

# CHRONIQUE

## COMPTES, CRÉDITS ET MOYENS DE PAIEMENT



**THIERRY BONNEAU**

Agrégé des facultés de droit  
Professeur  
Université Panthéon-Assas (Paris 2)



**SOPHIE GJIDARA-DECAIX**

Maître de conférences HDR  
Université Panthéon-Assas (Paris 2)

### Aspects procéduraux de la restitution des sommes indûment prélevées sur un compte bancaire

#### La prescription s'applique aux demandes de restitution présentées par voie de défense au fond.

Cass. com. 30 janvier 2019, arrêt n° 136 FS-P+B, pourvoi n° E 17-20.496, Arayo et al. c/ société HSBC France.

Commentaire de Thierry Bonneau

La casuistique défense au fond/demande reconventionnelle n'est pas nouvelle. Elle est délicate car il y a des risques de confusion<sup>1</sup>, une demande reconventionnelle étant en réalité une défense au fond et, inversement, une défense au fond constituant une demande reconventionnelle. Les difficultés ne doivent toutefois pas être exagérées puisque la défense au fond vise uniquement au rejet la prétention adverse<sup>2</sup> alors que la demande reconventionnelle vise à obtenir un avantage autre que le rejet de la demande adverse<sup>3</sup>. L'avantage supplémentaire est le critère exclusif de la demande reconventionnelle<sup>4</sup>. Si une prétention, même formulée sous couvert d'une demande, « n'ajoute rien au résultat recherché », à savoir le rejet de la prétention adverse – on parle de « dénégation du droit de l'adversaire »<sup>5</sup> –, il s'agit d'une défense au fond<sup>6</sup>.

Cette casuistique a donné lieu à une jurisprudence bien connue concernant la caution<sup>7</sup>. Il est certain que si la caution, actionnée par le banquier en paiement de la dette garantie, sollicite la condamnation du banquier à des dommages-intérêts, il s'agit d'une demande reconventionnelle. En revanche, si la caution se borne à prétendre être déchargée en raison de la faute commise par le banquier à l'encontre du débiteur principal, il s'agit d'une défense au fond. Il arrive cependant que, sous couvert de demande reconventionnelle, la caution sollicite uniquement sa décharge. Cette inexactitude est toutefois sans incidence. En effet, pour la Cour de cassation, la qualification de la demande importe : le juge ne peut pas écarter la demande au prétexte qu'elle a été mal qualifiée<sup>8</sup> ; il doit l'examiner.

Cette casuistique connaît un nouveau développement qui est d'autant plus notable qu'il est souligné par la doctrine que les défenses au fond échappent à la prescription. Or, dans son arrêt du 30 janvier 2019, la Cour de cassation considère tout au contraire que la prescription quinquennale de l'article L. 110-4 du Code de commerce concerne les défenses au fond. En l'espèce, des professionnels étaient actionnés en paiement du solde débiteur de leur compte. Ils se sont opposés à cette demande en sollicitant la restitution des intérêts, frais et commissions indûment prélevés sur leur compte. Cette demande de restitution a été déclarée prescrite par les juges alors qu'elle constituait, selon les juges du fond, une défense au fond sur laquelle la prescription est, comme le souligne le pourvoi, « sans incidence ». Celui-ci est rejeté par la Cour de cassation qui souligne, dans son arrêt du 30 janvier 2019, que les juges du fond n'ont pas dénaturé l'objet du litige en considérant que la contestation constituait une demande de restitution présentée par voie de défense au fond et

1. J. Théron, « Moyens de défense, Généralités », Fasc. 600-30, *Juris-classeur Procédure civile*, spéc. n° 31 ; C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer et S. Guinchard, *Procédure civile*, 34<sup>e</sup> éd. 2018, n° 364 p 284.

2. Art. 71, CPC : « Constitue une défense au fond tout moyen qui tend à faire rejeter comme non justifiée, après examen au fond du droit, la prétention de l'adversaire. »

3. Art. 64, CPC : « Constitue une demande reconventionnelle la demande par laquelle le défendeur originaire prétend obtenir un avantage autre que le simple rejet de la prétention de son adversaire. »

4. S. Guinchard, « Le droit a-t-il encore un avenir à la Cour de cassation ? (Qui cassera les arrêts de la Cour de cassation ?) », *Mélanges F. Terré, Dalloz*, PUF, Editions du Juris-classeur 1999, p. 761 et s., spéc. p. 765.

5. Chainais, Ferrand, Mayer et Guinchard, *op. cit.*, n° 364.

6. *Ibid.*, p. 766.

7. V. Th. Bonneau, *Droit bancaire*, 12<sup>e</sup> éd. 2017, LGDF, n° 954.

8. Cass. ch. mixte, 21 févr. 2003, *Bull. civ. IV* n° 3, p. 7 ; JCP 2003, éd. G, II, 10 103, note Boucard et éd. E, 1073, note Legeais. Adde, R. de Gouttes, « Défense de la caution poursuivie en paiement par le créancier », *RJDA* 6/03, p. 495 et s.

que la prescription quinquennale lui était applicable :

« Mais attendu, en premier lieu, que c'est sans méconnaître l'objet du litige que la cour d'appel a retenu que la contestation de prélèvements d'intérêts, de frais et de commissions opérés par la banque, opposée par MM. Arayo et Montini à la demande en paiement du solde débiteur de leur compte, constituait une demande, présentée par voie de défense au fond, de restitution des sommes indûment prélevées ;

et attendu, en second lieu, que la demande de restitution d'intérêts, de frais et de commissions indûment prélevés sur un compte par un établissement bancaire, qu'elle soit présentée par voie d'action ou de défense au fond, est soumise à la prescription édictée par l'article L. 110-4 du Code de commerce. »

On comprend bien que la Cour de cassation s'en est tenue à la qualification de défense au fond retenue par les juges du fond. Dans le même temps, elle estime que

la qualification est indifférente au regard de la prescription, ce qui est un moyen pour éviter de trancher cette question alors même que l'on peut penser que la demande en restitution des intérêts, frais et commissions indûment prélevés constitue moins une défense au fond qu'une demande reconventionnelle. Il est vrai que, d'un certain côté, elle permet d'obtenir le rejet au moins partiel de la demande en paiement du solde débiteur. Mais, d'un autre côté, en demandant cette restitution, les débiteurs souhaitent obtenir un avantage supplémentaire et distinct du seul rejet de la demande en paiement. ■

COMPTE PROFESSIONNEL – AUTORISATION DE DÉCOUVERT – INTÉRÊTS ET FRAIS – PRÉLÈVEMENTS INDUS – RESTITUTION – PRESCRIPTION – DÉFENSE AU FOND – DEMANDE RECONVENTIONNELLE.

## L'incidence du caractère « *in fine* » du prêt sur le devoir de mise en garde

**Le préjudice subi par le débiteur qui invoque le manquement du banquier à son devoir de mise en garde avant l'échéance du terme du prêt est éventuel.**

Cass. com. 13 février 2019, arrêt n° FS-P+B, pourvoi n° X 17-14.785, société Banque CIC Nord c/ Archeray.

Commentaire de Thierry Bonneau

Attirer l'attention de l'emprunteur sur l'importance de l'endettement et le risque encouru, tel est l'objectif du devoir de mise en garde. Seul le risque excessif génère un tel devoir ; le devoir de mise en garde ne porte que sur ce risque, celui devant être apprécié au jour de la souscription du crédit<sup>1</sup>. La mise en garde n'interdit toutefois pas au banquier de consentir le crédit qui est par hypothèse excessif<sup>2</sup>.

Un tel devoir s'impose au banquier qui consent un prêt dit « *in fine* » à un client, et donc un prêt dont « le capital est remboursé intégralement à la fin du crédit, les mensualités ne comprenant que les intérêts calculés sur la totalité du capital emprunté pendant toute la durée du prêt »<sup>3</sup>. Un tel prêt est généralement plus coûteux qu'un prêt amortissable. Il présente néanmoins des avantages d'ordre fiscal lorsqu'ils sont associés à un investissement locatif. Ce qui était le cas dans l'espèce à l'origine de l'arrêt rendu le 13 février 2019 par la chambre commerciale de la Cour de cassation.

En l'espèce, le prêt avait servi à financer l'acquisition

d'un bien destiné à la location et était adossé à un contrat d'assurance vie, souscrit par l'intermédiaire du prêteur et nanti à son profit. Sans attendre l'arrivée du terme du prêt, l'emprunteuse a assigné le prêteur en responsabilité pour avoir manqué à son obligation de mise en garde lors de l'octroi du prêt. Responsabilité retenue par la cour d'appel de Caen dans un arrêt du 15 décembre 2016 en raison du caractère aléatoire des performances du contrat d'assurance vie, du risque de vente de l'appartement si l'emprunteuse ne disposait pas des fonds à l'échéance et de la perte de la chance de ne pas contracter le prêt litigieux. Ce qui a conduit la Cour à évaluer le préjudice à 40 % du montant total des intérêts dus. Cette décision est cassée le 13 février 2019 par la Cour de cassation au motif que la Cour de Caen a indemnisé un préjudice éventuel : « Qu'en statuant ainsi, alors que le manquement d'une banque à son obligation de mettre en garde un emprunteur non averti sur le risque d'endettement excessif né de l'octroi d'un prêt prive cet emprunteur d'une chance d'éviter le risque qui s'est réalisé, la réalisation de ce risque supposant que l'emprunteur ne soit pas en mesure de faire face au paiement des sommes exigibles au titre du prêt, et qu'il résultait de ses constatations que le terme du prêt, remboursable *in fine*, n'était pas échu, de sorte que le risque, sur lequel la banque s'était abstenue de mettre Mme Archeray en garde, ne s'était pas réalisé, la cour d'appel, qui a indemnisé un préjudice éventuel, a violé » l'ancien article 1147 du Code civil, devenu 1231-1.

On doit remarquer que la Cour de Caen, en retenant la perte de la chance de ne pas contracter le prêt litigieux semblait avoir adopté une décision conforme à la jurisprudence de la Cour de cassation, sa chambre commerciale<sup>4</sup> décidant que « 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 »<sup>5</sup>. Est-ce à

1. Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 13 mars 2019, arrêt n° 249 F-P+B, pourvoi n° K 17-23.169, Thiaville et al. c/ CRCAM de Lorraine : « Mais attendu que l'obligation de mise en garde à laquelle peut être tenu un établissement de crédit à l'égard d'un emprunteur non averti ne porte que sur le risque d'endettement excessif né de l'octroi du prêt, un tel risque étant apprécié au jour de la souscription de l'engagement ; qu'ayant relevé que les emprunteurs avaient remboursé sans incident les prêts litigieux jusqu'en 2015, date de mise en oeuvre de l'assurance-décès, la cour d'appel, qui n'avait pas à procéder à la recherche dont l'omission est alléguée, en a souverainement déduit que ceux-ci étaient adaptés à leur capacité financière, justifiant ainsi légalement sa décision d'écarter tout manquement de la banque à son devoir de mise en garde. »

2. V. Th. Bonneau, *Droit bancaire*, 12<sup>e</sup> éd. 2017, LGDJ, n° 938.

3. *Ibid* n° 704.

4. Cass. com. 20 oct. 2009, Banque et Droit n° 129, janv.-févr. 2010, 20, obs. Th. Bonneau ; JCP 2009, éd. G. 482, note S. Piedelièvre et éd. E. 2053, note D. Legeais ; *Rev. dr. bancaire et financier*, janv.-févr. 2010, 39, obs. D. Legeais D. 2009, p. 2607, obs. X. Delpech et p. 2971, note D. Houtcieff ; *Revue Banque* n° 721, févr. 2010, note J.-L. Guillot et Y. Bérard.

5. Dans le même sens, Cass. com. 26 janv. 2010, Banque et Droit n° 131, mai-juin 2010.

dire alors qu'en cassant la décision de la Cour de Caen, la chambre commerciale a entendu, dans son arrêt du 13 février 2019, revenir sur sa jurisprudence ? La réponse nous paraît positive.

On pourrait, il est vrai, considérer, que la perte de chance d'éviter le risque d'endettement excessif né de l'octroi du prêt est une façon différente de désigner la perte de chance de ne pas contracter. On pourrait également considérer que l'arrêt du 13 février 2019 concerne une situation bien particulière – le manquement au devoir de mise en garde en cas de prêt *in fine* – alors que les arrêts antérieurs<sup>6</sup> étaient relatifs à des prêts avec tableau d'amortissement. Les deux approches ne sont toutefois pas compatibles et n'ont pas la même portée.

Le préjudice qui réside dans la perte de chance de ne pas contracter est un préjudice réparable même si finalement le prêt a été remboursé sans difficulté. Il en va différemment si le préjudice réside dans la perte de chance

d'éviter le risque qui s'est réalisé. Tant qu'aucun défaut de paiement ne peut être constaté, notamment parce que le prêt n'est pas encore arrivé à échéance, le préjudice allégué ne remplit pas la condition de certitude exigée pour qu'il soit indemnisable, les préjudices seulement éventuels n'étant pas réparables<sup>7</sup>.

Ce revirement de jurisprudence semble *a priori* marquer un recul de la protection des clients car les conditions de la mise en œuvre de la responsabilité du banquier sont plus strictes. La nouvelle solution n'est toutefois pas illogique car l'indemnisation des clients est légitime uniquement s'ils souffrent du manquement au devoir de mise en garde. Par ailleurs, la nouvelle solution ne leur est pas si défavorable comme le montre un arrêt du 6 mars 2016 rendu en matière de prescription<sup>8</sup>. ■

PRÊT *IN FINE* – ADOSSEMENT DU PRÊT À UN CONTRAT D'ASSURANCE VIE – DEVOIR DE MISE EN GARDE – TERME DU PRÊT NON ÉCHU – PRÉJUDICE ÉVENTUEL.

21, obs. Th. Bonneau ; JCP 2010, éd. E, 1153, note D. Legeais, 1496, éd. G, 354, note Gourio ; D. 2010, act. jurisp. p. 578, NDLR Avena-Robardet ; Cass. com. 7 février 2018, arrêt n° 94 F-D, pourvoi n° C 16-12.808 et X 16-24.004, Trigalleau c/ Société Banque calédonienne d'investissement.

6. Cass. com. 20 octobre 2009 et 26 janvier 2010, préc.

7. F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, Droit civil – Les obligations, Dalloz, 12<sup>e</sup> éd. 2018, n° 924.

8. Cf. Cass. com. 6 mars 2019, arrêt n° 241 FS-P+B, pourvoi n° R 17-22.668, Bernex et al. c/ Société Crédit Logement et al., *infra*, cette revue.

## L'incidence du caractère « *in fine* » du prêt sur la prescription de l'action en responsabilité au titre d'un manquement au devoir de mise en garde

### La prescription court à compter de la date de la réalisation du dommage.

Cass. com. 6 mars 2019, arrêt n° 241 FS-P+B, pourvoi n° R 17-22.668, Bernex et al. c/ Société Crédit Logement et al.

Commentaire de Thierry Bonneau

L'arrêt du 6 mars 2019 est dans la droite ligne de l'arrêt du 13 février 2019<sup>1</sup>. La Cour de cassation tire d'ailleurs toutes les conséquences de sa nouvelle conception en matière de préjudice et procède, par la même occasion, à un revirement de jurisprudence.

On se souvient, en effet, que dans un arrêt du 3 décembre 2013<sup>2</sup>, la Cour avait considéré que « la prescription d'une action en responsabilité court à compter de la réalisation du dommage ou de la date à laquelle il est révélé à la victime si celle-ci établit qu'elle n'en avait pas eu précédemment connaissance et que le dommage résultant d'un manquement à l'obligation de

*mise en garde consistant en une perte de chance de ne pas contracter se manifeste dès l'octroi des crédits* »<sup>3</sup> : la prescription de l'action en responsabilité en raison d'un tel manquement courait donc, en principe, à compter de la conclusion du crédit. Cette solution est désormais écartée. La Cour, dans son arrêt du 6 mars 2019, fait courir la prescription à compter de la date de la réalisation du dommage, en l'occurrence à la date du terme du prêt *in fine*.

En l'espèce, le prêt *in fine*, consenti à une SCI, avait été conclu en 1999 et son terme était intervenu en 2011. Il était garanti par le nantissement de contrats d'assurance vie souscrits par une personne physique et qui ont été rachetés en 2012. Comme le montant du rachat n'a permis que le remboursement partiel du prêt, l'emprunteur et le souscripteur des contrats d'assurance vie ont agi contre le prêteur « en lui reprochant de n'avoir pas informé M. Bernex, lors de la souscription des contrats d'assurance vie, du risque que le rachat de ces contrats ne permette pas de rembour-

1. Cass. com. 13 février 2019, arrêt n° FS-P+B, pourvoi n° X 17-14.785, société Banque CIC Nord c/ Archeray, *supra*, cette revue.

2. Cass. com. 3 déc. 2013, arrêt n° 1170 F-D, pourvoi n° Z 12-26934, société Montaine et al. c/ Société générale et al.

3. Dans le même sens, Cass. com. 25 octobre 2017, arrêt n° 1301 F-D, pourvoi n° M. 16-15.116, Rahon c/ BNP Paribas : « Mais attendu, d'une part, que la prescription d'une action en responsabilité court à compter de la réalisation du dommage ou de la date à laquelle il est révélé à la victime si celle-ci établit qu'elle n'en avait pas eu précédemment connaissance ; que le dommage résultant d'un manquement à l'obligation de mise en garde consistant en une perte de chance de ne pas contracter se manifeste, envers l'emprunteur, dès l'octroi des crédits ; qu'ayant relevé que les premières conclusions par lesquelles M. X... a recherché la responsabilité de la banque ont été notifiées à cette dernière le 29 septembre 2010, c'est-à-dire après l'expiration du délai de prescription de dix ans, ramené à cinq ans par la loi du 17 juin 2008, puisque le découvert en compte a fait l'objet d'un contrat signé le 10 avril 1997, suivi d'un avenant du 1<sup>er</sup> octobre 1998, et que les prêts ont été consentis par des actes du 10 avril 1997, la cour d'appel en a exactement déduit que l'action fondée sur un manquement de la banque à son obligation de mise en garde était prescrite. » Voir également, dans le même sens, Cass. com. 25 octobre 2017, arrêt n° 1301 F-D, pourvoi n° M. 16-15.116, Rahon c/ BNP Paribas.

ser le prêt à son terme ». L'action avait été déclarée, par les juges du fond, prescrite au motif que la perte de chance de ne pas contracter « se manifeste dès l'octroi du crédit ». Leur décision est censurée par la Cour de cassation qui décide que le risque s'étant réalisé en 2011, l'action exercée le 18 mars 2013 n'était pas prescrite :

« Qu'en statuant ainsi, alors que le dommage invoqué par M. Bernex, souscripteur des contrats d'assurance vie nantis, consistait en la perte de la chance d'éviter la réalisation du risque que, du fait d'une contre-performance de ces contrats, leur rachat ne permette pas de rembourser le prêt, et que ce risque n'avait pu se réaliser qu'au terme de celui-ci, en 2011, de sorte que ce dommage, comme celui, par ricochet, invoqué par la SCI, n'avaient pu survenir qu'à cette date et que l'action exercée le 18 mars 2013 n'était donc pas prescrite,

la cour d'appel a violé » l'article 110-4 du Code de commerce.

Le revirement de jurisprudence est donc certain. On peut seulement s'étonner de la classification de l'arrêt commenté en arrêt D (pour « diffuser ») alors qu'un tel changement aurait dû conduire à le classer en arrêt P (pour « publier »), catégorie adoptée pour l'arrêt du 13 février 2019. Par ailleurs, il n'est pas sans conséquence pour les prêts amortissables. On peut en effet penser que le point de départ de la prescription doit être désormais situé à la date d'apparition des premières difficultés de remboursement du crédit. ■

PRÊT IN FINE – ADOSSEMENT DU PRÊT À UN CONTRAT D'ASSURANCE VIE – DEVOIR DE MISE EN GARDE ACTION EN RESPONSABILITÉ – PRESCRIPTION – POINT DE DÉPART.

## De la sanction du non-respect de l'obligation d'information de l'emprunteur en matière de regroupement de crédits

**Les modalités d'information de l'emprunteur en matière de regroupement de crédits ne sont pas sanctionnées par la déchéance du droit aux intérêts.**

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 9 janvier 2019, arrêt n° 5, pourvoi n° 17-20.565, Epoque Marty c/ Société Landesbank Saar, FS – P + B.

Commentaire de Sophie Gjidara-Decaix

Devenu une opération courante, le regroupement de crédits - qui peut se définir comme l'opération de crédit visant à rembourser une pluralité de crédits préexistants en souscrivant un prêt unique - demeure une opération risquée pour les emprunteurs, qui a justifié son encadrement à l'occasion de la réforme du 1<sup>er</sup> juillet 2010<sup>1</sup>. Soumis aux dispositions relatives soit au crédit à la consommation, soit au crédit immobilier, il fait aussi l'objet de dispositions spécifiques, notamment à l'art. L. 314-14 du Code de la consommation (ancien art. L. 313-15 alinéa 5) qui a instauré une obligation d'information spécifique dont les modalités sont précisément détaillées aux articles R. 314-12 à R. 314-14 (anciens art. R. 313-12 à R. 313-14) du même code. Aussi important qu'il puisse paraître, ce formalisme informatif n'a pourtant été assorti d'aucune sanction particulière. C'est à cette question de la sanction du non-respect des modalités d'information de l'emprunteur en matière de regroupement de crédits que la Cour de cassation a été confrontée dans son arrêt du 9 janvier 2019. En l'espèce, un emprunteur ayant souscrit un prêt de 2 200 000 € destiné au refinancement de plusieurs crédits relatifs à l'acquisition et à la rénovation d'un bien immobilier, avait demandé à ce que la banque soit déchue de son droit aux intérêts pour manquement

à son obligation d'information en matière de regroupement de crédits. Sanction « usuelle voire systématique » des obligations d'information<sup>2</sup>, la déchéance du droit aux intérêts est notamment encourue lorsque le manquement à l'obligation d'information concerne isolément soit un crédit à la consommation, soit un crédit immobilier. Dans la mesure où le législateur soumet l'opération de regroupement de crédits, par renvoi aux dispositions relatives soit au crédit à la consommation, soit au crédit immobilier, il était envisageable de considérer que, par extension, la déchéance des intérêts puisse être la sanction à prononcer. Défendue par quelques juridictions de fond<sup>3</sup>, cette solution est catégoriquement condamnée par la Cour de cassation, qui affirme que la déchéance du droit aux intérêts n'est pas encourue, dès lors que « selon l'article L. 312-33 du code de la consommation dans sa rédaction antérieure à celle issue de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014, le prêteur peut être déchu du droit aux intérêts, en totalité ou dans la proportion fixée par le juge, en cas de non-respect des différentes obligations visées par cet article, parmi lesquelles ne figurent pas les modalités d'information de l'emprunteur énumérées aux articles R. 313-12 à R. 313-14 du même code relatifs au regroupement de crédits prévu à l'article L. 313-15, dans leur rédaction alors applicable ». Sanction civile atypique - qui a la nature, pour certains auteurs, d'une peine privée<sup>4</sup> - la déchéance du droit aux intérêts ne peut intervenir que si elle est expressément prévue par un texte qui, par ailleurs, doit faire l'objet d'une interprétation stricte<sup>5</sup>. Force est de constater qu'en l'espèce, l'obligation pour le prêteur d'établir lors d'une opération de regroupement de crédits le document d'information prévu aux anciens art. R. 313-12 et suivants du Code de la consommation n'est assortie d'aucune sanction spécifique comme l'a relevé la cour d'appel et, que ces textes ne figurent pas au nombre

1. S. Piedelièvre, « Le consommateur et le regroupement de crédits », *Gaz. Pal.* n° 159, 7 juin 2012, p. 5.

2. F. Boucard, « Les sanctions issues de la réforme du crédit immobilier par l'ordonnance du 25 mars 2016 », *Rev. droit banc et fin.* 2016, dossier 34, spéc. n° 6.

3. CA Caen 29 nov. 2019, n° 16/04174, *LEBD* 2019, n° 2, p. 3, note J. Lasserre Capdeville.

4. N. Sauphanor, « L'influence du droit de la consommation sur le système juridique », *LGDJ*, 2000, n° 351-352 - Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 janv. 2010, *Rev. droit banc et fin.* 2010, comm. 46, note X. Lagarde.

5. En ce sens, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 juin 2000, n° 97-22394, *Juris-Data* n° 2000-002488.

de ceux que l'ancien art. L. 312-33 du Code de la consommation frappe d'une déchéance du droit aux intérêts, en totalité ou dans la proportion fixée par le juge. Dans ces conditions, la déchéance du droit aux intérêts ne pouvait être encourue. En dépit de la recodification opérée en 2016 du Code de la consommation, cette solution a vocation à perdurer, dès lors que l'art. L. 341-34 nouveau du Code de la consommation prévoyant la déchéance du droit aux intérêts ne renvoie toujours pas aux art. L. 313-5 et R. 314-18 à R. 314-20 régissant l'obligation d'information en matière de regroupement de crédits. Confrontés aux limites de la technique du renvoi et aux lacunes du législateur, les emprunteurs n'ont d'autre alternative que de se tourner vers les sanctions imparfaites du droit commun, en sollicitant la nullité du contrat ou l'octroi de dommages et intérêts. Considéré comme l'un des droits les plus sanctionneurs en raison de la multiplication et de la diversité de ses sanctions (civiles, pénales ou administratives), le droit de la consommation se révèle encore imparfait<sup>6</sup>, notamment en ce qu'il comporte des disposi-

6. N. Sauphanor-Brouillaud, « La refonte du droit contractuel général de la

tions dépourvues de sanctions propres. Or, sans sanction adéquate, la règle est dépourvue de toute effectivité. En publiant cet arrêt au bulletin, on est amené à penser que la Cour de cassation a voulu attirer l'attention du législateur, auquel il appartient de décider de l'importance ou non de l'obligation d'information spécifique édictée en matière de regroupement de crédits. Mais cette question s'inscrit aussi dans une réflexion d'ensemble, que certains auteurs appellent de leurs vœux<sup>7</sup>, sur les sanctions applicables en droit de la consommation, dont la mise en cohérence est seule de nature à assurer une protection efficace des consommateurs. ■

CRÉDIT IMMOBILIER – REGROUPEMENT DE CRÉDITS – NON-RESPECT DES MODALITÉS D'INFORMATION DE L'EMPRUNTEUR – SANCTION – DÉCHÉANCE DU DROIT AUX INTÉRÊTS.

consommation par l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 », RC 2016, n° 3, p. 492 – C. Ambroise-Castérot, « La recodification 2016 du code de la consommation...ou le chemin de croix du pénaliste », *AJPénal* 2016, p. 374.

7. S. Bernheim-Desvaux, « Plaidoyer en faveur d'un renforcement des sanctions civiles en droit de la consommation », *Contrats, conc. et consom.* 2019, étude 1 et étude 2 – C. Leroux-Campello, *Les sanctions du droit de la consommation*, Thèse Paris 2, 2018.

## De la notion de consommateur et de ses conséquences

**Les emprunteurs exerçant une activité professionnelle au titre de leur opération d'investissement immobilier ne sont pas des consommateurs et ne peuvent donc invoquer le bénéfice de la prescription biennale.**

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 23 janv. 2019, pourvoi n° 17-23.917, arrêt n° 63, M. Levêque c/ Soc. Lyonnaise de banque.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 23 janv. 2019, pourvoi n° 17-23.918, arrêt n° 64, Époux Barbe c/ Soc. Lyonnaise de banque.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 23 janv. 2019, pourvoi n° 17-23.919, arrêt n° 65, Époux Naquet c/ Soc. Lyonnaise de banque.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 23 janv. 2019, pourvoi n° 17-23.920, arrêt n° 66, Époux Pilleboue c/ Soc. Lyonnaise de banque.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 23 janv. 2019, pourvoi n° 23.921, arrêt n° 67, Époux Billot c/ Soc. Lyonnaise de banque ; *Gaz. Pal.* 2 avr. 2019 n° 13, p. 29, obs. S. Piedelièvre ; *LEBD* 2019, p. 6, note J. Lasserre Capdeville.

### Commentaire de Sophie Gjidara-Decaix

En 2016 puis en 2017, la Cour de cassation a décidé que les particuliers qui souscrivent des prêts immobiliers pour financer l'achat d'immeubles destinés à une location en meublé exercent une activité professionnelle, fût-elle accessoire, qui les exclut de la catégorie des consommateurs et de la possibilité d'invoquer la prescription biennale de l'article L. 218-2 du Code de la consommation. Dans plusieurs arrêts rendus le 23 janvier 2019, elle réaffirme sa position tout en apportant d'utiles précisions sur la notion de consommateur au sens de l'article préliminaire du Code de la consommation.

Dans toutes les espèces, les faits étaient quasiment identiques. Des emprunteurs avaient souscrit auprès d'une banque plusieurs prêts en vue d'acquérir des biens à usage

de résidence locative. Confrontés à des procédures de saisie-attribution diligentées par la banque, les emprunteurs les avaient contestées, en invoquant la prescription de la créance soumise, selon eux, au délai de prescription biennale de l'art. L. 218-2 du Code de la consommation. Dans la plupart des cas, les emprunteurs faisaient valoir que les prêts immobiliers consentis faisaient expressément référence aux règles propres au crédit immobilier édictées par le Code de la consommation. Ayant vu leur demande rejetée, les emprunteurs contestaient devant la Cour de cassation que la qualité de consommateur leur ait été refusée et, par voie de conséquence, le bénéfice de la prescription biennale.

En ce qui concerne la soumission volontaire au Code de la consommation, la Cour de cassation rappelle que la « référence dans l'acte de prêt aux seules dispositions des articles L. 312-3 et suivants, dont il ne peut s'induire une soumission volontaire à toutes les dispositions du Code de la consommation, n'a pas pour effet de modifier la qualité de l'emprunteur et la nature du prêt ». S'il est admis depuis longtemps que les parties peuvent soumettre volontairement leur opération aux dispositions du Code de la consommation relatives au crédit immobilier<sup>1</sup> qui s'appliquent alors dans leur intégralité<sup>2</sup>, cela n'implique pas qu'elles puissent bénéficier de toutes les dispositions du Code de la consommation. Tout le régime du crédit immobilier, mais lui seul trouvera à s'appliquer. L'application volontaire des dispositions consoméristes relatives au crédit immobilier demeurera sans effet sur l'application de la prescription

1. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 23 mars 1999, n° 97-11525, *Bull. civ. I*, n° 108 – Cass. 1<sup>re</sup> civ., 2 oct. 2002, n° 99-18467, *Bull. civ. I*, n° 230.

2. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 avr. 2006, n° 04-15813, *JCP N* 2006, 1544, note S. Piedelièvre, *Contrats, conc., consom.* 2006, comm. 119, note G. Raymond.

biennale<sup>3</sup> qui ne profite qu'au seul consommateur<sup>4</sup>. A défaut de pouvoir prétendre au délai consommériste de deux ans, rien n'empêche cependant les parties de prévoir de déroger à la prescription de droit commun, en stipulant dans leur contrat une prescription plus courte dans les conditions de l'article 2254 du Code civil qui autorise les conventions sur la prescription.

En ce qui concerne la qualité de consommateur, la Cour de cassation adopte une lecture pragmatique de l'article liminaire du Code de la consommation, qui définit le consommateur comme « toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole ». Pour déterminer si la personne physique a agi dans le cadre d'une activité professionnelle exclusive de la qualité de consommateur, la Cour de cassation retient deux indices. Premièrement, elle souligne l'ampleur de l'opération d'investissement locatif caractérisée à la fois par le nombre important d'opérations immobilières similaires (oscillant entre 7 et 15 selon les espèces), et le montant élevé des opérations intégralement financées par les prêts (avoisinant les 2 millions d'euros dans toutes les espèces). Deuxièmement, elle relève que la plupart des emprunteurs étaient inscrits au registre du commerce et des sociétés en qualité de loueur de meublé professionnel. Même si l'inscription au registre du commerce et des sociétés n'est pas à elle seule suffisante pour qualifier une personne physique de professionnel<sup>5</sup>, elle constitue un indice qui, corro-

boré par d'autres, permet de caractériser l'activité professionnelle de l'emprunteur. Sur la base de ce faisceau d'indices, les juges du fond avaient considéré, selon la formule consacrée, que les emprunteurs exerçaient, en tant que loueurs de meublé professionnel, une activité professionnelle « accessoire ». C'est justement ce caractère « accessoire » que les emprunteurs contestaient devant la Cour de cassation, arguant de ce que l'activité de loueur de meublé professionnel était « distincte et étrangère » à leur activité principale, selon les espèces, de médecin, d'infirmier ou de fonctionnaire. De ce point de vue, la réponse de la Cour de cassation a le mérite de la clarté, en ce qu'elle considère que les emprunteurs, nonobstant leur activité principale de médecin, d'infirmier ou de fonctionnaire, exerçaient également une activité professionnelle au titre de leur opération d'investissement immobilier. La Cour de cassation refuse de considérer que l'emploi du pronom relatif « son » dans l'article préliminaire du Code de la consommation supposerait que l'activité professionnelle entretienne un lien avec l'activité principale de l'emprunteur. L'activité professionnelle s'apprécie de manière autonome, en tenant compte des conditions et du contexte dans lesquels les personnes agissent, peu importe qu'elle soit accessoire ou secondaire au regard du métier qu'elles peuvent, par ailleurs, exercer.

En définitive, en raison de leur qualité et de la nature de leurs prêts, les emprunteurs ne pouvaient prétendre au bénéfice de la prescription biennale du Code de la consommation qui demeure l'apanage du seul consommateur, qui devrait s'entendre de la personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre d'une activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole. ■

CRÉDIT IMMOBILIER – CONSOMMATEUR – ACTIVITÉ PROFESSIONNELLE DE LOUEUR DE MEUBLÉ – PRÊT – PRESCRIPTION.

3. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 nov. 2016, n° 15-23045, LEDC 2016, p. 4, note G. Cattalano-Cloarec; *Contrats, conc., consom.* 2016, comm. 46, note S. Bernheim-Desvaux.

4. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 22 sept. 2016, n° 15-18154, *Rev. droit banc et fin.* 2016, comm. 236, note N. Mathey – Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 janv. 2018, pourvoi n° 16-27546, *Banque et Droit* 2018, nov.-déc., p. 16, note S. Gjidara-Decaix.

5. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 juin 2018, n° 17-16519 et n° 17-16520, *Contrats, conc., consom.* 2018, comm. 164, note S. Bernheim-Desvaux.

## Des prêts libellés en francs suisses remboursables en euros : confirmation des solutions

**La clause d'indexation du prêt sur la valeur du franc suisse, en ce qu'elle définit l'objet principal du contrat, n'est pas abusive pour autant qu'elle est rédigée de manière claire et compréhensible.**

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 févr. 2019, arrêt n° 116, pourvoi n° 17-31.067, Époux de Mascarel de la Corbière c/ SA BNP Paribas Personal Finance, FS-P+B.

Commentaire de Sophie Gjidara-Decaix

À l'occasion de quatorze arrêts rendus le 20 février 2019, la Cour de cassation a, une fois encore, été confrontée à la question de la validité des emprunts libellés en francs suisses et remboursables en euros souscrits par des particuliers. Dans la mesure où les questions et les réponses ont été formulées, dans toutes ces affaires, en

termes identiques, seule l'une d'entre elles nous retiendra. En l'espèce, la société BNP Paribas Personal Finance a consenti à un couple d'emprunteurs, pour financer l'acquisition d'un bien immobilier, un prêt libellé en francs suisses et remboursable en euros, dénommé Helvet Immo, comprenant une clause d'indexation du prêt sur la valeur du franc suisse. Ayant assigné la banque en annulation de la clause litigieuse et en indemnisation, les emprunteurs invoquaient, en vain, au soutien de leurs demandes, d'une part l'irrégularité de la clause relative à l'indexation du prêt sur la valeur du franc suisse (1.), et d'autre part le manquement de la banque à son obligation d'information (2.).

1. Dans le sillage des arrêts précédemment rendus, la Cour de cassation confirme la validité de la clause litigieuse au regard de la législation relative aux clauses abusives. Ainsi, elle approuve les juges du fond d'avoir considéré que l'appréciation du caractère abusif des clauses, au sens de l'article L. 212-1 du Code de la consommation, ne peut porter sur la définition de l'objet principal du

contrat, pour autant que ces clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible. Ayant relevé que « l'offre préalable de prêt, dans laquelle s'insère la clause litigieuse, prévoit la conversion en francs suisses du solde des règlements mensuels en euros après paiement des charges annexes du crédit, que le prêt a pour caractéristique essentielle d'être un prêt en francs suisses remboursable en euros et que le risque de change, inhérent à ce type de prêt, a une incidence sur les conditions de remboursement du crédit », la cour d'appel a pu valablement estimer, tout d'abord, que la clause litigieuse définissait l'objet principal du contrat. De ce point de vue, l'analyse de l'objet principal du contrat est conforme à celle adoptée par la Cour de justice de l'Union européenne, qui fait relever de l'objet principal du contrat la clause qui fixe une prestation essentielle caractérisant le contrat<sup>1</sup>. Ensuite, les juges se sont penchés sur la question de savoir si la clause était rédigée de façon claire et compréhensible. Adoptant la même conception exigeante de la Cour de justice de l'Union européenne à propos de la compréhension non seulement rédactionnelle mais aussi concrète de la clause par un consommateur moyen<sup>2</sup>, les juges concluent à son caractère clair et compréhensible en relevant, parmi d'autres éléments, que « l'offre préalable de prêt détaille les opérations de change réalisées au cours de la vie du crédit [...], qu'il est mentionné dans l'offre que les emprunteurs acceptent les opérations de change de francs suisses en euros et d'euros en francs suisses nécessaires au fonctionnement et au remboursement du crédit [...], que l'amortissement du capital évoluera en fonction des variations du taux de change appliqué aux règlements mensuels, à la hausse ou à la baisse, que cette évolution peut entraîner l'allongement ou la réduction de la durée d'amortissement du prêt, et le cas échéant, modifier la charge totale de remboursement [...], que le contrat expose de manière transparente le fonctionnement concret du mécanisme de conversion de la devise étrangère [...], qu'a été jointe à l'offre de prêt une notice assortie de simulations chiffrées de l'impact des variations du taux de change sur le plan de remboursement afin d'éclairer les emprunteurs sur les risques inhérents à la souscription d'un prêt en devises ». Étant acquis que la clause relative à la monnaie de compte d'un prêt en devise porte sur l'objet principal du contrat, le contrôle de son caractère abusif dépend désormais exclusivement de sa rédaction obscure et inintelligible.

2. La Cour de cassation ne retient pas plus que les arrêts antérieurs le manquement de la banque à son obligation d'information. Alors que les emprunteurs faisaient valoir qu'il incombait à la banque d'exposer de manière transparente, au besoin à l'aide d'exemples chiffrés, le fonctionnement concret du mécanisme de conversion de la devise étrangère afin de permettre à l'emprunteur d'évaluer, sur le fondement de critères précis et intelligibles, les conséquences économiques qui en découlent pour eux, les juges ont déduit du contenu de l'offre que « les emprunteurs avaient été clairement informés sur le risque

de variation du taux de change [...] et sur le coût total du crédit en cas de dépréciation de l'euro ». En effet, l'offre de prêt informait « les emprunteurs que le crédit était libellé en francs suisses, que le capital emprunté permettrait de débloquent le montant du prix de l'immeuble chiffré en euros chez le notaire », tandis que le contrat expliquait « sans équivoque le fonctionnement du prêt en devises », détaillait « les opérations effectuées à chaque paiement d'échéance » et décrivait « les opérations de change pouvant avoir un impact sur le plan de remboursement ». Conformément aux exigences de la Cour de justice de l'Union européenne, les emprunteurs avaient été expressément informés des conséquences économiques potentiellement significatives d'une telle clause sur leurs obligations financières. En tout état de cause, la banque avait manifestement respecté son obligation d'information, ne serait-ce qu'en mentionnant de manière claire et compréhensible tous les éléments d'information pertinents dans de nombreux documents (offre préalable, contrat, notice).

Dans ces conditions, quelles perspectives s'ouvrent aux emprunteurs ? Peuvent-ils espérer être entendus en invoquant d'autres fondements tels qu'un manquement de la banque à son devoir de conseil ou à son devoir de mise en garde ? Il convient de rappeler, premièrement, que la banque n'est pas tenue, « sauf disposition légale ou contractuelle contraire, à une obligation de conseil à l'égard de son client et qu'elle n'est susceptible d'engager sa responsabilité que dans les cas où elle lui a fourni un conseil inadapté à sa situation dont elle a connaissance »<sup>3</sup>. Le fait est qu'en matière de crédit, le devoir de conseil rencontre peu de succès<sup>4</sup>. Deuxièmement, la banque n'est tenue d'un devoir de mise en garde à l'égard des emprunteurs non avertis qu'en présence, à la date de conclusion du prêt, d'un risque d'endettement excessif né de l'octroi de ce prêt au regard de leur capacité financière<sup>5</sup>. En l'absence de risque d'endettement excessif, il n'y a pas de devoir de mise en garde. En définitive, si le contentieux des prêts immobiliers libellés en devises étrangères a été jugulé depuis l'adoption de l'article L. 313-24 du Code de la consommation, le sort des emprunteurs ayant souscrit leur prêt avant le 1<sup>er</sup> octobre 2016 laisse peu d'espoir. ■

CRÉDIT IMMOBILIER – PRÊTS LIBELLÉS EN FRANCS SUISSES REMBOURSABLES EN EUROS – CLAUSE ABUSIVE – CLAUSE CLAIRE ET COMPRÉHENSIBLE – OBLIGATION D'INFORMATION.

1. CJUE 30 avr. 2014, aff. C-26/13, *Arpad Kasler*, *Contrats, conc., consom.* 2014, comm. 202, note G. Raymond – CJUE, 2<sup>e</sup> ch., 20 sept. 2017, aff. C-186/16, *Andrić et al. c/ Banca Românească SA*, *AJContrat*, 2017, p. 484, note B. Brignon, D. 2017, p. 2401, note J. Lasserre Capdeville ; *Gaz. Pal.* 14 nov. 2017, p. 61, note M. Roussille.

2. CJCE 20 sept. 2018, aff. C-51/17, *OTP Bank Nyrt, OTP Faktoring Kőveteléskezelő Zrt. c/ Teréz Illyés, Emil Kiss*, *JCP G* 2018, 1057, obs. D. Berlin ; *RDC* 2019, p. 109, note G. Cattalano.

3. Cass. com. 13 janv. 2015, n° 13-25856, D. 2015, p. 2145, obs. D.R. Martin et H. Synvet ; *RTD Com.* 2015, p. 340, obs. D. Legeais.

4. F. Boucard, « La disgrâce du devoir de conseil du banquier », in *AJContrat* 2018, dossier 55, « Le Devoir de conseil du cocontractant », p. 65.

5. Th. Bonneau, « Les clauses indexant le montant du prêt sur le Franc suisse sont-elles abusives et doivent-elles faire l'objet d'une mise en garde ? », *JCP G* 2017, p. 918 – Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 mai 2018, n° 17-13593, *JCP G* 2018, p. 1165, note J. Lasserre-Capdeville ; *Banque et Droit* 2018, n° 180, juill.-août, p. 14, note S. Gjidara-Decaix – Cass. 1<sup>re</sup> civ., 12 déc. 2018, n° 17-18491, *Contrats, conc., consom.* 2019, comm. 33, note S. Bernheim-Desvaux – Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 mars 2019, n° 17-23169 : *Juris-Data* n° 2019-003724, *JCP E* 2019, act. 197.