

CREDITS IMMOBILIERS TRANSFRONTALIERS ET PROTECTION DU CONSOMMATEUR

INTRODUCTION

Les 30 dernières années ont été marquées par l'essor du droit de la consommation, qui a permis au consommateur d'être reconnu comme un sujet de droit.

L'accroissement et la diversification des marchés, le développement du crédit, l'essor de la publicité et du marketing ont entraîné un déséquilibre flagrant entre consommateurs et professionnels qui se retrouvent en position de force.

De là est apparue la nécessité de protéger le consommateur contre les malhonnêtetés, mais aussi contre les abus de puissance économique, ainsi que la notion d'un ordre public de protection du consommateur.

Les crédits immobiliers constituent, tant du point de vue quantitatif, qu'en raison de l'importance des engagements souscrits par les consommateurs, un domaine où leur protection paraît particulièrement nécessaire.

Au niveau européen, en l'absence d'harmonisation en la matière, le degré de protection que chaque pays garantit à ses ressortissants est très variable.

Ces inégalités ont leur origine dans les traditions économiques, politiques et juridiques nationales.

Ainsi, le droit anglo-saxon est marqué par une volonté de libéralisme et de déréglementation, alors que le sud de l'Europe a une approche plus interventionniste dans la réglementation des marchés.

En fonction de ces sensibilités, ce que l'on peut appeler la « culture du crédit » varie sensiblement d'un pays à l'autre :

- les uns font primer la liberté et la concurrence, avec l'idée que celles-ci offrent un plus grand choix aux consommateurs

- les autres ont une approche plus sociale de la question, et prendront en considération le fait que le consommateur a de plus en plus de mal à résister aux offres qui lui sont faites : il a l'illusion que le crédit constitue pour lui un moyen d'élever son niveau de vie, sans avoir la conscience de la charge de remboursement qu'il implique.

Ces pays ont, dans cette optique, mis en place des mesures de protection telles que :

- l'exigence d'un agrément pour les établissements de crédit et les courtiers
- l'obligation d'information et de transparence dans les contrats
- la mise en place de procédures pour l'emprunteur qui ne peut plus faire face au paiement des échéances.

Ces approches différentes de la « culture du crédit » ont par ailleurs entraîné des « pratiques de prêts » totalement différentes d'un pays à l'autre : certaines modalités de prêts immobiliers sont ainsi tout à fait courantes dans un pays et totalement inconnues dans un autre.

Exemples :

- en GRANDE-BRETAGNE, les prêts immobiliers à taux et échéances variables sont monnaie courante
- en ALLEMAGNE et aux PAYS-BAS, il y a beaucoup de prêts à taux renégociables
- en ESPAGNE et au PORTUGAL, les taux sont indexés
- en ALLEMAGNE, l'interdiction de rembourser le prêt par anticipation est courante, tant que le prêt est à taux fixe, sur une période qui peut atteindre 10 ans
- toujours en ALLEMAGNE, l'on connaît la notion de prêt in fine, où, pendant la durée du prêt, seuls les intérêts sont remboursés, le capital étant soldé en une fois à l'échéance

La comparaison des législations nationales européennes permet de constater que la loi française, talonnée il est vrai de près par la loi belge, est celle qui offre la meilleure protection à l'emprunteur, grâce à la mise en place de nombreux garde-fous, à toutes les étapes de la vie du contrat.

Cette réalité découle peut-être de l'importance du mythe de l'accession à la propriété du logement qui a toujours existé chez nous.

Tant que le contrat de prêt immobilier reste une affaire franco-française, il n'y a pas de problèmes : le consommateur est protégé et les établissements bancaires se sont accommodés des règles protectrices qui leur sont imposées.

Le nombre de crédits contractés n'a absolument pas diminué depuis l'adoption de la loi sur le crédit immobilier qui date du 13 juillet 1979.

Celle-ci accorde au consommateur une protection et une sécurité juridique qui le mettent en confiance, et qui entraînent une meilleure image de marque des établissements de crédit.

Ceux-ci ont si bien intégré la notion de protection de l'emprunteur, qu'ils l'accordent également aux consommateurs étrangers, dans le cadre de leurs activités transfrontalières.

L'inverse quant à lui n'est pas du tout vrai : les établissements de crédit étrangers qui prestent sur le territoire français font tout pour échapper à la loi française, qui, trop contraignante, constitue à leurs yeux un frein au développement de leur activité.

En l'absence de toute réglementation européenne encadrant l'activité du crédit immobilier, le consommateur français n'a qu'une possibilité pour préserver la protection que lui offre sa loi nationale : se tourner vers les règles de droit international privé.

I. LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR FRANÇAIS A L'ÉPREUVE DES CREDITS TRANSFRONTALIERS DANS LE MARCHE UNIQUE :

A. LA PROTECTION TOTALE DE L'EMPRUNTEUR FRANÇAIS EN DROIT INTERNE :

Cette protection est assurée par la loi du 13 juillet 1979 sur le crédit immobilier, qui a été codifiée dans le Code de la Consommation aux articles L312-1 et suivants.

La protection existe pour le consommateur tout au long de la vie du contrat, voire même avant sa conception.

Le non-respect des règles protectrices est quant à lui pénalement sanctionné.

1. DOMAINE D'APPLICATION ETENDU DE LA LOI :

a. AU NIVEAU DES PERSONNES VISEES :

* l'acquéreur est défini comme toute personne qui acquiert, souscrit ou commande au moyen d'un prêt immobilier (article L312-1)

* le vendeur est défini comme l'autre partie aux mêmes opérations (article L312-1)

* le prêteur est défini comme toute personne consentant des crédits de manière habituelle (article L312-2) : cela vise les banques et les établissements financiers en général, mais aussi les promoteurs, les marchands de biens, voire l'Etat pour les prêts d'accession à la propriété

* la loi s'applique à tous les étrangers achetant ou empruntant en FRANCE, si l'immeuble se trouve en FRANCE et si le prêteur ou l'emprunteur y a sa résidence ou son siège (Réponse Ministérielle du 5 février 1981)

b. AU NIVEAU DES PRETS CONCERNES :

*** NATURE DES OPERATIONS VISEES (ARTICLE L312-2) :**

- les opérations relatives à des immeubles à usage d'habitation ou mixte
- les opérations concernant des terrains
- l'achat de parts ou d'actions de sociétés permettant l'attribution en jouissance ou en propriété d'un immeuble
- les dépenses relatives à l'achat, mais aussi à la construction, à la réparation, ou à l'entretien de l'immeuble

*** FORME DES OPERATIONS VISEES :**

L'article L312-2 vise tous les prêts, quelle que soit leur qualification ou leur technique, tels que

- le refinancement d'un prêt immobilier préexistant
- un crédit immobilier accordé sous la forme d'un découvert bancaire

2. PROTECTION DE L'EMPRUNTEUR AVANT LA CONCLUSION DU CONTRAT :

a. LA REGLEMENTATION RELATIVE AUX PUBLICITES SUR LE CREDIT IMMOBILIER (ARTICLE 312-4):

Toute publicité relative à un contrat de prêt immobilier doit contenir, de manière claire et lisible :

- l'identité du prêteur
- la nature et l'objet du prêt
- la durée de l'opération, son coût total et son coût effectif global

Cette obligation vise :

- toute publicité orale ou écrite : affiches, prospectus, presse, radio, télévision
- toute publicité relative à l'achat d'un immeuble qui prévoit la possibilité de recourir à un prêt pour le financer
- toute publicité émanant non seulement des établissements de crédit, mais aussi des artisans, des promoteurs, des constructeurs de maisons individuelles (Réponse Ministérielle du 9 mars 1981)

Le non-respect de ces dispositions est pénalement sanctionné :

-200.000 francs d'amende

- éventuellement, la publication d'annonces rectificatives ou la cessation de la publicité peuvent être ordonnées par le Juge Pénal

b. NECESSITE D'UNE OFFRE PREALABLE :

L'article L312-7 dispose que tout contrat de prêt immobilier doit faire l'objet d'une offre préalable.

Cette offre préalable s'analyse juridiquement en une promesse unilatérale de crédit émanant de l'emprunteur.

*** MODALITES DE REMISE DE L'OFFRE :**

Aux termes de l'article L312-7, elle doit être adressée à l'emprunteur obligatoirement par voie postale, les frais postaux étant à la charge du prêteur.

Si il y a des cautions, chacune doit en recevoir un exemplaire distinct.

* MENTIONS OBLIGATOIRES DE L'OFFRE :

Elles sont énumérées par l'article L312-8 :

- identité des parties et des cautions
- nature, objet et modalités du prêt (notamment les dates et les conditions de remise des fonds)
- échéancier des amortissements, avec pour chaque mensualité la répartition entre le remboursement du capital et les intérêts
une exception : les prêts à taux variable
- le montant du crédit pouvant être consenti
- le coût total et le coût effectif global du crédit
En cas d'indexation du taux, il y a lieu de préciser l'index choisi et ses modalités de calcul
- les assurances et les sûretés réelles garantissant le prêt (la notice d'assurance doit être jointe à l'offre)
- le montant des frais encourus si le contrat n'est pas conclu

L'obligation de recourir à une offre existe également en cas de modification d'un prêt en cours

Mais pas en cas de modification du taux d'intérêt dans un contrat à taux variable

Le non-respect de ces dispositions est pénalement sanctionné par une amende pouvant aller de 20.000 à 200.000 francs (article 312-33 al 1)

Au plan civil, la sanction est la déchéance pour le prêteur du droit aux intérêts (article L312-33 alinéa 4).

Elle est totale ou partielle, à l'appréciation du juge.

A un moment donné, la Cour de Cassation a sanctionné l'irrégularité de l'offre préalable par la nullité du contrat qui s'ajoutait à la déchéance des intérêts.

L'inconvénient de cette solution était que l'emprunteur devait alors rembourser l'intégralité du capital emprunté immédiatement.

C'est la raison pour laquelle elle a opéré un revirement de jurisprudence : désormais, la seule sanction civile est la déchéance du droit aux intérêts (Cour de Cassation 9 et 23 mars 1999).

c. PROTECTION CONCERNANT LES TAUX D'INTERETS PROPOSES :

- l'article L313-3 interdit au prêteur d'exiger des intérêts exagérés
- la loi du 28 décembre 1966 régleme l'usure
- il y a interdiction de rémunérer ou de faire rémunérer tout vendeur, salarié ou non d'un organisme de crédit en fonction du taux qu'il a fait contracter à l'acheteur

d. DEVOIR GENERAL DE CONSEIL DU PRETEUR :

Il s'agit d'une obligation découlant du droit commun de la responsabilité contractuelle, qui a été élaborée par la jurisprudence.

La présentation d'une offre préalable conforme à l'article L312-8 ne dispense pas le prêteur de son obligation de conseil.

A défaut, il commet une faute de nature à engager sa responsabilité (Cour de Cassation 27 juin 1995)

Le prêteur est tenu de se renseigner sur la situation financière de l'emprunteur et de ne lui accorder le prêt que si celui-ci n'apparaît pas disproportionné par rapport à son endettement et à ses facultés contributives.

3. PROTECTION DE L'EMPRUNTEUR MOMENT DE LA CONCLUSION DU CONTRAT :

a. MODALITES D'ACCEPTATION DE L'OFFRE :

*** DELAIS :**

- le prêteur est tenu de maintenir son offre pendant 30 jours (article L312-10 alinéa 1)

Si il formule une nouvelle offre dans ce délai, le consommateur aura le choix entre les deux, le prêteur ne pouvant retirer la première.

- l'acceptation de l'emprunteur ne peut intervenir moins de 10 jours après la réception de l'offre

C'est un mécanisme différent de celui prévu pour le crédit à la consommation :

. ici, le contrat est parfait dès l'acceptation de l'offre, et le délai de réflexion est prévu avant sa conclusion

. pour le crédit à la consommation, le délai est prévu après

Si l'acceptation de l'offre intervient avant les 10 jours, le contrat est entâché de nullité.

Il s'agit d'une nullité d'ordre public, à laquelle l'emprunteur ne peut renoncer par avance, même par acte notarié (Cour de Cassation 9 décembre 1997).

Afin d'assurer l'efficacité de ce mécanisme de protection, il est interdit au prêteur de formuler des offres non datées ou munies d'une fausse date.

Cette interdiction est assortie d'une sanction pénale, à savoir une amende de 200.000 francs (article L312-33 alinéa 2), ainsi que d'une sanction civile, la déchéance du droit aux intérêts.

*** FORME DE L'ACCEPTATION :**

Aux termes de l'article L312-10, l'acceptation de l'offre doit être faite par écrit, contre récépissé.

b. INTERDICTION DES VERSEMENTS ANTICIPES :

Aucun transfert de fonds n'est admis entre le prêteur et l'emprunteur avant l'acceptation de l'offre (article L312-11)

Même la simple remise d'un chèque non encaissé est interdite.

Cette obligation est pénalement sanctionnée par une amende de 200.000 francs (article L312-11)

c. CONDITIONS SUSPENSIVES PREVUES PAR LA LOI :

La loi prévoit qu'après l'acceptation de l'offre, le contrat de crédit est conclu sous condition suspensive dans plusieurs cas :

- la conclusion du contrat principal financé par le prêt (article L312-12)
- l'agrément de l'emprunteur par l'assureur si le contrat de prêt est garanti par une assurance (article L312-9)
- en cas de pluralité de prêts finançant la même opération immobilière, chaque prêt est conclu sous condition suspensive de l'obtention des autres crédits (article L312-13)

Cela concerne tous les prêts représentant au moins 10% de l'opération

4. PROTECTION DU CONSOIMMATEUR PENDANT L'EXECUTION DU CONTRAT :

a. SUSPENSION DES OBLIGATIONS EN CAS DE DEFAILLANCE DE L'EMPRUNTEUR :

L'article L313-12 instaure la possibilité pour l'emprunteur de saisir le juge pour solliciter des délais de grâce.

Ces délais peuvent porter sur une durée maximale de 2 ans.

Ils peuvent consister dans un report ou un rééchelonnement des paiements.

Cette mesure entraîne :

- la suspension de toutes les mesures d'exécution
- l'arrêt des majorations d'intérêt et des pénalités de retard

Le juge ne peut réduire les intérêts à un taux inférieur au taux légal.

Il peut fixer les modalités de règlement des mensualités suspendues à l'expiration du délai de grâce : aux termes de l'article L313-12 alinéa 2, le dernier versement ne peut cependant pas excéder de plus de 2 ans le terme initial du contrat.

Une telle demande relève du Tribunal d'Instance, soit de la juridiction la plus accessible pour le justiciable.

La limite de ce mécanisme est que les délais de grâce ne sont possibles que tant que le contrat est en cours d'exécution, et plus après que la banque ait fait jouer la clause résolutoire.

b. LIMITATION DES SANCTIONS PECUNIAIRES EN CAS DE DEFAILLANCE DE L'EMPRUNTEUR :

L'article L312-22 limite les montants pouvant être réclamés par le prêteur à l'emprunteur défaillant

- si c'est le prêteur lui-même qui accorde des délais de paiement à l'emprunteur, il ne peut monter le taux d'intérêts que de 3 points jusqu'à la reprise normale des paiements (article R312-3)

- le prêteur peut demander le remboursement immédiat du capital restant dû et des intérêts échus, mais pas des intérêts à échoir

Jusqu'à leur règlement effectif, les sommes dues produisent intérêt uniquement au taux légal

- le prêteur peut réclamer une indemnité en plus des intérêts de retard, mais qui doit être inférieure à 7% des sommes dues au titre du capital et des intérêts échus (article R312-3)

Par ailleurs, le juge a le pouvoir de réduire cette indemnité si elle apparaît manifestement excessive

Le non-respect de ces obligations est pénalement sanctionné par une amende de 200.000 francs (article L312-23)

c. POSSIBILITE DE REMBOURSEMENT ANTICIPE DU PRET :

Aux termes de l'article L312-21, l'emprunteur a la possibilité de solder son prêt à tout moment, en tout ou en partie.

Toute clause interdisant le remboursement anticipé est entachée de nullité.

La seule limitation est que le contrat peut interdire le remboursement partiel anticipé, si il est inférieur à 10% du montant du prêt, sauf s'il s'agit du solde.

En cas de remboursement anticipé, le prêteur perd une partie des intérêts devant initialement lui revenir.

L'article L312-21 lui accorde la possibilité de percevoir une indemnité pour compenser ce manque à gagner.

Cette indemnité ne peut cependant excéder la valeur d'un semestre d'intérêts sur le capital remboursé au taux moyen du prêt, et ne peut dépasser 3% du capital dû avant remboursement (article R312-2).

La loi du 25 janvier 1999 prévoit quant à elle, pour les contrats conclus postérieurement à cette date, l'interdiction de toute indemnité, si le remboursement anticipé résulte de la vente de l'immeuble suite à une mutation professionnelle, suite au décès ou suite à la cessation forcée de l'activité professionnelle de l'emprunteur ou de son conjoint (article L312-21 alinéa 3)

d. PROTECTION EN CAS DE DIFFICULTES RELATIVES AU CONTRAT PRINCIPAL :

- le contrat de prêt se trouve résolu en cas de résolution du contrat principal qu'il finançait.

Cette protection n'est pas prévue par la loi, mais a été consacrée par la jurisprudence qui reconnaît l'interdépendance totale entre les deux contrats (Cour de Cassation 1^{er} décembre 1993)

- l'article L312-19 prévoit la possibilité de suspension des obligations de l'emprunteur en cas de contestation relative à l'exécution du contrat principal.

Cependant, lorsque ce litige prend fin, le capital et les intérêts échus pendant la période de suspension deviennent immédiatement et intégralement exigibles à la fin de la période de suspension.

B. LIBERTE DE PRESTATION ET ABSENCE DE REGLEMENTATION PROTECTRICE POUR L'EMPRUNTEUR IMMOBILIER AU NIVEAU COMMUNAUTAIRE :

1. PRIORITE AU MARCHE UNIQUE ET A LA LIBERTE DE PRESTATION :

La vocation première et originaire de l'Union Européenne est la création d'un Marché Unique.

Le but recherché est d'assurer la liberté de circulation des personnes, des marchandises et des prestations de service, source de développement économique.

Par rapport aux consommateurs, l'on retrouve la philosophie anglo-saxonne, à savoir que la création du Marché Unique leur est profitable en ce que :

- elle entraîne un accroissement de la concurrence, et donc des possibilités de choix
- elle entraîne une baisse des coûts de production et des prestations de service

Dans cette optique, les règles protectrices des consommateurs apparaissent comme des entraves à la réalisation du Marché Unique ainsi qu'à la libéralisation totale et au développement des prestations transfrontalières.

La finalisation de la libéralisation totale des services financiers apparaît comme un pilier dans la réalisation du Marché Unique, puisqu'elle permet à tous les autres secteurs d'avoir un fonctionnement plus efficace.

La politique de la Commission et du Conseil dans ce domaine est axée sur trois points essentiels:

- libre circulation de l'argent dans la Communauté : c'est la libéralisation des mouvements de capitaux
- le droit pour les institutions financières de pouvoir s'installer dans n'importe quel Etat membre sans devoir demander à chaque fois une autorisation distincte : c'est la liberté du droit d'établissement
- le droit pour les institutions financières d'offrir leurs prestations dans toute l'Union : c'est la liberté de prestation de services

La 2^{ème} Directive sur la coordination bancaire du 15 décembre 1989 a été adoptée exactement dans cet état d'esprit.

La Commission, à chaque occasion, se plaît à rappeler que son objectif est d'accroître l'offre et la diversité des produits financiers sur un territoire donné.

L'objet essentiel de la Directive est dès lors l'obtention par un établissement de crédit, auprès de son pays d'origine, d'un agrément lui permettant, sans autre autorisation, d'exercer son activité dans toute la Communauté.

Il bénéficie ainsi en quelque sorte d'un passeport européen.

2. ABSENCE DE REGLEMENTATION PROTECTRICE CONCERNANT LE CREDIT IMMOBILIER AU NIVEAU EUROPEEN :

Peu à peu, la nécessité de protéger les consommateurs, a réussi à prendre une place dans les préoccupations communautaires.

Il a néanmoins fallu attendre le Traité de MAESTRICHT pour qu'elle soit érigée au rang de politique communautaire.

Paradoxalement, alors que le crédit immobilier constitue un domaine particulièrement important du droit de la consommation, il ne fait l'objet d'aucune réglementation spécifique au niveau européen.

Seul le crédit à la consommation est réglementé, par une Directive du 22 décembre 1986, qui consacre bien évidemment sa libéralisation totale.

Son volet protection des consommateurs s'est quant à lui fortement dilué à l'issue des discussions finales, et de nombreuses questions fondamentales ont été laissées à l'initiative des Etats membres.

Ainsi, notamment, il a fallu attendre une Directive du 1^{er} avril 1998 établissant un système réellement harmonisé pour le calcul du TEG.

Concernant le crédit immobilier, l'établissement d'une Directive est à l'étude depuis plus de 15 ans.

Une des raisons pour lesquelles ce projet piétine est la diversité des législations nationales devant être unifiées ou, à tout le moins, harmonisées.

Deux projets de Directives ont été élaborés en 1984 et 1987, mais n'ont pas abouti.

Les considérants de ces projets, ainsi que les articles eux-mêmes démontrent clairement que, une nouvelle fois, le but recherché est d'assurer la liberté totale de prestation et d'établissement pour les organismes financiers.

Plus récemment, de nouvelles propositions sont à l'étude, qui semblent enfin intégrer des mesures de protection des consommateurs.

Elles concernent notamment l'ampleur et la durée des prêts, le type d'intérêts, le taux d'intérêts, la fréquence des paiements.

Cependant, nul ne peut prédire à ce jour quand ce projet aboutira.

Il existe, deci-delà, quelques mesures ponctuelles, prévues dans d'autres matières que l'on peut étendre au crédit immobilier

Exemples :

- la Directive 85/577 sur le démarchage des biens et services prévoit un délai de rétractation de 7 jours pour le consommateur

Si le crédit immobilier a été conclu dans le cadre d'un démarchage (encore que cela soit interdit en droit français), on pourrait lui appliquer cette mesure

- la Directive sur le crédit à la consommation précitée contient une disposition qui est étendue aux crédits immobiliers : c'est son article 3 sur la publicité qui prévoit que toute publicité sur un prêt immobilier qui indique un chiffre quelconque sur le coût du prêt doit mentionner le TEG ou, au moins, le coût total du crédit.

II. LE DROIT INTERNATIONAL PRIVE AU SECOURS DE L'EMPRUNTEUR FRANÇAIS :

La situation actuelle, à savoir

- la liberté totale des prestations de service et d'établissement des organismes bancaires
- l'absence de réglementation communautaire sur le crédit immobilier et la grande diversité des législations nationales

mettent gravement en danger la protection dont bénéficie l'emprunteur par le droit interne français, lorsqu'il contracte des crédits immobiliers transfrontaliers.

De par la libéralisation des marchés, il est de plus en plus sollicité par des organismes financiers étrangers qui font tout pour contourner la loi française, et imposer leur loi nationale, beaucoup plus laxiste en la matière.

Le seul moyen de contrer ces pratiques est de trouver dans le droit international privé, le moyen d'imposer l'application de la loi française pour tout emprunteur demeurant sur le territoire français.

A. LA CONVENTION DE ROME DU 19 JUIN 1980 SUR LA LOI APPLICABLE AUX OBLIGATIONS CONTRACTUELLES :

1. PRINCIPES DE BASE DE LA CONVENTION (ARTICLES 3 ET 4) :

* L'article 3 de la Convention consacre le principe de la liberté de choix par les parties de la loi applicable à leur contrat.

L'établissement financier se trouve, de par cette disposition, en position de pouvoir, grâce à sa puissance économique, imposer sa propre loi nationale à l'emprunteur.

* L'article 4 dispose quant à lui qu'à défaut de choix exprès des parties, il faut appliquer la loi du pays avec lequel le contrat a les liens les plus étroits.

Il est présumé que ce pays est celui où la partie qui fournit la prestation caractéristique du contrat a son établissement.

Dans un contrat de prêt, c'est le prêteur qui fournit la prestation caractéristique, de sorte que sa loi nationale trouverait application.

Au titre des règles générales de la Convention de ROME, la loi française ne semble pas pouvoir être imposée au prêteur étranger.

2. L'ARTICLE 5-2 DE LA CONVENTION DE ROME :

Aux termes de l'alinéa 2 de l'article 5 de la Convention de ROME, le consommateur ne peut être privé de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi du pays dans lequel il a sa résidence habituelle, lorsque la conclusion du contrat a été précédée dans ce pays d'une publicité, et si le consommateur a accompli dans ce pays les actes nécessaires à la conclusion du contrat.

L'alinéa 1 précise que l'alinéa 2 est applicable aux contrats ayant pour objet une fourniture d'objets mobiliers corporels ou de services, ainsi qu'aux contrats destinés au financement d'une telle fourniture, sans mentionner expressément les contrats de prêts immobiliers.

Or, un contrat de prêt immobilier a indiscutablement pour objet une prestation de service de la part de la banque prêteuse qui met des fonds à la disposition des consommateurs, moyennant rémunération.

C'est d'ailleurs en vertu du principe de libre prestation de service découlant du Traité de Rome, et notamment de l'article 61 relatif à la libéralisation des services de banque, que les établissements financiers européens se sont crus autorisés à offrir leurs produits sur le marché français.

Cette analyse est d'ailleurs partagée :

* d'une part, par la Cour de Justice des Communautés, et notamment :

- dans un arrêt SVENSSON/GUSTAVSSON en date du 14 novembre 1995, où elle précise que des opérations telles que des prêts à construction octroyés par des banques constituent des services au sens de l'article 59 du Traité de Rome

- dans un arrêt en date du 9 juillet 1997 PARODI/BANQUE H. ALBERT DE BARRY ET CIE, où elle estime que l'opération qui consiste pour une banque établie dans un Etat membre à accorder un prêt hypothécaire à un emprunteur établi dans un autre Etat membre constitue nécessairement une prestation de service liée au mouvement de capital au sens de l'article 61 paragraphe 2 du Traité de Rome.

* d'autre part, par la jurisprudence française, et notamment :

- par la Cour d'Appel de NANCY dans un arrêt du 16 juin 1998 qui constate que la conclusion des contrats de crédit immobilier par les établissements financiers étrangers constitue bel et bien une fourniture de service

- par la Cour d'Appel de COLMAR dans un arrêt du 24 février 1999, sur l'applicabilité des articles 13 et 14 de la Convention de Bruxelles qui sont libellés dans les mêmes termes que l'article 5-2 de la Convention de Rome

Admettre, comme le soutiennent les établissements bancaires, que les contrats de crédit immobiliers seraient exclus du champ d'application de l'article 5-2 serait contraire à l'esprit de ce texte.

Celui-ci vise en effet à accorder au consommateur une protection supplémentaire dans l'ensemble des domaines dans lesquels il est amené à contracter.

Or, ainsi qu'il a déjà été rappelé à plusieurs reprises, le crédit immobilier constitue un de ces domaines, particulièrement important.

Il convient en outre de remarquer que l'alinéa 4 de l'article 5-2 prend le soin d'exclure certains types de contrats, tels que les contrats de transport.

Si ses rédacteurs avaient également voulu exclure les contrats de crédit immobilier, ils n'auraient pas manqué de les mentionner expressément.

L'on ne peut dès lors pas raisonnablement imaginer que ceux-ci ne soient pas inclus dans les dispositions de la Convention de Rome relatives à la protection des consommateurs.

Concernant les autres conditions posées par l'article 5-2 :

- lorsque les consommateurs français contractent des contrats de crédits immobiliers transfrontaliers, c'est généralement qu'ils ont été incités à le faire, après avoir été touchés soit par des publicités générales qui ont été diffusées sur le territoire français, soit par des propositions qui leur ont été faites à leur domicile ou par un courtier

- comme le retient fort justement la jurisprudence, et notamment celle des Cour d'Appel de COLMAR et de NANCY, les actes nécessaires à la conclusion du contrat mentionnés à l'article 5-2 ne se limitent pas à sa seule signature.

En pratique, une part importante de ces actes sont réalisés par le consommateur en France, et notamment les discussions précontractuelles qui se font via les intermédiaires et les courtiers, la rédaction et la signature des affectations hypothécaires garantissant la plupart des prêts, la remise des fonds prêtés.

3. L'ARTICLE 9-5 DE LA CONVENTION :

L'article 9-5 de la Convention dispose que les conditions de forme des contrats conclus par les consommateurs sont régies par la loi du pays dans lequel ceux-ci ont leur résidence habituelle.

Or, une partie importante du dispositif de protection de la loi du 13 juillet 1979 concerne des mentions qui doivent impérativement figurer dans les contrats pour assurer un consentement éclairé du consommateur.

4. L'ARTICLE 9-6 DE LA CONVENTION :

L'article 9-6 de la Convention dispose que tout contrat ayant pour objet un droit réel immobilier ou un droit d'utilisation d'un immeuble est soumis aux règles de forme impératives de la loi du pays où l'immeuble est situé.

Or, les contrats de prêts immobiliers sont, dans la plupart des cas, garantis par des affectations hypothécaires, qui constituent un droit réel immobilier, et qui sont susceptibles de créer un droit d'utilisation de l'immeuble au bénéfice du prêteur, en cas de réalisation de l'hypothèque.

Les immeubles hypothéqués étant généralement situés en France, la loi française trouve dès lors application.

5. L'ARTICLE 7 DE LA CONVENTION :

La loi française trouve son application aux contrats de prêts immobiliers transfrontaliers en vertu de l'article 7 de la Convention de Rome sur les lois de police, aux termes duquel il pourra être donné effet aux dispositions impératives de la loi d'un autre pays avec lequel la situation présente un lien étroit, si, selon la loi de ce pays, ces dispositions sont d'ordre public.

Or, ainsi que cela ressort d'ailleurs de son article 36, la loi du 13 juillet 1979 sur le crédit immobilier relève indiscutablement de l'ordre public, dans la mesure où elle a pour objet la protection des consommateurs, et où son non-respect est pénalement sanctionné.

Une telle règle édictée par la Convention de Rome pourrait être de nature à restreindre ou à gêner l'exercice des libertés fondamentales consacrées par le Traité de Rome.

C'est la raison pour laquelle la Cour de Justice des Communautés a posé des critères permettant de définir la loi de police susceptible d'être imposée aux parties d'un contrat.

Dans une jurisprudence qui a pour origine l'arrêt CASSIS DE DIJON (20 février 1979), la Cour considère que seules les règles justifiées par des raisons impérieuses d'intérêt général peuvent porter atteinte aux libertés fondamentales édictées par le Traité de Rome.

Aux termes d'un arrêt de la Cour de Justice du 4 novembre 1986 (COMMISSION/ALLEMAGNE), la protection des consommateurs constitue bel et bien une raison impérieuse d'intérêt général.

La Cour pose cependant des conditions supplémentaires :

- la matière concernée ne doit pas avoir fait l'objet de règles communautaires communes ou d'harmonisation

Tel est bien le cas en l'espèce

- elles doivent s'appliquer de manière non discriminatoire

Or, ainsi que cela ressort d'une réponse ministérielle du 5 février 1981, la loi française s'applique à tout contrat de prêt immobilier à partir du moment où l'emprunteur a son domicile en France, et où l'immeuble donné en garantie est situé en France, et ce, quelle que soit la nationalité du prêteur, française ou étrangère

- elles ne doivent pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre leur objectif

- il faut que cet objectif ne soit pas déjà sauvegardé par les règles de la loi « normalement » applicable au contrat.

Or, ainsi qu'il a déjà été exposé, la loi française a un degré de protection inégalé en matière de crédit immobilier.

Par ailleurs, ainsi que l'a fort justement relevé le Tribunal d'Instance de NIORT dans un jugement en date du 1^{er} juillet 1998, la loi étrangère ne peut par définition pas apporter la même protection au consommateur français qui en ignore le contenu, et qu'il ne pourra éventuellement connaître qu'à l'issue de démarches longues et complexes telles que la délivrance d'un certificat de coutume.

B. LA CONVENTION DE BRUXELLES DU 27 SEPTEMBRE 1968 SUR LA COMPETENCE JUDICIAIRE ET L'EXECUTION DES DECISIONS EN MATIERE CIVILE ET COMMERCIALE :

1. SUR L'INTERET DE RECOURIR A LA CONVENTION DE BRUXELLES :

L'enjeu est de faire en sorte que les contrats de prêts immobiliers transfrontaliers conclu par les consommateurs français relèvent des juridictions françaises.

Le juge national connaît en effet sa propre loi, et c'est celle-ci qu'il appliquera le plus volontiers, et avec le plus de compétence.

Sa démarche, en cas de litige sur la loi applicable, va être de rechercher un critère de rattachement lui permettant d'invoquer sa propre législation.

Il pourra aussi, le cas échéant, faire primer son ordre public national.

La question peut avoir également son importance pour prévenir tout problème au moment de l'exequatur d'une décision rendue par une juridiction étrangère.

Si le juge étranger a appliqué sa propre loi nationale à un contrat de crédit immobilier souscrit par un consommateur français ou résidant en FRANCE, son jugement risque de se heurter à l'ordre public français, qui impose l'application de la loi française, ce qui empêchera son exequatur en France

2. ARTICLES 13 ET 14 DE LA CONVENTION DE BRUXELLES :

Aux termes de l'article 14 de la Convention, dans sa version issue de la Convention de Lugano du 9 octobre 1978, l'action intentée par un consommateur contre l'autre partie au contrat peut être portée devant les Tribunaux de l'Etat contractant sur le territoire duquel il est domicilié.

Ces texte est applicable, comme l'indique l'article 13, aux contrats conclus par une personne pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle... pour tout autre contrat ayant pour objet une prestation de service, si

- la conclusion du contrat était précédée dans l'Etat du domicile du consommateur d'une proposition spécialement faite ou d'une publicité
- et que le consommateur a accompli dans ces Etat les actes nécessaires à la conclusion du contrat

Ce texte est libellé exactement dans les mêmes termes que l'article 5-2 de la Convention de Rome.

Il convient de se référer aux développements concernant cet article pour constater que les articles 13 et 14 de la Convention de Bruxelles s'appliquent aux contrats de crédits immobiliers transfrontaliers.

3. L'ARTICLE 5-1 DE LA CONVENTION DE BRUXELLES :

Aux termes de l'article 5-1 de la Convention de Bruxelles, il est possible de saisir le Tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée.

Il résulte de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés, ainsi que de celle de la Cour de Cassation, que le demandeur bénéficie de ce chef de compétence, même si la formation du contrat qui est à l'origine de la procédure est litigieuse (CJCE 4 mars 1982 EFFER/KANTER recueil p.516), et même s'il s'agit d'une action en nullité du contrat (Cour de Cassation 25 janvier 1983 RCDIP 1983 p.516).

Quant au lieu d'exécution de l'obligation à prendre en considération pour l'application de l'article 5-1, il ressort de la jurisprudence de la Cour de

Justice (6 octobre 1976 TESSILI-DUNLOP), qu'il doit être déterminé selon la loi applicable au contrat, elle-même identifiée selon les règles de conflit du for saisi.

Les développements précédents sur la Convention de Rome permettent de faire application de la loi française.

Les deux obligations principales d'un contrat de prêts sont :

- * d'une part la mise à disposition d'un capital au profit des emprunteurs
- * d'autre part le remboursement par les emprunteurs des intérêts, ainsi que du capital emprunté

Au regard de la loi française le lieu d'exécution de ses deux obligations se situe en France :

* concernant la mise à disposition des fonds, ceux-ci sont généralement adressés au Notaire chargé de la rédaction de l'affectation hypothécaire et de la vente immobilière financée par le prêt, ou versés sur le compte bancaire français des emprunteurs

* concernant les remboursements, leur lieu d'exécution est la France, puisque, en droit français, aux termes de l'article 1247 du Code Civil le paiement des dettes est quérable et non portable

4. L'ARTICLE 16 DE LA CONVENTION :

Aux termes de l'article 16 de la Convention, toute action portant sur un droit réel immobilier doit être portée devant les Tribunaux du lieu de situation de l'immeuble concerné.

Ce article est rédigé dans les mêmes termes que l'article 9-6 de la Convention de Rome, et il convient de se référer aux développements y afférent pour constater que l'article 16 de la Convention de Bruxelles est applicable aux contrats de crédits immobiliers garantis par une hypothèque.

Anne-Marie PETTOVICH
Avocat