



RAPPORT DE Mme JOLLEC, CONSEILLÈRE

Avis n° 15008 du 11 juillet 2024 (B) – Deuxième chambre civile

Demande d'avis n° 24-70.001 - Tribunal judiciaire de Paris (juge de l'exécution)

Société EOS France

C/

Mme [A] [S]

La Cour de cassation est saisie le 7 février 2024 par le juge de l'exécution du tribunal judiciaire de Paris de la question suivante, transmise pour avis :

« *Le juge de l'exécution*

** Peut-il dans le dispositif de son jugement déclarer réputée non écrite comme abusive la clause d'un contrat de consommation ayant donné lieu à la décision de justice fondant les poursuites ?*

** Dans l'affirmative,*

- lorsque cette clause a pour objet la déchéance du terme, peut-il annuler cette décision ou la dire privée de fondement juridique notamment lorsque l'exigibilité de la créance était la condition de sa délivrance ? Dans ce cas, peut-il statuer au fond sur une demande en paiement ?

- peut-il modifier cette décision de justice, en décidant qu'elle est en tout ou partie insusceptible d'exécution forcée ? Dans ce cas, peut-il statuer au fond sur une demande en paiement ? »

1 - Rappel des faits et de la procédure

Le 30 janvier 1998, Mme [S] a souscrit auprès de la société Finedis une ouverture de crédit accessoire à des contrats de vente utilisable par fractions associée à une carte Printemps.

Le 19 décembre 1998, les sociétés Finedis et UCCM ont fusionné pour former la société Finaref.

Par une ordonnance du 12 novembre 2003, le juge d'instance du 14^{ème} arrondissement de Paris a fait injonction à Mme [S] de payer diverses sommes à la société Finaref au titre du crédit du 30 janvier 1998.

Le 1^{er} avril 2010, la société Finaref a été absorbée par la société Sofinco devenue CA Consumer finance : le 29 juillet 2017, cette société a cédé sa créance sur Mme [S] à la société EOS Credirec devenue EOS France.

En exécution de cette injonction de payer, la société EOS France a fait délivrer à Mme [S] le 17 janvier 2019 un commandement de payer aux fins de saisie vente, puis le 19 octobre 2020, lui a dénoncé un procès-verbal d'inopposabilité du certificat d'immatriculation de son véhicule.

Le 9 novembre 2020, Mme [S] a formé opposition à l'ordonnance portant injonction de payer.

Le 18 novembre 2020, Mme [S] a assigné la société EOS France devant un juge de l'exécution.

Le 24 février 2021, ce juge de l'exécution a sursis à statuer dans l'attente de la décision à intervenir sur l'opposition à l'injonction de payer.

Le 8 octobre 2021, un juge des contentieux de la protection du tribunal judiciaire de Paris a déclaré irrecevable l'opposition à l'injonction de payer.

Par jugement du 11 janvier 2024, le juge de l'exécution a transmis à la Cour de cassation une demande d'avis.

2 - Recevabilité de la demande d'avis

2.1. Recevabilité au regard des conditions de forme

2-1.1 Avis aux parties et au ministère public

L'article 1031-1 du code de procédure civile dispose dans ses deux premiers alinéas : « Lorsque le juge envisage de solliciter l'avis de la Cour de cassation en application de l'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire, il en avise les parties et le ministère public, à peine d'irrecevabilité. Il recueille leurs observations

écrites éventuelles dans le délai qu'il fixe, à moins qu'ils n'aient déjà conclu sur ce point.

Dès réception des observations ou à l'expiration du délai, le juge peut, par une décision non susceptible de recours, solliciter l'avis de la Cour de cassation en formulant la question de droit qu'il lui soumet. Il sursoit à statuer jusqu'à la réception de l'avis ou jusqu'à l'expiration du délai mentionné à l'article 1031-3 ».

En l'espèce, il ressort du jugement du 11 janvier 2024 que, par courriel du 6 novembre 2023, le juge de l'exécution a avisé les parties de ce qu'il envisageait de mettre en oeuvre la procédure de demande d'avis à la Cour de cassation.

2.1.2 Une décision sollicitant l'avis de la Cour

La juridiction qui entend saisir la Cour de cassation pour avis doit formuler sa demande dans une décision de justice. En l'espèce, la Cour a bien été saisie par un jugement.

2.1.3 Notification de la décision sollicitant l'avis

L'article 1031-2 du code de procédure civile dispose : « La décision sollicitant l'avis est adressée, avec les conclusions et les observations écrites éventuelles, par le secrétariat de la juridiction au greffe de la Cour de cassation. Elle est notifiée, ainsi que la date de transmission du dossier, aux parties par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Le ministère public auprès de la juridiction est avisé ainsi que le premier président de la cour d'appel et le procureur général lorsque la demande d'avis n'émane pas de la cour ».

En l'espèce, figurent au dossier de procédure :

- les lettres de notification (LRAR) du jugement du 11 janvier 2024, dans lesquelles il est indiqué que le dossier est transmis à la Cour de cassation, adressées à Mme [S] (17 janvier 2024), à la société EOS France (18 janvier 2024), à Maître Bouty (17 janvier 2024) et à Maître Klein (16 janvier 2024) ;
- les avis adressés au procureur de la République près le tribunal judiciaire de Paris (11 janvier 2024), le premier président de la cour d'appel de Paris (18 janvier 2024) et le procureur général près la cour d'appel de Paris (18 janvier 2024).

Au vu de ces éléments, la demande d'avis paraît recevable au regard des conditions de forme.

2.2 Recevabilité au regard des conditions de fond

L'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire dispose en son premier alinéa : « Avant de statuer sur une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, les juridictions de l'ordre judiciaire peuvent, par une décision non susceptible de recours, solliciter l'avis de la Cour de cassation ».

2.2.1 Une question de droit nouvelle

La Cour de cassation n'a pas statué sur les questions dont elle est saisie.

Les recherches menées conjointement avec le SDER n'ont pas permis d'identifier d'autre pourvoi susceptible de concerner les questions dont la Cour de cassation est saisie.

Néanmoins, il sera précisé qu'un pourvoi a été formé le 5 mars 2024 sous le numéro 14-12.488 contre un arrêt de la cour d'appel de Versailles du 16 novembre 2023, RG n°23/01906 qui a rejeté la demande relative à la clause de déchéance de terme aux motifs que l'article R. 121-1 du code des procédures civiles d'exécution (CPCE) fait obstacle pour statuer sur une clause de déchéance. Cependant, au jour du dépôt du présent rapport, aucun mémoire n'est encore déposé.

2.2.2 Une question présentant une difficulté sérieuse

La demande d'avis ne peut porter que sur des questions pour lesquelles plusieurs réponses peuvent être raisonnablement envisagées, de sorte qu'il existe un risque réel de contrariété de jurisprudence. En revanche, la procédure d'avis ne peut être utilisée lorsque la réponse va de soi. La Cour de cassation dit alors n'y avoir lieu à avis, faute de difficulté sérieuse.

Il est renvoyé, sur ce point, aux développements consacrés à l'examen au fond des questions posées.

2.2.3 Une question se posant dans de nombreux litiges

Les questions posées à la Cour sont susceptibles, de par l'existence en grand nombre de contrats de crédit et d'injonction de payer, de se poser dans de nombreux litiges devant les juges de l'exécution.

Au regard de ces éléments, la demande d'avis paraît recevable au regard des conditions de fond.

2.3 Recevabilité de l'intervention volontaire

Aux termes de l'article 325 du code de procédure civile, « l'intervention n'est recevable que si elle se rattache aux prétentions des parties par un lien suffisant. »

L'article 327 du CPC dispose : « L'intervention en première instance ou en cause d'appel est volontaire ou forcée. Seule est admise devant la Cour de cassation l'intervention volontaire formée à titre accessoire. »

L'article 330 du CPC dispose : « L'intervention est accessoire lorsqu'elle appuie les prétentions d'une partie. Elle est recevable si son auteur a intérêt, pour la conservation de ses droits, à soutenir cette partie. L'intervenant à titre accessoire peut se désister unilatéralement de son intervention. »

Devant la Cour de cassation, ces textes s'appliquent pour les demandes d'avis.

A titre d'exemple :

- Avis de la Cour de cassation 17 juillet 2019, n° 19-70.011 publié : « *Le Syndicat des avocats de France et l'association A. ne justifiant pas d'un intérêt, au sens de l'article 330 du code de procédure civile, à intervenir dans la procédure d'avis qui n'est pas susceptible d'entraîner des conséquences pour l'ensemble de leurs adhérents, leurs interventions volontaires sont irrecevables.* »

Il existe également d'autres décisions de la Cour de cassation qui ne font pas mention de la question de la recevabilité, mais uniquement des observations de tiers:

- Avis du 5 mai 2017 n° 17-70.005, Bull. 2017, Avis, n° 5 : « *Vu les observations écrites et orales de la SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray pour M. B, le syndicat des avocats de France et l'ordre des avocats du barreau des Hauts-de-Seine et les observations écrites et orales de la SCP Waquet, Farge, Hazan pour l'ordre des avocats du barreau de Paris.*»

- Avis du 22 septembre 2014 n° 14-70.007, Bull. 2014, Avis n° 7 ; Avis de la Cour de cassation, 22 septembre 2014, n° 14-70.006, Bull. 2014, Avis n° 6 relatifs à l'adoption par l'épouse de la mère d'un enfant né dans le cadre d'un recours à l'assistance médicale à la procréation sous la forme d'une insémination artificielle avec donneur anonyme à l'étranger : « *Vu les observations écrites déposées par la SCP Thouin-Palat et Boucard pour Mme F. et Mme D. ; Vu les observations écrites déposées par Me Corlay pour les associations Juristes pour l'enfance et l'Agence européenne des adoptés ;* »

Devant le Conseil d'Etat, depuis 2018 (CE, 25 mai 2018, SAS PCE et autre, n° 413267, T. pp. 790-831 CE, Section, 9 décembre 2022, Association Sud-Artois pour la protection de l'environnement et autres, n° 463563), à la suite d'un revirement de jurisprudence, il a été jugé que dans le cadre d'une demande d'avis transmise au Conseil d'Etat sur le fondement de l'article L. 113-1 du code de justice administrative (CJA), les observations produites par un intervenant ou une personne qui se présente comme telle, dont le Conseil d'Etat prend connaissance avant de se prononcer, sont visées sans être analysées.

Dans le cas de la présente demande d'avis, la Fédération Bancaire Française (FBF) est intervenue volontairement le 28 février 2024.

Dans son mémoire, elle indique être une organisation professionnelle qui représente les banques françaises et étrangères installées en France, qui adhèrent à l'organisation, étant précisé que tout établissement de crédit est tenu d'adhérer à un organisme professionnel (tel que la FBF), conformément à l'article L. 511-29 du code monétaire et financier.

Elle précise être constituée sous la forme d'une association régie par la loi du 1er juillet 1901, et avoir pour objet notamment de définir et faire connaître les positions, propositions, avis ou préoccupations de la profession bancaire et

financière, vis-à-vis de l'extérieur, notamment les pouvoirs publics dans leur acception la plus large, et de toutes organisations, instances, autorités, jouant un rôle normatif ou exerçant une influence dans le domaine économique et financier, et d'engager toute procédure administrative ou judiciaire pour la protection ou la défense des intérêts de ses membres.

Elle demande de dire son intervention recevable et sur le fond, de dire que le juge de l'exécution qui constate le caractère abusif d'une clause de déchéance du terme et la dit réputée non-écrite doit modifier la décision fondant les poursuites et cantonner cette décision aux sommes exigibles au jour où il statue, subsidiairement, de dire que le juge de l'exécution qui constate le caractère abusif d'une clause de déchéance du terme et la dit réputée non-écrite doit surseoir à statuer, et accorder au consommateur un nouveau délai pour saisir le juge ayant rendu la décision fondant les poursuites, à charge pour celui-ci de modifier sa décision et de cantonner le quantum aux sommes exigibles au jour où il statue, encore plus subsidiairement, de dire que le juge de l'exécution qui constate le caractère abusif d'une clause de déchéance du terme et la dit réputée non-écrite doit surseoir à statuer, et renvoyer l'affaire au juge ayant rendu la décision fondant les poursuites, à charge pour celui-ci de modifier sa décision et de cantonner le quantum aux sommes exigibles au jour où il statue.

Il conviendra d'apprécier, le cas échéant, la recevabilité de cette demande d'intervention volontaire accessoire.

3 - Eléments de réponse au fond

3.1. Rappels relatifs à l'office du juge en matière de clauses abusives

3.1.1 Les textes

- De droit européen

La directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 prévoit la nécessité de supprimer les clauses contractuelles identifiées comme abusives « en vue de faciliter l'établissement du marché intérieur et de protéger le citoyen dans son rôle de consommateur, lorsqu'il acquiert des biens et des services par des contrats régis par la législation des Etats-membres autres que le sien ».

L'article 6 de la directive n° 93/13 précise 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 ».

L'article 7, paragraphe 1, met à la charge des Etats des obligations positives destinées à assurer la suppression de ces clauses : « Les États membres veillent à ce que, dans l'intérêt des consommateurs ainsi que des concurrents professionnels,

des moyens adéquats et efficaces existent afin de faire cesser l'utilisation des clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs par un professionnel.».

Aux termes de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 93/13, « Une clause d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle est considérée comme abusive lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat ».

- De droit interne

La directive 93/13/CEE a été transposée dans la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995, codifiée à l'article L. 132-1 du code de la consommation, devenu l'article L. 212-1 du code de la consommation, actuellement en vigueur.

L'article L. 212-1 du code de la consommation, modifié par l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, dispose : « 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 ».

L'article R. 632-1 du code de la consommation dispose que : « Le juge peut relever d'office toutes les dispositions du présent code dans les litiges nés de son application. Il écarte d'office, après avoir recueilli les observations des parties, l'application d'une clause dont le caractère abusif ressort des éléments du débat ».

3.1.2 Jurisprudences européenne et nationale sur l'office du juge

- La jurisprudence européenne

Depuis 2009, la CJCE puis la CJUE affirment que le juge national doit relever d'office le caractère abusif d'une clause contractuelle dès lors qu'il dispose des éléments de fait et de droit nécessaires, y compris si une décision juridictionnelle a autorité de la chose jugée (voir notamment CJCE, 4 juin 2009, Pannon GSM Zrt, C-243/08 ; CJUE, arrêt du 26 janvier 2017, Banco Primus, C-421/14 ; CJUE 22 septembre 2022, Vicente (Action en paiement d'honoraires d'avocat), C-335/21, EU:C:2022:720, point 52). Cette jurisprudence est constante (pour un arrêt récent CJUE, Arrêt de la Cour, Getin Noble Bank S.A. e.a. contre TL., 18/01/2024, C-531/22).

Par quatre arrêts (grande chambre) du 17 mai 2022 (SPV Project 1503 e.a., C-693/19 et C-831/19 points 65 et 66 ; Impuls Leasing România, C-725/19; MA, C-600/19 ; Unicaja Banco, C-869/19), la CJUE a encore précisé l'articulation entre l'autorité de la chose jugée et le pouvoir du JEX d'examiner d'office le caractère

abusif d'une clause contractuelle notamment en matière d'ordonnance d'injonction de payer lorsque le contradictoire n'a pas eu lieu.

Elle a dit pour droit :

- qu'une protection effective des droits conférés à un consommateur par la directive 93/13 ne saurait être garantie qu'à la condition que le système procédural du droit national concerné permette, dans le cadre de la procédure d'injonction de payer ou dans celui de la procédure d'exécution forcée, un examen d'office du caractère éventuellement abusif des clauses figurant au contrat concerné (arrêt du 17 mai 2022, Impuls Leasing România, C-725/19, EU:C:2022:396, point 49).

- que l'exigence d'une protection juridictionnelle effective requiert que le juge de l'exécution puisse apprécier, y compris pour la première fois, le caractère éventuellement abusif des clauses contractuelles qui ont servi de fondement à une injonction de payer prononcée par un juge à la demande d'un créancier et contre laquelle le débiteur n'a pas formé d'opposition (arrêt SPV Project 1503 e.a., C-693/19 et C-831/19).

- que dans l'hypothèse où aucun examen d'office, par un juge, du caractère éventuellement abusif des clauses figurant dans le contrat concerné ne serait prévu au stade de la procédure d'exécution forcée, une réglementation nationale doit être considérée comme étant de nature à porter atteinte à l'effectivité de la protection voulue par la directive 93/13 si elle ne prévoit pas un tel examen au stade de la délivrance de l'injonction de payer ou, lorsqu'un tel examen est prévu uniquement au stade de l'opposition formée contre l'injonction de payer concernée, s'il existe un risque non négligeable que le consommateur concerné ne forme pas l'opposition requise soit en raison du délai particulièrement court prévu à cette fin, soit eu égard aux frais qu'une action en justice entraînerait par rapport au montant de la dette contestée, soit parce que la réglementation nationale ne prévoit pas l'obligation que soient communiquées au consommateur toutes les informations nécessaires pour lui permettre de déterminer l'étendue de ses droits (arrêt du 17 mai 2022, Impuls Leasing România, C-725/19, EU:C:2022:396, point 50).

- que, en ce qui concerne le principe d'effectivité, chaque cas où se pose la question de savoir si une disposition procédurale nationale rend impossible ou excessivement difficile l'application du droit de l'Union doit être analysé en tenant compte de la place de cette disposition dans l'ensemble de la procédure, de son déroulement et de ses particularités, ainsi que, le cas échéant, des principes qui sont à la base du système juridictionnel national, tels que la protection des droits de la défense, le principe de sécurité juridique et le bon déroulement de la procédure (arrêt du 22 avril 2021, Profi Credit Slovakia, C-485/19, EU:C:2021:313, point 53).

Plus récemment, par un arrêt du 18 janvier 2024 (Getin Noble Bank e.a., C-531/22), rendu en matière d'injonction de payer, la Cour de justice a dit pour droit que :

« L'article 6, paragraphe 1, et l'article 7, paragraphe 1, de la directive 93/13 doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une réglementation nationale prévoyant qu'une juridiction nationale ne peut procéder d'office à un examen du caractère éventuellement abusif des clauses figurant dans un contrat et en tirer les conséquences, lorsqu'elle contrôle une procédure d'exécution forcée fondée sur une décision prononçant une injonction de payer revêtue de l'autorité de la chose jugée :

- si cette réglementation ne prévoit pas un tel examen au stade de la délivrance de l'injonction de payer ou
- lorsqu'un tel examen est prévu uniquement au stade de l'opposition formée contre l'injonction de payer concernée, s'il existe un risque non négligeable que le consommateur concerné ne forme pas l'opposition requise soit en raison du délai particulièrement court prévu à cette fin, soit eu égard aux frais qu'une action en justice entraînerait par rapport au montant de la dette contestée, soit parce que la réglementation nationale ne prévoit pas l'obligation que soient communiquées à ce consommateur toutes les informations nécessaires pour lui permettre de déterminer l'étendue de ses droits ».

La CJUE rappelle également les objectifs de la directive du 5 avril 1993 :

Elle indique ainsi que le système de protection mis en œuvre par la directive 93/13 repose sur l'idée que le consommateur se trouve dans une situation d'infériorité à l'égard du professionnel en ce qui concerne tant le pouvoir de négociation que le niveau d'information (voir, notamment, arrêt du 26 janvier 2017, *Banco Primus*, C-421/14, EU:C:2017:60, point 40 et jurisprudence citée). Elle précise que la situation d'inégalité entre le consommateur et le professionnel ne peut être compensée que par une intervention positive, extérieure aux seules parties au contrat (arrêt du 22 septembre 2022, *Vicente* C-335/21, EU:C:2022:720, point 52).

Elle retient que l'article 6, paragraphe 1, de la directive est une disposition impérative qui tend à substituer à l'équilibre formel que le contrat établit entre les droits et les obligations des cocontractants un équilibre réel de nature à rétablir l'égalité entre ces derniers (voir, notamment, arrêts du 21 décembre 2016, *Gutiérrez Naranjo e.a.*, C-154/15, C-307/15 et C-308/15, EU:C:2016:980, points 53 et 55, ainsi que du 26 janvier 2017, *Banco Primus*, C-421/14, EU:C:2017:60, point 41).

La CJUE précise que les États membres ont l'obligation d'assurer l'effectivité des droits que les justiciables tirent du droit de l'Union et que cela implique pour les droits découlant de la directive 93/13 une exigence de protection juridictionnelle effective, réaffirmée à l'article 7, paragraphe 1, de cette directive et consacrée à l'article 47 de la Charte, qui s'applique, notamment, à la définition des modalités procédurales relatives aux actions en justice fondées sur de tels droits (CJUE 10 juin 2021, *BNP Paribas Personal Finance*, C-776/19 à C-782/19, EU:C:2021:470 ; CJUE arrêt du 17 mai 2022, *Unicaja Banco*, C-869/19, EU:C:2022:397).

Elle rappelle, enfin, que les conditions fixées par les droits nationaux, auxquelles l'article 6, paragraphe 1, de la directive 93/13 fait référence, ne sauraient porter atteinte à la substance du droit que les consommateurs tirent de cette

disposition de ne pas être liés par une clause réputée abusive (arrêt du 17 mai 2022, Unicaja Banco, C-869/19, EU:C:2022:397, point 31).

- L'obligation d'une interprétation conforme du droit de l'Union

Par un arrêt récent du 3 mai 2024, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a rappelé les principes régissant l'obligation d'une interprétation conforme du droit de l'Union :

- Ass. plén., 3 mai 2024, pourvoi n° 21-21.615 publié :

« 41. La Cour de cassation n'ignore pas que, depuis l'arrêt Marshall, la CJUE considère qu'une directive « ne peut pas, par elle-même, créer d'obligations dans le chef d'un particulier et ne peut donc être invoquée en tant que telle à son encontre » (CJCE, 26 février 1986, Marshall, C-152/84, point 48, ECLI:EU:C:1986:84).

42. Pour autant, la CJUE énonce aussi « qu'en appliquant le droit national, qu'il s'agisse de dispositions antérieures ou postérieures à la directive, la juridiction nationale appelée à l'interpréter est tenue de le faire dans toute la mesure du possible à la lumière du texte et de la finalité de la directive pour atteindre le résultat visé par celle-ci et se conformer ainsi à l'article 189, troisième alinéa, du traité » (CJCE, 13 novembre 1990, Marleasing, C-106/89, point 8, ECLI:EU:C:1990:395).

43. Dans la mesure où, selon l'arrêt Von Colson et Kaman (précité au § 12 de la présente décision), le principe d'interprétation conforme s'impose aux juridictions nationales en tant qu'organe de l'État membre débiteur de l'obligation d'exécution des directives dans son propre ordre juridique national, il n'est pas à exclure qu'il en soit de même dans l'hypothèse où cette juridiction doit appliquer la loi nationale d'un autre État membre.

44. À cet égard, la CJUE a eu l'occasion d'énoncer qu'« il incombe à la juridiction saisie d'un litige, [...], d'appliquer la législation de l'État dont les juridictions sont désignées [dans une clause attributive de juridiction], en interprétant cette législation conformément au droit de l'Union , et notamment à la directive [...] » (CJUE, 18 novembre 2020, C-519/19, Ryanair, point 51 ; également CJUE, 8 décembre 2022, Luxury Trust Automobil, C-247/21, point 67, ECLI:EU:C:2022:966). »

- La jurisprudence de la Cour de cassation

La Cour de cassation a mis en oeuvre cette jurisprudence européenne relativement à l'office du juge en matière de clauses abusives en présence d'une décision revêtue de l'autorité de la chose jugée.

Il a, d'abord, été jugé qu'une décision d'admission de créance revêtue de l'autorité de la chose jugée ne fait pas obstacle à l'office du JEX à l'occasion d'une saisie immobilière :

- Com., 8 février 2023, pourvoi n° 21-17.763, publié (sur avis de la deuxième chambre civile) :

« Il résulte de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne rendue en application de la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, que l'autorité de la chose jugée ne fait pas obstacle, en soi, à ce que le juge national soit tenu d'apprécier, sur la demande des parties ou d'office, le caractère éventuellement abusif d'une clause, même au stade d'une mesure d'exécution forcée, dès lors que cet examen n'a pas déjà été effectué à l'occasion du précédent contrôle juridictionnel ayant abouti à la décision revêtue de l'autorité de la chose jugée (v. not. CJUE, arrêt du 26 janvier 2017, Banco Primus, C-421/14 ; CJUE, arrêt du 17 mai 2022, Ibercaja Banco, C-600/19 ; CJUE, arrêt du 17 mai 2022, SPV Project 1503, C-693/19 et C-831/19).

Par conséquent, un débiteur soumis à une procédure collective contre lequel a été rendue une décision, irrévocable, admettant à son passif une créance au titre d'un prêt immobilier, qu'il avait souscrit antérieurement en qualité de consommateur, peut, à l'occasion de la procédure de saisie immobilière d'un bien appartenant à ce débiteur, mise en oeuvre par le créancier auquel la déclaration d'insaisissabilité de l'immeuble constituant la résidence principale du débiteur est inopposable, nonobstant l'autorité de la chose jugée attachée à cette décision, soulever, à l'audience d'orientation devant le juge de l'exécution, une contestation portant sur le caractère abusif d'une ou plusieurs clauses de l'acte de prêt notarié dès lors qu'il ressort de la décision revêtue de l'autorité de la chose jugée que le juge ne s'est pas livré à cet examen. »

Cet office a été confirmé par un second arrêt, qui fait obligation au juge même au stage de l'exécution forcée d'examiner le caractère abusif des clauses. Cet arrêt a précisé, conformément à la jurisprudence européenne, les limites de cet office : d'une part, le juge doit disposer des éléments de fait et de droit et, d'autre part, cet examen ne doit pas avoir été effectué à l'occasion des instances précédentes.

- 2e Civ., 13 avril 2023, pourvoi n° 21-14.540 publié :

« Par un arrêt du 26 janvier 2017, la Cour de justice de l'Union européenne a notamment dit pour droit :

- que la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs doit être interprétée en ce sens qu'elle ne s'oppose pas à une règle nationale qui interdit au juge national de réexaminer d'office le caractère abusif des clauses d'un contrat, lorsqu'il a déjà été statué sur la légalité de l'ensemble des clauses de ce contrat au regard de cette directive par une décision revêtue de l'autorité de la chose jugée ;
- qu'en revanche, en présence d'une ou de plusieurs clauses contractuelles dont le caractère éventuellement abusif n'a pas été examiné lors d'un précédent contrôle juridictionnel du contrat litigieux clôturé par une décision revêtue de l'autorité de la chose jugée, la directive 93/13 doit être interprétée en ce sens que le juge national,

régulièrement saisi par le consommateur par voie d'opposition incidente, est tenu d'apprécier, sur demande des parties ou d'office dès lors qu'il dispose des éléments de droit et de fait nécessaires à cet effet, le caractère éventuellement abusif de celles-ci.

Il en résulte que lorsqu'il est saisi d'une contestation relative à la créance, le juge de l'exécution est tenu, même en présence d'une décision revêtue de l'autorité de la chose jugée sur le montant de la créance, 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, pour autant qu'il dispose des éléments de droit et de fait nécessaires à cet effet, sauf s'il ressort de l'ensemble de la décision revêtue de l'autorité de la chose jugée qu'il a été procédé à cet examen. »

3.2. Rappels relatifs à la sanction d'une clause jugée abusive

3.2.1 Texte et jurisprudence européens

Sur l'effet des clauses abusives, l'article 6 de la directive n° 93/13 précise 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 ».

La CJUE a énoncé que l'article 6, § 1, de la directive 93/13 CEE ne régit pas les conséquences qu'emporte l'invalidité d'un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur (Arrêt du Bank M. C 15. 6. 2023 – Conséquences de l'affaire C-520/21 annulation de contrat, Sur la question préjudicielle point 63 ; CJUE 23 novembre 2023, aff. C-321/22).

Elle en déduit qu'il « appartient aux États membres de déterminer les conséquences qu'emporte une telle constatation, étant entendu que les règles qu'ils établissent à cet égard doivent être compatibles avec le droit de l'Union et, en particulier, avec les objectifs poursuivis par cette directive. » (CJUE 23 novembre 2023, aff. C-321/22). »

Par plusieurs arrêts rendus notamment en 2023 (CJUE 13 juillet 2023, aff. C-35/2212; 12 octobre 2023, aff. C-326/22 ; 9 novembre 2023, Všeobecná úverová banka a.s., aff. C-598/21; 23 novembre 2023, aff. C-321/22), la CJUE a rappelé et précisé les effets d'une constatation d'une clause abusive. Une fiche méthodologique sur le site Curia europa de la CJUE, relative aux clauses abusives les précise également.

Le principe retenu par la CJUE est d'abord la subsistance du contrat sans aucune modification autre que la suppression des clauses abusives. Ce contrat

restera contraignant pour les parties selon les mêmes termes (CJUE 15 mars 2012, Perenicová et Perenic C-453/10, EU:C:2012:144).

Le juge apprécie de manière objective si le contrat peut subsister sans les clauses.

Lorsque l'élément abusif d'une clause consiste en une obligation contractuelle détachable des autres obligations, susceptible de faire l'objet d'un examen individualisé de son caractère abusif (voir, en ce sens, arrêt du 29 avril 2021, Bank BPH, C-19/20, EU:C:2021:341, point 71), le contrat doit être maintenue et la clause réputée non écrite.

Si une juridiction nationale estime que contrat ne peut pas subsister, il est jugé que l'article 6, § 1, de la directive 93/13 ne s'oppose, en principe, pas à ce qu'il soit invalidé (arrêt du 3 octobre 2019, Dziubak. C-260/18, EU:C:2019:819, point 43).

Les Etats membres définissent selon leurs droits nationaux les modalités dans le cadre desquelles le constat du caractère abusif d'une clause contenue dans un contrat est établi et les effets juridiques concrets de ce constat.

Un tel constat doit permettre de rétablir la situation en droit et en fait qui aurait été celle du consommateur en l'absence de cette clause abusive (voir, en ce sens, arrêt du 21 décembre 2016, Gutiérrez Naranjo e.a., C-154/15, C-307/15 et C-308/15, EU:C:2016:980, point 66; en ce sens, arrêt du 3 octobre 2019, Dziubak, C260/18. EU:C:2019:819. point 39 et jurisprudence citée).

L'objectif de rétablissement de la situation en droit et en fait qui aurait été celle du consommateur en l'absence de la clause abusive doit être poursuivi dans le respect du principe de proportionnalité, lequel constitue un principe général de droit de l'Union, qui exige que la réglementation nationale mettant en œuvre ce droit n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi (voir, en ce sens, arrêt du 15 juin 2023, Bank M. (Conséquences de l'annulation du contrat), C-520/21, EU:C:2023:478, point 73 et jurisprudence citée).

Le juge national peut également substituer une clause abusive une disposition de droit national à caractère supplétif ou une disposition applicable en cas d'accord des parties au contrat en cause à la condition que cette substitution soit conforme à l'objectif de l'article 6, paragraphe 1, de la directive 93/13 et permette de restaurer un équilibre réel entre les droits et les obligations des cocontractants. Toutefois, cette possibilité exceptionnelle est limitée aux hypothèses dans lesquelles l'invalidation de la clause abusive obligerait le juge à annuler le contrat dans son ensemble, avec pour effet d'exposer le consommateur à des conséquences particulièrement préjudiciables, de telle sorte que celui-ci en serait pénalisé [voir, en ce sens, arrêts du 21 janvier 2015, Unicaja Banco et Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 et C-487/13, EU:C:2015:21, point 33 ainsi que jurisprudence citée, et du 12 janvier 2023, D.V. (Honoraires d'avocat – Principe du tarif horaire), C-395/21, EU:C:2023:14, point 60].

La modification de la clause n'est pas possible en revanche. Une clause jugée abusive ne peut donc être maintenue en partie avec la suppression des éléments qui la rendent abusive, lorsque cette suppression reviendrait à réviser le contenu de cette clause en affectant sa substance (Arrêt du 26 mars 2019 (grande chambre), Abanca Corporación Bancaria C-70/17 et C-179/17, EU:C:2019:250 ; arrêt du 29 avril 2021, Bank BPH. C-19/20, EU:C:2021:341, point 70 et jurisprudence citée; CJUE 23 novembre 2023 – C-321/22)

Enfin, il est jugé que le juge national doit se prononcer sur les restitutions sans limite de temps (CJUE, 21 décembre 2016, Gutiérrez Naranjo e.a., C-154/15, C-307/15 et C-308/15). Cet effet restitutoire ne saurait être limité que par des dispositions relatives à la sécurité juridique, en particulier l'autorité de la chose jugée et des délais de prescription raisonnables (CJUE 9 juill. 2020, Raiffeisen Bank, aff. jtes C-698/18 et C-699/18, AJ contrat 2020. 449, obs. Legrand ; Europe 2020. Comm. 313, obs. Bassani ; LEDC sept. 2020, p. 1, obs. Cattalano).

3.2.2. Textes et jurisprudence de droit national

- Les textes

L'article L. 241-1 du code de la consommation, dans sa rédaction issue de l'ordonnance n°2016-301 du 14 mars 2016, dispose:

« Les clauses abusives sont réputées non écrites.

Le contrat reste applicable dans toutes ses dispositions autres que celles jugées abusives s'il peut subsister sans ces clauses.

Les dispositions du présent article sont d'ordre public. »

L'article R. 632-1 du code de la consommation dispose que : « Le juge peut relever d'office toutes les dispositions du présent code dans les litiges nés de son application. Il écarte d'office, après avoir recueilli les observations des parties, l'application d'une clause dont le caractère abusif ressort des éléments du débat ».

L'article 1184, alinéa 2, du code civil dispose : « Le contrat est maintenu lorsque la loi répute la clause non écrite, ou lorsque les fins de la règle méconnue exigent son maintien. »

La Cour de cassation a été amenée à se prononcer sur l'étendue du caractère réputé non écrit et la mise en oeuvre des restitutions après qu'une clause a été jugée abusive.

Elle a notamment statué sur :

- la nullité d'un contrat (Civ. 1^{ère} 12 juillet 2023, pourvoi n°22-17.030 publié) ;
- le point de départ de la prescription d'une action en restitution, fixée au jour de la décision de justice de l'action fondée sur la constatation du caractère abusif de

clauses d'un contrat de prêt libellé en devises étrangères, en restitution de sommes indûment versées constatant le caractère abusif des clauses (Civ. 1^{ère} 12 juillet 2023, pourvoi n°22-17.030 publié déjà cité) ;

- sur le caractère réputé non écrit partiel : une clause de déchéance du terme dont les causes étaient divisibles est réputé non écrite partiellement (Civ. 1^{ère}, 2 juin 2021, pourvoi n° 19-22.455 publié).

3.3. Effets de la constatation d'une clause abusive par un JEX lorsque le titre exécutoire est un jugement

Lorsque le titre exécutoire est un acte notarié, la jurisprudence permet, depuis un arrêt du 18 juin 2009 (Civ., 2^{ème} 18 juin 2009, pourvoi n° 08-10.843, publié), que le juge de l'exécution statue sur la nullité de l'engagement résultant d'un acte notarié. Il peut aussi en constater la prescription (Civ. 2^{ème} 9 septembre 2010, pourvoi n°09-16.538, publié) et modérer une clause pénale contenue dans un tel acte (Civ., 2^{ème} 5 juin 2014, pourvoi n° 13-16.053, publié).

Cette jurisprudence pourrait ainsi permettre au JEX de réputé non écrite une clause contenue dans un acte notarié et de statuer sur le montant de la créance.

Il n'existe, au jour de ce rapport, aucune décision de la Cour de cassation sur le sort d'un tel acte notarié lorsqu'une clause contenue dans cet acte serait jugée abusive par un juge de l'exécution.

Il convient de préciser que le JEX de Paris, par un jugement du 11 janvier 2024 (RG 23/00185) rendu le même jour que la demande d'avis, a dit qu'une clause de déchéance du terme était abusive, l'a réputée non écrite de sorte que la clause est rétroactivement privée de fondement juridique et que le contrat de prêt est toujours en cours. Il en a déduit que seule est exigible la somme correspondant aux échéances mensuelles impayées prévues à ce tableau d'amortissement à l'exclusion du capital restant dû et des pénalités contractuelles. Il a fixé la créance à la somme des échéances impayées.

Lorsque le titre exécutoire est un jugement, se posent en revanche des questions relatives à la combinaison de l'article R. 121-1 du CPCE qui encadre l'office du JEX et l'obligation même dans le cadre d'une mesure d'exécution forcée, sur le fondement de la jurisprudence européenne, pour le JEX de réputer non-écrite une clause abusive.

3.3.1 Les textes

- article L. 213-6 du code de l'organisation judiciaire : « Le juge de l'exécution connaît, de manière exclusive, des difficultés relatives aux titres exécutoires et (Abrogé par Cons. const. no 2023-1068 QPC du 17 nov. 2023, à compter du 1er déc. 2024) « des contestations qui s'élèvent à l'occasion de l'exécution forcée »,

même si elles portent sur le fond du droit à moins qu'elles n'échappent à la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire.

Dans les mêmes conditions, il autorise les mesures conservatoires et connaît des contestations relatives à leur mise en œuvre.

Le juge de l'exécution connaît, sous la même réserve, de la procédure de saisie immobilière, des contestations qui s'élèvent à l'occasion de celle-ci et des demandes nées de cette procédure ou s'y rapportant directement, même si elles portent sur le fond du droit ainsi que de la procédure de distribution qui en découle.

Il connaît, sous la même réserve, des demandes en réparation fondées sur l'exécution ou l'inexécution dommageables des mesures d'exécution forcée ou des mesures conservatoires.

Le juge de l'exécution exerce également les compétences particulières qui lui sont dévolues par le code des procédures civiles d'exécution. »

- article R. 121-1, alinéa 2, du CPCE : « Le juge de l'exécution ne peut ni modifier le dispositif de la décision de justice qui sert de fondement aux poursuites, ni en suspendre l'exécution. »

- articles 1422, alinéa 2, du CPC, dans sa version applicable au 1^{er} mars 2022 relatif aux ordonnances d'injonction de payer : « L'ordonnance ne constitue un titre exécutoire et ne produit les effets d'un tel titre ou d'une décision de justice qu'à l'expiration des causes suspensives d'exécution prévues au premier alinéa. Elle produit alors tous les effets d'un jugement contradictoire ».

3.3.2. Eléments de réponse

- Sur la nature du caractère « réputé non écrit de la clause abusive »

Il existe des débats doctrinaux sur la nature juridique de la sanction, et notamment sur le caractère automatique de la sanction et son caractère partiel.

Concernant le caractère partiel, il a été consacré par l'article 1184 du code civil.

S'agissant du caractère automatique de la sanction, comme le relève M. Maxime Touchais dans la Revue Lamy Droit civil, (N° 215, 1^{er} juin 2023- Le réputé non écrit : sanction définitive ou provisoire ? Le réputé non écrit sanction définitive ou provisoire ?), « l'automaticité, a été davantage sujet à discussions. En substance, l'automaticité désigne dans ce contexte l'aptitude de la sanction à se déclencher de plein droit, par le seul effet de la loi, sans qu'il soit nécessaire de recourir au juge ou à un accord des parties. Dans l'éventualité où un juge serait saisi, celui-ci n'aurait qu'à constater que la loi répute non écrite la clause illicite, mais il n'aurait pas à prononcer lui-même la sanction. Le principal enjeu attaché à cette question concerne la prescription. Alors que l'annulation d'un contrat suppose de recourir au juge avant que le délai pour agir ne soit écoulé, le réputé non écrit d'une clause

prend effet automatiquement à l'insu des parties et du juge et peut donc être constaté à tout moment. La jurisprudence a été séduite par cette conception originale de la notion ainsi qu'en témoignent plusieurs arrêts récents qui ont expressément consacré l'imprescriptibilité de l'action en constatation du réputé non écrit (Cass. 1re civ., 13 mars 2019, n° 17-23.169, B) , au grand dam de certains auteurs (Barbier H., RTD civ. 2019, p. 334, obs. sous Cass. 1re civ., 13 mars 2019, n° 17-23.169, B; Posez A., De la prétendue imprescriptibilité de la clause réputée non écrite, D. 2014, p. 2119 et s.). »

Et l'auteur de préciser : « quand bien même on s'éloignerait de ces controverses traditionnelles pour s'interroger sur le caractère définitif ou non du réputé non écrit, il faut bien reconnaître que la réponse semble à première vue évidente. Le réputé non écrit produit selon toute vraisemblance un effet définitif. Sur ce point, nullité partielle et réputé non écrit semblent se rejoindre. La clause réputée non écrite est apparemment anéantie par le seul effet de la loi et ce sans espoir de retour. »

S'agissant de la distinction entre nullité d'une clause et une clause réputée non écrite, M. Raymond précise (JurisClasseur Concurrence - Consommation Fasc. 820 : Clauses abusives § 118) que « la sanction du réputé non écrit diffère de la nullité partielle. L'une des principales différences entre la clause réputée non écrite et la clause nulle réside notamment dans le fait que l'action en nullité se prescrit par 5 ans alors que la Cour de cassation a pu affirmer l'imprescriptibilité du réputé non écrit (Cass.1re civ., 13 mars 2019, n° 17-23.16 : JurisData n° 2019-003724 ; Contrats, conc. consom. 2019, comm. 112 , obs. S. Bernheim-Desvaux ; JCP E 1425, note J. Lasserre Capdeville ; RD bancaire et fin. 2019, comm. 117 , obs. T. Samin ; D. 2019, p. 1033, note A. Etienney-de Sainte Marie). Cette solution, réaffirmée en 2022 (Cass. 1re civ., 30 mars 2022, n° 19-17.996 : JurisData n° 2022-004927 ; D. 2022, p. 974, note J. Lasserre Capdeville) est conforme à celle retenue par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE, 10 juin 2021, aff. C-776/19 à C-782/19 : JurisData n° 2021-008966 ; RD bancaire et fin. 2021, comm. 142 , obs. A. Gourio ; Europe 2021, comm. 312 , V. Bassani ; D. 2021, p. 2288, note C. Aubert de Vincelles ; D. 2022, p. 310, obs. R. Boffa et M. Mekki) qui a interdit aux états membres de soumettre à un délai de prescription l'introduction d'une demande par un consommateur : aux fins de la constatation du caractère abusif d'une clause. »

- Sur la nécessité pour le JEX de déclarer dans un dispositif réputée non écrite une clause abusive ?

Il est constant qu'aux termes de l'article 455, alinéa 2, du CPC, le jugement énonce la décision sous forme de dispositif et que l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a prohibé les dispositifs implicites (Ass. Plen. 13 mars 2009 no 08-16.033, publié).

Néanmoins, mettant en oeuvre la jurisprudence de la CJUE en matière de clause abusive, la Cour de cassation a précisé dans les deux décisions rendues les

8 février et 13 avril 2023, que l'examen de ces clauses abusives par un juge pouvait ressortir de ***l'ensemble de la décision revêtue de l'autorité de la chose jugée***.

La Cour de cassation n'a pas ainsi restreint au seul dispositif de la décision cet examen, ce qui semble ne pas fixer d'obligation au juge de le mentionner au dispositif.

On précisera qu'il a également été jugé que le JEX n'a pas l'obligation de mentionner dans le dispositif la ventilation des sommes (2e Civ., 14 avril 2022, pourvoi n° 20-22.303 publié « Si l'article R. 322-18 du code des procédures civiles d'exécution, qui dispose que le jugement d'orientation mentionne le montant retenu pour la créance du poursuivant en principal, frais, intérêts et autres accessoires, impose qu'un débat contradictoire ait lieu devant le juge de l'exécution, portant sur tous ces éléments de la créance et que le juge ait vérifié chacun d'eux, il n'implique pas que le dispositif du jugement d'orientation ventile les sommes dues en principal, intérêts, frais et autres accessoires. »).

Néanmoins, la question pourrait se poser de déterminer si le juge a la faculté de le mentionner dans le dispositif ou s'il a interdiction de le faire.

On peut relever que si une faculté est laissée au JEX, une divergence de pratique pourrait intervenir entre les JEX des différents tribunaux judiciaires et poser des difficultés relatives à la question de l'autorité de la chose jugée de la constatation du caractère réputé non écrit d'une clause.

On sait, en effet, que lorsque le JEX statue sur une question de fond en lien avec la mesure d'exécution (2e Civ., 19 novembre 2020, n° 19-20.700 publié, déjà cité) et que la mesure d'exécution disparaît à l'occasion d'une infirmation du titre exécutoire, les contestations de fond que le JEX aura tranchées dans le dispositif, conservent leur autorité de chose jugée (2e Civ., 26 septembre 2019, pourvoi n° 18-21.261 ; 2e Civ., 13 janvier 2022, pourvoi n° 20-11.081 publié).

Il existerait donc des décisions qui auraient une autorité de la chose jugée quant à la constatation d'une clause abusive et d'autres non, selon la pratique du juge, alors même qu'il pourrait s'agir d'une clause identique s'agissant de contrats de prêts dont les clauses sont les mêmes.

- Sur les pouvoirs du JEX

- Ce que le JEX ne peut pas faire :

- Le JEX n'a pas compétence pour prononcer l'annulation d'une décision de justice (Civ. 2^{ème} 25 mars 1998 n° 95-16.913 publié).
- Le JEX ne peut pas délivrer de titre exécutoire hors les cas prévus par la loi (2e Civ., 19 novembre 2020, n° 19-20.700, publié « *En application de l'article L. 213-6*

du code de l'organisation judiciaire, le juge de l'exécution, saisi de la contestation d'une mesure d'exécution, n'étant tenu de statuer au fond que sur la validité et les difficultés d'exécution des titres exécutoires qui sont directement en relation avec la mesure d'exécution contestée, il n'entre pas dans les attributions de ce juge de prononcer une condamnation à paiement hors les cas prévus par la loi », 2e Civ., 25 septembre 2014, n° 13-20.561, publié ; 2e Civ., 3 décembre 2015, n° 13-28.177 publié ; Com., 22 mars 2017, n° 15-15.742 publié; 2e civ., 1er octobre 2009, pourvoi n° 08-18.478 publié. Il ne peut pas non plus délivrer un titre autorisant l'expulsion (2e Civ., 10 juillet 2003, pourvoi n° 00-19.579, publié), ni ordonner la capitalisation des intérêts (2e Civ., 31 janvier 2002, pourvoi n° 00-12.405 ; 2e Civ., 5 février 2009, pourvoi n° 08-10.636).

- Le JEX ne peut pas corriger le titre exécutoire sur le fond (2e Civ., 13 septembre 2007, pourvoi n° 06-13.672 publié ; 2e Civ., 10 mars 2005, pourvoi n° 03-15.213 ; 2e Civ., 16 décembre 2004, pourvoi n° 03-14.702 ; 2e Civ., 20 octobre 2005, pourvoi n° 04-10.004 ; 2e Civ., 3 avril 2003, pourvoi n° 01-12.564 publié ; 2e Civ., 20 décembre 2001, pourvoi n° 00-12.926).

- Il ne peut accorder ce que le juge a refusé dans le titre exécutoire (comme ordonner une compensation qui avait été refusée par le juge du fond : 1re Civ., 16 novembre 2004, pourvoi n° 01-03.102 publié ; déclarer un jugement non avenu alors que la même demande avait été rejetée par un autre juge : 2e Civ., 30 avril 2009, pourvoi n° 08-12.422 publié).

- Ce que le JEX peut faire :

- Les cas de condamnation par le JEX prévus par la loi sont :

- la condamnation du tiers saisi qui refuse de verser entre les mains du créancier les sommes qu'il a déclaré devoir par l'effet d'une saisie attribution (en application de l'article L. 211-9 du code des procédures civiles d'exécution),

- la condamnation du créancier à des dommages-intérêts en cas d'abus de saisie (L. 121-2 du CPCE), en réparation du préjudice causé par une mesure conservatoire dont la mainlevée a été ordonnée par le juge (L. 512-2 du CPCE),

- la condamnation du débiteur à des dommages-intérêts en cas de résistance abusive (L. 121-3 du CPCE).

- Le juge de l'exécution peut se prononcer sur la demande tendant à faire déclarer un jugement non avenu sur le fondement de l'article 478 du CPC, celle-ci ayant pour objet de lui faire perdre son caractère de titre exécutoire. Il en a le pouvoir y compris lorsqu'aucune mesure d'exécution n'est engagée (2e Civ., 16 mai 2013, n° 12-15.101, publié).

- Le JEX constate la perte de fondement juridique notamment en matière d'astreinte (2e Civ., 28 septembre 2000, pourvoi n° 98-16.175, publié).

Cette notion de perte de fondement juridique est employée en matière d'astreinte devant tout juge : une décision de condamnation sous astreinte perd son fondement juridique relativement à l'astreinte si l'acte qui est le soutien de la décision judiciaire de condamnation sous astreinte, provisoire ou définitive, est annulé (2e Civ., 10 février 2022, pourvoi n° 20-12.482 à la suite d'un décès et de la perte de qualité d'indivisaire; 2ème Civ., 10 juin 2010, pourvoi n°06-17.827, publié, annulation d'un arrêté préfectoral qui devait être respecté sous astreinte ; 2ème Civ., 31 mars 2011, pourvoi n° 10-10.020, annulation d'un pacte de préférence qui devait être respecté sous astreinte ; 2e Civ., 6 janvier 2005, pourvoi n° 0215.954, publié, annulation ultérieure de la marque contrefaite, la cessation de la contrefaçon étant ordonnée sous astreinte ; 2e Civ., 5 mars 2009, pourvoi n° 08-12.172 ; 2e Civ., 4 juin 2009, pourvoi n° 08-11.159 ; 2e Civ., 2 juillet 2009, pourvoi n° 08-12.171, résiliation d'un contrat pour l'exécution duquel une astreinte avait été prononcée, antérieurement à la liquidation de l'astreinte).

On retrouve également cette notion pour les cassations par voie de conséquence prévues à l'article 625 du code de procédure civile. Cet article dispose en effet que la cassation « entraîne, sans qu'il y ait lieu à une nouvelle décision, l'annulation par voie de conséquence de toute décision qui est la suite, l'application ou l'exécution du jugement cassé ou qui s'y rattache par un lien de dépendance nécessaire ». (2e Civ. 19 novembre 2009, pourvoi n° 08-17.652 et 08-17.162).

- Le JEX veille à la proportionnalité de la mesure avec l'importance de la créance en application de l'article L. 111-7 du code des procédures civiles d'exécution, qui précise que, si le créancier a le choix des mesures, l'exécution de celles-ci « ne peut excéder ce qui se révèle nécessaire pour obtenir le paiement de l'obligation ». En matière de saisie immobilière, en application de ce principe, le créancier ne peut procéder à la saisie de plusieurs immeubles de son débiteur que dans le cas où la saisie d'un seul ou de certains d'entre eux n'est pas suffisante pour le désintéresser et désintéresser les créanciers inscrits (article L. 311-5 , al. 1^{er}, du CPCE).

- L'établissement des comptes entre les parties est un pouvoir exercé à l'occasion de la contestation d'une mesure d'exécution forcée ou d'une demande de délais.

2e Civ., 21 mars 2002, pourvoi n° 00-18.657 publié : Il appartient au juge de l'exécution de déterminer le montant de la créance servant de cause à la saisie.

2e Civ., 11 mai 2017, pourvoi n° 16-16.106, publié : Le juge ne peut pas refuser de faire les comptes en raison de l'insuffisance des preuves.

2^e Civ., 15 avril 2021, pourvoi n° 20-13.953 (en matière de saisie vente) : Lorsque le montant de la créance du poursuivant est contesté, le juge est tenu de le déterminer et, à cette fin, de faire, s'il y a lieu, les comptes entre les parties, sans

pouvoir s'y refuser en se fondant sur l'insuffisance des preuves qui lui sont fournies
Le juge de l'exécution doit déterminer le montant de la créance servant de cause à la saisie.

- Le juge doit tenir compte des paiements postérieurs au titre exécutoire (2e Civ., 16 décembre 2004, pourvoi n° 02-21.655) et des intérêts dus (2^{ème} Civ., 4 juillet 2007, n° 06-11.910, publié).

- En matière de saisie, le juge peut se prononcer sur une compensation légale (2e Civ., 21 janvier 2010, pourvoi n° 09-65.011, publié). .

- Le JEX peut statuer sur les questions de fond se trouvant en lien direct avec la mesure d'exécution contestée (2e Civ., 19 novembre 2020, n° 19-20.700 publié, déjà cité).

Si la mesure d'exécution disparaît à l'occasion d'une infirmation titre exécutoire par exemple, les contestations de fond que le JEX aura tranchées conserveront leur autorité de chose jugée :

- 2e Civ., 26 septembre 2019, pourvoi n° 18-21.261 : *« Mais attendu, d'une part, que le prononcé de la caducité du commandement valant saisie immobilière, qui anéantit la mesure d'exécution, ne fait pas perdre son fondement juridique à la disposition d'un jugement, précédemment rendu au cours de cette procédure de saisie immobilière, ayant statué sur une demande de déchéance des intérêts contractuels. »*

Dans le même sens : 2e Civ., 13 janvier 2022, pourvoi n° 20-11.081 publié

- 2e Civ., 14 janvier 2021, pourvoi n° 19-20.517

«Recevabilité du pourvoi contestée par la défense

9. Si la procédure de saisie immobilière s'est terminée par l'effet de la caducité du commandement de payer valant saisie immobilière, le débiteur conserve un intérêt au pourvoi dans la mesure où la cour d'appel a confirmé le jugement du juge de l'exécution fixant notamment la créance du poursuivant et rejetant sa demande tendant à voir déclarer ladite créance prescrite, dispositions revêtues de l'autorité de la chose jugée.

10. Le pourvoi est donc recevable».

En l'état du rappel des pouvoirs du JEX, la Chambre s'interrogera sur le pouvoir du JEX après qu'il ait déclaré une clause abusive.

3.2. 2. Jurisprudence des juges du fond

S'agissant des conséquences de la constatation d'une clause abusive, lorsque le titre exécutoire est un jugement, il existe, aux termes des recherches du SDER et à la date de ce rapport, comme il l'a déjà été vu lors de l'examen de la recevabilité de la demande d'avis, une seule décision, celle de la cour d'appel de Versailles qui, par un arrêt du 16 novembre 2023, RG n°23/01906, a rejeté la demande relative à la clause de déchéance de terme aux motifs que : « Il convient

de rappeler que le créancier ne poursuit pas l'exécution du contrat de prêt, mais celle de l'ordonnance du 7 avril 2015 servant de fondement au commandement aux fins de saisie-vente contesté devant le juge de l'exécution.

La société Eurotitrisation oppose ainsi à bons droits à la demande, l'article R121-1 alinéa 1 du code des procédures civiles d'exécution, selon lequel le juge de l'exécution ne peut ni modifier le dispositif de la décision de justice qui sert de fondement aux poursuites ni en suspendre d'exécution.

En effet, le juge de l'exécution (et la cour en appel de ses décisions) commettrait un excès de pouvoir en statuant sur une clause susceptible de remettre en question le titre exécutoire même sur lequel se fonde la mesure d'exécution qui lui est soumise, alors que cela lui est aux termes du texte susvisé expressément interdit. »

Cet arrêt a fait l'objet d'un pourvoi le 5 mars 2024 sous le numéro 14-12.488.

Les autres décisions des cours d'appel concernent majoritairement des titres exécutoires qui sont des actes notariés.

A cet égard, comme il l'a été également déjà rappel, le JEX de Paris, par un jugement du 11 janvier 2024 (RG 23/00185) rendu le même jour que la demande d'avis mais concernant un acte notarié et non une décision juridictionnelle, a dit qu'une clause de déchéance du terme était abusive, l'a réputée non écrite de sorte que la clause est rétroactivement privée de fondement juridique et que le contrat de prêt est toujours en cours. Il en a déduit que seule est exigible la somme correspondant aux échéances mensuelles impayées prévues à ce tableau d'amortissement à l'exclusion du capital restant dû et des pénalités contractuelles. Il a fixé la créance à la somme des échéances impayées.

3.2.3. Commentaires doctrinaux

Beaucoup d'auteurs s'attachent principalement à commenter la jurisprudence relative à l'examen des clauses abusives lorsqu'il existe déjà une décision revêtue de l'autorité de la chose jugée.

Certains considèrent qu'il n'existe pas d'atteinte au principe de l'autorité de la chose jugée, dès lors qu'il n'existe aucune décision ayant statué sur la clause abusive. D'autres soulignent en revanche la difficulté que cette jurisprudence peut poser.

S'agissant des premiers, on peut citer notamment :

- Christian Laporte Procédure civile - Incidences du droit européen sur les procédures civiles d'exécution nationales La Semaine Juridique Edition Générale n° 26, 03 juillet 2023, act. 799 : « Si l'arrêt peut paraître surprenant de prime abord car

semblant battre en brèches le principe d'autorité de chose jugée, tout s'explique en réalité par le fait que le juge n'avait pas, de lui-même (d'office), analyser le contrat en cause avant de statuer sur le montant de la créance ; c'est ce que dit l'arrêt de cassation : « 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 ».

- Ludovic Lauvergnat Gazette du Palais- mardi 25 Juillet 2023 - NO 25

« L'affirmation de ces nouveaux pouvoirs se retrouve immédiatement contrebalancée par deux limites. La première limite à ce nouvel office est d'ordre juridique : le juge de l'exécution n'a pas à contrôler le caractère abusif de la clause dans le cas où la décision servant de fondement aux poursuites s'y serait déjà attelée : c'est là le retour de l'autorité de la chose jugée. Le JEX n'a pas ici à revenir sur ce qui a déjà été tranché. La seconde limite est d'ordre pratique car le juge de l'exécution doit disposer des éléments de droit et de fait pouvant lui permettre d'examiner la clause litigieuse. »

- Christian Laporte Procédure civile - Incidences du droit européen sur les procédures civiles d'exécution nationales La Semaine Juridique Edin Générale n° 26, 03 juillet 2023, act. 799

« L'office du juge avait déjà été affirmé dans un précédent arrêt de la Cour de cassation lorsque la Haute juridiction était venue dire que le juge de l'exécution doit, dans le jugement d'orientation, vérifier la conformité du montant de la créance du poursuivant - que le débiteur ait ou non élevé une contestation - et en fixer le montant (Cass. 2e civ., avis, 12 avr. 2018, n° 18-70.004, PBRI :JurisData n° 2018-005719). Dans l'espèce rapportée, le Cour de cassation le rappelle aussi lorsque qu'elle constate que le juge de la saisie immobilière a failli à son obligation d'examiner d'office le caractère abusif d'une clause contractuelle.

Si l'arrêt peut paraître surprenant de prime abord car semblant battre en brèches le principe d'autorité de chose jugée, tout s'explique en réalité par le fait que le juge n'avait pas, de lui-même (d'office), analyser le contrat en cause avant de statuer sur le montant de la créance ; c'est ce que dit l'arrêt de cassation : « 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 ».

- Thibault Goujon-Bethan Gazette du Palais spécialisée mardi 19 septembre 2023 - NO 29 « L'autorité de chose jugée de la décision d'admission à l'épreuve des clauses abusives : la rhétorique de l'exception » :

« - On peut considérer que le pouvoir reconnu au JEX de relever le caractère abusif d'une clause ne remet pas en cause l'autorité de chose jugée de la décision d'admission au passif d'une créance tirée d'un contrat contenant cette clause. On ne décèle de remise en cause ni de l'effet négatif ni de l'effet positif de l'autorité de chose jugée.

Effet négatif.

Pour que soit établie une atteinte à l'autorité négative de chose jugée, il faudrait que les litiges soumis au juge-commissaire et au JEX opposent les mêmes parties, portent sur le même objet et se fondent sur la même cause (C. civ., art. 1355). À se limiter à l'identité d'objet, la Cour de cassation établit une sorte d'équivalence entre l'objet de la procédure relative à l'audience d'orientation et celui de la procédure d'admission des créances : il s'agirait de « constater le principe de la créance du créancier poursuivant et d'en mentionner le montant retenu ». Mais le constat du principe de la créance n'est pas vraiment le résultat attendu de ces procédures. Le juge n'est jamais institué uniquement pour constater des créances. Il n'y a, dans ce constat, qu'une étape de décision mise au service d'objectifs distincts : rendre opposable la créance à la procédure collective pour l'une des procédures, autoriser la poursuite de la procédure de saisie immobilière pour l'autre. En conséquence, dans la pureté des principes, la décision d'admission au passif de la procédure collective n'a pas autorité (négative) de chose jugée à l'égard de la procédure de saisie immobilière, faute d'identité d'objet. Mais pour qui adopte une focale large, une identité d'objet des deux procédures pourrait résulter dans la recherche, dans les deux cas, de la réalisation de la créance.

Un autre point vient alors ajouter de la nuance à l'idée d'identité d'objet. Dès lors qu'une contestation nouvelle est formée devant le JEX sur la validité du contrat à l'origine de la créance, cette contestation a un objet propre : la demande tendant à voir réputer non écrite une clause d'un contrat n'a pas le même objet que celle tendant à rendre opposable à une procédure collective la créance issue de ce contrat. On songe alors, comme la cour d'appel, à opposer le principe de concentration des moyens qui interdirait au débiteur d'invoquer un nouveau moyen de contestation à l'occasion d'une instance relative à la même créance. Mais ce serait prêter à ce principe une portée qu'il n'a pas :

- d'abord, la concentration des moyens présuppose l'identité d'objet pour s'appliquer, ce qui, comme on l'a vu, est discutable ;
- ensuite, en faisant abstraction de cette première réserve, il n'est pas certain que le réputé non écrit d'une clause soit un « moyen ». Il s'agit d'une sanction que l'on demande au juge d'entériner, ce qui correspond davantage à la définition d'une « prétention ». Or la concentration des moyens n'est pas une concentration des prétentions, et les parties peuvent présenter de nouvelles prétentions afférentes au même contrat à l'occasion d'une instance ultérieure ;
- en outre, la contestation de la clause abusive se rapportait en l'occurrence à la échéance du terme, et donc à une question d'exigibilité de la créance qui n'entre pas dans le périmètre de ce qui est vérifié par le juge-commissaire (5), ce qui conduisait de plus fort à admettre la recevabilité de cette prétention devant le JEX ;
- enfin, le réputé non écrit d'une clause abusive relève, en vertu de la jurisprudence européenne, de l'office du juge. Or, le principe de la concentration des moyens ne s'applique pas au juge et ne saurait faire obstacle à ce qu'une partie suggère au juge d'exercer son office en élevant la contestation !

Effet positif.

Il reste vrai que les vérifications juridictionnelles menées au cours de la procédure de vérification du passif, d'une part, et au stade de l'audience d'orientation, d'autre part, portent sur des éléments communs. Cette situation est de nature à permettre le jeu de l'effet positif de l'autorité de chose jugée. La jurisprudence a toujours prêté à la décision d'admission d'une créance au passif un tel effet, et c'est ce que l'arrêt confirme quand il énonce que la décision d'admission a une « autorité de la chose jugée sur l'existence, la nature et le montant de la créance admise » qui « s'impose en particulier au juge de l'exécution statuant à l'audience d'orientation qui se tient en cas de saisie immobilière initiée par un créancier ». Avec l'effet positif, il ne s'agit pas d'opposer une fin de non-recevoir au plaideur qui tente de refaire juger une prétention qui l'a déjà été dans une instance ayant le même objet, mais d'obliger le juge saisi d'une demande ayant un objet différent à statuer dans le même sens, en se servant de la créance admise comme d'un acquis intangible.

L'autorité positive de chose jugée n'est toutefois pas consacrée par le Code de procédure civile (CPC) ; elle bénéficie d'une reconnaissance ponctuelle, opportuniste et nuancée. Étant attachée à la vérification juridictionnelle, son jeu suppose normalement que le juge ait examiné la question dont on veut voir la solution reconduite dans les autres instances. Or le juge-commissaire ne s'était livré à aucun examen du caractère abusif des clauses du contrat. Si tel avait été le cas, l'autorité positive aurait joué et aurait neutralisé la contestation élevée devant le JEX. La CJUE ne dit pas autre chose puisqu'elle réserve expressément le cas où l'examen a déjà été effectué à l'occasion du précédent contrôle juridictionnel ayant abouti à la décision revêtue de l'autorité de la chose jugée. La Cour de cassation reprend cette réserve (« dès lors qu'il ressort de la décision revêtue de l'autorité de la chose jugée que le juge ne s'est pas livré à cet examen »). En d'autres termes, lorsque l'examen du caractère abusif des clauses a été mené au stade de la vérification du passif, l'autorité positive de la chose jugée neutralise bien la contestation ultérieure devant le JEX. Lorsque tel n'est pas le cas, l'autorité positive de chose jugée ne joue pas. Il n'y a alors aucune remise en cause de cette dernière.

Une objection s'élève toutefois : c'est que, dans le contentieux de l'admission des créances, l'effet positif de la chose jugée tend à s'attacher à la vérification théorique menée par le juge, c'est-à-dire pas à celle effectivement menée par lui mais à celle qu'il aurait pu mener sur la base des contestations qui auraient pu être présentées devant lui (ce qui est une manière de transposer la concentration des moyens à l'autorité positive de chose jugée). Il s'agit d'une portée de l'autorité positive de chose jugée spécifique aux décisions d'admission. Comme l'exprime un auteur, « la décision d'admission purge la créance de tous les vices qui auraient dû être invoqués par les parties et ne l'ont pas été ». Mais même dans ce cadre d'analyse, il doit exister une limite pour les contestations qui relèvent de l'ordre public, et en particulier pour celles pouvant ou devant être relevées d'office par le juge : ces dernières ne peuvent être considérées comme ayant été purgées parce que les parties ne sont pas libres d'y renoncer. Tel est bien le cas pour les contestations relatives aux clauses abusives qui ressortissent de l'office du juge. Force est donc

d'admettre que l'autorité, tant négative que positive, de la décision du juge-commissaire n'était pas susceptible de faire obstacle à l'exercice de son office par le JEX. »

S'agissant des seconds commentaires qui soulignent la difficulté du juge de l'exécution, on peut citer :

- Ghislain Poissonnier Recueil Dalloz Les nouveaux superpouvoirs du juge de l'exécution en droit de la consommation — D. 2022. 1162 « (...) Ainsi, se dégage une nouvelle règle en matière de lutte contre les clauses abusives : si lors de phase de la délivrance du titre exécutoire, la détection et l'annulation des clauses abusives n'ont pas eu lieu, il est du devoir du juge de l'exécution de s'y atteler. La solution peut heurter en ce que traditionnellement le juge de l'exécution n'a pas pour fonction de refaire le travail de vérification effectué par le juge lors de son contrôle initial. Elle pourra même être considérée comme excessive en ce qu'elle aboutit à remettre en cause l'autorité de la chose jugée. Elle est cependant nécessaire au regard de l'impératif de la lutte contre les clauses abusives et du peu d'énergie mise par nombre de juges à la vérification de la légalité des contrats de consommation. Ainsi, en droit de la consommation, le juge de l'exécution a désormais des pouvoirs élargis, lui permettant de mettre à néant des titres exécutoires ou de les modifier. Il appartient donc aux magistrats en charge de la fonction de juge de l'exécution de mettre en oeuvre une pratique de vérification des clauses abusives dans les contrats de consommation ayant servi à l'obtention d'un titre exécutoire.

La solution est assurément valable pour les actes notariés, les ordonnances d'injonction de payer et les ordonnances de délivrer ou restituer (C. pr. exéc., art. R. 222-13). Cependant, l'est-elle également lorsque le titre exécutoire résulte d'un jugement ou d'un arrêt rendu dans le cadre d'une procédure contradictoire ? C'est assez probable à la lecture de l'arrêt Ibercaja Banco (aff. C-600/19, pts 48 à 52). La CJUE indique ici que lorsque le jugement - en l'espèce celui autorisant l'exécution hypothécaire - ne comporte aucun motif attestant de l'existence de la vérification du caractère abusif des clauses contractuelles, le juge de l'exécution a le pouvoir de procéder à cette vérification. Les pouvoirs du juge de l'exécution seraient donc moins larges que ceux dont il dispose s'agissant de titres exécutoires obtenus dans le cadre de procédures non contradictoires. Ce n'est que s'il ressort, à la lecture du jugement ou de l'arrêt rendu, que le travail de mise du contrat de consommation au tamis de la recherche des clauses abusives n'a pas été effectué par le juge du fond, que le juge de l'exécution doit alors examiner les clauses du contrat. »

- Jean-Jacques ANSAULT L'autorité de la chose jugée mise à mal pour éradiquer les clauses abusives GPL451s5

« L'autorité de la chose jugée est un attribut du jugement qui assure l'immutabilité de la vérification juridictionnelle, c'est à-dire ce que le juge a constaté. Son effet négatif interdit le renouvellement des procès, dès lors que les trois conditions posées à l'article 1355 du Code civil sont remplies. Il s'agit de la triple identité de

cause, d'objet et de parties. Si une demande est nouvelle par sa cause, son objet ou la qualité des parties, elle sera recevable. Or, le célèbre arrêt *Cesareo* rendu le 7 juillet 2006 par l'assemblée plénière de la Cour de cassation a imposé au demandeur de faire valoir, dès l'instance relative à la première demande, l'ensemble des moyens qu'il estime de nature à fonder celle-ci. Par cet arrêt, la Cour a consacré un principe – ou plus exactement une obligation – de concentration des moyens, qu'elle a rattaché à l'autorité de chose jugée. Une nouvelle demande, entre les mêmes parties, portant sur le même objet, se heurte, depuis cet arrêt, à l'autorité de chose jugée, alors même qu'elle repose sur un fondement juridique différent. »

- Dominique Lauvergnat, GAZETTE DU PALAIS - mardi 25 Juillet 2023 - N° 25

« D'une part, si le juge de l'exécution n'est normalement pas un « organe de recours contre la décision de justice qui sert de fondement aux poursuites », on ne peut s'empêcher d'y voir, pour le consommateur, une nouvelle possibilité de contester.

Cette possibilité de contester n'est pas sans incidence. Le contrôle opéré peut avoir pour effet d'annihiler les effets du titre exécutoire, y compris juridictionnel, contrariant alors les dispositions de l'article R. 121-1, alinéa 2, du Code des procédures civiles d'exécution aux termes desquelles le juge de l'exécution ne peut modifier le dispositif de la décision de justice fondant les poursuites. D'autre part, comme il a déjà été souligné, « ce nouveau pouvoir du JEX, qu'il est tenu d'exercer d'office, est de mise en œuvre extraordinairement difficile au stade de l'exécution, les parties n'ayant pas coutume de lui fournir les pièces antérieures à l'obtention de la décision judiciaire que d'ailleurs, jusque-là, elles n'étaient pas tenues de conserver ». De sorte que l'effectivité du droit consommériste pourrait très vite se heurter à la réalité... »

- Cédric Hélaïne Dalloz actualité 23 janvier 2024 Examen des clauses abusives lors d'une procédure civile d'exécution : applications pratiques TJ Paris, 11 janv. 2024, n° 20/81791 TJ Paris, 11 janv. 2024, n° 23/00185 :

« Les difficultés pratiques d'une telle sévérité sont nombreuses. Le créancier peut se retrouver complètement désarmé quand à ce stade tardif une telle constatation est opérée par le juge. Son contrat devient alors vide d'une partie de sa substance et ses efforts ont alors parfois été vains. Dans d'autres cas, une décision ayant autorité de la chose jugée peut alors être possiblement remise en cause, ou du moins vidée de son contenu, si les clauses composant le contrat à exécuter sont réputées abusives au stade postérieur de l'exécution. Nous l'aurons compris, la position de la cour de justice pose des problèmes importants pour les magistrats chargés d'en appliquer l'orientation pour préserver l'interprétation de ce secteur du droit économique de l'Union.

L'obligation pour le juge de l'exécution ainsi rappelée conduit le Tribunal judiciaire de Paris à publier deux décisions qui font application de cette jurisprudence de la Cour de justice. Le but reste, évidemment, de montrer les enjeux pratiques importants pour les différents acteurs de ce domaine. Pour les consommateurs, d'une part, dont

la clause abusive n'a pas été repérée par l'un des maillons du circuit judiciaire et qui peut se retrouver bien mal en point au moment de l'exécution forcée. Mais également pour les professionnels, les établissements bancaires par exemple, qui peuvent avoir tout intérêt à déminer le terrain en amont car les frais engendrés par une procédure peuvent être réduits à néant par le juge de l'exécution vidant le contrat de toute sa substance en l'expurgeant de ses clauses abusives. »

- Cédric Dehaine Dalloz actualité 25 mars 2024 Petits crédits et coûts divers au profit de la banque, attention aux clauses abusives ! CJUE 23 nov. 2023, aff. C-321/22

« Il ne restait à la Cour qu'à trancher l'interrogation sur les modalités concrètes de paiement des sommes dues si les clauses concernées par le traitement des clauses abusives sont les seules à prévoir les modalités de remboursement. L'occasion permet à l'arrêt du 23 novembre 2023 de préciser que le contrat est censé subsister, chaque fois qu'il est possible de le faire, sans les clauses abusives. Tout ceci reste très classique : la directive 93/13/CEE permet d'expurger la clause de la stipulation abusive tandis que le reste du contrat doit survivre.

Mais il demeure, comme dans le contrat litigieux, qu'un contrat peut ne plus avoir de sens à être maintenu sans les clauses abusives comme l'avait la juridiction de renvoi. Aucune autre stipulation ne prévoyant, selon cette dernière, le remboursement des prêts. Rien n'empêche alors le juge, en tout état de cause, d'invalidier l'ensemble. Il n'en reste pas moins que ce n'est pas la seule solution possible. La Cour de justice rappelle, dans cette optique, que le même juge peut substituer à la clause abusive une disposition supplétive du droit interne ou une disposition applicable en cas d'accord des parties au contrat tant que la substitution permet de restaurer l'équilibre de la convention. Le but reste, en effet, de rétablir la situation dans laquelle les parties se seraient trouvées sans la clause concernée. La longueur des explications données par la Cour contraste toutefois avec la situation factuelle qu'elle constate. Comme on peut le lire au point n° 93, il y a fort à parier que la juridiction de renvoi se rende compte que les stipulations abusives éradiquées, le contrat en cause puisse tout à fait survivre. La question n'a alors que peu d'intérêt.

En somme, la clause qui ne comporte qu'une stipulation abusive détachable des autres mentions de celle-ci doit pouvoir survivre. Et ceci est particulièrement important dans les contrats de crédit afin de pouvoir laisser subsister les modalités de remboursement et de ne pas ainsi devoir suppléer une règle du droit national supplétive de volonté afin de préserver les droits du créancier au remboursement de sa dette. Il n'y a rien de nouveau dans cette partie de l'arrêt, que nous connaissons bien depuis plusieurs décisions dont une très récente du 15 juin 2023 que nous avons commenté dans ces colonnes (CJUE 15 juin 2023, aff. C-520/21, Dalloz actualité, 23 juin 2023, obs. C. Hélaine) notamment sur le cantonnement des restitutions au profit du prêteur de deniers ou au profit de l'emprunteur.

Au terme de ses 97 paragraphes, l'arrêt C-321/22 permet de confirmer des constats connus en droit des clauses abusives en les appliquant à des contrats de crédit de

très faible amplitude mais dont le prêteur se rémunère sur des sommes qui peuvent être disproportionnées par rapport au montant prêté. Il intéressera donc nécessairement la pratique bancaire. »

- Jean Bruttin RDI 2021 p.540 La présence d'une clause abusive et le maintien du contrat de crédit Cour de cassation, 1^{re} civ., 2 juin 2021, n° 19-22.455, D. actu. 11 juin 2021, comm. J.-D. Pellier,

« Les sanctions applicables aux clauses abusives : La directive n° 93/13 CEE du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les relations avec les consommateurs prévoit dans son article 6-1 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 les droits nationaux, et que le contrat restera contraignant pour les parties selon les mêmes termes, s'il peut subsister sans les clauses abusives »(1). Ce texte contient divers principes qui semblent simples à appliquer : d'une part, toute clause abusive est privée d'effet suivant les règles fixées par le droit interne de chaque pays ; d'autre part, le contrat est maintenu après suppression de la clause abusive, à moins que cette éradication partielle n'empêche le contrat concerné de survivre.

Le droit français a transposé ce texte, qui figure désormais à l'article L. 241-1 de l'actuel code de la consommation, avec une rédaction proche du texte européen : « Les clauses abusives sont réputées non écrites. Le contrat reste applicable dans toutes ses dispositions autres que celles jugées abusives s'il peut subsister sans ces clauses ». On notera que la France a fait le choix de transformer l'inopposabilité de la clause abusive prévue originellement par la directive européenne en une « clause réputée non écrite », mais qu'elle a repris de manière quasi identique la partie du texte relative au maintien du contrat. Le code de la consommation prévoit expressément que ces dispositions sont d'ordre public. Enfin, dans le cadre de la réforme du droit des contrats en 2016, le code civil a intégré dans le nouvel article 1171 la notion de clause abusive, laquelle est également « réputée non écrite ». Toutefois, le nouveau texte ne précise pas les conséquences sur le sort du contrat principal, contrairement au droit européen et au code de la consommation.

Le principe du maintien du contrat malgré l'éviction des clauses abusives est donc inscrit dans le droit européen comme dans notre droit interne, malgré l'incomplétude de l'article 1171 du code civil. Combiné avec la mise à l'écart de la clause abusive, ce dispositif « procède d'une volonté de faire respecter une norme, afin de garantir un minimum de sécurité contractuelle ». Le droit européen défend également l'idée d'un équilibre contractuel, rompu temporairement par la présence d'une clause abusive. L'exclusion de cette dernière est destinée à rétablir cet équilibre, mais ne doit pas conduire à réintroduire dans le contrat un avantage en faveur du consommateur. La CJUE a ainsi jugé que l'intérêt du consommateur n'est pas le seul à devoir être pris en compte et qu'il ne doit pas favoriser l'annulation du contrat. Ainsi, la sanction du constat judiciaire de l'existence d'une clause abusive n'aboutit-elle pas à une nullité de la clause, ni à celle du contrat, mais à son inefficacité dans les relations entre l'emprunteur et le professionnel prêteur, et ce conformément aux

dispositions de l'article 6-1 de la directive n° 93/13/CEE, qui renvoie au droit national pour la détermination plus précise de cette sanction. Notre législateur a opté pour la notion de « clause réputée non écrite » en raison de la présence de cette notion dans les textes antérieurs relatifs aux clauses abusives, et notamment dans la « loi Scrivener I » du 10 janvier 1978(5). Comme on l'a souligné, cette qualification est ambiguë, car une clause non écrite est à la fois inexistante, inopposable, caduque, voire partiellement nulle(6).

Ce débat théorique n'a pas de conséquences, car la clause « réputée non écrite » jouit d'un régime juridique spécifique sui generis présentant diverses utilités fondamentales pour le consommateur. D'une part, elle bénéficie d'un effet rétroactif, empruntant paradoxalement cette conséquence à la nullité(7). D'autre part, la jurisprudence a décidé, dans un important arrêt du 11 mars 2019, que la demande tendant à faire réputer non écrite une clause abusive ne constituait pas une nullité(8). Elle n'est donc pas concernée par la prescription quinquennale et devient, bien au contraire, imprescriptible.

Dans le domaine des clauses abusives, la protection du consommateur semble donc particulièrement bien assurée, ce dernier pouvant au surplus réclamer au professionnel une indemnité pour réparer le préjudice individuel subi au titre de cette clause abusive(9). Pour autant, les emprunteurs de crédit immobilier ne se satisfont pas de cette protection considérable et cherchent à obtenir l'annulation complète du contrat de crédit litigieux. Leur démarche se heurte à des obstacles considérables provenant tant du droit européen que du droit national.

Les obstacles à l'annulation complète du contrat

Bien que l'utilisation de la clause réputée non écrite soit « historiquement conçue comme un procédé destiné à assurer le sauvetage du contrat »(10), il est envisageable et autorisé que la suppression de cette clause puisse entraîner la disparition totale du contrat dans lequel elle est insérée. Les textes européens et français prévoient de manière expresse cette hypothèse quand la convention ne peut être maintenue consécutivement à l'éviction de la stipulation litigieuse, car il devient impossible de l'appliquer(11). D'autres situations peuvent également conduire à l'anéantissement total d'un contrat contenant une clause jugée abusive : il s'agit du cas où cette clause était la cause impulsive et déterminante de l'engagement de l'une des parties ou de celui où les clauses du contrat ont été stipulées indivisibles(12).

La jurisprudence européenne admet aussi la possibilité d'une annulation complète du contrat dans une certaine mesure et pour des fondements très particuliers. En effet, la CJUE ne reconnaît aucune marge de manoeuvre au juge national pour réviser ou modifier une convention contenant une clause abusive : elle limite les pouvoirs du magistrat à l'éradication de la clause litigieuse(13). Toutefois, cette conception restrictive n'interdit pas qu'une règle supplétive puisse se substituer à la clause abusive écartée, dans la mesure où il s'agit d'un effet nécessaire de la loi qui peut s'avérer profitable pour le consommateur(14). Même dans cette hypothèse, la juridiction européenne reste réticente à accepter le remplacement de la clause par le droit national supplétif. Ainsi, dans l'arrêt du 3 octobre 2019, la CJUE, après avoir

écarté une clause d'indexation en francs suisses abusive, a refusé de la remplacer par les dispositions à caractère général du droit polonais, malgré la difficulté de déterminer le nouveau taux du crédit(15).

De plus, la CJUE a décidé dans un arrêt du 26 mars 2019 que « les articles 6 et 7 de la directive s'opposent à ce qu'une clause déclarée abusive, soit maintenue en partie, moyennant la suppression des éléments qui la rendent abusive, lorsque cette suppression reviendrait à réviser le contenu de ladite clause en affectant sa substance »(16). Cet arrêt mérite d'être étudié, car il avait pour objet de statuer sur le maintien d'une procédure spéciale de saisie hypothécaire espagnole en présence d'une clause abusive, à savoir une déchéance du terme sans mise en demeure après une seule échéance impayée, identique à celle critiquée dans l'arrêt commenté.

L'enjeu de l'annulation du contrat était le suivant : en cas de disparition complète, le créancier pouvait poursuivre l'emprunteur par une procédure d'exécution ordinaire, tandis que s'il était maintenu, le débiteur continuait à bénéficier de la procédure spéciale de poursuite hypothécaire, qui garantit en droit espagnol un prix de vente minimal de 75 % de la valeur estimée de l'immeuble(17). Cette règle est a priori favorable à l'emprunteur, sauf circonstances contraires.

Dans ses conclusions particulièrement riches, l'avocat général s'est penché avec une grande précision sur les mécanismes juridiques en cause. Il a ainsi étudié la jurisprudence du Bundesgerichtshof (Cour fédérale de justice allemande), qui a développé la notion de divisibilité de la clause abusive et celle du « blue pencil test » : seule la partie abusive de la clause est écartée, d'un simple trait de plume, le reste de la stipulation est maintenu(18). On s'aperçoit que cette analyse est conceptuellement proche de celle de la « clause réputée non écrite » du droit français. Aux termes d'une argumentation serrée, l'avocat général conclut à l'indivisibilité de la clause abusive et de « la poursuite hypothécaire spéciale ». On aurait donc pu s'attendre à une annulation totale de l'opération, mais il préconise néanmoins le maintien de la saisie immobilière spéciale, sous réserve de l'accord du débiteur, parce qu'elle constitue une disposition supplétive du droit espagnol(19). Son appréciation sera adoptée par la Cour.

L'arrêt de la CJUE du 26 mars 2019 sert de pierre de touche à la Cour de cassation pour statuer sur l'effet de l'éradication partielle d'une clause abusive sur le contrat. On peut remarquer qu'elle décide a contrario de la CJUE, car elle autorise la continuation de la saisie-vente, malgré la mise à l'écart de la déchéance du terme, et contrairement à la demande de l'emprunteur. Toutefois, la Haute Juridiction réutilise les concepts dégagés par la décision européenne, et notamment par l'avocat général, pour conclure à une divisibilité entre la clause réputée non écrite et l'ensemble du contrat, dont les autres clauses de déchéance du terme existantes. Celles-ci étant maintenues, la saisie de l'immeuble offert en garantie peut donc se poursuivre.

L'étude de la jurisprudence européenne permet ainsi de comprendre pour quelles raisons l'objectif de l'anéantissement du contrat poursuivi par les emprunteurs a peu de chances d'être atteint, car les conditions de cette annulation complète sont

strictes, et au demeurant contraires à la lettre comme à l'esprit de la directive n° 93/13/CEE du 5 avril 1993.

Conséquence sur la rédaction des clauses de déchéance du terme

Au-delà de cet enseignement général, qui pourrait également s'appliquer dans le cadre des dispositions incomplètes du nouvel article 1171 du code civil, l'arrêt du 2 juin 2021 entraîne des conséquences pratiques. Dans la présente affaire, la cour d'appel a relevé la présence de vingt et un cas de déchéance dans le contrat. Cette multiplication des clauses d'exigibilité recouvrant de multiples causes, souvent extérieures au contrat ou à l'emprunteur, n'est-elle pas excessive et contre-productive ?

L'insertion de cas de déchéance pour des causes externes au contrat ou ne résultant pas d'une faute de l'emprunteur a été récemment stigmatisée par la Commission des clauses abusives (CCA) dans sa recommandation du 25 mai 2021(20). Bien que visant le crédit à la consommation, cette recommandation déclare abusives certaines clauses qui sont également utilisées dans le cadre du crédit immobilier. Parmi les cas évoqués par la CCA, on peut relever des causes de déchéance extérieures au débiteur, telles que le décès, la perte involontaire de garantie réelle ou personnelle ou la fausse déclaration de la caution(21). Il convient aussi de mentionner qu'une clause résolutoire peut être considérée comme abusive, si le manquement de l'emprunteur, dont l'inexécution entraîne l'exigibilité, est imprécis (22). Ce dernier cas n'est d'ailleurs qu'une simple application de l'article 1225 du code civil.

Ne serait-il pas plus simple et plus pertinent qu'un contrat de crédit immobilier ne contienne qu'une seule clause de déchéance du terme « ordinaire » ? Cette dernière prévoirait le défaut de paiement de plusieurs échéances, que l'on fixe usuellement à trois, cette inexécution étant suffisamment grave pour rendre le prêt exigible. Bien entendu, le formalisme de la résolution du contrat sera renforcé et ne pourra se contenter d'une simple lettre. Si les dispositions de l'article 1225, alinéa 2, du code civil semblent écarter l'exigence d'une mise en demeure infructueuse, puisque l'inexécution est prévue dans le contrat, il faut également tenir compte des dispositions de l'article R. 212-2, 4° du code de la consommation qui définissent comme une clause abusive « grise » la résiliation prévue « sans préavis d'une durée raisonnable ». Il ne paraît donc pas inutile de prendre le temps d'un certain formalisme et de tenir compte de l'impact important de la déchéance du terme pour l'emprunteur et de sa capacité de contestation.

Est-il opportun que les établissements de crédit procèdent à un audit de leurs offres et contrats portant sur la rédaction de leurs clauses de déchéance ? Cette interrogation pourrait devenir pleinement d'actualité, car la Cour de cassation vient de transmettre à la CJUE une question préjudicielle portant sur la validité desdites clauses (23). De plus, la CCA a reconnu abusif le cumul de l'indemnité de résolution et de la perception d'intérêts postérieurement à la déchéance du terme (24). Certes, les banques peuvent se rassurer en se rappelant que la Cour de cassation a de nouveau refusé de reconnaître comme abusive la clause sanctionnant les fausses déclarations du client lors de l'octroi du prêt (25). Leur optimisme pourra être

également raffermi, avec une dose de cynisme, par l'enseignement du présent arrêt : la suppression d'une clause abusive n'anéantira pas nécessairement le contrat de crédit. »

- Jean Bruttin RDI 2024 p.81 Annulation d'un prêt immobilier pour clauses abusives : des restitutions abusives... ? Cour de justice de l'Union européenne, 4 e ch., 15 juin 2023, aff. C-520/21

« L'emprunteur immobilier est-il surprotégé ? Des voix s'élèvent parfois pour développer cette thèse et souligner que l'emprise du droit de la consommation est excessive. Elle rendrait la tâche des établissements prêteurs difficile, voire difficile et contribuerait à renchérir le coût du crédit. L'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) du 15 juin 2023 représente-t-il une contribution confortant cette idée ou s'agit-il d'une décision explicitant simplement les règles des restitutions consécutives à l'annulation d'un contrat de prêt ? C'est à la lumière de cet enjeu qu'il convient d'analyser cet arrêt.

L'origine de l'affaire se situe en Pologne, où une banque a consenti, en 2008, à un couple en vue de construire leur maison, un crédit hypothécaire à taux variable, d'un montant de 329 707,24 zlotys, soit environ 73 000 €. Nous sommes encore en présence d'un de ces nombreux crédits indexés sur le franc suisse, distribués en Europe de l'Est, et notamment en Pologne par plusieurs dizaines de milliers, durant la période où les taux de change respectifs des deux monnaies rendaient ces prêts attractifs(1). Comme on l'a déjà signalé, la France, malgré l'affaire Helvet Immo, n'a pas le monopole des contentieux liés à cette situation(2).

En 2021, les emprunteurs, tout en honorant leurs échéances, poursuivent l'établissement de crédit en prétendant que la présence de clauses abusives invalide le contrat. Ils demandent donc au tribunal d'arrondissement de Varsovie la restitution des sommes qu'ils ont versées. La juridiction polonaise saisie considère effectivement que la convention de prêt peut être annulée dans sa totalité conformément à la jurisprudence polonaise et européenne. Le contrat ne pouvant être maintenu en l'état, cette annihilation entraîne les parties à procéder aux restitutions. Or, le tribunal de Varsovie, ayant des interrogations en la matière, sursoit à statuer et pose à la CJUE un certain nombre de questions préjudicielles relatives à l'étendue de ces restitutions.

La CJUE lui répond très clairement dans son arrêt du 15 juin 2023. Elle indique que l'annulation rétroactive du contrat de prêt va non seulement aboutir aux restitutions ordinaires, mais que le consommateur peut obtenir au surplus du prêteur une compensation. Cet important arrêt statue donc sur les conséquences de la reconnaissance des clauses abusives, sur l'efficacité de la directive 93/13/CEE et éclaircit le sort des restitutions en droit européen. Il reste à s'interroger, de manière spéculative, sur son impact éventuel dans notre droit interne.

La question de l'indemnisation supplémentaire

La lecture des conclusions de l'avocat général, A. M. Collins, permet de comprendre le cheminement du raisonnement de la CJUE. Les difficultés soulevées par la juridiction polonaise proviennent de l'annulation complète du contrat de prêt. En

effet, d'une manière générale, la constatation de la présence d'une ou de plusieurs clauses abusives dans une convention n'aboutit pas nécessairement à la disparition de ce contrat. Bien au contraire, la directive 93/13/CEE concernant les clauses abusives, prévoit dans son article 6, § 1, que malgré la présence d'une clause abusive, « le contrat restera contraignant pour les parties dans les mêmes termes, s'il peut subsister sans les clauses abusives »(3). Ce principe du maintien du contrat est confirmé par la jurisprudence tant européenne que française et conduit à réputer la clause abusive litigieuse non écrite ou inopposable(4). Telle est la sanction normale pour autant que le contrat de crédit puisse continuer à fonctionner, juridiquement et pratiquement, malgré cette amputation des clauses jugées abusives.

Or, le droit polonais ne semble pas avoir retenu cette solution et la reconnaissance judiciaire de la présence de clauses abusives débouche sur une annulation complète, ex tunc, rétroactive, du contrat. Il convient donc d'organiser entre les parties les restitutions des prestations qu'elles ont exécutées.

Les divers articles du code civil polonais dédiés à cette question prévoient les règles suivantes, proches de celles du droit français (5) :

- l'emprunteur reverse à la banque le capital prêté ;
- l'établissement bancaire rembourse au client les sommes déjà versées, à savoir les mensualités du prêt, les primes d'assurance et les frais de dossier ;
- chaque partie peut exiger de l'autre le paiement d'intérêts de retard au taux légal à compter de la mise en demeure (6).

Ces mécanismes sont basés sur le principe du retour à la situation des parties antérieurement à la conclusion du contrat par suite de l'effet rétroactif de l'annulation. Toutefois, l'emprunteur a formulé une prétention supplémentaire, en demandant à la banque une indemnisation au titre de l'utilisation par cette dernière, sans base légale, des mensualités versées par lui. Le client réclamait une somme représentant les pertes liées au versement indu, en raison de la clause abusive, à savoir : la perte du pouvoir d'achat résultant du transfert au prêteur des échéances versées, en raison de l'existence d'un prêt en devises et de l'évolution négative de son cours, et la rémunération perçue par la banque ayant remplacé les fonds.

Ce sont ces suppléments demandés par le consommateur-emprunteur qui posaient problème au juge du fond polonais et l'ont conduit à poser à la CJUE une question préjudicielle portant sur la compatibilité d'une demande supplémentaire des parties, au-delà du droit commun des restitutions, avec les dispositions des articles 6, § 1, et 7, § 1, de la directive 93/13. À l'appui de sa question, le tribunal présentait six situations décrivant les diverses demandes possibles, de la part des deux parties au contrat. Il posait explicitement la question de l'effet de l'inflation dans ces demandes et celle de la qualification de la fourniture de deniers comme assimilable à une prestation de service.

La Cour européenne lui a répondu que la directive ne s'opposait pas à ce que l'emprunteur-consommateur réclame à l'établissement prêteur des créances supplémentaires à celles liées aux restitutions classiques, sous réserve que les dispositions du droit national permettent une telle revendication. Cependant, la

Haute juridiction européenne a refusé d'étendre de manière parallèle à la banque la faculté d'exercer une revendication identique. Quelles sont les raisons de cette décision ?

Les motivations de l'arrêt de la CJUE :

La Cour rappelle en premier lieu, suivant les réquisitions de l'avocat général, que la constatation judiciaire d'une clause abusive doit, en principe, avoir pour conséquence le rétablissement, en droit et en fait, de la situation du consommateur telle qu'elle serait sans le jeu de la clause qualifiée d'abusive, et ce conformément à la jurisprudence issue de l'arrêt *Francisco Gutiérrez Naranjo* (7). Il appartient toutefois, selon la CJUE, aux droits nationaux de définir les effets concrets de cette remise à niveau *ex tunc*, car la directive 93/13 ne contient aucune disposition à ce sujet. Pour résoudre les questions posées par la juridiction polonaise, l'avocat général propose d'apporter une réponse distincte en fonction des parties concernées.

En ce qui concerne l'emprunteur, il lui paraît possible de s'appuyer sur l'article 8 de la directive, qui prévoit que les règles nationales peuvent être plus restrictives que celles fixées par la directive. Cet argument permet de reconnaître la faculté d'une indemnisation allant au-delà des restitutions ordinaires(8). Offrir au consommateur une possibilité de dédommagement plus large ne porte pas atteinte à la directive, mais contribue, bien au contraire, à renforcer son effet dissuasif envers les professionnels.

L'établissement bancaire a fait valoir que la mise en oeuvre de la jurisprudence *Francisco Gutiérrez Naranjo* devait conduire au remplacement de l'équilibre formel du contrat, bafoué par la présence d'une clause abusive, par un équilibre réel des prestations fournies par les deux parties. L'avocat général considère que l'indemnisation supplémentaire réclamée par l'emprunteur ne porte pas atteinte à ce principe, car la directive 93/13 ne vise pas à garantir un équilibre contractuel, mais à remédier à un déséquilibre de la convention, le plus souvent au détriment du consommateur (9). Il convient donc de répondre positivement à la possibilité d'attribution à l'emprunteur de sommes allant au-delà des simples restitutions légales.

Il est ensuite passé à l'examen des prétentions de la banque, qui demande de son côté à l'emprunteur une indemnité, au titre du capital prêté mis à sa disposition, car ce dernier aurait pu être rémunéré à son profit. La CJUE confirme la position de l'avocat général de refuser cette demande sur la base de la règle *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, car l'annulation de l'opération résulte de l'insertion par le prêteur de clause abusives dans le contrat de crédit immobilier. Cette décision conduit la Cour à s'opposer « à une interprétation juridictionnelle du droit national selon laquelle l'établissement de crédit a le droit de demander au consommateur une compensation » (10).

D'une manière plus générale, l'arrêt de la CJUE reprend les argumentations de son avocat général, mais il insiste principalement, et à de nombreuses reprises, sur le fait que l'attribution d'une compensation potentielle au profit du consommateur, et de lui seul, constitue un moyen de renforcer l'efficacité de la directive 93/13 et donc de

la lutte effective contre les clauses abusives. Cette analyse de la CJUE constitue-t-elle une approche nouvelle de la question des restitutions et de la mise en jeu de la directive relative aux clauses abusives ?

Appréciation de l'analyse de la CJUE :

Bien que surprenante, la solution dégagée par l'arrêt commenté doit être resituée dans le contexte, très fourni, de la jurisprudence européenne en matière de clauses abusives. La directive 93/13 avait posé comme principe la lutte contre l'existence de ces clauses, mais n'avait pas prévu que son succès pourrait aboutir à des situations complexes et même défavorables au consommateur. Ainsi, la CJUE a-t-elle décidé dans l'arrêt *Banco Espanol de Crédito* que l'éradication d'une clause abusive interdit sa révision ou sa réécriture par le juge dans un sens favorable à l'emprunteur⁽¹¹⁾. Si le contrat de crédit ne peut continuer à fonctionner sur le plan juridique, la consécration de l'existence d'une clause abusive aura fréquemment pour conséquence l'annulation ou la disparition du contrat, puis le retour au statu quo ante à sa conclusion.

Cette remise à niveau des parties débouche nécessairement sur la restitution à l'établissement de crédit du capital prêté. L'emprunteur obtient donc une victoire « à la Pyrrhus », car ses moyens financiers ne lui permettent pas nécessairement de reverser celui-ci. La CJUE insiste fréquemment sur cet aspect négatif de la sanction relative aux clauses abusives, notamment dans l'arrêt *Arpad Käsler c/ OTP Jelzalogbank*, qui relève « qu'une telle annulation a en principe comme conséquence de rendre immédiatement exigible le montant du prêt restant dû dans des proportions risquant d'excéder les capacités financières du consommateur, et de ce fait tend à pénaliser celui-ci plutôt que le prêteur qui, par voie de conséquence, ne serait pas dissuadé d'insérer de telles clauses dans les contrats qu'il propose »⁽¹²⁾.

Ce constat, repris par d'autres décisions, comme l'arrêt *Dunai* ⁽¹³⁾, explique le souci de la CJUE d'améliorer la position de l'emprunteur en lui octroyant le droit de réclamer une compensation financière au prêteur. L'adoption de cette solution ne porte-t-elle pas atteinte à la sécurité juridique des contrats ou au principe de proportionnalité du droit européen, qui exige que les sanctions ne dépassent pas le seuil nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi, en l'occurrence la lutte contre les clauses abusives ? La CJUE n'a pas considéré, aux points 72 et 73 de son arrêt, que ces principes étaient bafoués, car l'éradication des clauses abusives est indispensable et repose sur l'action des États membres, du droit interne et du juge national auxquels il appartient de trouver les réponses appropriées.

Il existe pourtant une contradiction dans la position de la CJUE, car même si elle n'entend pas se substituer aux règles internes propres à chaque pays de l'Union européenne, elle fixe le principe de l'incompatibilité de l'indemnisation du professionnel avec la directive 93/13. Si la CJUE avait déjà validé une disposition de droit interne qui permettait au consommateur d'obtenir réparation des conséquences résultant de l'application à son égard de dispositions abusives⁽¹⁴⁾, elle n'avait pas pour autant exclu de manière expresse le professionnel d'un tel droit à indemnisation.

Dans le présent arrêt, la CJUE prône le rétablissement en droit et en fait de la situation du consommateur sur la base des « règles nationales pertinentes »(15). C'est d'ailleurs l'esprit et la lettre de la directive 93/13 qui fixe des principes généraux en matière de clauses abusives et charge les États membres de prendre des dispositions adaptées pour rendre effective leur éradication, notamment aux articles 6 à 8. Comment le droit français pourrait-il recevoir les enseignements de l'arrêt commenté ?

Portée de la décision dans le droit français :

L'admission d'une indemnisation au profit de l'emprunteur en cas d'annulation du contrat pour clause abusive est-elle compatible avec les règles prévues par le droit français ? La variété des dispositions applicables nécessite de décomposer l'analyse.

Tout d'abord, on a pu mettre en avant que la transposition de l'arrêt du 15 juin 2023 heurterait le principe de la réparation intégrale du dommage, car ce dernier ne s'applique pas s'il procure un enrichissement à la victime (16). Or, la CJUE a accepté que le consommateur puisse bénéficier d'une indemnité représentant la perte de pouvoir d'achat liée au paiement des échéances indues. S'agit-il effectivement d'un enrichissement du consommateur ?

En examinant attentivement les règles relatives à la responsabilité, on peut se demander si cette indemnité ne relève pas des dispositions de l'article 1231-2 du code civil, qui autorise l'attribution de dommages-intérêts au titre du *lucrum cessans*. Dans son arrêt, la CJUE a décidé que l'emprunteur pourrait recevoir une compensation au titre « du gain dont il a été privé », pour reprendre les termes de l'article 1231-2. Si l'on accepte cette analyse, l'indemnisation ne va pas au-delà du préjudice subi et ne porte pas atteinte à la limite de la réparation intégrale.

Ensuite, la consécration de la nullité d'un contrat par le juge est destinée à sanctionner le défaut de respect des règles, en l'occurrence de celles relatives à la prohibition des clauses abusives. Elle a pour conséquence le retour au statu quo ante, ce qui conduit à la remise en état du contrat au moment de sa conclusion et aux restitutions. Ainsi, du côté de l'emprunteur, l'annulation du contrat de prêt va l'obliger à reverser à l'établissement de crédit prêteur le capital reçu ab origine.

Or, la Cour de cassation considère que la restitution « ne constitue pas par elle-même un préjudice indemnisable », comme elle vient de le rappeler récemment dans un arrêt du 20 décembre 2023(17). L'obligation de reverser les sommes prêtées ne constituerait pas un dommage, mais relèverait de l'application normale du processus de rétroactivité de la nullité. Cependant, une lecture attentive de cet arrêt et de la jurisprudence antérieure, qui utilise le même attendu de principe(18), permet de relever que toutes ces décisions concernent des tiers qui ont commis des fautes à l'origine de la nullité et dont la victime cherche à engager la responsabilité : vendeur de panneaux photovoltaïques ayant remis un bordereau de rétractation non conforme, architecte ayant commis une erreur de mesurage dans le cadre d'une vente immobilière, avocat ou notaire ayant fourni de mauvais documents nécessaires à la passation de l'acte.

Les parties au contrat ne sont donc pas concernées par cette règle jurisprudentielle qui se situe en dehors du droit des restitutions. Bien au contraire, la victime d'une nullité pourrait, aux termes de l'article 1178, alinéa 4, du code civil, demander réparation du dommage qu'elle a subi, et ce, dans le cadre du droit commun de la responsabilité extracontractuelle. Sur cette base juridique, elle pourrait dès lors obtenir des dommages-intérêts pour les frais inutiles engagés, le temps perdu pour le litige, le *lucrum cessans*, etc.(19). Dans ce cadre, l'emprunteur lésé par l'annulation résultant de la présence de clauses abusives pourrait vraisemblablement bénéficier « d'une compensation allant au-delà du remboursement des mensualités versées et des frais payés au titre de l'exécution de ce contrat », suivant la formulation de l'arrêt de la CJUE du 15 juin 2023.

Enfin, dans notre droit interne, le droit de l'annulation des contrats est principalement régi par les dispositions de l'article 1178 du code civil qui prévoient que « le contrat annulé est censé n'avoir jamais existé » et qui renvoient expressément au chapitre V du titre IV, créé par l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Il s'agit d'une rubrique complète regroupant les règles applicables aux restitutions (articles 1352 à 1352-9). Ce bloc de dispositions remédie à la diversité des solutions figurant antérieurement dans le code civil, variables suivant les types de contrat.

Les restitutions de sommes d'argent sont plus simples que d'autres types de restitutions, mais elles prennent en compte le facteur temps ainsi que la bonne ou la mauvaise foi du débiteur. Ainsi, l'article 1352-6 impose-t-il que la restitution d'une somme d'argent inclue les intérêts au taux légal et le reversement des taxes acquittées. Quant à l'article 1352-7, il oblige celui qui a reçu de mauvaise foi à reverser non seulement les intérêts qu'il a perçus, mais également « la valeur de la jouissance à compter du paiement ».

Ces dispositions paraissent également parfaitement compatibles avec la décision de la CJUE d'autoriser l'emprunteur à obtenir de l'établissement prêteur un dédommagement au titre de la rémunération de l'argent versé par lui, dont a profité la banque. Cette dernière ayant inséré des clauses abusives dans le contrat de crédit immobilier pourrait être considérée comme de mauvaise foi.

Par ailleurs, l'insertion de clauses abusives dans un contrat de crédit est non seulement pénalement répréhensible, mais également susceptible d'engager la responsabilité contractuelle de la banque prêteuse, au titre des articles 1231-1 et 1231-4 du code civil.

Il paraît donc possible d'affirmer que la solution de l'arrêt commenté n'est pas contraire aux diverses règles du droit français relatives à la nullité, aux restitutions et à l'indemnisation. Il reste que cette première analyse à caractère prospectif devra subir le feu de la jurisprudence pour être confirmée. Ainsi, comme on l'a évoqué, il n'est pas certain que l'adage *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* soit susceptible d'être invoqué pour l'illicéité que constitue l'insertion d'une clause abusive dans un contrat (20).

Peut-on pour autant considérer que le consommateur-emprunteur a remporté une nouvelle victoire contre le banquier professionnel aux termes de l'arrêt du 15 juin 2023 ?

L'évolution du droit des clauses abusives

La législation européenne en matière de clauses abusives a un aspect protecteur évident, car elle s'est fixée pour objectif de remédier au déséquilibre contractuel et à l'asymétrie d'information des consommateurs. Par essence, la philosophie de cette réglementation est de progresser en raison de l'«intérêt légitime à protéger le consommateur » (21) et le développement de ce mouvement de protection est inexorable. Faut-il pour autant parler de « dérive », comme certains auteurs l'écrivent (22) ? La formule paraît excessive si l'on admet que l'arrêt de la CJUE est compatible avec les dispositions de notre droit interne.

En revanche, elle est exacte si l'on reconnaît que le refus d'indemniser le professionnel rompt l'équilibre que doit rechercher le juge entre les besoins pratiques de l'activité bancaire et la défense des intérêts des emprunteurs. Le respect de l'équilibre contractuel doit demeurer un principe fondamental, comme le soulignent d'autres auteurs (23), même si l'appréciation de cet équilibre réel, juridique ou financier, est très délicate. Le refus d'accorder aux établissements de crédit la possibilité d'une indemnisation malmène cette idée.

De son côté, la Cour de cassation n'a pas perdu de vue ce principe et ne se prive pas de rendre des arrêts fondés en droit et favorables aux établissements de crédit. Ainsi, elle n'a pas hésité à imposer à l'emprunteur, dans le cadre d'un contrat de crédit immobilier en devises, la restitution à la banque du capital prêté selon le taux de change appliqué lors du versement des fonds ou du remboursement par le client, alors même que le contrat a été annulé en raison de la présence de diverses clauses jugées abusives (24). De même, elle a confirmé que l'absence de titre exécutoire valable, par suite d'une erreur dans le contrat authentique de prêt, ne faisait pas obstacle à la poursuite du débiteur sur la base de l'offre acceptée, permettant à la banque d'obtenir le remboursement de son crédit, pourtant fort compromis (25). Ces exemples montrent que le droit français n'envisage pas, jusqu'à présent, de déroger au principe d'équilibre raisonnable propre à la nation de Montesquieu et de Descartes. »

- Guillaume Sansone Chronique du pôle de l'exécution du tribunal de Paris pour la Revue Procédures civiles d'exécution, pratique & perspectives Janvier-Février 2024

« En opérant un contrôle a posteriori des clauses abusives, le JEX est susceptible "d'annihiler les effets du titre exécutoire, y compris juridictionnel, ignorant donc l'interdiction posée à l'article R. 121-1 (L. Lauvergnat, obs. sous Civ. 2e, 13 avr.2023, n° 21-14.540 : Gaz. Pal. 25 juill. 2023. 37). En l'espèce, la demande formulée devant le JEX parisien est de nature, soit à mettre à néant le titre exécutoire et, de là, à priver rétroactivement de fondement juridique les actes interruptifs de prescription l'ayant suivi, soit invite à considérer le titre comme ne permettant l'exécution forcée que d'une fraction de la condamnation, soit encore,

tend à voir rejouer l'affaire au fond pour lui donner une autre solution. C'est l'exact contraire de la mission originelle confiée au JEX par la loi de 1991 et bientôt trente-cinq années de jurisprudence.

Questions complémentaires : si le JEX annihile d'une manière ou d'une autre la décision de justice fondant les poursuites, ou ne lui donne force que pour partie, le créancier disposera-t-il encore d'une action contre le débiteur ? si oui, devant quel juge ?

Comme l'observe le JEX du TJ de Paris, ces questions sont nouvelles. Par ailleurs, elles ont vocation à se poser dans de très nombreux litiges, eu égard à la formulation usuelle des clauses de déchéance contenues dans les contrats de consommation antérieurement aux arrêts de la Cour de cassation et au nombre d'ordonnances portant injonction de payer et de jugements rendus sans examen du caractère abusif de ces clauses. »

3.2.4 Sur la position des Cours suprêmes étrangères

Aux termes des recherches du SDER, il a été néanmoins précisé qu'en République tchèque, il n'est pas, en principe, possible de soulever de nouvelles demandes au cours de la procédure d'exécution qui est destinée à assurer l'exécution d'une décision et ne saurait conduire en conséquence ni à la constatation de nouveaux droits, ni à une révision de la décision dont l'exécution est demandée. Il existe toutefois quelques exceptions à ce principe en cas d'atteinte à des droits fondamentaux, notamment, lorsque l'exécution d'une décision constituerait une injustice manifeste. Ainsi, avant les décisions de la CJUE du 17 mai 2022, l'ordre juridique tchèque permettait déjà, dans un certain nombre de cas limités, un contrôle de fond des décisions qui devaient être exécutées, notre point de contact émet l'hypothèse que ce contrôle s'applique désormais également au contrôle des clauses abusives.

Les observations du mémoire de la société Eos cite une décision de la cour de cassation italienne :

Cass. Sez. Un., 6 avril 2023, no 9479 :

« Phase de mise en œuvre

Le juge de l'exécution :

(a) en l'absence de motivation de l'injonction de payer en ce qui concerne le caractère abusif des clauses, a le devoir - à exercer jusqu'au moment de la vente ou de la cession des marchandises ou de la créance - de vérifier la présence de clauses abusives qui affectent l'existence et/ou l'étendue de la créance qui fait l'objet de l'injonction de payer ;

(b) lorsqu'une telle vérification n'est pas possible sur la base des éléments de droit et de fait déjà présents dans le dossier, il procède, dans les formes propres à la procédure d'exécution, à une enquête sommaire à cette fin.

c) du résultat de cette vérification de l'éventuel caractère abusif des clauses - qu'il soit positif ou négatif - il informe les parties et notifie au débiteur exécutoire que,

dans un délai de 40 jours, il peut faire opposition à l'injonction aux termes de l'art. 650 c.p.c. pour faire constater (uniquement et exclusivement) le caractère abusif des clauses, avec des effets sur le décret d'injonction délivré ;

d) jusqu'à la décision du tribunal d'opposition au décret d'injonction conformément à l'article 649 c.p.c., il ne procédera pas à la vente ou à la cession du bien ou de la créance ;

(autres éventualités)

e) si le débiteur a introduit une objection à l'exécution conformément à l'art. 615 (1) c.p.c. pour faire valoir le caractère abusif des clauses du contrat qui sont à l'origine de la créance indue, le juge saisi la requalifiera en objection tardive conformément à l'art. 650 c.p.c. et renverra la décision au juge de cette dernière (*translatio iudicii*)

(f) si le débiteur a introduit une opposition à l'exécution pour faire valoir le caractère abusif d'une clause, le juge accordera un délai de 40 jours pour introduire l'opposition tardive - le cas échéant en constatant le caractère abusif d'une autre clause - et ne procédera pas à la vente ou à la cession du bien ou du crédit tant que le juge de l'opposition tardive n'aura pas statué sur la demande du débiteur consommateur conformément à l'art. 649 c.p.c. ».

En conclusion

Le JEX devra-t-il constater la perte de fondement juridique du titre exécutoire ? Ou se contenter d'un nouveau calcul de la créance et de la possibilité ou non de diligenter la mesure d'exécution ?

Le JEX pourrait-il ainsi statuer sur le montant de la créance exigible au jour où il statue, sans prendre en compte la clause abusive réputée non écrite, sans remettre en cause l'article R. 121-1 du CPCE et l'autorité de la chose jugée ?

Le cas échéant, pourrait-il statuer le cas échéant sur le caractère proportionné de la mesure d'exécution ? Statuer sur des demandes en paiement ?

La position des parties est la suivante :

L'avocat de Mme [S] demande à la Cour de cassation de dire que :

- Rappeler que la Cour de cassation a, par la décision rendue le 13 avril 2013 (n° 21-14.540, B+R), implicitement mais nécessairement considéré que le juge de l'exécution pouvait, dans le dispositif de son jugement, déclarer la clause abusive réputée non écrite quand bien même elle aurait déjà donné lieu à une décision de justice fondant les poursuites ;

- Dire que, lorsque la clause a pour objet la déchéance du terme, le juge de l'exécution peut déclarer que la décision de justice, même passée en force de chose jugée, est privée de fondement juridique, notamment lorsque l'exigibilité de la créance était la condition de sa délivrance, et décider que tout ou partie du titre

exécutoire prononcé en exécution d'une clause abusive est insusceptible d'exécution forcée ;

- Dire que, concernant la demande en paiement, le juge de l'exécution ne peut que renvoyer les parties devant le juge du fond.

L'avocat de la société Eos France demande à la Cour de cassation de :

- DIRE qu'elle est d'avis que :

- si la clause jugée abusive a pour objet la déchéance du terme, le juge de l'exécution ne peut annuler la décision servant de fondement aux poursuites, ni la dire privée de fondement juridique, mais il lui appartient de fixer le montant des sommes restant dues au créancier, en application des autres clauses du contrat dont la validité n'a pas été contestée, en tenant compte des sommes impayées et de celles devenues exigibles avec l'arrivée de leur terme ; et le juge de l'exécution doit inviter les parties à présenter leurs observations sur les conséquences du caractère abusif de la clause de déchéance du terme ayant donné lieu à la décision servant de fondement aux poursuites, afin de reconstituer la situation qui aurait été celle du débiteur si la déchéance du terme n'avait pas été prononcée ;

- le juge de l'exécution peut modifier la décision de justice servant de fondement aux poursuites, afin de déterminer le montant dû au créancier, à la suite de l'examen mené conformément au point précédent ;

Subsidiairement, DIRE qu'elle est d'avis que :

- si la clause jugée abusive a pour objet la déchéance du terme, le juge de l'exécution ne peut annuler la décision servant de fondement aux poursuites, ni la dire privée de fondement juridique, mais il doit surseoir à statuer et ouvrir aux parties un délai d'opposition contre la décision de justice servant de fondement aux poursuites, devant le juge compétent, permettant ainsi aux parties de présenter leurs observations, et ne procéder à l'exécution qu'en l'absence d'une telle opposition.

S'agissant des observations de l'intervenant volontaire, si son intervention est recevable, il demande de :

- Dire que le juge de l'exécution qui constate le caractère abusif d'une clause de déchéance du terme et la dit réputée non-écrite doit modifier la décision fondant les poursuites et cantonner cette décision aux sommes exigibles au jour où il statue,

Subsidiairement,

- Dire que le juge de l'exécution qui constate le caractère abusif d'une clause de déchéance du terme et la dit réputée non-écrite doit surseoir à statuer, et accorder au consommateur un nouveau délai pour saisir le juge ayant rendu la décision fondant les poursuites, à charge pour celui-ci de modifier sa décision et de cantonner le quantum aux sommes exigibles au jour où il statue,

Encore plus subsidiairement,

- Dire que le juge de l'exécution qui constate le caractère abusif d'une clause de déchéance du terme et la dit réputée non-écrite doit surseoir à statuer, et renvoyer l'affaire au juge ayant rendu la décision fondant les poursuites, à charge pour celui-ci

de modifier sa décision et de cantonner le quantum aux sommes exigibles au jour où il statue.

La Chambre appréciera ces questions à l'aune de l'obligation d'une interprétation conforme du droit national, des objectifs poursuivis par la directive 93/13 et des pouvoirs du juge de l'exécution.