

Quand la banque perd le droit aux intérêts, mise au point sur la déchéance du prêteur

I) Les sanctions : (page 4)

- a) L'article L312-34 du Code de la consommation :
- b) L'article L312-33 est l'article capital :

II) Le piège de la prescription : (page 7)

1) Il faut être dans les 5 ans : (page 8)

2) Mais dans les 5 ans de quoi :

- a) pour le calcul du TEG : (page 8)
- b) si un dol est intervenu : (page 9)
- c) s'il s'agit d'une demande de nullité : (page 10)
- d) date de l'offre et date de l'acte notarié : (page 11)
- e) La notion d'ordre public : (page 12)

III) Les dispositions pouvant être violées par la banque (1) : 2 délais sur 3 sont en cause (page 15)

1) le délai de validité de l'offre préalable de prêt (30 jours au moins) : (page 15)

2) le délai d'effet de la clause résolutoire (4 mois au moins) n'est lui pas concerné : (page 16)

3) le gros morceau, le délai légal de réflexion (10 jours entiers) : (page 17)

- a) Ce délai se calcule ainsi : (page 17)
- b) les règles de forme, l'envoi postal : (page 18)
- c) sanction pénale : (page 18)
- d) La portée des mentions inscrites par l'emprunteur lui-même sur l'offre : (page 19)
- e) La sanction civile de déchéance du prêteur du droit aux intérêts : (page 20)
- f) Contre l'acte notarié la procédure d'inscription de faux ne sera pas nécessaire sauf si : (page 21)

5) et pour une demande de nullité du contrat ? (page 21)

IV) Les dispositions pouvant être violées par la banque (2) : le contenu de l'offre (page 26)

1) L'offre doit préciser la nature, l'objet, les modalités du prêt, notamment celles qui sont relatives aux dates et conditions de mise à disposition des fonds : (page 27)

a) la nature et les modalités du prêt : (page 27)

- b) l'objet du prêt : (page 28)
- c) les conditions de mise à disposition des fonds : (page 28)

2) le tableau d'amortissement : (page 28)

3) Les charges liées au prêt (hors calcul du TEG): (page 29)

- a) L'importance des énonciations requises : (page 29)
- b) L'estimation de ces charges est indispensable : (page 32)
- c) Le coût total du crédit : (page 32)

4) Le rappel des dispositions de l'article L. 312-10 : (page 33)

5) Les charges liées au prêt et le calcul du TEG : (page 34)

V) Les dispositions pouvant être violées par la banque (3): les modification des conditions d'obtention d'un prêt (page 37)

1) la phase pré-contractuelle d'obtention du prêt : (page 39)

2) la phase contractuelle suivant l'obtention du prêt : (page 39)

- a) l'avenant : (page 40)
- b) le changement de contrat: (page 41)

VI) Les dispositions pouvant être violées par la banque (4): la question de la tolérance offerte par l'alinéa 2 de l'article L. 313-1 du Code de la consommation (page 41)

1) Position du problème, une fréquente mauvaise application du texte : (page 43)

2) Les limites à la possibilité d'écarter l'estimation des frais d'acte ou autres sont donc triples : (page)

- a) - il appartient à la banque de prouver cette impossibilité (et les juges du fond ne peuvent se dispenser de la constater) qui ne relève que de l'exception: (page 46)
- b) - dans toutes les situations usuelles la nécessité d'une estimation qui n'est pas une fixation précise s'impose donc. (page 49)
- c) - enfin, c'est à la banque de se renseigner sur le coût des frais : (page 49)

VII) Les dispositions pouvant être violées par la banque (5): la mise en place du prêt (page 51)

VIII) Les autres dispositions, mineures ou en débat, et la question de la responsabilité bancaire : (page 54)

1) Une exigence de décomposition du TEG ? (page 54)

- 2) Deux TEG dans une offre ? (page 55)
- 3) L'absence de la date de mise à disposition des fonds : (page 55)
- 4) Et quand il y a un amortissement négatif en début de prêt ? (page 56)
- 5) Qui a la charge de la preuve de l'exactitude du TEG ? (page 57)
- 6) Différence entre le contrat et l'offre : (page 58)
- 7) Deux demandes sont à porter contre le TEG erroné : (page 58)
- 8) La question du contrat d'assurance de groupe : (page 61)
- 9) La question des flux hypothétiques pour le calcul du TEG : (page 62)
- 10) La charge de la preuve en cas de dol : (page 64)
- 11) Et un prêt professionnel ? (page 66)
- 12) Le tableau d'amortissement ou échéancier : (page 67)
- 13) La durée du mois prise en compte : (page 68)
- 14) La mise en cause de la banque pour manquement au devoir d'information ou de mise en garde : (page 69)
- 15) Quel degré d'inexactitude du TEG serait à mettre en cause ? (page 72)

- 16) Et les prêts à taux variable ? (page 73)
- 16) Points non abordés : (page 74)

En guise de conclusion (page 76)

Ce tutoriel m'a semblé indispensable pour faire une synthèse des possibilités d'action ou de défense de l'emprunteur face à une offre litigieuse.

Précisons d'emblée que cette déchéance :

- ne vaut que pour les manquements de la banque au droit consommériste tel qu'il s'applique à l'**offre préalable de prêt** (contenu, forme de l'acceptation), et non pour les failles du TEG dans l'**acte notarié**, qui relèvent elles d'une demande de nullité de la clause de stipulation des intérêts. Mais les deux demandes peuvent être faites simultanément.

- concerne des manquements dépassant largement le seul cas du calcul du TEG, auquel on la limite généralement, notamment sur ce forum. Or ces possibilités sont souvent très intéressantes car peut-être plus souvent rencontrées qu'une erreur de TEG.

Seul le crédit immobilier à taux fixe est ici traité mais au passage le crédit immobilier à taux variable sera néanmoins envisagé.

I) Les sanctions :

Commençons par elles afin d'en mesurer l'importance au bénéfice du consommateur.

Les amendes sont des sanctions pénales, qui n'intéressent donc pas en soi le consommateur, mais elles sont soumises à prescription triennale, qui sera le plus souvent acquise au bénéfice de la banque, les conflits surgissant le plus souvent plus tard. Ces amendes sont infligées par le juge civil dans le cadre d'un procès civil, sauf si une action pénale a été engagée (plus souvent par la DGCCRF que par le consommateur).

Le montant élevé de certaines prouve que le législateur a voulu avoir un effet dissuasif afin d'empêcher certains comportements bancaires à l'occasion de ce qui est le plus souvent le plus grand engagement d'une vie de consommateur.

a) L'article L312-34 du Code de la consommation sanctionne seulement pénalement par une amende de 30 000 euros une violation d'une des dispositions de l'article L. 312-11 :

Jusqu'à l'acceptation de l'offre par l'emprunteur, aucun versement, sous quelque forme que ce soit, ne peut, au titre de l'opération en cause, être fait par le prêteur à l'emprunteur ou pour le compte de celui-ci, ni par l'emprunteur au prêteur. Jusqu'à cette acceptation, l'emprunteur ne peut, au même titre, faire aucun dépôt, souscrire ou avaliser aucun effet de commerce, ni signer aucun chèque. Si une autorisation de prélèvement sur compte bancaire ou postal est signée par l'emprunteur, sa validité et sa prise d'effet sont subordonnées à celle du contrat de crédit.

Notons que la dernière phrase pose le problème de la conduite que devrait tenir la banque face à une offre ne débouchant pas sur un contrat valide (violation du délai légal de réflexion par exemple). La loi l'oblige à ne pas mettre en place ce contrat.

b) L'article L312-33 est l'article capital :

Il contient aussi des peines d'amende, mais surtout, au profit du consommateur, la possibilité pour le juge du fond (TGI, cour d'appel) de prononcer la déchéance (totale ou non) du prêteur au droit aux intérêts conventionnels, qui est elle une sanction civile.

Important : le prononcé de la déchéance **ne présuppose pas que l'amende soit prononcée** : la question du sens de « en outre », ne doit pas inquiéter car elle n'indique pas que l'amende en soit le préalable nécessaire, la durée des prescriptions n'étant de toute façon pas la même.

La déchéance de l'article L. 312-33, alinéa 4, **qui ne sanctionne pas une condition de formation du contrat, n'est ainsi pas une nullité**, donc elle ne relève pas de l'article 1304 du Code civil. Pourtant le consentement a bien été donné sur de mauvaises bases...

La déchéance du prêteur au droit aux intérêts conventionnels sanctionne l'irrespect par le prêteur de l'une de ses obligations prévues aux articles suivants du Code de la consommation:

- **L. 312-7** {= offre adressée gratuitement par voie postale à l'emprunteur éventuel}
- **L. 312-8** {= contenu de l'offre},
- **L. 312-10** { = validité de 30 jours minimum de l'offre, et surtout respect du délai légal de réflexion},
- **L. 312-14 2^{ème} alinéa** {= l'emprunteur est tenu de rembourser la totalité des sommes que le prêteur lui aurait déjà effectivement versées si la condition résolutoire de la non-conclusion, dans un délai de quatre mois (ou plus, si convenu ainsi) à compter de son acceptation, du contrat pour lequel le prêt est demandé a à jouer}
- **L. 312-26** (article rarement en cause : il s'agit des contrats de location-vente ou de location assortis d'une promesse de vente, ce qui vise donc le bailleur).

Il faut ajouter que les articles L313-1 et R*313-1 sont nécessairement en cause également, par le renvoi opéré à leurs dispositions par l'article L. 312-8 pour le calcul du TEG.

Article L312-33 :

Le prêteur ou le bailleur qui ne respecte pas l'une des obligations prévues aux articles L. 312-7 et L. 312-8, à l'article L. 312-14, deuxième alinéa, ou à l'article L. 312-26 sera puni d'une amende de 3 750 euros.

*Le prêteur qui **fait souscrire** par l'emprunteur ou les cautions déclarées, **ou reçoit** de leur part l'acceptation de l'offre sans que celle-ci comporte de date ou **dans le cas où elle comporte une date fautive de nature à faire croire qu'elle a été donnée après expiration du délai de dix jours** prescrit à l'article L. 312-10, sera puni d'une amende de 30 000 euros.*

La même peine sera applicable au bailleur qui fait souscrire par le preneur ou qui reçoit de sa part l'acceptation de l'offre sans que celle-ci comporte de date ou dans le cas où elle comporte une date fautive de nature à faire croire qu'elle a été donnée après l'expiration du délai de dix jours prescrit à l'article L. 312-27.

Dans les cas prévus aux alinéas précédents, le prêteur ou le bailleur pourra en outre être déchu du droit aux intérêts, en totalité ou dans la proportion fixée par le juge.

NB :

- Ce texte prévoit la déchéance des intérêts **sans qu'il soit exigé que le vice ait causé un grief à l'emprunteur**, ce que confirme la jurisprudence.

- La Cour de cassation (chambre civile 1, 18 février 2009, N° de pourvoi: 05-16774, Cassation) applique la déchéance aussi à un avenant :

« Vu les articles L. 312-8 et L. 312-33 du code de la consommation ;

Attendu que selon le second de ces textes, l'absence d'une des mentions prévue au premier peut être sanctionnée par la déchéance du droit aux intérêts du prêteur ;

Attendu que pour rejeter la demande de déchéance du droit aux intérêts du prêteur résultant de l'absence de mention du TEG sur l'avenant au prêt de 930 000 francs, l'arrêt retient que seule la mention d'un TEG erroné en violation de l'article L. 312-8 du code de la

consommation peut entraîner la déchéance du droit aux intérêts dans les termes de l'article L. 312-33 du même code ;

Qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé les textes sus-visés par refus d'application ; »

Mais il faut ajouter que malgré la signature d'un avenant sans vices, si l'offre fondant le contrat initial en contenait, ceux-ci restent (hors effet de la prescription) sanctionnables, l'avenant dépendant du contrat initial.

A la différence du crédit à la consommation, pour lequel la déchéance du prêteur au droit aux intérêts conventionnels est obligatoirement totale (mais les montants en jeu sont plus limités), dans le cas du crédit immobilier cette sanction civile est laissée à la discrétion du juge **tant pour son application que pour son montant.**

La Cour de cassation ne pourra donc jamais la prononcer elle-même, elle peut juste casser un arrêt qui aurait jugé à tort que la déchéance ne s'appliquait pas au cas d'espèce.

Les juges du fond peuvent parfaitement reconnaître que la banque a violé telle obligation (c'est dans le cas contraire que leur arrêt serait cassé), mais ne pas juger nécessaire, devant la faiblesse de la faute, de prononcer la déchéance, ou de ne la prononcer que pour petite partie des intérêts. La Cour de cassation n'y pourra rien : ce pouvoir est discrétionnaire : les juges n'ont pas à justifier une déchéance totale, ou une déchéance symbolique. En revanche ils doivent motiver leur constatation des fautes, ou de leur absence.

Certains tribunaux tapent très fort, d'autres moins. Ici c'est pour une erreur d'1/34^{ème} du taux seulement qu'elle est totale, et la faute jugée substantielle :

Cour d'appel de Paris, 19 janvier 2001, N° de RG: 1998/18761 :

« Qu'en revanche, il n'est pas sérieusement contesté, la Banque invoquant à ce sujet une erreur matérielle, que le taux effectif global d'intérêt mentionné dans l'offre, soit 17 %, ne correspondait pas à la réalité ; que l'acte authentique, dont les dispositions ne sauraient en tout état de cause être invoquées, puisque c'est à la date de soumission de l'offre qu'il convient d'apprécier l'information des emprunteurs, s'il fait état d'un taux effectif global de 17,50 %, ne présente pas sa décomposition, en intérêt, frais, commissions ou rémunérations de toute nature, au sens des dispositions de l'article L 313-1 du Code de la Consommation, pas plus que l'offre, pour le pourcentage prétendument erroné;

Qu'en égard à la date de signature du prêt considéré, cette différence d'un demi-point au niveau du taux d'intérêt était de nature à compromettre le caractère éclairé de l'acceptation que M. et Mme X... donnaient, contrairement à ce que la décision entreprise a cru pouvoir considérer, intérêt au taux de 17% n'ayant été réclamé qu'au titre des intérêts moratoires ;

*Que les dispositions de l'article L 312-33 du Code de la Consommation relatives à la déchéance des intérêts sont en conséquence applicables ; que c'est de manière erronée que les Premiers Juges ont estimé qu'il ne pouvait être exigé une fixation intangible du taux effectif global, alors que les frais, commissions ou rémunérations visés à l'article L 313-1 alinéa 1 ne correspondent pas aux charges liées aux garanties assortissant éventuellement le prêt, et aux honoraires d'officiers ministériels, qui n'ont effectivement pas à figurer au titre du taux effectif global, **lorsqu'ils ne peuvent être déterminés avec précision ;***

Que le jugement sera en conséquence infirmé ;

Que la B.R.E.D. se borne à demander le rejet de la demande, sans former de demande subsidiaire quant à la portée de la déchéance ;

Que la Cour prononcera la déchéance pour la totalité des intérêts, en considération du caractère substantiel de la défaillance de la Banque dans l'information due à M. et Mme X...; »

Dernier point important : « ***l'emprunteur n'en reste pas moins tenu aux intérêts aux taux légal depuis la mise en demeure*** » (Civ. 1^{ère}, 26 novembre 2002, Bull. n° 288 ; N° de pourvoi : 00-17119 ; Civ. 1^{ère}, 18 mars 2003, N° de pourvoi : 00-17761) malgré la déchéance du droit aux intérêts qui ne supprime (quand elle est totale) que les intérêts exigibles **avant elle**.

A comparer à :

- la nullité de la clause de stipulation des intérêts dans l'acte notarié, qui entraîne elle le passage au taux légal depuis l'origine du contrat (taux légal tout de même plus avantageux que le taux contractuel).
- la nullité du contrat de prêt en son entier, qui entraîne elle le retour à l'état antérieur au contrat : si l'emprunteur se fait restituer les intérêts payés à la banque, il doit rembourser à celle-ci le capital restant dû, ce qui peut poser problème si aucune autre banque ne veut lui consentir un prêt à cette fin.

En fait la déchéance totale du prêteur au droit des intérêts conventionnels, fondée sur les manquements dans l'offre, est effectivement plus protectrice que la nullité du contrat notarié entier (qui laisse donc le prêt à rembourser) ou de sa seule clause de stipulation des intérêts (donc passage au taux légal dès l'origine...). Toutefois si c'est la banque qui agit contre l'emprunteur, et non l'emprunteur qui assigne la banque en déchéance (ce qu'il faudrait faire sitôt les vices de l'offre perçus), il aura de toute façon le prêt à rembourser dans presque tous les cas.

Notons que la jurisprudence impose une mise en demeure explicite, qui ne se confond pas nécessairement avec la déchéance du terme. L'emprunteur a donc intérêt à ce que la mise en demeure soit intervenue le plus tard possible dans la vie du contrat... mais cela sans que l'effet de la prescription ait pu jouer en faveur de la banque.

Là est en effet le gros problème : en cas de conflit la banque va souvent jouer la montre, afin de faire jouer pour elle la prescription. Mais en outre la réforme du Code civil de 2008 par le législateur a abaissé de beaucoup la durée nécessaire pour prescrire (devinez à qui cela profite !) : elle est passée de 10 à 5 ans.

II) Le piège de la prescription :

C'est évidemment sur le consommateur qu'il va se référer. Il faut donc l'étudier maintenant, avant même les failles à considérer.

Les aléas de la vie jouent surtout au bout de plusieurs années de vie d'un prêt (divorce, chômage, maladie...) et le consommateur, dans la grande majorité des cas, ignore tout des droits qui le protègent : il ne va donc examiner, et encore s'il le fait, les failles de son offre

que quand il ne peut plus rembourser son crédit, et donc que la banque agit contre lui (saisie, assignation devant un TGI).

Il est plus rare que ce soit le consommateur, rarement informé, qui agisse contre la banque, et encore plus en l'absence de toute difficulté avec son prêteur.

1) Il faut être dans les 5 ans :

La demande tendant au prononcé de la déchéance des intérêts prévue par l'article L. 312-33 du Code de la consommation, **même présentée par voie d'exception**, était soumise à la prescription **décennale** de l'article L. 110-4 du Code de commerce sur les rapports entre professionnels et consommateurs ... **mais qui est passée à 5 ans** au 20 juin 2008 (Loi n°2008-561 du 17 juin 2008 - art. 15). Ce n'est que lorsqu'une instance a été introduite avant l'entrée en vigueur de la présente loi, que l'action est poursuivie et jugée conformément à la loi ancienne. Cette loi s'applique également en appel et en cassation. Peu de gens sont donc concernés désormais par ce délai des 10ans.

Il faut ajouter – car l'erreur est fréquente – que l'exception de nullité dite perpétuelle, opposée à une action venant de la banque, ne peut jouer dès lors qu'un contrat a été exécuté, même seulement en partie.

2) Mais dans les 5 ans de quoi :

Se pose ici la question de la détermination du point de départ de la prescription, et donc celle de la détermination de la date à laquelle les vices dénoncés ont été connus, ce qui peut sauver certains consommateurs du piège des 5 ans. Mais là, il faut trouver un motif qui permette de retarder ce point de départ, et dans la plupart des cas seul le calcul du TEG, qui échappe à un consommateur 'normal', pourra être mis en cause.

a) pour le calcul du TEG :

La question posée est de savoir quand le consommateur a pu découvrir les vices affectant le TEG affiché sur son offre (et, dans le cas d'une demande de nullité de la clause de stipulation des intérêts dans l'acte notarié, de celui qui figure dans l'acte).

Ce peut être un courrier de réclamation adressé à la banque, une expertise amiable, etc. Pourvu qu'on soit dans les 5 ans fatidiques.

Mais la charge de la preuve va reposer sur la banque dès lors qu'elle soulève la prescription de la demande de déchéance du prêteur au droit des intérêts conventionnels (demande qui peut être 'reconventionnelle' : le consommateur la porte en opposition à une action du prêteur contre lui, cas le plus fréquent ; demande qui peut être contenue dans une action de l'emprunteur contre sa banque, qu'il assigne à cette fin). Ce point peut être capital, en faveur du consommateur.

Exemple, Cour d'appel de Rennes, ct0014, 8 septembre 2006 :

« Qu'il est constant que les dispositions de l'article L.313-1 du Code de la consommation, qui imposent que pour la détermination du TEG soient prises en compte les intérêts, frais et commissions ou rémunérations de toute nature directs ou indirects, sont d'application générale ;

Qu'il est constant également que le délai de prescription de l'action en nullité de la stipulation d'intérêts qui constitue la sanction du défaut de mention du TEG ou de son caractère erroné, court dans ce dernier cas à compter de la découverte de l'erreur ; Que les époux X... estiment qu'ils n'ont pu découvrir cette erreur qu'au vu du rapport du cabinet BCA s'agissant d'une question technique ;

Qu'il revenait donc à la banque de démontrer qu'ils pouvaient avoir une connaissance préalable de ce taux erroné, ce qu'elle ne fait pas ;

Que dès lors, il sera fait droit à la demande tendant au prononcé de la nullité de la stipulation d'intérêt conventionnel et à l'application du taux légal depuis la date d'attribution du prêt ;»

« Que leur contestation reposant sur le cahier des conditions générales de l'offre de prêt conclue le 8 juillet 1986, ils pouvaient dès cette date se convaincre de l'irrégularité dénoncée ; qu'ils ne peuvent invoquer sa découverte tardive, ce qu'ils ne font pas, pour faire repousser le point de départ de la prescription acquise bien avant l'introduction de l'instance le 5 mars 2004»

Explication de ce « la sanction du défaut de mention du TEG ou de son caractère erroné » : il faut savoir qu'au départ c'est l'absence d'indication du taux qui était punie, puis par extension un TEG erroné a été, et légitimement, assimilé à une absence d'indication du taux. Car il y a bien tromperie du consommateur, qui va s'engager – désormais parfois pour 25 ans ou plus – sur de fausses données.

NB : dès lors que le mode de calcul du TEG n'a pas été parfaitement porté à la connaissance de l'emprunteur ce n'est pas de la date de l'offre que partira le calcul de la prescription. C'est ainsi le cas si les mentions nécessaires ne sont pas portées sur l'offre (énonciation et estimation des charges à inclure dans le TEG).

Quand il s'agit d'un crédit pour les besoins d'une activité professionnelle, les juges sont plus restrictifs, avec la formule suivante dans trois arrêts de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 10 juin 2008 (pourvois 06-18906, 06-19452, 06-19905), pris au visa des articles 1304 *, 1907 du Code civil et L. 313-2 du Code de la consommation:

« Attendu qu'en cas de contestation des intérêts payés par un emprunteur qui a obtenu un concours financier pour les besoins de son activité professionnelle, l'exception de nullité de la stipulation de l'intérêt conventionnel ne peut être opposée que dans un délai de cinq ans à compter du jour où il a connu ou aurait dû connaître le vice affectant le taux effectif global (TEG) ; »

* et non de l'article L. 110-4 du Code de commerce, bien entendu.

b) si un dol est intervenu :

Il permet de retarder la détermination du point de départ de la prescription de 5 ans au jour de la découverte du dol. Qui est une erreur provoquée par l'autre partie au contrat, qui a pu se contenter d'une simple réticence dolosive en taisant des informations dont la connaissance aurait amené à ne pas contracter. La jurisprudence a bien progressé en matière de réticence dolosive, mais pour elle comme pour le dol plus élaboré, il faut pouvoir le prouver.

Il se trouve des juges du fond pour retenir –légitimement - qu'un TEG erroné est déjà dolosif, d'autres sont plus attentifs à défendre les intérêts des banques : il y a un courant dans le droit civil assez hostile au droit consommériste, qui introduit un régime particulier, distinct du droit général des obligations.

c) s'il s'agit d'une demande de nullité :

Signalons le au passage, même si c'est hors-sujet, car les deux demandes peuvent être faites simultanément (déchéance du prêteur au droit aux intérêts conventionnels ; nullité de la clause de stipulation des intérêts).

Dans ce cas aussi le délai de 5 ans, issu cette fois de l'article 1304 du Code civil, est à retenir. Et il part également soit de la date du contrat, soit de la découverte de l'erreur ayant vicié le consentement.

Cour d'appel d'Aix-en-Provence, chambre commerciale, 6 décembre 2007, N° de RG: 05/22476 :

« 1. En application de l'article 1304 du Code civil, le point de départ de la prescription de l'action en nullité d'une convention pour cause d'erreur est retardé à la date à laquelle l'erreur a été découverte.

2. Il résulte des articles 1907 du Code civil et L 313-2 du Code de la consommation que le taux effectif global doit être fixé par écrit, cette exigence étant une condition de validité de la stipulation même de l'intérêt.

La méconnaissance de ces textes est sanctionnée par la nullité relative de la clause d'intérêts conventionnels.

L'action tendant à voir mettre en œuvre cette sanction s'éteint si elle n'a pas été exercée dans les cinq ans suivant la signature de l'acte quant celui-ci ne mentionne pas de TEG ou bien lorsque les énonciations de cet acte révèlent en elles-mêmes le caractère erroné du TEG qui y figure.

(...)

A les supposer fondées, ces irrégularités ne se déduisent pas des énonciations de la convention de prêt et de la convention de réaménagement.

Il s'ensuit que les appelants sont fondés à soutenir que le délai de prescription de l'action en nullité des clauses d'intérêts n'a commencé à courir, par application de l'article 1304 du Code civil, qu'à compter de la révélation à l'emprunteur du caractère erroné du TEG.

3. C'est à l'emprunteur, qui s'oppose à la fin de non recevoir tirée de la prescription des actions en nullité, qu'il appartient d'établir que la découverte de l'erreur est intervenue au cours des cinq années ayant précédé la demande en nullité. »

NB : ici c'est l'emprunteur, qui est en outre un professionnel, qui agit contre le prêteur, lequel lui a opposé une fin de non recevoir tirée de la prescription de son action.

Quand la prescription était celle des 10 ans de l'article L. 110-4 du Code de commerce concernant les obligations nées entre commerçants et non commerçants sans distinguer selon la forme en laquelle elles ont été constatées, la nullité de la clause de stipulation des intérêts

de l'acte notarié pouvait être demandé dans ce délai, désormais réduit à 5 ans (Cour d'appel de Poitiers, chambre civile 1, 3 octobre 2007, N° de RG: 05/1493).

Le dol peut aussi être invoqué dans ce cas de demande de nullité :

Cour d'appel de Nîmes, arrêt du 15 avril 2008 :

« Sur la recevabilité de l'exception de nullité, la SCI LES AIGUES fait valoir d'une part que le dol ou l'erreur visé par l'article 1304 alinéa 2 du Code Civil découle d'une présentation erronée du TEG ; d'autre part qu'elle n'a pu prendre conscience de la fausseté du TEG avant la naissance d'un contentieux ; que cette fausseté lui a été révélée par le rapport d'étude de la Société IFLC du 13 juillet 2006. Elle estime qu'aucun intérêt n'est dû ».

L'arrêt juge que:

« Sur la prescription de l'action en nullité de la stipulation d'intérêts

L'article 1304 du Code Civil dispose que :

*”dans tous les cas où l'action en nullité ou en rescision d'une convention n'est pas limitée à un moindre temps par une loi particulière, cette action dure cinq ans.**

Ce temps ne court dans le cas de violence que du jour où elle a cessé ; dans le cas d'erreur ou de dol, du jour où ils ont été découverts.”

En cas de mention du TEG erroné dans un contrat de prêt, la prescription quinquennale de l'action en annulation de la stipulation d'intérêts litigieux commence à courir à compter de la révélation à l'emprunteur d'une telle erreur.

En l'espèce, le fait allégué comme révélation de la mention d'un TEG erroné est le rapport de la Société INTER FINANCE LOISON CRESPIY du 13 juillet 2006 ; la circonstance que l'emprunteur aurait eu à sa disposition les données requises pour en faire la vérification au moment du prêt, n'implique pas, s'agissant d'un non-professionnel de la finance, qu'il pouvait ou devait connaître l'erreur alléguée au moment ou dans un temps voisin de la signature du contrat ;

La BANQUE CHAIX ne fait état d'aucun événement ou document antérieur au rapport de la société INTER FINANCE LOISON CRESPIY qui aurait éclairé l'emprunteur.

La demande d'annulation formée par la SCI LES AIGUES par dire du 18 septembre 2006 n'est donc pas prescrite ; le jugement du 8 mars 2007 sera de ce chef confirmé. »

d) date de l'offre et date de l'acte notarié :

La date et le document à considérer diffèrent selon qu'il s'agit d'une demande de déchéance du prêteur au droit aux intérêts conventionnels ou d'une demande de nullité de la clause de stipulation des intérêts.

C'est à la date de soumission de l'offre exclusivement qu'il convient d'apprécier l'information des emprunteurs dans le cadre de l'information due aux emprunteurs : un TEG qui y est erroné ne sera pas 'compensé' par un TEG exact dans l'acte notarié. Ce qui est logique, puisque c'est sur cette base que se forme le consentement, et capital.

Cour d'appel de Paris, 19 janvier 2001, N° de RG: 1998/18761 :

« Dès lors qu'à la date de la signature du prêt considéré, peut être relevée, entre le taux effectif global mentionné dans l'offre et celui réellement pratiqué par la banque, une

*différence d'un demi-point de nature à **compromettre le caractère éclairé de l'acceptation de l'emprunteur**, les dispositions de l'article L. 312-33 du Code de la consommation relatives à la déchéance des intérêts ont vocation à s'appliquer, **et cela, quelles que soient les dispositions de l'acte authentique**, étant entendu que c'est à la date de soumission de l'offre qu'il convient d'apprécier l'information des emprunteurs ».*

Cour d'appel de Colmar, 12 mai 2005 :

*« c'est au moment de l'acceptation de l'offre qu'il convient de se placer pour vérifier si les époux Y... ont bénéficié d'un contrat régulier les informant clairement de leurs droits et obligations, soit **nécessairement à une date antérieure à la signature de ces actes notariés**. »*

Cour d'appel de Paris, 11 janvier 2002, N° de RG: 1999/12617 :

*« Mais considérant que ce texte s'insère dans un ensemble de dispositions destinées à assurer à l'emprunteur une information précise lui permettant, **avant de prendre sa décision**, d'apprécier l'effort financier à consentir et l'évolution, dans le temps, de sa dette ;*

Que dès lors, une information qui ne précède pas la décision de l'emprunteur ne répond, ni à l'objectif, ni aux prescriptions de ces textes ; »

Mais cela pose aussi la question – qui sera traitée plus loin - des informations que la banque pouvait, à cette date, et devait, inclure dans le calcul du TEG, mais aussi celle des charges qu'elle devait simplement énoncer et estimer (si un chiffrage précis en était impossible).

Il faut distinguer, là encore, entre offre et acte notarié :

- des tolérances existent, de plus en plus limitées, pour exclure certains coûts du calcul du TEG dans l'offre ;
- en revanche il n'y a plus aucune tolérance pour le TEG dans l'acte notarié.

Dès lors rien ne peut être écarté du calcul du TEG dans l'offre qui ne sera pas mieux connu au moment de calculer le TEG dans l'acte notarié. Ce qui est capital pour établir les tolérances en cause : ainsi d'une assurance-incendie par exemple, rien ne s'opposant à ce que son coût soit déjà connu lors de l'émission de l'offre, hors circonstances exceptionnelles.

e) La notion d'ordre public :

L'article L313-17 du Code de la consommation issu de la LOI n° 2010-737 du 1er juillet 2010 - art. 22 (c'était le L313-16 avant) fait que les dispositions des chapitres Ier (Crédit à la consommation) **et II** (Crédit immobilier) **et des sections 2 à 8 du chapitre III** (celles communes aux chapitres Ier et II) **du titre I** (Crédit) **du Livre III** (Endettement) de ce code sont d'ordre public, donc cela concerne tous les articles en cause...sauf les dispositions de la section 1 (Le taux d'intérêt : taux effectif global et taux d'usure) de ce chapitre III.

Donc les articles concernés sont les articles L. 312-7, L. 312-8, L. 312-10, L. 312-14, L. 312-11, L. 312-26, L312-33 & L312-34, mais pas L313-1 ni L313-2 sur le TEG. C'est pour le moins fâcheux comme le taux effectif global et le taux d'usure (usure de moins en moins réprimée) sont des éléments capitaux.

Le citoyen doit donc être conscient que des lois assez discrètes peuvent affecter gravement sa protection en tant que consommateur, comme cela a été fait en 2008 (prescription). Un ancien secrétaire d'Etat notait par exemple dans un livre récent sur les conflits d'intérêt que les fonctions dans le privé du rapporteur de la loi sur le surendettement qu'il défendait posaient problème.

Je précise toutefois, pour les contrats antérieurs à la prise d'effet de la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008, qu'a été établi dans son dernier article (le 26) un régime de transition qui réclame une lecture attentive du II pour être bien compris dans le cas du jeu de la prescription de l'article L. 110-4 du Code de commerce réduit de 10 à 5 ans:

II. — Les dispositions de la présente loi qui réduisent la durée de la prescription s'appliquent aux prescriptions à compter du jour de l'entrée en vigueur de la présente loi, sans que la durée totale puisse excéder la durée prévue par la loi antérieure.

III. — Lorsqu'une instance a été introduite avant l'entrée en vigueur de la présente loi, l'action est poursuivie et jugée conformément à la loi ancienne. Cette loi s'applique également en appel et en cassation.

Prenons un contrat de prêt :

- de 1999 : non encore prescrit sous l'ancien système, en 2008 on va lui appliquer la durée réduite de 5 ans...mais comme la durée totale ne peut excéder la durée prévue par la loi antérieure, la prescription restera acquise en 2009 et non en 2013.

Les prescriptions auxquelles il restait en 2008 moins de cinq ans à courir se prescriront à la date initialement prévue.

- de 2007 : au lieu d'aller jusqu'en 2017, on va lui appliquer la durée réduite de 5 ans, la prescription sera acquise au bénéfice de la banque en 2013.

Pour les prescriptions en cours auxquelles il restait en 2008 plus de cinq ans à courir, le nouveau délai de prescription de cinq ans partira pour elles à compter de l'entrée en vigueur de la loi.

Le problème avec la notion d'ordre public est aussi que la jurisprudence (et non la loi) a établi une distinction entre 2 catégories de dispositions d'ordre public :

- les unes ne relèvent que de l'**ordre public de protection** : seul le consommateur peut les invoquer (élément en principe favorable : par exemple la banque ne peut demander la nullité du prêt), et jusqu'à la réforme de 2008 la prescription était plus courte (élément défavorable cette fois!). La loyauté contractuelle impose à la banque de donner les bases d'un consentement éclairé, la jurisprudence reconnaît du reste qu'un TEG erroné est potentiellement dolosif. Ainsi le TEG devrait plus explicitement relever de dispositions d'ordre public : on peut considérer que cela est bien le cas malgré le statut de l'article L312-33 du Code de la consommation puisque le renvoi est opéré sur eux par l'article L. 312-8 (qui est lui d'ordre public) pour le calcul du TEG.

Cet autre exemple très important ne relève lui aussi que de l'ordre public de protection, pour toutes les ambiguïtés éventuelles du contrat de prêt, notamment ceux à taux révisable : l'article L. 133-2 du Code de la consommation issu de la loi du 1^{er} février 1995, dont le second alinéa dispose que les clauses des contrats proposés par les professionnels aux consommateurs ou aux non-professionnels « *s'interprètent en cas de doute dans le sens le plus favorable au consommateur ou au non-professionnel* ». Mais là c'est légitime.

- les autres relèvent de l'**ordre public de direction**, donc du rôle de régulation des activités économiques que l'Etat entend voir respecté, par exemple dans le domaine de la concurrence. Là jusqu'à la réforme de 2008 la prescription était plus longue, et tout intéressé peut agir, y compris l'Etat bien entendu.

Outre la faiblesse déjà signalée de la protection du consommateur par une durée de prescription bien trop courte, qui va jouer contre lui dans la grande majorité des cas (songeons que l'on voit des prêts dépasser les 25 ans !), il faut bien voir que la banque qui fausse totalement la concurrence entre établissements bancaires en minorant systématiquement le TEG de ses prêts immobiliers viole également, en fait, l'ordre public de direction.

Le juge Nicolas MONACHON-DUCHENE [Semaine Juridique - Edition Générale, 2004; 78 (30)], a excellemment écrit que :

*« L'ordre public se définit par ce à quoi il ne peut être dérogé. Qu'il soit qualifié de direction ou de protection, il reste l'ordre public. Il s'agit du bloc légal **intangible**, qui fonde l'ensemble du corpus juridique. Si cet ordre public peut admettre des dérogations, dès lors que l'emprunteur est seul autorisé à en réclamer le bénéfice, par son action en nullité relative, avec la faculté de régularisation de celle-ci, cet ordre perd de sa force. (...) C'est un ordre qui s'apparente à un intérêt privé. Ce n'est plus l'ordre public. Plus encore, qualifier un ordre public de protection de mesures édictées dans l'intérêt des particuliers et protectrices d'un intérêt privé c'est demeurer aveugle sur le fait qu'au-delà du particulier protégé, la loi protège également, et avec la même force, le marché du crédit immobilier, la loyauté de la concurrence entre les opérateurs et son effectivité. Protéger le consommateur c'est aussi protéger le marché. Ces considérations permettent de situer cet ordre public également dans l'ordre public de direction. »*

« Seuls les plus informés seront protégés, alors que la loi a prévu cette protection en posant pour axiome que les emprunteurs sont des parties faibles, puisque nécessitant une protection, et peu au fait de leur droit. »

Ce qui revient à dire que les emprunteurs les moins informés, les plus exposés aux défaillances, souvent ceux qui auront le moins compris leur contrat, **se verront face à une action de la banque contre eux alors que par jeu de la prescription le prêteur ne risquera, lui, plus rien comme sanction**, qu'elle soit pénale (3 ans) ou civile (5 ans). Sauf si la découverte de l'erreur a été assez tardive.

C'est une des raisons d'être de ce tutoriel...

Passons maintenant aux situations permettant, si l'on n'est pas prescrit, de demander la déchéance (ou, éventuellement, la nullité de la clause de stipulation des intérêts, la nullité du contrat entier, elle, sera plus difficile à faire valoir).

J'ajoute à ce qui précède au sujet de la réforme de 2008 des règles de prescription que la vieille prescription extinctive de droit commun de feu l'article 2262 du Code Civil est passée elle aussi à cinq ans, contre trente ans auparavant. Bien entendu les règles de prescription concernant l'État sont elles restées inchangées. Cette réforme assez scandaleuse a pourtant peu attiré l'attention des medias !

III) Les dispositions pouvant être violées par la banque (1) : 2 délais sur 3 sont en cause

Il y a en effet 3 délais pouvant être en cause, mais seul le dernier, le délai légal de réflexion, a une grande importance.

1) le délai de validité de l'offre préalable de prêt (30 jours au moins) :

Il vient de l'article L. 312-10 du Code de la consommation :

L'envoi de l'offre oblige le prêteur à maintenir les conditions qu'elle indique pendant une durée minimale de trente jours à compter de sa réception par l'emprunteur.

Ce délai écoulé, la sollicitation (l'offre de contracter émise par la banque) est caduque. Il est à conseiller de demander un délai plus long, mais je doute qu'il soit accordé :

- la banque préfère mettre la pression sur l'emprunteur afin d'éviter qu'il ne se tourne vers la concurrence, s'il n'a pas pris soin de demander plusieurs offres simultanément ;
- les taux peuvent monter.

Il est donc dangereux pour l'emprunteur de s'exposer à voir l'offre bancaire de contracter devenir caduque si seule sa négligence est en cause. Une offre de contracter non acceptée dans les délais prévus par le sollicitant c'est équivalent d'un refus de ces conditions : les pourparlers sont rompus.

Il faut savoir en effet:

- qu'**une banque n'a nulle obligation de prêter**, le 'droit au crédit' n'existe pas. Elle n'a pas non plus à justifier les motifs de son refus, et encore moins auprès d'un vendeur qui cherchera souvent à savoir, afin de bénéficier de la clause pénale malgré un refus de prêt subi par son acquéreur, si ce refus n'était pas de complaisance : le secret bancaire s'y oppose.

- la banque ne pourra pas non plus être attaquée (en dommages-intérêts du droit civil général) pour rupture abusive de pourparlers : elle a fait une sollicitation à des conditions qui semblaient devoir intéresser l'emprunteur mais elles ont été refusées par celui-ci, elle n'a nulle obligation d'émettre une nouvelle offre. Il n'y a là aucune mauvaise foi contractuelle du côté de la banque, on peut imaginer que l'emprunteur a été averti avant l'émission de l'offre de ses conditions, si elles ne le satisfaisaient pas il ne tenait qu'à lui de rompre les pourparlers ou de les poursuivre afin d'obtenir de meilleures conditions de prêt.

- rien dans le Code de la consommation n'oblige non plus la banque à émettre une nouvelle offre, on ne peut encourager le tourisme de l'emprunteur qui s'amuserait à faire émettre une

offre par 4 banques, et qui, passé le délai de 30 jours, sans en avoir accepté aucune, voudrait que les banques en émettent une autre automatiquement.

Ce serait aussi irréaliste : pourquoi la banque, hors baisse des taux, améliorerait-elle des conditions après que l'emprunteur se soit quelque peu payé sa tête ? Imposer aux banques une obligation d'émettre une nouvelle offre (ce qui n'existe pas encore) serait dans ces conditions absurde : pour dévoyer cette règle il leur suffirait, dans la limite du taux d'usure, de partir d'un taux nominal inacceptable.

Le prêteur est seulement obligé à maintenir les conditions de l'offre pendant une durée minimale de trente jours à compter de sa réception par l'emprunteur, et non à réémettre éternellement des offres. La phase pré-contractuelle ayant abouti à cette émission d'une offre ne valait que pour les conditions y étant stipulées, elle n'a aucune autre obligation, ni en droit général des contrats, ni en droit consommériste.

Ainsi passé ces 30 jours (si la banque s'en tient là, ce qui est la règle apparemment) les conditions ne sont plus valables et donc il n'y a plus d'offre. Le candidat à l'emprunt devra repartir de zéro.

En outre depuis 1999 toute modification des conditions d'obtention d'un prêt (= offre non encore acceptée) passent par l'émission d'une nouvelle offre (et non par avenant). Si, et seulement si, dans ce cas, la banque y consent.

2) le délai d'effet de la clause résolutoire (4 mois au moins) n'est lui pas concerné :

Il vient de l'article L. 312-12 du Code de la consommation. Mais cet article n'est pas susceptible d'amener la déchéance du prêteur au droit aux intérêts conventionnels, ce qui est assez normal (le prêt ne devant pas survivre au jeu de cette clause) sauf indirectement, si cela a amené la banque à refaire une seconde offre faussement datée, ce qui ne doit guère se rencontrer. On voit mal pourquoi une banque s'entêterait à le violer, en outre.

L'offre est toujours acceptée sous la condition résolutoire de la non-conclusion, dans un délai de quatre mois à compter de son acceptation, du contrat pour lequel le prêt est demandé.

Le contrat de prêt (l'offre acceptée) n'est donc pas encore définitif: cette **clause résolutoire** (si elle joue, le contrat n'est pas 'caduque', mais **résilié**) est d'ordre public.

L'emprunteur peut toujours redemander à contracter de nouveau s'il s'agit d'un simple retard dans le traitement de son dossier, mais la banque est libre d'émettre (à conditions identiques, si par exemple les taux avaient baissé, ou différentes de la 1ère offre), ou de refuser d'émettre, une nouvelle offre valable 30 jours (ou plus, si...).

Ce texte est destiné à protéger le consommateur : il ne doit pas se trouver embarqué dans un prêt pour 10,15 ou 25 ans si l'opération à financer ne se fait pas. Parfois il se retourne contre lui s'il ne s'agit que d'un retard extérieur à sa volonté (notaire, permis de construire lent à être accordé...).

J'ajoute que le prêt sera ultérieurement annulable si le permis de construire devait être lui-même annulé par le juge administratif, suite à un recours.

Les parties peuvent convenir d'un délai plus long que celui défini à l'alinéa précédent.

Il est à conseiller de faire cette demande, qui ne sera pas forcément acceptée, si on peut craindre des retards (genre demande de permis de construire à rallonge).

3) le gros morceau, le délai légal de réflexion (10 jours entiers) :

Il vient lui aussi de l'article L. 312-10 du Code de la consommation, rappelé en outre par L. 312-8, tant il est capital :

L'offre est soumise à l'acceptation de l'emprunteur et des cautions, personnes physiques, déclarées.

L'emprunteur et les cautions ne peuvent accepter l'offre que dix jours après qu'ils l'ont reçue.

L'acceptation doit être donnée par lettre, le cachet de la poste faisant foi.

Le juge Nicolas MONACHON-DUCHENE [Semaine Juridique - Edition Générale, 2004; 78 (30)], écrit fort bien que:

*« L'emprunteur ne doit pas accepter l'offre avant l'expiration du délai de dix jours ; dans le cas où il le ferait toutefois, **il n'est pas admis à " régulariser " cette infraction en renouvelant son acceptation après le délai de dix jours** ; la Cour de cassation a jugé, dans un arrêt du 30 mars 1994 (Cass. 1re civ., 30 mars 1994, n° 92-13.653, Mme Laszlo c/ Crédit du Nord : Bull. civ. 1994, I, n° 130) que **l'inobservation de la règle d'ordre public, édictée par l'article L. 312-10, alinéa 2, ne peut être couverte par la réitération de l'acceptation.***

Si l'emprunteur accepte l'offre avant l'expiration du délai de dix jours, cela peut être pour obtenir plus vite son prêt et réaliser plus vite son opération immobilière. Mais ce faisant, il se prive de la faculté d'examiner avec tout le soin nécessaire l'offre et de la possibilité de la comparer à celles que la concurrence peut lui proposer.

*Il est évident que l'examen attentif et la possibilité de comparaison sont des considérations qui priment sur celle de la célérité de l'opération. **La rapidité de l'opération ne profiterait en somme qu'au prêteur**, l'emprunteur succombant à ses charmes sans être en mesure de s'assurer de ceux des autres opérateurs sur le marché et sans apprécier la réelle valeur des conditions qui lui sont proposées.*

*Que ce soit de par sa précipitation, ou pressé par le prêteur, l'emprunteur peut donc être amené à accepter l'offre avant l'expiration du délai légal de réflexion. En cette circonstance, l'emprunteur est privé de la protection que la loi lui accorde - impérativement. **Son consentement n'aura pas été éclairé dans les conditions exigées.***

Cette violation de l'impératif légal appelle une sanction. »

a) Ce délai se calcule ainsi :

- le jour de réception ne compte pas ;
- on compte 10 jours entiers, et le dernier jusqu'à 24 H;
- le courrier ne peut partir que le lendemain.

Plus simplement : **date d'acceptation = jour de réception + 11 au minimum.**

Pour une réception datée du 10, un envoi du 20 sera irrégulier, **et la banque doit le refuser.**

NB : la date d'acceptation n'est pas celle portée sur l'offre par l'emprunteur mais – et le texte de l'article L. 312-10 du Code de la consommation empêche de juger autrement – **celle du cachet de la poste sur l'enveloppe de retour**. Ainsi une banque ne pouvant produire cette enveloppe en justice ne pourra qu'être sanctionnée pour violation du délai légal de réflexion ...si l'emprunteur utilise ce moyen.

C'est en effet sur la banque que repose la charge de cette preuve. Il s'agit de règles de forme.

b) les règles de forme, l'envoi postal :

Si l'article L. 312-7 du Code de la consommation dispose que :

le prêteur est tenu de formuler par écrit une offre adressée gratuitement par voie postale à l'emprunteur éventuel ainsi qu'aux cautions déclarées par l'emprunteur lorsqu'il s'agit de personnes physiques.

il ne contraint pas la banque à faire cet envoi postal obligé en recommandé avec avis de réception (R-AR).

Il en va de même pour le retour de l'offre par l'emprunteur, et s'il doit lui aussi être fait par voie postale c'est parce qu'il serait trop facile de faire signer n'importe quoi n'importe où (bureaux de la banque ou domicile de l'emprunteur) et sur le champ, sans réflexion, si ces 2 contraintes n'étaient pas imposées.

La question posée est donc de savoir si ces exigences sont de forme, seulement, ce qui est la position de la jurisprudence, ou devraient être aussi de fond. Cela gouverne aussi le régime des nullités, plus souple en matière de violation des règles de forme que de celles de fond.

c) sanction pénale :

La lecture de la disposition pénale d'amende de 30 000 euros est forcément stricte (le droit pénal ne permet pas de faire autrement !). La banque ne peut donc la subir que si elle a fait souscrire par l'emprunteur ou les cautions déclarées, ou a reçu de leur part l'acceptation de l'offre sans que celle-ci comporte de date ou dans le cas où elle comporte une date fautive de nature à faire croire qu'elle a été donnée après expiration du délai de dix jours prescrit à l'article L. 312-10. **Mais cela ne vaut que si la banque a elle-même faussement daté son offre, ou, cas plus fréquent, accepté un prêt que l'emprunteur aurait accepté par une violation du délai légal dont elle avait connaissance**. Par exemple si l'emprunteur a porté une date de réception de l'offre impossible, ou une date d'acceptation postérieure à son retour, la banque était en mesure d'apprécier qu'il y avait eu une telle violation du délai légal : elle devait refuser le contrat, illégalement formé devant l'ordre public.

Ce qui explique que des banques demandent parfois de leur retourner avec l'offre l'enveloppe de l'envoi qu'elles en avaient fait à l'emprunteur, si cet envoi était en courrier simple : toutefois **la quasi-totalité d'entre elles ont recours au recommandé avec avis de réception**. Elles se pré-constituent ainsi la preuve de la date de réception de l'offre par l'emprunteur... ce qui rend encore plus nécessaire une bonne vérification du respect du délai.

Seule une banque acceptant de violer le droit de la consommation ne fera ni envoi R-AR, ni demande de retour de l'enveloppe de son propre envoi.

d) La portée des mentions inscrites par l'emprunteur lui-même sur l'offre :

L'emprunteur peut contester en justice, sans conséquences défavorables pour lui, les dates qu'il a lui-même portées sur l'offre s'il utilise le moyen d'une violation du délai légal de réflexion connue de la banque afin d'obtenir sa déchéance.

Ce n'est pas choquant :

- l'emprunteur ne peut renoncer à la protection qui lui est assurée par l'ordre public ;

- c'est l'emprunteur qui est pressé de contracter (parfois par la faute de la banque, qui a traîné dans le montage de son dossier), le forum, et d'autres aussi, sont remplis de ces interrogations d'emprunteurs inquiets, prêts à tout pour avoir leur prêt au plus vite, et rageant contre ce délai. C'est à la banque de le faire respecter, et ce d'autant plus qu'elle a souvent intérêt à brusquer les emprunteurs afin de les empêcher d'aller voir la concurrence, ou même, pire, de comprendre un contrat trop complexe (à taux variable par exemple).

La jurisprudence est bien établie :

Cour d'appel d'Aix-en-Provence, chambre commerciale, 6 décembre 2007, N° de RG: 05/22476 :

« Les appelants, auxquels incombe la charge de la preuve, ne démontrent pas que les dates de réception des offres portées sur les formulaires d'acceptation sont erronées. »

Donc a contrario la preuve apportée par l'emprunteur contre les mentions qu'il a portées est possible, et bien recevable. Ici, simplement, les emprunteurs n'ont pu prouver l'inexactitude des dates qu'ils ont eux-mêmes portées et dont ils contestaient la véracité.

L'arrêt de cassation qui suit établi que :

- la mention de la date de réception portée par l'emprunteur **n'est pas probante contre lui ;**
- la banque doit prouver le respect du délai légal dès lors que ce point est contesté, la charge de la preuve de sa violation n'incombe pas à l'emprunteur.

Cour de cassation, chambre civile 1, 29 octobre 2002, N° de pourvoi: 99-17333
Publié au bulletin - Cassation partielle.

« Sur le moyen unique, pris en ses deux branches :

Vu les articles L. 312-10, alinéa 2, et L. 312-33 du Code de la consommation ;

Attendu que, selon le premier de ces textes, l'acceptation de l'offre d'un prêt immobilier, qui doit intervenir à l'expiration du délai de 10 jours après sa réception, doit être donnée par lettre, le cachet de la poste faisant foi ; qu'en application du second, la seule sanction civile de l'inobservation de cette règle de forme est la perte, en totalité ou en partie, du droit aux intérêts dans la proportion prévue par le juge ;*

Attendu que, suivant offre préalable que les époux X... ont déclaré avoir reçue par voie postale le 18 août 1992, le Crédit foncier de France leur a consenti un crédit immobilier qui a été constaté par acte authentique le 11 septembre 1992 ; que, soutenant que la banque ne prouvait pas que le délai de 10 jours pour accepter l'offre avait été respecté et que leur acceptation avait été expédiée par voie postale, les emprunteurs ont fait assigner, en mars 1996, le Crédit foncier pour le faire déclarer déchu du droit aux intérêts ;

Attendu que pour débouter les époux X... de leur demande, l'arrêt infirmatif attaqué retient, d'une part, qu'ayant signé une déclaration selon laquelle ils avaient accepté l'offre le 29 août 1992 et reconnu être en possession d'un exemplaire, la preuve de son acceptation après le délai de 10 jours était ainsi établie et, d'autre part, que les sanctions prévues à l'article L. 312-33 du Code de la consommation s'appliquent uniquement lorsque l'acceptation de l'offre n'est pas datée ou comporte une date fautive de nature à faire croire qu'elle a été donnée après l'expiration de ce délai ;

Attendu qu'en se prononçant par ces motifs, alors que l'acceptation n'avait pas été donnée dans la forme prescrite par l'article L. 312-10 du Code de la consommation, de sorte que l'acte invoqué ne faisait pas foi de la date de l'acceptation et que la déchéance du droit aux intérêts était encourue par le prêteur, la cour d'appel a violé les textes susvisés, le premier, par fautive application, et le second, par refus d'application ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, en ce qu'il a débouté les époux X... de leur demande en déchéance du droit aux intérêts, l'arrêt rendu le 14 mai 1999, entre les parties, par la cour d'appel de Versailles ; »

Publication : Bulletin 2002 I N° 255 p. 196

Décision attaquée : Cour d'appel de Versailles, du 14 mai 1999

* notons toutefois que cela ne concerne pas la violation éventuelle du délai légal, mais l'absence d'envoi postal de l'offre.

Titrages et résumés : PROTECTION DES CONSOMMATEURS - Crédit immobilier - Offre préalable - Acceptation - Délai de dix jours - Preuve - Moyen - Cachet de la poste – Portée .

Il résulte des articles L. 312-10, alinéa 2, et L. 312-33 du Code de la consommation que l'acceptation de l'offre de prêt immobilier, qui doit intervenir à l'expiration du délai de dix jours après sa réception, doit être donnée par lettre, le cachet de la poste faisant foi et que la seule sanction civile de l'inobservation de cette règle de forme est la perte, en totalité ou en partie, du droit aux intérêts dans la proportion prévue par le juge. Lorsque l'acceptation n'a pas été donnée dans la forme prescrite par l'article L. 310-12 susvisé, le prêteur encourt la déchéance du droit aux intérêts dès lors que l'acte contenant cette acceptation ne faisait pas foi de sa date.

e) La sanction civile de déchéance du prêteur du droit aux intérêts :

Elle interviendra donc, si le juge le veut bien, **non pas pour toute violation du délai légal mais uniquement si la banque a :**

- faussement daté son offre, ce que l'emprunteur aurait du mal à prouver en l'absence de courriers établissant cette fausseté ;

- accepté une offre sans date d'acceptation, ce qui revient à dire sans date d'acceptation prouvée par le cachet de la poste qui seul fait foi, il peut s'agir d'une absence de retour postal, ou de l'incapacité de la banque à produire l'enveloppe de retour (qu'elle soit perdue, ou à même de prouver la violation du délai légal !) ;

- accepté une offre avec fausse date d'acceptation, qui donc lui était connue comme étant impossible. A noter que cela comprend la fausse date de réception dès lors que la banque en avait aussi connaissance (soit par l'avis de réception, soit parce que celle portée serait antérieure à l'envoi). En effet le but est bien qu'il soit possible de vérifier le respect du délai légal de réflexion : dès lors une banque qui ne procède pas à l'envoi en R-AR de l'offre se met en mauvaise posture puisqu'**elle ne pourra pas prouver son propre envoi postal** (sauf si elle réclame le retour de son enveloppe, gymnastique avaricieuse), déjà, **alors que la charge de la preuve lui en incombe** en cas de contestation, ni qu'elle ait pu vérifier la date de réception. Cette économie de bout de chandelle peut donc se révéler bien coûteuse pour elle en cas de conflit.

Mais si la violation du délai légal est restée inconnue de la banque, sans aucune fraude du prêteur ou acceptée par lui, elle ne peut être sanctionnée ni pénalement (amende), ni civilement (déchéance).

f) Contre l'acte notarié la procédure d'inscription de faux ne sera pas nécessaire sauf si :

Quand le notaire se contente, sans interroger les parties, de retranscrire les mentions fausses portées sur l'offre par l'emprunteur, la contestation de ces dates ne nécessite pas d'en passer par la lourde procédure d'inscription de faux contre les actes authentiques, qui ne vaut que pour ce que le notaire a fait, ou pour ce qui s'est passé en sa présence :

*« l'acte authentique ne fait foi jusqu'à inscription de faux **que des faits que l'officier public y a énoncés comme les ayant accomplis lui-même ou comme s'étant passés en sa présence dans l'exercice de ses fonctions** »*

(entre autres : Cass. 1re civ., 16 juill. 1969 : Bull. civ. I, n° 277. - Cass. 3e civ., 7 mars 1973 : Bull. civ. III, n° 185. - Adde Cass. req., 15 févr. 1897 : DP 1897, 1, p. 582. - Cass. com., 20 oct. 1958 : D. 1958, p. 748. - Cass. 1re civ., 26 mai 1964 : JCP G 1964, II, 13758, note R.L. - Cass. com., 16 juill. 1980 : Bull. civ. IV, n° 298. - Cass. 1re civ. 4 mars 1981 : Bull. civ., I, n° 79.)

5) et pour une demande de nullité du contrat ?

J'aborde cette question, hors-sujet, car certains emprunteurs peuvent avoir intérêt à soulever la nullité du contrat si leur consentement a été irrégulièrement formé alors qu'ils ne sont pas certains d'obtenir la déchéance du droit aux intérêts du prêteur, mais cela supposera :

- de rembourser le prêt, la banque remboursant les intérêts déjà payés ;
- et cette fois la durée des 5 ans de prescription n'est pas susceptible d'être allongée (erreur pouvant être découverte dès l'origine !) sauf en cas de dol.

Elle ne relève pas du droit de la consommation (qui ne prévoit que la perte, en totalité ou en partie, du droit aux intérêts du prêteur s'il est – et seulement si ! - partie prenante de cette violation du délai légal) mais du droit civil général.

D'une part le consentement a été irrégulièrement formé (en violation de l'ordre public de protection : seul l'emprunteur pourra donc s'en prévaloir, dans un délai de 5 ans), mais d'autre part se pose la question de l'effet de la réitération du contrat lors de l'acte notarié (qui suit quasiment toujours un contrat de prêt sous seing-privé, du fait de la nécessité de constituer une garantie, et de l'intérêt pour la banque d'avoir un titre exécutoire *) pouvant effacer ou pas le vice de l'acceptation initiale.

** intérêt qui a bien été affaibli par l'évolution de la jurisprudence, qui ne traite pas les autres titres exécutoires de la même façon que ceux constitués par les décisions de justice. En pratique toute banque agissant par saisie contre son emprunteur défaillant sur la base de l'acte notarié va se retrouver devant le juge de l'exécution (JEX) qui peut porter atteinte à sa créance en constatant la prescription ou en prononçant la déchéance des intérêts, en plus de la question des irrégularités éventuelles de procédure.*

L'emprunteur ne peut renoncer au bénéfice de la règle d'ordre public (sauf s'il y a ensuite un renouvellement de l'acceptation constaté par acte authentique, et non une reprise des termes de l'acceptation irrégulière, cf. arrêt du 18 janvier 2000 ci-dessous). Mais l'action doit être engagée avant 5 ans.

Civ. 1ère, 9 décembre 1997, Bull. n° 368 , N° de pourvoi : 95-15494 ; Cassation :

« Sur le moyen unique, pris en ses trois branches :
Vu les articles L. 312-10, alinéa 2, et L. 313-16 du Code de la consommation ;
Attendu, selon le premier de ces textes, que l'emprunteur ne peut accepter l'offre que dix jours après l'avoir reçue ; que, selon le second, les dispositions applicables en matière de crédit immobilier sont d'ordre public ;
Attendu que Mme Savoie a formé une demande de prêt immobilier auprès de la banque Sovac immobilier ; qu'elle a assigné la banque en nullité du contrat de prêt pour violation des articles 5 et 7 de la loi du 13 juillet 1979 ;
Attendu que, pour débouter Mme Savoie de sa demande, l'arrêt attaqué relève qu'après avoir reçu l'offre le 17 décembre 1990 celle-ci a signé l'acte de prêt chez le notaire le 26 décembre suivant, soit le dixième jour après avoir pris connaissance de l'offre, que le contrat de prêt a été exécuté, que ce n'est que deux ans après l'avoir signé qu'elle a assigné la banque en nullité de ce contrat, qu'enfin, Mme Savoie n'allègue aucun grief né du non-respect des dispositions légales auquel elle a prêté son concours ;
Attendu qu'en statuant ainsi, alors que l'acceptation avait été donnée avant l'expiration du délai de dix jours suivant la réception de l'offre, et que la renonciation au bénéfice des dispositions d'ordre public de l'article L. 312-10 du Code de la consommation n'est pas possible, la cour d'appel a violé les textes susvisés ; »

Publication : Bulletin 1997 I N° 368 p. 249

La méconnaissance des dispositions d'ordre public est sanctionnée non seulement pénalement mais encore par la nullité (virtuelle et non textuelle donc) du contrat même s'il ne s'agit pas ici d'un prêt immobilier (Civ. 1ère , 7 octobre 1998, Bull. n° 290 p. 201– N° de pourvoi : 96-17829) : « *il est interdit au professionnel d'obtenir du client démarché à son domicile, avant*

l'expiration du délai de réflexion, directement ou indirectement, à quelque titre que ce soit, une contrepartie ou un engagement quelconque ».

La jurisprudence appliquant la déchéance pour la violation du délai légal est critiquée, le magistrat Nicolas MONACHON-DUCHENE déjà cité est partisan d'une interprétation extensive des textes consuméristes que justifie pour lui la violation de ce qu'il considère comme une **règle de fond** (il est possible que l'évolution de la jurisprudence aille dans ce sens, cela a déjà été le cas pour le crédit à la consommation, tant par l'action de certains juges du fond – dont un médiatisé dans une œuvre littéraire – que par celle de la CJUE).

Il fait valoir quant au débat sur la nature de l'ordre public à considérer que :

- la cohérence de la jurisprudence de la Cour de cassation est en cause (arrêt du 30 mars 1994 : l'emprunteur ne peut pas régulariser sa première acceptation donnée pendant le délai de réflexion et couvrir la nullité encourue par une seconde acceptation donnée après le délai de dix jours. Alors que le propre d'une nullité relative est de pouvoir être couverte par celui qu'elle entend protéger). On peut néanmoins lui objecter que la réitération telle que l'accepte la Cour de cassation cette fois dans un acte notarié ne se contentant pas de reprendre les énonciations fautives de l'offre, mais lui substituant une nouvelle acceptation, répond bien à cette possibilité.

- l'ordre public se définit par ce à quoi il ne peut être dérogé.

Qui qu'il en soit la Cour de cassation ne considère pas, du moins pour le moment, qu'il soit impossible de faire dans un acte notarié une nouvelle acceptation elle régulièrement formée. Mais elle y met des conditions très strictes.

C'est l'arrêt de Civ. 1ère, 18 janvier 2000 (Pourvoi n° 97-20.750) qui, **tout en rappelant que la confirmation de l'acceptation irrégulière n'était pas possible** a jugé qu'**une nouvelle acceptation devait être admise** :

« Vu l'article L. 312-10 du Code de la consommation, ensemble l'article L. 313-16 du même Code;

Attendu que pour annuler le prêt immobilier consenti par la Caisse d'épargne de Basse Normandie aux époux Dorange suivant offre émise le 13 mai 1985, l'arrêt attaqué retient que cette offre a été acceptée par les emprunteurs, le 23 mai 1985, moins de 10 jours après qu'ils l'ont reçue ;

*Attendu, cependant, que si le caractère d'ordre public des dispositions du premier des textes susvisés, s'oppose à ce que l'irrégularité de l'acceptation faite moins de dix jours après la réception d'une offre de prêt immobilier puisse être couverte par une confirmation, aucune disposition légale n'interdit à l'emprunteur de renouveler son acceptation après expiration de ce délai ; qu'en ne recherchant pas si, ainsi que le prétendait la Caisse d'épargne, les énonciations de l'acte authentique du 30 mai 1985 ne valaient pas **nouvelle acceptation**, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard des textes susvisés ; »*

Décision attaquée : cour d'appel de Caen (1ère chambre civile) 1997-09-02

N.B. : la cour de renvoi saisie après cette cassation a retenu que l'acte authentique avait été rédigé dans des conditions excluant tout vice du consentement (CA Rouen, 11 décembre 2001).

Dans le même sens : Chambre civile 1 ; 2 novembre 2005 ; N° de pourvoi : 03-20918 ; Rejet

Il faut donc bien différencier simple confirmation (inefficace) et réitération qui suppose, elle, que l'acceptation initiale soit régulière, ou qu'une acceptation cette fois régulière soit faite sans mention portant simple confirmation de la précédente.

L'arrêt qui suit analyse très bien cette distinction capitale entre confirmation (inefficace) et réitération:

Cour d'appel de Toulouse, ct0035 , 30 avril 2008 :

« Ils affirment que la signature de l'acte notarié du 5 février 2000 ne peut constituer une quelconque réitération de l'acceptation du crédit litigieux puisqu'il est simplement stipulé dans l'acte que " l'emprunteur reconnaît expressément avoir accepté l'offre conformément à l'article 7 de la loi du 13 juillet 1979 plus de dix jours après sa réception par lui ", ce qui ne constitue pas une nouvelle acceptation de l'offre et donc une réitération mais une tentative de confirmation tendant à couvrir l'irrégularité de l'acceptation prématurée, ce qui est impossible.

Le caractère d'ordre public de ces dispositions s'oppose à ce que l'irrégularité de l'acceptation puisse être couverte par une confirmation.

*Si aucune règle légale n'interdit à l'emprunteur de **renouveler** son acceptation après expiration du délai, les énonciations de l'acte notarié de prêt du 5 février 2000 ne peuvent valoir nouvelle acceptation.*

Cet acte qui contient affectation hypothécaire de premier rang sur la villa se borne, sur ce point, à mentionner que le prêteur a remis une offre de prêt que l'emprunteur reconnaît avoir reçue..... L'emprunteur reconnaît expressément avoir accepté l'offre de prêt, conformément à l'article 7 de la loi du 13 juillet 1979, plus de dix jours après sa réception par lui ', et celle-ci y a été annexée.

Il n'y a donc pas, d'évidence, une véritable acceptation mais uniquement une confirmation de l'acceptation irrégulière.

Le prononcé de la nullité de l'acte de prêt entraîne la remise des parties dans l'état où elles auraient été si le prêt n'avait pas été souscrit ; la SCI représentée par les époux Y... doivent donc restituer le capital versé par le CREDIT AGRICOLE et celui-ci les intérêts perçus. »

Et la banque doit être condamnée à rendre la somme de 47. 243, 74 € correspondant au total des intérêts encaissés à cette date pour les deux prêts.

En revanche cet arrêt constate lui une vraie réitération:

Cour d'appel d' Agen, 15 janvier 2003, N° de RG: 01/578 :

« ils soutiennent que la réitération de l'acceptation devant notaire lors de l'établissement de l'acte authentique ne saurait couvrir l'irrégularité initiale d'autant qu'en réalité, cet acte ne

vaut pas nouvelle acceptation, laquelle serait contraire aux règles de l'art. 6 du Code Civil*; ils ajoutent que l'exception de nullité qu'ils soulèvent n'est pas soumise au délai de prescription de l'art. 1304 du Code Civil mais à celui décennal de l'art. 189 bis du Code de Commerce, qui s'applique aux actes mixtes et ce d'autant plus qu'il n'existe aucune prescription plus courte édictée par le Loi sur le crédit immobilier, »

* qui interdit de déroger à l'ordre public.

L'acte notarié est en revanche sans aucun effet de 'couverture' pour les fautes sanctionnées par la déchéance dans une offre. Autrement dit : la déchéance, sanction relative à l'offre, reste acquise même si la réitération est valable, et cette réitération efficace interdirait seulement de demander la nullité du contrat, sauf si l'on avait renoncé explicitement à toute demande de déchéance dans l'acte notarié :

Cour de cassation, chambre civile 1, 5 juin 2008, N° de pourvoi: 07-14120, Cassation :

« Vu l'article L. 312-7 du Code de la consommation ;

*Attendu que l'Union de crédit pour le bâtiment (UCB) a émis, le 8 octobre 1999, une offre de prêt immobilier d'un montant de 645 383 euros au profit de M. et Mme X... ; qu'après acceptation en date du 20 octobre 1999, le prêt a été réitéré par acte authentique le 25 octobre 1999 ; que, **contestant le respect par la banque des formalités d'envoi de l'offre et de son acceptation, les emprunteurs ont sollicité la déchéance du droit aux intérêts du prêteur;***

Attendu que pour débouter M. et Mme X... de leur demande tendant à la déchéance du droit aux intérêts de l'UCB, l'arrêt relève que si les emprunteurs ne peuvent renoncer par anticipation aux règles de protection légale d'ordre public, il leur est néanmoins loisible de renoncer à leur droit acquis de se prévaloir de leur méconnaissance, ce qui résulte de leur participation à l'acte notarié conclu le 25 octobre 1999 et portant réitération de l'offre et de son acceptation par leurs soins ;

Qu'en se déterminant par de tels motifs impropres à caractériser la renonciation au bénéfice de la sanction résultant du non-respect des dispositions d'ordre public relatives au formalisme de l'offre préalable, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision »

En revanche la nullité d'une acceptation d'une offre faite en violation du délai de réflexion de dix jours imposé par des dispositions d'ordre public, **et non réitérée ensuite**, fait que **le contrat ne s'est jamais formé** :

« Les appelants n'ont pas respecté le délai imposé puisqu'ils ont accepté l'offre prématurément le 13 avril 1995. Ce faisant, ils ont violé les dispositions d'ordre public de la loi du 13 juillet 1979 devenues l'article L. 312-10 du Code de la consommation et la nullité résultant de cette violation ne peut être couverte par la réitération de l'acceptation. **Le contrat ne s'est jamais formé et l'intimée n'avait pas à faire constater la nullité ;** » (Cour d'appel d'Agen ; 20 décembre 2000 ; N° de pourvoi : 1999/00332 ; Publié par le Service de documentation et d'études de la Cour de cassation).

Il s'agissait en l'espèce d'un avenant que les emprunteurs avaient retourné en violation du délai légal (qui vaut aussi pour un avenant, mais désormais, depuis 1999, c'est l'article L312-

14-1 du Code de la consommation qui traite de l'avenant), et la banque l'avait ignoré comme s'il était inexistant – ce que la Cour accepte, alors que les emprunteurs en faisaient grief à la banque. Et la Cour a considéré que la banque n'avait bien entendu aucune obligation de soumettre un nouvel avenant aux emprunteurs (Cf. ce qui a été dit plus haut pour la caducité de l'offre).

IV) Les dispositions pouvant être violées par la banque (2) : le contenu de l'offre

C'est l'article L312-8 du Code de la consommation qui est ici en cause, et ses dispositions sont peu utilisées en comparaison de l'exploitation de l'inexactitude du TEG. C'est étrange car les cas de violation des dispositions qui suivent peuvent parfaitement se rencontrer, et certaines sont en lien direct avec les causes à l'origine de l'inexactitude du calcul du TEG. En outre leur constatation est aisée, sans qu'il soit besoin ici d'une expertise, et ce terrain sera plus familier de la grande majorité des juges et des avocats.

NB : faites toujours attention à la version de cet article qui s'appliquait à la date d'émission de l'offre en cause, qui se verra sur Legifrance, avec les versions antérieures qu'on peut retrouver en ligne. Mais les changements ne concernent que les alinéas 2 ter (offres de prêts dont le taux d'intérêt est variable, non traitées dans ce sous-forum) et 4° bis (liberté du choix de l'assureur).

Article L312-8 du Code de la consommation sans son alinéa 2 ter :

L'offre définie à l'article précédent :

1° Mentionne l'identité des parties, et éventuellement des cautions déclarées ;

*2° Précise **la nature, l'objet, les modalités du prêt**, notamment celles qui sont relatives aux dates et conditions de mise à disposition des fonds ;*

*2° bis. Pour les offres de prêts dont le taux d'intérêt est fixe, comprend un **échancier des amortissements** détaillant pour chaque échéance la répartition du remboursement entre le capital et les intérêts ;*

*3° Indique, **outre** le montant du crédit susceptible d'être consenti, et, le cas échéant, celui de ses fractions périodiquement disponibles, **son coût total, son taux défini conformément à l'article L. 313-1*** ainsi que, s'il y a lieu, les modalités de l'indexation ;*

*4° **Énonce**, en donnant une **évaluation de leur coût, les stipulations, les assurances et les sûretés réelles** ou personnelles exigées, qui conditionnent la conclusion du prêt ;*

4° bis Mentionne que l'emprunteur peut souscrire auprès de l'assureur de son choix une assurance dans les conditions fixées à l'article L. 312-9 ;

5° Fait état des conditions requises pour un transfert éventuel du prêt à une tierce personne ;

6° Rappelle les dispositions de l'article L. 312-10.

***Toute modification des conditions d'obtention** d'un prêt** dont le taux d'intérêt est fixe, notamment le montant ou le taux du crédit, donne lieu à la remise à l'emprunteur d'une nouvelle offre préalable.*

** ce qui place bien ce calcul du TEG sous la dépendance de cet article qui est lui d'ordre public (mais ce n'est pas le cas de l'article L. 313-1).*

*** d'où l'arrêt Edouard (Cass. civ. 1^{ère}, 6 janvier 1998, Bull. civ. I, n° 5), qui, partant d'une lecture stricte de cet alinéa (mal rédigé puisque ne distinguant pas les révisions antérieures ou postérieures à la formation du crédit) imposa que chaque renégociation de prêt s'accompagne de la remise d'une offre préalable de crédit. D'où, en riposte, la création en 1999 pour y parer du nouvel article L. 312-14-1 du Code de la consommation qui impose de passer un avenant avant la révision du contrat initial, à l'exclusion du recours à l'offre préalable de prêt, forme réservée à la création d'un nouveau contrat. En effet l'encours de prêts renégociés susceptibles d'être contestés aurait représenté 200 milliards de francs selon le lobby bancaire, bien suivi par le Législateur.*

Notons que cet article L312-8 du Code de la consommation n'est pas très bien rédigé :

- il a été rafistolé par ajouts successifs, de là les bis et ter...
- surtout, il est mal structuré : le 4° devrait précéder la partie du 3° concernant le coût total et le taux alors que la partie du 3° concernant le montant du crédit susceptible d'être consenti, et, le cas échéant, celui de ses fractions devrait aller avec les modalités en 2°.

Les dispositions pouvant être violées, sous la sanction de déchéance du prêteur au droit aux intérêts conventionnels, sont avant tout les suivantes, au regard desquelles l'offre devra être soigneusement vérifiée :

1) L'offre doit préciser la nature, l'objet, les modalités du prêt, notamment celles qui sont relatives aux dates et conditions de mise à disposition des fonds :

a) la nature et les modalités du prêt :

Le plus souvent la banque va donner un nom de pur marketing, sans valeur précise pour l'emprunteur, alors qu'il faudrait ici qu'il puisse connaître le fonctionnement de son crédit, notamment ses modalités d'amortissement

La durée du prêt en relève aussi.

Parenthèse quand même sur les offres de prêts dont le taux d'intérêt est variable, concernées par ce point, avec un cas que je viens de voir où l'emprunteur ne comprenait pas si seule la durée du prêt ou aussi le montant des échéances pouvait varier:

- si cette durée était clairement indiquée ici (et non dans les clauses en petits caractères plus loin) l'emprunteur saurait à quoi il s'engage : par exemple à payer pendant 27 ans au lieu de 25 ;
- si ces modalités étaient clairement indiquées ici l'emprunteur aurait su qu'il s'engageait en plus à voir augmenter le montant des échéances bien au-delà de celui qui était annoncé comme 'de principe'.

On voit donc l'intérêt qu'il y a à ce que ces dispositions ne soient pas violées. Mais même pour les offres de prêts dont le taux d'intérêt est fixe il peut y avoir des manquements au devoir d'information, ainsi dans le cas d'un prêt *in fine*, la jurisprudence impose un soin spécial pour que l'emprunteur sache à quoi il s'engage et donc cette nature de prêt *in fine* doit être clairement apparente :

Cour d'appel de Colmar, 12 mai 2005 :

« En premier lieu ils soutiennent que les contrats litigieux ne comportent pas l'indication de la nature du contrat et des modalités du prêt, son caractère de crédit in fine (...).

*S'il est constant que l'adoption du mécanisme du contrat de crédit in fine relève de la liberté contractuelle, **encore faut-il que ses modalités de remboursement soient explicitées à l'emprunteur et clairement exprimées dans l'acte.**(...)*

*Par ailleurs aucune disposition particulière des contrats ne précise avec évidence le **remboursement du capital in fine**, ni le remboursement à chaque mois à la banque d'une échéance comprenant les seuls intérêts (...).*

*Dans ces conditions, et sans qu'il y ait lieu d'examiner les autres moyens soutenus par les époux Y..., **il est établi que les offres de prêt litigieux ne répondaient pas aux conditions de l'article L 312-8-2° du Code de la Consommation** si bien qu'est encourue la sanction de la déchéance du droit aux intérêts prévus par l'article L 312-33 dernier alinéa dudit Code. »*

Voici en revanche le cas d'une offre de prêt claire, cet arrêt (Cour d'appel de Toulouse, ct0035 , 30 avril 2008) nous mettant en présence d'une information convenable que rappelle la banque *« d'une part ils ont à quatre reprises successives signé ou paraphé de nombreux actes sous seing privé ou authentiques s'y rapportant (offre de crédit, acceptation de l'offre, acte de nantissement, acte authentique de réitération de l'emprunt avec garantie hypothécaire) qui comportaient la **mention “ avec remboursement du capital sur la dernière échéance “** et d'autre part ils sont familiers du monde des affaires, »*

Il faut donc en retenir que les modalités du prêt doivent être rendues parfaitement intelligibles pour un emprunteur, surtout s'il est non professionnel. Il en ira de même dans le cas où une franchise d'intérêts existerait, sans être rendue apparente dans la description des modalités du prêt.

b) l'objet du prêt :

Il doit être rendu apparent, notamment pour le jeu éventuel de la clause résolutoire, donc le bien en cause sera clairement identifié. Mais aussi la nature des travaux, s'ils sont financés par le crédit.

c) les conditions de mise à disposition des fonds :

Cela concerne surtout les ventes en VEFA.

Mais cette disposition doit aussi permettre à l'emprunteur de s'y retrouver dans le calcul des intérêts si le déblocage des fonds ne se fait pas en une fois, alors que le tableau d'amortissement n'a dans ce cas qu'un caractère prévisionnel.

2) le tableau d'amortissement :

C'est seulement pour les offres de prêts dont le taux d'intérêt est fixe que cet échéancier des amortissements doit détailler pour chaque échéance la répartition du remboursement entre le capital et les intérêts. L'emprunteur peut y apprécier l'étendue de ses engagements mois après mois, et notamment savoir à tout instant le montant du capital restant dû.

Ce n'est pas lui qui doit être le seul endroit de l'offre où soient décrites, ou enfin rendues intelligibles, les modalités du prêt.

Il faut noter que **la jurisprudence impose en outre qu'aucun calcul ne soit mis à la charge de l'emprunteur** : ce document doit donc être parfaitement intelligible, **c'est à la banque de fournir l'information sous une forme utilisable par un profane.**

La Cour de Cassation (Chambre civile 1, 2 juillet 1996, Cassation partielle, N° de pourvoi : 94-17530, parmi de nombreux arrêts de même sens) a ainsi justifié un arrêt sanctionnant un tableau d'amortissement ne fournissant l'information requise que pour un montant (tranche) de 10 000 francs, parce qu'il n'était pas établi pour le montant exact du prêt et imposait donc un calcul à l'emprunteur :

*« Mais attendu, d'abord, que la cour d'appel a exactement énoncé que **la loi visait à garantir à l'emprunteur une information précise lui permettant, d'un seul coup d'œil, de juger l'effort financier à consentir et de prendre connaissance de l'évolution, dans le temps, de sa dette en capital, de sorte qu'en imposant à l'emprunteur un calcul pour mesurer l'étendue et les modalités de son engagement éventuel la société CARPI a méconnu les exigences légales** ; qu'ensuite la faculté ouverte par l'article L. 312-33, alinéa 4, du Code de la consommation de prononcer la déchéance totale ou partielle des intérêts relève du pouvoir discrétionnaire du juge ; »*

3) Les charges liées au prêt (hors calcul du TEG):

C'est ici, en général, que les choses peuvent le plus se gêner, certaines banques étant tentées de sous-estimer le coût du crédit à l'emprunteur, soit pour qu'il en prenne plus allégrement pour 20 ou 25 ans, soit pour faire croire que els conditions proposées sont plus favorables que celles de la concurrence (et on devrait donc retrouver ici, au lieu de l'ordre public de protection, l'ordre public de direction).

La question est donc particulièrement grave, elle conditionne le caractère éclairé de l'acceptation de l'emprunteur, jusqu'à mettre en cause, dans certains cas, des pratiques dolosives.

a) L'importance des énonciations requises :

On accorde trop peu d'intérêt à cette analyse, or c'est déjà à ce niveau, le plus souvent, que se trouve l'origine du calcul inexact du TEG. Et c'est ce que l'emprunteur profane peut le plus facilement découvrir.

L'offre doit donc **énoncer**, en donnant une évaluation de leur coût, **les stipulations, les assurances et les sûretés réelles** ou personnelles exigées, qui conditionnent la conclusion du prêt.

Si cela n'est pas fait, déjà, la banque s'expose à la sanction de déchéance du prêteur au droit aux intérêts conventionnels, et en outre elle aura sans doute nécessairement mal calculé le TEG puisqu'il s'agit là de ses bases de calcul : les données requises ne seront pas entrées dans le logiciel...

Notons qu'il faut **distinguer l'estimation de l'énonciation**, qui liste juste les exigences de la banque : sans elle il n'y a pas de clarté contractuelle, déjà. Ni de bonne foi : il en va ainsi par exemple de certaines pratiques en matière de souscription de parts sociales, imposée par des banques mutualistes.

Des banques résistent ainsi à l'inclusion légale de certaines des charges qu'elles imposent à leurs emprunteurs dans le calcul du TEG, mais aussi déjà dans la liste de leurs exigences. La pratique se voulant astucieuse pour contourner la loi, qui fut suggérée sur ce forum, consistant à faire 'comme si' cette souscription de parts sociales était purement volontaire et non liée au prêt vient d'être sanctionnée récemment.

Cour de cassation, chambre civile 1, 3 février 2011, N° de pourvoi: 09-71948, cassation :

Vu l'article 455 du code de procédure civile ;

Attendu que pour débouter les époux X... de leur demande tendant à la nullité de la stipulation d'intérêts et à la déchéance du droit aux intérêts du prêteur, l'arrêt retient que les emprunteurs ont souscrit des parts sociales le 10 juillet 2004, que l'offre de prêt leur a été adressée le 31 juillet 2004 et qu'il résulte de ce simple rappel de dates que la souscription de parts sociales n'était pas une condition de l'octroi du prêt ;

*Qu'en statuant ainsi, sans répondre aux conclusions des époux X... **qui faisaient valoir la concomitance de la souscription des parts sociales le 10 juillet 2010 et de l'acceptation de la demande de crédit immobilier par une lettre du même jour** dans laquelle la banque les informait qu'après étude de leur dossier elle émettait un avis favorable à leur demande de financement, la cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences du texte susvisé ;*

Le même arrêt casse aussi l'arrêt de la Cour d'appel d'Orléans du 16 septembre 2009 pour dénaturation des faits par les juges du fond, au visa de l'article 1134 du code civil, qui fait du contrat la loi des parties, et à exécuter de bonne foi :

*Attendu que pour débouter les époux X... de leur demande tendant à la nullité de la stipulation d'intérêts et à la déchéance du droit aux intérêts du prêteur, l'arrêt retient que la banque n'a pas exigé une seconde assurance et que l'acte de prêt est tout à fait clair en sa **page 12** où il précise qu'une seule assurance est prise en compte ;*

*Qu'en statuant ainsi, alors que l'acte de prêt rappelait **page 13** que "l'emprunteur.. avait été admis à l'assurance décès invalidité proposée par le prêteur dans les conditions suivantes :*

- M. X... à hauteur de 100 % du capital emprunté,

- Mme X... à hauteur de 100 % du capital emprunté..",

la cour d'appel a dénaturé les termes clairs et précis de l'acte de prêt du 28 août 2004 ;

On voit ainsi par là la portée des exigences de l'article L312-8 du Code de la consommation : les engagements pris par les emprunteurs doivent être clairement et honnêtement explicités dans l'acte. Sans fraude : l'obligation de souscrire des parts sociales ne doit pas être dissimulée comme ci-dessus, ou niée avec la plus parfaite mauvaise foi, comme dans le cas de la banque de Pollux1963.

Cour de cassation, chambre civile 1, 9 décembre 2010, N° de pourvoi: 09-67089, Publié au bulletin, Cassation :

Attendu que le 9 novembre 2004, la Casden banque populaire (la banque) a consenti à M. et

Mme X... un prêt à la consommation d'un montant de 13 000 euros au taux effectif global de 5,35 % ; qu'à l'occasion de la conclusion de ce prêt les emprunteurs ont souscrit des parts sociales auprès de la banque ;

Attendu que pour débouter les époux X... de leur demande tendant à voir prononcer la déchéance du droit aux intérêts du prêteur pour n'avoir pas intégré les frais liés à la souscription des parts sociales dans le taux effectif global, le tribunal retient que ces frais ne présentent pas un lien direct et exclusif avec le crédit et qu'ils ne constituent pas une charge réelle pour l'emprunteur dans la mesure où ils peuvent lui être remboursés ;

Qu'en statuant ainsi, quand le coût des parts sociales dont la souscription est imposée par l'établissement prêteur comme une condition d'octroi du prêt, constitue des frais entrant nécessairement dans le calcul du taux effectif global, le tribunal a violé le texte susvisé ;

En effet cette banque osait prétendre, sans craindre la contradiction, que ces parts étaient à acquérir non pour bénéficier d'un prêt, mais pour devenir sociétaire (qualité acquise depuis neuf années par ses emprunteurs !), que nulle nouvelle souscription de parts sociales n'était nécessaire pour obtenir un prêt ensuite (alors que les emprunteurs avaient dû en acquérir de nouvelles lors de nombreux emprunts antérieurs, en fonction du montant emprunté), que ces parts étaient remboursées (ce qui n'était pas le cas des souscriptions précédentes), alors que de toute façon les statuts de la banque mettent ce remboursement à sa discrétion, et contraignent à quitter la banque en cas d'accord. La Cour de cassation ne fait pas non plus de l'intérêt éventuellement servi un motif dispensant de prendre en compte la souscription de parts sociales, c'est d'autant plus légitime que cet intérêt n'est pas garanti, qu'il est de toute façon inférieur à celui rémunérant le prêt, et qu'elle ne le verse que très rarement.

En outre ces parts sont bien, statutairement, une garantie du prêt.

La souscription de parts sociales ne concerne que les banques mutualistes, mais on attendrait d'elles un comportement exemplaire (soit : allant même plus loin, sur le plan éthique, que le simple respect de la loi), tant elles aiment à se prévaloir de leurs 'valeurs mutualistes', argument publicitaire qui ne doit pas être dévoyé derrière des violations de la loi. Sinon, à quoi bon avoir des banques mutualistes ? Les banques capitalistes n'ont-elles pas à rémunérer leurs actionnaires et leurs apporteurs des capitaux à prêter ?

Il en va de même pour l'assurance-incendie quand elle est exigée par le prêteur. Cette assurance n'est pas obligatoire, déjà (en outre quand il s'agit d'un emprunt finançant un investissement locatif, le locataire a lui à s'assurer, il y a donc doublon), mais surtout une banque qui impose que les indemnités lui soient versées en cas de sinistre en fait bien une garantie du prêt.

Dès lors qu'elles ne peuvent plus dissimuler une partie des charges qu'elles imposent aux emprunteurs, bien des banques renoncent à certaines exigences : la banque de Pollux1963 ne réclame plus la souscription de parts sociales pour le crédit à la consommation (là, l'incidence sur le TEG était plus forte que pour le crédit immobilier) bien qu'elle ait prétendu que cette exigence relevait de la loi sur la mutualité ; d'autres banques renoncent à exiger une assurance-incendie...

Retenons que toute charge qui est exigée par le prêteur comme condition d'octroi du prêt doit être déjà énoncée dans l'offre.

Sont aussi compris dans le sujet (mais pas les frais de remboursement anticipé : IRA, car ils ne sont qu'éventuels, et dépendent d'une décision des emprunteurs):

- les frais de dossier, quand ils existent ;
- les charges autrement plus lourdes liées aux grandes garanties classiques du prêt : coût de la constitution d'une hypothèque conventionnelle, d'une caution (y compris les frais d'information annuelle), d'un privilège de prêteur de deniers...

Mais là il devient plus difficile pour une banque d'en contester la nécessité que pour l'assurance-incendie ou pour souscription de parts sociales, le débat se déplace alors sur l'impossibilité dans laquelle elles seraient d'en estimer le coût.

b) L'estimation de ces charges est indispensable :

J'insiste là-dessus car les conséquences en sont grandes.

D'abord cette estimation est **distincte de l'obligation de calcul du TEG** dont nous verrons qu'elle laisse, elle, place à une tolérance (de plus en plus réduite) permettant d'écarter des charges non chiffrables avec une précision suffisante à la date d'émission de l'offre.

Ce qui veut dire, s'agissant d'une simple estimation, qu'elle est toujours possible.

Ensuite **c'est à la banque d'interroger les emprunteurs sur les coûts dont elle ignore le montant**, comme celui de l'assurance-incendie.

Enfin, à défaut que cette estimation ait été faite, les emprunteurs ne peuvent voir que le TEG est faux, et encore moins si l'énonciation des charges en question n'a pas été complètement faite. L'intérêt pour les emprunteurs est que **cela va reculer le plus souvent la date de la découverte de l'erreur sur le TEG.**

Et à défaut que tout ceci ait été correctement effectué par la banque, on peut être quasiment assuré qu'une autre violation de ses obligations aura été commise par la banque, celle relative au coût total du crédit :

c) Le coût total du crédit :

Il doit impérativement être indiqué dans l'offre préalable.

Il est constitué des intérêts, primes d'assurance (ADI, assurance-incendie si elle est exigée, sauf s'il s'agit d'assurances facultatives, par exemple du chômage) et des frais divers supportés par l'emprunteur (frais de dossier, souscription éventuelle de parts sociales constitution d'hypothèque etc.).

Le coût total du crédit est donc la différence entre le capital emprunté et la somme globale réglée au titre du prêt par l'emprunteur du fait des exigences de la banque, et d'elles seules. C'est là tout ce qui va devoir entrer dans le calcul du TEG.

Mais le recours à un courtier, qui serait payé par l'emprunteur à sa seule initiative, peut poser problème, pour certaines banques il ne devrait pas avoir à y figurer, d'autres liront strictement (ce qui me semble devoir être le cas) l'article L. 313-1 du Code de la consommation qui veut que le TEG comprenne tous les frais « *y compris ceux qui sont payés ou dus à des intermédiaires intervenus de quelque manière que ce soit dans l'octroi du prêt* ».

Ainsi le coût total permet bien à l'emprunteur l'approche la plus efficace de l'information sur le coût véritable de l'opération - que le TEG ne donne lui qu'en pourcentage - puisqu'elle est fournie là en valeur absolue, la plus 'parlante' pour le consommateur. Si ce coût total est mal affiché, c'est d'autant plus grave que c'est la seule information permettant à l'emprunteur, par un seul chiffre, de mesurer toutes les conséquences financières de son engagement, notamment celles relatives au prix de revient réel de l'achat immobilier rendu possible par ce prêt. En son absence, nul consentement éclairé ne peut donc se former : faute d'indication du coût total du crédit manque ainsi l'élément capital, immédiatement compréhensible, de la formation d'un consentement fourni en parfaite connaissance de cause.

C'est l'outil de comparaison le plus parlant entre des offres concurrentes, surtout quand elles sont de taux nominaux, de garanties exigées, et de durées qui diffèrent. C'est en pratique le coût d'achat du service qu'est le crédit, **ainsi vendu par une banque, en cas d'erreur, sans que le consommateur soit informé du prix de vente véritable**, ce qui est illégal, et inadmissible. **Aucun calcul ne devant être mis à la charge de l'emprunteur**, c'est à la banque de fournir l'information sous une forme utilisable par un profane, **l'offre préalable doit être immédiatement intelligible sans que le consommateur ait le moindre calcul à effectuer**.

Or une erreur à ce niveau est bien plus aisée à saisir par l'emprunteur que celle concernant le calcul du TEG, qui a toutes chances d'être faux également dès lors que le coût total serait inexactement affiché. Mais **déjà il y a là une cause de déchéance du prêteur au droit aux intérêts conventionnels, qu'on omet habituellement de considérer**, notamment sur ce forum, qui ne se focalise que sur le calcul du TEG, au point de lui consacrer des centaines de pages.

4) Le rappel des dispositions de l'article L. 312-10 :

Il y a peu de chances qu'il fasse défaut, c'est son respect concret qui est en cause pour le délai légal de réflexion, il arrive qu'une banque ne place ce rappel que pour se dédouaner de violations qu'elle tolère ou même suscite, le cas s'est vu. Alors que la loi lui impose de refuser toute offre acceptée par l'emprunteur en violation du délai légal de réflexion.

Cet article, nous l'avons vu, dispose que :

L'envoi de l'offre oblige le prêteur à maintenir les conditions qu'elle indique pendant une durée minimale de trente jours à compter de sa réception par l'emprunteur.

L'offre est soumise à l'acceptation de l'emprunteur et des cautions, personnes physiques, déclarées. L'emprunteur et les cautions ne peuvent accepter l'offre que dix jours après qu'ils l'ont reçue. L'acceptation doit être donnée par lettre, le cachet de la poste faisant foi.

Rappelons que :

- la violation du délai légal est toujours sanctionnable par la déchéance prévue par l'article L312-33 dès lors qu'il y a un comportement volontaire du prêteur qui tend à violer les règles protectrices de l'emprunteur, et fait souscrire ou reçoit une acceptation sans date, ou avec une fausse date tendant à faire croire que l'acceptation a été donnée après l'expiration du délai de réflexion, alors que la banque a connaissance de cette violation. Et cette volonté d'enfreindre la loi pour s'exonérer des contraintes de la protection de l'emprunteur est en outre un délit.

- c'est seulement dans le cas d'une violation sans fraude du prêteur que la déchéance ne peut s'appliquer, et que joue la nullité (mais relative) : toutefois ce cas est rare puisqu'il ne peut exister que si l'emprunteur n'a pas falsifié la date de l'acceptation, et que la date de réception de l'offre soit restée inconnue de la banque tout en étant compatible avec la date d'expédition en courrier simple qu'elle connaît, elle, mais date ne lui étant pas antérieure.

En rapprochant « *L'offre est soumise à l'acceptation de l'emprunteur* » de « *L'emprunteur et les cautions ne peuvent accepter l'offre que dix jours après qu'ils l'ont reçue* » on devrait pouvoir considérer, mais contre la position bien assurée de la Cour de cassation (qui entend protéger el consommateur contre la nécessité dans laquelle cela le placerait d'avoir à rembourser le prêt), qu'il ne s'agit pas d'une nullité relative, mais d'une inexistence du contrat. Qui, dans certains cas, serait plus à l'avantage de l'emprunteur qu'une nullité relative prescrite.

5) Les charges liées au prêt et le calcul du TEG :

A) C'est le moyen le plus utilisé, par une certaine paresse intellectuelle peut-être, afin d'obtenir la déchéance du prêteur au droit aux intérêts conventionnels. Mais cela est dû aussi à l'activité de toute une foule d'acteurs se prévalant d'une qualité d'analystes financiers, démarchant le consommateur sur l'internet, pêchant sur les forums les emprunteurs en difficulté, en leur proposant de leur faire découvrir – parfois de façon agressive – que leur TEG est erroné et que donc la déchéance leur sera acquise. Au prix bien entendu de quelques euros, enfin, pas mal d'euros trop souvent.

C'est oublier que :

- la déchéance du prêteur au droit aux intérêts conventionnels relevant du pouvoir discrétionnaire du juge du fond, celui-ci n'est pas toujours prêt à l'accorder à un emprunteur qui agit contre sa banque sous la pression intéressée de tels démarcheurs. J'ai vu un intervenant sur ce forum voir son analyste financier, un peu trop connu pour ses pratiques de racolage du client, assez sèchement renvoyé dans les cordes. Il en irait différemment, sans doute, d'emprunteurs en difficulté confrontés à une action de la banque contre eux.

Mais on peut craindre que la systématisation de ces démarches mercantiles d'analystes financiers ne finissent par se retourner contre les consommateurs, jusqu'à provoquer une modification de la loi afin d'éviter un effet d'aubaine, ou à détourner nombre de juges du fond d'accorder cette déchéance, du moins en totalité, sauf dans les cas les plus graves.

- il y a bien d'autres moyens, comme nous le développons ici, pour soulever la déchéance du prêteur que la seule mise en cause du calcul inexact du TEG, moyens qui ne nécessitent pas de recourir à ces analystes financiers, parfois connus comme le loup blanc dans certaines enceintes judiciaires.

Il faut rappeler aussi, ce tutoriel ayant pour vocation d'informer le consommateur sur sa protection, que le rapport **amiable** d'un expert auto-proclamé, mais non inscrit sur une liste d'experts judiciaires près une Cour d'appel (la liste en est disponible, avec leur spécialité, sur le site de la Cour de cassation) et non désigné par un juge pour effectuer une expertise judiciaire, donc **contradictoire**, n'aura pas du tout le même poids qu'une expertise contradictoire.

Cependant un rapport amiable produit en justice, dès lors qu'il a pu être discuté par les parties, devient un élément de preuve : si la démonstration de l'erreur de chiffrage du TEG est évidente, la banque aura peu d'intérêt à la contester et donc à réclamer une expertise judiciaire (dont le plaideur qui demande la déchéance devra avancer les frais, risque cependant minime dès lors que le TEG est manifestement inexact). Plus souvent encore elle préférera que ses pratiques violant la loi reçoivent le moins de publicité possible. Mais si l'analyste financier, non inscrit sur une liste d'experts près une Cour d'appel, s'est trompé, le risque est considérable. Or certains ne font payer leur analyse du TEG que s'ils y découvrent une erreur dont parfois ils seront seuls à être persuadés, à l'exclusion du juge, dont l'opinion a quelque importance.

B) Les dispositions à respecter sont les suivantes (attention : dans leur version actuelle, récente, les états antérieurs se verront sur Legifrance), mais ces articles ne sont pas, curieusement, d'ordre public :

Article L. 313-1 du Code de la consommation :

*Dans tous les cas, pour la détermination du taux effectif global du prêt, comme pour celle du taux effectif pris comme référence *, sont ajoutés aux intérêts les frais, commissions ou rémunérations de toute nature, directs ou indirects, y compris ceux qui sont payés ou dus à des intermédiaires intervenus de quelque manière que ce soit dans l'octroi du prêt, même si ces frais, commissions ou rémunérations correspondent à des débours réels.*

Toutefois, pour l'application des articles L. 312-4 à L. 312-8, les charges liées aux garanties dont les crédits sont éventuellement assortis ainsi que les honoraires d'officiers ministériels ne sont pas compris dans le taux effectif global défini ci-dessus, lorsque leur montant ne peut être indiqué avec précision antérieurement à la conclusion définitive du contrat.

En outre, pour les prêts qui font l'objet d'un amortissement échelonné, le taux effectif global doit être calculé en tenant compte des modalités de l'amortissement de la créance.

*Un décret** en Conseil d'Etat déterminera les conditions d'application du présent article.*

* Qui est celui pratiqué par toutes les banques et qui est retenu pour définir le taux de l'usure.

** c'est l'article R313-1 ci-dessous

Article L. 313-2 du Code de la consommation :

Le taux effectif global déterminé comme il est dit à l'article L. 313-1 doit être mentionné dans tout écrit constatant un contrat de prêt régi par la présente section.

Toute infraction aux dispositions du présent article sera punie d'une amende de 4 500 euros.

[Rappel : un TEG erroné équivaut à l'absence de TEG]

Article R313-1 du Code de la consommation :

Sauf pour les opérations de crédit mentionnées au 3° de l'article L. 311-3 [= prêts destinés à financer les besoins d'une activité professionnelle, ainsi que les prêts aux personnes morales de droit public] et à l'article L. 312-2 du présent code [= crédit immobilier pour les immeubles à usage d'habitation ou à usage professionnel d'habitation et pour l'achat de terrains destinés à leur construction] pour lesquelles le taux effectif global est un taux annuel, proportionnel au taux de période, à terme échu et exprimé pour cent unités

monétaires , le taux effectif global d'un prêt est un taux annuel, à terme échu, exprimé pour cent unités monétaires et calculé selon la méthode d'équivalence définie par la formule figurant en annexe au présent code. **Le taux de période et la durée de la période doivent être expressément communiqués à l'emprunteur.**

Le taux de période est calculé actuariellement, à partir d'une période unitaire correspondant à la périodicité des versements effectués par l'emprunteur. Il assure, selon la méthode des intérêts composés, l'égalité entre, d'une part, les sommes prêtées et, d'autre part, tous les versements dus par l'emprunteur au titre de ce prêt, en capital, intérêts et frais divers, ces éléments étant, le cas échéant, estimés.

Lorsque la périodicité des versements est irrégulière, la période unitaire est celle qui correspond au plus petit intervalle séparant deux versements. Le plus petit intervalle de calcul ne peut cependant être inférieur à un mois.

Pour les opérations mentionnées au 3° de l'article L. 311-3 et à l'article L. 312-2, lorsque les versements sont effectués avec une fréquence autre que annuelle, le taux effectif global est obtenu en multipliant le taux de période par le rapport entre la durée de l'année civile et celle de la période unitaire. Le rapport est calculé, le cas échéant, avec une précision d'au moins une décimale.

Je néglige ici les articles suivants.

C) Le plus souvent la défense de la banque face à une demande de déchéance pour TEG inexact va se placer sur un autre terrain qui lui semble plus favorable que celui des mathématiques financières pures :

a) se plaçant sur un terrain qu'elle tente de faire passer pour celui du droit, elle va contester la nécessité d'inclure telle charge dans le TEG.

Il s'agira le plus souvent du coût :

- de l'assurance-incendie bien qu'elle l'ait exigée en en faisant une garantie de son prêt. La jurisprudence est désormais bien établie depuis des années.

- de la souscription de parts sociales. Une banque mutualiste s'est fait une spécialité de cette contestation, suscitant même des articles de professeur de droit qui se comportent là en lobbyistes et non en auteurs de doctrine tant les faits se trouvent violentés par leur argumentation. La jurisprudence est désormais bien établie depuis un arrêt de la Chambre criminelle, puis plusieurs arrêts de la 1ère chambre civile de 2004 à 2011.

- d'une délégation d'assurance-décès-invalidité, alors que, constituée au profit du prêteur, et les indemnités étant destinées à lui être versées en cas de sinistre, il s'agit et d'une condition d'octroi du prêt, et d'une garantie du prêt. Une telle contestation est dérisoire, et signe la mauvaise foi de celui qui l'utilise.

b) plus souvent, elle va tenter d'exploiter la tolérance offerte par l'alinéa 2 de l'article L. 313-1 du Code de la consommation rapporté ci-dessus et ici rappelé:

Toutefois, pour l'application des articles L. 312-4 à L. 312-8, les charges liées aux garanties dont les crédits sont éventuellement assortis ainsi que les honoraires d'officiers ministériels

ne sont pas compris dans le taux effectif global défini ci-dessus, lorsque leur montant ne peut être indiqué avec précision antérieurement à la conclusion définitive du contrat.

La question est si importante qu'elle justifie un développement séparé, ci-dessous en VI. Disons simplement à ce stade qu'il faut distinguer entre l'offre (pour laquelle la tolérance existe, mais il revient à la banque la charge de la preuve de l'impossibilité où elle était de les indiquer) et l'acte notarié (où le TEG doit de toute façon être parfaitement calculé).

D) Je ne vais presque rien dire du calcul, faute de compétences en la matière, et parce que malgré les si longs débats que des spécialistes ont consacré au sujet ici, il reste des points de désaccord. Le mieux serait que ces spécialistes conviennent d'un exemple concret, énonçant et listant les charges d'un prêt de 100 000 € sur 10 ans avec un taux nominal de 4%, des frais de dossier de 200 €, une constitution d'hypothèque de 2000 € (chiffre donné pour faire simple), une ADI à définir, une assurance-incendie de 150 €/an au départ. Et qu'ils nous donnent ensuite, chacun, les résultats obtenus avec leur justification.

Notons simplement que les frais payés au départ du prêt (frais de dossier et de constitution d'hypothèque) sont à déduire du montant prêté, et non à faire jouer en incidence (par exemple tant par an sur 10 ans pour l'hypothèque ce qui ajouterait tel % au taux nominal de 4%).

Ajoutons pour finir cette jurisprudence de la Cour d'appel de Limoges (chambre civile, 1ère section), 9 septembre 1997, n° 97-570, Bulletin d'information de la Cour de cassation *, février 1998 (N° 466), n° 208:

« Le taux effectif global (T.E.G.) porté sur l'offre préalable d'un prêt ne pouvant, au regard des modalités de calcul prévues par l'article L. 313-1 du Code de la consommation, être inférieur au taux nominal brut, l'irrégularité relative à l'indication erronée du TEG d'un prêt complémentaire engendre la déchéance du droit aux intérêts conventionnels pour l'organisme de prêt, qui ne peut en conséquence prétendre qu'au paiement du capital restant dû. »

* publication qui en prouve l'importance. Je laisse aux spécialistes le soin de découvrir une faille éventuelle dans cet arrêt, mais qui nous renverrait alors sur le sujet de l'inexactitude du taux nominal affiché.

V) Les dispositions pouvant être violées par la banque (3) : les modification des conditions d'obtention d'un prêt

Le dernier alinéa de l'article L312-8 du Code de la consommation entré en vigueur le 1^{er} mars 1990 dispose que :

Toute modification des conditions d'obtention d'un prêt dont le taux d'intérêt est fixe, notamment le montant ou le taux du crédit, donne lieu à la remise à l'emprunteur d'une nouvelle offre préalable.

Depuis la loi n° 99-532 du 29 juin 1999 relative à l'épargne et à la sécurité financière la jurisprudence *Edouard* exigeant que toute modification des conditions d'obtention d'un prêt

déjà obtenu (donc en cours d'exécution) a cessé, **pour le passé**, de s'appliquer en cas de renégociations de prêt favorables aux emprunteurs.

Son article 115-II dispose en effet que :

« sous réserve des décisions de justice passées en force de chose jugée, les renégociations de prêt antérieures à la publication de la présente loi sont réputées régulières au regard du neuvième alinéa de l'article L. 312-8 du Code de la consommation, dès lors qu'elles sont favorables aux emprunteurs, c'est-à-dire qu'elles se traduisent, soit par une baisse du taux d'intérêt du prêt, soit par une diminution du montant des échéances du prêt, soit par une diminution de la durée du prêt ».

La jurisprudence, par la suite, n'a admis comme renégociations de prêt favorables aux emprunteurs que celles qui l'étaient en tous points, en interprétant strictement cette disposition : c'est important à présenter car cela peut aider à comprendre d'autres situations potentiellement conflictuelles au regard de ce qui est défavorable au consommateur.

La Cour de cassation a ainsi jugé le 6 juillet 2004 (Cass. civ. 1^{ère}, 6 juillet 2004, *Bull. civ. I*, n° 202) « que le caractère plus favorable de la renégociation doit être apprécié en considération de tous les éléments sur lesquels elle a porté, et non pas seulement de ceux énumérés par l'article 115-II de la loi du 25 juin 1099 ». Et donc, la renégociation du prêt en cause n'a pas été jugée favorable puisque « l'avenant n'avait pas seulement modifié à la baisse le taux d'intérêt mais avait également introduit une clause mettant à la charge des emprunteurs le paiement des intérêts en cas de remboursement anticipé du prêt, alourdissant ainsi leurs obligations ».

Pour l'avenir, a été introduit dans le Code de la consommation un nouvel article L. 312-14-1 qui prévoit qu' « en cas de renégociation du prêt, les modifications au contrat de prêt initial sont apportées sous la seule forme d'un avenant ». **Cet article est d'ordre public.**

L'article L. 312-14-1 du Code de la consommation dispose que:

En cas de renégociation de prêt, les modifications au contrat de prêt initial sont apportées sous la seule forme d'un avenant. Cet avenant comprend, d'une part, un échéancier des amortissements détaillant pour chaque échéance le capital restant dû en cas de remboursement anticipé et, d'autre part, **le taux effectif global ainsi que le coût du crédit calculés sur la base des seuls échéances et frais à venir.** Pour les prêts à taux variable(...). **L'emprunteur dispose d'un délai de réflexion de dix jours à compter de la réception des informations mentionnées ci-dessus.**

Notons que le législateur :

- impose la « seule forme » d'un avenant : techniquement, cela désigne l'*instrumentum* qui est le support du contrat (par opposition à ce que cet acte fait : son *negotium*).

Un avenant ne saurait donc être contracté par l'*instrumentum* qu'est l'imprimé des offres préalables de la banque.

Dans le cas d'un recours à l'imprimé des offres préalables de la banque c'est alors, face à l'ordre public, un nouveau prêt qui serait mis en place.

- distingue, et la jurisprudence avec lui, le « contrat de prêt initial » ou encore le « contrat définitif » de l'offre préalable de prêt. Il est d'une part impossible désormais de modifier une offre par avenant : l'ordre public impose alors d'émettre une nouvelle offre. D'autre part

l'offre préalable de prêt acceptée n'est pas encore un contrat définitif : il lui manque pour cela la constitution des garanties réclamées par le prêteur (ADI, garantie hypothécaire, etc.) et la purge du délai d'effet de la clause résolutoire (de 4 mois en principe), et, le plus souvent, la réitération de l'offre devant notaire (requis par exemple pour constituer la garantie hypothécaire). Dans ce dernier cas, le contrat définitif (visé notamment par l'article L313-1 du Code de la consommation*) est l'acte notarié et lui seul : il ne peut plus être fait référence à l'offre préalable de prêt.

* « *lorsque leur montant ne peut être indiqué avec précision antérieurement à la conclusion définitive du contrat* » dans l'article L313-1 du Code de la consommation ne peut viser que la réitération de l'offre devant notaire et non la seule mise en place de l'ADI.

Le formalisme tenant à l'offre préalable est dès lors considérablement allégé car les mentions obligatoires sont moins nombreuses que celles qui accompagnent une offre préalable de crédit :

« Cet avenant comprend, d'une part, un échéancier des amortissements détaillant pour chaque échéance le capital restant dû en cas de remboursement anticipé et, d'autre part, le taux effectif global ainsi que le coût du crédit calculé sur la base des seules échéances et frais à venir jusqu'à la date de la révision du taux, ainsi que les conditions et modalités de variation du taux. »

Le délai de réflexion est donc de dix jours.

Désormais, cet article étant d'ordre public, il convient de distinguer :

1) la phase pré-contractuelle d'obtention du prêt :

Si la banque doit modifier les conditions d'obtention du prêt non encore accepté par l'emprunteur, même s'il s'agit d'une demande de sa part, même mineure (ex : suppression des frais de dossier), il faut obligatoirement qu'elle émette une nouvelle offre **avec la sanction de la déchéance**. Bien souvent, le temps étant compté, l'emprunteur va en être bien embêté.

Si la modification a peu d'intérêt pour lui, il ne lui restera que la solution d'accepter l'offre déjà émise s'il y a un risque pour lui de ne pas pouvoir conclure l'achat envisagé. Dans tous les autres cas, mieux vaut attendre l'émission de la nouvelle offre, qui fera repartir le délai légal...

2) la phase contractuelle suivant l'obtention du prêt :

C'est donc celle où **le contrat de prêt est en cours d'exécution**. Désormais, depuis la loi de 1999, « obtention du prêt » ne doit plus se comprendre que comme visant un prêt à obtenir, et non plus un prêt déjà obtenu, mais qui serait modifié.

On va se situer soit après la signature de l'acte notarié, ou après acceptation de l'offre si, cas rare, aucun acte authentique n'est requis par le prêteur.

Un contrat peut toujours être modifié d'un commun accord.

En principe c'est l'emprunteur qui va demander une renégociation qui lui sera favorable, donc après quelques mois ou quelques années. Mais on a vu récemment des renégociations plus précoces venant d'emprunteurs ayant perçu les vices d'un crédit révisable.

Mais cela peut relever d'actes différents :

a) l'avenant :

C'est un acte, un accord modificateur, qui ne fait pas naître un nouveau contrat mais maintient le prêt initial. Acte par lequel donc les parties modifient le contrat déjà existant, régissant leurs rapports, **sans le rompre**, afin d'en garantir l'exécution future.

En règle générale, c'est l'emprunteur qui va être le seul demandeur possible d'une renégociation du contrat, la banque, sauf dol (nécessairement dissimulé), ne pouvant raisonnablement espérer demander une renégociation qui aggraverait franchement et ouvertement la situation de l'emprunteur, du genre : « cher client, passons d'un taux nominal de 4 % à un taux de 5%, cela arrangerait mes profits ».

Exécution qui pouvait se trouver menacée : s'agissant d'un prêt, soit par des difficultés de l'emprunteur (la banque préférant alors aménager le contrat plutôt que d'avoir à faire face à une défaillance de l'emprunteur), soit parce que l'évolution des taux (ou la découverte des risques d'un crédit à taux variable mal compris au départ) pousserait l'emprunteur, à défaut de modification, à faire racheter son prêt par une autre banque. Dans ce dernier cas la banque a évidemment peu intérêt à accepter cette modification du contrat : rappelons qu'elle n'a aucune obligation d'y consentir (pas plus qu'elle n'en a à consentir un crédit). Tout sera donc sous la dépendance de l'intérêt pour elle de conserver ou non ce client.

Rappelons aussi l'arrêt de la Cour d'appel d'Agen ; 20 décembre 2000 ; N° de pourvoi : 1999/00332 déjà cité :

« Les appelants n'ont pas respecté le délai imposé puisqu'ils ont accepté l'offre prématurément le 13 avril 1995. Ce faisant, ils ont violé les dispositions d'ordre public de la loi du 13 juillet 1979 devenues l'article L. 312-10 du Code de la consommation et la nullité résultant de cette violation ne peut être couverte par la réitération de l'acceptation. Le contrat ne s'est jamais formé et l'intimée n'avait pas à faire constater la nullité ; »

L'arrêt de la Cour d'appel a également refusé de voir une faute de la banque dans le fait qu'elle n'ait pas proposé un nouvel avenant aux emprunteurs, afin qu'il soit cette fois légalement accepté (alors que les emprunteurs mettaient sa responsabilité en cause) : cela tranche un débat (clos) sur ce forum relatif à l'offre préalable devenu caduque après épuisement du délai des 30 jours sans acceptation. Une banque n'a nul devoir d'en émettre une autre, pas plus que dans le cas d'un avenant.

C'est donc le même contrat qui va se poursuivre (même numéro de prêt, même garantie hypothécaire s'il y en a une, etc.) **sauf pour les clauses modifiées** (taux, durée, montant des échéances...), les autres clauses restant inchangées : **on ne se trouve pas en présence d'une situation contractuelle nouvelle** et on va donc préciser dans l'acte que l'avenant n'emporte pas novation.

Toutefois si la **novation** (**qui éteint la dette antérieure et en crée une nouvelle**, d'où son danger pour le prêteur : article 1271 et suivants du Code civil) est explicitement voulue par les parties, l'article 1278 du Code civil permettra toutefois de transférer la garantie hypothécaire sur le contrat nové mais cela suppose un passage devant notaire (soit qu'il fasse contracter l'acte modificateur, soit que cet acte sous seing-privé soit déposé au rang de ses minutes, mais avec la formalité de reconnaissance d'écritures). Ce qui suppose des frais, et la modification

sera à faire aussi sur l'inscription hypothécaire par une mention marginale (le conservateur des hypothèques doit refuser toute mention aggravant la situation du débiteur sans nouvel acte authentique).

Dans un arrêt très récent, 10 ans après la loi de 1999, **la Cour de cassation** (chambre civile 1, 18 février 2009, N° de pourvoi: 05-16774, Cassation) **a étendu la déchéance du droit aux intérêts du prêteur au cas de l'avenant :**

« Vu les articles L. 312-8 et L. 312-33 du code de la consommation ;

Attendu que selon le second de ces textes, l'absence d'une des mentions prévue au premier peut être sanctionnée par la déchéance du droit aux intérêts du prêteur ;

Attendu que pour rejeter la demande de déchéance du droit aux intérêts du prêteur résultant de l'absence de mention du TEG sur l'avenant au prêt de 930 000 francs, l'arrêt retient que seule la mention d'un TEG erroné en violation de l'article L. 312-8 du code de la consommation peut entraîner la déchéance du droit aux intérêts dans les termes de l'article L. 312-33 du même code ;

Qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé les textes sus-visés par refus d'application ; »

b) le changement de contrat:

Il est possible, par le jeu de la liberté contractuelle : c'est ce que fait la **rupture conventionnelle** (*mutuus dissensus*) mais qui doit être clairement voulue par les parties, **suivie de la conclusion d'un nouveau contrat.**

On en voit mal l'intérêt pour l'emprunteur, un avenant étant à même d'apporter la solution à ses attentes.

En revanche une banque peut y avoir intérêt, par exemple pour sortir d'un contrat désavantageux pour elle du fait d'erreurs qu'elle aurait pu faire dans le montage du prêt (le risque de dol de l'emprunteur est alors considérable, s'il n'en est pas informé) ou pour couvrir des violations massives du droit de la consommation pouvant lui valoir amendes et déchéance.

Cette opération suppose cette fois de contracter par la voie de l'offre préalable, mais, sauf à tomber dans le dol, la volonté des parties doit être clairement exprimée.

Or il est facile pour une banque de donner à croire qu'elle donne à son emprunteur un avenant à signer, alors qu'il s'agit de la conclusion d'un nouveau contrat via l'*instrumentum* de l'offre préalable : le client n'y verra en général que du feu, et le rachat du prêt initial sera effectué clandestinement par la banque dans ses livres.

VI) Les dispositions pouvant être violées par la banque (4) : la question de la tolérance offerte par l'alinéa 2 de l'article L. 313-1 du Code de la consommation

La question, difficile, est celle des limites à la possibilité d'écarter l'estimation des frais d'acte ou autres dans le calcul du TEG sur l'offre. C'est le moyen le plus commode pour les banques afin de tenter d'éviter la sanction de la déchéance du droit aux intérêts.

C'est l'article L313-1 du Code de la consommation qui ouvre cette porte à la mauvaise foi éventuelle dans cet alinéa:

Toutefois, pour l'application des articles L. 312-4 à L. 312-8, les charges liées aux garanties dont les crédits sont éventuellement assortis ainsi que les honoraires d'officiers ministériels ne sont pas compris dans le taux effectif global défini ci-dessus, lorsque leur montant ne peut être indiqué avec précision antérieurement à la conclusion définitive du contrat.

Et les juges du fond n'ont que trop souvent, par le passé, accepté cette excuse. Or elle ouvrait la voie à des pratiques scandaleuses : ainsi une banque se prévalant néanmoins de 'valeurs mutualistes' avait jusque dans un passé récent des imprimés d'offres préalables mentionnant systématiquement : « non compris les frais de réalisation des garanties ». En vertu de quoi elle s'abstenait d'inclure tous les frais dans le calcul de ses TEG, lesquels devenaient ainsi particulièrement compétitifs !

La jurisprudence a évolué, tout récemment, de façon légitimement favorable à l'emprunteur afin que les textes ne soient plus détournés de leur fonction de protection du consommateur : elle devenait privée de toute portée.

Et **manque à son obligation d'information** l'établissement de crédit qui ne permet pas aux emprunteurs de connaître, dès l'offre de prêt, les éléments qui sont pris en considération ou au contraire exclus pour le calcul du taux effectif global.

Dès lors qu'une stipulation à l'origine d'un coût est énoncée, elle doit légalement être prise en compte dans le calcul du TEG, mais il n'est pas permis non plus à une banque de ne pas énoncer (et estimer) sur l'offre, indépendamment de tout chiffrage du TEG cette fois, toute charge objectivement imposée à l'emprunteur (nous avons vu le cas des parts sociales ci-dessus). Ce serait une fraude dolosive destinée, par cette dissimulation, à minimiser le TEG.

Ainsi la 1^{ère} Chambre Civile de la Cour de Cassation a cassé le 9 décembre 2010, au visa de l'article L. 313-1 du Code de la consommation, un arrêt refusant d'inclure dans le calcul du TEG la somme payée par l'emprunteur au titre de la constitution d'un fonds de garantie (pourvoi 09-14.977):

« Qu'en statuant ainsi, alors que la somme payée par l'emprunteur au titre de la constitution d'un fonds de garantie créé par une société de caution mutuelle pour garantir la bonne exécution du prêt, et dont le montant est déterminé lors de la conclusion du prêt, est imposée comme une condition d'octroi de celui-ci de sorte qu'elle doit être prise en compte pour le calcul du taux effectif global, la cour d'appel a violé le texte susvisé ; »

Le texte de l'article L312-8-4° (« *Enonce, en donnant une évaluation de leur coût, les stipulations, les assurances et les sûretés réelles ou personnelles exigées, qui conditionnent la conclusion du prêt* ») ne dit pas que les montant nécessaire au calcul prévu par l'article L313-1 n'ont pas à être énoncés et évalués dans l'offre s'ils ne peuvent l'être avec précision, **c'est seulement le TEG qui pourra ne pas intégrer cette charge à ce stade**. L'article L313-1 dispose bien, de toute façon, que le calcul est alors à faire au plus tard pour la conclusion définitive du contrat notarié, ce qui exclut de pouvoir s'en dispenser.

La précision suffisante est obligatoirement acquise selon le texte lors de la réitération devant notaire, ce qui évite d'aller plus loin dans l'exigence de précision que ne le fait, pour

l'hypothèque par exemple, la demande de provision du notaire. C'est sur cette base de la demande de provision que le TEG sera obligatoirement calculé dans l'acte notarié.

1) Position du problème, une fréquente mauvaise application du texte :

L'analyse minutieuse de ce texte assez mal écrit du fait de la question de l'interprétation à donner de ce qui ne peut être « indiqué avec précision » lors de l'émission de l'offre (**mais doit l'être de toute façon à la signature de l'acte notarié, ce qui limite la possibilité d'écarter bien des charges pour lesquelles on ne saura rien plus précisément alors**) s'impose au regard de la jurisprudence, de son évolution récente, et des intentions du législateur que nombre de décisions des juges du fond détournaient de leur but grâce au flou apparent de l'article.

L'information relative au TEG qui doit être apportée est délivrée par le professionnel au profane qui va fonder sur elle son engagement pour une longue durée, et il s'agit le plus souvent du contrat matériellement le plus important de son existence, ce qui impose que le choix ait été fait de façon véritablement éclairée.

Comme tout ce qui concerne le droit des contrats, mais ici plus nettement encore, **c'est donc le principe de loyauté de l'information relative au TEG qui est déterminant**, et principe que le législateur a voulu garantir au prix d'une sanction très lourde pour la banque, celle de la déchéance, bien pire que la nullité de la stipulation des intérêts dans l'acte notarié. Ce qui est légitime : c'est au moment où va se former le consentement que le choix doit être valablement formé, ensuite, **il est trop tard pour reculer lors du passage devant notaire.**

Certes, afin de ne pas aboutir à sanctionner de véritables impossibilités auxquelles les banques pourraient, mais dans de rares cas, être confrontées dans leur pratique, une part importante avait été laissée à l'interprétation des juges du fond par l'article L.313-1 du Code de la Consommation sur ce qu'il convient d'entendre par frais dont « *le montant ne peut être indiqué avec précision antérieurement à la conclusion définitive du contrat* » autrement dit lors de l'émission de l'offre.

La formulation « *ne peut être indiqué avec précision* » est toutefois trop ambiguë en ce qu'elle peut donner lieu à des pratiques bancaires laxistes, si les juges du fond renversent la charge de la preuve en se contentant de la simple affirmation par le prêteur que le coût en cause ne pouvait être estimé avec précision.

En effet, **l'absence d'intégration de ces coûts dans le TEG serait bien pire, en qualité d'information fournie pour permettre à l'emprunteur de contracter, que d'indiquer un TEG où seuls le troisième, le quatrième, voire le cinquième chiffre après la virgule seraient affectés par l'ignorance du nombre de pages d'un acte classique de constitution d'hypothèque à l'émission de l'offre.**

Même si les frais de constitution d'hypothèque n'avaient pu être estimés dans l'offre qu'à 500 € près (ce qui est une marge d'erreur assez forte), cela n'aurait guère eu d'incidence sur le TEG. Ce flux étant à enlever du capital prêté, qu'il s'agisse de 2 000 ou de 2 500 €, sur 300 000 € prêtés (chiffres purement gratuits), l'erreur est moins grave que de ne pas prendre en compte ces 2 000 ou 2 500 € dans le calcul du TEG sur l'offre.

Seule la mauvaise foi de certaines banques est donc à cause quand elles tentent de faire écarter la prise en compte des frais de constitution d'hypothèque au stade de l'émission de l'offre :

- les outils permettant de les estimer existent, y compris désormais sur internet et en accès gratuit ;
- à défaut une banque a le plus souvent son propre notaire, parfaitement capable de l'éclairer sur cette estimation ;
- enfin les frais de constitution d'hypothèque doivent obligatoirement être intégrés au calcul du TEG dans l'acte notarié, alors qu'ils ne sont toujours, à ce stade, qu'estimables (et les notaires, dans leur demande de provision, calculent les choses assez largement...tout en tardant à reverser le solde créditeur aux clients).

Il faut partir du fait que le texte considère que **la situation normale est celle où le montant de ces charges peut être indiqué avec précision antérieurement à la conclusion définitive du contrat, et où l'exception est bien que cela soit impossible.**

Un arrêt pour le reste défavorable aux emprunteurs confirme que la règle est bien de ne pas user de la tolérance (Cour de cassation, chambre civile 1, 8 mars 2005, N° de pourvoi: 01-15353), il ne s'agit que d'une exception :

« de sorte que la caisse pouvait user de l'exception de l'article L. 313-1 du Code de la consommation ; que le moyen n'est pas fondé ; ».

Or aucun acte ne peut voir son coût indiqué à l'euro près, même au moment du passage devant notaire, dès lors ce n'est pas cette exactitude là qui est exigée.

Ainsi ce qui doit être fait pour l'acte notarié (alors que le notaire reste alors incapable d'établir avec une précision absolue le coût de son acte) est déjà ce qui peut tout aussi bien l'être pour l'offre, sauf rares exceptions à justifier. Car la loi dispose que ce coût sera **obligatoirement** connu avec la précision suffisante lors de la conclusion définitive du contrat : or à ce moment là encore le coût de constitution d'hypothèque n'est pas encore déterminable à l'euro près.

Ce qui revient à dire que le coût à intégrer dans l'acte notarié reste un coût approché, et il en sera donc de même dans l'offre. Ce n'est pas un chiffrage parfait qui est visé : dans les deux cas l'information (obtenue du notaire si besoin est, mais la tarification est publique, une banque a son notaire, etc.) ne sera de toute façon pas totalement exacte, mais permettra bien un choix parfaitement éclairé, ce qui est le but visé par la protection du consommateur.

Le législateur semble avoir entendu laisser au juge le soin de déterminer le degré de précision avec laquelle l'information doit se trouver délivrée, afin d'éviter une rigidité excessive du texte, mais, cela n'autorise pas à l'appliquer de façon laxiste en faisant de la recherche de la précision le motif d'une dispense systématique en faveur des banques d'avoir à inclure les coûts en cause au motif qu'ils ne sont jamais chiffrables avec une absolue précision à l'émission de l'offre. **On viderait par là de tout contenu réel les dispositions de protection du consommateur, ce qui n'était certes pas l'intention du législateur.**

Quels sont alors ceux des coûts visés par le législateur dont le montant ne peut être connu avec suffisamment de précision le jour de l'offre pour répondre à l'obligation informative ? Certainement pas ceux correspondant à des frais d'acte de prêt et de constitution de garantie: ces chiffrages résultent de barèmes d'évaluation rapide de longue date utilisés par les notaires. Leur précision est grande et, sauf à verser dans le ridicule, contre la protection due au

consommateur, ce n'est pas le coût de quelques pages de plus ou de moins sur une copie exécutoire qui est de nature à modifier le chiffrage d'un TEG, lequel n'est que rarement exprimé à plus de quatre chiffres après la virgule. **Certaines banques se contentent même de chiffre ronds**, ce qui suffit à invalider leur volonté d'exclure de tels coûts du calcul du TEG !

En revanche, on peut imaginer que ne puissent être intégrés des frais dès l'offre de prêt, découlant de situations très rarement rencontrées, mais qui ne seraient de toute façon pas plus connus à la conclusion de l'acte notarié (promesse d'affectation hypothécaire à première demande du prêteur, par exemple).

Dès lors, au jour de l'émission de l'offre, le prêteur doit honnêtement communiquer à l'emprunteur toutes les données correspondant à ses obligations. Notons aussi que l'on voit mal, en dehors du coût de la constitution d'hypothèque (et encore !), pourquoi le coût de l'assurance obligatoire de l'immeuble, celui de l'assurance-décès-invalidité, etc., seraient mieux connus du notaire que de la banque, alors qu'un TEG assez (et suffisamment) exact doit obligatoirement être calculé au plus tard pour la conclusion définitive du contrat devant notaire.

Les charges et frais à intégrer au calcul du TEG sont alors tous ceux qui sont connus ou évaluables raisonnablement, c'est-à-dire avec la loyauté présidant la mise en place de toute relation contractuelle.

C'est le cas de la totalité des frais d'actes et de garantie qui seront pris à l'acte définitif qui permettra de chiffrer le TEG avec la précision presque absolue découlant de la connaissance exacte de ces frais.

Et voilà pourquoi la 1^{ère} chambre civile de la Cour de Cassation, dans un arrêt daté du 30/04/2009, (pourvoi 08-16371) **a jugé qu'il appartenait à la Banque d'apporter la preuve que le montant des frais ne pouvait être connu antérieurement à la conclusion définitive du contrat.** Si une telle preuve n'est pas rapportée, l'ensemble de ces frais doit bien être intégré au TEG dès l'émission de l'offre.

Les juges du fond ne peuvent plus inverser la charge de la preuve, comme ils le faisaient trop souvent en jugeant que l'emprunteur n'apportait pas la preuve que les frais en cause pouvaient être connus de la banque quand elle a émis son offre, ou bien en l'excusant au motif que cela n'était pas son métier.

La censure intervient sur ce pourvoi 08-16371 car « *en statuant ainsi, sans constater que la banque avait prouvé, comme elle en avait la charge, que le montant desdits frais ne pouvait être connu antérieurement à la conclusion définitive du contrat, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;* ».

C'est cette notion de renversement de la charge de la preuve qui interdit désormais toute lecture laxiste de l'article L313-1 : il ne dispose pas qu'une banque puisse selon son bon plaisir écarter ces coûts du calcul du TEG dans l'offre en s'abritant derrière la simple invocation que ces coûts ne pourraient être indiqués avec une précision parfaite, donc la Cour de Cassation interdit, en y voyant un défaut de base légale, une application paresseuse du texte, accueillant libéralement cette défense, sans mettre la banque dans l'obligation de prouver ses allégations.

La décision attaquée (Cour d'appel de Nîmes, arrêt du 15 avril 2008), réformait la décision des premiers juges sur appel de la banque. **La Cour avait bien renversé la charge de la preuve** alors que l'obligation d'affichage du TEG incombe au prêteur :

« Il n'est nullement établi que le montant des frais notariés et des frais liés aux garanties étaient connus, voire déterminables au jour de l'offre de prêt à laquelle les parties ont entendu se placer.*

La circonstance que l'acte pour lequel le prêt a été consenti (acte d'acquisition de terrain à bâtir auquel le prêteur est étranger) soit selon l'intimée, un acte classique ne suffit pas à établir que la Banque avait ou pouvait avoir une connaissance exacte du montant des honoraires du notaire. »

Sur le fondement d'une telle motivation, les banques pourraient tout se permettre afin de violer le Code de la consommation... On voit aussi dans l'arrêt de la Cour de Cassation, qui n'est pas juge des faits, comment celle-ci peut néanmoins encadrer dans son contrôle leur appréciation souveraine par le juge du fond qui ne saurait se livrer pour autant à des fantaisies arbitraires.

* ce qui veut dire que c'est l'offre qui était attaquée (déchéance demandée) et non la clause d'intérêts dans l'acte notarié.

2) Les limites à la possibilité d'écarter l'estimation des frais d'acte ou autres sont donc triples :

a) - il appartient à la banque de prouver cette impossibilité (et les juges du fond ne peuvent se dispenser de la constater) qui ne relève que de l'exception:

Le prouve l'arrêt important utilisé ci-dessus : Cass. Civ. 1re, 30 avril 2009 (pourvoi n° 08-16371), cassation partielle :

« En statuant ainsi, sans constater que la banque avait prouvé, comme elle en avait la charge, que le montant desdits frais ne pouvait être connu antérieurement à la conclusion définitive du contrat, la cour d'appel n'a pas donné de base légale au regard des articles 1315 du Code civil, et des articles L. 312-8 et L. 313-1 du Code de la consommation. »

NB : les frais en cause dans l'arrêt ne visent pas seulement l'acte hypothécaire **mais aussi les assurances**, la banque étant attaquée *« notamment en raison du défaut d'inclusion dans le taux effectif global **du montant des frais notariés et des frais liés aux garanties** ; »*, or :

*« Attendu que, pour débouter la SCI de ses prétentions, l'arrêt attaqué retient qu'il n'est nullement établi que le montant de **ces frais** était connu, voire déterminable, au jour de l'offre de prêt ; »*

Moyens du pourvoi cités pour comprendre la position des juges du fond qui fut censurée:

Le jugement attaqué : *« En l'espèce, l'offre de prêt acceptée mentionne un taux nominal de 8,10 % l'an et un taux effectif global de 9,03 % l'an et indique que ce TEG est déterminé conformément aux dispositions légales, en tenant compte notamment des frais notariés et de la prime d'assurance, décès-invalidité, ITT*

Il n'est nullement établi que le montant des frais notariés et des frais liés aux garanties étaient connus, voire déterminables au jour de l'offre de prêt à laquelle les parties ont entendu se placer.

La circonstance que l'acte pour lequel le prêt a été consenti (acte d'acquisition de terrain à bâtir auquel le prêteur est étranger) soit, selon l'intimée, un acte classique ne suffit pas à établir que la banque avait ou pouvait avoir une connaissance exacte du montant des honoraires du notaire. En ce qui concerne les assurances, leur coût ne pouvait pas être mentionné dans l'offre de prêt, puisqu'il appartenait à l'emprunteur et aux cautions de justifier d'une assurance décès-invalidité pour que le contrat de prêt devienne définitif ; qu'il en était d'ailleurs de même pour les sûretés réelles convenues dont les emprunteurs et cautions devaient justifier de leur inscription. Il en est encore de même pour l'assurance incendie dont la souscription incombait à l'emprunteur qui devait en justifier »

« ALORS, D'AUTRE PART, QUE

A supposer que les frais notariés et les frais liés aux garanties n'aient pas été déterminables au jour de l'offre, ils l'étaient à la date de l'acte ;

ALORS, ENFIN, QUE

Les frais d'assurance incendie, lorsqu'elle est exigée par le prêteur, doivent être également mentionnés dans l'offre et inclus dans le taux effectif global du prêt ; qu'ainsi, la Cour d'Appel, qui constatait que la souscription de l'assurance incendie « incombait à l'emprunteur qui devait en justifier » a, en statuant ainsi, méconnu les conséquences qui s'évinçaient légalement de ses propres constatations et encore violé les articles L 312-8 et L 313-1 du Code de la Consommation. »

La Cour d'appel de Nîmes, dans son arrêt du 15 avril 2008 censuré par la 1^{ère} chambre civile de la Cour de Cassation, arrêt du 30/04/2009 ci-dessus, avait renversé la charge de la preuve en jugeant ci-dessous que les frais d'assurances ne pouvaient pas être mentionnés, **alors que l'article L.313-1 du Code de la consommation n'offre pas d'alternative**, même lorsque l'emprunteur a la possibilité de s'adresser à un autre assureur que celui auprès duquel la Banque a souscrit une assurance collective :

« En ce qui concerne les assurances, leur coût ne pouvait pas être mentionné dans l'offre de prêt, puisqu'il appartenait à l'emprunteur et aux cautions de justifier d'une assurance-décès-invalidité pour que le contrat de prêt devienne définitif ; qu'il en était d'ailleurs de même pour les sûretés réelles convenues dont les emprunteurs et cautions devaient justifier de leur inscription. Il en est encore de même pour l'assurance incendie dont la souscription incombait à l'emprunteur qui devait en justifier. »

Or il incombe à la banque de s'informer auprès de l'emprunteur sur le montant de ces frais, si elle les ignore, avant d'émettre l'offre. C'est donc uniquement si la faute venait d'un défaut de réponse de l'emprunteur sur son interrogation qu'elle pourrait user de l'exception.

Sur les frais de notaire qui doivent entrer dans le calcul du TEG, des juges du fond avaient donné raison à la banque en estimant que "le montant exact de l'un des facteurs du taux effectif global, celui des frais, ne figurait pas à l'acte, mais que la banque, qui avait

communiqué le montant des frais de dossier, n'avait pas été en mesure de faire connaître à l'emprunteur les frais de notaire et d'inscription hypothécaire qui ne relevaient pas de son activité, voire ne pouvaient être connus avant l'établissement de l'acte notarié".

La Cour de cassation censure la décision rendue au motif *"qu'en se déterminant ainsi, alors qu'à la date de l'acte, les frais de notaire et d'inscription hypothécaire étaient déterminables, la cour d'appel a violé les textes susvisés"* dans un arrêt marquant un tournant (Cour de Cassation, civile 1, 30 mars 2005, N° de pourvoi : 02-11171). Mais attention, il ne s'agirait pas du calcul du TEG dans l'offre, mais sans doute de l'absence d'énonciation et d'estimation de ces frais dans l'offre puis d'un TEG erroné dans l'acte notarié :

« Viole les articles 1907 du Code civil et L. 313-1 du Code de la consommation, la cour d'appel qui pour rejeter la demande d'annulation de la stipulation d'intérêts conventionnels et décider l'application du taux légal, retient que le montant exact de l'un des facteurs du taux effectif global, celui des frais, ne figurait pas à l'acte mais que la banque qui avait communiqué le montant des frais de dossier, n'avait pas été en mesure de faire connaître à l'emprunteur les frais de notaire et d'inscription hypothécaire, alors qu'à la date de l'acte, ces frais étaient déterminables. »

De même sens pour l'acte notarié: Cour de cassation, chambre civile 1, jeudi 28 juin 2007, N° de pourvoi: 05-19853, Cassation, Bulletin 2007, I, N° 248.

Cour d'Appel de Pau, 25 octobre 2005, condamnation du Crédit Agricole :

« Mais, aux "frais de notaire", il y a lieu d'ajouter les frais d'acte et les frais de prise de garantie nécessaire au prêt et dont la banque ne démontre pas, en l'espèce, qu'il n'étaient pas connus ou non déterminables au moment du prêt, notamment en ce qui concerne les frais d'acte et ceux afférents à la prise et à l'inscription du privilège du prêteur de deniers, lesquels sont en relation directe avec l'octroi du prêt ; ainsi l'omission de ces frais affecte l'exactitude du T.E.G. stipulé dans l'acte, comme l'a démontré l'étude financière communiquée ;

Ensuite, sur les parts sociales, la banque fait valoir que la souscription par l'emprunteur de parts sociales ne doit pas être comprise dans le T.E.G. au motif que "sa raison réside dans la qualité requise du candidat emprunteur pour émarger au service du crédit (...). Ce n'est pas le prêt qui induit le coût de cette adhésion mais sa souscription qui ouvre l'avantage des prestations mutualistes contributives et notamment du prêt" ; En l'espèce, il résulte de l'acte de prêt lui même que la souscription de parts sociales est incluse dans l'opération de crédit dont elle a constitué une condition nécessaire à son octroi ; Ayant donc un lien direct avec le prêt souscrit, les frais engendrés par cette souscription auraient dû être inclus dans le calcul du T.E.G. ;

Il suit des considérations qui précèdent que le T.E.G. stipulé dans l'acte est erroné ; ».

L'arrêt regrettable de la Cour d'appel de Nîmes (1re Chambre, sect. B, du 15 avril 2008) :

« Il n'est nullement établi que le montant des frais notariés et des frais liés aux garanties étaient connus voire déterminables au jour de l'offre de prêt à laquelle les parties ont entendu se placer. La circonstance que l'acte pour lequel le prêt a été consenti soit classique ne suffit pas à établir que la banque avait ou pouvait avoir une connaissance exacte du montant des honoraires du notaire. »

serait donc contraire aux jurisprudences plus récentes ci-dessus **et il renverse bien la charge**

de la preuve en faisant de l'exception la norme.

Mais si les juges du fond admettaient la preuve apportée par la banque que le montant pouvait ne pas être encore connu avec précision au moment de la présentation de l'offre, il n'en reste donc pas moins que **la mention de cette charge comme étant à déboursier mais non encore non estimable doit ressortir sur l'offre.**

b) - dans toutes les situations usuelles la nécessité d'une estimation qui n'est pas une fixation précise s'impose donc.

La Cour de cassation considère bien comme une exception - et non comme la norme - la possibilité de ne pas inclure les charges non estimables offerte par l'article L. 313-1 du Code de la consommation (chambre civile 1, 8 mars 2005, N° de pourvoi: 01-15353, arrêt cité ci-dessus).

Les logiciels de simulation de prêt intègrent la fonction d'estimation des frais notariés et des frais liés aux garanties, les tarifs (notaires, hypothèques) étant publics et publiés, aussi dès lors que sont connus le montant du prêt et les garanties à conférer, **une prévision de taxe est possible à quelques euros près** (selon le nombre de pages de l'acte). Il s'en déduit que le TEG peut être déterminé avec la précision requise.

Le juge doit donc rechercher dans les preuves fournies par le prêteur ce qui avait fait obstacle à la détermination de ces frais préalablement à la conclusion définitive du contrat.

Enfin ne pas donner d'estimation est pire pour le consommateur que d'évacuer ces coûts au motif qu'ils ne seraient pas parfaitement connus, la fourchette d'incertitude restant limitée.

Un moyen d'un pourvoi récent et qui a été suivi :

Cour de cassation, chambre civile 1, 18 février 2009, N° de pourvoi: 05-16774, Cassation :

*« ALORS, D'AUTRE PART, QUE lorsque les charges liées aux garanties ou les honoraires ministériels ne peuvent être indiquées avec précision antérieurement à la conclusion définitive du contrat, l'offre de crédit immobilier doit contenir un T.E.G. **tenant compte de l'estimation de ces coûts indéterminés** qui conditionnent la conclusion du prêt ; qu'en considérant que l'offre était régulière, **tout en constatant qu'elle ne comportait pas l'estimation des frais de notaire et de prise de garantie**, la Cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations en violation des articles L.312-8 et L.313-1, alinéa 2, du Code de la consommation; »*

c) - enfin, c'est à la banque de se renseigner sur le coût des frais :

C'est bien entendu capital car toute banque voudra plaider qu'elle ne pouvait connaître les différents frais ne relevant pas de son activité.

Cour de cassation, chambre civile 1, 13 novembre 2008, N° de pourvoi: 07-17737, Publication : Bulletin 2008, I, n° 262:

La Cour d'appel de Lyon avait, dans un arrêt du 24 mai 2007, suivi le raisonnement d'une banque qui n'avait pas intégré le coût de l'assurance incendie, qui était une condition d'octroi du prêt, dans le calcul du taux effectif global. **Elle jugeait que l'assurance incendie étant souscrite auprès d'un autre établissement la banque n'avait pas connaissance du coût.**

La Cour de cassation censure l'arrêt de la Cour d'appel de Lyon. Elle juge en effet que **la banque devait s'informer auprès du souscripteur du coût de celle-ci avant de procéder à la détermination du taux effectif global.**

La Cour de cassation rappelle ainsi **le caractère impératif de l'intégration de tous les frais inhérents au prêt :**

« Vu l'article L. 313-1 du Code de la consommation ;

Attendu que, prétendant qu'était erroné le taux effectif global figurant dans le contrat constatant le prêt destiné à financer l'achat d'un immeuble, que lui avait consenti la caisse de crédit mutuel de Rive-de-Gier (la banque), la société civile immobilière La Pléiade l'a assignée en substitution du taux d'intérêt légal au taux d'intérêt conventionnel et en établissement d'un nouveau tableau d'amortissement ;

Attendu que pour rejeter cette demande, l'arrêt, après avoir exactement rappelé que les frais relatifs à l'assurance-incendie de l'immeuble devaient, en principe, être pris en compte pour déterminer le taux effectif global dès lors qu'ils étaient imposés par la banque et en lien direct avec le crédit, énonce que l'assurance-incendie contractée auprès d'un autre organisme et dont le coût n'était pas connu de la banque lors de l'offre de prêt et ne lui a pas été communiqué par l'emprunteur avant l'octroi du prêt, ne pouvait donc pas, en l'espèce, être intégrée dans le taux effectif global ;

Qu'en se déterminant ainsi, alors qu'il incombait à la banque, qui avait subordonné l'octroi du crédit à la souscription d'une assurance, de s'informer auprès du souscripteur du coût de celle-ci avant de procéder à la détermination du taux effectif global dans le champ duquel un tel coût entraînait impérativement, la cour d'appel a violé, par fausse application, le texte susvisé ; »

NB : la publication de cet arrêt mentionne ces précédents jurisprudentiels :

« Sur la prise en compte des frais qui conditionnent l'octroi d'un prêt, à rapprocher : 1^{re} Civ., 23 novembre 2004, pourvoi n° 02-13.206, Bull. 2004, I, n° 289 (cassation) ; 1^{re} Civ., 28 juin 2007, pourvoi n° 05-19.853, Bull. 2007, I, n° 248 (cassation) . »

Le premier cité, fort connu, cassait contre le Crédit mutuel de l'Arbresle tant pour la non inclusion du coût des parts sociales (bien que remboursées) et de l'assurance incendie.

Et le 3 février 2011 la 1^{re} Civ. de la Cour de cassation a cassé (N° de pourvoi: 09-71948) un arrêt de la cour d'appel d'Orléans du 16 septembre 2009 ayant dénaturé les faits, et concernant la souscription de parts sociales et l'assurance décès invalidité.

Dans le second cité, 'pas déterminables' a sans aucun doute un sens très fort, il ne saurait s'agir de la situation normale mais bien d'une exception:

*« Qu'en statuant ainsi alors que seules les charges liées aux garanties dont le crédit est assorti ainsi que les honoraires d'officiers ministériels, qui ne sont **pas déterminables** à la date de l'acte de prêt, ne sont pas compris dans le taux effectif global, la cour d'appel a violé les articles susvisés ; ».*

N'est pas rappelé l'arrêt du 6 décembre 2007 (n° de pourvoi 05-17842) dans lequel la Cour de cassation, 1re Civ., a estimé à nouveau que lorsque la souscription de parts sociales était une condition d'octroi du prêt, les frais de souscription devaient être intégrés dans le calcul du TEG.

La règle est donc bien établie : le coût de réalisation de toutes les conditions d'octroi du prêt, sauf exception à justifier, doit bien être inclus pour calculer le taux effectif global.

Dans toute constitution d'hypothèque, acte très simple, **si l'on venait à admettre que ces frais n'étaient pas estimables, alors ils ne le seraient jamais pour aucun dossier de prêt**, et la protection du consommateur disparaîtrait, ce qui n'était pas la volonté du législateur.

La banque a ainsi une obligation positive de rechercher tous les coûts tels que ceux de constitution d'hypothèque, de délégation d'assurance éventuelle, ceux de l'assurance incendie, etc., pour ensuite déterminer le montant du taux effectif global, sans s'abriter derrière le fait qu'elle ne les connaîtrait pas.

Le problème est bien que de nombreux juges du fond se rebellent contre la jurisprudence de la Cour de cassation parce qu'ils sont sensibles aux thèses des juristes de banque, et certains n'aiment guère le droit consumériste.

VII) Les dispositions pouvant être violées par la banque (5) : la mise en place du prêt

L'article L. 312-11 du Code de la consommation (d'ordre public) est ici en cause, qui dispose que:

*Jusqu'à l'acceptation de l'offre par l'emprunteur, aucun versement, sous quelque forme que ce soit, ne peut, au titre de l'opération en cause, être fait par le prêteur à l'emprunteur ou pour le compte de celui-ci, **ni par l'emprunteur au prêteur**. Jusqu'à cette acceptation, l'emprunteur ne peut, au même titre, faire aucun dépôt, souscrire ou avaliser aucun effet de commerce, ni signer aucun chèque. **Si une autorisation de prélèvement sur compte bancaire ou postal est signée par l'emprunteur, sa validité et sa prise d'effet sont subordonnées à celle du contrat de crédit.***

Il appelle peu de commentaires, étant peu susceptible d'être violé. Mentionnons quand même qu'il interdit :

- de faire régler des frais de dossier avant l'acceptation de l'offre par l'emprunteur, par exemple ;

- de mettre le prêt en exécution si la validité du contrat manque. Et c'est là que la situation peut se compliquer pour la banque: **une acceptation faite en violation du délai légal de réflexion rend le contrat invalide**, sauf si une nouvelle acceptation – mais ne reprenant pas les termes de celle irrégulière portée sur l'offre – est faite à l'occasion de l'acte notarié (mais parfois l'offre n'est pas réitérée). **Dès lors la banque ne peut, sauf à courir le risque de la déchéance, mettre le prêt en exécution.**

Cette disposition, très rarement perçue, et donc peu utilisée, est ainsi d'une très grande portée protectrice du consommateur. Mais **la question se pose à nouveau de la nature de la sanction de la violation du délai légal de réflexion selon qu'elle a été connue (déchéance du droit aux intérêts) ou non (nullité du contrat, alors) de la banque.**

L'étude de Marie-Sophie RICHARD, Conseiller référendaire à la Cour de cassation, dans le rapport annuel de la Cour de 2004 (Les sanctions civiles de nature à assurer la protection des consommateurs en matière de crédit, accessible sur le site de la Cour), est sans ambiguïté à ce sujet puisque dans sa première partie qui s'intitule « *La déchéance du droit aux intérêts, sanction spécifique qui devient la règle* » elle écrit:

*« A cette fin, le législateur a institué aux termes des articles L. 311-33 et L. 312-33 du Code de la consommation, une sanction particulière, celle de la déchéance du droit aux intérêts qui vient réprimer le non-respect des mentions que doit contenir l'offre de crédit **ainsi que celui du délai de réflexion du consommateur.** »*

Toutefois ce n'est pas toujours le cas puisque quand le prêteur ignorait cette violation, c'est la nullité qui retrouve alors logiquement ses droits :

*« Qu'en est-il alors de l'acceptation anticipée par l'emprunteur **sans fraude du prêteur** ? En l'absence de texte, la Cour de cassation décide que la sanction est la nullité (Civ. 1ère, 27 février 2001, Bull. n° 48 et Civ. 1ère, 9 juillet 2003, Bull. n° 170). »*

Il faut en retenir la définition de la fraude sanctionnable du prêteur : **elle existe évidemment dès lors qu'il a faussement daté son offre, mais également s'il savait que l'emprunteur violait de lui-même ce délai de réflexion auquel il ne peut renoncer.**

En fait ce qui rend cette violation 'nécessaire' côté consommateur est le plus souvent l'inertie de la banque qui fait traîner un dossier urgent (urgence qui revient fréquemment comme sujet de forum où l'on perçoit bien cette crainte des emprunteurs à être hors délais pour leur achat).

Rappelons qu'il n'y a rien de contestable à accorder la déchéance pour une absence de preuve de la date d'acceptation. Ainsi une banque que la Cour d'appel de Toulouse (arrêt du 7 janvier 2008, N° de RG: 07/00729) avait déchu du droit aux intérêts faute pour elle de pouvoir produire le cachet de la poste s'est certes pourvue en cassation (Chambre civile 1, 18 février 2009, 08-12584, Publié au bulletin, rejeté) mais pas sur ce chef. Les emprunteurs soutenaient devant la Cour d'appel de Toulouse que « *le délai de réflexion de dix jours francs entre la réception de l'offre et son acceptation n'a pas été respecté* », **alors que la date de réception de l'offre était elle connue de façon certaine** (envoi effectué par la banque par LR-AR) :

*« Attendu, sur le délai de réflexion, qu'il n'est pas discuté que le banquier a adressé par la voie postale l'offre préalable de crédit aux époux X... suivant courrier recommandé daté du 6 juillet 1992 qui précisait clairement que l'offre de crédit ne devait être retournée signée que " après un délai minimum de réflexion de 10 jours pleins " , tandis que le formulaire d'acceptation apportait toutes précisions sur les modalités de calcul du délai **et ajoutait que toute acceptation irrégulière serait repoussée***, ce qui est donc conforme à la loi ; mais attendu qu'aux termes de l'article L. 312-10, du Code de la consommation, l'acceptation doit être donnée par lettre, le cachet de la poste faisant foi ; que cette lettre n'est pas versée aux débats;*

*qu'aucune des pièces produites n'est de nature à pallier cette carence, ni l'exemplaire d'acceptation invoqué par les époux X... qui ne porte apparemment que la signature de Madame X... et un quantième du mois de juillet, le 22, dont les deux chiffres sont surchargés et non un seul ***, ni la procuration notariée donnée le 21 juillet par Madame X... à son mari pour signer l'acte qui a un autre objet, ni enfin l'acte notarié qui indique la date du 31 juillet par une mention manuscrite qui ne fait pas pleine foi sur ce point dès lors que les pièces soumises à l'examen du notaire et qu'il a annexées n'en comportaient pas la mention **et que cette indication ne procède donc pas de constatations personnelles du notaire mais de déclarations des parties ;**
qu'il s'ensuit que la sanction est encourue de ce chef ; »

* ce que la banque n'a pas fait, malgré ce rappel de la loi (qui n'a pas à être là que pour donner à la banque l'apparence d'un respect purement formel de la loi : article L. 312-10 du Code de la consommation), acceptant ainsi de mettre en place un contrat irrégulièrement formé, ce qu'interdit l'article L. 312-11 du Code de la consommation. Notons aussi une nouvelle fois l'absence d'effet de la signature de l'acte notarié, incapable de corriger cette acceptation irrégulière, et l'absence de protée de mentions en venant pas des constatations personnelles du notaire.

** en principe les conditions générales des offres de prêt interdisent toute rature ou surcharge, les banques refusent de même les avenants en comportant...sauf si elles ont un intérêt douteux à les négliger, mais au mépris en outre de conditions devenues contractuelles. Une rature sur la date est particulièrement inadmissible.

Le juge déjà cité Nicolas MONACHON-DUCHENE, dans l'étude « La protection du délai de réflexion de l'emprunteur immobilier » [Semaine Juridique - Edition Générale, 2004; 78 (30)] écrit, permettant de réfléchir à la façon dont se construit à tâtons la jurisprudence que :

*« l'article L. 312-33 reste muet quant à la sanction consécutive à la violation **de la forme** que doit revêtir l'envoi de l'acceptation à destination du prêteur. **Le juge a donc été appelé à statuer dans le silence de la loi et dire le droit.** (...) Or, nous chercherions vainement dans le texte de l'article L. 312-33 la prévision du cas de la violation de la forme de l'acceptation portée à la connaissance du prêteur. Le texte ne vise que la fraude relative à une absence de date ou une fausse date pour l'acceptation, à l'effet de faire croire à une acceptation respectueuse du délai de réflexion. **Ici, la Cour de cassation n'hésite pas à interpréter le texte de manière extensive, pour y inclure une sanction qui ne s'y trouve pas, à la différence de ce qu'elle a décidé pour la violation de fond du délai de réflexion.**(...) Cette précision quant à l'absence de date faisant foi, peut nous mener à considérer que **la Cour de cassation entend sanctionner une date qui ne respecte pas le délai de réflexion.** A défaut du cachet postal, rien n'interdit de penser que la date d'acceptation serait antérieure à l'expiration du délai de dix jours. **Ce serait sous le motif d'une irrégularité de forme, la volonté de sanctionner une violation de fond. Or, cette violation de fond est sanctionnée de nullité relative.** Nous restons dans l'expectative. »*

Et donc le problème d'interprétation de la jurisprudence existe bel et bien : quelle est la véritable intention de la Cour de cassation face à la violation du délai légal de réflexion ?

En revanche cet arrêt concerne un cas où la fraude du prêteur ne semble pas en cause d'après la formulation (dans le cas contraire il serait erroné) et donc la seule sanction possible serait à rechercher dans une demande de nullité :

Cour d'appel de Pau, ct0035, 14 avril 2008, N° de RG: 06/1317 :

« En matière de crédit immobilier, l'article L 312-10 précise que l'offre ne peut être acceptée que 10 jours après réception mais aucune sanction n'est prévue ; la demande de déchéance des intérêts sera donc rejetée. »

VIII) Les autres dispositions, mineures ou en débat, et la question de la responsabilité bancaire :

1) Une exigence de décomposition du TEG ?

On voit dans l'arrêt, déjà cité ci-dessus, de la Cour d'appel de Paris (19 janvier 2001, N° de RG: 1998/18761) une exigence de décomposition du TEG qui me semble mal présentée :

« que l'acte authentique, (...) s'il fait état d'un taux effectif global de 17,50 %, **ne présente pas sa décomposition, en intérêt, frais, commissions ou rémunérations de toute nature, au sens des dispositions de l'article L 313-1 du Code de la Consommation, pas plus que l'offre, pour le pourcentage prétendument erroné;** ».

Il est un peu curieux déjà de voir appliquer à l'acte authentique une exigence qui ne vaut que pour l'offre, mais qui était bien en cause aussi en l'espèce.

En fait l'article visé n'exige pas cette décomposition du TEG : il doit (?) s'agir d'un raccourci visant l'obligation d'énoncer, en donnant une évaluation de leur coût, les stipulations, les assurances et les sûretés réelles ou personnelles exigées, qui conditionnent la conclusion du prêt mais obligation extérieure au calcul du TEG et qui ressort elle de l'article L. 312-8 du Code de la consommation définissant le contenu de l'offre. Elle fait, cette obligation, que l'emprunteur doit avoir sous les yeux tous les éléments pris en compte pour ce calcul du TEG. A défaut il ne peut percevoir que le TEG est erroné (ce qui, en outre, exigerait de lui des compétences assez peu répandues).

Ou alors il faudrait admettre, à suivre cet arrêt, que la décomposition du TEG serait requise, du genre taux nominal de X% + Y% pour..., + Z% pour ...etc.

Après tout, c'est possible, j'ai souvenir d'un arrêt de la Cour de cassation qui valide une offre au motif, précisément, que le TEG y était présenté comme une addition de pourcentages liés aux différentes charges en cause. Il est vrai que cela permet au consommateur de vérifier ce qui entre dans le calcul, et d'apprécier le coût des exigences de la banque, mais je pense que les spécialistes du calcul du TEG que nous avons sur le forum vont dire que cette exigence méconnaît les bases réglementaires du calcul !

L'arrêt en cause (Cour de cassation, chambre civile 1, 16 septembre 2010, N° de pourvoi: 08-20550) rejette le pourvoi contre une décision de la Cour d'appel de Versailles du 29 mai 2008 qui avait débouté M. et Mme X... de leur demande tendant à voir prononcer la nullité de la stipulation relative aux intérêts conventionnels, au motif que :

« était indiqué un taux annuel de 5,55 % auquel étaient ajoutés, en page 14 :

- des frais divers pour 0,170 % ;

- une cotisation assurance décès invalidité dans la limite d'un montant de prêt assuré à 100 % : 0,384 % x 2 ;

que le TEG ainsi obtenu (hors même de l'incidence de frais d'instruction du dossier) était de 6,488 %, soit supérieur à celui indiqué dans l'acte de vente lui-même en page 14 ; »

La décision de la Cour d'appel de Versailles a été validée car si le TEG était inexactly affiché, c'est bien celui qui a été appliqué au contrat et non le taux plus élevé qui aurait dû ressortir du calcul.

Dans cet autre arrêt de la Cour de cassation (chambre commerciale 15 octobre 2002, N° de pourvoi: 99-11874) on voit bien validée une décomposition du TEG (partielle puisque « hors frais d'acte », ce qui a été ici accepté).

Il s'agissait d'une entreprise, donc d'un professionnel non protégé par la demande de déchéance des intérêts, dont le liquidateur faisait valoir que « *en déclarant non fondée la demande de réduction du taux applicable au taux légal, tout en constatant que le taux effectif global du prêt, d'un montant de 13 %, ne prenait pas en compte les primes d'assurance(4,55 %) et les frais d'acte(évalués entre 2 % et 2,5 %), sans rechercher si ces frais ne constituaient pas un accroissement des charges de l'emprunt faisant en conséquence partie du taux effectif global, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 3 et 4 de la loi du 28 décembre 1966, devenus les articles L. 313-1 et L. 313-2 du Code de la consommation ;* »

Mais le moyen est rejeté, et le pourvoi avec, par la Cour de cassation :

« Mais attendu qu'après avoir constaté que le contrat de prêt litigieux mentionnait que les primes d'assurance étaient égales à 4,55 % de chaque versement mensuel tandis que les frais d'acte étaient évalués entre 2 et 2,5 % du montant du prêt, l'arrêt retient, par motifs propres et adoptés, que le contrat fait référence expresse à un taux effectif global de 13 % "hors frais d'acte" et que ces mentions sont suffisantes pour permettre à l'emprunteur d'évaluer le coût du crédit ; qu'ainsi, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ; que le moyen n'est pas fondé ; »

2) Deux TEG dans une offre ?

Oui, c'est possible, mais sans doute rarissime (variation du taux de l'ADI), et cela peut être sinon exigible, mais du moins accepté. Ici la banque a même poussé loin son obligation d'affichage d'un TEG aussi précis que possible :

Cour d'appel d'Aix-en-Provence, chambre commerciale, 6 décembre 2007, N° de RG: 05/22476 :

Le prêt étant assorti d'une « assurance groupe décès, invalidité, incapacité de travail » dont le taux de cotisation est variable, dans la limite maximale de 0,45 % l'an (cf. acte notarié page 21), les appelants sont mal fondés à critiquer la mention de deux TEG, l'un fixé en considération de la cotisation d'assurance applicable au jour de l'acte, l'autre fixé en considération de la cotisation d'assurance au taux maximal.

3) L'absence de la date de mise à disposition des fonds :

Elle peut être mise en cause, mais je doute fort qu'un juge du fond s'en émeuve beaucoup, **sauf dans le cas où elle serait destinée à masquer un dol de l'emprunteur**, si elle est

seule en cause. Ainsi, quand un nouveau prêt est mis en place par une offre préalable, en faisant croire qu'il s'agirait d'un avenant, la banque va vouloir masquer le fait que les fonds sont déjà été débloqués, en partie (cas d'un achat en VEFA) ou en totalité et qu'en fait elle va utiliser le montant prêté pour racheter le prêt initial, tout en le dissimulant. Ainsi rien ne sera versé de façon contractuelle (en général : au notaire, à l'emprunteur, ou au constructeur) mais l'emprunteur ne s'en apercevra pas : il ne s'agira que d'un jeu d'écritures dans les comptes de la banque, et lui aura bien eu les sommes en question, sans comprendre qu'elles ressortaient de deux cadres contractuels différents. Seule la pièce d'historique du prêt le montrerait.

Ce moyen visant l'absence de la date de mise à disposition des fonds peut toutefois s'utiliser néanmoins dans des situations plus ordinaires :

Cour de cassation, chambre civile 1, 19 mars 2009, N° de pourvoi: 05-13126 :

« Qu'en statuant ainsi, alors d'abord que si la méconnaissance du délai d'acceptation de dix jours est sanctionnée par une nullité relative, l'inobservation des règles de forme relatives aux modalités d'envoi de l'offre de prêt est sanctionnée par la déchéance du droit aux intérêts seule réclamée par l'emprunteur et qu'ensuite, ce dernier invoquait le non respect des dispositions relatives à la mention dans l'offre de prêt de la date de mise à disposition des fonds et du montant des frais, la cour d'appel a violé les textes susvisés ; »*

* juste s'il n'y a pas fraude connue du prêteur, ou pratiquée par lui, donc.

Le moyen du pourvoi ayant obtenu la cassation soulève aussi la question de la mention des frais éventuellement perçus, en cas de non-conclusion du contrat dont j'ignore si elle figure souvent dans une offre, et qui a effectivement été sanctionnée ci-dessus :

« ALORS QUE, d'autre part, l'offre préalable d'un prêt immobilier doit comporter une clause relative à la date de mise à disposition des fonds, ainsi que la mention des frais éventuellement perçus, en cas de non-conclusion du contrat ; qu'en l'espèce, la cour, qui a omis de rechercher, alors que le docteur X... le lui avait demandé, si l'offre préalable de prêt formalisée par le CREDIT LYONNAIS comportait ces mentions, a privé sa décision de base légale au regard de l'article L.312-8 du Code de la consommation. »

4) Et quand il y a un amortissement négatif en début de prêt ?

Celui-ci doit ressortir de l'offre, or cela peut se rencontrer plus souvent que par le passé avec les prêts à taux variable ou autres solutions sophistiquées **et surtout avec l'allongement de la durée des prêts**. L'offre sera jugée fautive si elle ne permet pas de percevoir ce risque.

Cour de cassation, chambre civile 1, 16 mars 1994, N° de pourvoi: 92-12239, rejet :

*« Attendu que la banque fait grief à l'arrêt attaqué (Aix-en-Provence, 19 décembre 1991) de l'avoir déclarée déchu du droit aux intérêts conventionnels (...)
Mais attendu qu'après avoir exactement énoncé que l'article 5 de la loi n° 79-596 du 13 juillet 1979 dispose que les prêts que le texte régit doivent faire l'objet d'une offre précisant la nature, l'objet et les modalités du prêt, notamment celles qui sont relatives aux dates et conditions de mise à la disposition des fonds ainsi qu'à l'échéancier des amortissements, les juges du second degré ont justement considéré qu'un tableau qui se contenterait de détailler*

les dates des échéances et leur montant global, sans préciser la part du remboursement affecté dans chacune d'elles à l'amortissement du capital par rapport à celle couvrant les intérêts, ne satisferait pas aux exigences légales ;

Qu'ils ont encore relevé que l'" échancier des amortissements " , versé par la banque aux débats, n'avait pas été annexé à l'acte authentique de vente et qu'ainsi, seul figurait dans l'offre acceptée et annexée audit acte authentique un tableau des échéances avec leur date et leur montant global ; que, compte tenu du taux d'intérêt élevé, de la longue durée du prêt et de la minoration des premières échéances, le prêt proposé comportait au début un amortissement négatif, conduisait à une augmentation de fait du capital, que seul un échancier des amortissements conforme aux exigences légales pouvait mettre en lumière cette particularité ;

que la déclaration des époux X... ne suffisait pas à établir que cet échancier des amortissements était joint à l'offre lorsqu'ils l'avaient acceptée, »

Il va de soi, et cet arrêt permet de le rappeler, que **si aucun échancier des amortissements n'a été joint à l'offre la déchéance est encourue.**

Ce qui est dit ici des déclarations des emprunteurs, une nouvelle fois, est très important : une banque ne peut les leur opposer quand elle a seule la charge de la preuve.

Il peut arriver qu'une banque ayant commis un grave dol des emprunteurs préfère prétendre qu'aucun tableau d'amortissement ne leur a été remis dès lors que celui-ci fait ressortir qu'au lieu d'un prétendu avenant à un prêt c'est un nouveau prêt qu'elle a clandestinement mis en place en émettant une nouvelle offre de prêt, rachetant à l'insu des emprunteurs le prêt initial.

5) Qui a la charge de la preuve de l'exactitude du TEG ?

Le Tribunal de Grande Instance de Bobigny (jugement du 14 mars 2002) a jugé que c'est à la banque – ici le demandeur à l'instance - de prouver l'exactitude de son calcul du TEG :

*« le demandeur, à qui incombe la charge de la preuve, ne démontre pas que le calcul a été fait sur la base d'un TEG de 11,38 % qui prend en compte l'inclusion des frais de gestion et d'assurance. En effet, le demandeur se contente d'avancer dans ses écritures que ' vérification a été faite de ce que le taux de 11,38 % comprend bien ...'. Aucune pièce pertinente comptable ne vient illustrer l'hypothèse de calcul suggéré ; (...) **Il n'appartient pas au tribunal (...) de suppléer à la carence du demandeur quant à la preuve de l'application à l'espèce du TEG mentionné au contrat.***

Dès lors, il convient de considérer que ce taux n'étant pas démontré, la mention qui figure sur le contrat de prêt n'est pas conforme aux dispositions des articles L 312-8 3° et L 313-1 du Code de la Consommation ; la stipulation d'intérêts conventionnels doit être déclarée nulle, le taux d'intérêt légal s'appliquant à la date du prêt. »

En revanche le demandeur de la déchéance à l'instance soit par assignation de la banque, soit par demande reconventionnelle portée contre le prêteur agissant contre l'emprunteur défaillant) qui soulève les vices de l'offre susceptibles de la faire prononcer à son bénéfice aura à prouver ces vices, qui, nous l'avons vu, vont bien au-delà de la seule inexactitude du calcul du TEG (qui n'est pas toujours la plus aisée à démontrer, sauf en cas d'erreurs grossières : chacun de nos spécialistes du TEG sur ce forum aura peut-être un résultat différent dans les cas complexes) .

6) Différence entre le contrat et l'offre :

Il importe de la comprendre pour la **détermination des sanctions possibles** qui relèvent du **droit consommériste (déchéance) ou du droit civil** général (nullité relative du contrat entier – en cas de vice du consentement, ou même de consentement non formé : méconnaissance du délai d'acceptation de dix jours s'il n'y a pas fraude connue du prêteur, ou pratiquée par lui ; ou nullité relative de la seule clause relative à la stipulation d'intérêts ; ou même demande de dommages et intérêts) selon le cas.

L'article L313-1 du Code de la Consommation dispose que :

*« Toutefois, pour l'application des articles L. 312-4 à L. 312-8, les charges liées aux garanties dont les crédits sont éventuellement assortis ainsi que les honoraires d'officiers ministériels ne sont pas compris dans le taux effectif global défini ci-dessus, lorsque leur montant ne peut être indiqué avec précision antérieurement à **la conclusion définitive du contrat.** »*

ce qui établit clairement une distinction entre l'offre (régie par le droit consommériste) et le « contrat définitif » (régé par le droit civil général des obligations).

Ce qui renforce la distinction à établir entre l'offre acceptée (= contrat non définitif du fait du droit consommériste) et le contrat définitif, mais si les garanties restent le plus souvent à constituer après acceptation de l'offre, même hors hypothèque ou caution, le passage par le notaire n'est pas toujours nécessaire.

Alors qu'est-ce que le contrat définitif dans ce cas : l'offre émise, et acceptée, ou l'offre avec ses garanties constituées quand elles ne nécessitent pas d'acte authentique ? Il me semble que ce ne peut être dans ce **cas rare** que l'offre acceptée mais avec ses garanties constituées.

Mais alors le TEG de l'offre serait le seul à prendre en compte, en l'absence de toute réitération de l'offre, et il doit donc être 'définitivement calculé' dès son émission sans que la banque puisse dans cette hypothèse rare prétendre à aucune tolérance!

7) Deux demandes sont à porter contre le TEG erroné :

Il y a un paradoxe, une faille, peu perçus dans la protection du consommateur : la déchéance des intérêts (contre le TEG dans l'offre) est une sanction très forte, mais qui reste à la discrétion du juge. Dans certains cas elle peut donc ne pas être prononcée, ou alors en faible part.

Lors de l'arrêt *Edouard*, d'ailleurs, il avait été souhaité que les juges du fond n'appliquent pas, ou mollement, la déchéance des intérêts que la Cour de cassation jugeait devoir s'appliquer quand une banque avait accepté de renégocier un prêt sans émettre une nouvelle offre. Cela se comprenait assez bien : après tout, la banque avait été généreuse, sans y être contrainte, envers les emprunteurs, qui allaient bénéficier d'un redoutable effet d'aubaine après avoir vu, déjà, leurs conditions d'emprunt s'améliorer. Mais là ce n'était pas le TEG qui était en cause, juste une sanction civile d'une faute de la banque.

On ne connaît toutefois pas de cas où des violations importantes, voire répétées, n'ont pas été sanctionnées par la déchéance totale des intérêts, et il suffit bien souvent d'une seule erreur dans le calcul du TEG pour que la banque soit condamnée. Seules des violations mineures du droit consommériste ont conduit à des déchéances partielles des intérêts.

Mais, à supposer que ce ne soit pas le cas, la protection du consommateur serait moindre que celle assurée par le droit civil général, en principe lui moins protecteur !

En effet l'article 1907 du Code civil dispose que l'intérêt est soit légal, soit conventionnel : dans ce dernier cas cela suppose qu'il soit fixé par écrit. A défaut, c'est le taux légal qui sera appliqué : il en va de même quand le taux porté au contrat est faux.

La déchéance totale des intérêts est en principe plus intéressante que le passage au taux légal, mais elle ne joue que contre l'offre, et sous réserve du pouvoir discrétionnaire du juge. Il est donc utile de demander aussi le passage au taux légal:

- à titre subsidiaire (= si la déchéance totale des intérêts n'était pas accordée) en cas d'erreur du TEG sur l'offre (mais cela ne vaut pas pour les autres éléments ayant pour sanction civile cette déchéance, l'article 1907 du Code civil étant hors-sujet) ;
- et contre l'acte notarié si le TEG y est également erroné.

La jurisprudence admet que ces 2 demandes (déchéance, passage au taux légal) soient simultanément portées.

NB : le pouvoir discrétionnaire du juge ne lui permet ni de dénaturer les faits (enfin, seulement ceux qui ressortent d'**écrits**, et de sens clair), ni de violer la loi (par exemple de juger que les parts sociales n'ont pas à être intégrées au TEG). Dans ces cas, la cassation de sa décision est assurée. Mais s'il a dit, sans dénaturer les faits, que certes la loi a été violée par la banque, mais que cela ne justifie pas de prononcer la déchéance des intérêts, sa décision ne pourra être attaquée en cassation. De même si une déchéance totale des intérêts a été demandée mais n'a été accordée qu'en partie (ce qui peut amener le TEG au-dessus du taux légal).

La demande de passage au taux légal est donc une précaution utile pour encadrer l'effet de ce pouvoir discrétionnaire du juge afin qu'il ne tombe pas dans un arbitraire faisant que la protection du consommateur soit moindre que celle assurée par le droit civil. Actuellement le taux légal est de plus à un niveau particulièrement bas.

Une meilleure rédaction de :

« Dans les cas prévus aux alinéas précédents, le prêteur ou le bailleur pourra en outre être déchu du droit aux intérêts, en totalité ou dans la proportion fixée par le juge. »

serait obtenue par cet ajout : « en totalité ou dans la proportion fixée par le juge, sans que le taux qui découlera de cette décision puisse être supérieur au taux légal ».

NB 1: il faut toujours veiller à présenter les bonnes demandes, les juges ne répondant qu'à ce qui est demandé. Exemple d'un rejet de pourvoi (chambre civile 1, N° de pourvoi: 09-70540, 20 janvier 2011) d'un emprunteur qui s'est privé de ce qui était encore la prescription décennale (qui n'est pas encore épuisée pour certains contrats)...pour se heurter à la prescription quinquennale:

Attendu que la caisse de crédit agricole mutuel de l'Anjou a consenti, le 11 avril 1997, deux prêts immobiliers à M. X... qui a fait valoir le caractère erroné des taux d'intérêts pratiqués dans ces prêts et a assigné, le 23 octobre 2006, la banque en répétition des intérêts

conventionnels perçus indûment ;

Attendu que dès lors que M. X... sollicitait la restitution des intérêts trop-perçus en raison des erreurs affectant les clauses d'intérêts contenues dans les prêts litigieux en application des dispositions des articles L. 313-1 et L. 313-2 du code de la consommation dont le non-respect est sanctionné par la nullité des dites clauses, la cour d'appel, (Angers, 16 décembre 2008), qui n'a pas modifié l'objet du litige, a exactement jugé qu'une telle action en restitution qui ne relève pas de la répétition de l'indu mais uniquement des règles de la nullité, était irrecevable comme prescrite ;

Alors qu'il y avait absence de prise en compte dans le calcul du TEG des frais de dossier, des frais de l'acte authentique et de prise de garanties affectées à ce prêt, ainsi que la retenue de parts sociales.

Autre exemple du 18 janvier 2011 (chambre commerciale, N° de pourvoi: 09-70108) pour un prêt à taux variable. C'est la nullité du prêt qui avait été demandée au lieu de la nullité de la stipulation d'intérêt (qui aurait été obtenue : alors qu'en cas de stipulation de variabilité du taux effectif global, la convention d'ouverture de crédit doit comporter la mention à titre indicatif d'un taux effectif global correspondant à des exemples chiffrés, ceci n'était pas fait). Une erreur qui coûte cher ! En effet :

NB 2: la méconnaissance des règles légales régissant le taux effectif global, édictées dans l'intérêt de l'emprunteur, est sanctionnée par la nullité relative de la stipulation d'intérêt (5 ans désormais et non plus 10) et non par la nullité du prêt (qui ne peut donc relever que de moyens autres (dol, vice du consentement telle qu'une erreur... alors que le TEG erroné a pourtant pu vicier ce consentement), qui se prescrit aussi par 5 ans. L'explication en est à rechercher dans l'effet de l'article 1907 du Code civil. La nullité du prêt entier, elle, a 2 conséquences, l'une favorable à l'emprunteur (au lieu d'avoir le passage au taux légal, les intérêts sont remboursés en totalité), l'autre plutôt défavorable à l'emprunteur (il doit rembourser le capital, ce qui peut le détourner d'agir à temps). Alors que le TEG inexact vaut absence de TEG, donc passage au taux légal.

Je signale quand même un arrêt récent qui jette le trouble (chambre commerciale, 14 décembre 2010, N° de pourvoi: 09-09-68275). Une entreprise en liquidation judiciaire a obtenu, par son liquidateur, la déchéance des intérêts conventionnels, ce que conteste la société Banque crédit industriel de l'Ouest. Moyen rejeté :

2°) que le contrat de prêt soumis aux articles L. 312-7 et suivants du code de la consommation n'est pas un contrat réel, qu'il se forme par la rencontre de l'offre et de l'acceptation des cocontractants et que c'est à ce moment que doit être appréciée la connaissance par le prêteur des éléments devant être pris en considération pour le calcul du TEG ; que la cour d'appel, qui s'est placée à la date de l'établissement de l'acte authentique de vente, le 8 décembre 2001, et non à la date de l'acceptation de l'offre de crédit, le 2 décembre 2001, pour apprécier la connaissance par le prêteur du montant de la prime d'assurance, a violé les articles L. 312-7 et suivants et L. 313-1 du code de la consommation;

Mais attendu qu'ayant retenu qu'au jour de l'acte notarié du 8 décembre 2001 constatant le prêt, le montant de la prime d'assurance était connu et devait donc être intégré au calcul du

TEG, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de répondre à un moyen devenu inopérant, a légalement justifié sa décision ; que le moyen n'est pas fondé ;

Là je ne comprends plus : la déchéance des intérêts conventionnels ne peut être obtenue contre le TEG de l'acte notarié...or le motif était que le montant de la prime d'assurance était connu le 8 décembre 2001, date de cet acte, alors que l'offre a été acceptée le 2 décembre 2001 (délai bref entre les 2 actes). Or le motif de la Cour d'appel de Poitiers (arrêt du 5 mai 2009) reprenait ainsi celui des premiers juges (*ET AUX MOTIFS ADOPTES*) qui lui était **pertinent**, selon le troisième moyen du pourvoi, tout en lui ajoutant cette **erreur**:

Il est fait grief à l'arrêt confirmatif attaqué d'avoir limité l'admission de la créance du CIO au passif de la liquidation de Monsieur X... à la somme de 95.393,44 € avec intérêts au taux légal à compter du 6 février 2006 au passif privilégié, en prononçant la déchéance des intérêts conventionnels,

AUX MOTIFS QUE s'agissant du TEG qui a été considéré comme erroné, cette situation n'est pas sérieusement contestable dès lors qu'au jour de l'acte notarié du 8 décembre 2000, le montant de la prime d'assurance était parfaitement connu et devait donc être intégré au calcul du TEG ; qu'en l'espèce l'acte fait mention d'un TEG de 5,61 % alors qu'en réalité ce taux est de 6,1308 % ;

*ET AUX MOTIFS ADOPTES QU'il apparaît qu'il existe dans l'offre de prêt une erreur quant au calcul du taux effectif global de ce crédit ; qu'en effet, l'article L 313-1 du Code de la consommation précise que pour la détermination du TEG sont ajoutés aux intérêts les frais, commissions ou rémunérations de toute nature, y compris ceux qui sont payés ou dus à des intermédiaire intervenus ; que celui-ci doit être déterminé ainsi dans tout écrit instituant un contrat de prêt ; **qu'en l'espèce, le TEG réel est de 6,1308 % alors que celui indiqué par la banque est de 5,61 %** ; que la sanction, en l'espèce est la déchéance des intérêts et non le calcul du TEG selon les modalités revues au regard du nouveau calcul comme le soutient le CIO ; qu'il convient de débouter le CIO de sa demande de calcul des intérêts et de ne retenir que les intérêts au taux légal ;*

Ou alors faut-il considérer que le raisonnement, ici bien abrégé, était le suivant : si le montant de la prime d'assurance était connu le 8 décembre 2001, date de cet acte, il devait déjà l'être lors de l'émission de l'offre acceptée le 2 décembre 2001 (soit une quinzaine de jours avant le 2 ?) puisque c'est à la banque qu'il incombe de s'informer sur son coût? Mais s'il s'agissait d'une assurance de groupe proposée par le prêteur, son coût lui était nécessairement connu de toute façon !

L'assurance de groupe (ADI) amène d'autres litiges (qui n'existeront pas dans le cas d'une délégation d'assurance dans laquelle le prêteur n'aura eu aucune part), celle de sa responsabilité pour absence de conseil :

8) La question du contrat d'assurance de groupe :

L'article 1147 du Code civil oblige « le prêteur qui propose à son client, auquel il consent un prêt, d'adhérer au contrat d'assurance de groupe qu'il a souscrit à l'effet de garantir, en cas de survenance de divers risques, l'exécution de tout ou partie de ses engagements, **est tenu de l'éclairer sur l'adéquation des risques couverts à sa situation personnelle d'emprunteur, la remise de la notice ne suffisant pas à satisfaire à cette obligation** » selon une jurisprudence constante.

Mais c'est ici la condamnation au paiement de dommages-intérêts qui peut seule être demandée, et non la déchéance des intérêts.

C'est cependant une situation qui n'est pas rare, il faut donc connaître cette possibilité : les cas où l'assureur se refuse à prendre en charge le remboursement du prêt sont nombreux (les clauses en petits caractères !).

Le plus souvent c'est une absence de conseil sur la faculté de souscrire une assurance complémentaire couvrant le risque survenu, mais non protégé (ex. : mise à la retraite pour incapacité à 60 ans, cas qui sera de plus en plus fréquent avec les prêts à 25 ou 30 ans de vie), qui sera reprochée à la banque.

9) La question des flux hypothétiques pour le calcul du TEG :

L'arrêt de la Cour de cassation déjà cité car il impose la prise en compte dans le calcul du TEG des frais de garantie d'une société de caution mutuelle (Chambre civile 1, 9 décembre 2010, N° de pourvoi: 09-14977) est éclairant à ce sujet.

La cassation, d'abord :

Attendu que pour débouter M X... de sa demande tendant à voir prononcer la déchéance du droit aux intérêts du prêteur en raison de l'absence d'intégration des frais de garantie dans le calcul du taux effectif global, la cour d'appel retient que la charge de la retenue de garantie qui ne peut être déterminée avec précision par l'emprunteur antérieurement à la conclusion du prêt dans la mesure où le remboursement est incertain dans son principe et dans son montant doit être considérée comme une des exceptions définies à l'article L. 313-1, alinéa 2, du code de la consommation ;

Qu'en statuant ainsi, alors que la somme payée par l'emprunteur au titre de la constitution d'un fonds de garantie créé par une société de caution mutuelle pour garantir la bonne exécution du prêt, et dont le montant est déterminé lors de la conclusion du prêt, est imposée comme une condition d'octroi de celui-ci de sorte qu'elle doit être prise en compte pour le calcul du taux effectif global, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

On notera que ce motif écarte aussi les moyens soulevés pour écarter les parts sociales, prétendues remboursables (j'en ai achetées en 1981 que je n'ai jamais revues, le prêt s'étant achevé en 1989, et sans jamais avoir été traité comme un sociétaire de cette banque !), et susceptibles d'amener des intérêts (jamais perçus), du calcul du TEG.

La Cour d'appel de Dijon avait eu cette motivation, cassée, donc, pour donner raison à la banque :

*Toutefois pour l'application des articles L 312-4 à L 312-8, les charges liées aux garanties dont les crédits sont éventuellement assortis ainsi que les honoraires d'officier ministériel ne sont pas compris dans le taux effectif global défini ci-dessus lorsque leur montant ne peut être indiqué avec précision antérieurement à la conclusion définitive du contrat » ; **que l'expert a bien cerné la difficulté pour le calcul du taux effectif global selon "la prise en compte ou non du flux financier correspondant au fonds de garantie, à savoir un flux de 65 200 frs ou 9 939,68 € parfaitement connu à l'origine et un flux hypothétique, qui se produit 93 mois plus tard, dont le montant n'est pas connu à l'origine mais qui sera compris entre 0 et 65 200 Frs ou 9 939,68 €"** ; *que le taux effectif global s'établira " à 8,43 % si l'on exclut le flux**

financier relatif au fonds de garantie, à 8,61 % si l'on retient ce flux avec un remboursement au bout de 93 mois et 8,80 % si l'on retient ce flux avec un remboursement égal à 0»; que le Tribunal a reconnu que la charge de la retenue de garantie était variable et ne pouvait être ainsi déterminée par l'emprunteur antérieurement à la conclusion du prêt et que cette partie de la garantie n'avait pas à être comprise dans le taux effectif global ; que celui-ci selon le calcul de l'expert s'établit à 8,43 % et est inférieur à celui mentionné sur les documents contractuels, de 8,449 % de sorte que les comptes entre les parties sont soldés ; que Monsieur Antoine X... s'appuyant sur une jurisprudence relative à des frais obligatoires et déterminables au moment de la conclusion du contrat, estime que le flux financier déterminé par l'expert est connu avec précision dans son montant lors de la conclusion du contrat, à savoir un décaissement, pour le client, d'une somme de 65 200 frs soit 9 939,68 € et que compte tenu du caractère essentiellement hypothétique d'une restitution à 100 % du fond de garantie confirmée par le président d'INTERFIMO, le calcul du taux effectif global à 8,61 % est un minima et que toute restitution inférieure à 100 % conduirait à un taux effectif global supérieur ; que cependant, le CREDIT LYONNAIS souligne que l'intervention de la Société INTERFIMO a été négociée entre les parties, acceptée par Monsieur Antoine X... dans ses modalités présentées dans les documents contractuels signés par Monsieur Antoine X... ; que le fonds de garantie constitue la mutualisation d'un risque dans l'intérêt général des cotisants excluant la restitution des fonds de garantie avant le terme du crédit ; que le taux de restitution des sommes versées au fonds de garantie ne peut être connu au moment de la souscription du contrat car celui-ci dépendra de l'utilisation contentieuse du fonds et qu'en raison de cette incertitude, il n'y a pas lieu d'intégrer le flux financier lié au fonds de garantie ; que ne doivent être prises en compte dans le calcul du taux effectif global que les commissions qui représentent une charge pour l'emprunteur et que la cotisation à la contribution à un fonds national de garantie restituable en fin de prêt n'est pas incluse dans le taux effectif global ; (...) que la jurisprudence de la Cour de cassation a posé le principe " qu'une indemnité de remboursement anticipé dont la mise en oeuvre est éventuelle et donc étrangère aux frais intervenus dans l'octroi du prêt, ne doit pas être prise en compte dans la détermination du taux effectif global de celui-ci " ; que selon ce même principe, les sommes payées par l'emprunteur au titre de la constitution d'un fonds de garantie créé par une société de caution mutuelle garantissant la bonne fin du prêt au bénéfice du prêteur n'entrent pas dans le calcul du taux effectif global dans la mesure où cette opération a la nature juridique d'un nantissement d'espèces ; que dès lors le flux financier lié au fonds de garantie ne doit pas être intégré dans le calcul du taux effectif global et doit être considéré comme une des exceptions définies par l'article L 313-1 alinéa 2 du Code de la consommation ; que dans ces conditions le jugement sera confirmé sur ce point ;

L'arrêt de la Cour de cassation du 9 décembre 2010 impose donc la prise en compte de la totalité du flux déboursé par l'emprunteur à l'origine du crédit, sans qu'il ait à être écarté au motif qu'une partie en pourrait être remboursé à la fin du prêt.

Relativement aux moyens de défense développés par la banque qui a vu ses pratiques en matière de souscription de parts sociales sanctionnées par l'autre arrêt de ce 9 décembre 2010 celui-ci est même plus important encore que celui qui la concernait directement : il réduit à néant les médiocres excuses mettant en avant le remboursement éventuel des parts, ainsi que les intérêts hypothétiques pas toujours versés sur ces parts, lesquelles seront statutairement perdues si la banque en refuse le remboursement, ou si elle disparaît par quelque déconfiture.

Quant à la spécificité des banques mutualistes, revenant à dire qu'il faut les autoriser, par la vertu qu'elle suppose, à violer la loi consumériste (alors que la loi n'impose, quant à leur

statut, que la souscription d'une part sociale pour devenir sociétaire, et encore pas toujours) c'est une plaisanterie dès lors que les banques dites 'capitalistes' n'ont pas nécessairement des pratiques plus immorales, on le verra sans doute bientôt, et doivent financer de façon plus coûteuse les apports de capitaux de leurs actionnaires.

10) La charge de la preuve en cas de dol :

Nous avons vu que la prise en compte du dol (qui peut être une simple réticence dolosive, pour dissimuler des informations qui, auraient-elles été connues du contractant, l'auraient dissuadé de contracter) est un moyen possible pour reculer le point de départ de la prescription (désormais quinquennale) : en effet le dol qui serait découvert au moment de signer le contrat, ferait que l'on ne l'aurait pas accepté.

Le dol, c'est une erreur provoquée par un des contractants, afin que l'autre partie accepte un contrat lui étant défavorable, ce qu'il ne perçoit pas, du fait des manœuvres, ou, désormais, par le fait d'une simple réticence dolosive, venant de la partie déloyale. Le consentement a donc été apporté sur de mauvaises bases, il est vicié.

Mais cette partie déloyale va bien évidemment nier le dol, puis, s'il est prouvé, prétendre que la prescription est acquise à son bénéfice, le contractant victime du dol ne pouvant plus, dès lors, remettre en cause le contrat. Où **l'on voit que la prescription** – fort réduite en 2008 – **qui prétend assurer la 'sécurité juridique' assure surtout le triomphe de la partie déloyale dans de trop nombreux cas.**

Vous en avez une autre application au pénal cette fois, dans l'actualité immédiate, avec les QPC destinées à faire juger inconstitutionnel le recul du point de départ de la prescription en matière d'abus de biens sociaux (ABS) : si cette vieille revendication des milieux d'affaires aboutit – elle est également soutenue par la majorité actuelle, qui n'a toutefois pas encore osé la faire passer dans la loi, tant le scandale est craint, alors que l'abaissement des prescriptions a peu remué les populations ! – autant dire que pratiquement plus aucun ABS ne sera susceptible d'être poursuivi.

Le consommateur est rarement averti du droit, alors que la partie la plus puissante a elle ses services juridiques, ses avocats habituels, à disposition, lui permettant notamment de jouer sur la prescription afin qu'elle soit acquise à son bénéfice avant de 'tomber' sur le consommateur par une action en justice.

C'est dire l'importance de la question du point de départ de la prescription, qui est dans ce cas celui de la découverte du dol et non la date de signature du contrat.

Dès lors, qui doit prouver cette date, puisqu'un procès, c'est affaire de preuves ?

Cet arrêt de la Cour de cassation (chambre commerciale, 23 mars 2010, N° de pourvoi: 08-21373 & 08-21466, joints car connexes) répond que **c'est à l'auteur du dol de rapporter la preuve que la victime aurait découvert le dol plus de cinq ans avant qu'elle ne l'invoque en justice.** Et ce n'est que justice, car comment la victime pourrait-elle apporter la preuve incontestable de la date de sa découverte du dol, sauf dans des circonstances particulières ?

Pour comprendre les faits en cause : ils sont très anciens (dans les années 1980), la victime présumée du dol est la société Crédit logement, qui s'est portée caution des prêts accordés par

une société d'HLM (la société Domicil, présentée comme auteur du dol) à des locataires de logements construits par Domicil. Crédit logement a refusé de continuer à honorer ses engagements de caution, à la suite de la défaillance de certains acquéreurs.

Domicil l'a alors assignée en paiement au titre de son engagement de caution et en indemnisation de son préjudice : cet arrêt traite d'une demande reconventionnelle, c'est bien la victime du dol, Crédit logement, qui s'oppose par là à une demande en justice de l'autre partie, Domicil, **qui a donc la charge de la preuve** (ces notions sont capitales à maîtriser) **de l'obligation dont elle poursuit l'exécution** (les engagements de caution).

Vu les articles 1304 et 1315 du code civil ;

*Attendu que, pour déclarer prescrite l'action en nullité des contrats de cautionnement, invoquée par la société Crédit logement, **l'arrêt relève que cette dernière ne s'explique pas sur le point de départ de la prescription quinquennale**, ni sur les conditions de sa mise en oeuvre, puisque **cette société se limite à affirmer que ce n'est que dans le courant de l'année 2004 qu'elle a pu découvrir le prétendu dol en apprenant que des procédures de dommage ouvrage avaient été engagées par la société Domicil contre le constructeur des immeubles qui étaient dans une dégradation extrême** ; qu'il relève encore que la décision de la cour d'appel d'Aix-en-Provence, à laquelle se réfère la société Crédit logement pour justifier du dol dont elle aurait été victime, a été rendue par un arrêt du 19 septembre 1989* ; qu'il en déduit que cette société ne s'explique pas sur la manière dont elle aurait récemment découvert avoir été victime de dol ;*

*Attendu qu'**en statuant ainsi, alors qu'il appartenait à la société Domicil de rapporter la preuve que la société Crédit logement avait découvert le dol, dont elle aurait été victime, plus de cinq ans avant que cette dernière n'invoque, dans le cadre d'une demande reconventionnelle, la nullité des contrats de cautionnement souscrits par elle, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;***

** Il faut savoir qu'**une nouvelle jurisprudence peut permettre d'agir en justice (ou de 'réagir' par une demande reconventionnelle à une action adverse), sans se voir opposer la prescription, à compter de sa date. Mais il faut en outre distinguer la date de cette nouvelle jurisprudence et celle de la découverte des faits auxquels elle sera applicable. On peut très bien, par exemple, ne découvrir qu'après l'intervention de cette jurisprudence que le TEG d'un prêt ne comprenait pas le coût de souscription des parts sociales. La situation juridique créée par cette jurisprudence est nouvelle, et la Cour EDH de Strasbourg assimile la jurisprudence à la loi (vieux débat non tranché au plan interne, mais qui donne des chances de succès à Strasbourg). Toutefois, dans cette affaire, il s'agit d'un arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence auquel n'intervenait pas Crédit logement et qui chiffrait les dommages subis par la société DOMICIL et mis à la charge de l'architecte et du constructeur.***

Donc la Cour d'appel de Paris (arrêt du 11 septembre 2008) a violé les dispositions suivantes en **inversant la charge de la preuve** (notion parfois très complexe, puisque violée ici par des professionnels, mais à bien assimiler):

Partie utile de l'article 1304 du Code civil :

*Dans tous les cas où l'action en nullité ou en rescision d'une convention n'est pas limitée à un moindre temps par une loi particulière, **cette action dure cinq ans.***

Ce temps ne court dans le cas de violence que du jour où elle a cessé ; dans le cas d'erreur ou de dol, du jour où ils ont été découverts.

Partie utile de l'article 1315 du Code civil :

Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver.

Les 2 arrêts (Cour d'appel de Paris, 11 septembre 2008, et chambre commerciale, 23 mars 2010) sont sur Legifrance, mais ils sont très longs, celui de la chambre commerciale du fait de la reprise des moyens des 2 pourvois (Domicil s'était pourvue contre l'arrêt en ce qu'il avait limité la condamnation prononcée à la charge de la société Crédit logement en tant que caution pour 10 dossiers, soit près d'un million d'euros quand même ; et CREDIT LOGEMENT s'était pourvu contre le rejet de ses prétentions présentées sur le fondement du dol, l'action en nullité fondée sur le dol ayant été jugée prescrite).

Première branche, décisive du premier moyen de cassation de Crédit logement contre la prescription:

1. Alors que, d'une part : il appartient à celui qui conteste la recevabilité de l'action engagée contre lui de rapporter la preuve qu'elle a été engagée hors délai ; qu'en l'espèce, la Cour d'appel a violé l'article 1315 du Code civil, ensemble l'article 1304 du même Code, en faisant peser sur la société CREDIT LOGEMENT la charge de prouver que n'était pas prescrite sa demande en nullité pour dol dirigée contre la société DOMICIL ;*

** action désigne ici la demande reconventionnelle de la victime du possible dol, Crédit logement, face à la demande en justice introduite contre lui par l'autre partie, Domicil. La solution aurait été la même si Crédit logement avait eu l'initiative, par une action en nullité contre son engagement de caution.*

11) Et un prêt professionnel ?

Il échappe en principe à la protection du droit consommériste (mais le TEG tel qu'il est défini par le Code de la consommation s'appliquera néanmoins à lui conformément à ses dispositions) mais rien n'empêche qu'il en aille autrement, à cette condition toutefois que le contrat de prêt ait explicitement prévu qu'il en aille ainsi et que cette soumission du contrat au droit consommériste puisse être prouvée (en pratique : par l'emprunteur, qui est bien le seul à y avoir intérêt).

Exemple dans un arrêt, à la motivation classique, de la Cour de cassation :

Attendu que la SCI fait encore grief à l'arrêt de statuer ainsi, en retenant qu'il lui appartenait de justifier que le contrat de prêt litigieux était soumis aux règles protectrices du consommateur ou du non-professionnel ;

Mais attendu que c'est sans inverser la charge de la preuve que la cour d'appel a jugé qu'il appartenait à la SCI de justifier que le prêt, destiné à financer l'acquisition d'un immeuble à usage professionnel, avait été soumis volontairement par les parties aux dispositions des articles L. 312-1 et suivants du code de la consommation ;

La banque sera le plus souvent réticente à accepter cette soumission du contrat au droit consommériste, le cas le plus à même de le permettre sans trop de difficultés pouvant être celui d'une SCI. Cette soumission peut aussi relever d'un hasard heureux (pour l'emprunteur), la banque ayant expédié une offre placée sous les références légales du Code de la consommation à une SCI familiale (à une entreprise, ce serait plus étonnant).

La portée des références légales visées dans l'offre est en effet considérable, en témoigne cet arrêt concernant encore une SCI:

Cour de cassation, chambre civile 1, 4 avril 2006, N° de pourvoi: 04-15813, cassation :

« Qu'en statuant ainsi, alors que l'offre litigieuse comportait la mention expresse en lettres majuscules : "offre de prêt immobilier, en application de la loi du 13 juillet 1979 modifiée par la loi du 31 décembre 1989 relative à l'information et à la protection des emprunteurs dans le domaine immobilier..." , que dans les conditions générales de l'offre de prêt, paraphées par les représentants de la SCI D'Après, figuraient notamment les dispositions issues de l'article L. 312-10 du Code de la consommation relatives à la validité de l'offre pour une durée de trente jours à compter de sa réception et aux modalités et délai de son acceptation dix jours après sa réception, qu'enfin l'acte authentique de prêt mentionnait expressément au paragraphe : "Offre de prêt" que le prêt avait été précédé d'une offre valable 30 jours et rappelait les conditions dans lesquelles l'offre de prêt avait été soumise et acceptée se conformant ainsi aux exigences de l'article L. 312-10, la cour d'appel a violé les textes susvisés ; »

La portée des références légales visées dans l'offre (visant par exemple la loi n° 93-949 et la loi n° 95-125) **servira aussi, si besoin est, à la distinguer d'un avenant** (régi lui par l'article L. 312-14-1 du Code de la consommation, issu de la loi n° 99-532 du 29 juin 1999, article 115-II).

Distinction qui peut ressortir aussi des considérations suivantes :

12) Le tableau d'amortissement ou échancier :

Il est différent selon qu'il s'agit d'une offre préalable ou d'un avenant : et donc en l'étudiant on doit voir de suite dans quel cadre contractuel on se situe, ce qui peut ne pas être évident à découvrir par ailleurs par l'emprunteur en cas de dol (cas d'une banque tentant de faire passer pour un avenant une offre préalable mettant en place, de façon masquée, un nouveau contrat de prêt rachetant le précédent, par exemple, question qui viendra vraisemblablement devant la Cour de cassation prochainement).

- s'il s'agit d'une offre préalable, l'article L312-8 du Code de la consommation dispose que l'offre « 2° bis. *Comprend un échancier des amortissements détaillant pour chaque échéance la répartition du remboursement entre le capital et les intérêts. Toutefois, cette disposition ne concerne pas les offres de prêts à taux variable ; »*

- s'il s'agit d'un avenant, l'article L. 312-14-1 du Code de la consommation, également d'ordre public, dispose que « *Cet avenant comprend, d'une part, un échancier des amortissements détaillant pour chaque échéance le capital restant dû en cas de remboursement anticipé (...)* ».

Ce qui échapperait à une lecture rapide des textes est donc bien capital : au lieu d'une répartition du remboursement entre le capital et les intérêts détaillée pour chaque échéance dans le cas de l'offre préalable on passe, dans le cas de l'avenant, à l'indication, pour chaque échéance, du capital restant dû en cas de remboursement anticipé. Les exigences sont donc

très différentes, même si on peut négliger ce fait faute d'avoir saisi les implications de ces dispositions, qu'il faut rapprocher l'une de l'autre pour les différencier.

J'ajoute une autre différence, mais qui ne se verra elle qu'en cas de prêt non encore totalement débloqué sur une vente en VEFA :

- s'il s'agit d'une offre préalable, mettant en place un nouveau contrat, le montant susceptible d'être prêté apparaîtra nécessairement en totalité et la première échéance (théorique) fera le calcul des intérêts sur l'entier capital ;

- s'il s'agit d'un avenant, le montant susceptible d'être prêté n'a cette fois plus à apparaître (il n'est plus en débat, sauf si l'avenant avait pour but de le modifier), d'une part, d'autre part la première échéance ne fera état, pour le capital restant dû en cas de remboursement anticipé, que du montant déjà débloqué sur le total susceptible d'être prêté.

Dans le cas d'un véritable avenant (Cour de cassation, chambre civile 1, 18 février 2009, N° de pourvoi: 05-16774, Cassation), en dehors de tout dol, comme dans celui d'une offre préalable, rappelons qu'un tableau d'amortissement, terme usuel (ou échancier, qui est le terme utilisé par le Code de la consommation : il y aurait du reste beaucoup à dire sur ce vocabulaire) ne satisfaisant pas aux exigences légales expose la banque au risque de déchéance des intérêts.

13) La durée du mois prise en compte :

Le consommateur fait peu attention à cette disposition technique de l'article R*313-1 du Code de la consommation :

*« Le taux effectif global d'un prêt est un taux annuel, proportionnel au taux de période, à terme échu et exprimé pour cent unités monétaires. **Le taux de période et la durée de la période doivent être expressément communiqués à l'emprunteur.** »*

Disposition à laquelle l'article L312-8 du Code de la consommation, lui d'ordre public, fait renvoi :

*« 3° Indique, outre le montant du crédit susceptible d'être consenti, et, le cas échéant, celui de ses fractions périodiquement disponibles, son coût total, **son taux défini conformément à l'article L. 313-1** ainsi que, s'il y a lieu, les modalités de l'indexation ; »*

C'est donc le taux de période, et, partant, **la bonne définition de la durée de cette période**, qui vont déterminer, sous l'angle des mathématiques financières (et non plus sous celui, juridique, des charges à prendre en compte), l'exact calcul du TEG.

Intervient alors une petite astuce bancaire : elle consiste, ce qui est plus simple, à utiliser une année dite bancaire de 360 jours, ce qui fait 12 mois d'égale durée à 30 jours. Accessoirement cela permet de minimiser le taux de période affiché, en se rattrapant ensuite pour les 5 ou 6 jours perdus en apparence seulement.

C'est la raison pour laquelle cette pratique est condamnée par la jurisprudence quand elle reste masquée. C'est l'année civile de 365 ou 366 jours, selon le cas, qui doit servir de cadre.

Un TEG calculé ainsi au mépris de cette année civile, légale et plus réaliste, sera donc inexactement affiché.

En revanche si la banque a honnêtement averti le consommateur (ou l'emprunteur professionnel) qu'il utilisait 12 mois d'égale durée de 30 jours pour définir son taux de période, ce qui rendrait la disposition contractuelle, et, à lire certains arrêts, s'il n'a calculé les intérêts que sur la base de l'année bancaire de 360 jours, sans récupérer ceux courant sur les 5 ou 6 jours non pris en compte de ce fait, la pratique ne sera pas condamnée. Un arrêt d'une Cour d'appel (Angers), récent, et débattu ailleurs ici, semble cependant vouloir interdire cette pratique en ne reconnaissant que l'année civile de 365 ou 366 jours.

Mais de toute façon si dans votre contrat vous constatez (ce qui ne sera pas à la portée de la majorité des emprunteurs) qu'il y a sur votre offre:

- d'une part une mention du type « *taux période/mois 0,3683* » **sans que la durée effective de ce mois soit précisée** (30, ou, selon les années 30,4 ou 30,5 jours), rédaction en outre ici fautive du fait du « / » qui ne sera pas intelligible pour tous les emprunteurs, le français étant en outre la langue de la République, comme de l'absence de la mention complète du « **taux de période** » et de celle, explicite, que la durée de cette période serait le mois, cette formulation abrégée étant de nature à tromper le consommateur;

- d'autre part un tableau d'amortissement (ou un échancier édité après coup, une fois la totalité des fonds effectivement débloquée, et régularisant les échéances encore théoriques du tableau d'amortissement) dont le calcul, qui n'est pas à la portée de tout emprunteur (d'où une découverte tardive de l'erreur repoussant le point de départ de la prescription) ferait ressortir que la durée de cette période non exactement renseignée n'était que celle du mois de 30 jours de l'année bancaire ;

alors les dispositions rappelées ci-dessus ont été violées par la banque et la sanction de la déchéance est encourue pour ces médiocres pratiques.

14) La mise en cause de la banque pour manquement au devoir d'information ou de mise en garde :

Les articles 1146 -1147 du Code civil sont ici en cause, et nous sortons du droit de la consommation et de la demande de déchéance des intérêts. C'est la responsabilité bancaire qui sera soulevée dès lors que le prêteur aurait accordé un crédit manifestement excessif au regard des ressources de l'emprunteur, et sans le mettre en garde sur les risques liés à cet endettement.

C'est la contrepartie de l'absence de droit au crédit : aucune banque n'est obligée de vous prêter (laissons les PEL et CEL de côté, qui de plus suivent une phase d'épargne préalable obligée), sauf à mettre éventuellement en cause sa responsabilité au motif d'une rupture abusive de pourparlers.

De ce fait une banque qui prête pour un achat immobilier aura pesé les risques, et considéré que son emprunteur aura la possibilité de faire face à ses engagements, et ce sur la durée du prêt.

Il faut bien voir que si le banquier peut refuser un prêt, la mise en cause de la responsabilité bancaire dans l'octroi d'un crédit repose sur cette idée que **dans certains cas le banquier**

doit refuser un prêt, ce que tout consommateur sera tenté de lui reprocher quand cela brise son rêve d'immobilier, et le 'coup de cœur' qu'on dit aller avec pour vendre un bien.

On sait les cas dramatiques rencontrés en matière de crédit à la consommation, notamment pour le crédit 'revolving', d'où des efforts aussi répétés que vains pour le réformer. Ainsi récemment le suicide d'une assistante maternelle (600 € de ressources propres, 27 prêts auprès de 14 prêteurs pour 207 000 €) ou la dérive de cette principale de collège qui en 5 ans a contracté pour 390 000 € de crédits, d'où d'impossibles mensualités de 8 800 €. Ils sont l'équivalent, mais en matière de crédit immobilier, des *subprimes* américains.

Il est vrai que l'obtention d'un prêt immobilier passe chez nous par une étude de dossier plus sérieuse qu'en matière de crédit à la consommation (où les taux très élevés permettent aussi au prêteur de courir plus de risques) mais la tendance actuelle révèle malgré tout une prise de risques accrue :

- nombre de prêts sont obtenus (recours aux courtiers) d'un prêteur qui n'est pas la banque usuelle de l'emprunteur, laquelle en revanche connaît assez bien son profil.

- la durée des prêts s'allonge de façon exagérée, augmentant le coût du crédit, aggravant la possibilité d'avoir à faire face aux aléas de la vie (chômage, divorce, accidents de santé mal couverts par l'ADI...).

- la diffusion des prêts à taux variable, souvent utilisés pour 'faire passer' un dossier déjà fragile, prêts mal compris bien souvent des emprunteurs (et qui n'ont guère, parfois, été mis en situation de les comprendre !), a exposé nombre d'entre eux à voir rapidement une mensualité croissante (possibilité pas toujours perçue) dépasser le maximum usuel retenu pour la capacité d'endettement (il n'a pas de valeur légale, la notion de reste-à-vivre peut permettre de sortir des 33% d'endettement usuels, alors que 33% sur le SMIC, c'est excessif). Or cela, la banque pouvait le prévoir.

- la pratique consistant à accepter un faible apport, voire pas d'apport du tout (prêt incluant les frais dits de notaire !), s'est répandu : là, on franchit la ligne jaune. Y compris quand on accepte – ce qui ne doit pas se faire - de constituer une hypothèque sur un bien dont on sait que le prix risque de chuter dès lors qu'il a été acheté au sommet de l'actuelle bulle immobilière, dont on sait aussi que la vente aux enchères reviendrait à en brader le prix (alors que l'emprunteur restera poursuivi pour le solde de la créance bancaire non soldée par cette vente !), tout en prêtant à 110 % de sa valeur d'acquisition (on aurait vu du 115%, dit-on), là on expose un emprunteur défaillant aux plus graves déconvenues en lui offrant de telles 'facilités' qui ont un prix élevé.

Bien entendu si l'emprunteur a fait de fausses déclarations pour obtenir le prêt immobilier, minimisant ses dépenses, majorant ses ressources, la responsabilité bancaire ne pourra être mise en cause, sauf faute particulière de la banque.

Il est bien évident que cette mise en cause interviendra lors d'une défaillance de l'emprunteur, qui prouvera dans les faits que le prêt présentait de gros risques pour lui : mais la question à trancher sera celle de la perception que la banque pouvait raisonnablement en avoir au départ, et sur la base des informations dont elle disposait alors légitimement.

Les textes utilisés (articles 1146 -1147 du Code civil) sont en dehors du droit consommériste:

Article 1146 :

Les dommages et intérêts ne sont dus que lorsque le débiteur est en demeure de remplir son obligation, excepté néanmoins lorsque la chose que le débiteur s'était obligé de donner ou de faire ne pouvait être donnée ou faite que dans un certain temps qu'il a laissé passer. La mise en demeure peut résulter d'une lettre missive, s'il en ressort une interpellation suffisante.

Le débiteur de l'obligation est la banque face à un emprunteur qui est ici son créancier : le devoir d'information ou de mise en garde est analysé comme une créance sur le prêteur, qui se résoudra en dommages et intérêts si le prêteur a été défaillant à assurer cette obligation au profit de l'emprunteur. Si cette obligation (qui ne s'entend pas que de sommes d'argent) n'a pas été satisfaite, des dommages et intérêts pourront être réclamés à la banque, souvent du montant de la créance dont elle poursuit le recouvrement, mais en dehors du cadre du droit de la consommation : cela relève du droit général des obligations. Et donc jouerait :

Article 1147 :

Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part.

Sachant que celui qui est débiteur d'une obligation d'information ou de mise en garde doit pouvoir prouver qu'il l'a remplie, ce qui ne lui sera pas toujours facile. La banque ne peut s'en dégager comme le fait par exemple un chirurgien qui fait signer un papier où son patient reconnaît avoir été informé des risques relatifs à l'opération (qui, elle, est en principe indispensable, alors que le banquier peut refuser un prêt) : l'un fait courir un risque pour sauver son patient d'une situation dont il lui faut sortir, l'autre risque au contraire de plonger son client, du fait de cet endettement, dans une situation impossible.

Cette sanction de l'octroi d'un crédit difficilement soutenable, face aux facultés financières et aux charges de l'emprunteur, ne relevant que du pouvoir du juge du fond, sera toutefois contrôlée par la Cour de cassation (mais pas quant au montant des dommages et intérêts attribués) :

- soit qu'elle ait été refusée sans que le juge du fond ait constaté que l'emprunteur était non averti ('qualité' qui, seule, permet d'en bénéficier), ou inversement. On peut parfaitement être professionnel pour en bénéficier, sauf si cette profession permet d'être un emprunteur averti. Mais l'épouse qui garantit un prêt professionnel de son mari, emprunteur averti, en bénéficiera, elle.

- soit que le juge du fond n'ait pas relevé, tout en l'attribuant, une faute de la banque, qui ne disposait par exemple pas, sur la situation de l'emprunteur, d'informations que celui-ci n'avait pas, ou pas tenu compte d'une faute de l'emprunteur ayant amené celle de la banque.

Cette question mériterait de plus amples développements car il s'agit d'une évolution très récente de la jurisprudence, et dont la portée est considérable pour la protection de l'emprunteur non averti : il semble même que toutes les banques n'en aient pas encore perçu toutes les implications dans leur action de dispensatrices de crédits.

15) Quel degré d'inexactitude du TEG serait à mettre en cause ?

Il n'est pas de réponse certaine à cette question, que tout emprunteur doit malgré tout se poser avant d'agir ou de réagir, sachant que :

- la décision étant à la discrétion du juge du fond elle est imprévisible, et une banque ne pourrait contester devant la Cour de cassation une déchéance totale du droit aux intérêts prononcée pour une erreur infime au détriment de l'emprunteur sur le seul motif qu'elle serait excessive au regard des faits de l'espèce. Il faudrait pour cela une violation du droit consommériste, ou des règles de procédure, pour permettre une remise en cause de la déchéance devant d'autres juges du fond après cassation.

- il semble impensable de refuser une déchéance totale du droit aux intérêts devant des violations massives et répétées du droit consommériste.

La jurisprudence récente de la chambre civile 1 de la Cour de Cassation - après l'arrêt de la chambre criminelle du 10 septembre 2003, pourvoi n° 02-85188 - (23 novembre 2004, bull n° 289 ; 8 novembre 2007, bull n° 349, confirmée le 9 décembre 2010, pourvoi n° 09-67089), qui impose l'intégration dans le calcul du TEG des parts sociales souscrites auprès de certains établissements mutualistes, traduit même la volonté de fixer un taux très précis : **en effet, l'omission des parts sociales n'a qu'une incidence très marginale sur l'affichage d'un TEG**, le plus souvent de l'ordre de quelques centièmes de points (ce troisième chiffre après la virgule que certaines banques n'utilisent pas). On comprend d'autant plus mal, de ce fait, que de rares établissements mutualistes se refusent encore à respecter la loi, comme celui qui était en cause dans l'arrêt du 9 décembre 2010.

- en revanche une déchéance du droit aux intérêts ne semble pas pouvoir être prononcée en cas d'erreur en faveur de l'emprunteur (TEG affiché plus élevé sur l'offre que la réalité du calcul ne le fait ensuite ressortir en fonction des paiements réels de l'emprunteur, dont le consentement n'a pas été vicié de ce fait) ou quand le TEG pratiqué a été le bon en fonction des données de l'offre alors qu'un TEG inexactement affiché avait été calculé sur elle.

Cour d'Appel de Paris, 15 octobre 2005 : *« contrairement à ce que prétend l'établissement de crédit, la mauvaise appréciation du TEG présente un **caractère déterminant quant à la validité du consentement** et que, ainsi, la mauvaise appréciation du TEG présente un caractère déterminant quant à la validité du consentement et que, ainsi, **un simple mensonge sur ce taux peut constituer un dol** ».*

Par jugement du Tribunal de Grande Instance de Versailles du 21 janvier 2004, la BNP est condamnée à payer à son client la somme de **50.000 € à titre de dommages et intérêts** dans un cas où la constance de la banque dans l'erreur comme dans la négligence à répétition est assez remarquable :

« Cette réitération de la référence à un taux minoré démontre donc une absence de vérification de la Banque, non seulement lors du renseignement du client, mais aussi lors de la concrétisation de son engagement, malgré le délai écoulé entre les deux opérations.

L'erreur invoquée portait pourtant sur une des principales conditions du contrat de prêt, source habituelle de négociations, et induisant le coût du crédit.

Dès lors, en s'abstenant de procéder à plusieurs reprises à la vérification du taux du crédit consenti, et en allant même jusqu'à approuver expressément un TEG de 1,241 %, la Banque a accepté, par sa négligence, le risque d'une erreur sur ce point pourtant essentiel.

Une telle négligence est d'autant plus inexcusable qu'elle émane d'un professionnel de ce type d'opérations, dont la mission est non seulement de donner un conseil fiable à ses clients mais aussi de vérifier les documents qu'elle signe et leur fait signer. »

la déchéance du droit aux intérêts ne s'étend pas au-delà de ce que la loi prévoit, c'est-à-dire ni aux intérêts calculés au taux légal après mise en demeure, ni aux frais annexes à la vente (Cass. 1^{ère} Civ, 18 mars 2003, Bull. Civ. I n° 84**). »*

* c'est hélas exact, mais nombre de jugements semblent ignorer cette obligation.

** « Vu l'article 1153, alinéa 3, du Code civil et l'article L. 312-33 du Code de la consommation; Attendu qu'en se prononçant ainsi, alors que, si pour le prêteur, la méconnaissance des obligations prévues par l'article 312-8 du Code de la consommation, peut entraîner la déchéance du droit aux intérêts, l'emprunteur reste néanmoins tenu aux intérêts au taux légal depuis la mise en demeure, la cour d'appel a violé, par refus d'application, le premier des textes susvisés, et, par fausse application, le second ; »

« Encourt la cassation l'arrêt qui retient que la déchéance du droit aux intérêts qui sanctionne la méconnaissance par le prêteur des obligations prévues à l'article L. 312-8 du Code de la consommation, porte sur tous les intérêts tant conventionnels que légaux en l'absence des précisions dans le texte et compte tenu du parallélisme avec l'article L. 311-33 du Code de la consommation, alors que l'emprunteur reste néanmoins tenu des intérêts au taux légal depuis la mise en demeure en application des dispositions de l'article 1153, alinéa 3, du Code civil. »

16) Et les prêts à taux variable ?

Evoquons les rapidement même s'il a pu en être question parfois ci-dessus. La rédaction de l'article L312-8 du Code de la consommation les concernant a été récemment modifiée, donc se reporter au site Legifrance pour en voir l'état antérieur valable lorsque l'offre en cause a été émise.

Cet article ne les traite différemment que pour certains points seulement, le reste leur étant applicable ; au lieu de l'exigence d'un échéancier relative aux offres de prêts dont le taux d'intérêt est fixe, tel que décrit plus haut, il dispose que l'offre :

*2° ter Pour les offres de prêts dont le taux d'intérêt est variable, est accompagnée d'une **notice présentant les conditions et modalités de variation du taux d'intérêt et d'un document d'information contenant une simulation de l'impact d'une variation de ce taux sur les mensualités, la durée du prêt et le coût total du crédit. Cette simulation ne constitue pas un engagement du prêteur à l'égard de l'emprunteur quant à l'évolution effective des taux d'intérêt pendant le prêt et à son impact sur les mensualités, la durée du prêt et le coût total du crédit.** Le document d'information mentionne le caractère indicatif de la simulation et*

L'absence de responsabilité du prêteur quant à l'évolution effective des taux d'intérêt pendant le prêt et à son impact sur les mensualités, la durée du prêt et le coût total du crédit ;

Une lecture stricte de ces dispositions pour les offres auxquelles elles s'appliquent ne pourra conduire qu'à exiger que la notice **et** le document d'information requis soient bien distincts, et complets : quelques lignes obscures présentant par exemple une mensualité de principe, suivies, en petits caractères, mais bien plus loin, de la précision qu'outre l'allongement de la durée du prêt, une hausse du montant de la mensualité de principe pourra intervenir, ne rempliront pas cette office. Toute absence de simulation conduira l'emprunteur à s'être engagé sans comprendre son contrat : ce qui est plus fréquent qu'on ne le croit avec ces prêts.

La violation de ces dispositions expose la banque à la déchéance.

Si un avenant vient à être conclu par la suite, l'article L. 133-14-1 du Code de la consommation dispose que :

*Pour les prêts à taux variable, l'avenant comprend le taux effectif global ainsi que le coût du crédit calculés sur la base des seuls échéances et frais à venir **jusqu'à la date de la révision du taux, ainsi que les conditions et modalités de variation du taux.***

On sait que le contentieux promet d'être lourd sur ce type de prêt, qui a nécessité la création ici d'un sous-forum spécialisé. Une des banques dont les pratiques ont été les plus contestées a tenté de se sortir d'un très mauvais pas par des renégociations de masse.

La mise en cause de la banque pour manquement au devoir d'information ou de mise en garde sera au cœur de ces litiges, avec la présentation de l'offre préalable, le calcul du TEG, et l'utilisation, décrite ci-dessous, des dispositions de l'article L. 133-2 du Code de la consommation.

17) Points non abordés :

Sont laissées de côté comme sortant du sujet toutes les considérations tenant :

- à l'effet des dispositions de l'article L. 133-2 du Code de la consommation, dont le second alinéa dispose que les clauses des contrats proposés par les professionnels aux consommateurs ou aux non-professionnels « **s'interprètent en cas de doute dans le sens le plus favorable au consommateur ou au non-professionnel** ».

Elles sont néanmoins capitales, si le contrat présente des obscurités, par exemple dans le cas des prêts à taux variable, ou dans celui d'un tableau d'amortissement et d'une offre mal établis, se contredisant, ce qui peut se présenter. Si des stipulations contractuelles (dans un contrat d'adhésion, que le consommateur ne peut modifier, et que le professionnel a établi avec le soin de ses intérêts) sont à interpréter, c'est bien que le contrat soumis à l'emprunteur était de façon délibérée peu intelligible pour lui : il aura donc contracté de façon dommageable pour lui.

- à l'effet des dispositions de l'article L312-13 du Code de la consommation dont la sanction n'est pas prévue, et qui ne doit que très rarement être violé :

*Lorsque l'emprunteur informe ses prêteurs qu'il recourt à plusieurs prêts pour la même opération, **chaque prêt est conclu sous la condition suspensive de l'octroi de chacun des autres prêts**. Cette disposition ne s'applique qu'aux prêts dont le montant est supérieur à 10 % du crédit total.*

- aux dispositions du Code de la consommation relatives à la publicité (articles L312-4 à L312-6) mais dont la sanction, si elle est cette fois prévue (article L312-32), n'est que pénale.

- aux dispositions du Code de la consommation relatives à l'adhésion à un contrat d'assurance de groupe (article L312-9) :

*Lorsque le prêteur propose à l'emprunteur l'adhésion à un contrat d'assurance de groupe qu'il a souscrit en vue de garantir en cas de survenance d'un des risques que ce contrat définit, soit le remboursement total ou partiel du montant du prêt restant dû, soit le paiement de tout ou partie des échéances dudit prêt, **les dispositions suivantes sont obligatoirement appliquées** :*

*1° Au contrat de prêt est annexée une **notice énumérant les risques garantis et précisant toutes les modalités de la mise en jeu de l'assurance** ;*

*2° Toute **modification** apportée ultérieurement à la définition des risques garantis ou aux modalités de la mise en jeu de l'assurance est **inopposable à l'emprunteur qui n'y a pas donné son acceptation** ;*

*3° Lorsque l'assureur a subordonné sa garantie à l'agrément de la personne de l'assuré et que cet agrément n'est pas donné, **le contrat de prêt est résolu de plein droit à la demande de l'emprunteur sans frais ni pénalité d'aucune sorte**. Cette demande doit être présentée dans le délai d'un mois à compter de la notification du refus de l'agrément.*

***Le prêteur ne peut pas refuser en garantie un autre contrat d'assurance dès lors que ce contrat présente un niveau de garantie équivalent au contrat d'assurance de groupe qu'il propose**. Toute décision de refus doit être motivée.*

***Le prêteur ne peut pas modifier les conditions de taux du prêt** prévues dans l'offre définie à l'article L. 312-7*, que celui-ci soit fixe ou variable, **en contrepartie de son acceptation en garantie d'un contrat d'assurance autre que le contrat d'assurance de groupe qu'il propose**. L'assureur est tenu d'informer le prêteur du non-paiement par l'emprunteur de sa prime d'assurance ou de toute modification substantielle du contrat d'assurance.*

* comprendre L. 312-8, L. 312-7 ne faisant que l'imposer.

J'ajoute que l'article L312-8 du Code de la consommation oblige désormais le prêteur à accepter une délégation d'ADI puisque l'offre :

*4° bis Mentionne que **l'emprunteur peut souscrire auprès de l'assureur de son choix une assurance dans les conditions fixées à l'article L. 312-9** ;*

Cette disposition de l'article L312-8, d'ordre public, expose la banque à la déchéance... mais comment serait-elle prononcée si le prêteur s'est refusé à prêter pour ce motif ? Et bien sûr sans l'écrire alors que seule l'absence de la mention est réprimée : attendons donc l'interprétation qu'ne fera la jurisprudence... Ou s'il a, toujours sans l'écrire, violé son obligation de ne pas modifier les conditions de taux du prêt prévues dans l'offre en contrepartie de son acceptation en garantie d'un contrat d'assurance autre que le contrat d'assurance de groupe qu'il propose, s'il a établi cette offre en sachant déjà que ce serait le cas ?

Ce qui contraindrait alors les emprunteurs à passer en force, en faisant semblant d'accepter initialement l'assurance de groupe, mais attitude qui sera difficile à mettre en pratique, et qui augurera mal de la suite des rapports avec la banque, notamment si le prêt doit être renégocié plus tard. Il semble que les contrats d'assurance de groupe apportent au prêteur une bonne partie de sa marge sur les crédits consentis, ce qui peut pousser à des violations dissimulées de la loi.

- aux problèmes des cautions (personnes physiques), qui parfois se retournent contre la banque... dès lors qu'elle agit contre elles.

- au prononcé éventuel de la déchéance du terme par la banque à la suite d'échéances impayées : il doit être fait selon les conditions contractuelles prévues en général dans les conditions générales de l'offre : ainsi s'il y existe un délai, son non-respect invalidera (mais par demande en justice) cette déchéance du terme.

J'ajoute que cette déchéance du terme fera perdre le bénéfice de l'assurance de groupe, ce qui peut avoir des conséquences redoutables.

- aux litiges relatifs à l'inscription des emprunteurs au FICP suite à leur défaillance : ils sont nombreux (inscription injustifiée, radiation non effectuée, conséquences – lourdes – d'une telle inscription).

- aux causes nombreuses d'incidents et d'irrégularités dans les procédures de saisie immobilière, qui seront soulevés devant le juge de l'exécution (JEX) : en pratique l'existence d'un titre exécutoire (l'acte notarié) ne dispensera pas la banque de ce détour judiciaire. Les compétences du juge de l'exécution sont d'une ampleur accrue par la jurisprudence récente : un acte notarié est un titre exécutoire en pratique 'inférieur' à un jugement et il pourra être attaqué sur certains points devant le JEX ; la déchéance du droit aux intérêts du prêteur pourra lui être demandée, la nullité du contrat ou la nullité de la stipulation d'intérêts soulevées, etc. Rappelons que la réforme des saisies immobilières permet, sous le contrôle du juge, d'éviter une vente aux enchères, ce qui sera aussi l'intérêt de la banque pour récupérer plus facilement l'essentiel de sa créance.

En guise de conclusion :

Les violations du droit consommériste qui font l'objet d'une sanction pénale relèvent donc de comportements bancaires délictueux. Dès lors il importe de contribuer à leur moralisation comme au respect de la protection du consommateur, partie faible face aux contrats d'adhésion que sont les offres de prêt, alors même que la réflexion de l'acheteur immobilier est trop souvent mise en sommeil par l'impatience mise à vouloir réaliser un « rêve immobilier » ou autre « coup de cœur ». Contracter un prêt, c'est s'engager pour longtemps, trop souvent pour 20 ans ou plus désormais.

Le consommateur ne s'intéressera aux failles éventuelles de son offre de prêt que si l'aventure tourne mal, et donc quand il sera confronté à une action de la banque contre lui : bien souvent ce sera trop tard face à la prescription, sauf en cas de découverte retardée d'erreur ou de dol.

Le choix doit donc être d'agir le plus tôt possible si ces failles sont avérées, et ce avant que la banque n'agisse elle-même car elle attendra qu'il soit trop tard pour lui opposer les vices du contrat.

Rappelons les grandes lignes d'une défense (demande reconventionnelle ou de nullité du contrat) ou d'une action possible face à un prêt irrégulier :

- nullité du contrat (erreur viciant le consentement) ou nullité de la clause d'intérêt (acte notarié) ;
- demande de déchéance du prêteur du droit aux intérêts du fait des vices de l'offre;
- mise en cause de la responsabilité bancaire (demande de dommages et intérêts).

Certes le chemin n'est pas facile, et il arrive que des juges du fond violent la loi, par erreur ou pas, ou que les faits soient dénaturés. Dans les cas les plus graves vous pourrez même être victimes de fau, ou d'escroquerie au jugement, ce qui se combat également.

Mais il faut, quand le dossier est solide, aller en appel, puis, le cas échéant, en cassation. C'est à ce dernier stade en effet que s'unifie la jurisprudence, et, point capital, qu'une large publicité est faite qui permet de faire progresser les pratiques bancaires vers un plus grand respect de la protection du consommateur, et aux emprunteurs d'apprendre à voir ce qui est condamnable. Enfin cela fait aux banques violant la loi (ce n'est pas le cas de toutes, mais certaines sont plus faillibles que d'autres, quelles que soient les valeurs qu'elles prétendent porter) une large publicité dont elles se passeraient bien.

Ainsi je vous recommande l'achat en ligne des pages consacrées à l'étude de l'arrêt du 9 décembre 2010 (pourvoi n° 09-67089) analysé plus haut par un universitaire, Jérôme LASSERRE CAPDEVILLE (Prise en compte du coût de la souscription de parts sociales dans le calcul du TEG ; Petites affiches - 17 FEVRIER 2011 - N° 34 ; pages 4 à 9) :

« Cet arrêt, qui va faire l'objet d'une large publicité, était attendu. En effet, il vient confirmer, malgré la résistance de quelques juridictions du fond, mais aussi d'un courant doctrinal, le fait qu'il convient d'inclure dans le calcul du TEG le coût de souscription de parts sociales lorsque la souscription en question est une condition d'octroi du prêt (I). Si cette solution emporte notre conviction (II), elle amène également à se poser un certain nombre de questions auxquelles il convient de tenter de répondre (III). »