

Philippe Flores, Magistrat

Gérard Biardeaud, Magistrat

L'essentiel

En un peu plus d'un an, la Cour de justice des Communautés européennes, le législateur et la Cour de cassation ont redessiné les conditions dans lesquelles le juge saisi d'un litige portant sur un crédit va relever d'office l'application des règles du code de la consommation. Si le juge est tenu de relever d'office la fin de non-recevoir tirée de la forclusion, il ne lui est pas fait obligation de s'emparer des moyens tirés du fond du droit, même si cette situation pourrait être modifiée sous l'influence de la jurisprudence communautaire. Ce relevé d'office doit s'inscrire dans le respect des principes directeurs de la procédure orale applicable devant le tribunal d'instance.

Qui aurait pu prédire qu'un texte aussi technique et aride que la loi n° 78-22 du 10 janvier 1978, relative à l'information et à la protection du consommateur dans le domaine de certaines opérations de crédit, dite « loi Scrivener », participerait autant aux débats juridiques ? Alors qu'elle marquait les premiers balbutiements du droit de la consommation, elle a nourri, pendant près de trente ans, les controverses entre juristes, alimenté la jurisprudence de questions toujours renouvelées, suscité des résistances, et même une rébellion (1), entre les tribunaux d'instance (2) et la Cour de cassation, et conduit à plusieurs reprises à l'arbitrage du législateur et de la Cour de justice des Communautés européennes (3). Eu égard à l'importance économique et sociale du crédit à la consommation, le débat a rapidement franchi les frontières du droit de la consommation pour puiser dans le droit civil, la procédure civile et le droit communautaire. Finalement, ces questions portaient pour l'essentiel sur deux points fondamentaux étroitement liés : comment garantir l'effectivité des droits accordés au consommateur par la loi et quel doit être l'office du juge pour en assurer l'application. Mais la finesse des concepts juridiques utilisés, comme la forclusion, et la distinction entre ordre public de protection et de direction, ne peut pas masquer les réalités humaines qui irriguent les procédures, et au premier chef le surendettement. C'est probablement ce qui en a fait un objet littéraire (4).

En un peu plus d'un an, la Cour de justice des Communautés européennes (5), le législateur (6) et la Cour de cassation (7) ont conjugué leurs efforts pour reconnaître et délimiter la faculté pour le juge de relever d'office l'application des règles du code de la consommation. En suppléant ainsi à l'éventuelle carence d'un consommateur, qui, le plus souvent, ignore tout des règles applicables, le juge assure l'application d'une loi qui, sinon, aurait pu être ignorée. L'action accomplie en un peu plus d'un an pour assurer l'effectivité des droits du consommateur est remarquable. Pour examiner les conditions actuelles de l'office du juge (II), il est nécessaire d'en rappeler préalablement les fondements (I).

I - Les fondements de l'office du juge

Selon l'article 12 du code de procédure civile, le juge doit trancher le litige conformément aux règles de droit applicables. C'est en se fondant sur cette obligation d'appliquer la loi que la CJCE avait considéré que les objectifs poursuivis par la directive ne pourraient pas être atteints si leur application était subordonnée à l'existence d'un moyen soulevé par le

consommateur et si le juge ne pouvait pas invoquer d'office la règle de droit communautaire. Abandonner l'application de la loi aux parties, c'est risquer sa paralysie, au risque de froisser les principes d'universalité et d'égalité de traitement des citoyens.

Dès lors, l'office du juge ne peut pas être fondé sur le seul ordre public. Comme le souligne Loïc Cadet, « le juge doit donc relever d'office les moyens de droit qui lui paraissent applicables au litige, que ces moyens soient d'ordre public ou qu'ils ne le soient pas. C'est parce qu'ils sont des moyens de droit qu'ils sont obligatoires à l'égard du juge saisi, non parce qu'ils sont d'ordre public, cette qualification excluant seulement le pouvoir pour les parties d'en disposer » (8). Insuffisante à fonder à elle seule l'office du juge, la notion d'ordre public de protection était même utilisée pour le paralyser : la Cour de cassation estimait à une époque que, même d'ordre public, la méconnaissance des dispositions relatives au crédit à la consommation ne pouvait être invoquée que par le consommateur et non par le juge (9). Alors même que les parties ne peuvent renoncer au bénéfice des dispositions d'ordre public (10), leur silence à l'audience faisait obstacle à l'application de ces dispositions.

Ainsi, dans son exposé des motifs, la directive n° 87/102 du Conseil du 22 décembre 1986, relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de crédit à la consommation, souligne que les disparités de réglementation sont susceptibles « d'entraîner des distorsions de concurrence entre les prêteurs dans le marché commun, influent sur la libre circulation des biens et des services susceptibles d'être affectés d'un crédit et ont ainsi un impact direct sur le fonctionnement du marché commun » et que « les consommateurs, les prêteurs, les fabricants, les grossistes et les détaillants, ainsi que les prestataires de services tireraient tous profit de la création d'un marché commun du crédit à la consommation ». Ces considérations révélaient un objectif beaucoup plus large que la seule protection du consommateur. La volonté d'encadrer une activité au sein du marché était clairement affirmée. Le législateur français ne pensait pas différemment lors de la discussion de la loi n° 2005-67 du 28 janvier 2005 tendant à conforter la confiance et la protection du consommateur. Son rapporteur, Luc Chatel, exposait que « ... la consommation est au coeur de la vie de nos concitoyens. En premier lieu, le consommateur dispose d'un poids économique important puisque les ménages contribuent à hauteur de 54 % au produit intérieur brut de notre pays, ce qui explique que l'évolution de la consommation constitue un outil de prévision largement utilisé. La consommation constitue, en second lieu, la finalité de toute notre organisation économique. Un des objectifs majeurs de nos concitoyens est de pouvoir consommer mieux et davantage. [...] Il est aujourd'hui temps d'ajouter une nouvelle pierre à cet édifice pour prendre en compte un contexte économique et social en plein bouleversement au cours de la dernière décennie. L'objectif de la proposition de loi est donc de redonner confiance au consommateur pour que, demain, sa contribution à la croissance soit encore plus déterminante, ... ». La CJCE a clos le débat en relevant que la directive poursuivait un double objectif, assurer, d'une part, la création d'un marché commun du crédit à la consommation, et, d'autre part, la protection des consommateurs ayant souscrit de tels crédits (11). Du reste, son avocat général, M. Paolo Mengozzi, avait estimé qu'il lui semblait probable que ces dispositions relevaient de l'ordre public de direction (12). Dès lors, il n'était plus possible de laisser cohabiter un régime prévoyant le relevé d'office pour les normes issues du droit communautaire et l'interdisant pour celles relevant du droit interne. Le législateur et la Cour de cassation en ont tiré les conséquences en consacrant l'office du juge de façon générale.

L'un des principaux dispositifs de protection de l'emprunteur tient dans l'obligation, pour le prêteur en cas d'impayé, de saisir le tribunal d'instance dans le délai de deux ans (c. consom., art. L. 311-37). Une fois tranchée (par le législateur) la controverse portant sur la nature de ce délai, prescription ou délai-préfix, au profit de la forclusion, la Cour de cassation a, conformément à l'article 125 du code de procédure civile, décidé que le juge avait l'obligation de relever d'office la fin de non-recevoir tirée de son expiration (13). L'application de cette règle procédurale est essentielle, car elle permet d'éviter une action tardive qui laisserait les intérêts s'accumuler de façon excessive. Le délai d'action n'a d'autre objet que de contraindre le prêteur à rappeler rapidement le débiteur à ses obligations. Le délai de forclusion est donc le premier élément du contrôle du crédit par le juge et probablement le moyen le plus fréquemment relevé d'office.

Cependant, par une jurisprudence inventive, la Cour de cassation a utilisé ce délai de forclusion pour sanctionner certaines pratiques d'octroi de crédit excessif. Ainsi, par deux arrêts du 7 décembre 2004, la Cour suprême a considéré que l'existence d'une ouverture de crédit étant incompatible avec une ouverture de crédit tacite, le dépassement de celle-ci constituait l'incident de paiement donnant naissance au délai d'action (14). Cette solution, appliquée tant au découvert bancaire qu'au crédit permanent, a été prolongée le 30 mars 2005, par un arrêt précisant que les paiements postérieurs ou les aggravations postérieures n'avaient aucun effet interruptif sur le délai de forclusion (15). De même, la forclusion ne peut pas être mise en échec par la qualification de compte courant donnée par le banquier au compte sur lequel est autorisé le découvert (16). Cette jurisprudence sur le délai de forclusion doit être mise en perspective avec celle relative aux obligations du prêteur dans l'octroi du crédit. Déjà, la Cour de cassation avait jugé, pour un crédit au montant initial de 4 000 F, révisable dans la limite de 140 000 F, que les augmentations du montant initial ne pouvaient être opérées sans que l'emprunteur ait été saisi d'une nouvelle offre préalable (17). Le même principe doit donc être appliqué pour la forclusion dès lors que le montant initial n'a pas été augmenté par voie d'offre préalable. Cette jurisprudence est aussi à mettre en parallèle avec les avis de la Commission des clauses abusives. Ainsi, la clause qui laisse penser que le prêteur ne doit pas, pour chaque nouveau crédit que constitue l'augmentation du montant du crédit initial, délivrer à l'emprunteur une nouvelle offre préalable, que ce dernier doit formellement accepter et que l'emprunteur ne dispose pas, à cette occasion, de la faculté d'ordre public de rétracter son acceptation, crée un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties au détriment du consommateur, et, de ce fait, se trouve réputée non écrite par application de l'article L. 132-1 du code de la consommation (18). Depuis l'arrêt *Cofidis*, il était certain que le juge pouvait relever d'office le caractère abusif de telles clauses.

Dans le même temps, la Cour de cassation a estimé que le prêteur est tenu, avant d'accorder un crédit à une personne non avertie, de la mettre en garde lors de la conclusion du contrat de crédit (19). Cette obligation est distincte de la simple remise d'une offre préalable régulière (20). Pour satisfaire à cette obligation, le prêteur doit examiner les capacités financières et les risques d'endettement nés de l'octroi de l'ouverture de crédit (21). Or, comment satisfaire à cette obligation de mise en garde lorsque l'augmentation de crédit est accordée de façon automatique, sur la base d'une clause contractuelle de variation ? En effet, cette augmentation peut survenir alors que la situation de l'emprunteur s'est dégradée et la banque doit s'assurer de cette évolution avant d'accorder du crédit supplémentaire. L'examen de la situation financière, s'il a été fait sérieusement, a été réalisé pour l'octroi initial de crédit, et bien évidemment pas pour la modification du plafond dans la mesure où la situation du débiteur ne pouvait pas être anticipée. Dès lors, il est clair que c'est à l'occasion de l'émission de la nouvelle offre préalable que cet examen pourra être fait, le délai de réflexion de sept jours permettant ensuite à l'emprunteur de réfléchir sur les conséquences de ce nouvel endettement.

En sanctionnant, grâce à la forclusion, le dépassement du plafond de l'ouverture de crédit, la Cour de cassation a permis en outre l'exercice d'un certain contrôle sur des crédits excessifs, alors même qu'en raison du principe dispositif le juge ne peut pas se saisir d'office d'un tel moyen sous l'angle habituel de la responsabilité civile. La coordination de ces jurisprudences sur la nécessité de l'émission de l'offre préalable, de l'obligation de mise en garde de l'emprunteur profane et du délai de forclusion en cas de dépassement du plafond révèle une construction jurisprudentielle fine et cohérente dont l'office du juge est l'un des principaux outils. Ainsi, la Cour de cassation avait posé les prémices de la notion de « prêteur responsable », prévue par la directive 2008/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2008, concernant les contrats de crédit aux consommateurs et abrogeant la directive 87/102/CEE du Conseil (22), et qui doit bientôt être intégrée dans notre droit interne. Selon la façon dont cette obligation sera intégrée dans le formalisme contractuel, il est probable que le juge pourra, à côté de la forclusion, utiliser les moyens tirés du fond du droit, comme par exemple la déchéance du droit aux intérêts (23).

Si l'oralité de la procédure et l'absence de représentation obligatoire devant le tribunal d'instance ne peuvent pas justifier, à elles seules, l'office du juge en matière de crédit à la

consommation, elles renforcent singulièrement sa nécessité, à tel point qu'un auteur se demandait si la généralisation de la représentation par avocat n'aurait pas été la solution la plus efficace (24).

Mais nous savons cependant que, lors de la signature d'un contrat authentique, l'assistance d'une des parties par un professionnel ne limite en rien l'obligation de conseil et la responsabilité du notaire (25). Le même principe a été retenu pour le devoir de mise en garde du banquier (26). Comment la présence d'un avocat pourrait-elle dispenser le juge d'invoquer les textes qui auraient été omis ou ignorés par les parties et de trancher le litige conformément aux règles de droit qui lui paraissent applicables ? Certes, l'assistance par un avocat constitue pour le consommateur une garantie solide, mais ce professionnel est lui-même faillible. Dès lors, l'application de la loi ne peut pas en dépendre exclusivement. De plus, si le travail du juge peut se recouper partiellement avec celui de l'avocat, leurs missions respectives ne se confondent pas : l'avocat défend les intérêts de son client, alors que le juge doit trancher le litige conformément à la loi. Cette tâche particulière ne peut donc pas être subordonnée à l'habileté des parties ou de leurs représentants. Certes, en cas de défaillance de l'avocat, le consommateur pourrait engager une action en responsabilité à son encontre, mais à la condition de découvrir le moyen qui aurait dû être soulevé. Or, justement, sa nature de profane le tient éloigné de la connaissance du droit applicable. Du reste, dans l'affaire *Rampion*, les consommateurs, qui étaient représentés par un avocat, n'avaient pas invoqué les moyens liés à l'interdépendance entre contrat de vente et contrat de crédit, et c'est parce que la société de crédit avait dénié au juge le pouvoir de les relever d'office que le tribunal d'instance avait saisi la CJCE d'une question préjudicielle relative à son office (27).

La CJCE a répondu par l'affirmative à cette question en confirmant que l'absence de représentation par avocat ne fait que renforcer un principe de portée beaucoup plus générale : « S'il est vrai que, dans nombre d'Etats membres, les règles de procédure permettent dans de tels litiges aux particuliers de se défendre eux-mêmes, il existe un risque non négligeable que, notamment par ignorance, le consommateur n'invoque pas le caractère abusif de la clause qui lui est opposée. Il s'ensuit qu'une protection effective du consommateur ne peut être atteinte que si le juge national se voit reconnaître la faculté d'apprécier d'office une telle clause » (28). La nécessité d'appliquer le droit reste intacte en cas de recours à un avocat et ne doit pas dépendre de la présence ou non d'un tel auxiliaire de justice. La règle de droit doit être appliquée même si l'avocat ne l'a pas soulevée pour le compte de son client (29).

Le principe de l'office du juge est renforcé par la définition de l'autorité de la chose jugée. La Cour de cassation considère en effet qu'il incombe au demandeur de présenter, dès l'instance relative à la première demande, l'ensemble des moyens qu'il estime de nature à fonder celle-ci (30). Il ne faudrait donc pas que les juges du fond exercent leur faculté de relevé d'office de façon plus parcimonieuse lorsque l'emprunteur est assisté ou représenté par un avocat, que lorsqu'il ne l'est pas. Le principe d'égalité devant la loi conduit à unifier les pratiques.

Enfin, certains auteurs soutenaient que le juge devait rester neutre dans le litige (31) et estimaient que l'office du juge était contraire aux principes de la Convention européenne des droits de l'homme (32). Un autre considérait même qu'il s'agissait « d'un abus manifeste de pouvoir » (33). Mais, d'abord, il est douteux de considérer que le juge qui, repérant le texte de droit applicable à l'espèce et susceptible de trancher le litige conformément à la loi, laquelle est l'expression de la volonté générale, reste inerte et, dans une espèce de darwinisme judiciaire, laisse la solution du litige dépendre uniquement de l'habileté respective des parties, respecterait son obligation d'impartialité. En effet, l'impartialité n'est pas la neutralité, et appliquer la loi, fût-ce d'office, n'est que lui donner l'effet qui est le sien, indépendamment de la volonté ou de la maladresse de l'une quelconque des parties. Ainsi que le notait Jacques Normand (34), en procédant, conformément à l'article 12 NCPC, à l'application de la règle de droit appropriée après avoir sollicité les observations des parties, le juge s'inscrit bien dans le cadre de l'impartialité prévue par l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme. En outre, il assure ainsi la prééminence du droit, objectif poursuivi par ladite Convention.

Le rôle du juge n'est pas d'entériner le rapport de forces établi par les parties dans le cadre de

la procédure, mais d'assurer le respect de l'équilibre voulu par le législateur. Du reste, le juge pourrait parfaitement relever un moyen profitant finalement au prêteur. Ni la loi, ni la jurisprudence ne limitent le bénéfice de l'office du juge au consommateur. En procédant au relevé d'office, le juge ne vole pas au secours d'une partie mais, au contraire, agit simplement en serviteur de la loi. C'est cette dernière qui, logiquement, est favorable au consommateur et a besoin du juge pour trouver son effectivité. C'est d'ailleurs pourquoi le législateur a estimé nécessaire de consacrer l'office du juge au travers de l'article L. 141-4 du code de la consommation.

II - Les conditions de l'office du juge

Conformément à l'article 125 du code de procédure civile, le juge a l'obligation de relever d'office la fin de non-recevoir tirée de l'expiration du délai biennal de l'article L. 311-37 du code de la consommation (35). Mais qu'en est-il des moyens tirés du fond du droit ?

Il serait logique de considérer que l'application de la loi est une obligation pour le juge (36). Séduisante sur un plan intellectuel, cette idée est pourtant très difficile à mettre en oeuvre. En effet, en pratique, le relevé d'office est subordonné aux conditions dans lesquelles l'affaire est portée devant le juge, et en premier lieu aux éléments de fait, de preuve et de droit qui lui sont soumis. La qualité de la réponse dépend de la qualité de la question. Elle se heurte aussi à de simples obstacles matériels, à savoir les conditions de travail du juge.

Le législateur a choisi une solution plus souple, plus réaliste probablement (37). L'article L. 141-4 du code de la consommation dispose que le juge « peut » soulever d'office un moyen. Cette idée de simple faculté laisse sans doute l'emprunteur « à la merci de l'esprit d'initiative du juge qui connaîtra de son affaire (38) », mais elle rejoint la jurisprudence de la Cour de cassation qui considère que, sauf disposition légale en faisant obligation, une partie ne peut reprocher au juge de ne pas avoir relevé d'office un moyen qu'elle ne lui a pas soumis (39). En outre, même s'il est vrai que les erreurs du prêteur dans l'élaboration de l'offre préalable n'ont aucun lien avec les fautes qu'aurait pu commettre le consommateur, la faculté ainsi laissée au juge lui permet d'user de ce pouvoir avec une certaine prudence, notamment lorsque le débiteur est d'une particulière mauvaise foi.

Toutefois, le débat rebondit manifestement à la suite de l'arrêt de la CJCE du 4 juin 2009 : « le juge national est tenu d'examiner d'office le caractère abusif d'une clause contractuelle dès qu'il dispose des éléments de droit et de fait nécessaires à cet effet », tout en fixant une limite à cet office, celle de l'opposition du consommateur (40). Rendu pour l'application de la directive 93/13/CE, la Cour de Luxembourg a ainsi considéré que « la nature et l'importance de l'ordre public sur lequel repose la protection que la directive assure aux consommateurs justifient, en outre, que le juge national soit tenu d'apprécier, d'office, le caractère abusif d'une clause contractuelle ». La jurisprudence communautaire retenant donc que le relevé d'office est une obligation pour le juge, le régime du relevé d'office est désormais dualiste en droit interne : obligation pour les normes issues d'une directive, faculté pour celles ajoutées au socle communautaire par le législateur (41). Certes, l'arrêt de la CJCE a été rendu pour l'application de la directive relative aux clauses abusives, mais nous savons que les solutions dégagées dans les arrêts *Cofidis* (42) et *Rampion* (43) trouvent leur source dans l'arrêt *Océano Grupo* (44) rendu lui aussi en matière de clauses abusives. Le principe dégagé par la Cour de Luxembourg est manifestement transposable à toutes les directives relevant de la protection des consommateurs et, au premier chef, au crédit à la consommation. En l'état actuel des textes, les exigences communautaires en matière de crédit restent réduites, tenant pour l'essentiel au taux annuel effectif global et à l'interdépendance entre le contrat de vente ou de fournitures de service et le crédit, mais la prochaine intégration de la directive 2008/48/CE du 23 avril 2008 élargira de façon très substantielle les normes d'origine communautaire.

Malgré tout, la solution retenue par la Cour de justice est compatible avec la jurisprudence de la Cour de cassation dans la mesure où l'office du juge est subordonné à la détermination des éléments de fait et de droit nécessaires à cet effet. Pour les éléments de fait, il ne s'agit que d'appliquer les articles 6 et 9 du code de procédure civile qui imposent aux parties d'alléguer

et prouver les faits dont dépend le succès de leurs prétentions. Pour les éléments de droit, il faut probablement se référer à la nature des demandes des parties, à leur qualification et à leur fondement. Le juge ne doit pas méconnaître l'objet du litige et exercer son office en dehors de sa saisine. De plus, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation retient que, « si, parmi les principes directeurs du procès, l'article 12 NCPC oblige le juge à donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux, il ne lui fait pas obligation, sauf règles particulières, de changer la dénomination ou le fondement juridique de leurs demandes » (45). Convenons, toutefois, que la nature particulièrement conceptuelle de l'article 12 du code de procédure civile risque de rendre délicate la vérification de la présence des éléments de droit imposant au juge d'exercer son office.

Ainsi, pour ce qui concerne le relevé d'office des moyens issus du droit communautaire, le juge français est-il dans une situation comparable à celle qui est la sienne pour le relevé d'office de la forclusion, où la Cour de cassation considère que « si les juges du fond sont tenus de relever d'office la fin de non-recevoir tirée de la forclusion édictée par l'article L. 311-33 du code de la consommation lorsque celle-ci résulte des faits soumis à leur examen, c'est à la partie intéressée qu'il incombe d'invoquer et de prouver ces faits » (46) ou encore que les emprunteurs n'ayant « invoqué aucun fait propre à caractériser [la forclusion, la cour d'appel] n'avait pas à procéder à la recherche que le moyen lui reproche d'avoir omise » (47). Cette condition d'invocation des éléments de fait est nécessaire pour écarter les moyens purement incantatoires invoqués, de façon dilatoire, par des consommateurs n'apportant au juge aucun élément propre à étayer leur argumentaire. En revanche, lorsqu'il résulte des éléments de fait et de droit produits devant lui que la forclusion est encourue, le juge a l'obligation d'intervenir dans le débat, car il doit rechercher la date du premier incident de paiement non régularisé et vérifier si elle était antérieure de deux ans à la date de l'assignation (48) ou rechercher la date du premier dépassement de la durée ou du montant du découvert initialement convenu (49). Il en va de même si un moyen issu d'une directive communautaire n'a pas été invoqué par les parties. Si le juge s'abstient de le faire, un recours pourra être formé pour ce seul motif et la censure sera encourue. Il faudra néanmoins s'interroger sur la viabilité d'un système qui confierait au juge une mission différente selon l'origine, communautaire ou non, d'une règle de droit applicable au même contrat. Comme le note M. le doyen Waquet, « l'article 12 du code de procédure civile doit se lire à la lumière de l'article 4 du code civil : aucune question de droit liée à la solution du litige ne peut être esquivée » (50).

L'un des principes fondamentaux de la procédure civile est d'interdire au juge de se saisir de faits ou demandes qui ne lui auraient pas été soumis par les parties. Le principe dispositif écarte indéniablement un certain nombre de moyens tirés du code de la consommation. Il s'agit en premier lieu de la responsabilité du prêteur. Quel que soit son fondement, et notamment en cas de manquement à l'obligation de mise en garde, l'application du principe de responsabilité ne peut être mise en oeuvre que si le fait dommageable, le lien de causalité et le préjudice sont établis. Or, le juge ne peut évidemment pas se saisir d'un préjudice dont personne ne se plaint, même si les éléments produits peuvent révéler un manquement du prêteur à ses obligations. C'est ainsi que la Cour de cassation considère qu'il appartient à l'emprunteur de mettre le juge en mesure de contrôler l'existence d'un risque d'endettement qui serait né de l'octroi de la somme prêtée et que cet emprunteur ne pouvait pas reprocher au juge d'avoir omis de procéder à une recherche que l'argumentation développée devant elle n'appelait pas (51). De même, il est nécessaire que l'emprunteur se soit prévalu de faits propres à caractériser l'expiration du délai biennal, pour pouvoir, ensuite, reprocher au juge de s'être abstenu de procéder à la recherche de l'expiration de ce délai biennal (52). L'article 12 du code de procédure civile n'occulte pas les articles 6 et 9 qui font obligation aux parties d'invoquer et de prouver les faits nécessaires au succès de leurs prétentions.

Pourtant, certaines situations de crédit excessif sont tellement évidentes qu'il apparaît, ne fût-ce que pour la régulation du système, nécessaire de les sanctionner. En l'état actuel des textes, cela ne peut être fait que dans des circonstances très particulières, au travers de la forclusion, ainsi que nous l'avons vu ci-dessus. Le projet de réforme du crédit à la consommation pourrait, en formalisant les diligences du prêteur dans l'appréciation de la solvabilité de l'emprunteur, introduire en cas de manquement un cas de déchéance du droit aux intérêts. Le juge pourrait alors relever d'office un tel moyen par le biais du manquement

au formalisme du contrat.

En revanche, tous les moyens de nullité du contrat (53), en raison du défaut de respect de dispositions dont le manquement est sanctionné pénalement (54), ou de déchéance du droit aux intérêts en application de l'article L. 311-37 du code de la consommation en cas de manquement au formalisme de l'offre préalable (55), comme par exemple le défaut de renouvellement régulier d'une ouverture de crédit (56), peuvent être relevés d'office par le juge. En effet, le prêteur agissant en vertu du contrat pour obtenir la condamnation de l'emprunteur, le juge peut vérifier l'efficacité du contrat en question avant d'appliquer la sanction légale. Si le contrat est irrégulier, le moyen tiré de l'irrégularité aura pour effet de réduire la dette, quitte à la faire disparaître totalement. En revanche, même si le juge constate qu'après déchéance du droit aux intérêts le crédit est intégralement remboursé, et que l'emprunteur pourrait demander la restitution d'un trop-versé, il n'est pas possible de prononcer d'office une condamnation du prêteur. En effet, le juge ne pouvant pas statuer *ultra petita* (57), il est nécessaire qu'une demande soit présentée en ce sens par le consommateur.

L'absence d'invocation des éléments de fait peut être un obstacle à l'application de la forclusion. Ainsi, la Cour de cassation a considéré que « si les juges du fond sont tenus de relever d'office la fin de non-recevoir tirée de la forclusion édictée par l'article L. 311-33 du code de la consommation lorsque celle-ci résulte des faits soumis à leur examen, c'est à la partie intéressée qu'il incombe d'invoquer et de prouver ces faits » (58). Cette précision n'atténue en rien les pouvoirs du juge. Au vu des éléments fournis, il peut toujours demander aux parties des explications ou des pièces complémentaires en application des articles 8, 444 et 844 du code de procédure civile, et tirer toutes conséquences, soit du contenu de la réponse, soit de leur refus ou de leur abstention, en relevant un moyen d'office. Mais, l'emprunteur ne pourra pas critiquer la décision lorsqu'il s'est abstenu d'invoquer les éléments utiles ainsi que les articles 6 et 9 du code de procédure civile lui en font l'obligation. Il ne pourra obtenir de censure du juge du fond que si les éléments produits devant lui, ou exposés dans les écritures des parties, assignation ou conclusions, révélaient l'écoulement du délai biennal.

L'action du juge doit se faire dans le respect de la contradiction. En effet, selon l'article 16 du code de procédure civile, « le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction. (...). Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir, au préalable, invité les parties à présenter leurs observations ». Gage de la loyauté des débats, le principe de la contradiction est aussi une garantie contre les erreurs : en soumettant le moyen relevé d'office à la sagacité des parties, le juge leur permet d'avancer les arguments de droit, mais aussi de faits, susceptibles de révéler que ce moyen n'est pas fondé. En outre, la CJCE (59) a estimé que le juge était tenu de relever d'office le caractère abusif d'une clause, sauf opposition du consommateur. Dès lors, le respect de la contradiction doit permettre au juge de s'assurer que la partie protégée ne s'oppose pas, en toute connaissance de cause, à l'exercice de son office.

La Cour de cassation fait, à juste titre, une application intransigeante du principe du contradictoire, y compris lorsque le relevé d'office est une obligation légale. Il en va ainsi de la forclusion, qui, malgré son caractère d'ordre public, ne peut être retenue qu'après que le juge a sollicité préalablement les observations des parties (60). La solution est la même pour tout moyen relevé d'office en application du code de la consommation. L'effet de la cassation reste toutefois symbolique, car il ne fait guère de doute que le moyen relevé d'office sera discuté contradictoirement devant le juge de renvoi.

Eu égard au principe de l'oralité de la procédure, laquelle est applicable devant le tribunal d'instance en vertu de l'article 843 du code de procédure civile, l'ensemble des moyens retenus par le juge sont présumés avoir été débattus contradictoirement (61). La preuve contraire peut néanmoins être rapportée, et celle-ci peut, par exemple, résulter des pièces de la procédure ou des énonciations du jugement (62). L'oralité de la procédure permet au juge de relever le moyen sans grand formalisme. Il peut simplement indiquer aux parties le moyen qu'il a en tête et demander au greffier de le mentionner sur les notes d'audience. Il doit ensuite inviter les parties à présenter leurs observations et, le cas échéant, renvoyer l'affaire

pour leur permettre de développer leur argumentation. En effet, le principe de l'oralité doit céder devant les exigences de la contradiction. Une autre solution est d'autoriser les parties à déposer une note en délibéré, conformément aux dispositions de l'article 442 du code de procédure civile. Si le juge estime en cours de délibéré devoir relever un moyen d'office, il devra alors ordonner la réouverture des débats, soit par jugement, soit par simple mention au dossier, et renvoyer l'affaire à une nouvelle audience publique afin que les parties puissent présenter leurs observations éventuelles.

Mots clés :

CONSOMMATION * Crédit à la consommation * Office du juge * Fondement * Condition

(1) TI Paris 6 juin 2001, CCC 2001, n° 144, obs. G. Raymond ; Cass., ass. plén., 6 juin 2003, Bull. AP, n° 6 ; CCC 2003, n° 132, obs. G. Raymond ; D. 2003. Jur. 1905 , note X. Lagarde, et AJ. 1692, obs. V. Avena-Robardet ; RTD com. 2003. 549 , obs. D. Legeais.

(2) TI Angoulême 7 juin 1998, CCC 1998, n° 51, obs. G. Raymond ; TI Vienne 22 sept. 2000, CCC 2001, n° 181, obs. G. Raymond ; TI Liévin 13 févr. 2001, CCC 2001, n° 97, obs. G. Raymond ; TI Niort 15 mai 2002, CCC 2002, n° 115, obs. G. Raymond ; TI Saintes 4 janv. 2006, CCC 2006, comm. 94, obs. G. Raymond.

(3) CJCE, 5e ch., 21 nov. 2002, *Cofidis c/ Fredout*, aff. C-473/00, D. 2003. Jur. 486 , note C. Nourissat, et 2002. AJ. 3339, obs. V. Avena-Robardet ; CCC 2003, n° 31, obs. G. Raymond ; RTD com. 2003. 345 , obs. D. Legeais, et 410 , obs. M. Luby ; 4 oct. 2007, *Rampion*, pt 59, aff. C-429/05, D. 2008. Jur. 458 , note H. Claret ; CCC 2008, n° 310, obs. G. Raymond ; Gaz. Pal., 12/13 déc. 2007, note G. Poissonnier et J.-P. Tricoit ; JCP G 2008. II. 10031, note G. Paisant ; RTD com. 2008. 403 , obs. D. Legeais.

(4) E. Carrère, *D'autres vies que la mienne*, Editions POL, 2009.

(5) CJCE 4 oct. 2007, préc.

(6) Loi n° 2008-3 du 3 janv. 2008, pour le développement de la concurrence au service des consommateurs (JO 4 janv., p. 258), art. 34, qui a introduit dans le code de la consommation un art. L. 141-4 : « le juge peut soulever d'office toutes les dispositions du présent code dans les litiges nés de son application ».

(7) Civ. 1re, 22 janv. 2009, n° 05-20.176, Bull. civ. I, n° 9 ; D. 2009. Jur. 908 , note S. Piedelièvre, et AJ. 365, obs. V. Avena-Robardet ; CCC 2009, n° 88, obs. G. Raymond ; LPA, 8 avr. 2009, note G. Poissonnier ; RTD com. 2009. 421 , obs. D. Legeais..

(8) L. Cadet, *Droit judiciaire privé*, Litec, 2e éd., 1998, n° 1133, p. 487.

(9) Civ. 1re, 15 févr. 2000, Bull. civ. I, n° 49 ; CCC 2000, comm. 116, obs. G. Raymond ; JCP G 2001. II. 10477, note O. Gout ; D. 2000. AJ. 275 , obs. C. Rondey ; RTD com. 2000. 705 , obs. B. Bouloc.

(10) Civ. 1re, 17 mars 1993, Bull. civ. I, n° 116 ; D. 1993. IR. 87 .

(11) *Rampion*, préc., pt 59.

(12) Point 89 de ses conclusions.

(13) Civ. 1re, 17 déc. 2004, Bull. civ. I, n° 304 ; CCC 2005, n° 55, obs. G. Raymond ; D. 2005. AJ. 141 , obs. V. Avena-Robardet, et 2006. Pan. 165, obs. D. R. Martin ; RTD com. 2005. 158 , obs. D. Legeais, et 585 , obs. B. Bouloc.

(14) Civ. 1re, 7 déc. 2004, 2 arrêts, Bull. civ. I, n° 304, préc., et 305 (mêmes réf que note

précédente).

(15) Civ. 1re, 30 mars 2005, Bull. civ. I, n° 159 ; CCC 2005, n° 141, obs. G. Raymond.

(16) Civ. 1re, 22 janv. 2009, n° 06-15.370, D. 2009. AJ. 427 , obs. V. Avena-Robardet, et Chron. C. cass. 755, obs. C. Creton ; RTD com. 2009. 420 , obs. D. Legeais.

(17) Civ. 1re, 26 oct. 2004, n° 02-20.164.

(18) Commission des clauses abusives, avis 04-02 et 04-03 du 27 mai 2004 ; Cass., avis, 10 juill. 2006, Bull., n° 6 ; D. 2006. AJ. 2313 , obs. V. Avena-Robardet ; RTD com. 2006. 894 , obs. D. Legeais.

(19) Cass., ch. mixte, 29 juin 2007, Bull., n° 8 ; D. 2007. Jur. 2081 , note S. Piedelièvre, 2007. AJ. 1950, obs. V. Avena-Robardet, et 2008. Pan. 878, obs. D. R. Martin ; RTD civ. 2007. 779 , obs. P. Jourdain ; RTD com. 2007. 579 , obs. D. Legeais ; CCC 2007, n° 268, obs. G. Raymond ; Civ. 1re, 30 oct. 2007, D. 2008. Jur. 256 , note E. Bazin, et Chron. C. cass. 645, obs. C. Creton ; J. Djoudi et F. Boucard, La protection de l'emprunteur profane, D. 2008. Chron. 500 ; RDI 2008. 35 , obs. H. Heugas-Darraspen.

(20) Civ. 1re, 27 juin 1995, Bull. civ. I, n° 287 ; D. 1995. Jur. 621 , note S. Piedelièvre ; RTD civ. 1996. 384 , obs. J. Mestre ; RTD com. 1996. 100 , obs. M. Cabrillac.

(21) Civ. 1re, 22 mai 2008, CCC 2008, n° 259, obs. G. Raymond.

(22) JOUE L 133 du 22 mai 2008, part. pt 5 et 8.

(23) G. Raymond, Analyse critique du projet de loi portant réforme du crédit à la consommation, CCC, juin 2009, étude 6.

(24) Note S. Piedelièvre, préc., D. 2009. Jur. 908.

(25) Civ. 3e, 28 nov. 2007, n° 06-17.758, Bull. civ. III, n° 213 ; RDI 2008. 326 , obs. F.-G. Trébulle ; D. 2008. AJ. 85 , obs. Y. Rouquet, et Pan. 1647, obs. L. Rozès.

(26) Civ. 1re, 30 avr. 2009, n° 07-18.334, D. 2009. AJ. 1351 , obs. V. Avena-Robardet.

(27) TI Saintes 16 nov. 2005, CCC 2006, n° 37, obs. G. Raymond.

(28) CJCE 7 oct. 2007, préc.

(29) H. Croze, Pouvoir de relever d'office les moyens tirés du code de la consommation, Procédures 2008, comm. 80.

(30) Cass., ass. plén., 7 juill. 2006, Bull. AP, n° 6 ; D. 2006. Jur. 2135 , note L. Weiller ; RDI 2006. 500 , obs. P. Malinvaud ; RTD civ. 2006. 825 , obs. R. Perrot ; Procédures, oct. 2006, n° 10, p. 10.

(31) I. Fadlallah et C. Baude-Texidor, L'office du juge en matière de crédit à la consommation, éloge de la neutralité judiciaire, D. 2003. Chron. 750 .

(32) R. Martin, L'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme contre l'article 12 du nouveau code de procédure civile, D. 1996. Chron. 20 .

(33) S. Gautier, Crédit permanent : martyr des juges du fond, LPA, 17 oct. 2005. 3.

(34) RTD civ. 1996. 689 .

(35) Civ. 1re, 9 juin 1993, n° 91-16.084, Bull. civ. I, n° 211 ; RTD com. 1994. 336 , obs. B.

Bouloc.

(36) V. entre autres, dans ce sens, G. Poissonnier, Mode d'emploi du relevé d'office en droit de la consommation, CCC 2009, n° 5.

(37) V. L. Weiller, note sous Cass., ass. plén., 21 déc. 2007, JCP G 2008. II. 10006, « la rationalité juridique a donc dû céder ici au pragmatisme imposé par les nécessités pratiques ».

(38) O. Gout, JCP G 2009. Act. 66.

(39) Civ. 1re, 27 sept. 2005, n° 02-13.935, Bull. civ. I, n° 347 ; D. 2006. Jur. 238 , note Y. Picod, et 2005. AJ. 2670, obs. X. Delpech.

(40) CJCE 4 juin 2009, *Pannon GSM Zrt*, aff. C-243/08, D. 2009. AJ. 1690 ; 26 oct. 2006, *Mostaza Claro*, aff. C-168/05, LPA, 20 sept. 2007. 9, note G. Poissonnier et J.-P. Tricoit ; D. 2006. AJ. 2910 , obs. V. Avena-Robardet, 2006. Pan. 3027, obs. T. Clay, et 2007. Pan. 2571, obs. S. Bollée ; RTD civ. 2007. 113 , obs. J. Mestre et B. Fages, et 633 , obs. P. Théry.

(41) C. consomm., art. L. 141-4.

(42) CJCE, 5e ch., 21 nov. 2002, préc.

(43) CJCE 4 oct. 2007, préc.

(44) CJCE 27 juin 2000, aff. C-240/98, JCP G 2001. II. 10513, note G. Paisant et M. Carballo Fidalgo ; AJDA 2001. 857 , note G. J. Guglielmi, et 853, chron. M. Guyomar et P. Collin ; RTD civ. 2000. 939 , obs. J. Raynard, et 2001. 878 , obs. J. Mestre et B. Fages ; RTD com. 2001. 291 , obs. M. Luby.

(45) Cass., ass. plén., 21 déc. 2007, Bull. AP, n° 10 ; JCP G 2008. II. 10006, note préc. L. Weiller ; D. 2008. AJ. 228 , obs. L. Dargent, et Chron. 1102, par O. Deshayes ; RDI 2008. 102 , obs. P. Malinvaud ; RTD civ. 2008. 317 , obs. P.-Y. Gautier.

(46) Civ. 1re, 18 sept. 2008, n° 07-15.473 ; Bull. civ. I, n° 207 ; RTD com. 2009. 189 , obs. D. Legeais ; D. 2008. AJ. 2499 , obs. V. Avena-Robardet.

(47) Civ., 1re, 18 sept. 2008, n° 07-13.474.

(48) Civ. 1re, 15 févr. 2000, n° 98-12.032, Bull. civ. I, n° 48.

(49) Civ. 1re, 12 avr. 2005, n° 04-10.595.

(50) D. 2006. Jur. 216 .

(51) Civ. 1re, 18 févr. 2009, n° 08-11.221, D. 2009. Jur. 1179 , note J. Lasserre Capdeville, AJ. 625, obs. V. Avena-Robardet, et Chron. C. cass. 756, obs. C. Creton ; RDI 2009. 235 , obs. H. Heugas-Darraspen ; RTD com. 2009. 422 , obs. D. Legeais.

(52) Civ. 1re, 22 janv. 2009, n° 07-18.895.

(53) TI Saintes 7 janv. 2009, Gaz. Pal., 29 et 30 mai 2009. 1, note G. Poissonnier ; ce jugement a été rendu à la suite de l'arrêt *Rampion*, préc., V. *supra*, note 3.

(54) Civ. 1re, 22 janv. 2009, n° 03-11.775.

(55) Civ. 1re, 22 janv. 2009, n° 05-20.176, préc.

(56) C. consomm., art. L. 311-9 ; Civ. 1re, 22 janv. 2009, n° 04-19.085.

(57) CPC, art. 4.

(58) Civ. 1re, 18 sept. 2008, n° 07-15.473, préc.

(59) CJCE 4 juin 2009, *Pannon GSM Zrt*, préc.

(60) Civ. 1re, 30 oct. 1995, n° 93-04.226, Bull. civ. I, n° 385 ; CCC 1996, comm. 12, obs. G. Raymond ; 5 mars 2009, n° 08-10.137.

(61) Civ. 1re, 21 mai 1996, n° 94-04.181.

(62) Civ. 2e, 13 oct. 1977, Bull. civ. II, n° 198 ; Soc. 22 janv. 1991, Bull. civ. V, n° 36.