

Le contentieux des prêts en franc suisse.
Analyse de la protection reconnue aux emprunteurs sur le plan civil

I. Le fondement de la protection

par N. 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)



Cette contribution est issue d'une conférence organisée par le CEDCACE et le Master Droit du Patrimoine de l'Université Paris Nanterre le 21 juin 2024. Les actes en sont librement consultables sur le site Internet du CEDCACE : <http://cedcace.parisnanterre.fr>

1. L'avenir retiendra certainement que les clauses des contrats libellés en franc suisse ont été jugées abusives. Pourtant le fondement de la protection n'est pas tant le déséquilibre significatif que le principe de transparence. A cet égard, la directive 1993/13 sur les clauses abusives exige une obligation de clarté des clauses de deux façons. Elle la formule négativement dans l'article 4.2 selon lequel « *l'appréciation du caractère abusif des clauses au sens du premier alinéa ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert pour autant que les clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible* ». Elle la formule positivement à l'article 5 selon lequel « *dans le cas des contrats dont toutes ou certaines clauses proposées au consommateur sont rédigées par écrit, ces clauses doivent toujours être rédigées de façon claire et compréhensible. En cas de doute sur le sens d'une clause, l'interprétation la plus favorable au consommateur prévaut* ».

Le droit européen rattache donc tant l'exigence de clarté et de compréhensibilité des stipulations que l'interprétation *in favorem* au dispositif d'éradication des clauses abusives. Tel n'est pas le cas du droit français qui a transposé ces deux règles en les scindant, à l'occasion de leur transposition par la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995¹. Si l'article 4. 2 de la directive a été repris dans le chapitre relatif aux clauses abusives (C. consom., art . L 212-1), l'article 5 a en revanche été intégré dans un texte distinct qui figure désormais dans le chapitre consacré à la présentation des contrats (C. consom., art . L 212-1).

Cette transposition ne contredit pas le droit européen. Pour autant, c'est certainement parce que la directive établit un lien formel entre transparence et clauses abusives que l'impulsion du droit européen, et notamment de la décision de la CJUE du 10 juin 2021, dans le choix du fondement de la protection des emprunteurs dans le contentieux des prêts en franc suisse a été primordial.

¹ Loi concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial.

2. L'avenir retiendra également que le point d'orgue du contentieux fut le prononcé par la Cour de cassation des restitutions après annulation des contrats de crédit en devise étrangère². Ce serait avoir une vision incomplète de la jurisprudence interne, dont l'apport réside également dans le renouvellement du droit interne par la mise en œuvre du fondement de la protection.

3. Aussi examinera-t-on l'impulsion du droit européen dans le choix du fondement de la transparence (A) avant d'observer le renouvellement du droit interne par la mise en œuvre du fondement de la transparence (B).

A. L'impulsion du droit européen dans le choix du fondement de la transparence

4. Ce n'est pas le seul déséquilibre significatif qui fonde la protection des emprunteurs dans le contentieux des prêts libellés en devise étrangère. C'est, pour la CJUE, un déséquilibre significatif masqué par le défaut de transparence. Le choix audacieux de ce fondement a été rendu possible par l'interprétation extensive du principe de transparence qui avait été préalablement découverte par la CJUE. Aussi à l'étape des prémices -l'interprétation extensive du principe de transparence (1)- succèdera celle de l'audace : le déséquilibre significatif masqué par le défaut de transparence (2).

1) Les prémices : l'interprétation extensive du principe de transparence

5. La première des difficultés soulevées dans le contentieux en devises concernait l'appartenance du mécanisme de conversion en devise étrangère à l'objet principal du contrat. Dès lors que cette qualification était applicable, il fallait se conformer à l'article 4.2 de la directive 1993/13, transposé à l'article L. 212-1, al. 3 du code de la consommation, selon lequel « l'appréciation du caractère abusif des clauses ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation entre le prix et la rémunération, d'une part, et les services ou les biens à fournir en contrepartie, d'autre part, pour autant que ces clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible ». Le sens de cette disposition doit être compris à l'aune de la circonstance qu'elle n'a pas pour fonction de déterminer le champ d'application de la matière, rôle dévolu à l'article 1^{er}. Les stipulations portant sur l'objet principal et sur le prix ne sont donc pas exclues du champ d'application de la directive du 5 avril 1993 et relèvent au contraire de leur domaine³. Cependant, « les modalités et l'étendue du contrôle de fond » de ces stipulations⁴ sont particulières. En d'autres termes, les clauses principales du contrat ne sont exemptées de la recherche de l'abus qu'« à la condition », ou « dès lors que », selon la version allemande⁵, elles sont rédigées de façon claire et compréhensible.

Aussi, et comme l'avait d'ailleurs bien compris la Cour de cassation, soit la clause litigieuse ne relève pas de l'objet principal du contrat et auquel cas elle peut être soumise d'emblée au test du déséquilibre significatif, soit elle en relève et auquel cas, à lire le texte, le test suppose remplie la preuve préalable d'un défaut de clarté et de compréhensibilité. Or, la CJUE n'a eu de cesse d'une part de restreindre le périmètre de l'objet principal du contrat et d'autre part d'étendre l'acception du défaut de clarté et de compréhensibilité. Ce double mouvement a été possible parce que l'objet principal est une notion abstraite que la Cour de justice entend définir de manière autonome au titre de sa compétence

² Cass. civ. 1^{ère}, 12 juill. 2023, n°22-17.030.

³ CJUE 3 juin 2010, aff. C-484/08, Caja de Ahorros, pts 35 et 43 ; N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, C. AUBERT DE VINCELLES, G. BRUNAUX, et L. USUNIER, Les contrats de consommation. Règles communes, in J. GHESTIN [dir.], Traité de droit civil, 2^e éd., 2018, LGDJ, n°s 923 et s.

⁴ CJUE 3 juin 2010, aff. C-484/08, Caja de Ahorros, pts 32 et 34, préc.

⁵ La version allemande de la directive indique « *sofern* ».

d'interprétation⁶, comme d'ailleurs le déséquilibre significatif⁷. Or la Cour de justice considère donc que la notion d'objet principal doit faire l'objet d'une interprétation stricte puisque l'étendue limitée du contrôle de fond de la stipulation ainsi concernée constitue une « exception au système de protection », mis en œuvre par la directive contre la « situation d'infériorité » du consommateur. C'est précisément dans le contentieux des devises que la Cour a limité le périmètre de l'objet aux clauses « qui fixent les prestations essentielles » et qui définissent « l'essence même du rapport contractuel »⁸. A cette limitation du périmètre de l'objet a correspondu l'extension de l'acception du défaut de clarté et de compréhensibilité, mouvement, qui trouvait ses prémises dans un tout autre contentieux : celui des conditions générales du gaz.

6. Dans l'affaire *RWE*⁹, la CJUE avait été interrogée sur le caractère abusif d'une clause de modification unilatérale du prix de la fourniture de gaz dépourvue d'indication sur le motif, les conditions et l'ampleur d'une telle modification. La Cour avait alors insisté sur l'importance de l'information précontractuelle permettant de prévoir, sur la base de critères clairs et compréhensibles, les modifications éventuelles du prix du service au constat d'une situation d'infériorité du consommateur à l'égard du professionnel en ce qui concerne tant le pouvoir de négociation que le niveau d'information. Cette situation d'infériorité, qui conduit le consommateur à adhérer aux conditions rédigées préalablement par le professionnel, sans pouvoir exercer une influence sur le contenu de celles-ci¹⁰, justifie que la directive 93/13 impose l'obligation de formuler les clauses d'une façon claire et compréhensible. Enfin, elle avait ajouté que la directive 2003/55/CE concernant les règles communes pour le marché du gaz naturel oblige, en vertu de son article 3, paragraphe 3, les États membres à garantir un niveau de protection élevé des consommateurs en ce qui concerne la transparence des conditions contractuelles » (pt 45). Ce faisant, la CJUE avait « pour la première fois lié l'obligation de transparence des clauses à la fourniture d'une information précontractuelle essentielle à leur compréhension »¹¹. Toutefois, la décision restait marquée par le contexte de la fourniture du gaz.

7. C'est ensuite la décision *Kásler* qui, concernant cette fois-ci un prêt libellé dans une devise étrangère avait donné à la Cour l'occasion de juger que « l'exigence de transparence des clauses contractuelles posée par la directive 93/13 ne saurait être réduite au seul caractère compréhensible sur les plans formel et grammatical de celles-ci » mais qu'elle doit « être entendue de manière extensive »¹². La Cour avait alors posé la nécessité pour le consommateur de pouvoir prévoir, sur la base de critères précis et intelligibles, les conséquences économiques découlant d'un prêt¹³. Cependant, le défaut d'information précontractuelle n'était pas en cause dans la décision laquelle avait enjoint au juge national de vérifier que « le contrat expose de manière transparente le fonctionnement concret du mécanisme de conversion de la devise étrangère auquel se réfère la clause concernée ainsi que la relation entre ce mécanisme et celui prescrit par d'autres clauses relatives au déblocage du prêt, de sorte que ce consommateur soit mis en mesure d'évaluer, sur le fondement de critères précis et intelligibles, les conséquences économiques qui en découlent pour lui ».

8. C'est la décision *Andriuc*¹⁴ qui est venue « préciser et intensifier cette obligation de transparence (...) et ancrer pour la première fois distinctement la problématique du « risque pour le

⁶ TFUE, art. 267.

⁷ C. AUBERT DE VINCELLES, « La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de droit de la consommation », in *Le droit européen de la consommation*, Y. PICOD (dir.), mare & martin, Horizons européens, 2019, p. 35 et s., spéc. § 40.

⁸ CJUE 30 avr. 2014, aff. C-26/13, *Kásler et Kásler Rábai*, pts 49 et 50.

⁹ CJUE 21 mars 2013, aff. C-92/11, *RWE Vertrieb*.

¹⁰ CJUE 21 mars 2013, aff. C-92/11, *RWE Vertrieb*, préc., pt 40.

¹¹ E. POILLOT, « Le contrôle de la transparence matérielle des clauses portant sur l'objet du contrat : une nouvelle arme en matière de lutte contre les clauses abusives », D. 2017, p. 1096.

¹² CJUE, 30 avr. 2014, aff. C-26/13, *Kásler et Kásler Rábai*, préc. pts 71 et 72.

¹³ CJUE, 30 avr. 2014, aff. C-26/13, *Kásler et Kásler Rábai*, préc. pt 73.

¹⁴ CJUE, 20 sept. 2017, aff. C-186/16, *Andriuc*.

consommateur »¹⁵. Se fondant sur la recommandation CERS/2011/1 émise le 21 septembre 2011 par le Comité européen du risque systémique, la CJUE énonce que « l'emprunteur doit être clairement informé du fait que, en souscrivant un contrat de prêt libellé dans une devise étrangère, il s'expose à un risque de change qu'il lui sera, éventuellement, économiquement difficile d'assumer en cas de dévaluation de la monnaie dans laquelle il perçoit ses revenus »¹⁶. Était ainsi mise en exergue l'obligation pour le professionnel de délivrer une information précontractuelle non seulement sur les potentielles variations liées au change mais en outre le risque « tiré de l'incertitude que comporte une telle variation »¹⁷. Et dans la décision OTP Bank et OTP Faktoring, si la CJUE a pu considérer que l'emprunteur avait été suffisamment informé, c'est au constat d'une « clause de déclaration de prise de connaissance du risque » doublée d'une fiche d'information spécifique « relative au risque de change, contenant des exemples de calcul concrets du risque en cas d'une dépréciation du forint hongrois par rapport au franc suisse »¹⁸.

9. En France, les avocats des clients l'ont bien compris lorsqu'ils sont été confrontés au flot de décisions de la Cour de cassation qui restreignant la densité de ce principe de transparence avait considéré que l'exigence de clarté était satisfaite à raison de la communication d'informations chiffrées¹⁹, voire abstraites se bornant à mentionner soit que l'emprunteur consentait à supporter le risque de change sans en préciser les conséquences économiques concrètes²⁰, soit à ne mentionner aucun risque de change²¹. Ils ont remis en cause le raisonnement devant la Cour de justice en avançant qu'il faisait fi du contexte économique, de l'expertise, des connaissances du prêteur professionnel et de sa bonne foi²².

10. C'est en réponse à cette question que la CJUE, dans les décisions BNP Paribas du 10 juin 2021, a relevé, comme l'a observé Mme Aubert de Vincelles, quatre éléments à prendre en compte au titre de l'information précontractuelle pour que l'exigence de transparence soit satisfaite²³. En premier lieu, les informations doivent porter sur les éléments essentiels que constituent les « risques encourus » par l'emprunteur, qui revêtent une « importance particulière », et notamment celle relative au risque de change, sur toute la durée du contrat en fonction des variations possibles du taux de change. Le deuxième élément réside dans le « langage » employé dans les documents précontractuels et contractuels : le terme de risque doit être explicitement formulé afin d'avertir clairement l'emprunteur. Le troisième élément réside dans les éléments concrets que le prêteur doit apporter pour faire prendre conscience à l'emprunteur des risques encourus. Ainsi, les simulations chiffrées doivent être fondées sur des données suffisantes et exactes et doivent tenir compte du contexte économique s'il est susceptible d'avoir des répercussions sur la variation des taux de change. Enfin, la CJUE reconnaît que la déloyauté de la pratique commerciale du prêteur constitue un élément à prendre à compte dans l'appréciation de la transparence.

11. Loin de renvoyer au juge national, en l'occurrence français, le soin d'apprécier ces éléments, la CJUE observe que la mention des risques, et particulièrement du risque de change, est absente des documents bancaires et que les simulations chiffrées, étaient fondées sur une certaine stabilité des taux de change, sans que soit mentionné par ailleurs le contexte économique particulier. Cette prise de position de la CJUE diffère d'ailleurs de la réponse qu'elle apporte à la question de savoir si les clauses pouvaient ou non relever de l'objet principal du contrat, question à laquelle la Cour

¹⁵ A. ROCHEMONT, *Prêt en devises et clauses abusives*, Mémoire Master 2 Droit de la consommation et des pratiques commerciales, 2021, n°98, disponible en ligne : <https://chairedroitdelaconsommation.cyu.fr/memoires-de-master-2>.

¹⁶ CJUE, 20 sept. 2017, aff. C-186/16, Andriuc, pts 49 & 50.

¹⁷ A. ROCHEMONT, *Prêt en devises et clauses abusives*, n°98, préc.

¹⁸ CJUE, 20 sept. 2018, aff. C-51/17, OTP Bank et OTP.

¹⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 20 fév. 2019, n° 17-31.065, n° 17-31-066, n° 17-31.067, n° 17-31.068, n° 17-31.070, n° 17-31.071, n° 17-31.072, n° 17-31.073, n° 17-31.074, n° 17-31.075, n° 17-31.077, n° 17-31.078, n° 17-31.079, n° 17-19.495 ; Cass. civ. 1^{ère}, 27 Mars 2019, n° 17-26.912.

²⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 22 mai 2019, n° 17-23.663.

²¹ Cass. civ. 1^{ère}, 13 Mars 2019, n° 17-23169.

²² TI Lagny sur Marne, 2 août 2019, RG n° 2017/23 ; TGI Paris, 1^{er} oct. 2019, RG n° 18/04018.

²³ C. AUBERT DE VINCELLES, « Contentieux Helvet Immo : la Cour de justice de l'Union européenne vient au secours des emprunteurs », D. 2021, p. 2288.

n'apporte pas une réponse franche. Mais finalement peu importe dès lors que le passage obligé pour soumettre les clauses portant sur l'objet principal du contrat au test du déséquilibre significatif, à savoir la caractérisation du défaut de transparence, avait été franchi. Cependant, il restait alors à caractériser le déséquilibre significatif. Or l'audace de la CJUE est d'avoir considéré que le déséquilibre significatif avait été masqué par le défaut de transparence.

2) L'audace : le déséquilibre significatif masqué par le défaut de transparence

12. Pour comprendre l'audace de la CJUE, il faut rappeler les critères fixés jusqu'alors par le juge européen pour mettre en œuvre l'article 3 de la directive 1993/13, qui considère qu'une clause est abusive « lorsqu'en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif ». Il s'agissait donc de raisonner en deux temps, comme le laissait entrevoir la formule « en dépit de ». Ainsi, le juge national devait apprécier dans un premier temps, le possible non-respect de l'exigence de bonne foi et, dans un second temps, l'existence d'un éventuel abus.

13. Ce qui relève de bonne foi est précisé par le 16^{ème} considérant de la directive indiquant qu'« il faut prêter une attention particulière à la force des positions respectives de négociation des parties (...) ; l'exigence de bonne foi peut être satisfaite par le professionnel en traitant de façon loyale et équitable avec l'autre partie dont il doit prendre en compte les intérêts légitimes ». Comme l'avait observé la doctrine, la bonne foi « s'entend d'un critère d'évaluation du comportement des parties » au stade précontractuel, incitant le juge « à entreprendre des investigations concrètes afin de contrôler le contexte dans lequel le contrat a été conclu »²⁴.

14. Quant au déséquilibre significatif, on sait depuis la décision Mohamed Aziz, que pour le déceler, il faut évaluer si la clause place le consommateur « dans une situation juridique moins favorable que celle qu'il aurait eu par comparaison avec les « règles nationales applicables en l'absence d'accord entre les parties »²⁵. Le droit civil français des contrats étant un réceptacle de ces règles supplétives²⁶, la méthode prônée par l'arrêt Aziz s'acculturait aisément avec notre droit interne. Bien avant cette décision, M^{me} Pérès avait montré que le déséquilibre significatif résulte de la négation du « modèle idéal constitué par les dispositions supplétives » et que « l'élimination des clauses abusives constitue une technique par laquelle l'ordre juridique se propose notamment d'assurer et de restaurer l'autorité du droit supplétif à l'encontre du vouloir individuel »²⁷.

15. Or, dans la décision BNP Paribas Personal Finance, aucune mention n'est faite de la dérogation aux règles supplétives. Pour caractériser le déséquilibre significatif, la CJUE incite le juge à « tenir compte de l'ensemble des circonstances dont le prêteur professionnel pouvait avoir connaissance au moment de la conclusion de ce contrat, compte tenu notamment de son expertise, en ce qui concerne les possibles variations des taux de change et les risques inhérents à la souscription d'un tel prêt »²⁸. Elle en déduit que les clauses « sont susceptibles de créer un déséquilibre significatif [...] dès lors que le professionnel ne pouvait raisonnablement s'attendre, en respectant l'exigence de transparence à l'égard du consommateur, à ce que ce dernier accepte, à la suite d'une négociation individuelle, un risque disproportionné de change qui résulte de telles clauses »²⁹. Il faut comprendre ici que le déséquilibre significatif réside dans le risque disproportionné de change. Comme l'indique la CJUE, le consommateur doit supporter le coût de l'évolution des taux de change à terme. En fonction de celle-ci, il peut se trouver dans une situation dans laquelle, d'une part, le montant du capital restant dû en monnaie de paiement, en l'occurrence en euros, est considérablement plus important que la

²⁴ E. POILLOT, *Droit européen et uniformisation du droit des contrats*, préf. P. DE VAREILLES-SOMMIERES, 2006, coll. Bibl. dr. pr., LGDJ, t. 463, n^{os} 296.

²⁵ CJUE 14 mars 2013, Mohamed Aziz, aff.

²⁶ C. PERES, *Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats*, in *La réforme du droit des contrats : quelles innovations ?*, RDC 2016. 5.

²⁷ C. PERES, *La règle supplétive*, préf. G. VINEY, 2004, coll. Bibl. dr. pr., LGDJ, t. 421, n^{os} 553 et 556.

²⁸ CJUE 10 juin 2021, BNP Paribas Personal Finance, aff. jtes C-776/19 à C-782/19 et C-609/19, pt. 99.

²⁹ CJUE 10 juin 2021, BNP Paribas Personal Finance, aff. jtes C-776/19 à C-782/19 et C-609/19, pt 101.

somme initialement empruntée et, d'autre part, les mensualités versées ont presque exclusivement couvert les seuls intérêts³⁰. La Cour insiste sur la circonstance que ce risque n'est pas compensé par un avantage, que serait le taux d'intérêt. Elle observe en effet que « cette augmentation du capital restant dû en devise nationale n'est pas équilibrée par la différence entre le taux d'intérêt de la devise étrangère et celui de la devise nationale », étant précisé que l'existence d'une telle différence constitue l'avantage principal d'un prêt libellé en devise étrangère pour l'emprunteur.

Aussi à raison du défaut de transparence, à raison d'une absence d'explication sur ce mécanisme, l'emprunteur n'a pas pu comprendre que le risque de change pesait exclusivement sur lui. Dit autrement, le déséquilibre significatif a été masqué par le défaut de transparence. Cependant, la CJUE indique que « le professionnel ne pouvait s'attendre, en respectant l'exigence de transparence à l'égard du consommateur, à ce que ce dernier accepte, à la suite d'une négociation individuelle, un risque disproportionné de change ». Ici, la CJUE analyse le comportement du professionnel non pas sous l'angle de la bonne foi, mais à l'exigence de transparence. Elle semble indiquer que si le professionnel avait informé le consommateur du risque, il aurait été exclu que le consommateur l'accepte, laissant entendre que le défaut de transparence est déloyal.

On retrouve cette imbrication entre l'abus et le défaut de transparence dans la mise en œuvre de la jurisprudence européenne par la Cour de cassation. La première chambre civile a ainsi cassé les décisions écartant l'existence d'un déséquilibre significatif créé par une clause du prêt en relevant que « la banque n'avait pas satisfait à l'exigence de transparence à l'égard du consommateur »³¹.

16. En revanche, pour les prêts consentis en francs suisse et remboursables dans cette monnaie nationale souscrits par des travailleurs frontaliers, la Cour de cassation se refusait jusqu'à récemment à imposer une information précontractuelle sur une possibilité de hausse ou de dépréciation de la devise étrangère dans laquelle le prêt avait été contracté, les clauses étant considérées par les juges du fond comme « parfaitement claires »³². Le raisonnement se fondait sur l'absence de risque de change lors de la conclusion du contrat. Cette jurisprudence paraissait contestable. Certes, du point de vue des revenus de l'emprunteur, il n'existe pas de risque de change. Cependant le patrimoine du travailleur frontalier n'est pas en francs suisse. Aussi, en cas de revente de sa résidence principale, située en France et financée par le prêt, l'emprunteur subit le risque de change lié à l'évolution de la contrevalet de la dette dans la devise (euros) de son bien immobilier. Cependant, à la faveur des arguments des avocats des emprunteurs frontaliers, les décisions amorcent un changement. Lorsque l'achat immobilier a été entièrement financé par l'emprunt, les juges font en effet peser sur le banquier un devoir de mise en garde, l'opération présentant un risque d'endettement excessif en cas de diminution significative des revenus en devise de l'emprunteur³³. Le devoir de mise en garde pallie ici l'absence d'obligation d'information précontractuelle³⁴ qui, a été découverte dans le contentieux des prêts remboursables en devise nationale. Il s'agit là de l'une des illustrations du renouvellement du droit interne par la mise en œuvre du fondement de la transparence.

B. Le renouvellement du droit interne par la mise en œuvre du fondement de la transparence

17. La mise en œuvre du fondement de la transparence en droit interne a permis d'aller au-delà du contrôle du déséquilibre significatif, et de renouveler l'acceptation de deux notions du droit

³⁰ CJUE 10 juin 2021, BNP Paribas Personal Finance, aff. jtes C-776/19 à C-782/19 et C-609/19, pt 101.

³¹ Voir not. Cass. civ. 1^{ère}, 20 avr. 2022, n°20-16.316.

³² Cass. civ. 1^{ère}, 1er mars 2023, n°21-20.260.

³³ CA Chambéry, 22 fév. 2024, n° RG 21/02510.

³⁴ V. égal. Cass. civ. 1^{ère}, 13 mars 2024, n° 22-24.812 qui reproche aux juges du fond de ne pas avoir examiné d'office si la clause de remboursement en franc suisse n'avait pas pour objet ou pour effet de créer un déséquilibre significatif alors que les emprunteurs avaient développé, au soutien de leur demande indemnitaire, des arguments relatifs au caractère abusif de la clause relative au risque de change.

des contrats. On observe en effet l'enrichissement du devoir précontractuel du prêteur (1) et l'évolution de la conception de l'objet principal du contrat (2).

1) L'enrichissement du devoir précontractuel d'information du prêteur

18. Analysant la jurisprudence européenne, certains auteurs avaient observé que la CJUE a ainsi « *lié l'obligation de transparence des clauses à la fourniture d'une information précontractuelle essentielle à leur compréhension* »³⁵. Dit autrement, le devoir de transparence était au droit européen, ce que le devoir d'information précontractuel incarne en droit interne.

D'auteurs auteurs avaient rapproché le contenu de l'obligation de transparence du devoir de mise en garde. Découvert par la chambre mixte de la Cour de cassation le 29 juin 2007³⁶, sur le fondement de l'ancien article 1147 du Code civil, ce devoir est cependant cantonné aujourd'hui à l'obligation d'alerter l'emprunteur non averti sur l'importance du risque encouru en cas d'endettement excessif, par rapport à ses capacités financières³⁷ au jour de la souscription du crédit³⁸. Aussi, dans le contentieux des prêts en francs suisses, ce moyen n'a pas rencontré le succès devant la Cour de cassation, les juges du fond ayant souverainement estimé que le prêt, lors de son octroi, était proportionné aux capacités financières des emprunteurs³⁹.

19. Après la décision de la CJUE du 20 juin 2021, c'est à l'occasion d'un pourvoi d'emprunteurs reprochant à la Cour d'appel de Paris⁴⁰, d'avoir rejeté leur demande d'indemnisation fondée sur le manquement de la banque à ses obligations d'information et de mise en garde que la première chambre civile de la Cour de cassation a procédé à un revirement de jurisprudence dans une décision du 30 mars 2022. Pour la première fois, la Cour de cassation sous le visa de l'ancien article 1147 du Code civil, a énoncé que « lorsqu'elle consent un prêt libellé en devise étrangère, stipulant que celle-ci est la monnaie de compte et que l'euro est la monnaie de paiement et ayant pour effet de faire peser le risque de change sur l'emprunteur, la banque est tenue de fournir à celui-ci des informations suffisantes et exactes lui permettant de comprendre le fonctionnement concret du mécanisme financier en cause et d'évaluer ainsi le risque des conséquences économiques négatives, potentiellement significatives, d'une telle clause sur ses obligations financières pendant toute la durée de ce même contrat, notamment en cas de dépréciation importante de la monnaie ayant cours légal dans l'Etat où celui-ci est domicilié et d'une hausse du taux d'intérêt étranger »⁴¹. Ce faisant, la Cour de cassation a induit du principe de transparence matérielle posée par la CJUE en matière de clause abusive, un nouveau devoir d'information du banquier sur le fondement de l'article 1147 : un devoir d'« information renforcée »⁴², voire « personnalisée », qui se trouve ainsi unifié dans le contentieux des prêts en devises.

20. Ainsi décorrélée de la constatation de l'abus, la responsabilité du banquier se trouve potentiellement engagée dès lors qu'un manquement à l'information sur le risque est décelé.

³⁵ E. POILLOT, « Le contrôle de la transparence matérielle des clauses portant sur l'objet du contrat : une nouvelle arme en matière de lutte contre les clauses abusives », art. préc., spéc., p. 1098.

³⁶ Ch. Mixte, 29 juin 2007, n°05-21104.

³⁷ Cass. com. 2 juin 2021, n°17-31746. Il n'y a pas de devoir de mise en garde lorsqu'aucun risque d'endettement excessif n'existe : Cass. civ. 1^{ère}, 12 nov. 2020, n°19-16.964.

³⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 13 mars 2019, n°17-23169. La charge de la preuve d'exécution du devoir de mise en garde pèse sur le banquier : Cass. civ. 1^{ère}, 5 juin 2019, n°17-27066.

³⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 12 sept. 2018, n°17-17650 ; Cass. civ. 1^{ère}, 3 mai 2018, n°17-13593 : « le prêt était, lors de sa souscription, proportionné à celles-ci et n'avait entraîné aucun endettement excessif ». La Cour de cassation s'assurait cependant que la recherche avait bien été effectuée : Cass. civ. 1^{ère}, 29 mars 2017, n°15-27231 : « sans rechercher, comme il le lui était demandé, s'il existait un risque d'endettement excessif né de l'octroi du prêt, au regard des capacités financières de l'emprunteur, justifiant sa mise en garde par la banque, la cour d'appel a privé sa décision de base légale »).

⁴⁰ Arrêt de la Cour d'appel rendu sur renvoi après cassation : Cass. civ. 1^{ère}, 16 mai 2018, n°17-11.337.

⁴¹ Cass. civ. 1^{ère}, 30 mars 2022, n°19-20.717.

⁴² G. CATTALANO, « Clauses abusives et prêt en francs suisses : retour sur la transparence des clauses », RDC 2019, p. 109.

L'emprunteur peut alors de voir indemnisé d'un préjudice sur le fondement d'une perte de chance de contracter en toute connaissance de cause⁴³.

21. Ce devoir précontractuel d'information renforcé pourrait être étendu à d'autres types de contrats complexes régis soit par le droit commun soit par le droit des contrats de consommation. On songe ainsi aux contrats d'installation de panneaux photovoltaïques qui, comme les crédits libellés en devises étrangères, intègrent une part d'aléa qui se porte pour eux sur la rentabilité économique attendue. Aussi, pourrait-on envisager en la matière une obligation d'information renforcée sur les variations de rentabilité économique de l'installation⁴⁴.

22. La mise en œuvre du critère de la transparence a permis également de faire évoluer la conception de l'objet principal du contrat.

2) L'évolution de la conception de l'objet principal du contrat

23. L'évolution de l'acception de l'objet principal du contrat par la mise en œuvre du fondement de la transparence s'observe en premier lieu à l'égard de l'opération de prêt. Jusqu'alors, il apparaissait aller de soi que le remboursement dans une certaine monnaie a trait à la nature même de l'obligation de l'emprunteur et constitue un élément essentiel du contrat de prêt, en d'autres termes son objet principal. Pour reprendre les propos de Mme Lucas-Puget, dans cette acception l'objet « saisit (...) le résultat juridique concrètement recherché par les parties »⁴⁵. Cependant, le contentieux des prêts en francs suisse a montré que cette conception juridique devait être écartée au profit d'une conception plus économique, plus réaliste. Ainsi, comme l'a expliqué Madame Cattalano, l'objectif poursuivi par l'emprunteur étant d'utiliser la somme d'argent dans sa monnaie nationale, libeller la somme en francs suisses n'est donc qu'un moyen de faire varier le capital dû. On pourrait dès lors admettre que les clauses libellant les prêts en francs suisses et celles relatives au risque de change ne portent pas, en vérité, sur l'« objet principal du contrat » mais qu'elles n'ont trait qu'à une modalité particulière d'exécution d'un simple contrat de prêt⁴⁶. D'ailleurs, la CJUE dans la décision du 10 juin 2021 ne s'est pas expressément prononcée sur l'appartenance ou non des clauses portant sur l'imputation des remboursements sur les intérêts à l'objet principal du contrat. Elle a incité le juge national à examiner « l'économie générale » du contrat de prêt en cause, afin de vérifier si est en jeu la prestation essentielle du débiteur, à savoir le remboursement du prêt⁴⁷. Elle observe, sans trancher, que soit ces clauses ne font que gérer les « conséquences du changement de parité en précisant les règles de remboursement applicables en fonction des variations du taux de change » (pt 36) auquel cas elles des modalités accessoires. Soit les clauses « matérialisent le risque de change » (pt 37) auquel cas elles relèvent de l'objet principal du contrat. Il s'agit en d'autres termes, de se demander si « l'ensemble (...) est indivisible (...), chaque clause constituant un rouage nécessaire à la conception globale du risque de change auquel est attachée l'obligation de remboursement » ou si les opérations de paiement ou de compte peuvent être divisibles, « l'obligation principale se limitant au remboursement en euros »⁴⁸.

24. L'évolution de la conception de l'objet principal du contrat s'opère à un second titre dans la mesure où la mise en œuvre du fondement de la transparence a incité le juge français à oser se saisir des clauses portant sur l'objet et sur le prix jusqu'alors sanctuarisées au titre de la liberté contractuelle et de l'absence de contrôle généralisé de la lésion. C'est ainsi qu'en droit interne, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a considéré qu'entre dans le relevé d'office l'obligation de rechercher le caractère clair et compréhensible d'une clause définissant l'objet principal

⁴³ CA Chambéry, 22 fév. 2024, n° RG 21/02510.

⁴⁴ *La sollicitation du consommateur*, Rapport, C. AUBERT DE VINCELLES & N. SAUPHANOR-BROUILLAUD (dir.), Chaire Droit de la consommation, Déc. 2023, LGDJ, Lextenso, Proposition n° 9.1.

⁴⁵ A.-S. LUCAS-PUGET, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, préf. M. FABRE-MAGNAN, 2005, coll. Bibl. dr. pr., LGDJ, t. 441, n°s 316.

⁴⁶ G. CATTALANO, « Clauses abusives et prêt en francs suisses : retour sur la transparence des clauses », art. préc., p. 109.

⁴⁷ CJUE, 10 juin 2021, BNP Paribas Personal Finance, aff. C-609/19, pt 30.

⁴⁸ C. AUBERT DE VINCELLES, « Contentieux Helvet Immo : la Cour de justice de l'Union européenne vient au secours des emprunteurs », art. préc., p. 2288.

du contrat d'assurance vie afin de vérifier si, en cas de défaut de clarté, la clause a pour effet de créer un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au détriment du consommateur ou du non-professionnel⁴⁹. De même, a-t-elle jugé que l'appréciation du déséquilibre significatif relève de la compétence du premier président statuant en matière de contestation d'honoraires d'avocats, la rémunération, étant en l'espèce, prévue par deux clauses contradictoires⁵⁰. Par le truchement du principe de transparence, l'objet principal du contrat n'est plus conçu comme une prestation substantielle intangible. On observera que dans ces deux décisions, la Cour de cassation s'est appuyée sur le relevé d'office du juge, pivot de l'effectivité de la protection qu'il convient à présent d'aborder⁵¹.

Octobre 2024

⁴⁹ Cass. civ. 2^{ème}, 14 oct. 2021, n°19-11.758. En l'occurrence il s'agissait de la clause permettant la transformation de la rente en capital par l'application d'une table de mortalité « selon le tarif en vigueur ». Il s'agissait donc bien de l'objet du contrat, puisque la clause détermine la prestation de l'assureur en contrepartie du versement des primes par l'assuré, adhérent à un contrat de groupe. V. auparavant CJUE 23 avr. 2015, aff. C-96/14.

⁵⁰ Cass. civ. 2^{ème}, 27 oct. 2022, n°21-10.739. Les en

⁵¹ V. C. AUBERT DE VINCELLES, *L'effectivité de la protection*, <http://cedcace.parisnanterre.fr>