

Quelques réflexions d'ordre juridique, financier et économique

A propos d'un article du professeur Jérôme Huet sur l'application de l'article 1250-2° du Code civil au remboursement anticipé d'un prêt d'argent (Recueil Dalloz 1999, 29^e cahier Chron.)



RAYMOND QUENIN
Sous-directeur à la
Direction des affaires juridiques et fiscales
de la BDPME

Dans un article paru dans le Recueil Dalloz 1999, le professeur Jérôme Huet soutient, sur la base de l'article 1250-2° du Code civil, une thèse selon laquelle le débiteur serait en droit de rembourser un crédit par anticipation sans indemnités et que le créancier ne pourrait pas s'y opposer. Si une telle analyse devait prospérer, elle aurait des conséquences dommageables pour les prêteurs professionnels surtout en période de baisse des taux. Heureusement de très nombreux arguments peuvent être opposés à cette thèse laquelle repose sur des assimilations discutables, méconnaît le contexte économique ou financier et enfin appelle des critiques sur le plan de sa construction juridique. Il est apparu utile de faire valoir le point de vue d'un prêteur professionnel. C'est aussi l'occasion d'une réflexion sur les clauses de remboursement anticipé qui assortissent les contrats de prêt.

L'article 1250-2° c. civ dispose que : « Cette subrogation est conventionnelle [...] 2° Lorsque le débiteur emprunte une somme à l'effet de payer sa dette, et de subroger le prêteur dans les droits du créancier. Il faut pour que cette subrogation soit valable, que l'acte d'emprunt et la quittance soient passés devant notaire, que dans l'acte d'emprunt il soit déclaré que la somme a été empruntée pour faire le paiement, et que dans la quittance il soit déclaré que le paiement a été fait des deniers fournis à cet effet par le nouveau créancier. Cette subrogation s'opère sans le concours de la volonté du créancier ».

Le professeur Jérôme Huet, dans une analyse audacieuse et novatrice construite sur la base de l'article 1250-2° du Code civil, propose de considérer que le débiteur serait en droit de rembourser un crédit par anticipation sans indemnités (ou presque) et que le créancier ne pourrait pas s'y opposer.

Certes de nombreux auteurs notamment le professeur Philippe Malaurie (1) ne sont pas de cet avis. Néanmoins, la profession bancaire pourrait s'inquiéter des conséquences d'une telle analyse. Le risque ne semble pas tant que cette analyse prospère définitivement vu les nombreux obstacles économiques, financiers et juridiques qu'elle ne manquera pas de rencontrer, mais il réside dans la tentation qu'elle peut donner à certains « conseils » peu scrupuleux d'engager leurs clients dans de multiples mauvais procès. Il semble donc opportun d'exprimer le point de vue d'un prêteur professionnel.

Il est proposé dans l'étude ci-après :

- de formuler des réserves sur les assimilations contenues dans l'étude du professeur Huet ;
- de montrer les limites de l'analyse juridique effectuée dans cet article ;
- de souligner le caractère dommageable du remboursement anticipé pour le prêteur ;
- avant de proposer quelques suggestions pratiques au sujet des clauses de remboursement anticipé.

1 L'analyse du professeur Huet ne distingue pas entre la rente et le prêt, entre la situation du 17^e siècle et celle du 20^e siècle. Ces assimilations appellent des réserves

Il faut d'abord rendre hommage à l'érudition du professeur Huet et à celle du professeur Malaurie. Afin de saisir toute la signification de ce texte, les auteurs l'ont replacé dans son contexte historique. Cela est fait de façon magistrale mais quelque peu divergente. On peut rappeler brièvement les termes du débat.

L'Edit de mai 1609 (2) concernait les rentes constituées. Ce point-là n'est l'objet d'aucune discussion. Mais en ce qui concerne l'interprétation de l'arrêté des subrogations

Personnes ayant participé à cette étude : Gersende Yuste, Jean-Luc-Marie Coudert, François Macaire, Jean-Pierre Silvestri.

de 1690 ⁽³⁾ et l'incidence du contexte économique de l'époque, les opinions des professeurs Huet et Malaurie ne sont pas tout à fait identiques.

Selon ces deux auteurs, l'Édit de 1609 avait pour vocation de faciliter le rachat des rentes ⁽⁴⁾, ce qui aurait eu pour conséquence de contraindre le créancier à accepter un paiement même s'il ne le souhaitait pas. Ce qui correspondait à la volonté de ne pas laisser le débiteur dans une situation d'impasse. Selon le professeur Huet, l'arrêté des subrogations a étendu les dispositions de l'Édit antérieur à toutes les créances remboursables ou non ⁽⁵⁾. Le professeur Malaurie interprète plus restrictivement cet arrêté, en considérant que cela ne concerne que «toutes les rentes où une clause de rachat perpétuel avait été insérée.» ⁽⁶⁾.

1-1 Le débat est important car la rente perpétuelle n'est pas un prêt : juridiquement l'une n'a pas de terme alors que l'autre en a un. Cela a des conséquences essentielles en ce qui concerne les sorties anticipées à la fois sur le plan juridique et sur le plan économique.

Sur le plan juridique, les rédacteurs du Code civil ont parfaitement pris en compte la différence de nature entre la rente et le prêt et plus particulièrement en ce qui concerne la possibilité de sortie anticipée. Ainsi, l'article 1911 c.civ. dispose : «La rente constituée en perpétuel est essentiellement rachetable», la suite du texte prévoit la possibilité d'une franchise limitée à dix ans ou d'un préavis contractuel. Ce faisant, cet article organise un droit dont l'exercice repose sur la seule volonté du débiteur.

Cela peut être également le cas pour le prêt (début de l'article 1187 c.civ. : «Le terme est toujours présumé stipulé en faveur du débiteur») mais les parties peuvent en décider autrement (fin de l'article : «à moins qu'il ne résulte de la stipulation ou des circonstances, qu'il a été aussi convenu en faveur du créancier»). S'agissant de prêts à terme, les prêteurs professionnels veulent systématiquement que le terme soit stipulé dans l'intérêt des deux parties afin de préserver leurs intérêts. L'accord du prêteur, pour un remboursement avant le terme contractuel, est généralement donné par anticipation dans le contrat de prêt sous réserve d'une indemnité contractuelle.

Ainsi, la sortie anticipée du contrat dépend de la seule volonté du débiteur dans le cas de la rente perpétuelle et, sauf exception, nécessite l'accord de volonté des deux contractants en matière de prêt. Les articles 1911.s c.civ. font justement que le débiteur n'est jamais dans une situation d'impasse. C'est dans ces articles que l'on retrouve l'esprit de l'Édit de 1609 et de l'arrêté des subrogations. La rente perpétuelle et le prêt ne sont pas, notamment sur le plan de la nécessaire volonté des parties, assimilables sur le plan juridique.

1-2 Le professeur Huet justifie cette référence à l'Édit de 1609 et son interprétation de l'arrêté des subrogations par une analogie entre le contexte économique de l'époque, et celui d'aujourd'hui. Le contexte de baisse des taux d'intérêt étant similaire, cela justifie selon lui l'interprétation de l'article 1250-2° c.civ et son application à notre époque tout comme les textes du 17^e siècle ont pu être utilisés de leur temps. Mais la solidité de l'argumentation qui fonde son raisonnement n'est pas assurée. Le professeur Malaurie met, lui, l'accent sur les

différences entre le système économique du 17^e siècle et notre système économique ⁽⁷⁾.

L'assimilation faite par le professeur Huet est à cet égard discutable. L'Édit de 1609 pouvait sans dommage pour l'économie, imposer un mécanisme de substitution de rentes car seuls quelques créanciers subissaient une baisse de leur revenu. L'arrêté des subrogations de 1690 ne pouvait avoir qu'un impact macro-économique limité. D'abord en raison de la faiblesse de l'assiette sur laquelle il pouvait s'exercer ; ensuite parce que les mécanismes de refinancement des prêteurs n'avaient rien à voir avec ceux d'aujourd'hui ⁽⁸⁾.

De nos jours, la généralisation d'un droit à remboursement par anticipation sans indemnités pour les prêts pourrait mettre à mal l'équilibre d'une banque. S'agissant de prêts à long et moyen terme, celle-ci resterait en effet débitrice à titre onéreux vis-à-vis de ses propres prêteurs. Elle serait donc conduite à supporter des coûts sans recevoir des produits en contrepartie. L'expérience d'un récent passé montre que de tels déséquilibres ne sont pas anodins ni pour les banques, ni pour la collectivité. Ceux-la pourraient même affecter plusieurs établissements car les taux évoluent de la même façon pour l'ensemble de la profession, cela constituerait alors un risque systémique.

Sur le plan économique le créancier perpétuel ne peut travailler pour l'essentiel des ressources que sur ses propres fonds. Il ne peut lui-même accepter d'être fortement débiteur à un terme plus ou moins proche car le principal qu'il a prêté n'est pas et ne sera pas exigible par lui-même. Dès lors, un remboursement anticipé impliquera pour lui un manque à gagner et non une perte pour des agios dont il resterait lui-même redevable.

Le prêteur du 20^e siècle est un marchand qui emprunte à l'un pour prêter à l'autre avec marge ⁽⁹⁾ ; il sera lui-même tenu de respecter un terme. Or, le développement économique de ces derniers siècles est en grande partie assis sur le crédit par intermédiation impliquant d'autres techniques que celles de la rente et représentant des volumes bien plus importants.

1-3 Notre siècle est plus que tout autre celui de la réglementation économique. Il nous a, à maintes reprises, été donné de constater qu'une telle législation est liée à une situation donnée, qu'elle lui est contingente. Nous citerons deux exemples : qu'est devenue la réglementation sur les prix ? Il y a cinquante ans les lois de nationalisation proliféraient, aujourd'hui c'est l'inverse, qu'en sera-t-il dans cinquante ans ? Le fait de vouloir utiliser un Édit de 1609 et un arrêté du Parlement de Paris de 1690 pour régenter une situation de la fin du 20^e siècle, ne peut qu'appeler des réserves sur le plan méthodologique.

2 Sur le plan juridique, l'effet libérateur d'un paiement effectué sans l'accord du créancier reste à démontrer

Le professeur Huet soutient dans une analyse novatrice de l'article 1250-2° du Code civil, que la subrogation légitime le remboursement anticipé du prêt par l'emprunteur à son initiative, sans le consentement du prêteur et sans indemnités de remboursement anticipé

dues au prêteur. Selon lui, la subrogation est un mécanisme d'équité, exorbitant de droit commun, et qui a pour but de permettre au débiteur de profiter d'une conjoncture économique favorable, c'est-à-dire une baisse des taux d'intérêts.

Il en déduit ainsi que «la subrogation par le débiteur de l'article 1250-2° c.civ. [...] légitime [...] le remboursement anticipé d'un prêt opéré afin de contracter un autre prêt plus avantageux» et que l'article 1250-2° c.civ. «revêt un caractère impératif.» (10).

2-1 Cette analyse puise ses fondements dans l'origine historique de la subrogation. Le professeur Huet rappelle très justement, dans une thèse classique et difficilement contestable, les conditions de la «naissance» de la subrogation (11). Mécanisme de transfert d'obligations issu du droit romain, qui fut repris par Henri IV dans un Edit de mai 1609, qui consacra l'initiative du seul débiteur dans la subrogation *ex parte debitoris*. Le professeur Huet déduit, de ce pouvoir d'initiative conféré au débiteur, l'impossibilité du créancier à s'opposer à la subrogation.

2-2 Or, c'est là que se situe tout le débat. Le texte de l'article 1250-2° c.civ. n'est pas d'une clarté parfaite. La première phrase décrit l'effet recherché par le débiteur, la deuxième précise la forme à respecter. La troisième «*Cette subrogation s'opère sans le concours de la volonté du créancier*» est ambiguë. Le législateur veut-il dire que sa participation à la subrogation ou son accord formel ne sont pas nécessaires ? Ou a-t-il voulu aller plus loin et dire que le créancier n'a pas le droit de s'y opposer ? Rien n'indique que la deuxième interprétation soit la bonne.

Le professeur Huet tenant cette deuxième interprétation pour acquise, le professeur Malaurie a beau jeu de rappeler que le débat se heurte au fait que la subrogation ne peut pas nuire au créancier (art. 1252 c.civ) et, surtout à l'article 1258-4° c.civ. Cet article dispose que «*pour que les offres réelles soient valables il faut [...] que le terme soit échu, s'il a été stipulé en faveur du créancier*». Le doyen Malaurie rappelle qu'effectivement le créancier peut se voir imposer un paiement, mais cela sous certaines conditions (12).

La doctrine considère que le débiteur ne peut imposer le remboursement anticipé à son créancier que dans le cas où le terme est stipulé en sa seule faveur (13). Mais en revanche, lorsque le terme est stipulé dans l'intérêt des deux parties, le débiteur ne peut imposer à son créancier le remboursement anticipé, et cela même par la voie des offres réelles.

2-3 L'analyse du professeur Huet nous semble proposer une vision particulière de la nature juridique de la subrogation. En effet, il la considère comme un mode de paiement. Il tente ainsi de démontrer «*[...] qu'est insoutenable l'idée selon laquelle l'art. 1250-2°, c.civ n'autoriserait qu'une subrogation dans les sûretés de la créance acquittée [...]*» Non seulement cette analyse n'est pas compatible avec de nombreux articles du Code civil, mais elle va, semble-t-il, à l'encontre de la volonté des rédacteurs. Faut-il rappeler en effet que dans ce monument d'histoire et de réflexion, chaque phrase, chaque mot ont leur sens : l'article 1250-2° c.civ s'inscrit dans un chapitre intitulé «De l'extinction des obligations» où il est question du paie-

ment avec subrogation, et non pas par subrogation. Cela indique clairement que la subrogation est une modalité d'accompagnement du paiement, et non pas une modalité de paiement.

Il n'est donc pas surprenant que cette thèse se situe totalement à contre-courant de celle consacrée par une doctrine quasi-unanime et une jurisprudence constante. Le professeur Malaurie le rappelle fort heureusement : la subrogation n'est pas un mode de paiement en elle-même mais un moyen de transférer les sûretés du créancier au solvens. Elle a «*uniquement pour objet une subrogation dans les sûretés du créancier primitif*» (14).

Il s'agit d'un mécanisme de transfert de créance qui ne légitime en rien le remboursement anticipé.

De grands noms de la doctrine approuvent et suivent cette thèse, comme L. Aynès (15), A. Bénabent (16), J. Carbonnier (17), B. Starck, H. Roland, L. Boyer (18), les frères Mazeaud (19). De même, la jurisprudence cautionne cette vision en consacrant l'effet translatif de la subrogation (20).

2-4 Pour le professeur Huet, il s'agit d'un texte d'exception et d'ordre public.

2-4-1 Sur le plan historique, ce caractère d'ordre public est présent dès la genèse du texte comme le montre sa longue filiation historique (21). Rappelons que le monarque en 1609 favorise une substitution de rente mais ne l'impose pas. En outre, rien dans les textes de l'époque du Code civil ne semble laisser croire à une quelconque volonté de déroger au droit commun des obligations et notamment à ce pilier qu'est l'article 1134 c.civ.. Le professeur Malaurie fait justement remarquer que l'article 1250-2° c.civ. ne permet pas d'imposer à un créancier un paiement anticipé en contradiction avec l'article 1258-4° c.civ. (22).

2-4-2 Sur le fond, le professeur Huet essaye à plusieurs reprises de défendre cette idée de caractère d'ordre public (23). Il justifie cette analyse par l'objectif de la subrogation *ex parte debitoris* (24), ainsi que par l'intérêt général qui anime ce texte (25). L'affirmation du caractère d'ordre public de la subrogation repose donc sur l'idée d'intérêt général. Pour lui, la subrogation (surtout en période de baisse des taux d'intérêt) sert l'intérêt général.

A l'évidence elle sert l'intérêt des débiteurs. Mais cette défense d'intérêts particuliers correspond-elle bien à l'intérêt général ? Et c'est là que se pose tout le problème : il suffit de constater les désordres macro-économiques que pourrait causer une telle analyse (cf. supra paragraphe 1-2 et infra 2-7) pour être en droit de contester sa conformité à l'intérêt général. Cette idée a pu être soutenue au 17^e siècle mais il s'agit d'une contre-vérité majeure à notre époque où l'économie d'endettement occupe la place que l'on sait. Nous ne doutons pas de l'intérêt des références historiques mais si la validité du paiement par subrogation est pour chaque époque justifiée par la défense de l'intérêt général, force est de constater que ce qui a pu être valable jadis ne l'est plus aujourd'hui.

2-4-3 Quand bien même serait-ce suffisant pour qualifier ce texte d'ordre public ? Classiquement, la doctrine faisait référence à la définition de Planiol, selon laquelle le caractère d'ordre public résultait, pour une disposition, de l'ins-

piration par «des considérations d'intérêt général qui se trouveraient compromises si les particuliers étaient libres» d'en empêcher l'application (26). Actuellement la doctrine moderne n'est plus si certaine de cette référence à l'intérêt général. On reconnaît depuis longtemps l'impossibilité de définir de façon satisfaisante l'ordre public (27), on se rend compte que l'intérêt général est une notion tout aussi difficile à cerner que celle d'ordre public, et on objecte que la référence à l'intérêt général est restrictive, l'ordre public concernant aussi les intérêts des particuliers (28). Si la référence à l'intérêt général pour définir l'ordre public semble correcte, elle n'est sans doute pas suffisante et satisfaisante pour établir à elle seule le caractère d'ordre public du texte. En un mot, il est douteux que la thèse du professeur Huet soit conforme à l'intérêt général et aucun autre élément n'est évoqué pour justifier que ce texte soit d'ordre public.

2-5 Lorsque le législateur veut imposer quelque chose d'exceptionnel, il le fait savoir par un texte explicite. Le législateur moderne pour de «bonnes causes» n'hésite pas à être moins respectueux des libertés contractuelles (blocage des loyers, plafonnement des indemnités de remboursement anticipé, voire textes d'application rétroactive...).

A l'évidence il ne paraît pas possible de voir dans l'article 1250-2° du Code civil un texte dans lequel le législateur ait clairement voulu marquer sa volonté d'imposer une dérogation à la liberté contractuelle. Or, là où la loi ne distingue pas, il n'y a pas lieu de distinguer. Le droit commun ne peut être exclu que par une disposition expresse et cette dernière est à interpréter de façon limitative (29).

L'article 1250-2° c.civ n'est pas là pour permettre de s'opposer à la volonté claire du créancier ; c'est une simple disposition de commodité qui permet un transfert de sûretés sans le concours du premier créancier quand il n'a pas manifesté son opposition.

2-6 En matière d'exception, le Code de la consommation offre de nombreux exemples notamment en matière de remboursement anticipé. Ainsi, quand le législateur a voulu imposer des règles dérogatoires, il est passé par des textes explicites : ce furent les lois Scrivener (30).

Le Code de la consommation reconnaît le principe des clauses indemnifiant le prêteur en cas de remboursement anticipé, tout en aménageant les modalités d'exercice. Comme le souligne le professeur Malaurie (31), le remboursement anticipé est donc déclaré valable par le Code de la consommation, ce qui pour lui, «en implique la validité». En effet, en édictant des règles spécifiques pour les consommateurs, le législateur a reconnu le bien-fondé au plan général des conventions d'indemnisation du prêteur en cas de remboursement anticipé dans le droit commun et la nécessité de passer par des textes législatifs pour fonder, à titre dérogatoire, une pratique limitative d'indemnités.

2-7 Toujours sur le plan juridique, il semble légitime de prolonger, le temps d'un raisonnement, l'analyse du professeur Huet à d'autres formes de prêt. Ainsi un emprunt obligataire est constitué d'un ensemble de prêts (au sens de l'article 1892 du Code civil) consentis par les souscripteurs à l'émetteur.

Faudrait-il en conclure que l'émetteur – sous réserve d'accomplir les formalités prévues à l'article 1250 2° c.civ. – peut se libérer de sa dette en remboursant la seule valeur nominale au lieu de payer la valeur de marché quand celle-ci lui est supérieure à la suite d'une baisse des taux ? Les épargnants apprécieraient, y compris les souscripteurs de contrats d'assurance vie. Plus sérieusement une telle conclusion serait bien sûr de nature à ruiner le crédit des émetteurs à commencer par celui de l'État.

2-8 Faut-il distinguer entre le sort des sûretés et le remboursement ? Le professeur Huet observe que l'un sans l'autre n'a pas beaucoup de sens. Il a sans doute raison mais il semble possible d'en tirer d'autres conclusions. Si le remboursement anticipé est effectué avec le plein accord des parties, l'utilisation de l'article 1250-2° c.civ. permet de simplifier les formalités de transfert de sûretés lesquelles pourront être mises en œuvre plus rapidement et à moindre coût. Mais si le débiteur procède à ces démarches contre la volonté du créancier initial il pourra, dans le meilleur des cas, transmettre ainsi les sûretés à un tiers mais le «remboursement» n'aura aucun caractère libératoire et le prêteur initial sera fondé à considérer qu'il s'agit d'une simple avance (32) sur un certain nombre d'échéances à venir.

3 Contrairement à la thèse soutenue, les remboursements anticipés ont un caractère préjudiciable pour l'établissement prêteur

La question de l'absence de caractère dolosif est développée dans les paragraphes 11-12 de l'étude du professeur Huet. Il cite Demolombe lequel écrivait en 1872 (33) : «Non ! Elle (la subrogation) ne nuit pas dans le sens juridique et équitable de ce mot. Car le refus du créancier est injuste ! Quel est son seul intérêt légitime avouable ? C'est d'être payé !»

3-1 Dans le paragraphe 11, il est soutenu la thèse selon laquelle les intérêts rémunèrent l'immobilisation des fonds et le risque d'insolvabilité du débiteur et que ces deux éléments disparaissent une fois le remboursement effectué. Cela revient à dire que le travail du prêteur ne doit pas être rémunéré. La marge d'intermédiation du prêteur professionnel est là pour payer le risque et l'immobilisation des fonds, mais aussi tout le travail de commercialisation et de gestion accompli, les locaux utilisés, les dépenses informatiques ou autres. Or, ces dépenses importantes («le coût d'acquisition du client») sont engagées principalement au début de la vie du prêt et leur amortissement est étalé sur toute la durée. Une interruption avant le terme lèse donc le prêteur.

3-2 Dans le paragraphe 12 l'analyste veut démontrer que le remboursement anticipé est sans conséquence dommageable pour le «refinancement» du prêteur. Cette pétition repose sur un amalgame de situations différentes (a), elle comporte une importante erreur d'ana-

lyse sur le plan économique (b) et elle suppose le non-respect de la réglementation bancaire de la part du prêteur (c).

3-2-1 (a) La situation du prêteur est très différente selon les cas : il est moins exposé en taux variable ⁽³⁴⁾ qu'en taux fixe et son dommage potentiel augmente avec l'importance de la durée restant à courir. C'est pour les prêts à long terme que la question des remboursements anticipés est la plus fréquente mais aussi la plus difficile. Il apparaît souhaitable d'illustrer les enjeux, par un exemple pour mieux saisir l'importance du débat (cf. annexe 1).

Pas question pour ce prêteur de se refinancer à vue (cf. infra), il doit collecter des fonds stables sous forme d'emprunts obligataires, de plans d'épargne logement, de comptes à terme mais il s'agit toujours de ressources qu'il doit rémunérer à un taux fixé au moment de la collecte. Le prêteur à terme qui ne pourrait lui-même imposer le remboursement anticipé aux épargnants est donc confronté inévitablement au coût d'immobilisation des fonds ⁽³⁵⁾. Pour qu'il n'y ait pas dommage il faudrait qu'il y ait transitivité du remboursement anticipé : qu'une banque puisse, par exemple, rembourser d'office et sans pénalité un plan épargne logement ancien ou des obligations qu'elle a émises à leur valeur nominale (cf. supra, § 2. 6) quand le taux stipulé ne correspond plus au taux de placement qu'elle peut obtenir sur le marché des prêts ⁽³⁶⁾.

3-2-2 (b) Ecrire (§ 13) que du fait du remboursement la banque «peut trouver d'innombrables placements en France et à l'étranger lui assurant une rentabilité égale ou supérieure» correspond à une contre-vérité. Les remboursements anticipés se multiplient en période de baisse des taux ; vouloir replacer au-dessus du prix du marché implique de prendre des risques d'autant plus considérés que l'écart est grand. En outre, il ne peut s'agir que de solutions ponctuelles et pas d'un recyclage en masse des fonds remboursés (l'essentiel de la demande solvable étant par définition au taux du marché). Et de toute façon, il y aurait dommage pour la banque qui se livrerait à cet exercice car elle engrangerait soit des risques aggravés (risque de solvabilité), soit des encours libellés en devises faibles (risque de change), soit des opérations à marge négative ou pour le moins insuffisante.

3-2-3 (c) L'activité bancaire est régie par la loi du 24 janvier 1984 et par tous les règlements édictés par les organismes créés en application de ce texte fondamental. Parmi toutes les obligations qui pèsent sur les banques, il y en a une qui impose un certain parallélisme entre la durée des ressources collectées et celle des emplois ainsi que des obligations prudentielles coûteuses en cas de prise de risque de taux ⁽³⁷⁾.

Heureusement qu'il en est ainsi, car recourir en masse à la «transformation» en liquidité ou en taux est la meilleure façon de «faire banqueroute» ⁽³⁸⁾.

Là l'économique et le juridique se rejoignent : la banque qui recourrait de façon excessive à la transformation se mettrait hors la loi et perdrait son agrément. Le prêteur n'a pas toute latitude pour «jongler» avec son refinancement et c'est très bien ainsi.

4 Ce débat conduit à une réflexion sur le contenu des clauses d'indemnités de remboursement anticipé

4-1 Que ces clauses résultent de la seule volonté des parties ou que leur validité soit limitée à l'indemnisation du dommage subi, leur principe est admis.

En fin de paragraphe 15, le professeur Huet concède qu'il n'est «pas exclu de la faire jouer surtout si le créancier peut faire état d'un préjudice réel». Si la banque établit que le remboursement anticipé lui cause plus qu'un manque à gagner, et qu'il y a véritablement perte du fait du refinancement, elle devra être indemnisée par l'emprunteur. Toutefois, si la lecture de l'article 1250-2° c.civ. défendue par le professeur Huet devait être retenue, on ne voit pas très bien ce qui pourrait fonder le droit à indemnisation du prêteur.

La responsabilité délictuelle ⁽³⁹⁾ entre en jeu lors de la violation d'une obligation posée par la loi. Ce qui n'est bien sûr pas le cas.

Il reste la responsabilité contractuelle. Pour que celle-ci puisse être évoquée, il faudrait que le contrat stipule que des indemnités de remboursement anticipé soient dues, et ceci même en cas d'évocation de l'article 1250-2° c.civ. Sous la réserve, bien évidemment, que ce dernier n'ait pas un caractère d'ordre public.

4-2 Ces réflexions nous conduisent à évoquer quelques considérations pratiques.

4-2-1 Le jeu de la concurrence peut conduire des établissements à renoncer à cette clause. Ce débat doit permettre de mieux les éclairer sur les risques qu'ils prennent.

4-2-2 Une clause de ce type doit être explicite et motivée d'abord pour des raisons de clarté vis-à-vis des débiteurs, mais aussi pour convaincre le juge de leur fondement en tant que de besoin.

Il convient notamment de souligner son caractère indemnitaire ⁽⁴⁰⁾ voire qu'elle est due même en cas d'application de l'article 1250-2° c.civ. ⁽⁴¹⁾. Qu'en outre, elle n'a pas le caractère de clause pénale.

On peut rappeler à ce sujet que le caractère indemnitaire des clauses de remboursement anticipé a été reconnu par deux arrêts de la Cour de cassation des 7 octobre et 2 décembre 1992 ⁽⁴²⁾. Dans les deux espèces, les cours d'appel avaient considéré qu'une clause prévoyant des intérêts compensatoires dus par l'emprunteur en cas de remboursement anticipé était une clause pénale. Elles avaient donc révisé le montant des indemnités dues par l'emprunteur qui remboursait de façon anticipée. La Cour de cassation a consacré dans ces deux espèces le caractère indemnitaire de ce type de clause, dont l'objet n'était pas d'assurer l'exécution des obligations de l'emprunteur ⁽⁴³⁾ mais de rétablir dans tous les cas un taux moyen constant.

Selon le professeur Huet, cette analyse est douteuse ⁽⁴⁴⁾ : ces clauses d'indemnités de remboursement anticipé devraient pouvoir être ramenées, à la demande du débiteur, à la hauteur de la perte effectivement subie par le créancier. Il leur accorde donc le caractère de

clauses pénales. Il faut rappeler qu'il conteste le caractère préjudiciable d'un remboursement anticipé pour le prêteur ; dès lors, son analyse est basée sur une prémisse inexacte.

La jurisprudence les considère comme des clauses à caractère indemnitaire non susceptibles de révision. Selon le professeur Malaurie (45), ceci est l'expression du fait que ces clauses d'indemnités de remboursement anticipé ont pour vocation «d'assurer la juste rémunération du prêteur». La Cour de cassation avalise ces clauses dans leur principe (l'indemnisation) ainsi que dans leur pratique : le remboursement anticipé équivaut bien à une perte pour le prêteur, perte qu'il convient de compenser.

4-2-3 Contrairement à une opinion largement répandue, les clauses utilisées en matière de remboursement anticipé ne permettent bien souvent qu'une indemnisation partielle du préjudice subi par le prêteur. Cela doit être souligné dans les contentieux éventuels portant sur ce thème.

Chez un établissement prêteur à long terme, elles sont construites sur la variation d'indices obligataires. Il est impossible de prendre en compte tout le panier des ressources utilisées pour «la confection» d'un prêt (46), les prêteurs prennent en compte l'indice correspondant à la ressource dominante (47). Cela n'a donc rien d'arbitraire, ne constitue en rien une clause pénale et sert à indemniser un préjudice réel. En effet, en cas de remboursement consécutif à une baisse des taux du marché, le prêteur devra soit revendre à perte les ressources restituées ou les utiliser avec une marge réduite voire négative.

En outre, divers travaux d'audit l'ont montré, la perte de marge rémunérant le travail du prêteur (cf. supra) n'est que très rarement compensée (48). Autrement dit, l'établissement a engagé des frais de commercialisation, étude, mise en place et gestion qui ne seront que partiellement payés par le débiteur en cas de remboursement anticipé. Cela mérite réflexion.

* *
*

Deux idées sont proposées avant de conclure cette étude.

1. L'activité de crédit est des plus réglementées. Le législateur impose dans certaines circonstances une protection de la partie réputée la plus faible par des règles exorbitantes de droit commun.

Cela concerne notamment le droit de la consommation ou celui du cautionnement pour lesquels un formalisme rigoureux permet de s'assurer que l'engagement de la partie la moins avertie a été donné après une réflexion suffisante.

Dans quelques cas le juge veut aller plus loin. Il lui est arrivé ainsi de priver d'intérêt le banquier qui a baissé le taux du prêt fait à son client lors d'une renégociation en raison de quelques imperfections mineures dans une offre préalable. Il est même arrivé que toute

la rémunération soit supprimée ou que le taux légal soit imposé (c'est-à-dire que la banque a été condamnée à travailler éventuellement à perte) pour une erreur de quelques centièmes de point dans le calcul du TEG. Il a été appliqué ces quelques fois à des personnes averties des règles conçues pour la protection du simple consommateur. Il n'est pas certain que l'équité y ait été gagnante.

Ainsi, le législateur a été conduit à procéder discrètement à la correction de quelques abus : par un discret article 87-1 de la loi DDOEF du 12 avril 1996 (49) il a validé les offres de prêt formulées antérieurement alors qu'un grand nombre risquait de ne pas être conforme à la législation. Plus récemment c'est par un article 115 de la loi du 28 juin 1999 qu'il a interdit la remise en cause, pour défaut d'offre préalable, des renégociations de prêts faites antérieurement lorsqu'elles sont favorables à l'emprunteur.

2. En matière de remboursement anticipé, le législateur est intervenu en ce qui concerne le droit de la consommation pour limiter le montant des indemnités (L311-29 pour le crédit à la consommation, décret du 28 juin 1980 pour les crédits immobiliers). Certaines de ces dispositions peuvent être génératrices de pertes chez les établissements spécialisés dans le crédit immobilier aux particuliers car une forte baisse des taux peut provoquer des écarts supérieurs au plafond d'indemnités de six mois d'intérêts ou 3 % du capital restant dû. Le législateur a estimé que cet inconvénient est moindre que l'avantage social résultant du dispositif.

Le législateur n'a pas tenu ce raisonnement pour les prêts professionnels : les entreprises sont mieux structurées pour analyser les conséquences financières des conventions qu'elles signent et n'ont pas besoin des mêmes protections.

Il ne semble pas souhaitable que par une sollicitation excessive du texte, le juge vienne détruire un équilibre parfaitement équitable.

Ne perdons pas de vue que le débiteur qui négocie un remboursement anticipé est toujours gagnant même en payant l'indemnité. Sans quoi, bien évidemment il conserverait le prêt initial sur lequel il s'est contractuellement engagé.

Il n'est pas nécessaire de chercher à interpréter l'article 1250-2° c.civ. à contresens du titre III du Code civil (des contrats ou des obligations conventionnelles en général). Quelques-uns pourraient profiter de l'aubaine mais le droit ne serait sans doute pas gagnant.

Ainsi sur le plan juridique, l'article 1250-2° du Code civil n'est pas de nature à mettre en échec les clauses contractuelles d'indemnisation pour remboursement anticipé dès lors qu'il ne peut être démontré qu'elles seraient sans cause, autrement dit sans justification. Leur bien-fondé est d'autant moins contestable qu'il a fallu une intervention du législateur pour les réglementer en matière de crédit à la consommation, preuve, s'il en fallait, de leur légitimité. ■

Bibliographie

Mestre J. «La subrogation personnelle». Thèse 1979. *Biblio dr. privé* ; Carbonnier J. Droit civil T4 Les obligations 20^e éd 1996 *PUF* ; Malaurie et Aynes Droit civil Les obligations 8^e éd 1998 *Cujas* ; Mazeaud et Chabas «Leçons de droit civil» T2 1^{er} vol Obligations théorie générale 8^e éd 1991 *Montchrestien* ; Benabent A. Droit civil Contrats spéciaux 2^e éd 1995 *Montchrestien*. Malaurie et Aynes Droit civil Contrats spéciaux 1994-1995 *Cujas* ; Collart Dutilleul et Delebecque Contrats civils et commerciaux 3^e éd 1993 *Dalloz* ; Huet J. «Les principaux contrats spéciaux» 1996 ; Planiol et Ripert «Traité élémentaire de droit civil» T2 ; Chauveau R. «La pratique du contrat de prêt» 1^{re} éd *Delmas* ; Ancel P. «Droit du crédit» 1986 *Litec* ; Branelard J.-P. «Droit du crédit» AENGDE/*Dunod* ; Mondino J. et Thomas Y. «Droit du crédit» 4^e éd AENGDE/*Dunod*. Malaurie P. «Baisse des taux d'intérêts, prêts à long terme et renégociation» *Recueil Dalloz* 1999 34^e cahier Chron ; Huet J. Un bienfait de l'histoire : la subroga-

tion opérée par le débiteur pour le remboursement anticipé d'un prêt d'argent en cas de baisse des taux d'intérêts (art. 1250-2 c.civ) *Recueil Dalloz* 1999 29^e cahier Chron. ; Mirbeau-Gauvin J.-R. Le remboursement anticipé du prêt en droit français *Recueil Dalloz* 1995 7^e cahier Chron. ; Arlie D. Du particularisme du droit de la consommation et de ses limites *RJDA* janvier 2000 Chron. p. 3 ; Savaux E. Subrogation personnelle *Encyclopédie Dalloz Civil t X* ; Mirbeau-Gauvin J.-R. Le prêt *Encyclopédie Dalloz Civil t VIII* ; Delebecque P. *Juris.Class. civil* art 1152 La clause pénale Fasc. 212 ; Lorrvellec L. *Juris.Class. civil* art 1250 La subrogation conventionnelle Fasc. 76 et 77 ; Kernaleguen F. *Juris.Class. civil* art 1258-4^o. Les offres réelles Fasc. 88 à 90 et 91 et 92 ; Gegout M. *Juris.Classeur. civil* art 6 Ordre public et bonnes mœurs Fasc 1 et II ; J. Hauser et J.-J. Lemouland, Ordre public et bonnes mœurs, *Encyclopédie Dalloz Civil t VII*.

(1) Cf. *Recueil Dalloz* 1998, 34^e cahier, chronique : Baisse des taux d'intérêts, prêts à long terme et renégociation.

(2) A la suite d'un Edit adopté en 1601 et qui opérait une baisse des taux d'intérêts («du denier douze au denier seize» c'est-à-dire d'un taux de 8,33 % l'an à 6,25 %), Henri IV adopta un nouvel Edit en 1609 qui permettait aux débirentiers rachetant leurs anciennes rentes en en contractant une nouvelle, de subroger leurs nouveaux crédiérentiers dans les sûretés des anciens.

(3) Il s'agit d'un arrêt de règlement pris par le Parlement de Paris le 6 juillet 1690, qui déclare que «la Cour appliquera dans toutes les occasions l'Edit de 1609» et qui règle les formalités pour ce type de subrogation.

(4) Et non pas vocation à imposer ce rachat, vu le caractère essentiellement rachetable de cette institution.

(5) §7 chron. prec.

(6) Note n° 21 chron. prec. Nous n'avons pas d'opinion sur la portée de l'arrêt des subrogations, mais même en envisageant la lecture la plus extensive (celle du professeur Huet) force est de constater que les conséquences éventuelles au 17^e siècle n'avaient rien à voir avec ce qu'elles seraient au 20^e siècle (cf. 1-2 et 1-3).

(7) §12 chron. prec.

(8) De ce fait, la petite différence d'analyse entre les professeurs Huet et Malaurie sur le champ d'application de l'arrêté des subrogations est sans incidence significative sur le plan économique.

(9) Le banquier ne travaille que marginalement avec ses fonds propres, même le fameux RES de 8 % est souvent pour partie constitué de «quasi-fonds propres», c'est-à-dire de dettes bien vraies et bien onéreuses.

(10) § 2 chron. prec.

(11) § 3 chron. prec.

(12) § 17 et 18 chron. prec. Ainsi il faut, soit que la dette soit exigible, soit que le terme ait été stipulé dans l'intérêt exclusif du débiteur.

(13) Il peut tout à fait renoncer unilatéralement à son avantage.

(14) § 4 chron. prec.

(15) M. Malaurie et L. Aynès. Obligations. *Cujas*. 7^e éd. 1999, n° 1209.

(16) A. Bénabent. Obligations. *Montchrestien*. 6^e éd. 1997, n° 745.

(17) J. Carbonnier. Obligations. *Thémis PUF*. 20^e éd. 1996, n° 334.

(18) J. Starck, H. Roland, et L. Boyer. Obligations. *Litec* vol 3. 5^e ed. 1997, n° 69.

(19) H., L. et J. Mazeaud. Leçons de droit civil. Obligations. *Montchrestien*. 8^e éd par F. Chabas. 1991, n° 850.

(20) Com. 15 mars 1988. *Bull civ. IV* n° 106, D1988 330 note Pérochon, *JCP éd G* 1989 II 21348 Moranchais Demeester ; *Civ 1^{re}* 7 décembre 1983. *Bull civ. I* n° 291, *RTD Civ.* 1984 717 obs. Mestre ; *Civ 1^{re}* 3 mai 1978. *Bull civ. I* n° 173, D1980 107 Poulmais.

(21) § 4 & 5. chron. prec.

(22) § 17. chron. prec.

(23) cf. §2, §4, §6, §15, chron. prec.

(24) §2 «L'objectif est de permettre au débiteur de bénéficier d'une évolution favorable de la conjoncture économique [...]».

(25) §4. Il s'appuie sur l'ouvrage de référence de M. Mestre «La subrogation personnelle» Thèse 1979 Bibliothèque de droit privé : «L'intérêt général imposait [...] la conversion en rentes nouvelles» n° 30 p. 39.

(26) Pour de plus amples développements, cf. *Encyclopédie Dalloz* Tome VII «Ordre public et bonnes mœurs», J. Hauser ET J.-J. Lemouland.

(27) Cf. ouvrage de M. Malaurie «L'ordre public et le contrat» 1953, qui recense plus de vingt définitions de l'ordre public dont il dit qu'aucune n'est satisfaisante.

(28) Voir en effet par exemple l'ordre public économique de protection et la législation sur les baux d'habitation.

(29) Le blocage des loyers parisiens n'est pas applicable à Cavaillon.

(30) Les lois Scrivener de 1978 et de 1979, plusieurs fois remaniées et codifiées depuis 1993 dans le Code de la consommation, ont mis en place

une législation dérogoire au droit commun en matière de crédit à la consommation et de crédit immobilier. Ainsi, l'article L 311-29 C.conso dispose, qu'en cas de crédit à la consommation, l'emprunteur peut toujours, et sans devoir aucunes indemnités au prêteur, rembourser de façon anticipé ; et l'article L 311-21 C.conso dispose, en matière de crédit immobilier, que lorsqu'une indemnité de remboursement anticipé est prévue, son montant ne peut excéder un montant fixé par décret.

(31) §19 chron. prec.

(32) Avance sans intérêts si rien n'a été stipulé au contrat d'origine ce qui est généralement le cas.

(33) Demolombe, Traité des contrats, t. IV n° 393.

(34) De nombreux pays utilisent plus largement que la France, les prêts à taux variables. En matière de remboursement anticipé ces opérations sont beaucoup moins sensibles du moins pour les index qui suivent le coût des ressources (Euribor, EONIA...). Les baisses du marché sont répercutées au client et en cas de remboursement effectif, les ressources à réemployer par le prêteur sont par construction au prix du marché. Seul subsiste le préjudice né de la perte de rémunération du travail du banquier (cf. 3-1).

(35) Cela est bien sûr encore plus complexe, le prêteur peut ainsi racheter en bourse les obligations émises. Si les taux ont baissé (situation dans laquelle les demandes de remboursement anticipé sont nombreuses) il devra racheter au-dessus du pair c'est-à-dire payer plus que le nominal et il enregistrera donc une perte en capital.

(36) Il existe aussi des contrats d'échange de taux (swaps de taux) mais ces formules sont justement très coûteuses surtout si le différentiel de taux à couvrir est élevé. En outre en cas de remboursements anticipés effectifs, le prêteur peut être conduit à dénouer sa position et donc à verser une soulte.

(37) Voir notamment coefficient de fonds propres et de ressources permanentes, règlements 86-17 modifié du 24 novembre 1986 du Comité de réglementation bancaire et financière, règlement 97-02 sur la rentabilité des opérations bancaires (risque de liquidité encadré, limite en matière de taux et droit d'injonction de la Commission bancaire). Ce dernier règlement impose notamment un accroissement des fonds propres (ressource par nature la plus coûteuse) en fonction de l'imposition au risque de taux.

(38) Le système de Law a été le plus bel exemple d'utilisation de cette étrange alchimie, et de ses conséquences : dépôts à vue utilisés massivement pour des emplois non liquides.

(39) Articles 1382 et suivants du Code civil.

(40) Ne jamais oublier qu'en cas de forte baisse des taux, le différentiel d'intérêts et l'indemnité compensatrice peuvent représenter des montants élevés surtout si la durée restant à courir est importante (cf. annexe).

(41) La mention de l'article 1250-2^o dans la clause devrait être analysée comme un accord tacite à l'application de ce texte ; cela n'est pas gênant pour un prêteur car il ne cherche pas interdire un remboursement par anticipation mais à recevoir une indemnité compensatrice dans ce cas.

(42) *Civ 1^{re}*, 7 oct. 1992, *Bull civ. I* n° 245, D1992 IR p. 254 ; *Civ 1^{re}*, 2 déc. 1992, *Bull civ. I* n° 301, D1993 Somm. p. 213 obs. P. Delebecque. Voir aussi *Civ 1^{re}* 24 nov. 1993 (la clause d'indemnité due au prêteur en cas de remboursement anticipé n'est pas une clause pénale mais l'exercice d'une faculté convenue entre les parties), Defrenois 94.800 obs D. Mazeaud ; *Civ 1^{re}* 11 octobre 1994, *Bull civ. I* n° 289, Defrenois 95.759 obs. D. Mazeaud.

(43) Il est rappelé que la clause pénale a pour objet de sanctionner l'inexécution de son obligation par l'un des cocontractants.

(44) Cf. note n° 102 chron. prec.

(45) Cf. § 19 chron. prec.

(46) A une époque le CEPME faisait référence au taux d'intérêt pratiqué par lui-même au moment du remboursement anticipé. Cela lui a valu des soucis sur la base de l'article 1129 (cf. Com 15 déc. 1992, *Bull civ. IV* n° 417).

(47) Un prêt à long terme est composé de plusieurs ressources de durées différentes. Au fil des ans, la durée restant à courir pour chaque ressource est modifiée. Pour bien coller à la réalité du refinancement, il faudrait donc des clauses indemnitaires prenant en compte plusieurs types de ressources et les différencier selon l'année de mise en jeu, ce qui serait d'une complexité dissuasive. Bien que critiquable sur le plan juridique (cf. note précédente) la référence au taux pratiqué par l'établissement au moment du remboursement permettait d'être plus proche de la réalité économique.

(48) Ou ne l'est que de façon partielle par des frais forfaitaires auxquels le prêteur renonce parfois.

(49) Sur le plan des principes ce texte à caractère rétroactif n'est bien sûr pas passé inaperçu : cf. *Gazette du Palais* du 11 mars 1999, article de Maurice Besserve p. 309 et *Gazette du Palais* du 18 novembre 1997, 2.484, commentaire de Michel Peisse sur un jugement du TGI de Saintes du 12 février 1997.

Annexe : Exemples d'effets d'une baisse de taux

Prêt initial :	Montant	500 000 francs
	Taux	10,0 %
	Nb d'années	10
	Périodicité	trimestrielle
	Échéance	19 918,12

Différence sur les intérêts dûs (en francs)

Minoration du taux	1,0 %			3,0 %			5,0 %		
	1	474	1 422	2 371	2	1 653	4 959	8 265	
Durée restant à courir	3	3 470	10 411	17 351	4	5 866	17 598	29 329	
	5	8 786	26 357	43 928	6	12 180	36 540	60 900	
	7	16 004	48 013	80 022	8	20 219	60 656	101 093	
	9	24 786	74 357	123 928	10	29 672	89 017	148 362	

Indemnités financières actualisées (en francs)

Taux d'actualisation	9,0%			7,0%			5,0%		
	1	453	1 374	2 312	2	1 535	4 679	7 927	
Durée restant à courir	3	3 127	9 596	16 364	4	5 131	15 845	27 194	
	5	7 460	23 179	40 038	6	10 040	31 385	54 561	
	7	12 806	40 276	70 463	8	15 705	49 689	87 482	
	9	18 691	59 485	105 387	10	21 726	69 543	123 974	

N.B. : En l'espèce, l'indemnité financière est calculée par actualisation de l'économie sur les échéances futures au taux du marché du moment (ce dernier étant considéré comme égal à la différence entre le taux d'origine et la minoration du taux).

Commentaires :

Pour un prêt de 500 000 F à taux fixe de 10 %, une baisse de taux de 3 % représente, pour une durée restant à courir de 5 ans, une économie de 26 357 F pour l'emprunteur (l'indemnité financière est de 23 179 F).

Pour une baisse de taux de 5 % et une durée restant à courir de 8 ans, l'économie serait de 101 093 F pour un prêt présentant les mêmes caractéristiques (l'indemnité financière serait de 87 482 F).

A la suite d'un remboursement anticipé, le prêteur devra replacer des ressources qu'il a collectées et qu'il continue à rémunérer sur la base d'un taux fixe déterminé à l'origine du prêt. En période de baisse des taux généralisée, les conditions du marché du moment l'obligeront à prêter avec une marge négative et donc à subir une perte. En moyenne, la perte du prêteur est de la même importance que l'économie réalisée par l'emprunteur. L'indemnité de remboursement anticipée compense cette perte financière mais, dans les faits, elle n'apporte pas de contrepartie pour la perte de marge commerciale rémunérant le risque et le travail du banquier. (cf. 3^e partie de l'étude).