989, n° 70, p. 87, qui la considère aussi comme une « notion-cadre ».

³³²¹ En ce sens, v. MAZEAUD, Denis. « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in « L'avenir du droit – Mélanges en hommage à François Terré », Dalloz, PUF, Juris-classeur, 1999, n° 5, p. 607.

³³²² « La bonne foi », Travaux de l'Association Henri Capitant, journées louisianaises, t. XLIII, Litec, 1992. Les rapports brésiliens ont été présentés par MM. les professeurs AZEVEDO, Antônio Junqueira de et WALD, Arnoldo. Les français l'ont été par MM. JOURDAIN, Patrice et BÉNABENT, Alain.

³³²³ Il apparaîtrait fort peu probant de se livrer à une analyse casuistique des éléments intentionnels ayant animé l'une des parties au contrat.

comportement loyal par lequel doit se guider chacune des parties pendant tout le processus contractuel³³²⁴.

1073. Aperçu général de la question en droit brésilien – À cet égard, il convient de noter que le droit brésilien, en la matière, s'inspire largement des traditions germanique et italienne³³²⁵. Bien que le Code civil de 1916 ne consacraît guère ce principe dans son acception objective et générale, la jurisprudence et la doctrine, surtout après la première guerre mondiale, se sont inspirées des solutions que leurs homologues allemands tiraient de l'article § 242 du BGB³³²⁶. Subissant aussi indiscutablement l'influence des prévisions du Code du consommateur de 1990³³²⁷, le Code civil de 2002 comporte toute une série de dispositions consacrant des « clauses générales », des concepts indéterminés ou « ouverts »³³²⁸ qui permettent au juge et à la doctrine d'œuvrer de manière féconde sur la matière légale³³²⁹. Plusieurs articles du Code prévoient le principe de la bonne foi objective³³³⁰. Le plus important, en matière contractuelle, est sans doute l'article 422, suivant lequel « les contractants sont tenus d'agir, tant lors de la conclusion du contrat que pendant son exécution, conformément aux principes de probité et de bonne foi ». On en déduit, entre autres, des devoirs – dits « annexes » – de loyauté, de collaboration, de considération des intérêts de son cocontractant, de rectitude et de cohérence³³³¹.

1074. Aperçu général de la question en droit français – Dans ce pays, le principe en question ne reçoit pas, du moins en doctrine, un accueil aussi enthousiaste. L'article 1134, alinéa 3, du Code civil prévoit que « [les conventions légalement formées] doivent être exécutées de bonne foi ». La jurisprudence en déduit des devoirs de coopération et de loyauté³³³² – récemment assimilés, semble-t-il, à des « prérogatives contractuelles »³³³³.

³³²⁴ SILVA, Clóvis do Couto e. « A obrigação como processo », FGV, 2006 ; REALE, Miguel. « Estudos Preliminares do Código civil », RT, 2003, p. 77 ; PICOD, Yves. « Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat », *op. cit.*, n° 65, p. 83 ; JACQUES, Philippe. « Regards sur l'article 1135 du Code civil », thèse Dalloz, 2005, n° 164, p. 308, avec cette précision que l'auteur comprend le comportement de bonne foi comme celui tendant à réaliser le but ayant uni les parties, suivant la norme obligatoire (et non obligationnelle) qui résulte de la convention que les parties ont voulu conclure.

³³²⁵ COSTA, Judith Hofmeister Martins. « A boa-fé como modelo (uma aplicação da teoria dos modelos de Miguel Reale) », in *Cadernos do PPGDir./UFRGS*, éd. spéc., v. II, n° IV, juin 2004, p. 354.

³³²⁶ WALD, Arnoldo. « Rapport brésilien », in « La bonne foi », *op. cit.*, n° 29, p. 257 ; « A aplicação da teoria da imprevisão pelos árbitros nos litígios decorrentes de contratos de construção », *Rev. de arbitragem e mediação*, avr.-juin 2008, n° 17, p. 24.

³³²⁷ MARQUES, Cláudia Lima. « Contratos no Código de Defesa do Consumidor », 4^e éd., RT, 2004, p. 552 et 556.

³³²⁸ COSTA, Judith Hofmeister Martins. « O novo Código civil brasileiro : em busca da 'ética da situação' », in *Cadernos do PPGDir./UFRGS*, éd. spéc., v. II, n° IV, juin 2004, p. 603.

³³²⁹ La lecture de l'exposé des motifs du Code de 2002 en est révélatrice : « l'objectif de concrétion commandait des solutions qui laissent place au juge et à la doctrine, par le recours fréquent à des concepts éthiques intégrateurs, tels que la bonne foi, l'équité, la probité, la fonction sociale du droit, l'équivalence des prestations etc., ce qui ne plaira sans doute pas les partisans d'une conception mécanique ou naturaliste du Droit ». Dans un sens assez proche, v. en France, PICOD, Yves. « Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat », *op. cit.*, n° 70, p. 87.

³³³⁰ L'art. 113 prévoit ainsi que « les négociés juridiques doivent être interprétés conformément à la bonne foi et aux usages du lieu de leur conclusion » ; l'art. 187 dispose encore que « commet un acte illicite le titulaire d'un droit qui, en l'exerçant, excède manifestement les limites imposées par sa finalité économique ou sociale, par la bonne foi ou par les bonnes mœurs ».

³³³¹ COSTA, Judith Hofmeister Martins. « O novo Código civil brasileiro : em busca da 'ética da situação' », *op. cit.*, p.

612.

³³³² ROLAND, Henri, BOYER, Laurent et STARCK, Boris. *Op. cit.*, 5^e éd., Litec, 1995, n° 1197, p. 494.

Certains admettent que la bonne foi est un « principe en expansion »³³³⁴ et une doctrine (minoritaire) parle même de devoirs aussi altruistes que ceux de loyauté, de solidarité et de fraternité³³³⁵. La plupart des auteurs la considère cependant trop floue et menaçante pour la sécurité des affaires³³³⁶. On l'envisage parfois aussi exclusivement par son contraire, la mauvaise foi, qui ne s'apprécierait d'ailleurs qu'au moment de l'exécution du contrat, et non point lors de sa formation³³³⁷.

1075. L'essence du principe – Après l'observation des différentes significations que peut présenter un peu partout la bonne foi, des comparatistes ont pu déduire qu'elle conserve, malgré toute sa diversité sémantique, un socle juridique irréductible : « le devoir de loyauté et d'honnêteté quelle que soit la forme sous laquelle [elle] s'exprime et les conséquences qu'en retient le droit positif »³³³⁸. Ce socle commun apparaît suffisant pour fonder les démonstrations qui suivent. La rigueur méthodologique impose aussi de limiter la recherche à l'exposé des bienfaits du principe de la bonne foi dans les relations conclues entre un consommateur et un fournisseur de crédit. Deux exemples seront retenus pour illustrer l'utilité que ce principe pourrait procurer au consommateur rencontrant des difficultés pour honorer ses obligations. Il sera question, dans un premier temps, du devoir d'engager des renégociations (1) et, dans un second temps, du devoir de prudence dans la mise en œuvre de la résiliation du contrat (2).

A) Le devoir de renégociation

1076. Tant au Brésil qu'en France, l'existence d'un devoir de renégociation est prônée par la doctrine. Une différence de perspective existe pourtant entre les manières dont on l'envisage dans ces deux systèmes. Alors que, dans le premier, on ne retient que l'aspect actif du comportement attendu du créancier (a), dans le second, ce sont plutôt les conséquences négatives d'un manquement audit devoir qui incitent au comportement loyal (b).

³³³³ Cass. com. 10 juill. 2007: Bull. civ. IV, n° 188, pourvoi n° 06-14768 ; JCP 2007, II, 10154, note HOUTCIEFF, Dimitri.

³³³⁴ MALAURIE, Philippe, AYNÈS, Laurent et STOFFEL-MUNCK, Philippe. *Op. cit.*, n° 764, p. 385.

³³³⁵ MAZEAUD, Denis. « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », *op. cit.*, p. 603 ; DIESSE, François. « Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat », in « Archives de philosophie du droit – Le droit et l'immatériel ». t. 43, p. 259 et s. Sur le « solidarisme contractuel », v. JAMIN, Christophe. « Révision et intangibilité du contrat, ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil », *Rev. dr. et patr.*, mars 1998, n° 58, p. 57.

³³³⁶ *Idem*, p. 387 : « mieux vaudrait stigmatiser l'abus » ; LOUSSOUARN, Yvon. « Rapport de synthèse », in « La bonne foi », préc., p. 22 ; FLOUR, Jacques, AUBERT, Jean-Luc et SAVAUX, Éric. « Droit civil – Les obligations : l'acte juridique », 13^e éd., Sirey, 2008, n° 378, p. 342 ; AUBERT, Jean-Luc. « Le contrat », Dalloz, 1996, p. 126, qui, bien que reconnaissant un devoir de loyauté (résultant plutôt de l'art. 1135 du Code civil) qualifie la formule de l'article 1134, al. 3, de « trompeuse », une disposition « purement technique qui fait référence à une catégorie contractuelle du droit romain ». *Contra* cette dernière remarque, v. JACQUES, Philippe. *Op. cit.*, n° 159, p. 299.

³³³⁷ LARROUMET, Christian. « Droit civil – Les obligations, le contrat : effets », 6^e éd., t. III, Economica, 2007, n° 594, p. 617

³³³⁸ LOUSSOUARN, Yvon, préc., p. 21.

1) Un comportement souhaitable

1077. La doctrine brésilienne reconnaît l'existence d'un tel devoir, sur le fondement de la bonne foi. Elle le fait, notamment, pour vanter les avantages d'une conciliation parajudiciaire collective du consommateur surendetté avec l'ensemble de ses créanciers³³³⁹. Ceux-ci seraient ainsi censés faire preuve de collaboration, dans le but d'aboutir au redressement de la situation financière de leur débiteur commun. Hors ce cadre, parfois, les établissements de crédit acceptent, si ce n'est incitent, le consommateur à signer, après des négociations, un acte de reconnaissance de dettes. Ce n'est souvent, cependant, que dans l'attente d'obtenir une confirmation de clauses abusives stipulées dans un contrat initialement inexécuté³³⁴⁰. On ne connaît pas, en tout cas, en jurisprudence l'affirmation un véritable devoir de renégociation auquel une partie serait astreinte lorsque son cocontractant rencontrerait des difficultés pour remplir ses obligations. À l'heure actuelle, ce devoir demeure l'équivalent d'une pétition de principe.

2) Un comportement obligatoire

1078. Renégociation et imprévision – La doctrine française soutient également l'existence d'un devoir de renégociation. Elle le cantonne, le plus souvent, aux hypothèses de bouleversement imprévu de l'économie du contrat. Elle cherche, ce faisant, à contourner le rejet de principe de la théorie de l'imprévision par la jurisprudence. Le fondement presque unanimement soulevé en est la bonne foi et la loyauté entre contractants³³⁴¹. La jurisprudence ne donne pas exactement suite à ces arguments. Dans certaines circonstances, elle reconnaît un devoir de renégociation au nom de la bonne foi et de la loyauté que les contractants se doivent mutuellement. L'imprévision n'est pourtant pas visée.

1079. La « découverte » jurisprudentielle d'un devoir de renégociation – Par un arrêt du 3 novembre 1992³³⁴², d'abord, la chambre commerciale de la Cour de cassation a approuvé la Cour d'appel de Paris d'avoir condamné une entreprise qui, connaissant les difficultés de son partenaire contractuel, n'avait pas recherché un accord de coopération avec celui-ci et, par conséquent, n'avait pas exécuté le contrat de bonne foi. Six ans plus tard, la même chambre a

³³³⁹ V. LIMA, Clarissa Costa de et BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. *Op. cit.*, p. 287, lesquelles s'inspirent par ailleurs d'un auteur français (GJIDARA, Sophie. « L'endettement et le droit privé », LGDJ, 1999, p. 396). Dans le même sens, v. MARQUES, Cláudia Lima. « Contratos no Código de Defesa do consumidor », *op. cit.*, 245.

³³⁴⁰ Pour les sanctions de cette pratique, v. n° 546 et s. *supra*.

³³⁴¹ STOFFEL-MUNCK, Philippe. « Regards sur la théorie de l'imprévision – Vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain », *op. cit.*, n° 130, p. 84 ; JAMIN, Christophe. « Révision et intangibilité du contrat, ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil », *op. cit.*, n° 58, p. 49 ; WITZ, Claude. « Force obligatoire et durée du contrat », *op. cit.*, n° 8, p. 180 ; PIMONT, Sébastien. *Op. cit.*, n° 413, p. 270 ; TALLON, Denis. *Op. cit.*, p. 413 : « il suffirait d'avoir recours à ces deux textes passe-partout, l'article 1134, alinéa 3, du Code civil et l'article 1135 » ; MAZEAUD, Denis. « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », *op. cit.*, n° 17, p. 621 (une « voie médiane » trouvée par la jurisprudence) ; PICOD, Yves. « Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat », *op. cit.*, n° 188, p. 212. Comp. GHESTIN, Jacques, BILIAU, Marc et JAMIN, Christophe. *Op. cit.*, n° 314, p. 379, qui fondent ce devoir sur l'inégalité entre les parties, sur la domination du contrat par l'une d'elles.

³³⁴² Bull. civ. IV, n° 338, pourvoi n° 90-18547 (arrêt « Huard ») ; RTD civ. 1993, p. 124, obs. MESTRE, Jacques.

décidé, par un arrêt de principe, que les rapports entre les parties au contrat de mandat sont régis par une « obligation de loyauté »³³⁴³. Elle a pu en déduire que les mandants en cause auraient dû contribuer à mettre leur cocontractant en mesure de bien exécuter ses obligations. Dans ces espèces, les demandes consistaient dans la résiliation du contrat ou en dommages-intérêts, exclusivement ou cumulativement, pour manquement au devoir de renégocier des obligations devenues trop lourdes.

1080. On notera, tout d'abord, que la reconnaissance du devoir de renégociation ne dépend pas, du moins dans les espèces commentées, de circonstances extraordinaires et imprévisibles³³⁴⁴. Un bouleversement de l'économie du contrat non suivi de comportements loyaux par les contractants paraît suffire. En revanche, une partie ne saurait se fonder sur les devoirs de bonne foi et de loyauté pour demander à son cocontractant de reconsidérer les termes d'un accord qu'elle estime, après coup, désavantageux, fût-ce en invoquant l'impossibilité économique d'honorer ses obligations³³⁴⁵. Autant dire que la jurisprudence ne consacre ni la théorie de la lésion ni, *a fortiori*, ne sert à satisfaire des caprices ou des « changements d'avis » quant aux avantages espérés de l'opération conclue. On peut penser aussi qu'une demande en responsabilité pour manquement aux devoirs en question relèvera, en pratique, systématiquement de l'initiative du débiteur³³⁴⁶. Enfin, en tant que mesure de droit commun, la solution jurisprudentielle pourrait être transposable à la situation du consommateur de crédit, par exemple, dans les cas de hausse excessive d'une clause d'échelle mobile ou de licenciement du consommateur.

1081. L'efficacité du devoir de renégociation dans la perspective de protection du consommateur de crédit – Il est à noter que la disposition d'une partie à engager des négociations ne saurait être confondue avec l'aboutissement d'un accord favorable. Le devoir de renégocier ne peut qu'être une obligation de moyens³³⁴⁷. Pour être cohérent avec la solution jurisprudentielle, il faut admettre que ce devoir doit être rempli par une sincère disposition à s'engager en négociations, dans le but de trouver une solution convenable aux intérêts des parties³³⁴⁸. Or, dans des relations aussi massifiées que celles des opérations de crédit aux consommateurs, son exécution par le professionnel risque d'être d'une preuve difficile. Aussi, la tentation pourra être grande pour un débiteur aux abois de demander des dommages et intérêts sur ce fondement, fût-ce par reconvention, dans le but de compenser la pénibilité de la dette.

³³⁴³ Cass. com. 24 nov. 1998 : Bull. civ. IV, n° 277, pourvoi n° 96-18357 ; Defrénois 1999, p. 371, obs. MAZEAUD, Denis ; JCP 1999, I, 143, obs. JAMIN, Christophe ; JCP 1999, II, 12210, obs. PICOD, Yves ; RTD civ. 1999, p. 98, obs. MESTRE, Jacques et RTD civ. 1999, p. 646, obs. GAUTIER, Pierre-Yves.

³³⁴⁴ Ceci est plus clair dans l'arrêt du 24 nov. 1998, préc.

³³⁴⁵ Cass. 1^{re} civ. 16 mars 2004 : Bull. civ. I, n° 86, pourvoi n° 01-15804 ; RDC 2004, p. 642, note MAZEAUD, Denis. « Le domaine de l'obligation de renégocier un contrat déséquilibré : la Cour de cassation trace la ligne de partage entre liberté, responsabilité et solidarité », où l'auteur perçoit, semble-t-il à tort, une confirmation du devoir de renégociation pour imprévision, alors que l'espèce se prêtait plutôt à une hypothèse de lésion.

³³⁴⁶ On voit mal un créancier fonder son action en justice sur le refus du débiteur à engager des négociations pour payer sa dette...

³³⁴⁷ WITZ, Claude. *Op. cit.*, n° 13, p. 183.

³³⁴⁸ On ne saurait, pour sauvegarder ses propres intérêts, demander à l'autre partie de se ruiner elle-même.

Ce serait voir – semble-t-il à tort – dans le devoir de renégociation plutôt un devoir d'équilibre déguisé. Dans ce cas, on pourrait conjecturer que le créancier n'agit pas de bonne foi et qu'il engage sa responsabilité du fait de se précipiter à recouvrer son dû dès la première difficulté de paiement rencontrée par son cocontractant, sans lui donner la chance d'en délibérer, de « renégocier ». Le principe de la bonne foi permet-il d'en arriver là ? La réponse doit être négative. La jurisprudence ne semblerait en tout cas pas disposée à l'admettre, d'autant que le juge peut consentir au débiteur défaillant un délai de grâce³³⁴⁹.

1082. En définitive, le consommateur de crédit ne pourra invoquer le manquement du prêteur à la bonne foi que si, cherchant à faire connaître à ce dernier ses difficultés légitimes pour le paiement de sa dette, il se heurte à un refus brutal de se faire entendre. On peut être sceptique, en tout cas, quant à l'influence que la « création » d'un devoir de renégociation par le juge pourrait avoir sur le comportement général des fournisseurs, dans le marché de crédit aux consommateurs³³⁵⁰. En termes d'efficacité, il en va pourtant autrement lorsque le juge prend à son compte le reproche à faire au contractant trop hâtif de mettre fin au contrat.

B) Le devoir de tolérance au regard de la prérogative de résiliation du contrat

1083. La défaillance du consommateur suscite chez le fournisseur de crédit l'intention de mettre fin au contrat. Qu'il s'agisse d'une résolution³³⁵¹ ou d'une résiliation, les effets sont souvent néfastes pour le premier : il est tenu de restituer prématurément l'objet du crédit obtenu. Ce procédé peut toutefois apparaître excessif dans certains cas. Il en est ainsi, notamment, lorsque le consommateur a déjà exécuté la quasi-totalité de ses obligations au moment de sa défaillance. Surtout dans les contrats de crédit affecté assortis d'un droit de reprise du bien financé, la résiliation du contrat peut être synonyme d'un enrichissement illégitime de la part du fournisseur du crédit. Aussi, la jurisprudence censure la partie au contrat qui manque à la tolérance dont elle doit faire montre lorsque l'inexécution du contrat n'est que d'une faible gravité. Les situations se distinguent, cependant, suivant que l'extinction du contrat est demandée en l'absence (a) ou en présence (b) d'une clause résolutoire expresse.

³³⁴⁹ Art. 1244-1 à 1244-3 du Code civil. V. n° 512 et s. *supra*.

³³⁵⁰ Pas plus que ne l'a le devoir de mise en garde. V. n° 974 et s. *supra*.

³³⁵¹ Traditionnellement, le domaine d'application de la résolution se restreint aux contrats synallagmatiques. Il est pourtant généralement admis que le prêt d'argent, en tant que contrat unilatéral onéreux, intègre également ce domaine. V., en France, GHESTIN, Jacques, BILIAU, Marc et JAMIN, Christophe. *Op. cit.*, n° 438, p. 495 ; FLOUR, Jacques, AUBERT, Jean-Luc et SAVAUX, Eric. « Droit civil – Les obligations », v. 3, Le rapport d'obligation, 6^e éd., Sirey, 2009, n° 248, p. 221 ; MALAURIE, Philippe, AYNÈS, Laurent et GAUTIER, Pierre-Yves. « Les contrats spéciaux », 4^e éd., Defrénois, 2009, n° 939, p. 551 ; TERRÉ, François, SIMLER, Philippe et LEQUETTE, Yves. « Droit civil – Les obligations », 10^e éd., Dalloz, 2009, n° 648, p. 655. Au Brésil, l'art. 475 du Code civil de 2002 ne la restreint pas à un type quelconque de contrats. Adoptant une position restrictive, v. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. « Extinção dos contratos por incumprimento do devedor – Resolução », *op. cit.*, n° 37, p. 85, note 163.

1) La résiliation du contrat en l'absence d'une clause expresse

1084. Dans les deux ordres juridiques ici comparés, l'extinction du contrat en raison de l'inexécution des obligations d'un des contractants est soumise au contrôle préalable du juge. C'est lui qui déclare l'extinction du contrat. Ceci s'explique facilement par la gravité de la destruction du contrat pour la partie défaillante. En France, l'article 1184 du Code civil prévoit qu'en cas d'inexécution³³⁵², « le contrat n'est point résolu de plein droit³³⁵³. [...] La résolution doit être demandée en justice ». Au Brésil, c'est l'article 475 du Code civil qui prévoit que « la clause résolutoire tacite dépend d'une interpellation judiciaire ». En exerçant un tel contrôle, le juge vérifie, dans les cas d'inexécution partielle des obligations du débiteur, la gravité des fautes commises par celui-ci, notamment, si elles vident le contrat de toute utilité pour le créancier³³⁵⁴. Si elles sont mineures, le juge peut prendre des mesures alternatives à l'extinction prématurée du contrat, par exemple, accorder au défendeur un délai selon les circonstances³³⁵⁵ ou encore lui faire payer des dommages et intérêts à son créancier³³⁵⁶. Dans les opérations de crédit conclues avec les consommateurs, ces hypothèses demeurent toutefois très rares, sinon inexistantes. Il n'est en pratique pas de contrat de crédit consenti par un professionnel qui ne contienne des clauses résolutoires de plein droit pour le cas d'inexécution du débiteur. Les solutions apportées par la jurisprudence se distinguent alors des précédentes.

2) La résiliation du contrat en présence d'une clause jouant de plein droit

1085. La finalité de ce type de clauses est justement de faire échapper l'appréciation de la légitimité de la résiliation au contrôle du juge par l'effet d'une mise en jeu automatique. Il est vrai que le recours systématique aux services de ce dernier présente les inconvénients des coûts de la lenteur et des aléas de la justice. En France, depuis longtemps, la validité de telles clauses est admise³³⁵⁷. Au Brésil, l'article 475 précité du Code civil prévoit que « la clause résolutoire expresse opère de plein droit ». Ainsi, lorsque le débiteur conteste *a posteriori* sa mise en œuvre par son cocontractant, le juge ne « déclare » plus l'extinction du contrat, il la « constate » seulement. Cependant, c'est précisément par la soustraction au magistrat de son pouvoir d'appréciation que ces clauses font courir un grand danger au consommateur défaillant. On considère qu'elles revêtent un caractère purement comminatoire³³⁵⁸, qu'elles sont de véritables peines privées qui font peser sur le débiteur une menace d'une sanction s'il n'honore

³³⁵² Al. 1^{er} : « la condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement ».

³³⁵³ Al. 2 : « ...la partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts ».

³³⁵⁴ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Op. cit.*, n° 20, p. 59 ; TERRÉ, François, SIMLER, Philippe et LEQUETTE, Yves. *Op. cit.*, n° 652, p. 661.

³³⁵⁵ Art. 1184, al. 3, du Code civil français. Cette possibilité ne concerne toutefois que le droit français.

³³⁵⁶ Dans les opérations de crédit régies par le Code de la consommation, cette possibilité semble pourtant exclue, compte tenu des limitations forfaitaires qui y sont instituées. V. n° 581 et 583 *supra*.

³³⁵⁷ Cass. civ. 2 juillet 1860 ; D.P. 1860, 1, p. 284.

³³⁵⁸ OSMAN, Filali. « Le pouvoir modérateur du juge dans la mise en œuvre de la clause résolutoire de plein droit », *Defrénois* 1993, n° 2, p. 65.

pas scrupuleusement ses obligations³³⁵⁹. Or, « nul ne doit se faire justice à soi-même »³³⁶⁰. C'est pourquoi la jurisprudence, au nom du respect de la bonne foi, n'écarte pas la possibilité d'appréciation des circonstances dans lesquelles ces clauses sont amenées à jouer. Le comportement du créancier est alors fustigé tantôt par ses seuls agissements (I), tantôt à l'aune des efforts déployés par son cocontractant (II).

a) Le comportement du créancier, fondement d'éviction de la résiliation

1086. Que dire, par exemple, d'un créancier qui notifie à son cocontractant la fin de leur relation au motif que ce dernier, une grande chaîne hôtelière, n'aurait point fait honneur à sa parole en négligeant son obligation de payer... 1 franc par an ? Certains ne seront pas convaincus par le rejet de sa prétention par la Cour de cassation³³⁶¹ sur le fondement d'un manquement à la bonne foi. Un certain scepticisme pourrait effectivement subsister du fait des objectifs plus ambitieux que le créancier escomptait tirer du contrat³³⁶². Un arrêt du 31 janvier 1995 de la Cour de cassation³³⁶³ semblerait alors être plus à même de rassurer les plus sceptiques.

1087. En l'espèce, des époux consommateurs avaient obtenu un prêt immobilier auprès d'une banque pour l'achat de leur maison, le remboursement devant se faire sur quinze ans. Neuf ans plus tard, le mari ayant perdu son emploi, ils ont manqué le paiement de trois échéances, ce qui a suffi à la banque pour les mettre en demeure de rembourser l'intégralité du prêt par anticipation. Toujours est-il que, arrivant par la suite à meilleure fortune, les époux ont pu poursuivre les paiements jusqu'à l'apurement du principal, à quoi la banque a bien acquiescé. Seulement, ils avaient « oublié » de payer une des trois échéances manquées. Quinze ans s'étant écoulés depuis la conclusion du contrat, ils ont reçu un commandement de payer une somme de 91 434 francs représentant, selon la banque, des intérêts et des pénalités de retard, une procédure de saisie immobilière s'en étant aussitôt suivie. Condamnés par la Cour d'appel de Douai au motif que la banque « était fondée à se prévaloir de la clause résolutoire », ils ont formé un pourvoi en reprochant à celle-ci de ne pas avoir été un « créancier de bonne foi ». La Cour de cassation fait droit à leur demande en s'appuyant sur le fait que, « d'une part, les époux X... avaient remboursé le montant principal de leur prêt » et, d'autre part, « l'établissement financier avait attendu [plus de six ans] pour délivrer commandement aux fins de saisie immobilière ».

³³⁵⁹ JAMIN, Christophe. D. 1995, Jurisp. p. 390, note sous Cass. 1^{re} civ. 31 janv. 1995 : Bull. civ. I, n° 57, pourvoi n° 92-20654.

³³⁶⁰ TERRÉ, François, SIMLER, Philippe et LEQUETTE, Yves. *Op. cit.*, n° 657, p. 667.

³³⁶¹ Cass. 3^e civ. 6 juin 1984 : Bull. civ. III, n° 111, pourvoi n° 83-10946 (rejet du pourvoi au motif que « la clause résolutoire n'a pas été invoquée de bonne foi »).

³³⁶² « L'arrêt constate que la convention [un bail emphytéotique d'un terrain pour une durée de trente ans] tendait au transfert du coefficient d'occupation du sol afférent à la parcelle, objet du contrat, sur la parcelle voisine en vue de l'édification d'un complexe hôtelier moyennant une redevance symbolique de 1 franc et retient que l'application de la clause résolutoire viderait de sa substance l'accord des parties ».

³³⁶³ Cass. 1^{re} civ. 31 janv. 1995, préc., pourvoi n° 92-20654.

1088. Les termes de l'arrêt donnent à croire qu'il convient de prendre en considération non seulement le comportement du créancier, mais aussi celui du débiteur qui a déployé des efforts pour mener à bien l'exécution de ses obligations. Sa bonne foi lui permettrait ainsi de se « rattraper » d'une éventuelle faute mineure. Des arrêts ultérieurs ont pourtant démenti ce raisonnement. La Cour de cassation décide régulièrement que le seul manque de tolérance dans le recouvrement de sa créance n'empêche pas de considérer comme irréprochable le comportement du créancier³³⁶⁴. Autrement dit, l'exercice régulier d'un droit contractuel à l'encontre d'un cocontractant défaillant ne saurait être élué par la bonne foi de celui-ci. Ainsi que l'énonce l'adage populaire, « de bonnes intentions, l'enfer en regorge »... En clair, pour les magistrats français, seul le défaut de bonne foi de la part du créancier peut sauver le contrat d'une extinction prématurée lorsque celui-ci décide de faire jouer la clause conventionnelle de résiliation de plein droit³³⁶⁵. Outre-Atlantique, il est pourtant des magistrats qui accordent plus d'importance aux efforts du débiteur défaillant.

b) L'« exécution substantielle », raison d'être de la tolérance du créancier

1089. Le *Superior Tribunal de Justiça* adopte, sur le fondement du principe de la bonne foi, la théorie d'origine anglo-saxonne de la « substantial performance »³³⁶⁶. Il en déduit que l'exécution de la quasi-totalité des obligations du débiteur rend celui-ci excusable d'une faute mineure. L'exécution substantielle (« adimplemento substancial ») du contrat évince alors la prétention du créancier de faire valoir une clause de résiliation expresse. Plusieurs arrêts sont rendus, d'une part, en matière d'assurances, d'autre part, dans des opérations de crédit affecté. On peut pourtant s'interroger sur la question du seuil d'une exécution « substantielle ». On remarque une progression jurisprudentielle favorable à l'abandon de l'appréciation au pouvoir des juges du fond.

1090. En 1997, tout d'abord, un consommateur a pu écarter le jeu de la clause de résiliation stipulée dans un contrat d'assurance, alors que seule la dernière échéance demeurait impayée lors de la survenance du sinistre³³⁶⁷. En 2001, c'est encore une dernière échéance qui a conduit le STJ à refuser à un établissement de crédit sa demande, en référé, de reprise du véhicule automobile financé, lequel était grevé d'une garantie de fiducie (« alienação fiduciária

³³⁶⁴ Cass. 3^e civ. 24 sept. 2003 : Bull. civ. III, n° 161, pourvoi n° 02-12474 ; RDC 2004, p. 644, obs. MAZEAUD, Denis.

³³⁶⁵ TERRÉ, François, SIMLER, Philippe et LEQUETTE, Yves. *Op. cit.*, n° 664, p. 676 ; MALAURIE, Philippe, AYNÉS, Laurent et STOFFEL-MUNCK, Philippe. « Les obligations », 3^e éd., 2008, n° 889, p. 471.

³³⁶⁶ Sur cette théorie, v. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Op. cit.*, n° 20, p. 59.

³³⁶⁷ STJ-Resp n° 76.362/MT, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4^a T., j. 11.12.1995, DJ 1.4.1996. Il est vrai que, dans l'espèce, il est reproché à l'assureur, d'une part, d'avoir agi de manière incohérente (*venire contra factum proprium*) pour avoir, par le passé, souvent admis le paiement tardif des échéances du contrat (en nombre de trois) et, d'autre part, de ne pas avoir demandé la résiliation en justice, l'ancien Code civil (art. 1.092, paragraphe unique) ne contenant pas de dispositif similaire à celui de l'article 475 précité du Code de 2002. Le STJ a eu pourtant l'occasion de confirmer sa solution sous l'empire de ce dernier dispositif.

em garantia »)³³⁶⁸. En 2002, un consommateur n'ayant pas payé les deux dernières primes d'un contrat d'assurance s'est vu refuser tout droit à couverture, la résiliation étant jugée valable³³⁶⁹. L'année suivante, le STJ s'est montré plus bienveillant à l'égard d'une entreprise spécialisée en apiculture, à laquelle une banque prétendait reprendre les matériels indispensables à son activité professionnelle, financées sous une garantie fiduciaire³³⁷⁰. Le jeu de la clause litigieuse est écarté au motif que le Tribunal de Justice de l'État de Santa Catarina avait constaté le défaut de paiement d'un montant équivalent à « moins de 20% de la valeur des biens financés ».

1091. Enfin, en 2004, les magistrats du STJ décident d'abandonner l'appréciation de l'exécution substantielle du contrat au pouvoir souverain des juges du fond. Ils approuvent le Tribunal du Rio Grande do Sul d'avoir déclaré simplement qu'il y avait eu, en l'espèce, une « exécution substantielle du contrat »³³⁷¹. Cette décision présente toutefois un intérêt particulier. En l'espèce, le contrat de vente à terme avec réserve de propriété de biens à usage professionnel avait été conclu entre deux entreprises. Pour écarter la résiliation du contrat et la demande de reprise de ces biens, les juges du fond avaient évoqué, paradoxalement, le dispositif relatif aux clauses abusives du Code du consommateur³³⁷². Convenait-il pour autant de censurer la décision, alors que la solution, telle qu'elle a été rendue dans les arrêts précédents sur le fondement du droit commun, aurait été identique ? Manifestement, le STJ ne l'a pas estimé nécessaire³³⁷³, d'autant que le principe général de la bonne foi objective avait également été évoqué dans l'arrêt du fond. Une décision récente du STJ déclare d'ailleurs que « le principe de la bonne foi objective comporte trois fonctions : celle d'une règle d'interprétation, celle d'une source de devoirs et d'obligations et, enfin, celle de limiter l'exercice de droits subjectifs. La théorie de l'exécution substantielle des obligations appartient à cette dernière fonction »³³⁷⁴. Un dernier fondement a également été évoqué dans la décision de 2004 précitée, à savoir le principe de la « fonction sociale du contrat ». Son analyse mérite d'être approfondie.

³³⁶⁸ STJ-Resp n° 272.739/MG, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4^a T., j. 1.3.2001, DJ 2.4.2001. A été spécialement pris en considération le fait que le débiteur avait consigné en justice le montant de l'échéance litigieuse, avant même que le créancier ne demande la reprise du bien financé.

³³⁶⁹ STJ-Resp n° 415.971/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, 3^a T., j. 14.5.2002, DJ 214.6.2002. Il faut pourtant rappeler que les paiements déjà réalisés ne correspondaient qu'à 45,95% du prix total, ce qui n'a pu être considéré comme un paiement substantiel.

³³⁷⁰ STJ-Resp n° 469.577/SC, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4^a T., j. 25.3.2003, DJ 5.5.2003.

³³⁷¹ STJ-Resp n° 607.406/RS, rel. Min. Fernando Gonçalves, 4^a T., j. 9.11.2004, DJ 29.11.2004.

³³⁷² Art. 51, al. IV.

³³⁷³ Du reste, bien que le fondement de la décision puisse susciter des réticences eu égard à la finalité professionnelle du contrat, le raisonnement mené par le tribunal mérite d'être approuvé : *a fortiori* un consommateur doit-il être protégé si une entreprise l'est normalement sur le fondement du droit commun.

³³⁷⁴ STJ-Resp n° 953.389/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, 3^a T., j. 23.2.2010, DJ 15.3.2010.

§ 2nd – La fonction sociale du contrat

1092. Dans le chapitre du Code civil brésilien de 2002 relatif au droit des contrats, la première section est ouverte par l'article 421 qui dispose que « la liberté contractuelle sera exercée en raison et dans les limites de la fonction sociale du contrat ». Cette notion n'est pas inconnue des juristes français, du moins de ceux qui s'intéressent au droit comparé. Perçue cependant comme le résultat d'une analyse fonctionnelle économique-sociale de la cause – dès lors comprise comme une « dérive de la typicité des causes imposant des buts sociaux aux volontés individuelles » –, on affirme qu'elle est excessive et que, « justement repoussée », elle n'a pas véritablement fait son entrée dans l'ordre juridique français³³⁷⁵. S'il peut paraître important, dans une perspective comparative, de présenter une institution annoncée comme la nouvelle clé de voûte du droit des contrats au Brésil³³⁷⁶ (1), on se bornera ici à présenter les applications jurisprudentielles du nouveau principe en matière de crédit aux consommateurs (2).

A) La nouveauté du principe

1093. Les rédacteurs de l'avant-projet de Code civil déclarent avoir prétendu imprimer trois valeurs fondamentales à la nouvelle législation, à savoir l'« éthicité », la « socialité » et l'efficacité (« *concreção* »)³³⁷⁷. La fonction sociale du contrat résulterait de la seconde. On affirme qu'il s'agirait d'une nouvelle « clause générale » intégrée dans le Code sous l'inspiration de la doctrine italienne³³⁷⁸. La Constitution Fédérale de 1988 érige la « fonction sociale de la propriété » en droit fondamental du citoyen ainsi qu'en principe fondateur de l'ordre économique national³³⁷⁹. Suivant les rédacteurs de l'avant-projet du Code, l'article 421 est une transposition, en droit des contrats, de la norme constitutionnelle relative au droit de propriété³³⁸⁰. Alors que certains estiment qu'il s'agit du « plus important dispositif en matière contractuelle »³³⁸¹, d'autres se livrent à d'acides critiques sur l'adoption, considérée comme intempestive, d'une « clause générale vide de sens et neutre d'un point de vue axiologique et comportant une rationalité statique »³³⁸²; elle ne manquera pas, dit-on, de conduire certains juges à vouloir pratiquer de la justice sociale dans le domaine privé³³⁸³; enfin, ce serait une véritable « énigme »³³⁸⁴.

³³⁷⁵ ROCHFELD, Judith. « Cause et type de contrat », thèse LGDJ, 1999, n° 531 à 533, p. 480 et s.

³³⁷⁶ « Novo Código civil : exposição de motivos e texto sancionado », 2^e éd., 2005, Senado Federal, p. 27.

³³⁷⁷ *Idem*, *ib idem*; REALE, Miguel. « Estudos preliminares do Código civil », *op. cit.*, p. 36.

³³⁷⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. « O contrato e sua função social », 3^e éd., Forense, p. 51.

³³⁷⁹ Arts. 5^o, al. XXIII et 170, al. III.

³³⁸⁰ « Novo Código civil : exposição de motivos e texto sancionado », *op. cit.*, p. 40.

³³⁸¹ LÓBO, Paulo Luiz Netto. Préface à l'ouvrage « A teoria do contrato e o novo Código civil », Nossa Livraria, 2003.

³³⁸² TEPEDINO, Gustavo. « Código civil, os chamados microssistemas jurídicos e a Constituição », in « Anais da XVII Conferência da OAB », 2000, p. 193.

³³⁸³ TIMM, Luciano Benetti. « Ainda sobre a função social do direito contratual no Código civil brasileiro : justiça distributiva versus eficiência econômica », in « Direito & economia », 2^e éd., p. 65

³³⁸⁴ DRUCK, Tatiana Oliveira. « O novo direito obrigacional e os contratos » in « Direito de empresa e contratos », TIMM, Luciano Benetti (dir.), 2^e éd., p. 62.

1094. Depuis l'entrée en vigueur du Code (et même avant), une doctrine très abondante se propose de conceptualiser le nouveau principe. Les significations suggérées sont toutefois extrêmement variées, parfois présentées dans un discours abstrait et sans consistance dogmatique³³⁸⁵. Pour certains, il s'agirait d'un principe duquel dériveraient, par exemple, les notions de « conservation des contrats »³³⁸⁶, d'imprévision³³⁸⁷, de groupe de contrats³³⁸⁸, de renégociation et de révision contractuelles³³⁸⁹, de « cause-fonction économique »³³⁹⁰, ou encore une nouvelle source de contrôle des clauses abusives³³⁹¹. D'autres estiment encore que la principale caractéristique du nouveau principe consiste dans l'atténuation de l'effet relatif des contrats³³⁹². Cette diversité résulte évidemment de l'imprécision de la formule légale, imprécision d'ailleurs voulue par ses concepteurs, dans le but de permettre au juge de promouvoir, au cas par cas, la « concrétion éthique de l'expérience juridique »³³⁹³. En matière de crédit aux consommateurs, le *Superior Tribunal de Justiça* a déjà eu l'occasion de se prononcer à son égard.

B) La fonction sociale du crédit aux consommateurs

1095. Le crédit immobilier relevant du secteur règlementé (SFH) a constitué le terrain de prédilection du STJ. La limitation de la liberté contractuelle est alors conditionnée au rapport que le crédit consenti entretient avec un droit social, en l'occurrence, le droit au logement. Dans les arrêts où la Cour mentionne expressément la fonction sociale du contrat, c'est le principe de la force obligatoire qui est relativisé. Dans ces espèces, des emprunteurs désirant revendre l'immeuble financé se heurtaient à un refus de la part du prêteur d'admettre la cession du prêt à l'acquéreur du bien. Pour consentir à la cession souhaitée, le prêteur exigeait une renégociation des conditions contractuelles, de laquelle il résultait souvent non seulement une majoration des charges mais aussi l'exigence de ce que l'emprunteur initial demeure solidairement responsable du remboursement du prêt. En pratique, ces exigences conduisaient les emprunteurs à aliéner l'immeuble à l'insu du prêteur. D'une part, ceux-ci risquaient de voir

³³⁸⁵ V., par exemple, FRANZOLIN, Cláudio José. « A relação jurídico-contratual no Código civil e no Código de processo civil – A função social e o princípio da boa-fé objetiva », in « Impactos processuais do direito civil », BUENO, Cassio Scarpinella (dir.), Saraiva, p. 266 ; ALVIM, Arruda. « A função social dos contratos no novo Código civil », Rev. Forense, janv.-févr. 2004, v. 371, p. 51 ; FIÚZA, César. « A principiologia contratual e a função social dos contratos », Rev. Ciência Jurídica, janv.-févr. 2008, v. 139, p. 276 ; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. « Esboçando uma teoria geral dos contratos », Rev. IOB, janv.-févr. 2008, n° 51, p. 13.

³³⁸⁶ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. « Função social do contrato », Saraiva, p. 173.

³³⁸⁷ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. « Parecer », RT 2005, v. 832, p. 133, n° 55.

³³⁸⁸ LEONARDO, Rodrigo Xavier. « A teoria das redes contratuais e a função social dos contratos: reflexões a partir de uma recente decisão do Superior Tribunal de Justiça », RT 2005, v. 832, p. 100.

³³⁸⁹ MIRAGEM, Bruno. « Diretrizes interpretativas da função social do contrato », Rev. dir. cons. 2005, n° 56, p. 45.

³³⁹⁰ COSTA, Judith Hofmeister Martins. « O exercício jurídico disfuncional e os contratos interempresariais », Rev. do advogado, mars 2008, n° 96, p. 50.

³³⁹¹ *Idem.* « O novo Código civil brasileiro : em busca da 'ética da situação' », *op. cit.*, p. 632.

³³⁹² MIRAGEM, Bruno. *Op. cit.*, p. 22 ; ROSENVALD, Nelson. « A função social do contrato », in « Direito contratual – Temas atuais », HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes et al. (dir.), Método, p. 94 ; THEODORO JÚNIOR, Humberto. « O contrato e sua função social », 3^e éd., Forense, p. 51.

³³⁹³ « Novo Código civil : exposição de motivos e texto sancionado », *op. cit.*, p. 42. V. LÔBO, Paulo Luiz Netto. « Princípios dos contratos e mudanças sociais », Rev. Jurídica, 2005, n° 329, p. 9 ; « Princípios sociais dos contratos no Código de defesa do consumidor e no novo Código civil », Rev. dir. cons. avr.-juin 2005, n° 42, p. 190.

prononcée la résiliation du prêt avec obligation de remboursement intégral et anticipé en cas de défaillance de l'acquéreur. D'autre part, le tiers acquéreur, non seulement se voyait opposer une saisie hypothécaire, mais aussi était privé de discuter en justice les conditions du prêt.

1096. En cas de litige, les juges du fond admettaient souvent la légitimité des tiers acquéreurs à se défendre contre le prêteur. Ils reconnaissaient la légitimité sociale de la pratique alors désignée « contrats de tiroir » (« contratos de gaveta »), en affirmant que des milliers de contrats étaient conclus quotidiennement dans ces conditions. Dans un premier temps, le *Superior Tribunal de Justiça*, après quelques hésitations, a approuvé les décisions des juges du fond en se fondant sur la fonction sociale des contrats de prêt immobilier. Il a été précisé que « la convention doit être interprétée suivant les standards socialement reconnus à la modalité contractuelle en question »³³⁹⁴. Cette orientation n'a pas duré. L'assemblée plénière du STJ a décidé, le 21 mai 2008, que « la cession du prêt hypothécaire ne peut pas avoir lieu contre la volonté de l'agent financier »³³⁹⁵. Plusieurs conséquences résultent de cette solution. Toute une série de contrats en est alors affectée : si le tiers acquéreur est défaillant, la résiliation du prêt est prononcée ; l'immeuble fait alors l'objet d'une saisie hypothécaire et l'acquéreur perd son logement ; la réalisation de l'hypothèque sert le paiement du solde de la dette mais, si le produit de la vente forcée ne le couvre pas en totalité, l'emprunteur initial sera obligé d'en assumer la différence ; ceci lui sera d'autant plus défavorable que le tiers pourra se trouver en situation d'insolvabilité.

1097. On tirera deux enseignements de ce court épisode jurisprudentiel vécu par le principe de la fonction sociale du contrat en matière d'opérations de crédit, l'un plutôt optimiste, l'autre plus réaliste. Il est d'abord certain que ce principe ne manquera pas de trouver d'autres applications jurisprudentielles dans le domaine du crédit. Son apparition relativement récente en droit brésilien ainsi que le flou doctrinal qui a entouré la notion expliquent la rareté des décisions à ce jour. En revanche, et en dernier lieu, on est contraint de reconnaître que, malgré son utilité en tant que complément du droit spécial, le droit commun n'offre qu'une protection limitée au consommateur de crédit.

³³⁹⁴ STJ-Resp n° 857.548/SC, rel. Min. rel. Luiz Fux, 1^a T., j. 4.10.2007, DJ 8.11.2007 ; STJ-Resp n° 769.418/PR, rel. Min. Luiz Fux, 1^a T., j. 15.5.2007, DJ 16.8.2007.

³³⁹⁵ STJ-Resp n° 783.389/RO, rel. Min. Ari Pargendler, Corte Especial, j. 21.5.2008, DJ 30.10.2008 ; STJ-Resp n° 849.690/RS, rel. p. ac. Min. Luiz Fux, 1^a T., j. 16.12.2008, DJ 19.2.2009 ; STJ-AgRgResp n° 838.127/DF, rel. Min. Luiz Fux, 1^a T., 17.2.2009, DJ 30.3.2009.

CONCLUSION

1098. L'étude comparative entre les systèmes brésilien et français de protection des consommateurs de crédit éveille, chez le chercheur, des sentiments très disparates. À la découverte de solutions nouvelles et, parfois, créatives, pour des problèmes que l'on croyait purement domestiques, on éprouve, tout d'abord, une certaine euphorie. L'« herbe juridique » du système voisin apparaît, d'emblée, très verte. La tentation qui s'ensuit est grande de prôner des transpositions de modèles, des greffes de notions et de techniques juridiques. Le comparatiste lucide est prévenu, pourtant, contre les sirènes de la comparaison. Il se souvient que sa démarche suppose de rechercher, non seulement les règles et institutions d'un système étranger, mais aussi la fonctionnalité de celles-ci à l'intérieur du système où elles déploient leurs effets³³⁹⁶ ; que l'analyse des aspects historique et sociologique du contexte au sein duquel elles ont été créées est aussi essentielle pour une compréhension approfondie des systèmes étudiés.

1099. À l'euphorie succède alors une certaine appréhension. On s'aperçoit, « sur le terrain », que la comparaison juridique permet de mieux comprendre chaque système national. À cet égard, la recherche qu'on a menée ici est remplie d'enseignements. Quant au système brésilien, tout d'abord, une polarisation excessive du contentieux autour de la question du prix du crédit consenti finit par voiler des dangers non moins importants de ce type d'opérations. La jurisprudence est alors de plus en plus empreinte de politique juridique. Elle refuse d'intervenir dans le domaine contractuel, en se retranchant derrière une distinction discutable de la notion d'ordre public. Ici, l'exemple français n'est pas très rassurant car il procède, lui-même, d'une intervention du législateur. Lorsqu'ensuite les juges décident d'intervenir, c'est souvent d'une manière désordonnée, qui donne au système l'apparence d'un magma jurisprudentiel insaisissable³³⁹⁷. Enfin, la jurisprudence amorce un mouvement de décodification du système de protection, par une sorte de sectorisation « à la française » des règles de protection³³⁹⁸. Globalement, le système perd en cohérence, tout en soulevant des doutes quant au bien-fondé des distinctions, non dénuées de couleur politique, ainsi réalisées.

1100. La comparaison avec le système français met pourtant aussi en lumière certains choix importants du législateur brésilien. Elle permet, par exemple, de retenir l'opportunité de l'adoption du mécanisme des clauses générales. La bonne foi objective, pilier du système de protection brésilien, permet au juge d'interpréter la « loi des parties » avec souplesse. Celui-ci se voit dès lors confier une mission. Il doit appliquer les règles de droit dans l'obligation de

³³⁹⁶ DAVID, René. « Le droit comparé : Droits d'hier, Droits de demain », *Economica*, 1982 ; SACCO, Rodolfo. « La comparaison juridique au service de la connaissance du droit », *Economica*, 1991.

³³⁹⁷ Les solutions, aussi multiples que contradictoires, rendues en matière de clauses pénales (« comissão de permanência ») en fournissent le meilleure exemple.

³³⁹⁸ Le « crédit éducationnel » et l'attribution conventionnelle de la compétence judiciaire en constituent des exemples qui laissent présager d'autres.

garantir l'efficacité de la protection du consommateur. L'adoption des « class actions », associée à la légitimation du ministère public pour promouvoir les intérêts collectifs des consommateurs, apporte aussi de nombreux fruits aux objectifs de la protection. Enfin, la possibilité pour le juge brésilien d'interpréter, voire d'écarter, les règles de droit infra-constitutionnel lorsqu'elles portent atteinte au principe de la dignité de l'homme³³⁹⁹, constitue sans doute le plus grand atout du système brésilien, à l'avantage du consommateur de crédit³⁴⁰⁰. C'est ici, sans aucun doute, le point qui l'éloigne le plus du modèle français de protection. Ponctuellement, il est vrai, ce dernier se montre nettement plus protecteur que le précédent. Le droit français en la matière est caractérisé par un formalisme pointilliste exemplaire. On vante ainsi le fait que le consommateur français soit, dans les opérations de crédit, l'un des mieux protégés du monde. Le risque, important compte tenu du niveau relativement élevé de la consommation de crédit en France, est d'en arriver à une banalisation de la protection légale, par une infantilisation du consommateur.

1101. Lorsqu'on isole les systèmes juridiques qui ont fait l'objet de cette comparaison, chacun dans son propre contexte socio-économique, le constat auquel on aboutit est celui d'un rabaissement du niveau de la protection du consommateur de crédit. Les causes n'ont pourtant pas de sources identiques. Au Brésil, elle vient de l'intérieur. On voit se reproduire des erreurs du passé, lorsque les pouvoirs publics incitent les consommateurs – surtout les plus démunis – à la (sur)consommation de crédit³⁴⁰¹. La notion de consommation durable doit s'appliquer aussi dans ce domaine ; seulement, ici, on l'appelle « crédit responsable ». À défaut, des dysfonctions sociales surgissent inévitablement³⁴⁰². « Le savant apprend par les erreurs d'autrui... ». En France, en revanche, les ennuis viennent de l'extérieur. Les besoins du marché européen unique font sauter les verrous de la protection organisée par l'ordre juridique national. Le mécanisme d'harmonisation maximale de la législation communautaire tient le législateur national dans une position délicate par rapport aux attentes du mouvement consumériste.

1102. Quoi qu'il en soit, devenu cigale dans la société de consommation, il est temps que le consommateur redevienne fourmi. La conjoncture économique internationale y invite vivement. Une crise financière vécue actuellement à l'échelle mondiale devrait rappeler à la prudence, non seulement les petits consommateurs, mais aussi les dirigeants politiques. « Dissuasion » semblerait devoir devenir, plus que jamais, le mot d'ordre contractuel dans le contexte actuel du marché de crédit. Ce serait pourtant oublier que la croissance passe par la consommation et, celle-ci, par le crédit. Le crédit procure le bien-être et on ne saurait s'en passer, si l'on souhaite le progrès économique. Plus concrètement, le consommateur s'en sert,

³³⁹⁹ Art. 1^{er}, al. III, de la Constitution de 1988.

³⁴⁰⁰ Les dérives vérifiées dans les opérations de « crédito consignado » constituent sans doute l'exemple le plus récent.

³⁴⁰¹ Le régime du « crédito consignado », avec ses prévisions de consentement « irréfugable et irrtractable » est, aujourd'hui, ce que l'aliénation fiduciaire en garantie a été dans la passé, autant par l'essor du crédit qu'il permet que par la possibilité qu'il donne au créancier de tenir son débiteur « dans les fers ».

³⁴⁰² La nécessité de promouvoir le traitement du surendettement, en France, le démontre suffisamment.

dans la société actuelle, pour combler ses besoins les plus ordinaires. Cela n'est qu'un indice, parmi d'autres, à révéler la nécessité de promouvoir ses intérêts économiques, tantôt en lui facilitant l'accès au crédit, tantôt en le protégeant contre les risques qu'en représente un recours excessif. En ce début du XXI^e siècle, le consommateur de crédit se trouve au croisement de tendances politiques diverses, dont les priorités ne sont pas forcément centrées sur sa protection juridique. D'un côté, les besoins de la croissance économique et de la concurrence du marché, interne et international, persistent à comprimer les cercles à l'intérieur desquels le consommateur se trouve encore protégé. D'un autre côté, le progrès social entraîne, avec lui, des pressions « souterraines » qui finissent par faire de l'ombre sur la perception des besoins spécifiques du consommateur de crédit. L'attention des pouvoirs publics se tourne alors vers les besoins, plus généraux, de la personne humaine. La protection du consommateur, est-elle en voie de disparition ? Si c'était au profit de la promotion inconditionnelle de la dignité de l'homme, ce ne serait pas plus mal. Cela est pourtant loin d'être un constat, à l'heure actuelle. Voilà, en tout cas, une question importante à laquelle il conviendra de réfléchir. Cette étude comparative entre les systèmes brésilien et français de protection du consommateur de crédit pourra y contribuer modestement. « Toutes les grandes actions et toutes les grandes pensées ont un commencement dérisoire »³⁴⁰³ ; cela n'a rien d'absurde.

1103. Il y a longtemps, certains affirmaient déjà que « comparaison n'est pas raison et, comme celles que nous donne l'Histoire, les leçons tirées de l'observation des systèmes et ordres juridiques étrangers, 'si elles sont de nature à faire réfléchir, ne sont pas toujours de force à faire conclure' »³⁴⁰⁴. Au-delà de la confrontation entre les différentes solutions de droit positif que permet la recherche, se pose enfin la question de la perméabilité des systèmes ici comparés aux idées venues d'ailleurs. La réponse à cette question dépasse toutefois le champ restreint de la recherche juridique. Elle relève du fait et on peut bien s'accommoder de la confondre avec les objectifs propres à la méthode comparative. On a tout de même le droit d'être optimiste à cet égard. Les consommateurs de crédit n'ont, en tout cas, rien à y perdre. Ils ne pourraient qu'être gagnants.

³⁴⁰³ CAMUS, Albert. « Le mythe de Sisyphe – Essai sur l'absurde », Gallimard, 1942, p. 28.

³⁴⁰⁴ DEMOGUE, René. « Traité des obligations en général », t. VI, 1932, p. 457, cité par MAZEAUD, Denis. « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in « L'avenir du droit – Mélanges en hommage à François Terré », Dalloz, PUF, Juris-classeur, 1999, n° 5, p. 607, note 1.

BIBLIOGRAPHIE³⁴⁰⁵

TRAITÉS, MANUELS ET OUVRAGES GÉNÉRAUX

- ASCARELLI, Túlio. « Teoria geral dos títulos de crédito », Saraiva, 1969.
- AUBERT, Jean-Luc. « Le contrat », Dalloz, 1996
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. « Teoria do negócio jurídico : existência, validade e eficácia », 4^e éd., Saraiva, 2002
- BÉNABENT, Alain. « Droit civil – Les obligations », 10^e éd., Montchrestien, 2005
- « Les contrats spéciaux civils et commerciaux », 8^e éd., Montchrestien, 2008
- BENJAMIN, Antônio H. de *et. al.* « Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos autores do anteprojeto », 9^e éd., Forense Universitária, 2007.
- BESSONE, Darcy. « Da compra e venda : promessa, reserva de domínio & alienação em garantia », 4^e éd., Saraiva, 1997
- « Do contrato », Forense, 1960
- BRUN, Philippe. « Responsabilité civile extracontractuelle », 2^e éd., Litec, 2009
- CADIET, Loïc et JEULAND, Emmanuel. « Droit judiciaire privé », 6^e éd., Litec, 2009
- CADIET, Loïc, NORMAND, Jacques et AMRANI-MEKKI, Soraya. « Théorie générale du procès », PUF, 2010.
- CALAIS-AULOY, Jean et STEINMETZ, Frank. « Droit de la consommation », 7^e éd., Dalloz, 2006.
- CARBONNIER, Jean. « Droit civil, « Droit civil – Les biens, les obligations » Quadrige-PUF, 2004
- « Flexible droit », 8^e éd., LGDJ, 1995, p. 189.
 - « Droit et passion du droit sous la V^e République », Flammarion, 1996.
- COLLART DUTILLEUL, François et DELEBECQUE, Philippe. « Contrats civils et commerciaux », 8^e éd., Dalloz, 2007
- CORNU, Gérard. « Vocabulaire juridique », Association Henri Capitant, PUF, 5^e éd., 1996.
- CORNU, Gérard et FOYER, Jean. « Procédure civile », 3^e éd., PUF, 1996
- CROZE, Hervé, MOREL, Christian et FRADIN, Olivier. « Procédure civile », 3^e éd., Litec, 2005.
- DINIZ, Maria Helena. « Curso de Direito Civil Brasileiro – Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais », 3, 6^e éd., Saraiva, 1989.
- DOMAT, Jean. « Les Loix Civiles dans leur Ordre Naturel », liv. I, tit. II, sec. IX,
- DUGUIT, Léon. « Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon », Lib. Félix Alcan, 1912
- FLORES, Philippe et BIARDEAUD, Gérard. « Contentieux du droit de la consommation », v. I, 2^e éd., ENM, 2005
- FLOUR, Jacques, AUBERT, Jean-Luc et SAVAUX, Eric. « Droit civil – Les obligations : le rapport d'obligation », 6^e éd., Sirey, 2009

³⁴⁰⁵ Nous avons choisi d'exclure les notes d'arrêt de cette bibliographie afin d'éviter d'alourdir son contenu.

- « Droit civil – Les obligations : l'acte juridique », 13^e éd., Sirey, 2008
- GAFFIOT, Félix. « Le Grand Gaffiot – Dictionnaire latin-français », Hachette, 2000.
- GAVALDA, Christian et STOUFFLET, Jean. « Droit bancaire », 7^e éd., Litec, 2008.
- GHESTIN, Jacques, BILLIAU, Marc et JAMIN, Christophe. « Traité de droit civil – Les effets du contrat », 3^e éd., LJDG, 2001.
- GHESTIN, Jacques. « Traité de droit civil – La formation du contrat », 3^e éd., LGDJ, 1993.
- GICQUEL, Jean et GICQUEL Jean-Éric. « Droit constitutionnel et institutions politiques », 21^e éd., Montchrestien, 2007.
- GOMES, Orlando. « Introdução ao Direito Civil », 19^e éd., Forense, 2007.
- GUINCHARD, Serge (dir). « Droit et pratique de la procédure civile », 6^e éd., Dalloz, 2009.
- GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques. « Procédure pénale », 4^e éd., Litec, 2008.
- HÉRON, Jacques et LE BARS, Thierry. « Droit judiciaire privé », 3^e éd., Montchrestien, 2006.
- JOSSERAND, Louis. « Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé », Dalloz, 1928.
- JULIEN, Jérôme. « Droit de la consommation et du surendettement », Montchrestien, 2009.
- KIRAT, Thierry. « Économie du droit », La Découverte, 1999.
- LARGUIER, Jean et CONTE, Philippe. « Droit pénal des affaires », 11^e éd., Armand Colin, 2004.
- LARROUMET, Christian. « Droit civil – Les obligations, le contrat : effets », 6^e éd., t. III, Economica, 2007.
- LERON, Roger. « Surendettement des ménages – Rapport sur l'application de la loi n^o 89-1010 du 31 décembre 1989 relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles », JORF, 1991.
- LÉVY, Jean-Philippe et CASTALDO, André. « Histoire du droit civil », Dalloz, 2002.
- LUCAS DE LEYSSAC, Claude et PARLEANI, Gilbert. « Droit du marché », PUF, 2002.
- MALAURIE, Philippe, AYNÈS, Laurent et GAUTIER, Pierre-Yves. « Les contrats spéciaux », 4^e éd., Defrénois, 2009.
- MALAURIE, Philippe, AYNÈS, Laurent et STOFFEL-MUNCK, Philippe. « Les obligations », 3^e éd., 2007.
- MARQUES, Cláudia Lima. « Contratos no Código de Defesa do Consumidor », 4^e éd., RT, 2004.
- MARQUES, Cláudia, BENJAMIN, Antônio Herman V. et MIRAGEM, Bruno. « Comentários ao Código de Defesa do Consumidor », 2^e éd., RT, 2006.
- MARQUES, Cláudia Lima, BENJAMIN, Antônio Herman V. et BESSA, Leonardo Roscoe. « Manual de direito do consumidor », RT, 2007.
- MAZEAUD, Henri, Léon et Jean, par CHABAS, François. « Leçons de droit civil – Obligations », t. II, v. 1, 9^e éd., Montchrestien, 1999.
- MONTEIRO, Washington de Barros. « Curso de Direito Civil – Parte Geral », 4^e éd., Saraiva, 1964.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. « Instituições de Direito Civil », 20^e éd., par MORAES, Maria Celina Bodin de, Forense, 2007.
- « Lesão nos contratos », 5^e éd., Forense, 1993.
- PERROT, Roger. « Institutions judiciaires », 13^e éd., Montchrestien, 2008.

- PICOD, Yves et DAVO, Hélène. « Droit de la consommation », Sirey, 2010.
- POTHIER, Robert-Joseph. « Traité des obligations », Librairie de l'œuvre de Saint-Paul, 1883.
- REALE, Miguel. « Estudos Preliminares do Código civil », RT, 2003.
- RIPERT, Georges. « La règle morale dans les obligations civiles », 4^e éd., LGDJ, 1949.
- RIVES-LANGE, Jean-Louis et CONTAMINE-RAYNAUD, Monique. « Droit bancaire », 6^e édition, Dalloz, 1995.
- RIZZARDO, Arnaldo. « Contratos de crédito bancário », 6^e éd., RT, 2003.
- RODIÈRE, René et RIVES-LANGE, Jean-Louis. « Droit bancaire », Dalloz, 1973.
- SALEILLES, Raymond. « De la déclaration de volonté », Cotillon, 1901.
- SAVATIER, René. « Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui », 1^{re} série, 3^e éd., Dalloz, 1964.
- SÉRIAUX, Alain. « Droit des obligations », 2^e éd., PUF, 1998.
- SMITH, Adam. « Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations », livre I, chap. II, trad. Germain Garnier, 1881.
- TERRÉ, François, SIMLER, Philippe et LEQUETTE, Yves. « Droit civil – Les obligations », 10^e éd., Dalloz, 2009.
- VASSEUR, Michel. « Droit et économie bancaire – Les opérations de banque », fasc. III, Les cours de droit, 1988-1989.
- VILLEY, Michel. « Philosophie du droit », Dalloz, 2001.
- VINEY, Geneviève et JOURDAIN, Patrice. « Traité de droit civil – Les effets de la responsabilité », 2^e éd., LGDJ, 2001.
- VON BAR, Christian, BEALE, Hugh, CLIVE, Eric, SCHULTE-NÖLKE, Hans *et al.* « Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft common frame of reference (DCFR) », Sellier, 2009.
- WALD, Arnaldo. « Curso de direito civil brasileiro – Obrigações e contratos », 12^e éd., RT, 1995.
- WILFRID, Jeandidier. « Droit pénal des affaires », 6^e éd., Dalloz, 2005.
- ZWEIGERT, Konrad et KÖTZ, Heine. « Introduction to comparative law », 3^e éd., Oxford, 1996.

THÈSES ET MONOGRAPHIES

- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. « Extinção dos contratos por incumprimento do deverdor – Resolução », 2^e éd., Aide, 2004.
- BALLAND, Valérie. « Le surendettement », ASH, 2000.
- BIHL, Luc. « Une histoire du mouvement consommateur – Mille ans de lutes », Aubier, 1984.
- BLOCH, Cyril. « La cessation de l'illicite – Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extra-contractuelle », Dalloz, 2008.
- BOURGOIGNIE, Thierry. « Éléments pour une théorie du droit de la consommation », Story Scientia, 1988.

- CARNEIRO, Dionísio Dias et VALPASSO, Marcus Vinícios Ferrero. « Financiamento à habitação e instabilidade econômica », FGV, 2003.
- CHABAS, Cécile. « L'inexécution licite du contrat », LGDJ, 2002.
- CHARDIN, Nicole. « Le Contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté », LGDJ, 1988, p. 34.
- CHAZAL, Jean-Pascal. « De la puissance économique en droit des obligations », Grenoble II, 1996.
- COSTA, Geraldo de Faria Martins da. « Superendividamento : a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês », RT, 2002.
- DEL NERO, João Alberto Schützer. « Conversão substancial do negócio jurídico », Renovar, p. 241.
- DELGADO, José Augusto. « Leasing, doutrina e prática », 2^e éd., Juruá, 2002.
- DUBOIS, Bernard. « Comprendre le consommateur », Dalloz, 1990.
- FABRE-MAGNAN, Muriel. « De l'obligation d'information dans les contrats – Essai d'une théorie », LGDJ, 1992.
- FALLETTI, François. « La vente à crédit des biens de consommation », Litec, 1981.
- FIN-LANGER, Laurence. « L'équilibre contractuel », LGDJ, 2002.
- FISCHER, Jérôme ; « Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français », PUAM, 2004.
- GALLET, Charles-Henri. « Le surendettement des particuliers », Delmas, 1996.
- GAUDIN, Laëtitia. « La patience du créancier – Contribution à l'étude de l'effectivité du paiement contractuel », Defrénois, 2009.
- GJIDARA, Sophie. « L'endettement et le droit privé », LGDJ, 1999.
- JACQUES, Philippe. « Regards sur l'article 1135 du Code civil », Dalloz, 2005.
- JUDE, Jean-Michel. « Le droit international privé des procédures de surendettement des particuliers », PUAM, 2003.
- JAMET, Jacqueline. « Le surendettement des particuliers », Montchrestien, 1990.
- KHAYAT, Danielle. « Le droit du surendettement des particuliers », LGDJ, 1997.
- LABARTHE, Françoise. « La notion de document contractuel », LGDJ, 1994.
- LAGARDE, Xavier. « L'endettement des particuliers », LGDJ, 1999.
- LE GAC-PECH, Sophie. « La proportionnalité en droit privé des contrats », LGDJ, 2000.
- LIMA, Clarissa Costa de et BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. « Superendividamento aplicado – Aspectos doutrinários e experiência no Poder Judiciário », GZ, 2010.
- LOUSSOUARN, Nicolas. « Contribution à l'étude de la révision judiciaire des contrats en droit privé », thèse dactyl., Rennes, 1996.
- MARQUES, Cláudia Lima et CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (dir.). « Direitos do consumidor endividado – Superendividamento e crédito », RT, 2006.
- MAZEAUD, Denis. « La notion de clause pénale », LGDJ, 1992.
- MOSCHETTO, Bruno et PLAGNOL, André. « Le crédit à la consommation », Que sais-je ?, 2^e éd., PUF, 1985.
- OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES, Carole. « Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles », Dalloz, 2002.
- PERRU, Éric. « L'impayé », LGDJ, 2005.
- PICOD, Yves. « Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat », LGDJ, 1989.

- PIETTE, Gaël. « La correction du contrat », PUAM, 2004.
- PIMONT, Sébastien. « L'économie du contrat », PUAM, 2004.
- PLANES, Karine de la Asuncion. « La réfaction du contrat », thèse LGDJ, 2006.
- RIZZO, Fabrice. « Le traitement juridique de l'endettement », PUAM, 1996.
- ROCHFELD, Judith. « Cause et type de contrat », LGDJ, 1999.
- SAUPHANOR, Nathalie. « L'influence du droit de la consommation dans l'ordre juridique privé », LGDJ, 2000.
- SILVA, Clóvis do Couto e. « A obrigação como processo », FGV, 2006.
- SIMONSEN, Mário Henrique, CHACEL, Julian et WALD, Arnoldo. « A correção monetária », Apec, 1970.
- STOFFEL-MUNCK, Philippe. « L'abus dans le contrat – Essai d'une théorie », LGDJ, 2000.
- « Regards sur la théorie de l'imprévision – Vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain », mémoire DEA, PUAM, 1994.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. « O contrato e sua função social », 3^e éd., Forense, 2008.
- TROLLEY, Alfred. « Étude sur la lésion en droit romain et en droit français », Cotillon & fils, 1872.
- VASSEUR, Michel. « La responsabilité civile du banquier dispensateur de crédit », 3^e éd., Banque, 1978.
- VIGNEAU, Vincent et BOURIN, Guillaume-Xavier. « Droit du surendettement des particuliers », Litec, 2007

ARTICLES PARUS DANS DES OUVRAGES COLLECTIFS ET PRÉFACES

- ALBIGES, Christophe. « L'influence du droit de la consommation sur l'engagement de la caution », in *Liber amicorum* Jean Calais-Auloy, Dalloz, 2004, n° 4, p. 4.
- ANCEL, Bertrand. Préface à « Le droit international privé des procédures de surendettement des particuliers », JUDE, Jean-Michel, thèse PUAM, 2003.
- ARAÚJO, Nádia. « Mercosul: Balanço Jurídico Através da Análise da Jurisprudência Brasileira », in « Direito da Integração – Estudos em Homenagem a Werter R. Faria », PIMENTEL, Luiz Olavo (org.), v. II, Juruá, 2001
- AUDIER, Jacques. « La responsabilité civile et pénale du dispensateur de crédit au consommateur », in « Le droit du crédit au consommateur », Ibrahim Fadlallah (org.)
- AYNÈS, Laurent et LIBCHABER, Rémy. « Le traitement civil de la dette », in « L'apurement des dettes – solution au surendettement », CHAPUT, Yves (dir.), Litec, 1998.
- AYNÈS, Laurent. « Crise économique et rapports de droit privé », in « Droit de la crise : crise du droit ? », V^{èmes} journées Savatier, PUF, 1997, pp. 67-68.
- AYNÈS, Laurent. « Formalisme et prévention », in Droit du crédit au consommateur, Ibrahim Fadlallah (org.),
- BENJAMIN, Antônio Herman V. « Consumer protection in less-developed countries : the Latin American experience », in « Consumer law in global economy », RAMSAY, Iain (dir.), Ashgate, 1997.
- « A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico : apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor », in « Ação Civil Pública », MILARÉ, Édís (dir.), RT, 1995, p. 70 et s.

BRUNET, Andrée. « Le TEG, un taux d'embrouille généralisée? », Mélanges Élie Alfandari, Dalloz 2000, p. 231.

CASELLA, Paulo B. « Modalidades de Harmonização, Unificação e Uniformização do Direito – O Brasil e as Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado », in « Integração Jurídica Interamericana », CASELLA, P. et ARAÚJO, Nadia. (org.), LTr, 1998.

- « Modalidades de harmonização, unificação e uniformização do direito – O Brasil e as Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado », in « Integração Jurídica Interamericana », CASELLA, Paulo B. et ARAÚJO, Nádía (dir.), LTr, 1998.
- « Quais os fins da integração no MERCOSUL ? », in « América Latina – Cidadania, desenvolvimento e Estado », VENTURA, Deisy F. L. (dir.), Livraria do Advogado, 1996, p. 50.

CHINEAU, André. « Crise économique, crise juridique, crise de société : 1975 – 1995 » in « Droit de la crise : crise du droit ? », V^{èmes} journées Savatier, PUF, 1997.

CHAPUT, Yves. « Introduction », in « L'apurement des dettes – solution au surendettement », Litec, 1998

COMPARATO, Fábio Konder. « Rapport brésilien », in « La responsabilité du banquier : aspects nouveaux », Travaux de l'Association Henri Capitant, journées brésiliennes, Economica, 1984, p. 103.

COUTURIER, Isabelle. « La condition de bonne foi pour le règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers », in Le surendettement des particuliers, GARDAZ, Michel (dir.), Anthropos, 1997.

CROCQ, Pierre. « Sûretés et proportionnalité », in Mélanges Simler, Dalloz-Litec, 2006.

DAVO, Hélène. « Formalisme bancaire et protection du consommateur », in *Liber Amicorum* Jean Calais-Auloy, Dalloz, 2004, p. 332.

DERRUPÉ, Jean. « Rapport de synthèse », in « L'endettement », Travaux de l'association Henri Capitant, LGDJ, 1995.

DIESSE, François. « Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat », in « Archives de philosophie du droit – Le droit et l'immatériel ». t. 43, p. 259.

DRUCK, Tatiana Oliveira. « O novo direito obrigacional e os contratos » in « Direito de empresa e contratos », TIMM, Luciano Benetti (dir.), 2^e éd., p. 62.

FARIA, Werter. « Métodos de harmonização aplicáveis no MERCOSUL e incorporação das normas correspondentes nas ordens jurídicas internas », in « Mercosul – seus Efeitos Jurídicos, Econômicos e Políticos nos Estados-Membros », BASSO, Maristela (org.), Livraria do Advogado, 1995.

- « Métodos de harmonização aplicáveis no MERCOSUL e incorporação das normas correspondentes nas ordens jurídicas internas », in « Mercosul – seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos Estados-membros », Livraria do Advogado, 1995.
- « Unidade do Direito e Uniformidade na Interpretação e Aplicação das Normas do Mercosul », in « O Direito Internacional no Terceiro Milênio », BAPTISTA, Luiz Olavo et FONSECA, José R. F. (coord.), LTr, 1998
- « Unidade do direito e uniformidade na interpretação e aplicação das normas do Mercosul », in « O direito internacional no terceiro milênio », BAPTISTA, Luiz Olavo et FONSECA, José R. F. (dir.), LTr, 1998.

FENOUILLET, Dominique. « Les effets du contrats entre les parties. Les principes » in « Pour une réforme du droit des contrats », TERRÉ, François (dir.), Dalloz, 2009.

FLOUR, Jacques. « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », in Études offertes à Georges Ripert, t. I, Paris : LGDJ, 1950, p. 96

FRANK, Jérôme. « Pour une véritable réparation du préjudice causé à l'intérêt collectif des consommateurs », in *Liber amicorum* Jean Calais-Auloy, Dalloz, 2004, p. 416.

FRANZOLIN, Cláudio José. « A relação jurídico-contratual no Código civil e no Código de processo civil – A função social e o princípio da boa-fé objetiva », in « Impactos processuais do direito civil », BUENO, Cassio Scarpinella (dir.), Saraiva, p. 266.

GRANGE, Juliette. « Quelques figures de débiteurs et d'usuriers dans le roman réaliste au XIX^e siècle – Une analyse à partir de la *Philosophie de l'argent*, de G. Simmel », in « Le surendettement des particuliers », GARDAZ, Michel (dir.), Anthropos, 1997, p. 194.

HUGON, Christine. « Le consommateur de justice », in *Liber amicorum* Jean CALAIS-AULOY, Dalloz, 2004.

HULS, Nick. « Vers une approche européenne du surendettement des consommateurs », in « Crédit, endettement et surendettement des ménages en Europe », BOURGOIGNIE, Thierry (dir.), L'observatoire du crédit et de l'endettement, 1995, p. 326.

KULLMANN, Jérôme. « Les relations entre assureurs et assurés en droit français », in « La protection de la partie faible dans les rapports contractuels – comparaisons franco-belges », GHESTIN, Jacques et FONTAINE, Marcel (dir.), LGDJ, 1996.

LÉCUYER, Hervé. « Le contrat, acte de prévision » in « L'avenir du droit – Mélanges en hommage à François Terré », Dalloz, PUF, Juris-classeur, 1999, p. 657.

LEVENEUR, Laurent. « La Commission des clauses abusives et le renouvellement des sources du droit des obligations », in « Le renouvellement des sources du droit des obligations », t. 1, LGDJ 1997, p. 155 et s.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Préface à l'ouvrage « A teoria do contrato e o novo Código civil », Nossa Livraria, 2003.

MARQUES, Cláudia Lima et BENJAMIN, Antônio. « Consumer Overindebtedness in Brazil and the Need for New Consumer Bankruptcy Legislation », in « Consumer Credit, Debt and Bankruptcy », NIEMI, Johanna, RAMSAY, Iain et WHITFORD, William C. (dir.), Hart Publishing, 2010, p. 55.

MAZEAUD, Denis. « Le juge et le contrat – variations optimistes sur un couple illégitime », in Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert, Dalloz, 2005.

- « Droit commun du contrat et le droit de la consommation », Mélanges Calais-Auloy, Dalloz, 2004.
- « Le traitement civil de la dette », in L'apurement des dettes – solution au surendettement, CHAPUT, Yves (dir.), Litec, 1998.
- « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in « L'avenir du droit – Mélanges en hommage à François Terré », Dalloz, PUF, Juris-classeur, 1999.
- « Rapport français », in L'endettement, Travaux de l'association Henri Capitant, LGDJ, 1995.
- « Le traitement civil de la dette », in L'apurement des dettes – solution au surendettement, CHAPUT, Yves (dir.), Litec, 1998.

NEIERTZ, Véronique. Préface à l'ouvrage « Surendettement des particuliers », par CHATAIN, Pierre-Laurent et FERRIÈRE, Frédéric, 2^e éd., Dalloz, 2002.

PAISANT, Gilles. « La rétractation du consommateur en droit français », in « Le droit de rétractation – Contrats et Patrimoine », Larcier, 2008, p. 67.

- « A propos des vingt-cinq ans de la Commission des clauses abusives en France », in Etudes offertes à Jacques Béguin, Litec, 2005, p. 605.
- « Essai sur le temps dans les contrats de consommation » in Études offertes au Doyen Philippe Simler, Dalloz-Litec, 2006, p. 637.

- « Libres propos sur les modes alternatifs de règlement des litiges de la consommation – Variations sur *de minimis...* », in *Liber amicorum* Jean CALAIS-AULOY, Dalloz, 2004.

PÉRINET-MARQUET, Hugues. « La publicité du crédit au consommateur », in « Le droit du crédit au consommateur », Ibrahim Fadlallah (org.), Litec, 1982, p. 31.

PÉTEL, Philippe. « surendettement des particuliers et difficultés des entreprises », in *Liber amicorum* Jean Calais-Auloy, Dalloz, 2004.

PEYRAT, Didier. « La justice de proximité », in « Problèmes politiques et sociaux », La documentation française, n° 869, 2002.

PICOD, Yves. « Proportionnalité et cautionnement – Le mythe de Sisyphe », in *Liber amicorum* Calais-Auloy, Dalloz, 2004.

REALE, Miguel. « O sistema financeiro da habitação: estrutura, dirigismo contratual e a responsabilidade do Estado » in « A atividade de crédito imobiliário e poupança – alguns aspectos jurídicos », Abecip, 1994, p. 15.

REYGRABELLET, Arnaud. « Introduction » in « L'apurement des dettes – solution au surendettement », CHAPUT, Yves (dir.), Litec, 1998.

ROSENVALD, Nelson. « A função social do contrato », in « Direito contratual – Temas atuais », HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes et al. (dir.), Método, p. 94.

SALOMON, Danielle. « Quand une politique publique en cache une autre... - La loi Neiertz comme réponse politique et acte opportuniste des organes de tutelle », in « Le surendettement des particuliers », GARDAZ, Michel (dir.), Anthropos, 1996, p. 18.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. « Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil », in « O novo código civil e a constituição », SARLET, Ingo (dir.), Livraria do Advogado, 2003, p. 101.

- « A lesão enorme e o Direito Brasileiro », in « O Ensino Jurídico no Limiar do Novo Século », MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de (dir.), PUC/RS, 1997, p. 90.
- « A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social », in « O novo Código Civil e a Constituição », Livraria do Advogado, 2003, p. 145.

SIMONSEN, Mário Henrique. « Perspectivas do Sistema Financeiro Imobiliário », in « SFI – um novo modelo habitacional », Abecip, 1996.

STOUFFLET, Jean. « Devoirs et responsabilités du banquier à l'occasion de la distribution du crédit », in « Responsabilité professionnelle du banquier : contribution à la protection des clients de banque », GAVALDA, Christian (dir.), Economica, 1978.

STOUFFLET, Jean. « La protection du consommateur faisant appel au crédit », *Mélanges Emmérentine Lagrange*, p. 228.

- « Retour sur la responsabilité du banquier donneur de crédit », in *Mélanges Michel Cabrillac*, Litec, 1999.
- « Propos non-conformistes sur la protection du consommateur emprunteur », *Mélanges Christian Gavalda*, Dalloz, 2001.

SINAY-CYTERMANN, Anne. « Les relations entre professionnels et consommateurs en droit français », in « La protection de la partie faible dans les rapports contractuels », GHESTIN, Jacques et FONTAINE, Marcel (dir.), LGDJ, 1996.

TALLON, Denis. « La révision du contrat pour imprévision au regard des enseignements récents du droit comparé » in « Études à la mémoire d'Alain Sayag », Litec, 1997.

TEPEDINO, Gustavo. « A constitucionalização do direito civil : perspectivas interpretativas diante do novo Código », in « Direito civil – Atualidades », FIUZA, César *et al.* (dir.), Del Rey, p. 129.

- TEPEDINO, Gustavo. « Código civil, os chamados microssistemas jurídicos e a Constituição », in « Anais da XVII Conferência da OAB », 2000, p. 193.
- TIMM, Luciano Benetti. « Ainda sobre a função social do direito contratual no Código civil brasileiro : justiça distributiva versus eficiência econômica », in « Direito & economia », 2^e éd.
- VINEY, Geneviève. « Actions associatives et actions de groupe », in Études offertes au professeur Philippe Malinvaud, Litec, 2007.
- WALD, Arnaldo. « A evolução da correção monetária na era da incerteza », in « A correção monetária no direito brasileiro », CANTO, Gilberto de Ulhoa et MARTINS, Ives Gandra da Silva (dir.), Saraiva, 1983.
- WATSON, Alan. « Legal transplants : an approach to comparative law », in Comparative legal traditions in a nutshell, GLENDON, Mary Ann *et al.*, St. Paul Minn., West, 1982.
- WITZ, Claude. « Force obligatoire et durée du contrat », in « Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats », RÉMY-CORLAY, Pauline et FENOUILLET, Dominique (dir.), Dalloz, 2003.

ARTICLES ET RAPPORTS DE CONFÉRENCES PARUS DANS DES PÉRIODIQUES

- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. « Enunciados aprovados na Jornada de Direito Civil », Revista da Escola Paulista da Magistratura, São Paulo, n° 1, jan-juin 2003, p. 177.
- ALBIGES, Christophe. « Rapport Introductif », Contrats, conc., consom. oct. 2005, étude n° 9, p. 8, n° 4.
- ALVES, José Carlos Moreira. « Da fidúcia romana à alienação fiduciária em garantia no direito brasileiro », in « Contratos nominados », CAHALI, Yussef Said (dir.), Saraiva, 1995
 - « O Negócio Jurídico no Anteprojeto de Código Civil Brasileiro », Arquivos do Ministério da Justiça, n° 131, juill.-sept. 1974, p. 12
- ALVIM, Arruda. « A função social dos contratos no novo Código civil », Rev. Forense, jan-févr. 2004, 371, p. 51
- ANCEL, Pascal et WINTGEN, Robert. « La théorie du 'fondement contractuel' et son intérêt pour le droit français », RDC 2006, n° 3, p. 897
 - « La pratique française du redressement judiciaire civil », in « Le surendettement des particuliers », GARDAZ, Michel (dir.), Anthropos, 1997.
- ARIDA, Persio, BACHA, Edmar. et RESENDE, André. « Credit, Interest and Jurisdictional Uncertainty – Conjectures on the Case of Brazil », Travail présenté au séminaire « Inflation Targeting and Debt : The Case of Brazil », Rio de Janeiro, le 12.12.2003.
- ATIAS, Christian. « Le crédit dénaturé », D. 1996, p. 328.
 - « Propos sur l'article L. 341-4 du code de la consommation – L'impossibilité de se prévaloir du bénéfice d'un engagement valable », D. 2003, n° 12, p. 2622
- ATTUEL-MENDÈS, Laurence. « La difficile articulation entre protection classique et protection spéciale du consentement », JCP G, 2007, I, 188, spéc. n° 8.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. « Parecer », RT 2005, n° 832, p. 126.
- BAKOUCHE, David. « La proportionnalité dans le cautionnement à l'épreuve de la loi et de la jurisprudence », Contrats, conc., consom. 2004, chron. n° 5, p. 7.
- BARNAY, M.C. « Le contrôle de l'octroi de crédit dans les Etats membres de l'Union Européenne », Revue européenne de droit de la consommation, n°3/2002, p. 177.

BAUDASSÉ, Thierry et LAVIGNE, Anne. « Pourquoi et comment légiférer sur l'usure », *Re d'économie financière* n° 58, mars 2000, p. 175.

BAZIN-BEUST, Delphine. « Le crédit renouvelable : critique d'une réforme annoncée », *Rev. de dr. banc. et fin.* 2009, étude n° 23. WALD, Arnaldo. « A Introdução do leasing no Brasil », *RT* n° 415, mai 1970, p. 11.

BÉHAR-TOUCHAIS, Martine. « Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ? – Rapport introductif », *LPA* 30 sept. 1998, n° 117, p. 3.

- « Libres propos sur la période de formation », *LPA* 6 mai 1998, n° 54, p. 22

BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz. « Bancos de dados e superendividamento do Consumidor : cooperação, cuidado e informação », *Rev. dir. cons.* 50, p. 36.

BETTI, Emilio. « Conversione del negozio giuridico », in « *Novissimo Digesto Italiano* », 4, Torino, Utet, p. 810.

BEYNEIX, Isabelle. « L'unification prétorienne du vice de violence économique en droit privé », *LPA* 25 août 2006, n° 170, p. 3.

BIHL, Luc. « La loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs », *JCP* 1978, II, 12759

BOIZARD, Matthias. « La réception de la notion de violence économique en droit », *LPA* 16 juin 2004, n° 120, p. 5.

BONHOMME, Régine. « Proposition d'analyse de l'effet de règlement des comptes bancaires », *LPA* 21 juin 2001, n° 123, p. 4 ;

BORÉ, Louis. « L'action en représentation conjointe : class action française ou action mort-née ? », *D.* 1995, chr. p. 267.

BOUJEKA, Augustin. « Perspectives communautaire et comparée de la procédure de rétablissement personnel », *Re dr. banc. et fin.* sept.-oct. 2006, p. 61

BOURGOIGNIE, Thierry. « L'accès des consommateurs au droit et à la justice: les défis du marché unique », *REDC* n° 3, 1992, p. 120.

BRUN, Philippe. « Le droit de revenir sur son engagement », *Rev. droit et patrimoine*, n° 60, mai 1998, p. 80.

CABALLERO, Francis. « Plaidons par procureur! De l'archaïsme procédural à l'action de groupe », *RTD* ci 1985, p. 247

CALAIS-AULOY, Jean et BIHL, Luc. « La loi 78-22 du 10 janvier 1978 protégeant les consommateurs contre les dangers du crédit », *JCP* CI 1978, chr. 7245, p. 239.

- « Les actions en justice des associations de consommateurs », *D.* 1988, chr., p. 193.

CARBONNIER, Jean. « Notes sur la prescription extinctive », *RTD* civ. 1952, p. 176.

CARMET, Olivier. « Réflexions sur les clauses abusives au sens de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 », *RTD* com. 1982, p. 4.

CASADO, Márcio Mello. « Os Princípios Fundamentais como Ponto de Partida para uma Primeira Análise do Sobreendividamento no Brasil », *Rev. dir. cons.* 33, p. 130 et s.

COMPARATO, Fábio Konder. « Contrato de Leasing », *Rev. Forense*, n° 250, 1975, p. 9

COSTA, Judith Hofmeister Martins. « A boa-fé como modelo (uma aplicação da teoria dos modelos de Miguel Reale) », in *Cadernos do PPGDir./UFRGS*, éd. spéc., II, n° IV, juin 2004, p. 354.

- « O exercício jurídico disfuncional e os contratos interempresariais », *Rev. do advogado*, mars 2008, n° 96, p. 50.

- « O novo Código civil brasileiro : em busca da 'ética da situação' », in *Cadernos do PPGDir./UFRGS*, éd. spéc., II, n° IV, juin 2004, p. 603.

CRÉDOT, Francis J. « L'octroi de crédits et l'obligation de conseil du banquier », Rev. dr. et patr., jan 1994, p. 34.

DELEBECQUE, Philippe. « L'information du consommateur dans le domaine du crédit immobilier – Rapport de Synthèse », LPA 29 juin 1999, n° 128.

- « Les incidences de la loi du 31 décembre 1989 sur le cautionnement », D. 1990, chr. p. 255, n° 14.

DUPEYRON, Henry. « L'action collective », D. 1952, Chr. p. 155.

DURANTON, Guy. « Crédit-bail immobilier », Rép. immo. Dalloz, 2000, n° 7, p. 3.

EDELMAN, Bernard. « De la liberté et de la violence économique », D. 2001, chr., p. 2315.

EMY, Philippe. « Les deux visages de la capitalisation des intérêts », RTD com. 2006, p. 549.

FADLALLAH, Ibrahim et BAUDE-TEXIDOR, Christine. « L'office du juge en matière de crédit à la consommation : éloge de la neutralité judiciaire », D. 2003, p. 753, n° 13.

FADLALLAH, Ibrahim. « Point de départ du délai de forclusion biennal dans le cas d'une ouverture de crédit consentie sous forme de découvert en compte reconstituable », JCP E 2004, n° 32, p. 43.

FARIA, Werter. « Harmonização Legislativa no Mercosul », Assoc. Bras. de Estudos da Integração, v. 8, 1995, p. 66

- « O impasse do Mercosul », Rev. Info. Legis., n° 155, juill./sept. 2002, p. 29.

FINATTI, Mauro A. M. « A difícil implementação do Direito do Consumidor do Mercosul : Balanço e Prognósticos », Rev. dir. consum. n° 20, oct.-déc. 1996, p. 138.

FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte. « Le changement de circonstances », RDC 2004, p. 67.

FIÚZA, César. « A principiologia contratual e a função social dos contratos », Rev. Ciência Jurídica, jan-févr. 2008, 139, p. 276

FLORES, Philippe. « La procédure de rétablissement personnel : un nouveau défi pour le juge de l'exécution », Contrats, conc., consom. 2005, étude n° 4

FLORES, Philippe et BIARDEAUD, Gérard. « L'office du juge et le crédit à la consommation », D. 2009, p. 2227.

- « Forclusion de l'action en paiement du solde d'une ouverture de crédit : la rébellion du juge de renvoi », LPA 15 mars 2002, n° 54, p. 15.
- « L'office du juge et le crédit à la consommation », D. 2009, p. 2227.
- « La protection de l'emprunteur : une notion menacée », D. 2001, p. 191.

FRONTINI, Paulo Salvador. « Lesão contratual e abuso do poder econômico », *Justitia*, 76, 1972, p. 90.

GAUTIER, Stéphane. « Crédit permanent : martyr des juges du fond », LPA 17 oct. 2005, n° 206, p. 3.

GAVALDA, Christian. « L'information et la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit », Dalloz 1978, chron. p. 191.

- « La protection de l'emprunteur en matière de crédit immobilier », D. 1978, chr. p. 213.

GHESTIN, Jacques. « L'utile et le juste dans les contrats », D. 1982, chr. p. 1.

GLENN, H. Patrick. « À propos de la maxime 'nul ne plaide par procureur' », RTD civ. 1988, p. 63.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. « Alienação Fiduciária de Coisa Imóvel », ADV : seleções jurídicas, sept. 2001, p. 26.

GOMES, Orlando. « Distinção entre lesão e usura », Rev. Forense, nº 137, sept. 1951, p. 42.

GOURIO, Alain. « L'information du consommateur dans le domaine du crédit immobilier : questions d'actualité », LPA, 29 juin 1999, nº 128.

- « La Directive européenne du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs », JCP E 2008, 2047.
- « La réforme du crédit à la consommation », JCP E 2010, 1675
- « La responsabilité civile du prêteur au titre de l'octroi d'un crédit à un particulier », Rev. dr. banc. et fin. 2001, p. 56.

GOUT, Olivier. « L'éviction du juge dans la mise en œuvre des règles de protection d'un intérêt particulier », D. 2003, jur. p. 551.

- « L'accès au droit des consommateurs », LPA 30 mai 2008, nº 109, p. 25 ; « Un nouveau souffle en matière de soulevé d'office de la nullité par le juge », JCP 2009, act. p. 13.
- « La capitalisation des intérêts : éclairage sur un mécanisme réputé obscur », Rev. droit et patrimoine, nº 88, déc. 2000, p. 26

GRUA, François. « La responsabilité civile de celui qui fournit le moyen de causer un dommage », RTD civ. 1994, p. 1.

GUINCHARD, Serge. « Une *class action* à la française », D. 2005, p. 2180

HIRIGOYEN, Gérard. « Quelques réflexions sur le lien entre l'éthique et la finance », LPA, 5 oct. 1994, nº 119

HOUTCIEFF, Dimitri. « La perte d'une chance de ne pas cautionner ou l'indemnisation du hasard et des coïncidences », D. 2009, p. 2972.

HUGON, Christine. « L'approche théorique de la procédure de rétablissement personnel », Contrats, conc., consom. 2005, nº 10.

HUSSET, Yves. « Du TEG au TAEG : la situation après les décrets du 10 juin 2002 », JCP E 2002, étude nº 1506.

JAMIN, Christophe. « Révision et intangibilité du contrat, ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil », Rev. dr. et patr., mars 1998, nº 58, p. 51

JOURDAIN, Patrice. « L'obligation de se renseigner », D. 1983, chr. p. 139

KHAYAT, Danielle. « Prévention et fichier relatif à l'endettement », LPA 10 avril 2003, nº 72, p. 30.

KILBORN, Jason. « La responsabilization de l'économie : what the U.S. can learn from the new french law on consumer overindebtedness », Michigan Journal of International Law, nº 26, 2005.

LABARRÈRE, Maria de Fátima Freitas. « Evolução dos sistemas de reajuste das prestações dos mútuos habitacionais no âmbito do sistema financeiro da habitação – SFH », Rev. TRF 4ª região, nº 38, 2000, p. 177.

LAGARDE, Xavier. « Forclusion biennale et crédit à la consommation – La réforme de l'article L. 311-37 du Code de la consommation », JCP E 2002, nº 1116, p. 1230

- « Licéité de la clause de variation du taux de l'intérêt ? », D. 2004, 2702.
- « Observations critiques sur la renaissance du formalisme », JCP 1999, I, 170
- « Office du juge et ordre public de protection », JCP G 2001, I, nº 312, p. 745

- « Analyse prospective et comparatiste de la loi sur le rétablissement personnel », Rev. dr. banc. et fin. sept.-oct. 2006, p. 55
- LASSERRE CAPDEVILLE, Jérôme. « Le prêt usuraire », Rev. Lamy dr. des affaires 2008, n° 31.
- LAITHIER, Yves-Marie. « Remarques sur les conditions de la violence économique », LPA 22 no 2004, n° 233, p. 6.
- LE TOURNEAU, Philippe. « De l'allègement de l'obligation de renseignements ou de conseil », D. 1990, chr. p. 101.
- « Les professionnels ont-ils du cœur ? », D. 1990, Chr. p. 21.
- LEGEAIS, Dominique. « Principe de proportionnalité : le cas du crédit avec constitution de garantie », LPA 30 sept. 1998, n° 117, p. 38.
- LEONARDO, Rodrigo Xavier. « A teoria das redes contratuais e a função social dos contratos: reflexões a partir de uma recente decisão do Superior Tribunal de Justiça », RT 2005, 832, p. 100.
- LEPLAT, Frédéric. « De l'inégalité entre les débiteurs surendettés », Rev. dr. banc. et fin. sept.-oct. 2006, n° 13, p. 60.
- LIMA, Clarissa Costa de. « O Mercosul e o desafio do superendividamento », Rev. dir. cons. n° 73, jan-mars 2010, p. 32.
- LIMA, Frederico Henrique Viegas de. « Da Alienação Fiduciária em garantia de bens imóveis », Re dir. imobiliário, n° 44, mai-août 1998, p. 7.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. « Princípios dos contratos e mudanças sociais », Rev. Jurídica, 2005, n° 329, p. 9 ;
- « Princípios sociais dos contratos no Código de defesa do consumidor e no novo Código civil », Rev. dir. cons. avr.-juin 2005, n° 42, p. 190.
- LOKIEC, Pascal. « Clauses abusives et crédit à la consommation », Rev. dr. banc. et fin., mai-juin 2004, p. 221.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. « Crédito ao Consumidor e Superendividamento – uma Problemática Geral », Rev. dir. cons. 17, p. 57.
- MAGNIER, Véronique. « Les sanctions du formalisme informatif », JCP 2004, I, 106.
- MAINGUY, Daniel. « À propos de l'introduction de la *class action* en droit français », D. 2005, p. 1282.
- MESTRE, Jacques. Rapport de synthèse (hétérodoxe) sur la question de l'intangibilité du contrat », Re dr. et patr., mars 1998, n° 58, p. 78.
- MARQUES, Cláudia Lima. « Regulamento comum de defesa do consumidor do Mercosul – Primeiras observações sobre o Mercosul como legislador da proteção do consumidor », Rev. dr. consum., RT, n° 23-24, 1997, p. 80.
- « Mercosul como legislador em matéria de direito do consumidor – crítica ao projeto de protocolo de defesa do consumidor », Rev. dr. cons., n° 26, 1998, p. 53.
 - « Direitos do consumidor no Mercosul: algumas sugestões frente ao impasse », Rev. dr. cons. n° 32, 1999, p. 16.
 - « Contratos de crédito na legislação brasileira de proteção ao consumidor », Rev. dir. consum. n° 17, p. 36.
- MARQUES, Cláudia Lima, LIMA, Clarissa Costa de et BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. « Anteprojeto de Lei dispendo sobre a prevenção e o tratamento das situações de superendividamento de consumidores pessoas físicas de boa-fé », Rev. dir. consum. n° 73, jan-mars 2010, p. 345.

MARQUES, Cláudia Lima et DELALOYE, María Laura. « La propuesta 'Buenos Aires' de Brasil, Argentina y Paraguay : el más reciente avance en el marco de la CIDIP VI de protección de los consumidores », *Re dr. consum.* n° 73, jan-mars 2010, p. 224.

MARTIN, Didier R. « De la renégociation du prêt ou le syndrome d'Édouard », *Rev. dr. banc. et bourse* 1999, n°74, p. 108

MAZEAUD, Denis. « L'attraction du droit de la consommation, *RTD com.* 1998, p. 111.

- « L'endettement des acquéreurs », *Re dr. imm. oct.-déc.* 1995, n° 61, p. 664.
- « La condition suspensive d'obtention d'un prêt immobilier à l'épreuve de la jurisprudence : vers un juste équilibre », *JCP N* 1993, n° 5, p. 346.
- « La cour de cassation poursuit son œuvre de dissuasion contractuelle en matière de droit de la consommation », *Defrénois* 1995, n° 22, p. 1416.
- « La forme, sœur jumelle de la liberté ou ennemie jurée de la sécurité », *D.* 1998, somm. p. 110
- « La Révision du Contrat », *LPA* 30 juin 2005, n°129, p. 4

MEKKI, Mustapha. « La singularité du devoir de mise en garde du banquier dispensateur de crédit », *Re dr. banc. et fin.* 2007, n° 6, dossier 27

MIRAGEM, Bruno. « Diretrizes interpretativas da função social do contrato », *Rev. dir. cons.* 2005, n° 56, p. 45.

- « Nulidade das cláusulas abusivas nos contratos de consumo : entre o passado e o futuro do do direito do consumidor brasileiro », *Rev. dir. cons.* n° 72, 2009, p. 77.

MIRBEAU-GAUVIN, Jean-Régis. « Le remboursement anticipé du prêt en droit français », *D.* 1993, chr. p. 47.

MOLFESSIS, Nicolas. « Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat », *LPA* 30 sept. 1998, n° 117, p. 21.

MOLIÈRE. Préface à « *Le Tartuffe* », Librairie Hachette, 1935.

MONACHON-DUCHÊNE, Nicolas. « Forclusion de l'action en paiement du prêteur et office du juge », *JCP* 2009, II, 10036.

MUIR WATT, Horatia. « Régulation de l'économie globale et l'émergence de compétences déléguées : sur le droit international privé des actions de groupe – À propos de l'affaire *Vivendi Universal* », *Revue critique de droit international privé* 2008, p. 581.

PAISANT, Gilles. « À la recherche du consommateur – Pour en finir avec l'actuelle confusion née de l'application du critère du 'rapport direct' », *JCP* 2003, I, 121.

- « Dix ans d'application de la réforme des articles 1152 et 1231 du code civil relative à la clause pénale », *RTD civ.* 1985, p. 647.
- « Essai sur la notion de consommateur en droit positif », *JCP* 1993, I, 3655.
- « La loi du 31 décembre 1989 relative au surendettement des ménages », *JCP* 1990, I, 3457.
- « La loi du 6 janvier 1988 sur les opérations de vente à distance et télé-achat », *JCP* 1988, I, n° 3350.
- « La réforme de la procédure de traitement du surendettement par la loi du 1er août 2003 sur la ville et la rénovation urbaine », *RTD com.* 2003, p. 671.
- « La réforme du délai de grâce par la loi du 9 juillet 1991 relative aux procédures civiles d'exécution », *Contrats, conc., consom.*, 1991, chr. 3, p. 3.
- « Le Code de la consommation et l'avant-projet de réforme du droit des obligations – Quelle influence et quelle harmonisation ? », *JCP* 2006, act. jur. p. 429.

- « Le projet de loi de transposition de la directive du 23 avril 2008 sur le crédit à la consommation et l'annonce d'une nouvelle réforme des procédures de traitement du surendettement », RTD com. 2009, p. 631
- « Les nouveaux aspects de la lutte contre les clauses abusives », D. 1988, chr. p. 257.
- « Prévention du surendettement et responsabilité dans l'octroi du crédit », LPA 10 avr. 2003, n° 72, p. 37.
- « Proposition de directive relative aux droits des consommateurs », JCP 2009, I, 118.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. « Esboçando uma teoria geral dos contratos », Rev. IOB, jan-févr. 2008, n° 51, p. 13.

PENALVA SANTOS, J. A. « Leasing », Revista Forense, n° 250, 1975, p. 47

PICOD, Yves. « L'action de groupe : l'âge d'or des implants ou modèle français ? », D. 2006, p. 2865

- « Le charme discret de la class action », D. 2005, p. 657.

PIEDELIEVRE, Stéphane. « Crédit à la consommation : le point de départ du délai de forclusion de l'article L. 311-37 », Gaz. Palais 13 déc. 2003, p. 6.

PIEDELIEVRE, Stéphane. « La directive du 23 avril 2008 sur le crédit aux consommateurs », D. 2008, p. 2614.

- « La responsabilité liée à une opération de crédit », Rev. dr. et patrimoine, jan 2001, n° 89, p. 63.
- « Remarques sur la charte relative aux conventions de dépôt », RTD com. 2003, p. 471

RAYMOND, Guy. « Analyse critique du projet de loi portant réforme du crédit à la consommation », Contrtas, conc., consom., 2009, étude n° 6.

- « La protection du consommateur dans les opérations de crédit », Gazette du Palais 1978, légis., 9 novembre 1978.
- « Premières approches sur la directive n°2008/48/CE », JCP 2008, I, 215.

ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. « Crédito habitacional como instrumento de acesso à moradia », Rev. dir. consum., n° 36, 2000, p. 181.

ROCHE-DAHAN, Jannick. « Le domaine d'application des lois Scrivener », RTD com. 1996, p. 19.

ROUBACH, Michel. « La loi du 10 janvier 1978 relative à l'information et à la protection des consommateur dans le domaine de certaines opérations de crédit », Gaz. Pal. 1978, 20 juillet 1978, p. 385.

ROUTIER, Richard. « Tolérance du prêteur : gare à la forclusion ! », Lexbase Hebdo Affaires 2005, n° 165.

SANTOS, Boaventura de Sousa. « Introdução à sociologia da administração da justiça », Rev. crítica de ciências sociais, n° 21, 1986, p. 22.

SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. « A regulamentação da alienação fiduciária de imóveis em garantia », Rev. dir. bancário e do mercado de capitais, n° 4, jan-avr. 1999, p. 28.

SAUPHANOR-BROUILLAUD, Natacha. « La notion de surendettement », LPA 10 avr. 2003, n° 72, p. 7

SCHOLASTIQUE, Estelle. « Les devoirs du banquier dispensateur de crédit au consommateur », Defrénois 1996, n° 11, p. 689.

SAUTEL, Olivier. « Sur la déchéance en droit privé – contribution à la théorie de la permanence de la cause », D. 1999, p. 487.

SÉRIAUX, Alain. « Réflexions sur les délais de grâce », RTD civ. 1993, p. 790.

SILVA, Clóvis do Couto. « Exposição de motivos da parte geral do Anteprojeto de Código Civil de 1975 », Arquivos do Ministério da Justiça, préc., nº 131, juill.-sept. 1974, p. 171.

STOUFFLET, Jean. « De la responsabilité du dispensateur de crédit au devoir de mise en garde : histoire brève d'une construction jurisprudentielle », Rev. dr. banc. et fin. 2007, nº 6, p. 78.

- « L'ouverture de crédit peut-elle être source de responsabilité envers les tiers ? », JCP 1965, I, 1882.

TEMPLE, Henri. « 'Class action' et économie de marché », JCP 2005, act. nº 284, p. 992.

TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. « O procedimento de qualificação dos contratos e a dupla configuração do mútuo no direito civil brasileiro », Rev. Forense, nº 309, 1990, p. 51.

TESSLER, Marga Inge Barth. « Administração da justiça: inovações – o projeto conciliação no SFH do TRF-4ª Região », Rev. TRF 4ª Região, n. 58, 2005, p. 17,

THEODORO JÚNIOR, Humberto. « Lesão e Fraude contra credores no projeto de Código Civil », RT 89/771, p. 32

TRAJANO, Fábio de Souza. « A inconstitucionalidade da Súmula 381 do Superior Tribunal de Justiça », Rev. dir. cons. nº 73, 2010, p. 51.

VASSEUR, Michel. « Le droit des clauses monétaires et les enseignements de l'économie politique », RTD civ. 1952, p. 431. VASSEUR, Michel. « Échelle mobile », D. 1954, p. 1.

VERPEAUX, Michel. « L'action de groupe est-elle soluble dans la Constitution ? », D. 2007, p. 258.

VIGNEAU, Vincent. « Les travaux du comité de suivi de la loi du 1^{er} août 2003 », Rev. dr. banc. et fin., 2006, nº 22, p. 65.

VON BAR, Christian. « Le groupe d'études sur un code civil européen », Rev. int. dr. comp. 2001, 53, nº 1, p. 127.

WALD, Arnaldo. « A aplicação da teoria da imprevisão pelos árbitros nos litígios decorrentes de contratos de construção », Rev. de arbitragem e mediação, avr.-juin 2008, nº 17, p. 24.

- « A correção monetária no direito privado brasileiro », Ajuris, v. 2, nº 4, juill. 1975, p. 24.
- « Alguns aspectos do regime jurídico do Sistema Financeiro Imobiliário e da lei 9514/1997 », Rev. dir. bancário e do mercado de capitais, nº 4, jan-avr. 1999, p. 13.
- « Da alienação fiduciária », Rev. dir. do Min. Público do Estado da Guanabara, nº 7, jan-avr. 1969, p. 44.
- « Histórico e desenvolvimento do leasing », Rev. dir. mercantil, nº 10, 1973, p. 31 ; « A Introdução do leasing no Brasil », RT nº 415, mai 1970, p. 9.
- « O contrato de arrendamento mercantil e o ISS », Rev. dir. bancário e do mercado de capitais, nº 29, 2005, p. 11.
- « O direito do consumidor e suas repercussões em relação às instituições financeiras », Rev. de informação legislativa, nº 111, 1991, p. 312.
- « Alguns aspectos do regime jurídico do Sistema Financeiro Imobiliário e da lei 9514/1997 », Rev. de direito bancário e do mercado de capitais, nº 4, jan-avr. 1999, p. 14,

WAMBIER, Luiz Rodrigues. « Busca e apreensão na alienação fiduciária », Rev. dir. bancário e do mercado de capitais, n° 4, jan.-avril 1999, p. 37.

ENCYCLOPÉDIES ET RÉPERTOIRES

BEY, El-Mokhtar. « Crédit-bail immobilier », Jurisdasseur Banque, crédit, bourse, 2000, n° 100.

GAVALDA, Christian et CRÉMIEUX-ISRAËL, Danièle. « Crédit-bail mobilier », Encyclopédie Jurisdasseur Banque, crédit, bourse, 2000.

SIMLER, Philippe. « Cautionnement », Juris-classeur civil 2007, fascicule n° 25.

GRUA, François. « Prêt de consommation ou prêt simple », Juris-Classeur civil, 2006.

MAZEAUD, Denis et PIEDELIÈVRE, Stéphane. « Crédit immobilier », Rép. civ. Dalloz, 2006, n° 6.

- « Lésion », Rép. civ. Dalloz, avr. 1994.

AMIÉL-DONAT, Jacqueline. « Contrat de consommation », Jurisdasseur conc. consom., fasc. n° 800, 1989.

PETEL-TEYSSIE, Isabelle. « Prêt à intérêt », Juris-Classeur civil, 2000.

PIMONT, Sébastien. « Clause pénale », Rép. civ. Dalloz, 2010, n° 28.

RAYMOND, Guy. « Crédit à la consommation », Jurisdasseur Conc. consom., fasc. n° 940, 15 mars 2003.

SCHÜTZ, Rose-Noëlle. « Crédit-bail », Rép. civ. Dalloz, 2007, n° 255, p. 55.

SIMLER, Philippe. « Cautionnement », fascicules n° 25 et 40, Juris-classeur civil 2007.

SOMMAIRE COMPLET

Table des abréviations.....	7
Sommaire.....	11
Introduction.....	13
PREMIÈRE PARTIE – L'OCTROI DU CRÉDIT.....	29
TITRE I – LA PROTECTION DU DEMANDEUR DU CRÉDIT.....	31
Chapitre I – Le domaine d'application des règles sur le crédit aux consommateurs..	33
Section 1 – Les acteurs concernés	33
§ 1 ^{er} – Le consommateur de crédit	33
A) Principe	34
B) La définition du « consommateur de crédit »	37
1) Le consommateur de crédit en France.....	38
a) La nouvelle définition du consommateur de crédit dans les opérations de crédit mobilier	39
b) La notion jurisprudentielle du consommateur de crédit en fonction du but de l'opération.....	40
I – Les opérations de crédit conclues avec les personnes morales	42
II – Les opérations de crédit conclues entre professionnels	45
2) Le consommateur au Brésil	51
§ 2 ^e – La caution du demandeur de crédit.....	62
A) Les règles spéciales de protection de la caution	63
1) Le cautionnement des crédits aux consommateurs	64
a) Un régime juridique commun au crédit et à son cautionnement.....	64
b) Un régime juridique spécifique pour le cautionnement.....	65
2) L'élargissement du champ d'application des règles sur la protection de la caution.....	65
a) Le cautionnement souscrit au bénéfice d'un créancier professionnel	66
b) La protection de la caution en matière de surendettement.....	66
B) La protection de la caution en l'absence de règles spécifiques.....	68
1) L'interprétation extensive de la notion de consommateur	68
2) D'une interprétation extensive à une protection autonome	69
§ 3 ^e – Le fournisseur de crédit.....	70
A) Le fournisseur de crédit en France.....	71
1) La personnalité du fournisseur de crédit	71
2) Le crédit comme activité habituelle	73

B) Le fournisseur de crédit au Brésil.....	74
1) Des fournisseurs agissant dans le marché de consommation de crédit	75
2) Des crédits fournis en contrepartie d'une rémunération	78
Section 2 – Les opérations de crédit.....	80
§ 1 ^{er} – La notion de crédit.....	81
§ 2 nd – Les opérations de crédit relevant du champ d'application des lois de protection	84
A) Le cadre réglementaire des opérations de crédit	84
1) Les opérations spécialement protégées	85
a) L'approche unitaire	85
b) L'approche sectorielle	85
I – Les opérations de crédit mobilier à la consommation.....	85
II – Les opérations de crédit immobilier	86
2) Les opérations exclues de la protection spéciale.....	88
a) Les exclusions légales	88
b) Les exclusions jurisprudentielles.....	90
I – Les prêts d'études subventionnés par l'État	90
II – Les opérations de crédit immobilier cautionnées par l'État (« FCVS »).....	91
B) Les principales pratiques de crédit aux consommateurs.....	92
1) Les crédits mobiliers à la consommation	92
a) Les financements sans transfert de propriété du bien ou du service financé	93
b) Les crédits obtenus à l'aide de cartes électroniques.....	96
2) Les crédits immobiliers	98
a) Les opérations soumises à une liberté encadrée.....	99
b) Les opérations de crédit relevant du secteur réglementé.....	100
I – Le crédit aidé réalisé par des règles ponctuelles de financement	101
II – Les opérations régies par le « Sistema Financeiro da Habitação » (SFH)	103
.....	103
Chapitre II – Les modalités de la protection.....	105
Section 1 – Les règles spéciales.....	105
§ 1 ^{er} – La protection précontractuelle	106
A) L'encadrement de la publicité	106
1) Le domaine d'application	107
2) Le régime juridique	108
a) Une réglementation contraignante	108
I – Les réglementations sectorielles	109
II – L'approche unitaire de la réglementation de la publicité.....	113

b) Les sanctions de la déloyauté de l'annonceur.....	114
B) Les pratiques commerciales.....	116
1) L'assainissement des pratiques commerciales.....	116
a) Les pratiques commerciales abusives et agressives.....	116
b) Les pratiques de crédit gratuit.....	119
2) La coopération lors des pourparlers.....	122
a) Le formalisme informatif.....	123
b) Les explications fournies au demandeur du crédit.....	130
§ 2 nd – La formation du contrat.....	134
A) L'offre de crédit.....	135
1) Le contenu de l'offre de crédit.....	135
a) La liberté tempérée par un certain formalisme protecteur.....	136
I – L'efficacité incertaine d'un formalisme allégé.....	136
II – L'opposabilité au consommateur des informations non fournies.....	138
b) Un formalisme protecteur modéré par la liberté des parties.....	139
I – L'offre de crédit mobilier à la consommation.....	140
II – L'offre de crédit immobilier.....	147
2) Les sanctions liées au formalisme informatif.....	149
a) Les sanctions classiques.....	149
b) La déchéance du droit aux intérêts.....	150
I – La nature de la sanction.....	150
II – Les modalités d'application.....	151
B) L'acceptation du crédit.....	154
1) Le consentement différé.....	156
2) Le consentement rétractable.....	158
a) Le champ d'application comparé du droit de rétractation.....	160
b) Le régime comparé du droit de rétractation.....	160
Section 2 – Les règles de droit commun.....	166
§ 1 ^{er} – La lésion.....	168
A) Conditions d'application.....	169
1) Concept.....	169
2) La lésion en droit positif.....	171
a) L'approche restrictive.....	171
b) L'approche extensive.....	172
I – Éléments objectifs.....	172
II – Éléments subjectifs.....	173

B) La sanction de la lésion.....	174
§ 2 nd – La Violence économique	177
A) Les éléments du vice de violence	177
1) Le vice de violence tel que conçu par le législateur.....	178
a) L'origine de la notion.....	178
b) Les éléments du dispositif légal	178
2) L'élargissement jurisprudentiel de la notion du vice de violence	179
a) La contrainte économique.....	180
b) Le caractère illégitime de la violence économique.....	181
B) La sanction de la violence économique	185
TITRE II – LE RÉGIME DU CRÉDIT CONSENTI.....	189
Chapitre I – Le lien d'interdépendance entre le crédit et le contrat dont il assure le financement.....	191
Section 1 – Le lien juridique existant lors de la demande du crédit.....	192
§ 1 ^{er} – L'interdépendance dans les opérations de crédit immobilier.....	192
A) Le contrat immobilier est subordonné au prêt.....	193
1) La définition jurisprudentielle de l'« obtention du prêt »	195
2) Les faiblesses de la position jurisprudentielle	196
B) Le prêt est subordonné au contrat immobilier	199
C) Le prêt immobilier est subordonné aux contrats conclus avec des tiers	200
§ 2 nd – L'interdépendance dans les opérations de crédit mobilier	200
A) La subordination du contrat principal au contrat de crédit.....	201
1) L'unité de l'opération commerciale	201
2) Le jeu de l'interdépendance.....	201
a) La protection en cas de non obtention du crédit	202
b) La survie du contrat principal malgré la disparition du crédit.....	203
B) La subordination du crédit au contrat principal.....	204
1) Le crédit subordonné à un contrat principal « rétractable »	204
2) L'affaiblissement du dispositif légal.....	205
Section 2) Le lien juridique existant lors de l'exécution du crédit	206
§ 1 ^{er} – Les opérations de crédit mobilier justifient un aménagement légal des risques.....	207
A) L'interdépendance voulue par la jurisprudence.....	207
1) L'interdépendance créée au détriment des impératifs du marché	207
2) L'interdépendance née du lien commercial entre les différents contrats de l'opération	210

a) La préférence exprimée pour la notion de groupes de contrats (« <i>contratos coligados</i> »)	211
I – La jurisprudence des juges du fond	212
II – La jurisprudence des juges du droit	212
b) L'impuissance d'une approche exclusivement jurisprudentielle	213
B) L'interdépendance instituée par le législateur	215
1) Le jeu de l'interdépendance dans les opérations de crédit mobilier	215
a) Un mécanisme applicable aussi longtemps que le consommateur demeure lié	215
b) Les faiblesses du mécanisme adopté	217
2) Le fondement juridique incertain du mécanisme institué.....	218
§ 2 nd – Le juge réaménage les risques de la pratique du crédit immobilier	219
A) L'influence de la consommation sur le lien entre prêt et vente immobilière....	219
1) Les divergences doctrinales sur l'opportunité d'un lien d'interdépendance...	220
a) L'incertitude quant à la subordination de la vente au prêt	220
b) L'opportunité d'un lien de subordination du prêt à la vente	221
2) La transposition jurisprudentielle d'un lien d'interdépendance	221
B) L'intérêt public justifie le lien entre prêt et vente immobilière	222
1) Les risques sont indûment transférés sur le chef du prêteur.....	223
2) La nécessité d'une distribution équitable des risques de l'opération.....	224
Chapitre II – Les limites à la liberté contractuelle.....	225
Section 1 – Les limites au coût du crédit.....	225
§ 1 ^{er} – L'usure.....	226
A) La régulation du coût du crédit intègre les pratiques du marché	227
1) L'étendue du dispositif sur l'usure	228
2) La mise en œuvre du dispositif sur l'usure.....	231
a) Les méthodes divergentes de calcul du taux d'usure.....	232
b) Sanctions.....	234
B) Le coût du crédit est le fait du marché sous le contrôle du juge	235
1) L'élimination progressive des réglementations sur l'usure	235
2) L'attitude du juge dans un contexte de liberté financière	237
§ 2 nd – L'anatocisme.....	240
A) L'anatocisme réglementé	242
B) L'anatocisme librement stipulé	244
Section 2 – Les autres aménagements de l'économie du contrat de crédit	246
§ 1 ^{er} – Le droit au remboursement anticipé	247
A) L'approche sectorielle du droit à l'anticipation des remboursements	248

1) Les modalités de remboursement anticipé dans les opérations de crédit immobilier	249
2) Les modalités de remboursement anticipé dans les opérations de crédit mobilier	251
B) L'approche générale du droit à l'anticipation des remboursements	252
1) Le remboursement anticipé à titre onéreux	253
2) Le remboursement anticipé à titre gratuit	254
§ 2 nd – Les clauses abusives dans les contrats de crédit.....	254
A) L'identification des clauses abusives	257
1) La définition légale de clause abusive	257
2) La sanction des clauses abusives	262
B) Les autorités chargées de la lutte contre les clauses abusives.....	263
1) Le rôle du pouvoir réglementaire	264
2) Le rôle du juge	266
SECONDE PARTIE – LES DIFFICULTÉS DE REMBOURSEMENT DU CRÉDIT	269
TITRE I – LA PROTECTION PAR LES LOIS CONSOMÉRISTES	271
Chapitre I – Les droits accordés au consommateur de crédit en difficulté.....	273
Section 1 – Le cas du consommateur de crédit non surendetté	275
§ 1 ^{er} – Les délais de grâce	275
A) Le concept de « grâce ».....	275
B) Le régime des délais de grâce	277
1) Les critères généraux	277
2) Le régime spécial.....	279
§ 2 nd – Les mesures d'allègement des obligations du consommateur	280
A) L'allègement de l'obligation de rembourser le crédit obtenu	280
1) La suspension du cours des intérêts	280
2) La promotion de l'équilibre dans les relations de crédit	282
a) Le défaut d'équilibre permet la réduction de la dette du consommateur.....	283
I – Les prestations des parties sont disproportionnées.....	283
II – Les prestations des parties deviennent disproportionnées.....	294
b) Le défaut d'équilibre entraîne l'anéantissement de l'engagement de la caution	301
I – Le constat du déséquilibre.....	302
II – La sanction du déséquilibre	306
B) L'allègement des sanctions de l'inexécution des obligations du consommateur	308
1) Le plafonnement des indemnités	309

a) Le contrôle par voie législative	310
I – Le régime de l’inexécution en matière de crédit à la consommation.....	310
II – Le régime de l’inexécution en matière de crédit immobilier	312
b) Le contrôle par voie jurisprudentielle	312
I – La pratique des sanctions de l’inexécution contractuelle	313
II – La solution jurisprudentielle	314
2) Le régime juridique de la reprise du bien financé.....	326
a) Le régime fondé sur la résiliation du contrat de crédit	328
I) Le régime de la défaillance suit l’évolution de la valeur du bien	328
II) Le régime de répartition des risques découlant de la défaillance dans le <i>leasing</i> mobilier	330
b) Le régime fondé sur la résolution du contrat de crédit.....	333
Section 2 – Le cas du consommateur de crédit surendetté.....	341
§ 1 ^{er} – Les mesures de traitement d’origine législative	345
A) La notion de surendettement.....	346
1) Le surendettement remédiable	347
a) Le consommateur de crédit présentant une situation de surendettement remédiable.....	347
I – Un débiteur de bonne foi.....	348
II – La protection de la caution de l’emprunteur surendetté	350
b) L’état de surendettement.....	352
I – L’état de surendettement classique	352
II – La situation d’insolvabilité	354
2) La situation irrémédiablement compromise.....	355
B) Les mesures de traitement collectif de la situation du consommateur surendetté	356
1) Les mesures organisées sous l’égide de la commission de surendettement des particuliers.....	356
a) Les mesures décidées par la commission.....	358
b) Les mesures recommandées par la commission	360
2) Les mesures décidées par le juge de l’exécution.....	363
§ 2 nd – Les mesures de traitement d’origine parajudiciaire	367
A) L’exemple du juge	368
B) Vers l’adoption de mesures législatives	373
Chapitre II – La mise en œuvre des droits accordés au consommateur endetté	381
Section 1 – L’exercice des droits individuels du consommateur de crédit.....	382
§ 1 ^{er} – La restructuration des organes chargés de la résolution des litiges	383

A) L'accès du consommateur de crédit à des organes juridictionnels adaptés ..	383
1) Le juge « naturel » des opérations de crédit à la consommation	384
a) Le « juzgado especial cível »	384
b) Le tribunal d'instance	390
2) Le juge des litiges transfrontaliers en matière de crédit.....	393
a) Les règles de droit international privé de l'Union européenne	393
b) Les règles de droit international privé au Marché Commun du Sud (Mercosul)	394
B) Les modes alternatifs de résolution des litiges.....	399
1) Les procédures françaises de médiation	400
a) Les procédures de médiation pour les litiges transfrontaliers	400
b) Les procédures de médiation pour les litiges de droit interne	400
2) Les procédures brésiliennes de médiation	401
§ 2 nd – Le rééquilibrage des positions des parties en conflit	403
A) Les restrictions apportées au droit de poursuite du fournisseur de crédit	403
1) L'objet de la forclusion	406
2) Le point de départ du délai de forclusion	408
a) La forclusion et les prêts classiques	408
b) La forclusion et les découverts en compte	410
B) La participation du juge au rééquilibrage de la situation des parties au procès	416
1) Le relevé d'office.....	416
a) L'office du juge, mesure d'effectivité des textes d'intérêt général	417
b) L'office du juge, mesure de protection des seuls consommateurs avisés... ..	426
2) Le renversement du fardeau de la preuve	435
Section 2 – La protection des intérêts collectifs des consommateurs de crédit	439
§ 1 ^{er} – La promotion des intérêts collectifs des consommateurs.....	440
A) Les agents légitimés à défendre en justice les intérêts collectifs des consommateurs	443
1) La défense des consommateurs de crédit par les associations représentatives	444
a) La tradition associative, signe de solidité des groupements privés assurant la protection	444
b) La démocratie politique au service de l'action associative de défense du consommateur	446
2) Le rôle des organismes publics dans la défense des consommateurs de crédit	447
a) Les organes administratifs de protection	447

b) Le rôle du ministère public.....	449
B) Les modalités de la protection des intérêts collectifs des consommateurs de crédit	452
1) La répression des agissements illicites commis par les fournisseurs de crédit	452
a) La cessation des pratiques de crédit illicites.....	453
I – L’unification des techniques de cessation de l’illicite.....	453
II – La superposition des techniques de cessation de l’illicite	454
b) Les modes de réparation des dommages causés à l’intérêt collectif des consommateurs	456
I) L’indemnisation au profit de l’association incarnant l’intérêt collectif des consommateurs	457
II) Le fonds de protection des intérêts collectifs (« fluid recovery »)	458
2) La suppression des clauses abusives insérées dans les contrats de crédit..	459
a) L’atteinte potentielle, fondement suffisant de l’élimination collective des clauses abusives	460
b) L’atteinte présente, élément nécessaire de l’élimination collective des clauses abusives	461
§ 2 nd – Des « class actions » aux actions de groupe	463
A) Les actions de groupe au service des intérêts du marché	464
1) L’action de groupe « à la française » <i>de lege lata</i>	466
a) Les restrictions apportées à la mise en œuvre de l’« action en représentation conjointe »	466
b) Les critiques du mécanisme mis en place par le législateur.....	467
2) Une action de groupe « à la française » <i>de lege ferenda</i>	468
a) Le champ d’application de la nouvelle action de groupe	468
b) Les conditions de mise en œuvre de la nouvelle action de groupe	469
B) Les actions de groupe au service de l’efficacité du droit de la consommation	471
1) Le régime juridique des actions collectives d’intérêts individuels homogènes	471
a) Une procédure novatrice	472
b) Un élargissement nécessaire des effets de la chose jugée.....	472
2) La défense des intérêts individuels homogènes des consommateurs de crédit	473
a) La pratique des actions de groupe dans les opérations de crédit.....	473
b) L’efficacité, l’opportunité et l’avenir des actions de groupe dans les opérations de crédit.....	475
TITRE II – L’APPUI DU DROIT COMMUN À LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR DE CRÉDIT .	477
CHAPITRE I – LA RESPONSABILITÉ CIVILE DES PROFESSIONNELS DU CRÉDIT.....	479

Section 1 – Le traitement abusif de données à caractère personnel	479
§ 1 ^{er} – L'échange d'informations contribuant à la formation de l'« opinion de la place »	480
A) Les fichiers négatifs	480
1) La liberté de concurrence	480
2) L'apanage de l'État	481
B) Les fichiers positifs.....	482
§ 2 nd – Les limites opposées à la liberté de traitement de données sur autrui	484
A) L'encadrement légal des organismes de traitement de données personnelles	484
1) Le choix d'un encadrement strict	484
2) Le choix d'une réglementation minimale.....	485
a) La vigilance des professionnels quant à la qualité de l'information traitée ..	486
b) Le devoir de communication sur l'atteinte potentielle à la réputation du consommateur	486
B) La mise en œuvre de la responsabilité civile des fichiers de traitement d'informations	487
1) La réparation d'un préjudice causé par la diffusion d'informations illégitimes.....	487
a) L'inscription abusive dans le FICP	487
b) L'inscription abusive dans les « fichiers de protection du crédit »	488
2) La réparation d'un préjudice causé par un défaut de communication.....	489
a) Les conditions de mise en œuvre de la responsabilité pour défaut de notification	489
b) Les incertitudes quant au mode de fixation de la réparation	491
Section 2 – L'octroi d'un crédit ruineux	493
§1 ^{er} – Les devoirs professionnels du fournisseur de crédit à l'égard du consommateur	497
A) L'information, la mise en garde et le conseil du fournisseur de crédit.....	498
1) Du devoir de conseil au devoir d'« éclairer »	499
a) Le conseil lors de l'adhésion à un contrat d'assurance accessoire au crédit	500
b) Le conseil lors d'une opération de crédit.....	501
2) Le devoir de mise en garde	502
a) La vérification de la capacité financière du consommateur.....	503
b) L'analyse des dangers de l'opération pour le consommateur	504
B) La question de la cohérence des fondements jurisprudentiels en matière de crédit ruineux	506
1) La justification du devoir de conseil	506
2) L'artifice créé par la « doctrine » du devoir de mise en garde	507

a) L’embarras de l’exécution de la mise en garde en cas de crédit ruineux	508
b) Le bien-fondé de la technique de la responsabilité civile	510
I – La justification du chef de responsabilité	510
II – La cohérence de la technique utilisée.....	511
§ 2 nd – Les conditions de mise en œuvre de la responsabilité pour crédit ruineux	512
A) La condition spéciale tenant à la qualité de la victime.....	512
1) La victime d’un manquement au devoir de conseil.....	513
2) La victime d’un manquement au devoir de mise en garde	514
B) Les conditions classiques de la responsabilité civile	517
1) Un crédit excessif cause un préjudice au consommateur	517
a) La causalité dommageable.....	517
I – Le comportement du créancier	517
II – Le comportement du consommateur	518
b) Le préjudice subi par le consommateur.....	518
I – L’évaluation classique du préjudice	519
II – La perte d’une chance	520
2) Le rôle du juge dans la réparation du préjudice	523
a) Le juge et la mise en jeu de la responsabilité civile.....	523
b) L’attraction judiciaire du droit de la consommation.....	525
Chapitre II – La correction des excès contractuels	531
Section 1 – Le contrôle du contenu du contrat.....	531
§ 1 ^{er} – La réduction des clauses pénales excessives.....	531
A) La clause pénale et la réglementation de l’excès.....	532
1) L’élimination de l’excès en situation de certitude	533
2) L’élimination de l’excès en situation d’incertitude.....	535
B) La clause pénale excessive en l’absence de réglementation.....	535
1) Les « commissions de permanence » dans les opérations à remboursements échelonnés.....	536
2) Les « commissions de permanence » dans les opérations à remboursement unique	537
§ 2 nd – La révision judiciaire pour imprévision	539
A) La notion d’imprévision.....	539
1) L’évolution de la théorie de l’imprévision.....	540
2) Les conditions de mise en œuvre de l’imprévision.....	542
a) Les contrats concernés	542
b) Les caractéristiques de l’événement perturbateur.....	543
B) Les remèdes juridiques	544

1) Les pouvoirs du juge.....	544
a) L'extinction prématurée du contrat.....	544
b) L'adaptation du contrat aux nouvelles circonstances.....	545
2) L'efficacité des remèdes à l'imprévision dans l'intérêt du consommateur.....	546
Section 2 – Le contrôle du comportement des parties.....	547
§ 1 ^{er} – Le recours à la bonne foi contractuelle.....	547
A) Le devoir de renégociation.....	549
1) Un comportement souhaitable.....	550
2) Un comportement obligatoire.....	550
B) Le devoir de tolérance au regard de la prérogative de résiliation du contrat..	552
1) La résiliation du contrat en l'absence d'une clause expresse.....	553
2) La résiliation du contrat en présence d'une clause jouant de plein droit.....	553
a) Le comportement du créancier, fondement d'éviction de la résiliation.....	554
b) L'« exécution substantielle », raison d'être de la tolérance du créancier....	555
§ 2 nd – La fonction sociale du contrat.....	557
A) La nouveauté du principe.....	557
B) La fonction sociale du crédit aux consommateurs.....	558
BIBLIOGRAPHIE.....	565

RESUME

Le crédit représente, à la fois, un élément puissant de la croissance économique et un danger pour les consommateurs. Ces dernières années, la politique économique menée par les autorités monétaires, tant au Brésil qu'en France, a causé un effet de levier des secteurs du crédit à la consommation et du crédit immobilier. Alors que la France a organisé un système de protection spécifique des consommateurs dans ces domaines, le Brésil s'est contenté de l'adoption d'un Code général de protection des consommateurs, s'inspirant de la législation française. Dès lors, la comparaison entre ces deux systèmes se révèle une excellente opportunité d'échanges scientifiques dans le domaine du droit.

La recherche est centrée sur les instruments juridiques mis en place dans les ordres juridiques concernés pour la protection des consommateurs de crédit. Ceux-ci sont suivis dans leur parcours naturel dans ce type d'opérations, à savoir, d'abord, lors de leur accès au crédit, ensuite lors de l'exécution de leurs obligations contractuelles. L'organisation du processus contractuel, dès avant la conclusion du contrat, se destine à garantir, d'une part, que le consommateur manifeste un consentement éclairé et réfléchi et, d'autre part, que la relation de crédit alors formée puisse se dérouler de manière équilibrée (première partie). L'approche préventive du droit de la consommation est, ensuite, complétée par certains instruments mis en place pour promouvoir le désendettement du consommateur qui rencontre des difficultés pour rembourser son crédit. L'interaction entre les différentes sources du droit révèle les avantages d'une approche complémentaire (seconde partie). Au-delà de l'analyse des techniques du droit national mises en place dans un objectif de protection, la comparaison juridique révèle les différentes approches par lesquelles le législateur et le juge organisent, au Brésil et en France, cette protection. Partant de l'analyse de contextes socio-économiques très différents, elle permet de mieux comprendre le besoin de protéger le consommateur dans les opérations de crédit. Les résultats de la recherche sont enrichissants et peuvent être fructueux, à condition que le juriste, faisant preuve d'ouverture, accepte de jeter un regard sur des idées venues d'ailleurs.

Mots clés

protection des consommateurs – opérations de crédit – droit comparé – droit brésilien – crédit responsable – surendettement

SUMMARY

Credit represents not only a powerful tool serving economic growth, but also a potential danger to consumers. "Consumer protection in credit transactions - Comparative study of French Brazilian law" is an attempt to investigate the depth and the effects of a recent movement in the context of financial markets : the economic policy driven by monetary authorities has boosted credit grants targeting consumers, as well as housing credit during the past few years. France has adopted strict consumer credit regulation, whereas the Brazilian consumer code has been widely inspired by the latter. A comparative study between French and Brazilian legal systems ought to be a great opportunity for scientific and experience exchanges.

This research concerns the legal instruments provided for by the systems herein compared, related to the protection of consumers of credit. The latter are followed on their proceedings towards credit granting, which are, firstly, their attempts to have access to credit, secondly, contract performance. The regulation of the contractual *processus*, even before the grant, targets not only information disclosure and a necessary cooling off period, but also an equilibrate organisation of the contract (part one). This preventive approach of consumer legal protection is completed by the use of certain techniques, adopted in order to lower the level of indebtedness of consumers unable to carry out contract performance. Different sources of law then interact, revealing the advantages of a complementary approach (part two). Beyond the analysis of the techniques adopted by each national legal system, this comparative research presents the different solutions undertaken both by law makers and judges in order to organise, in Brazil and in France, consumer credit protection. It promotes better understanding of the need for adopting such a protection. The results are enriching and they can be fruitful, as long as jurists show interest for ideas coming from other systems.

Key words

Consumer protection – credit contracts – comparative law – brazilian law – responsible credit - overindebtedness