



**AVIS DE M. SALOMON,
AVOCAT GÉNÉRAL**

**Avis sur saisine n° 15018 du 8 octobre 2025 (P+B) – Première
chambre civile**

Demande d’avis n° 25-70.016

**Demandeur à l’avis : Le président du tribunal civil de première
instance de Papeete**

Par un jugement en date du 24 avril 2025, le tribunal civil de première instance de Papeete, section détachée de Raiatea, a transmis à la Cour de cassation une demande d’avis portant sur la question suivante :

« La clause contenue dans un contrat de crédit à la consommation prévoyant la déchéance du terme pour un motif autre que celui relatif à la défaillance de l’emprunteur dans ses remboursements est -elle, pour les contrats conclus à partir du 1^{er} mai 2011, abusive et /ou illicite?

Est-elle sanctionnée par son caractère réputé non écrit, par la déchéance du droit aux intérêts ou par les deux? »

Au regard des observations présentées dans son rapport par Madame la Conseillère Wable¹, il apparaît que la demande d'avis est recevable au regard des exigences de forme² et de fond³.

Il s'agit donc principalement ici d'apporter des éléments de réponse au fond sur la question posée par le tribunal.

La formulation de la demande d'avis, qui se dédouble, conduit à s'interroger tour à tour sur la question du cumul du caractère abusif et illicite d'une même clause contractuelle (1) puis sur celle du cumul des sanctions (2).

1. La question du cumul du caractère abusif et illicite d'une même clause contractuelle

Elle conduit à aborder une nouvelle fois la classique et délicate articulation entre droit de la consommation et droit commun des contrats⁴, si souvent examinée par notre chambre dans les pourvois qui lui sont soumis.

On sait qu'en droit spécial, l'article L. 212-1 du code de la consommation détermine les conditions dans lesquelles peut être reconnu le caractère abusif d'une clause et le régime juridique applicable. Aux termes de ce texte, « *dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat* ».

Comment articuler ce mécanisme avec le dispositif de protection de droit commun, notamment s'agissant des clauses illicites? Le consommateur a-t-il le choix entre ces deux dispositifs ou faut-il établir entre eux un choix, et dans l'affirmative, lequel?

L'affirmation du caractère tout à la fois abusif et illicite d'une même clause (1.-1.) présente à l'évidence de nombreux intérêts pratiques (1.-2.), ce qui commandera la réponse au premier aspect de la demande d'avis sur le point de savoir si la clause contenue dans un contrat de crédit à la consommation prévoyant la déchéance du terme pour un motif autre que celui relatif à la défaillance de l'emprunteur dans ses remboursements est, pour les contrats conclus à partir du 1^{er} mai 2011, abusive et /ou illicite (1.-3.).

1.-1. L'affirmation du caractère tout à la fois abusif et illicite d'une même clause contractuelle

¹ Rapport, pp. 3 à 10.

² CPC, art. 1031-1 et 1031-2

³ CPC, art. L. 441-1.

⁴ Sur ce point: G. Raymond et S. Bernheim-Desvaux, Droit de la consommation, LexisNexis, coll. Droit et professionnels, 6^{ème} éd., 2022, n° 643.

Alors que tout semble les opposer juridiquement (1.-1.-1), clauses abusives et clauses illicites tendent à se cumuler en pratique, de sorte qu'une même clause peut présenter simultanément ces deux caractères (1.-1.-2).

1.-1.-1. Une opposition juridique apparente entre clause abusive et clause illicite.

Il est certain qu'il existe une différence fondamentale entre clause illicite et clause abusive. La première est une clause qui est contraire à une disposition légale préexistante, alors que la seconde est celle qui peut être déclarée illicite à la suite d'une procédure spécifique et sous des conditions spécifiques. Plus précisément encore, une clause est illicite lorsqu'elle est formellement prohibée par la loi; elle est abusive lorsqu'elle crée un déséquilibre entre les droits et obligations des parties au contrat, selon les termes de l'alinéa 1^{er} de l'article L. 212-1 du Code de la consommation.

Pour certains auteurs, la qualification de clause illicite « *chasserait* » celle de clause abusive⁵.

Dans cette optique, la sanction des clauses abusives procéderait de la sanction d'un abus de liberté. Or, la liberté ne peut porter sur la stipulation d'une clause illicite. En ce dernier cas, la sanction ne serait pas celle de l'abus de liberté, mais celle de l'absence de liberté ⁶.

En outre, et d'un point de vue plus pratique, on peut soutenir que l'option ouverte au consommateur lui permettrait, en choisissant le caractère non écrit, d'écarter la sanction spécifiquement voulue par le législateur pour frapper l'illicéité.

Mais on peut rétorquer que le cumul est interdit en droit - civil comme pénal - dès lors que la raison d'être de la règle est identique et que les règles sont incompatibles, ce qui n'est manifestement pas ici le cas entre règle du droit spécial de la consommation et règle du droit commun de contrats.

Par ailleurs, le cumul permet au consommateur de choisir le dispositif qu'il préfère, voire de les faire valoir simultanément: ce cumul présente l'avantage de multiplier les chances d'obtenir la disparition de clauses contractuelles, de permettre au juge de soulever d'office leur invalidité⁷ et à la commission des clauses abusives de les viser dans ses recommandations.

Et ce d'autant plus que les qualifications de clause illicite ou abusive ne conduisent pas au même régime juridique, notamment sur le terrain des sanctions ⁸.

⁵ X. Lagarde, Crédit à la consommation: la distinction entre la clause abusive et l'irrégularité formelle: D. 2005, chron. 32.- M. Péglion-Zika, La notion de clause abusive: étude de droit de la consommation: BDPr, tome 585, LGDJ 2018, n° 177 et s.

⁶ Droit de la consommation, sous la direction de D. Fenouillet, Dalloz action 2012-2022, n° 226-22.

⁷ Civ. 1^{ère}, 3 nov. 2016, n° 15-20.621: P; Gaz. Pal. 2017, n°14, p.22, note S. Piédelièvre.

⁸ v. *infra*, 1.-2 des présentes conclusions.

1.-1.-2. Une convergence pratique entre clause abusive et clause illicite, pouvant conduire à leur cumul.

L'analyse du droit positif milite nettement en faveur de l'idée qu'une même clause puisse présenter tout à la fois un caractère abusif et illicite, au moins à quatre titre.

1) **En doctrine**, en premier lieu. Des auteurs relèvent trois catégories de clauses abusives en droit positif:

1° outre les clauses obscures ou ambiguës

2° et les clauses licites et claires, mais qui engendrent un déséquilibre significatif par leur objet ou leur effet,

3° sont visées les clauses claires et compréhensibles, mais illicites.

Selon une telle approche, en droit de la consommation, la clause abusive serait le genre, et la clause illicite, l'espèce, traduisant de la sorte la possibilité d'un cumul entre ces deux types de clause.

2) **Dans les textes du droit de la consommation**, en deuxième lieu. On observe que l'article R. 212-2 du code de la consommation qualifie d'abusives des clauses illicites.

Il en va ainsi de la clause qui « *prévoit un engagement ferme du consommateur, alors que l'exécution des prestations du professionnel est assujettie à une condition dont la réalisation dépend de sa seule volonté* », ce qui rappelle la prohibition, en droit commun des obligations, des clauses potestatives, énoncée à l'article 1304-2 du code civil.

Il en est de même de la clause qui « *supprime [...] ou entrave [...] l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couvertes par des dispositions légales ou à passer exclusivement par un mode alternatif de règlement des litiges* », clause contraire au droit d'agir en justice protégé tant par l'article 6 de la Convention EDH que par l'article L. 612-4 du code de la consommation.

3) En troisième lieu, on observe la même tendance au cumul du côté de la **politique de la commission des clauses abusives**. A de nombreuses reprises, cette dernière a été conduite à découvrir dans les clauses de contrats soumises à son appréciation des clauses illicites aux côtés de clauses abusives.

Dès l'origine, elle a choisi de les sanctionner pour abus⁹. Elle l'a fait au départ en ne distinguant pas entre clause abusive et clause illicite.

⁹ CCA, recommand., n° 79-02 du 19 déc. 1979 relative aux recours en justice: BOSP, 24 févr. 1979.

Désormais, elle le fait au motif qu'une « *clause illicite maintenue* » dans le contrat est nécessairement abusive. De façon très pertinente, la commission a déduit de la jurisprudence de la CJUE relative à la notion de déséquilibre significatif ¹⁰ « *que, si une clause peut créer un déséquilibre significatif dès lors qu'elle place le consommateur dans une situation moins favorable que celle prévue par une règle supplétive, a fortiori une clause contrevenant à une norme légale ou réglementaire impérative le place dans une situation juridique encore moins favorable par rapport à celle prévue par le droit national en vigueur et crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat, au détriment du consommateur* ». La commission poursuit: « *au-delà d'un procédé abusif, elle entend désormais, au regard de ce déséquilibre ainsi appréhendé, stigmatiser sur le terrain de l'abus le contenu même des stipulations illicites rencontrées dans les contrats liant un professionnel à un consommateur ou non professionnel* » ¹¹.

Depuis lors, la commission énonce régulièrement dans ses recommandations: « *cette clause, illicite en ce qu'elle est stipulée en contravention des dispositions impératives de l'article [...] du code [...], crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties en défaveur du consommateur, dès lors qu'elle a pour objet ou pour effet de placer ce dernier dans une situation juridique moins favorable que celle prévue par le droit national* ».

4) En dernier lieu, et surtout, la **jurisprudence de la première chambre civile** va dans le sens du cumul du caractère abusif et illicite d'une même clause.

En effet, après quelques hésitations initiales sur la question ¹², la chambre partage *ne varietur*, depuis un arrêt de principe du 3 novembre 2016 ¹³, l'analyse de la commission des clauses abusives.

Dans cette affaire, le litige portait notamment sur la clause d'un contrat de séjour, proposé aux résidents d'une maison de retraite, clause qui prévoyait que le délai de

¹⁰ CJUE, 14 mars 2013, aff.C-415/11.68, *Aziz c/ CatalunyaCaixa*.- CJUE, 16 janv. 2014, aff.C-226/12, *Constructora Principado c/ Menéndez Alvarez*. Pour la Cour de justice, l'existence d'un abus doit être apprécié en comparant la situation que la loi engendre et celle que la clause crée. Il y a abus dès lors que la clause conduit à une diminution des droits ou une augmentation des devoirs du consommateur suffisamment grave pour être qualifiée de déséquilibre significatif.

¹¹ CCA, recommand., du 20 déc. 2018. La Commission des clauses abusives a ensuite fait application de cet argumentaire dans plusieurs recommandations (Comm. Clauses abusives, Recomm. 20-01 dite « Mobilités » portant que les contrats de location de moyens de transports individuels en libre-service : BOCCFR 28 sept. 2020. – Comm. Clauses abusives, Recomm. 21-01 relative aux contrats de crédit à la consommation : BOCCFR 17 mai 2021 ; Contrats, conc. consom. 2021, comm. 126, obs. S. Bernheim-Desvaux.

¹² Civ. 1^{ère}, 1^{er} févr. 2005, n° 01-16.733: Bull. I, n° 60; RDC 2005, p. 719, obs. D. Fenouillet; RTD Civ. 2005, p. 393, note J. Mestre et B. Fages.

¹³ Civ. 1^{ère}, 3 nov. 2016, n° 15-20.621: P; JCP G 2016, Actu. 1351, note G. Paisant; Contrats conc. consom. 2017, comm. 22, obs. S. Bernheim-Desvaux; D. 2016, p. 2278; D. 2017, p. 375, obs. M. Mekki, et p. 539, obs. E. Poillot ; RTD civ. 2017. 129, obs. H. Barbier ; RTD eur. 2017. 336-4, obs. G. Helleringer; Gaz. Pal. 2017, n°14, p.22, note S. Piédelièvre. On observera que la chambre utilise pour la première fois une formulation, empruntée à la Commission des clauses abusives (Recomm., n° 10-02, relative aux contrats de prévoyance obsèques).- Pour une réaffirmation plus récente de ce lien entre clause illicite et clause abusive: Civ. 2^{ème}, 15 juin 2022, n° 18-16.968: B; Contrats conc. consom. 2022, comm. 144, obs. S. Bernheim-Desvaux.

restitution du dépôt de garantie était de deux mois, alors que l'article R. 314-149 du code de l'action sociale et des familles (CASF) prévoit une restitution dans les trente jours du départ du résident.

Notre chambre a cassé l'arrêt d'appel pour violation de l'article R. 314-149 du CASF et de l'article L. 132-1 du code de la consommation, devenu l'article L. 218-2. Elle a reproché aux juges d'appel de ne pas avoir sanctionné cette clause, alors « *qu'elle avait constaté que le délai de restitution du dépôt de garantie contractuellement prévu était de deux mois, alors que celui prévu par le CASF était de trente jours, de sorte que cette clause est illicite et que, maintenue dans le contrat, elle est abusive* ». Le fait que la cassation ait eu lieu sans renvoi montre bien que cette clause illicite, comme contraire à l'article R. 314-149 du CASF, est irréfragablement abusive, sans avoir besoin d'aucune appréciation des circonstances.

En d'autres termes, le déséquilibre significatif se trouve systématiquement et irréfragablement présumé du seul fait de la présence, dans le contrat, d'une stipulation illicite, quelle que soit l'importance de la contravention apportée à la loi ou celle des atteintes portées aux droits du consommateur concerné.

Cette affirmation s'explique aisément en ce que la présence d'une clause illicite dans un contrat induit en erreur le consommateur sur ses droits et déséquilibre la convention en sa défaveur ¹⁴.

Dans la mesure où la directive 93/13 sur les clauses abusives est d'harmonisation minimale, les États sont libres de protéger davantage les consommateurs et donc d'interdire des listes de clauses, sans avoir besoin de passer par le prisme des critères de l'abus et de l'appréciation des circonstances. Par conséquent, cette liste, comme son allongement par l'effet de la jurisprudence précitée de la première chambre civile, n'est pas contraire au droit de l'Union européenne.

Cette position prétorienne vient conforter la position d'un auteur, qui souligne qu'en matière de crédit à la consommation, la plupart des clauses abusives sont également illicites. Ainsi, « *le dispositif d'ordre public encadrant les contrats de crédit à la consommation crée des droits au bénéfice de l'emprunteur, droits accordés à ce dernier pour compenser son inégalité structurelle par rapport au prêteur. En diminuant ces droits par des clauses contractuelles, le prêteur crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat. Mais nombre de ces clauses abusives portent, dans le même temps, atteinte au dispositif existant de protection de l'emprunteur et de régulation du marché. Elles sont donc également illicites et affectent la régularité des contrats de crédit à la consommation* » ¹⁵.

En définitive, si une stipulation interdite par la loi n'est pas nécessairement abusive, une même stipulation contractuelle peut revêtir cumulativement ces deux caractères.

¹⁴ N. Sauphanor-Brouillaud, Traité de droit civil – Les règles communes aux contrats de consommation : LGDJ 2012, n° 666.

¹⁵ G. Poissonnier, Lutte contre les clauses abusives ou illicites dans les contrats de crédit à la consommation : en progrès mais beaucoup reste à faire, D. 2021 p.1636.

Comme l'énonce M. le professeur Paisant, « *tout ce qui est illicite n'est pas nécessairement abusif car pas forcément porteur d'un déséquilibre significatif, alors que la clause abusive est toujours illicite* »¹⁶.

1.-2. Les intérêts du caractère tout à la fois illicite et abusif d'une même clause contractuelle.

1.-2.-1. Des intérêts procéduraux, tout d'abord.

La solution, selon laquelle une clause peut présenter un caractère tout à la fois illicite et abusif, permet au consommateur d'échapper dès lors à la prescription quinquennale de l'action en nullité pour illicéité de la clause pour relever de l'imprescriptibilité du réputé non écrit. La Cour de cassation juge en effet que le réputé non écrit est une sanction autonome, distincte d'une nullité partielle - tant en dehors ¹⁷ que dans le cadre ¹⁸ des clauses abusives -, de sorte qu'il n'est pas soumise à la prescription quinquennale.

Par ailleurs, compte tenu du caractère d'ordre public des sanctions civiles énoncé à l'article L. 241-1, alinéa 3, du code de la consommation, le juge doit, en application de l'article R. 632-1, alinéa 2, relever d'office les clauses abusives, dès lors qu'il dispose des éléments de droit et de fait nécessaires à cet effet ¹⁹. Aussi surprenant que cela puisse paraître, le juge est donc tenu de soulever le caractère abusif d'une clause, mais pas l'illicéité, à propos de laquelle il ne jouit que d'une simple faculté.

1.-2.-2. Des intérêts substantiels, ensuite.

Notre chambre a jugé que la clause abusive ne pouvait être sanctionnée autrement que par le réputé non écrit, affirmant sous forme de principe que « *la sanction de la déchéance du droit aux intérêts [...] n'a pas vocation à recevoir application à l'égard des clauses abusives, qui ne peuvent être qu'être réputées non écrites* » en application de l'article L. 241-1, alinéa 1^{er}, du code de la consommation ²⁰. Par conséquent, la nullité atteint la clause, mais non le contrat, solution conforme à l'intérêt du consommateur, qui entend généralement maintenir le contrat, expurgé de ses clauses abusives.

Le contrat qui les contient reste donc applicable dans toutes ses dispositions autres que celles jugées abusives, s'il peut subsister sans lesdites clauses ²¹. Ainsi, peut être maintenue en partie une clause de déchéance du terme dont seules certaines

¹⁶ G. Paisant, note sous Civ. 1^{ère}, 3 nov. 2016, n° 15-20.651, préc.: JCP G 2016, Actu. 1351.

¹⁷ Civ. 3^{ème}, 9 mars 1998, n° 86-17.869: Bull. III, n° 54.

¹⁸ Civ. 1^{ère}, 13 mars 2019: n° 17-23.169: P; D. 2019, p. 2019, note Martin et Synvet.

¹⁹ Civ. 1^{ère}, 3 nov. 2016, n° 15-20.621: P, préc.

²⁰ Civ. 1^{ère}, 23 nov. 2004, n° 03-11.411: Bull. I, n° 287.

²¹ C. consom., art. L. 241-1, al. 2 .- Pour une application: Civ. 1^{ère}, 9 juill. 2025, n° 24-14.352.

des causes sont abusives, dès lors qu'en raison de sa divisibilité, la suppression des éléments qui la rendent abusive n'affecte pas sa substance ²².

A l'inverse, une clause est illicite, fondamentalement, en raison de sa nature qui contredit une norme impérative nécessaire à sa validité ²³. La sanction réside alors dans la déchéance du droit aux intérêts.

Comme le résume si bien un auteur, « *alors que l'emprunteur peut obtenir la déchéance du droit aux intérêts en présence d'une clause illicite, il doit se contenter de la mise à l'écart d'une clause abusive, par le biais de la sanction du réputé non écrit* » ²⁴.

1.-3. Au cas présent, l'article 2.5 du contrat de crédit à la consommation litigieux intitulé « *Défaillance de l'emprunteur* » est ainsi rédigé, comme le rappelle le jugement du 24 avril 2025 du tribunal de première instance de Papeete, section détachée de Uturoa Raiatea ²⁵:

« toutes les sommes dues au titre du présent prêt, tant en principal qu'en intérêts, primes et surprimes d'assurance -groupe et accessoires deviennent exigibles par anticipation dans l'un des cas suivants :

- *non-paiement, à son échéance, d'une mensualité ou de toutes sommes dues au prêteur à un titre quelconque en vertu des présentes*
 - *décès de l'emprunteur ou de l'un d'eux ou de la caution*
 - *décès de l'assuré unique, assuré à hauteur du montant total du prêt*
 - *cessation de la domiciliation des salaires du ou des emprunteur(s) lorsqu'elle est prévue,*
 - *départ du territoire de Polynésie française,*
 - *absence de constitution(notamment établissement de l'acte de publicité) de la (des) sûreté(s) prévue(s),*
- ainsi que le cas échéant l'absence de formalités complémentaires (notamment publicité de la ou des sûreté(s) ou non réalisation des garanties demandées)*
- *non- respect des engagements souscrits au titre du présent prêt.*

En cas de défaillance de l'emprunteur dans les remboursements, le prêteur pourra exiger le remboursement immédiat du capital restant dû, majoré des intérêts, primes et surprimes d'assurances échus non payés. Jusqu'à la date du règlement effectif, les sommes restant dues produisent des intérêts de retard à un taux égal à celui du prêt. En outre, le prêteur pourra demander à l'emprunteur une indemnité égale à 8% du capital restant dû. »

²² Civ. 1^{ère}, 2 juin 2021, n° 19-22.455, publié.

²³ J. Julien, Droit de la consommation, LGDJ, coll. Précis Domat, droit privé, 3^{ème} éd., 2019, n° 220.

²⁴ N. Rzepecki, Les clauses abusives et illicites: Petites Affiches - 28 juillet 2017, n° 150.

²⁵ Jugement, p. 3, §7.

Or, plusieurs cas (soulignés ci-dessus), visés à l'article 2-5 de ce contrat, sont qualifiés de clauses abusives par la Commission des clauses abusives (soulignées ci-dessous).

En effet, s'agissant des clauses résolutoires à l'initiative du prêteur, intitulées dans la Recommandation CCA n° 21-01 « § 5 -*clauses de déchéance du terme et/ou de résiliation du contrat* », la Commission recommande que soient éliminées les clauses ayant pour effet ou objet de permettre au prêteur de se prévaloir de la déchéance - du terme ou de la résiliation du contrat en raison :

« - de l'invalidité du consommateur
- d'impayés intervenus dans l'exécution d'un autre contrat de crédit;
- de la perte d'une garantie réelle ou de la diminution de sa valeur
- de saisie ou de cession de rémunérations de l'emprunteur
- du décès de l'emprunteur ;
- de la liquidation judiciaire de la caution
- de fausses déclarations de la caution
- d'un comportement gravement fautif de l'emprunteur, en ce qu'elles ne précisent pas les engagements dont l'inexécution entraînera la résolution du contrat
- d'une déclaration inexacte apportée lors de la formation du contrat d'assurance, lorsque la souscription de cette assurance est facultative.

Par ailleurs, il résulte d'une jurisprudence bien établie que les clauses résolutoires pour des motifs sans lien avec une défaillance de l'emprunteur dans ses remboursement du crédit à la consommation sont abusives ²⁶.

Certes, deux arrêts, rendus les 20 janvier 2021 et 28 novembre 2018, par la chambre semblent avoir retenu une solution différente en écartant le caractère abusif d'une clause. Mais cette divergence est plus apparente que réelle, dans la mesure où ces arrêts font le lien entre l'absence de bonne foi du consommateur au moment de la souscription du contrat et l'absence de déséquilibre significatif ²⁷.

Par conséquent, l'article 5-2 du contrat de prêt litigieux constitue manifestement une clause abusive.

Par ailleurs, il constitue une clause illicite, au regard des observations précédemment formulées ²⁸.

²⁶ Civ. 1^{ère}, 10 oct. 2018, n° 17-20.441: B.- Civ 1^{ère}, 30 avr. 2014, n° 13-13.641 .- Civ. 1^{ère}, 27 nov. 2008, n° 07-15.226: Bull. I, n° 275 .- Civ 1^{ère}, 1^{er} févr. 2005, n° 01-16.733: Bull. I, n° 60.

²⁷ Par le premier arrêt, notre chambre a en effet jugé que crée aucun déséquilibre significatif au détriment du consommateur, la clause qui permet au prêteur de prononcer, en l'absence même de préavis ou de défaillance dans le remboursement du prêt, la déchéance du terme en raison de la fourniture de renseignements inexacts lors de la souscription du contrat, dès lors que ceux-ci portent sur des éléments déterminants du consentement du prêteur dans l'octroi du concours financier et que l'emprunteur conserve la faculté de recourir à un juge pour contester l'application de la clause à son égard. Le second arrêt du 28 novembre 2018 a également retenu la mauvaise foi de l'emprunteur constituant un manquement au *jus fraternitatis* présidant aux relations contractuelles et faisant obstacle à l'admission du caractère abusif de la clause litigieuse.

²⁸ v. *supra*, 1. et 2.

En considération de l'ensemble de ces éléments, nous sommes d'avis de dire que *la clause contenue dans un contrat de crédit à la consommation prévoyant la déchéance du terme pour un motif autre que celui relatif à la défaillance de l'emprunteur dans ses remboursements est tout à la fois abusive et, partant, illicite.*

2. La question du cumul des sanctions affectant une clause contractuelle à la fois abusive et illicite

Est d'ores et déjà acquis, au regard de nos précédentes observations ²⁹, le caractère non écrit de la clause contenue dans un contrat de crédit à la consommation prévoyant la déchéance du terme pour un motif autre que celui relatif à la défaillance de l'emprunteur dans ses remboursements. On peut même souligner que, plus libérale dans son approche du contenu du contrat, la nouvelle réglementation, issue de la loi Lagarde n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010 a entraîné une réduction du champ des clauses déclarées *ipso facto* illicites par les textes et cette liberté contractuelle retrouvée a laissé le champ libre à un contrôle plus étendu des clauses abusives, favorisé en cela par le droit de l'Union européenne ³⁰.

La question est de savoir si, en présence d'une clause tout à la fois abusive et illicite, le prêteur peut en outre être déchu de son droit aux intérêts, l'emprunteur n'étant alors tenu qu'au remboursement du capital emprunté, suivant l'échéancier prévu au contrat.

Le résultat est très différent. S'agit-il d'obtenir un crédit gratuit, l'emprunteur tentera de faire valoir le caractère illicite de la clause litigieuse. S'agit-il *a minima* de faire disparaître cette clause, l'emprunteur fera valoir seulement son caractère abusif.

Au cas présent, les clauses contenues à l'article 2.5 du contrat de prêt litigieux, prévoyant des cas de déchéance du terme autres que celui de la défaillance de l'emprunteur dans ses remboursements contreviennent aux articles L. 312-38 et L. 312-39 du code de la consommation, d'ordre public (C. consom., art. L. 314-26), qui ne prévoient la déchéance du terme qu'en cas de « *défaillance de l'emprunteur* ».

En vertu de l'article L. 341-4 du code de la consommation, est déchu du droit aux intérêts le prêteur qui accorde un crédit sans remettre à l'emprunteur un contrat satisfaisant aux conditions fixées par les articles L. 312-18, L. 312-21, L. 312-28, L. 312-29 et L. 312-43 ainsi que, pour les opérations de découvert en compte, par les articles L. 312-85 à L. 312-87 et L. 312-92.

²⁹ v. *supra*, 1.-2.-2.

³⁰ La Cour de justice de l'Union européenne en effet favorisé cette évolution dès lors qu'elle a interprété la directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 relative aux clauses abusives d'une manière très favorable aux emprunteurs: CJUE, 9 juill. 2015, aff. C-348/14, *Bucura* : RTD com. 2015, p. 568, obs. D. Legeais.

Plus particulièrement, l'article L. 312-28 impose l'établissement d'un contrat de crédit à la consommation contenant un encadré et une liste d'informations détaillées dans l'article R. 312-10 du code de la consommation, parmi lesquelles figurent les conditions relatives à la déchéance du terme et ses conséquences.

2.-1. Classiquement, avant l'entrée en vigueur de la loi Lagarde n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010, l'offre préalable devait être établie selon l'un des modèles-types proposés par la loi ³¹, ce qui n'excluait pas que les parties ajoutent des stipulations contractuelles à la condition qu'elles n'aggravent pas la situation de l'emprunteur.

En conséquence on distinguait, au sein de l'offre, les clauses légales imposées par les modèles-types et les clauses contractuelles qui, soit entraient dans le champ d'application des dispositions impératives, c'est-à-dire complétaient ou modifiaient les mentions imposées, soit n'en relevaient pas ³². Seules, l'absence des premières et l'irrégularité des secondes, en ce qu'elles alourdissaient les obligations imposées à l'emprunteur, pouvaient entraîner, en application de l'ancien article L. 311-33, la déchéance du droit aux intérêts. Une clause sans rapport avec le contenu du modèle-type pouvait tout au plus pour sa part être qualifiée d'abusive. Une jurisprudence importante s'était ainsi forgée autour de la clause de résiliation anticipée, les modèles-types admettant cette clause dans la seule hypothèse d'une défaillance de l'emprunteur dans l'exécution de ses obligations. Tout autre motif a été sanctionné par les juges au motif que la clause aggravait alors la situation de l'emprunteur et a entraîné pour le prêteur la déchéance du droit aux intérêts.

Il était donc tenu pour acquis que la présence dans le contrat de clauses prévoyant la déchéance du terme pour un motif autre que celui relatif à la défaillance de l'emprunteur dans ses remboursements constituait une clause illicite, sanctionnée par la déchéance du droit aux intérêts ³³.

2.-2. Mais la question a rebondi à la faveur de la réforme de la qualification de la clause illicite par la loi n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010.

En effet, cette dernière a abandonné les modèles-type d'offre de crédit à la consommation, laissant ainsi au prêteur une latitude un peu plus importante qu'auparavant pour définir le contenu du contrat. Car la loi Lagarde impose désormais que les informations, imposées au prêteur aux fins de permettre à l'emprunteur d'appréhender clairement l'étendue de son engagement, soient insérées, non plus dans l'offre de crédit, qui n'est plus réglementée, mais dans une fiche distincte de l'offre ³⁴. Cette modification a de la sorte rendu inutiles dans la pratique les modèles-types.

³¹ C. consom., art. L. 311-13 selon la rédaction antérieure à la loi du 1^{er} juillet 2010.

³² Sur ces distinctions: v. J.-P. Tricoit, Sanction des clauses abusives en droit de la consommation : déchéance du droit aux intérêts ou clause réputée non écrite, D. 2005, p. 443.

³³ Civ. 1^{ère}, 5 févr. 2009, n° 06-16.349: Contrats, conc. consom. 2009, comm. 116, obs. G. Raymond.- Civ. 1^{ère}, 25 nov. 2010, n° 09-71.022.- Civ. 1^{ère}, 30 avr. 2014, n° 13-13.641: Contrats, conc. consom. 2014, comm. 233, obs. G. Raymond.- Civ. 1^{ère}, 17 juin 2015, n° 14-16.602.

³⁴ C. consom., art. L. 312-12 (art. L. 311-6 anc.).

2.-2.-1. Pour M. Jérôme Lasserre-Capdeville, la jurisprudence sur les clauses illicites aurait progressivement disparu au profit des clauses abusives, qui seraient seules susceptibles de jouer à l'égard des conventions conclues depuis le 1^{er} mai 2011. On a pu expliquer cette idée par le fait que les exigences prévues par l'article R. 312-10 du code de la consommation seraient devenues imprécises à la faveur de la réforme du 1^{er} juillet 2010 ³⁵.

Certes, certaines mentions restent requises (identité, adresse des parties, type de crédit, montant total du crédit etc.). Mais, pour l'essentiel, l'article R. 312-10 se contente d'indiquer les points sur lesquels une information doit être donnée, par exemple, les modalités de remboursement de l'emprunteur (3°), une rubrique sur les conditions d'acceptation ou de rétractation du contrat de crédit (5°). Il est, en cela, beaucoup moins formaliste que ne l'étaient les modèles-types ³⁶.

En conséquence de quoi les clauses de résiliation anticipées risqueraient, selon certains auteurs, de ne plus pouvoir être considérées comme illicites, alors même qu'elles seraient fondées sur un autre motif que la défaillance de l'emprunteur et ce, non pas, parce que l'article L. 312-39 du Code de la consommation ³⁷ - qui prévoit la résiliation du prêt en cas de défaillance de l'emprunteur - n'interdit pas une clause de résiliation pour un autre motif, mais parce que l'article R. 312-10 ne dit mot ou presque de cette faculté de résiliation, se contentant d'exiger qu'un avertissement relatif aux conséquences d'une défaillance de l'emprunteur soit donné (6°, c) ³⁸.

2.-2.-2. Malgré ces obstacles textuels, il n'en demeure pas moins que plusieurs éléments militent en faveur du maintien du caractère illicite de clauses prévoyant la déchéance du terme pour un motif autre que celui relatif à la défaillance de l'emprunteur dans ses remboursements, même pour les contrats conclus après le 1^{er} mai 2011, date d'entrée en vigueur des nouveaux textes.

1) Tout d'abord, la déchéance du droit aux intérêts constitue dans l'esprit du législateur la sanction phare en vue d'assurer le respect du dispositif légal relatif au crédit à la consommation par les professionnels. Lorsque l'offre préalable est irrégulière, le juge prononce cette déchéance, ne laissant à l'emprunteur que la charge du « *remboursement du capital* », selon l'expression légale. Ne pas retenir la déchéance du droit aux intérêts du prêteur en cas de clause dans un contrat de crédit à la consommation prévoyant la déchéance du terme pour un motif autre que celui relatif à la défaillance de l'emprunteur dans ses remboursements conduirait à enlever tout effet dissuasif à la sanction prévue par le législateur pour assurer la régularité des offres établies par des professionnels du crédit.

³⁵ J. Lasserre Capdeville, Conséquences de la réforme du droit des obligations sur le droit bancaire : étude prospective, JCP E 2016, 24.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ C. consom., art. L. 311-24 anc.

³⁸ N. Rzepecki, Petites Affiches - 28 juillet 2017, n° 150.

2) Le maintien de la sanction de la déchéance du droit aux intérêts permettrait en outre de maintenir une parfaite conformité du droit français à la directive 2008/48/CE du 23 avril 2008, qui exige notamment des sanctions dissuasives ³⁹.

On rappellera que, dans un domaine certes différent du nôtre, la Cour de justice a rendu un arrêt qui invite les juridictions nationales à comparer, sur la base de toutes les circonstances de l'espèce, les montants susceptibles d'être perçus par le prêteur malgré la violation de ses obligations avec les montants qu'il aurait perçus s'il les avait respectées. Partant de cette comparaison, les juridictions doivent veiller à ce que le prêteur ne fasse pas de bénéfice en application de la déchéance ⁴⁰, faute de quoi la sanction perdrait tout caractère dissuasif ⁴¹.

3) Ensuite, un dernier argument, de portée plus générale, mérite de retenir l'attention. Malgré parfois son inadaptation à une protection optimale du consommateur, le droit commun présente un intérêt pratique résiduel, chaque fois, que, plus rarement, le droit de la consommation n'offre pas lui-même de solution suffisamment satisfaisante. Ainsi, « dans le droit commun des contrats, peut être recherchée, ou bien une règle générale susceptible de protéger le consommateur contre toutes les clauses abusives, quelles qu'elles soient, ou bien (comme dans la présente affaire), pour chaque clause, une règle spécialement adaptée » ⁴².

Dans cette optique, la déchéance des intérêts viendrait s'ajouter à la panoplie des dispositions de droit commun, venant également protéger le consommateur: abus de droit, devoir de loyauté dans le contrat, violence économique ... ⁴³

En considération de l'ensemble de ces éléments, nous sommes d'avis de dire que la clause, contenue dans un contrat de crédit à la consommation prévoyant la déchéance du terme pour un motif autre que celui relatif à la défaillance de l'emprunteur dans ses remboursements, s'agissant des contrats conclus à partir du 1^{er} mai 2011, peut être sanctionnée tout à la fois par son caractère réputé non écrit et par la déchéance du droit aux intérêts.

³⁹ N. Eréséo, La déchéance du droit aux intérêts confrontée à l'exigence européenne d'une sanction dissuasive in Les grandes tendances du contentieux du crédit à la consommation, LPA 2017, n° spécial 150, p. 28.

⁴⁰ CJUE, 27 mars 2014, aff. C-565/12, *Le Crédit Lyonnais*.

⁴¹ sur cet arrêt, Gaz. Pal. 5 juin 2014, n° 156, p. 11, note J. Lasserre Capdeville, LPA 2014, n° 153, p. 13, obs. N. Eréséo; D. 2014, p. 1307, note G. Poissonnier; RTD com. 2015, p. 139, obs. D. Legeais.

⁴² Y. Picot et N. Picot, Droit de la consommation, Sirey, 5^{ème} éd., 2021, n° 302.

⁴³ *Ibidem*, n° 303 et s.

