

CYCLE D'ATELIERS DU CEDCACE

L'EFFET PERTURBATEUR DU DROIT DE LA CONSOMMATION, TOUJOURS D'ACTUALITE ?

Direction scientifique : Natacha Sauphanor-Brouillaud, *professeur*

Mercredi 27 septembre 2023 – 18h - 20h30
Université Paris Nanterre – Bâtiment Simone Veil (F) - salle 352

ATELIER n°1

Réflexions en procédure civile à l'aune de la jurisprudence sur les clauses abusives

Jean-Christophe Bruyère

Conseiller à la Première chambre civile de la Cour de cassation

Président de la Commission des clauses abusives

Martin Plissonnier

Maître de conférences à l'Université Paris Nanterre, membre du CEDCACE

co-directeur du DU Modes amiables

Natacha Sauphanor-Brouillaud,

Professeur à l'Université Paris Nanterre, membre du CEDCACE

co-directrice du Master droit privé fondamental

co-directrice de la Chaire Droit de la consommation (CY Cergy Paris Université)

Le contenu de ce compte rendu a été réalisé par Yara Chamas, Marina Chiem et Thomas Tailleur, étudiant.e.s du Master 2 droit privé fondamental. Ils ont volontairement conservé le style oral de l'atelier. Nous les remercions vivement pour ce travail.

Introduction

Martin Plissonnier :

L'hypothèse était celle d'une perturbation de la procédure civile par le droit de la consommation. Cependant, à l'étude, les perturbations sont apparues assez modestes, en tout cas, les décisions relatives aux clauses abusives se sont bien fondues dans la théorie générale du procès. La procédure civile est suffisamment plastique pour avoir pu intégrer sans trop de difficultés, sous quelques réserves, la jurisprudence relative aux clauses abusives.

On ne parlera pas de droit procédural de la consommation, qui sont des règles spéciales qui découlent du Code de la consommation. On mettra de côté ce droit processuel de la consommation.

Ce qui va nous intéresser ici c'est la perturbation qui est engendrée par la jurisprudence relative aux clauses abusives, essentiellement autour d'un dialogue des juges. On s'intéresse exclusivement aux clauses abusives donc à la mise en œuvre d'une directive en particulier, la directive 93/13 du 5 avril 1993.

Natacha Sauphanor-Brouillaud :

Sur cette question des clauses abusives, on ne s'intéressera pas au critère de l'abus, au déséquilibre significatif sur les droits et obligations mais plutôt sur la mise en œuvre de la directive sur les clauses abusives et notamment de l'article 6. Dans cet article, il est indiqué que *les États membres prévoient que les clauses abusives figurant dans un contrat conclu avec un consommateur par un professionnel ne lient pas les consommateurs, dans les conditions fixées par leurs droits nationaux, et que le contrat restera contraignant pour les parties selon les mêmes termes, s'il peut subsister sans les clauses abusives.*

En principe, une directive ne prévoit pas de sanction sur la matière qu'elle régit, elle laisse cette liberté aux Etats membres. Mais ici, on a une indication sur la sanction qui tient au défaut de caractère contraignant de la clause une fois qu'elle est considérée comme abusive. Les clauses abusives ne lient pas les consommateurs.

Dans leur majorité, les observateurs considèrent que le droit procédural est perturbé. Et c'est cette affirmation que nous allons discuter.

Ce sentiment de perturbation a certainement été accentué par une mauvaise interprétation de la notion d'autonomie procédurale des Etats membres. Le nom de ce principe est « *trompeur* »¹. Effectivement, il est trompeur et on le voit lorsqu'on remonte aux sources, c'est-à-dire à la décision Rewe du 16 décembre 1976 rendue par la Cour de justice de l'Union européenne. C'est à partir de cette décision que la doctrine a créé l'expression « autonomie procédurale des états membres », expression qui a ensuite été reprise par la Cour de justice elle-même.

Que signifie ce principe ? Il signifie deux choses, au sens où il y a « deux mouvements »² dans ce principe :

Le premier mouvement est le suivant : en l'absence de réglementation communautaire en la matière, c'est-à-dire en procédure civile, il appartient à l'ordre juridique interne de chaque Etat membre de désigner les juridictions compétentes et de régler les modalités procédurales des

¹ J.-S. Bergé & S. Robin-Olivier, Introduction au droit européen, PUF, 1ère éd., 2008, n°689.

² *Ibid.*

recours en justice destinées à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent de l'effet direct du droit communautaire. Les Etats membres doivent régler les modalités procédurales des recours en justice destinées à sauvegarder les droits tirés de l'Union européenne.

Le deuxième mouvement : ces modalités procédurales des Etats membres ne peuvent pas être moins favorables que celles concernant des recours similaires de nature interne, c'est ce qui, plus tard, s'exprimera dans les décisions de la Cour de justice comme étant le principe d'équivalence.

Et la Cour ajoute qu'*il n'en serait autrement que si ces modalités aboutissent à rendre en pratique impossible l'exercice de droits que les juridictions nationales ont l'obligation de sauvegarder*. Les modalités procédurales ne doivent pas rendre pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits qui sont conférés par le juge européen. C'est ce que, plus tard, on intitulera le principe d'effectivité.

Ce principe d'autonomie procédurale est en réalité très encadré par le droit européen, à travers ces deux mouvements, il pose la question de l'influence du droit européen sur la définition de l'office du juge national.

En matière de clause abusive, ces deux principes (c'est-à-dire le principe d'effectivité et le principe d'équivalence) ont été amplifiés, et c'est pour cela que les observateurs ont considéré qu'il y avait un effet perturbateur.

Si effet perturbateur il y a, c'est en tout cas un effet perturbateur de ces deux modalités procédurales. En outre, il faut bien comprendre que cet effet perturbateur n'aurait pas pu apparaître sans les questions préjudicielles posées par les juges nationaux à la Cour de justice de l'Union européenne³.

Martin Plissonnier :

Finalement, quels sont les effets de cette perturbation ? Cette jurisprudence des clauses abusives nous intéresse parce qu'elle vise à assurer l'effet utile du droit de la consommation et l'effectivité de la protection qui est accordée au consommateur.

Quel est l'instrument privilégié par cette jurisprudence des clauses abusives ? C'est l'office du juge. C'est par le prisme de l'office de juge que l'influence de cette jurisprudence sur la procédure civile s'est ressentie.

Les évolutions se sont ensuite décantées et se sont déplacées sur d'autres questions traditionnelles de procédure civile. On envisagera notamment les perturbations sur le droit d'agir.

Un premier motif de perturbation, pour le processualiste, est d'envisager la question de l'office du juge, avant la question du droit d'agir. Traditionnellement, le processualiste envisage plutôt le droit d'agir avant l'office du juge.

On s'intéressera d'abord aux perturbations sur l'office du juge (I), avant de s'intéresser ensuite aux perturbations, s'il y en a, sur le droit d'agir (II).

³ E. Poillot, *La procéduralisation du droit européen de la consommation*, Annales droit luxembourgeois 2020, p. 183 et s., spéc., p. 192.

I- Les effets sur l'office du juge

Sur l'office du juge, les solutions dégagées en matière de clauses abusives heurtent à première vue la procédure civile classique. Mais, en réalité, la perturbation n'est pas si certaine que cela. Très souvent, on peut modérer, tempérer, relativiser cette perturbation. On va le voir à l'égard de trois questions classiques de la procédure civile.

On abordera d'abord la question du relevé d'office du juge du caractère abusif de la clause. Ensuite, on s'intéressera sur l'incidence des mesures d'instruction ordonnées par le juge. Pour enfin s'intéresser à l'influence de cette jurisprudence, sur la détermination de l'objet du litige.

A) La question du relevé d'office du juge du caractère abusif de la clause

Natacha Sauphanor-Brouillaud

Il faut partir de l'arrêt « Océano Grupo » du 27 juin 2000, qui concernait le droit espagnol, il avait donné au juge national la faculté de relever d'office une clause abusive.

En France, une disposition interdisait en matière de crédit à la consommation, l'action en justice au-delà d'un délai de forclusion de deux ans, à compter de l'événement fondant le procès. L'intention du législateur était d'obliger les banques à agir sans tarder en présence d'impayés, afin de ne pas laisser le consommateur s'installer dans son défaut de paiement.

Cependant la Cour de cassation avait étendu le champ d'application du délai de forclusion de deux ans aux actions en contestation du contrat et elle interdisait tout contrôle de la régularité du contrat deux ans après sa formation. Elle interdisait aussi le relevé d'office par le juge des irrégularités du contrat au nom d'un ordre public de protection. Seule la victime pouvait relever la méconnaissance des dispositions.

Il y avait donc cette dichotomie entre ce qu'avait dit le juge espagnol dans l'arrêt Océano Grupo et la position de la Cour de cassation sur cet ordre public de protection, qui empêchait le juge de relever la méconnaissance d'une disposition de droit de la consommation.

Etienne Rigal, juge au tribunal d'instance de Vienne, va poser la question préjudicielle à la Cour de justice. Comme il le raconte, il a été animé « *d'une colère face à une jurisprudence qui rendait inefficace la protection des consommateurs telle que l'avait exprimée la Cour de justice dans l'arrêt Océano Grupo* »⁴.

Dans l'arrêt « Cofidis », le 21 juillet 2002, la Cour de justice énonce que *l'objectif poursuivi par l'article 6 de la directive ne pourrait pas être atteint si les consommateurs devaient se trouver dans l'obligation de soulever eux-mêmes le caractère abusif des clauses*, parce qu'il existe un fort risque que le consommateur, par ignorance, n'invoque pas le caractère abusif de la clause qui lui est opposé. Une protection effective du consommateur ne peut être atteinte que si le juge national a la faculté d'apprécier d'office une clause. Pour le droit français, qui interdit au juge national à l'expiration d'un délai de forclusion de relever d'office le caractère abusif de la clause, c'est de nature à rendre excessivement difficile l'application de l'article 6 de la directive.

⁴ E. Rigal, *The True Story of the Active Role of Courts in Consumer Litigation*.

L'arrêt qui a suivi, est l'arrêt « Pannon » du 4 juin 2009 qui va considérer que ce n'est pas une faculté mais une obligation de relever d'office une clause abusive, obligation qui est aujourd'hui transcrite dans le Code de la consommation, à l'article R.632-1.

Martin Plissonnier :

L'office du juge : la question est toujours la même, le juge peut-il, doit-il ou le juge a-t-il interdiction de faire quelque chose ?

Madame Sauphanor-Brouillaud a exprimé quel était le regard du droit européen sur la question. On voit qu'il y a déjà un dialogue qui s'instaure par le biais de la question préjudicielle. Quelle est la position du droit français ? Cette position a aussi évolué en dialogue avec cette jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne.

Quand on parle d'office du juge, on doit immédiatement évoquer l'arrêt « Dauvin », du 21 décembre 2007⁵, dans lequel la Cour de cassation donne sa position sur sa conception de l'office du juge : *"Si, parmi les principes directeurs du procès, l'article 12 du nouveau code de procédure civile oblige le juge à donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux invoqués par les parties au soutien de leurs prétentions, il ne lui fait pas obligation, sauf règles particulières, de changer la dénomination ou le fondement juridique de leurs demandes"*.

Nous savons que de cet arrêt découle l'enseignement de la simple faculté pour le juge de relever d'office la règle de droit applicable.

Que signifie l'incise « sauf règles particulières » ? À la lecture du rapport du conseiller rapporteur, on devine que cette expression concerne d'abord l'ordre public procédural, typiquement la fin de non-recevoir qui est censée frapper un recours hors délais, dans ce cas-là, le juge est tenu de relever d'office.

Rapidement, les choses vont évoluer, d'abord avec une loi du 3 janvier 2008⁶. Dans cette loi, on crée l'article L. 141-4 dans le Code de la consommation qui donne au juge un pouvoir de relever d'office les dispositions du Code de la consommation. Un pouvoir et pas un devoir.

Très peu de temps après, le 22 janvier 2009⁷, la Cour de cassation nous indique dans un arrêt rendu par la première Chambre civile que le juge peut relever d'office les règles de droit en matière de clause abusive. On a présenté cet arrêt comme un revirement, ici, la Cour de cassation vient donner une autorisation au juge de relever d'office les règles de droit applicables en matière de clauses abusives.

Intervient ensuite l'arrêt de la CJCE « Pannon », en 2009, qui exprime très clairement une obligation pour le juge.

Et enfin, on a un dernier mouvement, la loi du 17 mars 2014, la loi dite « Hamon », le législateur ajoute un alinéa à l'article R.632-1 du Code de la consommation qui fait clairement obligation

⁵ Cass, Ass. plén., 21 décembre 2007, n° 06-11.343, *Bull. Ass. plén.*, n° 10.

⁶ Loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs.

⁷ Cass. 1^{ère} civ., 22 janvier 2009, n° 05-20.176, *Bull.* n° 9.

au juge de relever d'office le caractère abusif d'une clause avec la seule limite que ce caractère abusif ressorte des éléments du débat.

Quelles ont été les évolutions postérieures en droit français ? Est-ce que cette évolution éventuelle est-elle davantage vue comme une perturbation ou davantage vue comme un dialogue des juges dans l'intérêt du consommateur ?

Jean Christophe Bruyère :

L'état du droit actuel en matière de relevé d'office en droit de la consommation est le fruit d'une évolution chaotique, évolution à propos de laquelle la Cour de cassation n'a pas toujours été très en pointe.

Le délai de l'article 27 de la loi n° 78-22 du 10 janvier 1978 avait été qualifié de délai de prescription⁸, alors que la loi ne le précisait pas. Il ne pouvait alors pas être relevé d'office par le juge, alors qu'il aurait pu l'être si c'était un délai de forclusion.

Les lois n° 89-421 du 23 juin 1989 et n° 89-1010 du 31 décembre 1989 ont précisé qu'il s'agissait d'un délai de forclusion. Cependant, la Cour de cassation a longtemps considéré que le juge ne pouvait pas relever d'office les dispositions de droit de la consommation.

*Même d'ordre public, la méconnaissance des exigences du Code de la consommation ne peut être opposée qu'à la demande de la personne que ces dispositions ont pour objet de protéger et donc ne peut être relevée d'office par le juge même dans les limites du délai biennal.*⁹

Une jurisprudence similaire concerne le taux effectif global, prévu par la loi du 28 décembre 1966.¹⁰

L'application de la prescription en matière de crédit immobilier était très défavorable au consommateur en ce qu'elle faisait courir le délai de prescription à compter du jour de l'offre.

La principale audace de la Cour de cassation fut de reconnaître que le juge pouvait en dehors du décret apprécier le caractère abusif d'une clause.¹¹

Et puis, en 2004, la Cour de cassation avait distingué ce qui relevait de l'action en déchéance de l'action en suppression des clauses abusives.¹²

Il y a eu trois mouvements en sens inverse. Le premier a été une très forte résistance des juges du fond, se reflétant notamment à travers la question préjudicielle posée par Etienne Rigal, qui soulevaient les irrégularités de l'offre préalable. Cette résistance a fait avancer le droit en la matière.

Le second étant la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne par les arrêts « Oceano Grupo » en 2000 ; « Cofidis » en 2002 ; « Mostaza Claro » le 26 octobre 2006, ainsi que l'arrêt « Pannon » en 2009.

⁸ Cass, 1^{ère} civ., 11 octobre 1988, pourvoi n° 87-14.919, *Bull.* 1988, I, n° 284.

⁹ Cass, 1^{ère} civ., 15 février 2000, n° 98-12.713.

¹⁰ Cass, 1^{ère} civ., 21 janvier 1992, n° 90-18.120.

¹¹ Cass, 1^{ère} civ., 14 mai 1991, n° 89-20.999.

¹² Cass, 1^{ère} civ., 23 novembre 2004, n° 03-11.411.

Le dernier mouvement est intervenu avec l'intervention du législateur dans deux lois, la loi n°89-421 du 23 juin 1989 et la loi n°2008-3 du 3 janvier 2008 créant l'article L.141-2 du Code de la consommation avec le pouvoir du juge de relever d'office les dispositions du droit de la consommation. Puis, une loi du 17 mars 2014 qui a ajouté un alinéa 2 avec une obligation pour le juge de relever d'office les clauses abusives, entraînant une mise en conformité législative avec le droit de l'Union européenne.

Cette mise en conformité a entraîné un revirement de la Cour de cassation, notamment dans l'arrêt du 22 janvier 2009 qui affirme « *qu'attendu que la méconnaissance des dispositions d'ordre public du code de la consommation peut être relevée d'office par le juge* »¹³. Le nouvel article L.141-2 du Code de la consommation n'était pas encore en vigueur. Il y a une possibilité pour le juge de relever d'office les dispositions du droit de la consommation.

Depuis la loi du 17 mars 2014, il est acquis que le juge a l'obligation de relever d'office le caractère abusif d'une clause.

Pour le droit de l'Union, on peut citer l'arrêt du 18 septembre 2018, « *il s'ensuit qu'il appartient au juge national de relever d'office en lieu et place du consommateur, le caractère éventuellement abusif d'une clause contractuelle dès lors qu'il dispose des éléments de droit et de fait nécessaires à cet effet* ».

Le principe de l'obligation de relever d'office le caractère abusif d'une clause ne me semble pas en soi vraiment perturbateur de la mission du juge.

D'abord le relevé d'office, même limité, est une notion qui n'est pas inconnue du juge.

En matière de droit de la consommation, le relevé d'office est depuis longtemps vu comme une obligation par les juges du fond. Ils ne conçoivent pas autrement le caractère protecteur du droit de la consommation que par une volonté du juge de l'appliquer, y compris si le défendeur consommateur ne s'en prévaut pas.

Et le processus par lequel il a fini par s'imposer en droit interne est le fruit d'une évolution très ancienne qui en définitif, s'intègre sans accroc dans notre ordre juridique et dans la mesure où il est cantonné aux clauses abusives.

L'effet perturbateur du relevé d'office peut l'être davantage si on l'étend à l'ensemble du droit de la consommation, ou à tout le moins aux crédits à la consommation. C'est ce que semblent prescrire les arrêts de la Cour de justice du 21 avril 2016, l'arrêt « Radlinger » (aff. C-377/14) et l'arrêt du 5 mars 2020, « OPR Finance » (aff. C-679/18), qui nous disent que les articles 8 et 23 de la directive 2008/48 doivent être interprétés en ce sens qu'ils imposent à la juridiction nationale d'examiner d'office l'existence de violation de l'obligation précontractuelle d'évaluer la solvabilité du prêteur.

Une partie de la doctrine pense que le relevé d'office a vocation à s'étendre à l'ensemble des règles du droit de la consommation. La Cour de cassation n'a pas été amenée à se prononcer, mais il y a lieu de penser qu'elle se bornera au cas dans lequel la Cour de justice aura vraiment dit pour droit.

¹³ Cass, 1^{ère} civ., 22 janvier 2009, n° 05-20.176.

C'est un peu le sens de l'avis du 21 octobre 2021¹⁴, qui avait été rendu par la Cour de cassation, à laquelle deux questions étaient posées par la Cour d'appel : le juge peut-il soulever d'office la nullité d'un crédit à la consommation au-delà de l'expiration du délai quinquennal de prescription opposable à une partie ? Le juge peut-il prononcer la nullité d'un contrat de crédit à la consommation, en l'absence de toute demande d'annulation émanant de l'une des parties ?

La réponse de la Cour de cassation a été d'inviter la Cour d'appel de Paris à poser une question préjudicielle à la Cour de justice.

Sur le relevé d'office, on peut citer l'obligation pour le juge de relever d'office la forclusion biennale¹⁵. On peut aussi citer l'arrêt du 19 février 2014 imposait au juge l'obligation de relever d'office la garantie légale de conformité alors que la demande était fondée sur l'article 1641 du Code civil¹⁶.

On peut également citer l'arrêt du 5 juillet 2018, le juge doit appliquer d'office les dispositions de la loi du 5 juillet 1985 quand bien même un autre fondement juridique aurait été invoqué par les parties s'il n'est pas adéquat au litige qui est soumis¹⁷.

Et puis un arrêt de 2021 en ce qui concerne l'obligation pour le juge de faire application des règles d'ordre public issues du droit de l'Union européenne, telle une règle de conflit de lois, lorsqu'il est interdit d'y déroger même si les parties ne l'ont pas invoquée¹⁸.

Ce panel de décisions impose donc ponctuellement au juge de relever d'office des règles juridiques. On reste dans le cadre de conditions particulières et toutes les dérogations sont avancées avec beaucoup de précautions.

B) Les mesures d'instruction

Martin Plissonnier :

Une fois qu'on a touché à l'office du juge, d'autres pouvoirs du juge vont connaître une évolution sous l'influence de cette jurisprudence relative aux clauses abusives. C'est le cas, en particulier, pour la question de l'office de juge quant aux mesures d'instruction.

Traditionnellement, le juge est en retrait par rapport aux mesures d'instruction. La procédure civile a un caractère accusatoire et il revient aux parties d'apporter les preuves destinées à fonder leurs prétentions. Le Code de procédure civile de 1975 a considérablement modifié les choses.

Quand on ouvre le Code de procédure civile, et qu'on s'intéresse aux règles relatives à l'administration judiciaire de la preuve, certes les parties doivent répondre à cette charge de la preuve, mais le juge dispose d'un panel de pouvoirs extrêmement importants pour compléter les éventuelles carences probatoires.

¹⁴ Cass, 1^{ère} civ., avis, 21 octobre 2021, n° 21-70.015 ; Cass, 1^{ère} civ., avis 21 octobre. 2021, n° 21-70.016.

¹⁵ Cass, 1^{ère} civ., 13 novembre 2008, pourvoi n° 07-19.282, *Bull.* 2008, I, n° 261.

¹⁶ Cass, 1^{ère} civ., 19 février 2014, n° 12-23.519.

¹⁷ Cass, 2^{ème} civ., 5 juillet 2018, n° 17-19.738.

¹⁸ Cass, 1^{ère} civ., 26 mai 2021, n° 19-15.102.

Le juge peut ordonner une mesure d’instruction à tout moment. Il peut enjoindre aux parties de produire des documents, le cas échéant à peine d’astreinte. Il peut condamner à des amendes civiles ou à des dommages et intérêts les comportements récalcitrants.

La seule véritable limite posée à ce rôle du juge est qu’il n’en vienne pas, par l’exercice de ses pouvoirs, à dispenser une partie d’avoir à respecter la charge de la preuve.

Tous ces pouvoirs sont *a priori* disponibles. Ils existent. On a donc un juge qui est fort mais qui, en pratique, utilise avec modération l’ensemble de ces pouvoirs.

C’est seulement lorsque les parties sollicitent du juge le prononcé d’une mesure d’instruction que, le plus souvent, il prononce cette mesure.

Natacha Sauphanor-Brouillaud :

En droit européen, ce n’est pas une faculté mais c’est une obligation d’ordonner une mesure d’instruction.

Dans l’arrêt PENZUGUY du 9 novembre 2010¹⁹, rendu en grande chambre, et ensuite, dans deux autres principales décisions, l’arrêt KANCELARIA MEDIUS du 4 juin 2020²⁰ et puis, l’arrêt LINTNER du 11 mars 2020²¹, la CJUE a indiqué que le juge national a l’obligation d’ordonner une mesure d’instruction, pour établir si la clause litigieuse relève du champ d’application de la directive sur les clauses abusives, pour vérifier le caractère abusif d’une clause notamment en cas de doute sérieux sur le caractère abusif de la clause sur laquelle le professionnel fonde sa demande. Et, tout à l’heure, on constatera que ce pouvoir d’instruction s’exerce à l’endroit des clauses qui n’ont pas été visées par le consommateur dans ses demandes, dès lors que ces clauses présentent un lien avec l’objet du litige (voir infra).

Martin Plissonnier :

En droit français, simple faculté d’ordonner une mesure d’instruction et en droit européen, obligation pour le juge d’ordonner une mesure d’instruction.

Est-ce que c’est perturbateur ? Oui, dans un sens. Il y a cependant des exemples en droit interne de cas dans lesquels le juge est contraint d’ordonner une mesure d’instruction.

D’abord, la Cour de cassation a jugé à plusieurs reprises que lorsque le juge a reconnu le principe de la responsabilité mais ne dispose pas d’éléments nécessaires pour évaluer le *quantum* du préjudice, alors le juge a bien l’obligation d’ordonner une mesure d’instruction qui serait destinée à évaluer celui-ci. A défaut, la Cour de cassation casse sur le fondement de l’article 4 du Code civil.

Ensuite, l’article 472 du Code de procédure : lorsque le défendeur ne comparaît pas, cet article oblige le juge à vérifier que la demande est régulière, recevable et bien fondée. Par conséquent,

¹⁹ CJUE, 9 nov. 2010, aff. C-137/08, VB Pénzügyi Lízing Zrt.

²⁰ CJUE, 4 juin 2020, aff. C-495/19, Kancelaria Medius.

²¹ CJUE 11 mars 2020, aff. C-511/17, Lintner.

cela peut l'amener par la force des choses à jouer un rôle plus proactif dans l'instance et notamment d'ordonner si nécessaire une mesure d'instruction.

Enfin, le juge est parfois tenu de relever son incompétence, notamment en appel, lorsque la question relève d'une juridiction répressive ou administrative : il peut être amené à ordonner une mesure d'instruction d'office afin d'établir s'il est ou non compétent.

Quelles sont les conséquences que peut avoir cette jurisprudence européenne notamment sur la pratique des juges du fond en matière probatoire ?

Jean Christophe Bruyère :

Pour l'essentiel, ce sont des arrêts relativement récents, hormis l'arrêt « Penzuguy » de 2010, et on peut y ajouter l'arrêt « Crédit Polska », où la Cour de justice emploie effectivement l'expression « mesures d'instruction » qu'elle met d'office à la charge du juge.

Ce qui semble le plus embêtant est le fait que la Cour de justice alourdisse sensiblement l'obligation du juge qui doit se procurer les éléments de fait et de droit lui permettant d'assurer sa mission.

Or, normalement, c'est quand le juge a des éléments de droit et de fait lui permettant d'apprécier le caractère abusif d'une clause qu'il doit procéder à son examen. La Cour se place en amont, il faut chercher les éléments de fait et un peu de droit pour apprécier. C'est plutôt ce côté qui est inquiétant.

Formellement, cela l'est moins. Certes la Cour de justice utilise l'expression de mesures d'instruction, mais il s'agit essentiellement de demander la production de pièces afférentes au cœur même du litige ; « *exiger du professionnel qu'il produise l'écrit constatant ces stipulations* »²².

Même si la Cour de justice emploie la notion de mesures d'instruction, c'est assez circonscrit à la production de pièces utiles au litige. Sans doute, cela fait écho à des droits de l'Union dans lesquels l'office du juge est très en retrait, avec des procédures essentiellement accusatoires où le juge ne demande rien d'autre que ce qu'il y a dans les dossiers qu'on lui remet.

Or, en droit interne, il y a d'autres dispositions qui échappent à la notion de mesures d'instruction et qui sont les pouvoirs que le juge tient des articles 8, 13 et 442 du Code de procédure civile : elles lui permettent d'inviter les parties à fournir les explications de droit et de fait qu'il estime nécessaires à la solution du litige. C'est presque ce qu'a dit la Cour de justice dans l'un de ses arrêts.

Nous ne sommes pas à proprement parler, dans le cadre d'une mesure d'expertise, c'est un pouvoir que le juge tient de lui-même.

Dans ces pouvoirs du juge, la Cour de cassation a admis que cela englobait éventuellement la production de documents (arrêt du 12 juillet 1984).

²² CJUE, 7 novembre 2019, Crédit Polska, aff. C- 483/18.

C'est un pouvoir d'instruction du juge mais qui, en droit interne, ne relève pas à proprement parler des mesures d'instruction au sens de l'article 143 du Code de procédure civile, dont il est fait un usage fréquent par les juges du fond : demander l'original d'un contrat, demander le tableau d'amortissement, demander un décompte... Mais c'est une faculté quasiment discrétionnaire et en aucun cas une obligation.

Si, ainsi circonscrite et sous réserve de l'objet de l'instruction, cette obligation n'est que le prolongement de l'obligation de contrôler effectivement le caractère abusif des clauses, ce n'est pas réellement perturbateur. Une simple mention au dossier suffit.

L'obligation, si elle se confirme, permet, si on était dans la champs d'une mesure d'instruction, de passer outre l'article 146 Code de procédure civile qui interdit au juge de pallier la carence des parties.

C) La détermination de l'objet du litige

Natacha Sauphanor-Brouillaud :

Il s'agit à présent d'envisager la détermination de l'objet du litige telle que posée par l'arrêt « Lintner » du 11 mars 2020, qui l'articule avec le principe d'effectivité. Selon la CJUE,

« L'effectivité de la protection que le juge national concerné est réputé accorder, en vertu de ladite directive, au consommateur par une intervention d'office, ne saurait aller jusqu'à ignorer ou excéder les limites de l'objet du litige tel que les parties l'ont défini par leurs prétentions, lues à la lumière des moyens qu'elles ont invoqués, de telle sorte que ledit juge national n'est pas tenu d'étendre ce litige au-delà des conclusions et des moyens présentés devant ce juge, en analysant, aux fins de vérifier leur caractère éventuellement abusif, de manière individuelle, toutes les autres clauses d'un contrat dont seules certaines clauses font l'objet du recours introduit devant lui. »

Les éléments de droit et de fait figurant dans le dossier soumis au juge national font naître des doutes sérieux quant au caractère abusif de certaines clauses qui n'ont pas été visées par le consommateur, mais qui présentent un lien avec l'objet du litige, sans pour autant qu'il soit possible de procéder à des appréciations définitives à ce sujet, il incombe au juge national de prendre, au besoin d'office, des mesures d'instruction afin de compléter ce dossier, en demandant aux parties, dans le respect du contradictoire, de lui fournir les éclaircissements et les documents nécessaires à cet effet. »

Le juge doit examiner les clauses même si elles n'ont pas été visées par le consommateur dès lors qu'elles ont un lien avec cet objet du litige.

Jean Christophe Bruyère :

Au regard de la généralité des termes de l'arrêt « Pannon », la tâche des juges semblait immense puisqu'elle était potentiellement étendue à l'ensemble des clauses du contrat litigieux.

La Cour de cassation s'est efforcée de circonscire cette obligation de relever d'office aux éléments de fait et de droit débattus devant les juges du fond. C'est une idée reprise dans un arrêt postérieur du 29 mars 2017 n°16-13.050 ainsi que dans un arrêt postérieur, qui subordonne

l'obligation d'examiner d'office le caractère abusif d'une clause au fait que l'emprunteur aurait formulé des prétentions ou des moyens relatifs à la clause²³

L'arrêt « Lintner » étend la connaissance du litige par le juge à des clauses qui ne sont pas visées par le consommateur mais qui restent liées à l'objet du litige : « *Un tel examen doit respecter les limites de l'objet du litige compris comme étant le résultat qu'une partie par ses prétentions, lues à la lumière des conclusions et des moyens présentés à cette fin.*

*Seules les clauses contractuelles qui, bien qu'elles ne soient pas visées par le recours du consommateur, sont liées à l'objet du litige tel qu'il est défini par les parties au vu de leurs conclusions et de leurs moyens, relèvent de l'obligation d'examen d'office incombant au juge national*²⁴. » On essaye de borner l'objet du litige à la fois par la Cour de cassation et par la Cour de justice de l'Union Européenne.

Parfois le consommateur ne vise aucune clause, qu'il soit défaillant ou comparant, d'où l'intérêt du relevé d'office précisément, et l'objet du litige en la matière est donc principalement défini par les prétentions du demandeur.

La Cour de Justice réaffirme de façon constante que dans l'exercice de son obligation, le juge n'est pas tenu d'écarter l'application de la clause en cause si le consommateur n'entend pas se prévaloir du caractère abusif²⁵. On ne peut pas aller contre ce que dirait le consommateur, une fois qu'il est dûment informé.

L'article L.212-1 du Code de la consommation dispose que « *le caractère abusif d'une clause s'apprécie en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat* ».

Il est permis au juge de relever d'office une clause contractuelle non invoquée par les parties à condition de toujours respecter le principe de la contradiction s'agissant d'un moyen de droit relevé par le juge.

C'est l'ensemble du système qui est périlleux pour le juge, il doit collecter les éléments qui lui permettent d'évaluer le caractère abusif des clauses contractuelles, il doit déterminer celles qui sont en lien avec l'objet des demandes, il doit provoquer les explications des parties, au risque patent de se transformer en adversaire de l'une des parties, et en fonction de la clause réputée non écrite, il devra ensuite en tirer lui-même des conséquences qui n'ont pas toujours été bien formulées par les parties.

L'évolution des choses a fait que cela n'est plus perturbateur.

II- L'effet sur le droit d'agir

Natacha Sauphanor-Brouillaud :

A propos du droit d'agir, les perturbations sont plus importantes que pour l'office du juge. Singulièrement à propos de l'autorité de la chose jugée qui cristallise des difficultés (A) et dans une moindre mesure sur la prescription et la forclusion (B).

²³ Cass, 1^{ère} civ., 22 mai 2019, n° 17-23.663.

²⁴ CJUE, 11 mars 2020 Lintner, aff. C-511/17.

²⁵ CJCE 4 juin 2009 Pannon, aff..

A) L'analyse quant à la chose jugée

Dans deux décisions rendues en Grande chambre, le 17 mai 2022²⁶, la Cour de justice va enjoindre au juge national d'examiner d'office le caractère abusif d'une clause, et cela quand bien même il ne pourrait pas à raison de l'autorité de la chose jugée qui assortit la décision antérieure. Tel est le cas, par exemple, de la décision d'injonction de payer, qui va fonder la saisine du juge de l'exécution.

Martin Plissonnier :

On a une première décision qui est revêtue de l'autorité de la chose jugée et qui arrête l'existence et le montant d'une créance. Les péripéties procédurales entraînent une suite du litige devant le juge de l'exécution qui, en principe, n'a pas le pouvoir de remettre en cause le précédent jugement, mais simplement de statuer sur les éventuelles difficultés d'exécution. Par deux arrêts retentissants, la Cour de cassation va moduler cette solution à la lumière des décisions récentes de la CJUE.

Dans un premier arrêt du 8 février 2023²⁷, on avait une décision du juge-commissaire qui avait admis une créance au passif d'une liquidation judiciaire. Là-dessus, une saisie immobilière se met en œuvre, et comme pour toute saisie immobilière, on passe devant le juge de l'exécution pour une audience d'orientation. Pouvait-on reprocher au juge de l'exécution de ne pas avoir examiné le caractère abusif des clauses qui fondait la poursuite à l'occasion de l'audience d'orientation et alors que la créance avait déjà été fixée par une décision revêtue de l'autorité de la chose jugée ?

Dans le deuxième arrêt du 13 avril 2023²⁸, une saisie immobilière avait été mise en œuvre par un créancier mais ne l'avait pas totalement désintéressé. Les parties sont alors revenues devant le juge de l'exécution à l'occasion de la contestation d'une seconde saisie déclenchée par le créancier.

Dans les deux affaires, la question posée est la suivante : est-ce que le juge de l'exécution peut, à l'occasion d'un contrôle des mesures d'exécution mises en œuvre, remettre en cause l'autorité de la chose jugée de la première décision qui a arrêté l'existence et le montant de la créance ?

La Cour de cassation, dans ces deux arrêts, répond que le juge de l'exécution est tenu de procéder à l'examen du caractère abusif de la clause, même si cela doit le conduire à remettre en cause l'autorité de la chose jugée attachée à la décision. Il doit le faire dès lors qu'il ne résulte pas de cette décision que le premier juge a procédé à ce contrôle du caractère abusif des clauses fondant les poursuites.

Jean Christophe Bruyère :

Les arrêts sont clairs et ils sont très motivés. Cass. civ. 2ème, 13 avr. 2023, n°21-14.540 : *« même en présence d'une précédente décision revêtue de l'autorité de la chose jugée sur le*

²⁶ CJUE, Grande chambre, 17 mai 2022, C-693/19 et C-831/19, - SPV Project et CJUE, 17 mai 2022, affaire C-600/19, Ibercaja Banco SA.

²⁷ Cass. com., 8 février 2023, n° 21-17763.

²⁸ Cass. 2^e civ., 13 avril 2023, n° 21-14540.

montant de la créance, sauf lorsqu'il ressort de l'ensemble de la décision revêtue de l'autorité de la chose jugée que le juge s'est livré à cet examen, et pour autant qu'il dispose des éléments de droit et de fait nécessaires à cet effet, d'examiner d'office si les clauses insérées dans le contrat conclu entre le professionnel et le non-professionnel ou consommateur ne revêtent pas un caractère abusif ».

C'est un bouleversement considérable et une véritable dérogation au principe de l'autorité de la chose jugée.

Lorsque les conditions initiales de celle-ci étaient réunies, seule la survenance de faits nouveaux est susceptible d'écarter l'autorité de la chose jugée. Cet élément nouveau était strictement entendu. La jurisprudence de la CJUE ressemble à une cause de révision supplémentaire du jugement.

En pratique, c'est l'office du juge de l'exécution qui s'en trouve très fortement accru tant il est vrai que les sujets des mesures d'exécution sont souvent des consommateurs.

Devant le juge de l'exécution, il suffit d'avoir un jugement exécutoire. Dans le dossier produit au juge il n'y a pas les pièces contractuelles. Faudra-t-il que le juge de l'exécution demande les pièces ?

Si le consommateur peut se réveiller à ce moment-là et produire lui-même les éléments alors on modifie l'objet du litige devant le juge de l'exécution.

La deuxième chambre civile prend le soin de préciser que le juge disposait des éléments de fait et de droit nécessaires à l'appréciation du caractère abusif des clauses ; il avait le contrat et les éléments de droit, ce sont les décisions de la Cour de cassation. Et en ce qui concerne l'arrêt rendu par la chambre commerciale, le consommateur avait invoqué le moyen.

Martin Plissonnier :

D'un point de vue théorique, cela soulève un certain nombre de questions. On ne peut toutes les évoquer ici.

D'abord, sur valeur protégée. On sait que l'autorité de la chose jugée est une institution qui préserve la sécurité juridique, notamment l'achèvement au trouble social. La solution s'en éloigne assez largement au profit du seul effet utile de la directive.

Ensuite, qui anéantit l'autorité de la chose jugée ? Le juge dès qu'il rend une décision, n'importe quelle décision, elle est revêtue de l'autorité de la chose jugée. Elle ne peut être combattue que par l'exercice d'un recours ; l'appel va permettre de réformer ou d'annuler la décision et le pourvoi en cassation de casser et annuler la décision. En réalité, les deux décisions ne répondent pas à cette question. Le juge de l'exécution n'étant pas une voie de recours, il ne peut anéantir la décision d'un autre juge, quand bien même celui-ci aurait omis de contrôler le caractère abusif des clauses qui fondent les poursuites. Par conséquent, il subsiste deux décisions distinctes dans l'ordonnancement juridique : une dont on n'a pas anéanti l'autorité de la chose jugée, contrairement à ce que nous dit la Cour de cassation, et une autre qui revient sur ce qu'a potentiellement jugé la première.

Enfin, pour la Cour de cassation, il y a un certain paradoxe à asséner, d'un côté et pendant des années, qu'un moyen de droit oublié lors d'un premier procès est un moyen abandonné (la concentration des moyens et l'arrêt *Cesareo*), et de l'autre décider qu'on peut revenir à un examen juridictionnel d'une clause parce qu'il est incomplet, même des années plus tard.

B) L'analyse quant à la prescription

Natacha Sauphanor-Brouillaud :

Quant à la question de la prescription, la Cour de cassation avait anticipé la réponse de la Cour de justice de l'Union européenne dans l'affaire BNP Paribas en jugeant que « *la demande pour voir réputée la clause non écrite n'est pas soumise à prescription* »²⁹. Ce point désormais est acquis puisque la Cour de justice l'a repris.

On est plus sur la question du réputé non écrit, qui n'est pas propre à la matière des clauses abusives. Ce qui est nouveau, c'est la question des restitutions. Dans un arrêt du 12 juillet 2023, la 1^{ère} chambre civile³⁰ s'est prononcée sur cette question de la prescription pour l'effet restitutoire.

Jean Christophe Bruyère : Avec une précision, la demande de restitution peut être formée en même temps que la demande en suppression de la clause abusive. Le juge ne peut pas suppléer une demande en restitution, il ne pourra pas la demander à la place du consommateur.

Sur la restitution, l'arrêt « Naranjo », du 21 décembre 2016 avait énoncé que « *la constatation judiciaire du caractère abusif d'une telle clause doit, en principe, avoir pour conséquence le rétablissement de la situation en droit et en fait du consommateur dans laquelle il se serait trouvé en l'absence de ladite clause et que l'obligation pour le juge national d'écarter une clause contractuelle abusive imposant le paiement de sommes qui se révèlent indues emporte, en principe, un effet restitutoire correspondant à l'égard de ces mêmes sommes* ».

Dans l'arrêt du 12 juillet 2023³¹, rendu par la première chambre civile, à propos du point de départ de cette action, une fois que le caractère abusif de la clause a été constaté par une décision et qu'aucune demande n'a été formée à ce moment-là, pour obtenir ce qui a été payé en raison de la clause réputée non écrite, ultérieurement, le consommateur agit pour obtenir la restitution de cette somme, alors que l'action en suppression d'une clause abusive n'est pas enfermée dans un délai de prescription quelconque. L'action qui suit en restitution, elle est soumise à la prescription quinquennale. La Cour de justice a parfaitement admis ce principe d'un enfermement de l'action en restitution.

L'arrêt se prononce de la façon suivante sur la question du point de départ de l'action en restitution : « *le point de départ de la prescription quinquennale de l'action, fondée sur la constatation du caractère abusif de clauses d'un contrat de prêt libellé en devises étrangères*

²⁹ Cass. com. 8 avr. 2021, n°19-17997. La première chambre civile avait auparavant jugé que la demande tendant à voir réputer non écrites les clauses litigieuses ne s'analysait pas en une demande en nullité, de sorte qu'elle n'était pas soumise à la prescription quinquennale : Cass. civ. 1^{ère}, 13 mars 2019, n°17-23169.

³⁰ Cass, 1^{ère} civ., 12 juillet 2023, n° 22-17.030.

³¹ Cass, 1^{ère} civ., 12 juillet 2023, n° 22-17.030.

en restitution de sommes indûment versées, doit être fixé à la date de la décision de justice constatant le caractère abusif des clauses ».

A quel moment exact on peut en discuter sur le terrain procédural ? La première décision, la décision passée en force de chose jugée, la décision irrévocable... ? Ce sont des débats qui agitent la Cour de cassation en ce moment. Elle ne s'est pas encore prononcée.