

# Crédits immobiliers indexés sur la parité euro/franc suisse

## LES CLAUSES D'INDEXATION MONÉTAIRE DANS LES CONTRATS DE PRÊT ACCORDÉS PAR UN ÉTABLISSEMENT BANCAIRE : UNE VALIDITÉ DISCUTÉE



**NICOLAS GUERRERO**

Avocat à la Cour

Maître de conférences IEP de Paris

Chargé d'enseignement Université Panthéon-Sorbonne Paris I

Les crédits immobiliers indexés sur la parité euro/franc suisse accordés par la banque BNP Paribas SA entre mars 2008 et décembre 2009 ont fait l'objet de controverses portant sur la légalité des clauses d'indexation monétaire dans les prêts consentis par un établissement bancaire à un consommateur ou à un non-professionnel.

Établie dans le cadre de la « Charte de bonne conduite entre les établissements bancaires et les collectivités locales » signée le 7 décembre 2009, la classification dite « Gissler » – ainsi dénommée par référence à M. Éric Gissler, inspecteur général des finances, qui a coordonné l'élaboration de la Charte précitée – permet d'exprimer le degré de complexité des produits structurés accordés par les établissements bancaires aux collectivités locales<sup>1</sup>. Cette classification entend favoriser une meilleure compréhension par les collectivités locales des produits qui leur sont proposés. La circulaire du 25 juin 2010 relative aux produits financiers offerts aux collectivités territoriales et à leurs établissements publics locaux insère une catégorie « hors Charte » (F6) qui regroupe les produits déconseillés par la Charte que les établissements signataires se sont engagés à ne plus commercialiser.

En vertu de la circulaire du 25 juin 2010 précitée<sup>2</sup>, les contrats de crédit immobilier indexés sur la parité euro/franc suisse se classent « hors Charte ». Nul doute que le contentieux opposant emprunteurs et établissements de crédit auquel ces contrats, originellement présentés comme des produits

dépourvus de risques et dotés d'une forte rentabilité, ont donné lieu, fera date.

Dans le cadre d'opérations de défiscalisation immobilière telles que les dispositifs Scellier ou Robien, l'établissement bancaire BNP Paribas a proposé un produit dénommé « Helvet-Immo », qui a été vendu massivement par des intermédiaires en opérations bancaires. Le mécanisme a été calqué sur celui des emprunts structurés accordés aux collectivités locales. Le mécanisme du produit « Helvet-Immo » était le suivant : l'établissement bancaire consent un crédit immobilier dont le montant est exprimé en francs suisses mais que l'emprunteur s'engage à rembourser en euros. L'intérêt d'un tel dispositif réside naturellement dans les fluctuations du taux de change entre l'euro et le franc suisse. Dans l'hypothèse où l'euro viendrait à s'apprécier vis-à-vis du franc suisse, l'emprunteur réalise une opération lucrative puisque sa dette diminue avec la durée de son engagement. En revanche, dans l'hypothèse où le franc suisse viendrait à s'apprécier vis-à-vis de l'euro, la créance augmente, renvoyant ainsi le terme de l'engagement de l'emprunteur à une date ultérieure. L'opération envisagée est donc marquée par un aléa économique, que le contexte financier de la crise de 2008 a amplifié. Initialement, ce produit a été conçu et proposé par les établissements bancaires dès mars 2008 afin de répondre à la crise du crédit. En effet, il s'agissait de proposer un crédit dont le capital et le taux d'intérêt variable ne souffriraient pas de l'instabilité financière qui caractérisait cette époque. Ainsi, l'idée d'un crédit indexé sur la parité euro/franc suisse, présentée comme plus stable que l'Euribor<sup>3</sup>, s'est rapidement imposée. Or, la crise de la zone euro a eu pour conséquence une fuite massive de capitaux étrangers vers la Confédération helvétique, ce qui a de facto contribué à l'appréciation du franc suisse vis-à-vis de l'euro. Ainsi l'euro a-t-il perdu jusqu'à 60 % de sa valeur vis-à-vis du franc suisse. Cette dépréciation historique a eu pour effet de

1. Pour mesurer le degré de risque d'un produit financier, la classification dite « Gissler » utilise deux critères : d'une part, la notation (de 1 à 5) évalue la complexité de l'indice ou des indices servant pour le calcul des intérêts de l'emprunt, dénommés « indices sous-jacents », et, d'autre part, la lettre (de A à E) exprime le degré de complexité de la structure du produit.

2. Annexe 4 page 33 et annexe 8 page 44 de la circulaire.

3. L'Euribor est le taux du marché monétaire européen. Il est égal à la moyenne arithmétique des taux offerts sur le marché bancaire européen pour une échéance déterminée, comprise entre une semaine et douze mois. Il est publié par la Banque centrale européenne à partir de cotations fournies quotidiennement par 64 banques européennes.

mettre à la charge des emprunteurs une dette sensiblement plus importante que celle prévue au moment de la conclusion de leur contrat, et ce malgré les remboursements déjà effectués. En septembre 2011, la Banque nationale suisse est intervenue pour établir un plancher du taux de change à son plus haut niveau<sup>4</sup>, fixant ainsi la situation des emprunteurs qui espéraient, en vain, une réappréciation de l'euro.

Ce contentieux soulève d'épineuses questions portant, d'une part, sur la remise en cause de la législation française relative aux clauses d'échelle mobile par le droit de l'Union européenne (I.) et, d'autre part, sur la validité des clauses d'indexation monétaire insérées dans les contrats de prêt immobilier (II.).

## I. LA LÉGISLATION FRANÇAISE RELATIVE AUX CLAUSES D'INDEXATION MONÉTAIRE REMISE EN CAUSE PAR LE DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE

Bien que le mécanisme de l'indexation monétaire réponde à des nécessités d'ordre économique (1.), il n'en demeure pas moins un instrument inflationniste qu'il est apparu opportun d'encadrer. Les objectifs visés par la législation française relative aux indexations semblent avoir perdu aujourd'hui de leur vigueur sous l'effet du droit de l'Union européenne (2.).

### 1. La nécessaire possibilité d'une indexation dans les rapports contractuels

L'article 1895 du Code civil dispose : « L'obligation qui résulte d'un prêt en argent n'est toujours que de la somme numérique énoncée au contrat. S'il y a eu augmentation ou diminution d'espèces avant l'époque du paiement, le débiteur doit rendre la somme numérique prêtée et ne doit rendre que cette somme dans les espèces ayant cours au moment du paiement ». La Cour de cassation a déduit de cet article le principe de nominalisme monétaire<sup>5</sup> qui repose sur l'idée que le débiteur s'engage, non pas sur la valeur de la créance, mais sur le montant numérique de celle-ci. Ainsi, un euro prêté en capital aujourd'hui doit faire l'objet d'un remboursement en capital de la même somme, c'est-à-dire un euro, quelle que soit la dépréciation qu'aurait eu à subir la monnaie vis-à-vis d'autres monnaies dans l'intervalle, ou de l'inflation en cours.

Or, comme le franc français hier, l'euro aujourd'hui est sujet à des fluctuations monétaires : l'histoire est traversée par des périodes d'inflation et des périodes, certes plus rares, de dépréciation de la monnaie. Ainsi, pour contourner la rigueur du principe du nominalisme monétaire et tenir compte des réalités économiques, les parties ont recours à des clauses d'indexation monétaire, ou clauses d'échelle mobile. Le législateur et la jurisprudence ont cherché à encadrer ces clauses, perçues comme des instruments de défiance vis-à-vis de la monnaie nationale et comme des facteurs d'inflation.

Par la jurisprudence dite « Matter »<sup>6</sup>, la Cour de cassation a procédé, en 1930, à une « coupe longitudinale » dans le régime des clauses d'indexation. En effet, au cours de la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle, la Cour régulatrice a distingué deux régimes juridiques : d'une part, un régime applicable aux contrats internationaux, et, d'autre part, un régime applicable aux contrats nationaux, ou contrats internes. Dans les premiers, une clause indexant le montant de la créance sur une monnaie étrangère était admise, que la monnaie étrangère soit utilisée comme monnaie de paiement ou comme monnaie de compte<sup>7</sup>. Dans les seconds, toute forme d'indexation monétaire était prohibée au motif que l'admission d'une indexation monétaire eût porté directement atteinte à la législation imposant le court forcé de la monnaie nationale et, partant, eût été contraire à l'ordre public monétaire<sup>8</sup>.

Les ordonnances du 30 décembre 1958<sup>9</sup> et du 4 février 1959<sup>10</sup> codifiées aux articles L. 112-1 et suivants du Code monétaire et financier posent une interdiction de principe des indexations. Cependant, les objectifs visés par ces dispositions semblent avoir perdu de leur vigueur avec le transfert de compétences monétaires opéré au profit des institutions de l'Union européenne.

### 2. Une mesure protectionniste tombée en désuétude

Quoique les clauses d'indexation permettent aux parties contractantes de se protéger des effets de l'inflation et des fluctuations monétaires, elles n'en demeurent pas moins de nature à entraîner un supplément d'inflation pour l'économie dans son ensemble, en l'absence d'un cadre juridique. En effet, une augmentation des prix dans un secteur d'activité donné peut se répercuter, par le truchement de telles clauses, sur un autre secteur d'activité, nourrissant ainsi une « spirale inflationniste ». À titre d'exemple, deux négociants en cacao décideraient-ils d'indexer le prix de leurs denrées sur l'indice du pétrole, une hausse du prix du pétrole aurait pour conséquence une hausse du prix du cacao.

Les parties qui, dans leurs relations internes, utilisent une monnaie étrangère comme instrument de paiement ou de compte, expriment implicitement une méfiance à l'égard de la monnaie nationale. Antérieurement à l'Union économique et monétaire, les États exerçaient une pleine souveraineté en matière monétaire. Destinée à protéger le franc français, l'article 79-3 de l'ordonnance du 30 décembre 1958 précitée, modifiée par l'article 14 de l'ordonnance du 4 février 1959 précitée, déterminait le cadre légal des clauses d'indexation automatique.

Cependant, l'ordre public monétaire qui justifiait la protection d'une monnaie nationale s'est peu à peu dissous dans le processus de construction communautaire. Le transfert progressif de compétence a vidé les États membres de leur

4. *Le Figaro*, 6 septembre 2011, « Un cours plancher pour le franc suisse ».

5. Req. 25 février 1929, DH 1929, 1, p. 802 ; Req. 25 octobre 1932, p. 556, *Gaz. Pal.* 1933, 1, p. 36.

6. Civ. 17 mai 1927, affaire dite « Pélissier du Besset », DP 1928 I. 25, note Henri Capitant : dans ses conclusions, le procureur général, M. Paul Matter, considère que les clauses libellées en or ou en monnaie étrangère ne sont admises que dans les conventions internationales lesquelles sont définies comme étant des contrats qui « produisent des mouvements de flux et reflux au-dessus des frontières ».

7. Civ. 3 juin 1930, DP 1931, 1. 1, p. 5, concl. Matter, note Sabatier ; Civ. 1<sup>re</sup>, 25 mars 1981, Bull. civ. I, n° 104 ; Soc. 25 octobre 1990, Bull. civ. V, n° 507, p. 307.

8. Civ. 31 décembre 1928, S. 1930, 1, p. 41, note Hubert.

9. Ordonnance n° 58-1374 du 30 décembre 1958 portant loi de finances pour 1959.

10. Ordonnance n° 59-246 du 4 février 1959 portant loi de finances rectificative pour 1959.

souveraineté en matière monétaire. Dans le cadre de la ratification du traité de Maastricht qui instituait une Union économique et monétaire, le Conseil constitutionnel<sup>11</sup> a relevé la nécessité d'une modification préalable de la Constitution, en application de l'article 54 de celle-ci. À cette occasion, la loi constitutionnelle du 25 juin 1992<sup>12</sup> a introduit un article 88-2 dans le titre XV intitulé alors « Des Communautés européennes et de l'Union européenne », qui dispose que, « sous réserve de réciprocité », « la France consent aux transferts de compétence nécessaires à l'établissement de l'Union économique et monétaire européenne ». Dès lors, l'impératif qui gouvernait l'ordonnance du 30 décembre 1958 tombe en désuétude.

Dans l'avis CON/97/244 du 16 décembre 1997 relatif à la question des clauses d'indexation, l'Institut monétaire européen indiquait : « en ce qui concerne les missions de politique monétaire, les dispositions nationales relatives aux clauses d'indexation ne sont plus nécessaires » (point n° 4)<sup>13</sup>. Quoique certains auteurs n'aient pas manqué de souligner l'incompétence des États ayant fait le choix de participer à l'Union économique et monétaire européenne en matière monétaire<sup>14</sup>, la Banque centrale européenne saisie par la France à l'occasion de l'examen d'un projet de disposition législative autorisant les prêts des établissements de crédit indexés sur l'inflation a rendu le 3 juin 2004 un avis dans lequel elle n'interdit pas de manière générale l'édiction d'une législation nationale des clauses monétaires<sup>15</sup>.

La révision constitutionnelle du 4 février 2008<sup>16</sup> a poursuivi ce mouvement en transférant l'ensemble des compétences nécessaires à la mise en place du traité de Lisbonne signé le 13 décembre 2007. Ainsi, l'article 2, 1°, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne dispose : « Lorsque les traités attribuent à l'Union une compétence exclusive dans un domaine déterminé, seule l'Union peut légiférer et adopter des actes juridiquement contraignants, les États membres ne pouvant le faire par eux-mêmes que s'ils sont habilités par l'Union, ou pour mettre en œuvre les actes de l'Union ». L'article 3, 1°, précise : « L'Union dispose d'une compétence exclusive dans les domaines suivants : [...] c) la politique monétaire pour les États membres dont la monnaie est l'euro [...] ».

## II. VERS LA PROHIBITION DES CLAUSES D'INDEXATION MONÉTAIRE DANS LES CONTRATS DE PRÊT IMMOBILIER ?

Le caractère résiduel du champ d'application de l'interdiction des articles L. 112-2 et suivants du Code moné-

taire et financier (1.) peut dans bien des cas entraîner la nullité des clauses d'indexation monétaire figurant dans les contrats de prêt accordés au consommateur ou au non-professionnel (2.).

### 1. Une interdiction résiduelle en pratique

L'alinéa premier de l'article L. 112-2 du Code monétaire et financier dispose : « Dans les dispositions statutaires ou conventionnelles, est interdite toute clause prévoyant des indexations fondées sur le salaire minimum de croissance, sur le niveau général des prix ou des salaires ou sur les prix des biens, produits ou services n'ayant pas de relation directe avec l'objet du statut ou de la convention ou avec l'activité de l'une des parties. »

À cette interdiction de principe, qui peut paraître radicale dans sa formulation, de nombreuses exceptions sont apportées dans les articles L. 112-2 à L. 112-4 du même code. Ainsi, l'article L. 112-2 du Code monétaire et financier répute « en relation directe avec l'objet d'une convention relative à un immeuble bâti toute clause prévoyant une indexation sur la variation de l'indice national du coût de la construction publié par l'Institut national des statistiques et des études économiques ou, pour des activités commerciales ou artisanales définies par décret, sur la variation de l'indice trimestriel des loyers commerciaux publié dans des conditions fixées par ce même décret par l'Institut national de la statistique et des études économiques ». Pour les activités autres ainsi que pour les activités exercées par les professions libérales, le même article répute également « en relation directe avec l'objet d'une convention relative à un immeuble toute clause prévoyant [...] une indexation sur la variation de l'indice trimestriel des loyers des activités tertiaires publié par l'Institut national de la statistique et des études économiques ». De même, les dettes alimentaires et les rentes viagères constituées entre particuliers sont exclues de l'interdiction. L'article L. 112-3 du Code monétaire et financier dresse une liste de conventions pouvant faire l'objet d'indexations parmi lesquelles figurent « les prêts accordés aux personnes morales ainsi qu'aux personnes physiques pour les besoins de leur activité professionnelle ».

De surcroît, la jurisprudence n'a pas manqué d'inverser la philosophie de l'ordonnance du 30 décembre 1958 précitée sur le fondement de la liberté contractuelle<sup>17</sup>. Par arrêt du 15 février 1972, la Cour de cassation a jugé en effet que les dispositions figurant à l'ordonnance du 30 décembre 1958 précitée, modifiées par l'ordonnance du 4 février 1959 précitée, doivent être « [...] interprétées restrictivement, comme dérogoires à la liberté des conventions [...] ». La question est aujourd'hui moins de savoir quelles conventions sont exclues de l'interdiction de principe, que de savoir dans quels types de conventions la prohibition trouve encore à s'appliquer.

S'agissant de la condition d'un lien direct entre l'indice choisi et l'objet du contrat ou l'activité de l'une des parties, la jurisprudence se livre à une interprétation large. Tout d'abord, l'objet de la convention s'entend aussi bien comme l'objet de l'obligation, c'est-à-dire la prestation de l'une des parties, ou comme l'objet du contrat, c'est-à-dire l'objectif poursuivi par les parties<sup>18</sup>. L'activité peut

11. Cons. const., décision n° 92-308 DC du 9 avril 1992, « Traité sur l'Union européenne ».

12. Loi constitutionnelle n° 92-554 du 25 juin 1992 ajoutant à la Constitution un titre « Des communautés européennes et de l'Union européenne ».

13. Avis CON/97/24 de l'Institut monétaire européen (IME) du 16 décembre 1997 sollicité par le ministère allemand de la justice en vertu de l'article 109 F, paragraphe 6, du traité instituant la Communauté européenne et de l'article 5.3 des statuts de l'Institut monétaire européen sur un projet de loi relatif à l'introduction de l'euro.

14. V. notamment Georg Gruber, « L'euro et les clauses d'indexation », D. 1999, p. 258 ; Nicolas-Henri Aymeric, « L'incidence de l'euro sur le traitement juridique des devises », RTD com. 2005, avril-juin 2005, n° 2, pp. 197-217.

15. Avis CON/2004/20 de la Banque centrale européenne (BCE) du 3 juin 2004 sollicité par le ministère français de l'Économie, des Finances et de l'Industrie sur un projet de disposition législative autorisant les prêts des établissements de crédit indexés sur l'inflation.

16. Loi constitutionnelle n° 2008-103 du 4 février 2008 modifiant le titre XV de la Constitution.

17. Civ. 3<sup>e</sup>, 15 février 1972, Bull. civ. III, n° 100, p. 73 ; D. 1972. 339 ; JCP 1972. II. 17094, note Lévy.

18. Civ. 1<sup>re</sup>, 12 avril 1972, JCP G 1973, II, 17235 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 9 janvier 1974, JCP G 1974, II, 17806, note Lévy, RTD civ. 1974, p. 805, obs. Loussouarn ; CA Paris 15 décembre 1980, Gaz. Pal. 1981, 1, jur., p. 270 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 26 avril 1988, n° 86-12.225.

être l'activité professionnelle principale ou accessoire<sup>19</sup>, actuelle ou antérieure<sup>20</sup>, de l'une des parties. De surcroît, l'activité prise en compte est celle du jour de la conclusion du contrat, même dans l'hypothèse où un changement d'activité serait intervenu postérieurement<sup>21</sup>.

Par arrêt en date du 22 mai 2001, la chambre commerciale de la Cour de cassation a rejeté le pourvoi des époux X, emprunteurs, qui invoquaient la nullité d'une convention d'ouverture de crédit en soutenant que la clause d'indexation du prêt sur une monnaie étrangère – en l'espèce, le yen – était « nulle car interdite par les dispositions de l'article 79 de l'ordonnance du 30 décembre 1958 complétée par celle du 4 février 1959, dès lors qu'elle n'est ni relative à un paiement international ni en relation directe avec l'activité commerciale de l'une des parties »<sup>22</sup>. S'agissant d'un contrat de prêt conclu entre un établissement financier et un particulier consommateur ou non professionnel, la Cour de cassation a jugé que l'indexation du montant de l'emprunt sur une monnaie étrangère est licite quand bien même le contrat serait purement interne, au motif que « la fixation de la créance en monnaie étrangère était en relation directe avec l'activité de banquier de l'un des contractants »<sup>23</sup>. L'arrêt ne souffre d'aucune ambiguïté. Dès lors que l'une des parties a la qualité d'établissement bancaire, une clause de cette nature est licite. Dès lors, il n'y a plus lieu de distinguer selon que l'on se trouve en présence d'un contrat interne ou d'un contrat international. À défaut de quoi, seul le caractère international du contrat permet de soustraire la clause de la nullité<sup>24</sup>.

Compte tenu de l'activité financière de BNP Paribas, les stipulations contractuelles contenues dans les prêts « Helvet-Immo » libellant le montant de la créance en francs suisses n'encourent pas la nullité prévue par l'article L. 112-1, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code monétaire et financier. La légalité des clauses d'indexation monétaire dans les prêts immobiliers a été rappelée par l'ancienne ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi, Mme Christine Lagarde, dans une réponse à une question écrite publiée au *Journal officiel* le 19 mai 2009<sup>25</sup>. Cette pratique, cependant, n'a pas manqué de révéler sa dangerosité à l'égard de l'emprunteur consommateur ou non professionnel, qui le plus souvent est dépourvu de moyens pour appréhender la complexité du produit auquel il a souscrit. Peut-être serait-il opportun que la Cour régulatrice préserve davantage les intérêts de l'emprunteur consommateur

ou non professionnel en exigeant un lien direct, strictement entendu, entre l'indice choisi et l'objet du contrat ou l'activité de l'emprunteur.

Conformément à son interprétation traditionnellement large du critère du lien direct, la Cour de cassation retient que l'activité de l'établissement bancaire suffit pour caractériser un lien direct avec la clause d'indexation. Il est vrai qu'un lien évident unit une clause d'indexation monétaire à l'activité financière d'un établissement bancaire. Cependant, une telle rigueur à l'égard de l'emprunteur peut surprendre, d'autant que ce dernier est le plus souvent un consommateur ou un non-professionnel, alors qu'une politique protectionniste s'est développée ces dernières années en sa faveur. Dans l'arrêt du 22 mai 2001 précité, la chambre commerciale de la Cour de cassation a exercé un contrôle lourd pour caractériser la licéité de la clause au regard de l'activité du banquier, ainsi que l'indiquent les termes choisis : « Mais attendu que la fixation de la créance en monnaie étrangère était en relation directe avec l'activité de banquier de l'un des contractants ; que c'est donc à bon droit que la cour d'appel [...] a dit que le contrat, fût-il purement interne, ne contenait pas une clause d'indexation prohibée par l'ordonnance du 4 février 1959 ». Il en résulte, a contrario, qu'une cour d'appel qui apprécierait une telle clause au regard de l'activité de l'emprunteur, fût-il consommateur ou non professionnel, encourra la censure.

Quoique le régime des clauses d'indexation monétaire soit initialement animé par des considérations d'ordre purement économique, l'idée d'équité n'y est pas totalement absente. En effet, certaines dispositions législatives spéciales ont vocation à protéger certaines catégories de contractants contre l'éventualité d'une hausse excessive des prix<sup>26</sup>. Par ailleurs, l'article 3 de la loi n° 2004-804 du 9 août 2004 relative au soutien à la consommation et à l'investissement a modifié la rédaction de l'article L. 112-3 au Code monétaire et financier dérogoratoire aux articles L. 112-1 et L. 112-2, alinéa 1<sup>er</sup>, du même code, qui permet d'indexer certaines conventions sur le niveau général des prix, ce qui est par principe prohibé. Parmi ces conventions figurent désormais « les prêts accordés aux personnes morales ainsi qu'aux personnes physiques pour les besoins de leur activité professionnelle ». Sont ainsi exclus les prêts accordés aux consommateurs et aux non-professionnels, preuve s'il en est que le législateur a entendu opérer une distinction entre les différentes catégories de contractants et tenir compte de la nature des activités de ceux-ci pour apprécier la validité du lien d'indexation. Enfin, l'article 54 de la loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires a inséré un article L. 312-3-1 dans le Code de la consommation, dont l'alinéa 1<sup>er</sup> dispose : « Les emprunteurs, personnes physiques n'agissant pas pour des besoins professionnels, ne peuvent contracter de prêts libellés dans une devise étrangère à l'Union européenne remboursables en monnaie nationale que s'ils déclarent percevoir principalement leurs revenus ou détenir un patrimoine dans cette devise au moment de la signature du

19. Civ. 3<sup>e</sup>, 15 février 1972, D. 1973, p. 417, note Ghestin, JCP G 1972, II, 17094, note Lévy, RTD civ. 1972, p. 616, obs. Cornu ; Civ. 1<sup>re</sup>, 7 mars 1984, Bull. civ. I, n° 91, RTD civ. 1985, p. 173, obs. Mestre.

20. Civ. 1<sup>re</sup>, 20 juillet 1971, JCP G 1972, II, 16951, D. 1972, somm. p. 57.

21. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 juin 1984, Bull. civ. I, n° 187, JCP G 1985, II, 20471, note Lévy, RTD civ. 1985, p. 173, obs. Mestre.

22. Com. 22 mai 2001, Bull. civ. IV, n° 98, p. 91 ; D. 2001, AJ 2127 ; Defrénois 2001, 1067, obs. R. Libchaber ; *Droit et Patrimoine*, déc. 2001, p. 115, obs. P. Mousseron.

23. *Ibid.*

24. Civ. 1<sup>re</sup>, 11 octobre 1989 : D. 1990, 167, note La Marinierre ; JCP 1990, II, 21393, note Lévy ; Civ. 3<sup>e</sup>, 18 octobre 2005, Bull. civ. III, n° 196 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 12 janvier 1988, GAJC, 116 éd., n° 230-232 (III) ; D. 1989, 80, note Malaurie.

25. Question écrite n° 41 962 de M. Guy Geoffroy, réponse publiée au *Journal officiel* le 19 mai 2009, p. 4895 : « Dans certains cas d'opérations nationales, la jurisprudence admet que le contrat prévoit une « monnaie de compte » qui soit fixée contractuellement en monnaie étrangère. Mais dans ce cas, et toujours selon la jurisprudence, ce choix s'assimile à une clause d'indexation. Il faut alors apprécier au cas par cas le contrat au regard des règles classiques sur les clauses d'indexation, pour déterminer si la clause est valable (art. L.112-1 et suivants du code monétaire et financier). » Source : <http://questions.assemblee-nationale.fr/q13/13-41962QE.htm>.

26. Article L. 145-34 du Code de commerce pour l'indice de variation des baux commerciaux ; article 9, I., de la loi n° 2008-111 du 8 février 2008 pour le pouvoir d'achat, modifiant l'article 17 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986.

contrat de prêt, excepté si le risque de change n'est pas supporté par l'emprunteur ». Le législateur semble ainsi privilégier le critère de l'activité de l'emprunteur par le biais de ses revenus, lesquels sont la contrepartie d'une activité professionnelle. Néanmoins, les contrats qui ont été conclus antérieurement à la promulgation de ce texte demeurent régis par les dispositions « sous l'empire desquelles ils ont été passés »<sup>27</sup>.

Le critère de l'activité de l'emprunteur apparaît ainsi comme le plus approprié pour apprécier la licéité de la clause d'indexation monétaire. Dans le cas des contrats « Helvet-Immo », les débiteurs étaient fréquemment des consommateurs dont l'activité était tout à fait étrangère à la finance. À cet égard, il serait bien difficile d'établir un lien direct entre la devise choisie et l'activité de ces derniers, ce qui vient renforcer la thèse de la nullité de la clause litigieuse. Par ailleurs, en s'appuyant sur l'objet du contrat entendu comme l'objectif poursuivi par les parties, il serait vraisemblablement sain de soustraire le contrat litigieux des effets de l'indexation dans la mesure où le produit « Helvet-Immo » s'inscrit dans une opération d'acquisition immobilière dont l'emprunt octroyé était destiné à financer la vente d'immobilier à construire sur le territoire national : à cet égard, la relation directe entre l'indice choisi et l'objet du contrat n'est pas non plus caractérisée. Il en eût été autrement si l'indice choisi avait été celui du coût de la construction. Ce dernier étant en rapport direct avec l'opération, la Cour de cassation aurait pu prononcer la validité de la clause d'indexation<sup>28</sup>.

Le débat semble animer la Cour de cassation elle-même. En effet, une divergence peut être relevée entre les chambres civiles et la chambre commerciale, ce qui permet de retenir deux solutions possibles aux conséquences différentes. La première thèse repose sur une interprétation classique des première et troisième chambres civiles qui considèrent que la fixation d'une créance en monnaie étrangère constitue une clause d'indexation déguisée illicite dans les contrats internes<sup>29</sup>. Selon cette théorie, seul un lien direct entre l'indice choisi et l'objet du contrat ou l'activité des parties pourrait soustraire l'acte d'une nullité de l'indexation, ce qui est rarement le cas en pratique. La seconde thèse, soutenue par la chambre commerciale, écarte la distinction entre contrat interne et contrat international et considère que la fixation de la créance en monnaie étrangère est licite dès lors qu'elle est en relation directe avec l'activité du banquier<sup>30</sup>. Cette solution peut trouver son origine dans un arrêt de la première chambre civile du 12 janvier 1988 dans laquelle la Cour régulatrice a jugé que : « le caractère interne du prêt étant admis, la juridiction du second degré a retenu à bon droit que ce contrat était soumis à l'ordonnance n° 59246 du 4 février 1959 modifiant l'ordonnance du 30 décembre 1958, laquelle n'admet les indexations que si elles sont en relation directe avec l'objet de la convention ou avec l'activité de l'une des parties,

prohibant ainsi, sauf lorsque l'un des contractants est banquier ou financier, la fixation de la créance en monnaie étrangère ; qu'en conséquence le prêt litigieux ne pouvait valablement porter sur une somme d'argent exprimée en francs suisses ; qu'il est donc illicite par son objet et frappé de nullité »<sup>31</sup>. Cet arrêt d'espèce du 12 janvier 1988 n'a pas fait l'objet d'une publication au Bulletin des arrêts des chambres civiles et n'avait pas donc vocation à s'appliquer dans les contrats de prêts octroyés par un établissement de crédit. Sans doute la chambre commerciale a-t-elle souhaité en 2001 faire évoluer le régime des clauses d'indexation en s'inspirant de cet arrêt et donner une portée bien plus grande à une solution rendue treize ans plus tôt.

La sophistication croissante des produits financiers au cours des dernières années appelle sans doute, conformément à une demande sociale fréquemment exprimée, une plus grande protection du consommateur et du non-professionnel dans leurs rapports avec les établissements bancaires. En l'espèce, l'exigence d'un lien direct entre l'indice choisi et l'activité de l'emprunteur ou l'objet du contrat peut apparaître d'autant plus nécessaire pour rééquilibrer les rapports contractuels que les contrats « Helvet-Immo » sont exclus du champ d'application de la réforme bancaire du 26 juillet 2013. Cette solution, d'inspiration solidariste, ne manquerait pas de revitaliser des dispositions législatives du Code monétaire et financier qui ont perdu de sa vigueur au fil des années.

## 2. La sanction de la clause d'indexation monétaire : entre nullité absolue et nullité relative

Il est acquis dans la théorie moderne que le type de nullité encourue dépend de la finalité de la règle transgressée : la nullité est absolue si la règle méconnue relève d'un ordre public de direction, elle est relative si la règle méconnue relève d'un ordre public de protection. Or, dans la législation des clauses d'indexation coexistent ces deux impératifs : d'une part, un ordre public monétaire, et, d'autre part, la volonté de protéger certaines catégories de personnes contre la dangerosité des indexations.

Si l'ordre public de direction entraîne la nullité absolue et l'ordre public de protection la nullité relative, en pratique il n'est pas aisé d'opérer cette distinction. Tel est le cas en matière de clauses d'indexation. Lorsque coexistent ces deux impératifs, la jurisprudence de la Cour de cassation considère qu'il convient de retenir l'exigence la plus élevée. En effet, alors que certains juges du fond voyaient dans le régime des clauses d'indexation une réglementation relevant de l'ordre public de protection, la Cour régulatrice, par arrêt de la chambre commerciale en date du 3 novembre 1988, a jugé qu'il s'agissait d'un ordre public de direction, dont la violation entraîne une nullité absolue<sup>32</sup>.

La question se pose de savoir si la nullité des stipulations litigieuses entraînerait un anéantissement des contrats de prêt dans lesquelles elles figurent. Sans doute la réponse dépend-elle de l'appréciation par le juge de l'importance de

27. Civ. 3<sup>e</sup>, 3 juillet 1979, pourvoi n° 77-15552 : Bull. civ. III, n° 149 ; R., p. 58 ; JCP 1980 II, 19384, note Dekeuwer-Defossez.

28. Civ. 1<sup>re</sup>, 9 janvier 1974 : Bull. civ. I, n° 14 ; R. 1973-1974, p. 58 ; JCP 1974 II, 17806, note Lévy.

29. Civ. 1<sup>re</sup>, 11 octobre 1989, pourvoi n° 87-16341 : D. 1990, 167, note La Marinière ; JCP 1990 II, 21393, note Lévy. Civ. 3<sup>e</sup>, 18 octobre 2005, pourvoi n° 04-13930 : Bull. civ. III, n° 196.

30. Com. 22 mai 2001 ; pourvoi n° 98-14406, cf. supra.

31. Civ. 1<sup>re</sup>, 12 janvier 1988, pourvoi n° 86-11966 : GAJC, 11<sup>e</sup> édition, n° 230-232 (III), D. 1989, 80, note Malaurie.

32. Com. 3 novembre 1988, D. 1989, 93, note Philippe Malaurie, somm. Com., p. 234, obs. Jean-Luc Aubert, Defrénois 1990, p. 740, obs. Jean-Luc Aubert.

la clause au regard de l'économie générale du contrat. Dans l'hypothèse où la clause aurait été déterminante dans l'intention des parties, le contrat devra être annulé. En revanche, le juge estimerait-il que le contrat pourrait subsister indépendamment de la clause d'indexation, cette dernière devra être réputée non écrite et le reste du contrat maintenu. L'anéantissement total du contrat n'est pas souhaitable pour certains emprunteurs qui ont souscrit ce type d'emprunt afin de financer l'acquisition d'un bien immobilier en état futur d'achèvement : le jeu des restitutions et des annulations en cascade pourrait leur être particulièrement préjudiciable. Le juge pourra alors prononcer la nullité des stipulations libellant le montant de la créance en francs suisses et substituer à cet indice le montant du capital initial exprimé en euros.

Au-delà des exigences de validité des clauses d'indexation imposées par l'article L. 112-2 du Code monétaire et financier, le juge pourrait également prononcer la nullité des stipulations sur le terrain des clauses abusives, selon le sens que lui donne l'article L. 132-1 du Code de la consommation : « Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, 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. ».

L'articulation entre, d'une part, les dispositions du Code monétaire et financier relatives aux clauses d'indexation, et, d'autre part, les dispositions du Code de la consommation relatives aux clauses abusives, est ici particulièrement intéressante. Dans l'hypothèse où les clauses d'indexation monétaire litigieuses entreraient dans le champ de l'interdiction étudiée *supra*, le régime des clauses abusives ne saurait, en principe, s'appliquer. Il apparaîtrait contradictoire, en effet, de considérer qu'une clause d'indexation illicite soit également abusive dans la mesure où une disposition illicite est, *a minima*, abusive. En revanche, le juge retiendrait-il le critère de l'activité du banquier pour se prononcer dans le sens de la licéité de la clause d'indexation, la question de l'application du régime prévu à l'article L. 132-1 du Code de la consommation pourrait se poser. En effet, une clause d'indexation satisfaisant aux exigences des articles L. 112-1 et suivants du Code monétaire et financier peut être abusive au sens du Code de la consommation. L'analyse, ici, épouse deux axes.

Tout d'abord, pour ne pas être exclu du champ d'application de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, le contrat ne doit pas entretenir de rapport direct avec l'activité professionnelle du contractant<sup>33</sup>. En l'espèce, les emprunteurs ont été sollicités par des intermédiaires en opérations bancaires proposant une acquisition immobilière financée par un emprunt « novateur » et « très compétitif »<sup>34</sup>. Les activités professionnelles exercées par les emprunteurs se caractérisent par une grande diversité : agents publics, professionnels libéraux, retraités, commerçants et salariés. Ce contrat

de prêt s'analyse en une opération destinée à financer un bien destiné à entrer dans le patrimoine personnel de l'emprunteur et nullement affecté à une activité professionnelle.

Ensuite, il convient de déterminer le caractère abusif, ou non, de la clause litigieuse. Le Code de la consommation définit les clauses abusives comme 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 ». Ce déséquilibre doit s'apprécier in concreto en tenant compte des circonstances ayant entouré la conclusion du contrat. Dans le cas des contrats « Helvet-immo », la clause litigieuse fixe la créance en francs suisses et subordonne le paiement en euros, de sorte qu'une variation du taux de change entraîne une variation du capital à rembourser : celui-ci augmente lorsque l'euro se déprécie et diminue lorsque l'euro s'apprécie face au franc suisse. Les fluctuations du capital modifient la durée de l'engagement, le terme pouvant être repoussé ou raccourci dans une limite de cinq ans. Certes, les emprunteurs semblent avoir accepté le principe de l'aléa, cependant l'opération financière était complexe au point que les notaires qui ont authentifié l'acte semblent ne pas avoir mesuré la dangerosité de l'opération. En mars 2008, lorsque le produit a été proposé, l'euro avait commencé à se déprécier face au franc suisse. Alors que l'euro se dépréciait massivement face au franc suisse, l'établissement bancaire a continué de commercialiser les contrats « Helvet-Immo » jusqu'en décembre 2009 en le présentant comme « la meilleure solution du marché »<sup>35</sup>. De surcroît figuraient dans la brochure de présentation du produit financier deux tableaux synthétiques : l'un représentait la courbe d'évolution du franc suisse, l'autre la courbe d'évolution de la parité euro/franc suisse<sup>36</sup>. La lecture de ces données faisait apparaître une stabilité du taux de change euro/franc suisse. Cependant, lesdits graphiques mettaient en exergue une évolution du taux sur une période allant de 1998 à 2007, 2007 étant l'année précédant la forte dépréciation de l'euro face au franc suisse, qui a commencé en janvier 2008<sup>37</sup>. L'établissement bancaire pouvait-il prévoir, au moment où il proposait ces produits, que le franc suisse allait servir de valeur refuge pour les capitaux en période de crise, ce qui devait inévitablement renforcer la devise de la Confédération helvétique ? Dans l'affirmative, les emprunteurs auraient été induits en erreur par un dol consécutif à la réticence d'une information qui aurait pu les déterminer à ne pas contracter.

Ainsi, eu égard, d'une part, aux circonstances ayant entouré la conclusion des contrats, et, d'autre part, au déséquilibre significatif induit par les clauses litigieuses, la clause d'indexation monétaire pourrait valablement être réputée non écrite sur le terrain des clauses abusives. La clause indexant le capital à la parité euro/franc suisse disparaîtrait alors au profit d'un capital initialement exprimé en euros. Cette solution présenterait le mérite de préserver, pour les parties, l'intérêt du contrat. ■

33. Civ. 1<sup>re</sup>, 24 janvier 1995, pourvoi n° 92-18227 : Bull. civ. I, n° 54 ; D. 1995. 327, note Paisant ; D. 1995. Somm. 229, obs. Delebecque ; *ibid.* 310, obs. Pizzio ; JCP 1995. I 3893, n° 28, obs. Viney ; CCC 1995, n° 84, note Leveneur. Civ. 1<sup>re</sup>, 3 janvier 1996, pourvoi n° 93-19322 : Bull. civ. I, n° 9 ; D. 1996. 228, note Paisant ; JCP 1996. II. 22654, note Leveneur ; *ibid.*, I 3929, n° 1 s., obs. Labarthe ; RTD civ. 1996. 609, obs. Mestre ; CCC 1996. Chronique 4, par Leveneur ; Defrénois 1996. 766, obs. D. Mazeaud.

34. Page 3 de la brochure de présentation du produit « Helvet-immo ». Source : <http://www.afub.org/Présentation-HELVET-IMMO.pdf>.

35. Page 3 de la brochure de présentation du produit « Helvet-immo ».

36. Pages 16 à 19 de la brochure de présentation du produit « Helvet-immo ».

37. <http://forex.actufinance.fr/taux-change/eur-chf.html>.