

un consommateur fixant le taux des intérêts moratoires applicable est abusive, au motif qu'elle impose au consommateur en retard de paiement une indemnité d'un montant disproportionnellement élevé, dès lors que ce taux dépasse de plus de deux points de pourcentage celui des intérêts ordinaires prévu par ce contrat.

- 3) La directive 93/13 doit être interprétée en ce sens qu'elle ne s'oppose pas à une jurisprudence nationale, telle que celle du Tribunal Supremo (Cour suprême, Espagne) en cause au principal, selon laquelle la conséquence du caractère abusif d'une clause non négociée d'un contrat de prêt conclu avec un consommateur fixant le taux des intérêts moratoires consiste en la suppression totale de ces intérêts, les intérêts ordinaires prévus par ce contrat continuant à courir.

NOTE D'OBSERVATION

L'arrêt *Banco Santander* du 7 août 2018 – La sanction des clauses abusives et le sort des intérêts du prêt en cas de non-remboursement à l'échéance

INTRODUCTION

1. L'arrêt *Banco Santander* du 7 août 2018⁽²⁾ s'inscrit dans le cadre de la directive 93/13/CEE⁽³⁾ régissant la matière des clauses abusives dans les contrats conclus entre un consommateur et une entreprise⁽⁴⁾. Dans cet arrêt, la Cour de justice de l'Union européenne déclare conforme à cette directive une jurisprudence déclarant *per se* abusive toute clause non négociée d'un contrat de prêt fixant le taux des intérêts moratoires à un taux excédant de plus de deux points de pourcentage le taux des intérêts stipulés pour le prêt. Surtout, la Cour précise la portée de l'annulation d'une clause d'intérêts moratoires jugée abusive : l'annulation de la clause d'intérêts moratoires laisse subsister les intérêts stipulés en contrepartie du prêt qui, partant, peuvent continuer à courir jusqu'au complet paiement (I).

⁽²⁾ C.J.U.E., 7 août 2018, C-96/16 et C-94/17, *Banco Santander*.

⁽³⁾ Directive du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs (*J.O.*, 1993, L 95, p. 29), telle que modifiée par la directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 (*J.O.*, 2011, L 304, p. 64) (ci-après la « directive 93/13 »).

⁽⁴⁾ Le présent commentaire traite des clauses abusives dans les contrats entre consommateurs et entreprises (B2C). Ne sont pas visées les clauses abusives dans les contrats entre entreprises (B2B) au sens de l'article VI.91/5 du Code de droit économique, tel qu'il a été modifié par la loi du 4 avril 2019 mais dont l'entrée en vigueur n'est pas immédiate.

En filigrane, se pose la question de l'articulation entre intérêts moratoires et rémunérateurs en l'absence de clause fixant le sort de ceux-ci pour le cas de défaut de paiement du capital prêté (II)⁽⁵⁾.

2. Avant d'aborder ces questions, il est opportun de rappeler brièvement les différentes notions d'intérêts.

En raison de leur rôle distinct, on oppose traditionnellement les intérêts «rémunérateurs»⁽⁶⁾ qui «constituent la rémunération du capital prêté»⁽⁷⁾ aux intérêts «de retard» qui, comme leur nom l'indique, indemnisent le créancier pour le retard de paiement. Lorsqu'ils servent à réparer le retard dans le paiement d'une obligation de somme, les intérêts de retard sont appelés intérêts «moratoires»⁽⁸⁾.

La Cour de justice énonce, quant à elle, les définitions suivantes : «les intérêts moratoires visent à sanctionner l'inexécution par le débiteur de son obligation d'effectuer les remboursements du prêt aux échéances contractuellement convenues, à dissuader ce débiteur de prendre du retard dans l'exécution de ses obligations et, le cas échéant, à indemniser le prêteur du préjudice subi du fait d'un retard de paiement. En revanche, les intérêts ordinaires ont une fonction de rétribution de la mise à disposition d'une somme d'argent par le prêteur jusqu'au remboursement de celle-ci»⁽⁹⁾. Dans les conclusions précédant

⁽⁵⁾ Par le même arrêt, la Cour était amenée à se prononcer sur la conformité à la directive 93/13 d'une pratique par laquelle un professionnel cède ou achète la créance d'un consommateur sans que cette faculté soit prévue par le contrat, sans que le consommateur soit prévenu ou donne son consentement et sans que la faculté lui soit offerte de racheter lui-même sa créance. Sans commenter l'arrêt sur ce point, nous retiendrons que la Cour a jugé que, s'agissant d'une simple pratique et non de l'application d'une clause contractuelle – puisque cette possibilité de cession n'était pas prévue par le contrat –, la directive 93/13 ne s'applique pas ; la Cour rappelle aussi que «les clauses contractuelles qui reflètent des dispositions législatives ou réglementaires [s'agissant en l'espèce des dispositions du Code civil relatives à la cession de créance] ne sont pas soumises aux dispositions de ladite directive» (arrêt commenté, considérant n° 42). Pour une analyse de cette partie de l'arrêt, voy. P. CAMBIE, «De arresten *Gutierrez Naranjo en Demba*: verdere duiding door het Europese Hof omtrent de gevolgen van oneerlijke bodemrentebedingen en verdragingsrentebedingen in leningsovereenkomsten», *D.B.F.*, 2019, liv. 2, p. 113.

⁽⁶⁾ C. BIQUET-MATHIEU, *Le sort des intérêts dans le droit du crédit. Actualité ou désuétude du Code civil?*, Éd. Collection Scientifique de la Faculté de Droit de Liège, Liège, 1998, p. 9, n° 3.

⁽⁷⁾ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 3^e éd., t. 3, Bruxelles, Bruylant, 1967, p. 176, n° 143.

⁽⁸⁾ Lorsque les intérêts de retard réparent le préjudice découlant du retard de paiement d'une dette de valeur, ils sont appelés «intérêts compensatoires» et obéissent en principe à la réparation intégrale. À ce sujet, voy. C. BIQUET-MATHIEU, «Intérêts de retard sur une dette de valeur», *J.J.P.*, 2015, liv. 9, p. 528, note 2 et références citées ; I. SAMOI, S. STIJNS et S. JANSEN, «Dommages et intérêts compensatoires et moratoires», in *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 157.

⁽⁹⁾ Arrêt commenté, considérant n° 76.

l'arrêt, l'avocat général N. Whal précise que le terme d'intérêts « ordinaires » est assimilé à celui d'intérêts « rémunérateurs »⁽¹⁰⁾.

En Belgique, la débetion d'intérêts moratoires est soumise à l'article 1153 du Code civil. En vertu de cette disposition, les intérêts moratoires sont fixés forfaitairement et consistent, sauf stipulation contraire, dans les intérêts légaux, ceux-ci n'étant dus, sauf clause contraire, qu'à partir de la sommation de payer ou, pour le dire autrement, de la mise en demeure⁽¹¹⁾. Lorsque les parties conviennent à l'avance du taux des intérêts moratoires qui sera dû en cas de retard de paiement, on parle de « clause pénale d'intérêts moratoires »⁽¹²⁾. En droit de la consommation, la clause d'intérêts moratoires est encadrée par les dispositions spécifiques relatives aux clauses abusives et notamment par les articles VI.83, 17° (réciprocité) et VI.83, 24° (caractère indemnitaire) du Code de droit économique. Le droit belge, s'agissant en tout cas du droit de la consommation, ne prend en compte que le seul caractère indemnitaire des intérêts moratoires, à l'exclusion de leur rôle dissuasif évoqué par la Cour de justice.

Quant à la notion d'intérêts « conventionnels », elle renvoie, de façon générale, aux intérêts « issus, quant à leur source ou quant à leur taux, de la convention »⁽¹³⁾. Ainsi, ce terme est utilisé tantôt pour viser les intérêts moratoires, tantôt pour viser les intérêts rémunérateurs. Cette imprécision de langage crée une ambiguïté lorsque les intérêts sont stipulés dans un contrat de prêt.

I. LA CLAUSE D'INTÉRÊTS MORATOIRES À L'AUNE DE LA LÉGISLATION SUR LES CLAUSES ABUSIVES

3. Dans l'affaire commentée, la banque a stipulé, par une clause, la débetion d'intérêts moratoires en cas de défaillance du consommateur. Les taux stipulés pour les intérêts moratoires étaient très élevés puisqu'il était précisé qu'en cas de retard de paiement, les taux annuels passeraient respectivement de 8,50 % à 18,50 % et de 11,20 % à 23,70 % pour les contrats de prêts visés par la première affaire et de 4,75 %⁽¹⁴⁾ à 25 % pour le contrat de prêt visé par la seconde affaire.

⁽¹⁰⁾ Av. gén. N. Whal, concl. préc. C.J.U.E., arrêt *Banco Santander*, 7 août 2018, C-96/16 et C-94/17, n° 2.

⁽¹¹⁾ C. BIQUET-MATHIEU, « L'indemnisation du retard de paiement en présence d'une dette dont l'existence ou le montant nécessite une appréciation », R.G.D.C., 2012, liv. 7, p. 288, n° 2.

⁽¹²⁾ H. DE PAGE, *op. cit.*, p. 179, n° 143.

⁽¹³⁾ C. BIQUET-MATHIEU, *Le sort des intérêts dans le droit du crédit. Actualité ou désuétude du Code civil ?*, *op. cit.*, p. 30, n° 9.

⁽¹⁴⁾ Taux variable applicable au moment des faits.

De telles clauses d'intérêts moratoires ont été jugées abusives par les juridictions espagnoles. Dans son arrêt *Banco Santander*, la Cour de justice admet la fixation d'un taux plafond au-delà duquel la clause est *per se* abusive (A). Elle rappelle ensuite que la sanction est l'annulation et non la révision de la clause abusive (B). La Cour admet toutefois que les intérêts stipulés pour le prêt puissent être substitués, après l'échéance, à la clause d'intérêts moratoires annulée. Une telle substitution aboutit à une annulation seulement partielle de la clause d'intérêts moratoires (C).

A. Fixation d'un taux au-delà duquel la clause est abusive

4. En Espagne, selon une jurisprudence établie, toute clause non négociée d'un contrat de prêt fixant le taux des intérêts moratoires à un taux excédant de plus de deux points de pourcentage le taux des intérêts « ordinaires » doit être déclarée abusive. Dans l'arrêt commenté, la Cour de justice admet la conformité de cette jurisprudence nationale à la directive 93/13⁽¹⁵⁾.

Pour rappel, en vertu de l'article 3 de la directive 93/13 : « une clause d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle est considérée comme abusive lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat ». En Belgique, l'article I.8, 22^o, du Code de droit économique définit la clause abusive de façon analogue sans toutefois en réduire la portée aux clauses non négociées. Par ailleurs, la Belgique n'a pas inclus de référence à la notion de bonne foi dans sa définition de la clause abusive.

L'annexe de la directive contient une liste indicative des clauses qui *peuvent* être déclarées abusives. On retrouve parmi celles-ci, les clauses qui ont pour objet ou pour effet « d'imposer au consommateur qui n'exécute pas ses obligations une indemnité d'un montant disproportionnellement élevé »⁽¹⁶⁾. Il est à noter qu'en droit espagnol, la loi prévoit – de manière plus stricte que le droit de l'Union – que de telles clauses *doivent* toujours être considérées comme abusives. Ce faisant, le droit espagnol instaure une « liste noire » de clauses

⁽¹⁵⁾ La question s'est posée si la Cour devait prendre position sur ce point dans la mesure où il ne s'agirait pas d'une disposition contraignante mais uniquement d'une jurisprudence nationale. C'est en effet le Tribunal Supremo (Cour suprême) qui a dégagé ce critère de sa jurisprudence. Toutefois, la Cour, suivant les conclusions de l'avocat général, a jugé que cette jurisprudence doit être considérée comme contraignante dans la mesure où les juridictions inférieures, si elles souhaitaient s'en écarter, se heurteraient nécessairement à la censure du Tribunal Supremo (arrêt commenté, considérant n^o 59).

⁽¹⁶⁾ Notons toutefois qu'en Belgique, en vertu l'article VI.83, 24^o, du Code de droit économique, le caractère abusif de la clause pénale est constaté lorsque le montant réclamé au consommateur excède manifestement l'étendue du préjudice *prévisible*. Le droit belge fait référence, contrairement aux droits européen et espagnol, au caractère nécessairement indemnitaire de la clause pénale. En Belgique, la clause pénale ne peut pas présenter un caractère coercitif (art. 1226 du Code civil).



abusives telle que celle prévue en droit belge à l'article VI.83 du Code de droit économique. Dans l'affaire en cause, la jurisprudence nationale espagnole a précisé la portée de la liste noire en décidant que toute clause prévoyant un taux d'intérêts de retard excédant de plus de deux points de pourcentage le taux des intérêts ordinaires doit être considérée comme abusive.

La Cour a jugé qu'une jurisprudence comme celle en cause – établissant un maximum au-delà duquel toute clause doit être jugée abusive au regard de la «liste noire» espagnole – est conforme au droit de l'Union dans la mesure où le juge saisi conserve tout de même le pouvoir d'appréciation endéans les limites ainsi précisées⁽¹⁷⁾. La Cour s'assure ainsi qu'une clause, bien que respectant le maximum imposé, puisse être annulée par le juge s'il l'estime abusive au regard de la définition générale.

Par cet arrêt, la Cour prend position sur deux points. D'une part, elle valide la pratique de la «liste noire»⁽¹⁸⁾ et d'autre part, elle précise que, même lorsqu'une clause respecte le maximum fixé, le juge doit conserver le pouvoir d'apprécier le caractère abusif de la clause au regard de la définition générale⁽¹⁹⁾.

5. La position de la Cour nous conduit à faire un parallèle avec l'article VII.147/23, § 2, 3^o, b), du Code de droit économique qui plafonne, en matière de crédit hypothécaire à but immobilier, le taux des intérêts de retard au taux du crédit majoré de 0,5 point de pourcentage l'an⁽²⁰⁾ ⁽²¹⁾.

Ainsi, en Belgique, le juge n'est appelé à exercer son pouvoir d'appréciation du caractère abusif de la clause que dans la mesure où le taux d'intérêt de retard n'excède pas le taux du crédit majoré de l'équivalent de 0,5 point de pourcentage l'an. Dans le cas contraire, la clause est qualifiée automatiquement d'abusives. Cela limite fortement le pouvoir d'appréciation du juge de sorte que l'on pourrait se poser la question si cette limitation légale résisterait à une analyse de la Cour. Il faut toutefois noter que cette disposition légale (majoration limitée à 0,5 point de pourcentage l'an) est plus favorable au consommateur

⁽¹⁷⁾ Arrêt commenté, considérant n° 67.

⁽¹⁸⁾ La Cour s'était déjà positionnée sur la validité des listes dites «noires». Voy. not. C.J.U.E., 21 janvier 2015, C-482/13, *Unicaja Banco et Caixabank*, considérant n° 39; C.J.U.E., 21 décembre 2016, C-119/15, *Biro podrozy*, considérant n° 36 et conclusions de l'avocat général H. Saugmandsgaard Øe, n° 53-57; E. SWAENPOEL, S. STIJNS et P. WERY, «Clauses abusives», *D.C.C.R.*, 2009, liv. 84-85, p. 174, n° 46.

⁽¹⁹⁾ P. CAMBIE, «De arresten Gutierrez Naranjo en Demba ...», *op. cit.*, p. 122.

⁽²⁰⁾ Notons qu'en matière de *crédit hypothécaire à but immobilier*, par «intérêt de retard», l'article VI.147/23 vise d'une part «la pénalité fixe appliquée au capital, échu comme à échoir, en cas de non-paiement des intérêts à l'échéance» et d'autre part «l'intérêt de retard *sensu stricto* calculé *pro rata temporis* sur les fractions de capital en souffrance»; voy. à ce sujet F. RENSON et C. BIQUET-MATHIEU, «La défaillance du consommateur», in *Le crédit hypothécaire au consommateur, État de la question*, C. BIQUET-MATHIEU et E. BEGUIN (coord.), Bruxelles, Larcier, 2017, p. 425, n° 19.

⁽²¹⁾ En matière de *crédit hypothécaire à but mobilier*, comme d'ailleurs en matière de crédit à la consommation, la majoration maximale correspond à 110% du taux du crédit (art. VII.147/22, § 3 et art. VII.106, § 3).

que ne l'est la jurisprudence espagnole (majoration limitée à 2 points de pourcentage l'an). L'on peut dès lors penser qu'elle serait sans doute jugée conforme au droit de l'Union en ce qu'elle vise à assurer la protection du consommateur. D'autant que, comme le rappelle P. Cambie en matière de crédit à la consommation – où la majoration du taux est plafonnée à 110 % du taux du crédit –, même lorsque la majoration du taux respecte le maximum imposé, le juge peut tout de même déclarer celle-ci abusive au regard de la définition générale⁽²²⁾.

B. Nullité et non-révision de la clause abusive

6. De façon générale, la directive 93/13 prévoit que «les clauses abusives figurant dans un contrat conclu avec un consommateur par un professionnel ne lient pas les consommateurs» et que «le contrat restera contraignant pour les parties selon les mêmes termes, s'il peut subsister sans les clauses abusives»⁽²³⁾. En Belgique, c'est l'article VI.84 du Code de droit économique qui prévoit la sanction des clauses abusives. Cet article énonce que la sanction réside dans la nullité de la clause tout en précisant aussi que le contrat reste quant à lui contraignant pour le surplus s'il peut subsister sans ladite clause⁽²⁴⁾.

L'arrêt *Banco Santander* du 7 août 2018 confirme que la sanction de la nullité de la clause abusive exclut toute révision de celle-ci par le juge (1). Il devrait en résulter une interdiction d'annuler seulement partiellement la clause abusive (2), et ce d'autant que l'arrêt commenté confirme qu'il y a lieu d'écarter, si tel est l'intérêt du consommateur, toute possibilité de substituer à la clause abusive des dispositions légales supplétives (3).

⁽²²⁾ P. CAMBIE, «Specifieke wettelijke regelingen van verwijlinteressen bij hypotheccair krediet en de autonome toetsing van oneerlijke bedingen: het arrest Unibanco», note sous C.J.U.E., 21 janvier 2015, *D.C.C.R.*, 2015, liv. 108-109, p. 105, n° 15. Remarquons toutefois que la marge de manœuvre des prêteurs belges est à ce point réduite que, sous réserve de l'exigence de réciprocité des clauses pénales, nous imaginons mal comment une clause respectant ce maximum pourrait être jugée abusive au sens de la définition générale.

⁽²³⁾ Article 6 de la directive 93/13.

⁽²⁴⁾ En prévoyant la nullité comme sanction des clauses abusives, la Belgique s'est – selon certains – écartée de la directive 93/13 qui prévoit qu'une clause abusive «ne lie pas» le consommateur. En ce sens, voy. not. S. STIJNS, «Zijn onrechtmatige bedingen nietig?», in *Liber amicorum Yvette Merchiers*, K. BERNAUW, P. COLLE, M. DAMBRE et I. DEMUYNCK (éd.), Bruges, la Charte, 2001, pp. 931-937, nos 20-30 et N. VANDENBERGHE, «Les clauses abusives et leurs sanctions», in *Contrats et protection des consommateurs*, C. VERDURE (sous la dir. de), Limal, Anthemis, 2016, pp. 73-77. D'autres estiment, au contraire, qu'au-delà de leur dénomination distincte, les sanctions sont en réalité identiques, voy. C. BIQUET-MATHIEU, «La garantie des biens de consommation – Présentation générale», in *La nouvelle garantie des biens de consommation et son environnement légal*, C. BIQUET-MATHIEU et P. WERY (éds), Bruxelles, la Charte, 2005, pp. 91-92, nos 73-75. Pour une synthèse de la question et un avis plus mitigé entre les deux thèses en présence, voy. P. WERY, «Nullité, inexistence et réputé non écrit», in *La nullité des contrats*, P. WERY (sous la coord. de), CUP, vol. 88, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 26, n° 12.

1. Exclusion de la révision judiciaire

7. L'arrêt commenté confirme que la sanction est la nullité pure et simple de la clause jugée abusive à l'exclusion de toute révision judiciaire⁽²⁵⁾.

La Cour s'inscrit dans le prolongement de sa jurisprudence antérieure fondée sur le caractère nécessairement dissuasif de la sanction, lequel serait compromis en cas de révision de la clause jugée abusive⁽²⁶⁾. Dans l'arrêt *Jahani* notamment, elle énonce : « s'il était loisible au juge national de réviser le contenu des clauses abusives figurant dans de tels contrats, une telle faculté serait susceptible de porter atteinte à la réalisation de l'objectif à long terme visé à l'article 7 de la directive, dès lors qu'elle affaiblirait l'effet dissuasif exercé sur les professionnels par la pure et simple non-application à l'égard du consommateur de telles clauses abusives »⁽²⁷⁾.

P. Cambie approuve cette jurisprudence : pour lui, il est évident que si la révision était admise, cela inciterait les entreprises à insérer des clauses abusives puisque, dans le pire des cas, elles auraient tout de même droit au bénéfice de la clause réduite⁽²⁸⁾. P. Wéry et M. Coipel émettent les mêmes considérations en matière de clauses pénales⁽²⁹⁾.

Remarquons toutefois que si, dans l'arrêt commenté, la Cour maintient sa jurisprudence antérieure en refusant la révision, elle ne fait toutefois plus référence au caractère nécessairement dissuasif de la sanction. La Cour paraît hésitante sur ce point. Alors que, dans l'arrêt commenté, elle ne fait plus référence au caractère dissuasif que doit revêtir la sanction, la Cour y fait à nouveau écho dans son récent arrêt du 26 mars 2019, *Abanca Corporación Bancaria*⁽³⁰⁾.

2. Exclusion de la nullité partielle?

8. La question de la révision pose également celle de l'annulation partielle de la clause. Face à une clause qui n'est abusive qu'en partie, le juge peut-il opter pour une nullité partielle ou cela revient-il à opérer sa révision? Par

⁽²⁵⁾ Arrêt commenté, considérant n° 73.

⁽²⁶⁾ Voy. C.J.U.E., 14 juin 2012, C-618/10, *Banco Español de Crédito SA*, considérants n°s 65-69 et note F. PEERAER, « Het volledige verbod op herziening van onrechtmatige bedingen: de botte bijl van het Hof van Justitie? », *R.G.D.C.*, 2013/10, p. 324, n°s 12-13 ; C.J.U.E., 26 janvier 2017, C-421/14, *Banco Primus SA*, considérant n° 71.

⁽²⁷⁾ C.J.U.E., 30 mai 2013, C-488/11, *Jahani*, considérants n°s 57-58.

⁽²⁸⁾ P. CAMBIE, « Specifieke wettelijke regelingen van verwijlinteresten bij hypotheccair krediet en de autonome toetsing van oneerlijke bedingen: het arrest Unibanco », *op. cit.*, p. 99, n° 7 ; en ce sens, voy. également R. STEENNOT, « De bescherming van de consument door het hof van justitie: Een brug te ver? », *T.P.R.*, 2017, liv. 1, p. 157, n° 53.

⁽²⁹⁾ M. COIPEL, *Éléments de théorie générale des contrats*, Diegem, Kluwer, 1999, p. 204, n° 307 ; P. WÉRY, « La clause pénale », in *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, P. WÉRY (sous la coord. sc. de), Brugge, la Charte, 2011, p. 288, n° 47.

⁽³⁰⁾ C.J.U.E., 26 mars 2019, C-70/17, *Abanca Corporación Bancaria*.



exemple, lorsqu'une entreprise s'exonère, dans une même clause, de sa faute lourde et de sa faute légère, la clause peut-elle être annulée uniquement en ce qu'elle vise la faute lourde ou bien doit-elle être annulée entièrement, en ce compris en ce qu'elle vise la faute légère, ce qui n'est pourtant pas interdit par le Code de droit économique⁽³¹⁾ ?

P. Wéry estime qu'annuler la clause d'exonération uniquement en ce qu'elle vise la faute lourde et la maintenir valable en ce qu'elle vise la faute légère ne revient pas à annuler la clause partiellement⁽³²⁾. En effet, selon l'auteur, la clause d'exonération peut en réalité être divisée en deux clauses subjectives visant pour l'une la faute lourde et pour l'autre la faute légère de sorte que l'annulation de la clause subjective visant la faute lourde est une annulation totale qui laisse subsister la clause distincte relative à l'exonération de la faute légère.

L'auteur fait ainsi référence à la conception subjective de la clause par opposition à sa conception matérielle. Il rejoint en cela Ph. Simler qui oppose la conception matérielle selon laquelle «une clause est une partie d'un acte juridique constituant une unité en soi, distincte des autres parties de l'acte», à la conception subjective qui considère «comme des clauses les éléments d'un acte juridique qui présentent une individualité non plus matérielle, mais intellectuelle. Peu importe la forme grammaticale, le style de l'écrit qui constitue le support matériel de l'acte, pourvu qu'il renferme, d'une façon ou d'une autre, les différents éléments qui en constituent les clauses»⁽³³⁾.

P. Wéry propose l'exemple suivant pour concrétiser cette théorie. La clause: «En cas de non-paiement de la facture à l'échéance, le vendeur peut résoudre de plein droit et sans mise en demeure préalable la vente et obtenir, à titre de dommages et intérêts forfaitaires, un montant correspondant à 20 % de la facture» doit être considérée comme une clause unique selon la conception matérielle mais peut être décomposée en trois clauses distinctes selon la conception subjective. Ainsi, cette phrase contiendrait une clause résolutoire expresse, une clause de dispense de mise en demeure et une clause pénale⁽³⁴⁾.

Il prend également l'exemple de la clause exonératoire suivante: «Le débiteur s'exonère de sa responsabilité pour toutes ses fautes personnelles, en ce compris sa faute intentionnelle, ainsi que pour toutes les fautes de ses agents d'exécution». Dans cette phrase, l'auteur dénombre en réalité six clauses sub-

⁽³¹⁾ Sous réserve de l'hypothèse dans laquelle l'inexécution porterait sur une prestation principale du contrat (article VI.83, 13^o *in fine* du CDE).

⁽³²⁾ P. WÉRY, «Une nouvelle application de la flexibilité des sanctions dans le contentieux contractuel: la nullité partielle d'une clause illicite», note sous Cass., 25 juin 2015, *R.C.J.B.*, 2016/3, p. 432, n^o 43 et p. 411, n^o 25.

⁽³³⁾ Ph. SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, préface d'A. WEILL, Paris, L.G.D.J., 1969, p. 8, n^o 8.

⁽³⁴⁾ P. WÉRY, «Une nouvelle application de la flexibilité des sanctions dans le contentieux contractuel: la nullité partielle d'une clause illicite», *op. cit.*, p. 411, n^o 25.

jectives portant sur l'exonération de responsabilité du débiteur du fait de sa faute légère (1), lourde (2) ou intentionnelle (3) et sur l'exonération du débiteur du fait d'autrui pour la faute légère (4), lourde (5) ou intentionnelle (6) de ses agents d'exécution.

Selon l'auteur, souscrire à l'acceptation subjective de la clause aurait pour conséquence que le recours à la nullité partielle d'une clause ne serait quasiment plus jamais nécessaire puisqu'il conviendrait en réalité d'annuler uniquement la clause *subjective* faisant l'objet du litige⁽³⁵⁾.

La Cour ne semble toutefois pas prête, du moins ouvertement, à franchir ce cap en matière de clauses abusives. Dans l'arrêt *Abanca Corporación Bancaria*, elle était interrogée sur la sanction applicable à une clause d'échéance anticipée prévoyant l'exigibilité immédiate du capital prêté dans plusieurs hypothèses et notamment dans celle – jugée abusive – du défaut de paiement d'une seule mensualité. Elle a jugé que « la simple suppression du motif d'échéance rendant les clauses en cause au principal abusives reviendrait, en définitive, à réviser le contenu de ces clauses en affectant leur substance. Partant, le maintien partiel desdites clauses ne saurait être admis, sous peine de porter directement atteinte à l'effet dissuasif⁽³⁶⁾ exercé sur les professionnels par la pure et simple non-application à l'égard du consommateur de telles clauses abusives. En jugeant de la sorte, la Cour rejette la sanction de l'annulation partielle.

La Cour précise toutefois qu'elle refuse l'annulation partielle en ce qu'elle reviendrait à réviser la clause *en affectant sa substance*⁽³⁷⁾. Cette précision laisse planer le doute sur la position de la Cour dans l'hypothèse où l'annulation partielle ne modifierait pas la substance de la clause. Encore faudrait-il cependant définir les cas dans lesquels la substance de la clause est ou non affectée par la nullité partielle. Par ailleurs, ainsi que nous le verrons⁽³⁸⁾, en admettant la substitution des intérêts ordinaires au taux stipulé pour les intérêts moratoires, l'arrêt *Banco Santander* consacre indirectement la possibilité de procéder à une annulation seulement partielle de la clause d'intérêts moratoires, jugée abusive.

⁽³⁵⁾ Voy. aussi F. PEERAER, « Naar een nietigheid op maat: de principiële erkenning van de (mogelijkheid tot) reductie door het Hof van Cassatie », *R.W.*, 2015, liv. 30, p. 1190.

⁽³⁶⁾ C.J.U.E., 26 mars 2019, C-70/17, *Abanca Corporación Bancaria*, considérant n° 55.

⁽³⁷⁾ Comp. F. PEERAER, *Nietigheid en aanverwante rechtsfiguren in het vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, mars 2019, p. 295, n° 341 qui rejette l'analyse de la réduction d'une clause comme une nullité partielle et semble douter de la pertinence de la notion de nullité partielle d'une clause. Remarquons que, comme il le dit lui-même, l'auteur change ainsi de point de vue sur cette question par rapport à ses précédentes contributions; voy. not. F. PEERAER, « Het volledige verbod op herziening van onrechtmatige bedingen: de botte bijl van het Hof van Justitie? », note sous C.J.U.E., 14 juin 2012, *R.G.D.C.*, 2013, p. 326, n° 17.

⁽³⁸⁾ Voy. *infra* n° 15.

3. Exclusion, au bénéfice du consommateur, de l'application des dispositions légales supplétives

9. Dans l'arrêt commenté, la Cour confirme sa jurisprudence antérieure selon laquelle la sanction d'une clause abusive consiste en sa nullité pure et simple.

En droit belge des obligations, lorsqu'une clause est annulée, on applique le droit supplétif. Ainsi, si une clause pénale ou une clause exonératoire de responsabilité est annulée, on applique le régime de droit commun de la responsabilité; en droit commun, si une clause d'intérêts moratoires est annulée, on applique le taux supplétif de l'article 1153 du Code civil.

S'est dès lors posée la question si, par suite de l'annulation de la clause abusive, le juge peut, comme en droit commun, y substituer une disposition légale supplétive⁽³⁹⁾.

La première fois que la Cour a dû répondre à cette question – dans l'affaire *Kásler* – la clause jugée abusive consistait en une obligation objectivement essentielle du contrat de sorte que son annulation aurait emporté l'annulation du contrat dans son ensemble. La Cour se trouvait donc, comme le relève R. Steennot, dans un cas particulier⁽⁴⁰⁾. La Cour elle-même a souligné la particularité de la situation en énonçant que « si, dans une situation telle que celle en cause au principal, il n'était pas permis de substituer à une clause abusive une disposition à caractère supplétif, obligeant le juge à annuler le contrat dans son ensemble, le consommateur pourrait être exposé à des conséquences particulièrement préjudiciables, de sorte que le caractère dissuasif résultant de l'annulation du contrat risquerait d'être compromis. En effet, une telle annulation a en principe comme conséquence de rendre immédiatement exigible le montant du prêt restant dû dans des proportions risquant d'excéder les capacités financières du consommateur et, de ce fait, tend à pénaliser celui-ci plutôt que le prêteur qui, par voie de conséquence, ne serait pas dissuadé d'insérer de telles clauses dans les contrats qu'il propose »⁽⁴¹⁾. Ainsi, c'est en tenant compte des conséquences qu'emporterait la nullité du contrat pour le consommateur que la Cour a décidé que « dans une situation [...] dans laquelle un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur ne peut subsister après la suppression d'une clause abusive, cette disposition [l'article 6, paragraphe 1, de la directive 93/13] ne s'oppose pas à une règle de droit national permettant au juge national de

⁽³⁹⁾ Pour une telle possibilité en matière de clauses abusives, voy. C.-L. PÉGLION-ZIKA, « Une nouvelle application de la réglementation européenne contre les clauses abusives en matière de prêts hypothécaires espagnols », *R.E.D.C.*, 2016/3, p. 503. L'auteur se réfère toutefois au seul droit commun des obligations sans faire état de la jurisprudence de la Cour de justice (citée *infra*) qui écarte en principe l'application des dispositions de droit supplétif en cas d'annulation des clauses abusives.

⁽⁴⁰⁾ R. STEENNOT, « De bescherming van de consument door het hof vanjustitie: Een brug te ver? », *op. cit.*, p. 160, n° 55.

⁽⁴¹⁾ C.J.U.E., 30 avril 2014, C-26/13, *Kásler et Káslerné Rábai*, considérants n°s 83-84.

remédier à la nullité de cette clause en substituant à celle-ci une disposition de droit national à caractère supplétif⁽⁴²⁾-(43). Selon R. Steennot, il était dès lors difficile de savoir, à la lumière de ce seul arrêt, si le droit supplétif pouvait toujours être appliqué à la suite de l'annulation d'une clause abusive ou si cette substitution était réservée à des cas particuliers⁽⁴⁴⁾.

Il a fallu attendre l'arrêt *Unicaja Banco et Caixabank* pour que la Cour confirme que le juge ne peut appliquer une disposition de droit supplétif à la suite de l'annulation d'une clause jugée abusive que si cela est à l'avantage du consommateur⁽⁴⁵⁾-(46). La Cour, après avoir rappelé qu'elle avait « reconnu la

(42) Voy. not. C.J.U.E., *ibid.*; R.G.D.C., 2015, liv. 3, p. 144, note S. GEIREGAT; R.D.C., 2015, p. 683, note F. PEERAER.

(43) Remarquons toutefois que l'annulation du contrat n'est pas toujours contraire aux intérêts du consommateur de sorte que, dans certaines hypothèses, la possibilité de substituer à la clause abusive une disposition de droit supplétif n'est pas ouverte au juge quand bien même la nullité de la clause abusive emporterait l'annulation du contrat dans son ensemble. En ce sens, voy. C.J.U.E., 14 mars 2019, C-118/17, *Zsuzsanna Dunai*, considérants n^{os} 24 et 55.

(44) R. STEENNOT, «De bescherming van de consument door het hof van justitie: Een brug te ver?», *op. cit.*, p. 160, n^o 55. D'autres, par contre, semblaient avoir un avis tranché sur la question. Ainsi, selon F. Peeraer, l'arrêt *Banco Español de Crédito* (C.J.U.E., 14 juin 2012, C-618/10) permettait déjà de conclure que le droit supplétif n'était pas applicable en cas d'annulation alors que M.B.M. Loos soutenait l'inverse; voy. F. PEERAER, «Het volledige verbod op herziening van onrechtmatige bedingen: de botte bijl van het Hof van Justitie?», *op. cit.*, pp. 324-325, n^o 13 et M.B.M. LOOS, «Rechtsgevolgen van onredelijk bezwarende bedingen», *W.P.N.R.*, 2012, p. 561.

(45) C.J.U.E., 21 janvier 2015, C-482/13, *Unicaja Banco et Caixabank*. On se demande toutefois «si la Cour n'a pas employé les termes de "droit supplétif" à mauvais escient» (C. BIQUET-MATHIEU, «La vulnérabilité économique – Rapport général», à paraître in *La vulnérabilité*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Tome LXVIII/2018, Journées québécoises, Bruxelles, Paris, Bruylant, LB2V, 2019, n^o 22). Remarquons encore que de trois arrêts du 3 juillet 2019 et d'un arrêt du 26 mars 2019 (C.J.U.E., 3 juillet 2019, C-486/16, *Bankia*; C.J.U.E., 3 juillet 2019, C-92/16, *Bankia*; C.J.U.E., 3 juillet 2019, C-167/16, *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria*; C.J.U.E., 26 mars 2019, C-70/17, *Abanca Corporación Bancaria*), il semble découler en filigrane que la disposition législative prévoyant la résolution judiciaire en cas de manquement grave, disposition qui est supplétive de la volonté des parties – en Espagne, l'article 1124 du Código Civil; en Belgique, l'article 1184 du Code civil – peut être appliquée même dans l'hypothèse où la clause de déchéance du terme est nulle. Il en résulte, selon la Cour, que si le contrat peut subsister sans la clause de déchéance du terme jugée abusive, le consommateur peut tout de même renoncer au bénéfice de la nullité de cette clause afin d'éviter la procédure d'exécution ordinaire – qui ferait suite à la résolution judiciaire sur la base de l'article 1124 – qui lui est moins favorable que la procédure d'exécution spécifique – sur le fondement de la clause de déchéance du terme. Si, au contraire, le contrat ne peut pas subsister sans la clause de déchéance du terme jugée abusive, la Cour doit alors comparer la situation du consommateur qui fait l'objet d'une procédure d'exécution ordinaire (suite à la résolution judiciaire) à la situation du consommateur qui fait l'objet d'une procédure d'exécution spécifique (à la suite de la mise en œuvre de la clause de déchéance du terme). Si la situation du consommateur s'avère particulièrement préjudiciable dans la première hypothèse alors qu'elle l'est moins dans la seconde, la Cour peut alors substituer à la clause de déchéance du terme jugée abusive, une clause de déchéance du terme inspirée de l'article 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (la loi relative au Code de procédure civile) afin que le consommateur puisse bénéficier de la procédure d'exécution spécifique.

(46) Notons toutefois que dans ses arrêts des 20 septembre 2018, *OTP Bank Nyrt., OTP Faktoring* et 14 mars 2019, *Zsuzsanna Dunai*, la Cour déclare que «le champ d'application de [la

possibilité pour le juge national de substituer à une clause abusive une disposition de droit national à caractère supplétif», a toutefois précisé que «cette possibilité est limitée aux hypothèses dans lesquelles l'invalidation de la clause abusive obligerait le juge à annuler le contrat dans son ensemble, exposant par là le consommateur à des conséquences telles que ce dernier en serait pénalisé»⁽⁴⁷⁾.

L'arrêt commenté confirme cette position. La Cour relève que «l'annulation d'une clause d'un contrat de prêt fixant le taux des intérêts moratoires applicable ne saurait avoir de conséquences négatives pour le consommateur concerné dans la mesure où les montants pouvant être réclamés à ce dernier par le prêteur seront nécessairement moindres en l'absence d'application de ces intérêts moratoires»⁽⁴⁸⁾.

Il en résulte que si l'application d'une disposition de droit national à caractère supplétif ne s'avère pas plus favorable au consommateur, le juge doit s'en tenir à l'annulation pure et simple de la clause abusive⁽⁴⁹⁾. Dans ses précédents arrêts, la Cour justifie cette solution par le caractère nécessairement dissuasif que doit revêtir la sanction. R. Steennot approuve la position de la Cour mais attire toutefois l'attention sur le fait que, dans la mesure où les clauses abusives sont déjà sanctionnées par des mesures administratives ou pénales, l'inapplicabilité du droit supplétif pourrait aboutir à ce que la sanction dans son

directive 93/13] ne couvre pas des clauses reflétant des dispositions de droit national impératives, insérées postérieurement à la conclusion d'un contrat de prêt conclu avec un consommateur et visant à suppléer une clause de celui-ci entachée de nullité, en imposant un taux de change fixé par la Banque nationale». À la lecture de ces deux arrêts, la Cour paraît admettre une forme de substitution de disposition légale en cas de clause abusive, sans subordonner cette substitution à la condition que l'annulation ainsi évitée du contrat soit défavorable au consommateur. La clause échappe ainsi à l'annulation en tant que la disposition légale rendue applicable au contrat en cours remédie à son caractère abusif, la Cour réservant toutefois en amont la question de la validité de la clause relative au risque de change lui-même dont le caractère abusif pourrait entraîner la nullité du contrat dans son entièreté, ce qui, précise-t-elle, ne serait pas nécessairement défavorable au consommateur. Dans son arrêt du 26 mars 2019, *Abanca Corporación Bancaria*, la Cour fait, à nouveau, référence aux conséquences défavorables que l'annulation impliquerait pour le consommateur pour n'autoriser qu'en ce cas la substitution d'une disposition légale nouvelle.

⁽⁴⁷⁾ C.J.U.E., 21 janvier 2015, C-482/13, *Unicaja Banco et Caixabank*, considérants n^{os} 33-34.

⁽⁴⁸⁾ Arrêt commenté, considérant n^o 74 *in fine* et C.J.U.E., 21 janvier 2015, C-482/13, *Unicaja Banco et Caixabank*, considérant n^o 34.

⁽⁴⁹⁾ Pour reprendre l'exemple concret donné par C. Delforge: «le juge qui annule une clause pénale abusive n'appliquera pas le droit commun supplétif dès lors que l'entreprise pourrait se fonder sur celui-ci pour réclamer au consommateur une indemnisation en cas d'inexécution contractuelle. En revanche, lorsqu'une clause exonératoire de responsabilité au profit de l'entreprise est annulée, il convient que le consommateur puisse se reposer sur le droit commun des obligations pour agir contre l'entreprise, ce qu'il ne pourrait faire si le droit commun supplétif était écarté»; voy. C. DELFORGE, «Conditions générales et clauses abusives», in *Chroniques de droit à l'usage des juges de paix et de police 2018*, Bruges, la Charte, 2018, vol. 26, p. 96, n^o 47.

ensemble ne soit plus proportionnée⁽⁵⁰⁾. Pour cette raison précise, S. Geiregat estime quant à lui que le droit supplétif ne devrait pas être écarté⁽⁵¹⁾.

C. Substitution des intérêts rémunérateurs à la clause d'intérêts moratoires annulée

10. Après avoir écarté la révision de la clause abusive et la substitution à celle-ci d'une disposition légale supplétive, la Cour admet toutefois indirectement que les intérêts dits « ordinaires », c'est-à-dire les intérêts stipulés en contrepartie du prêt, puissent être substitués à la clause d'intérêts moratoires jugée abusive.

1. Position de la Cour Suprême espagnole

11. La Cour Suprême espagnole a jugé que « dans l'hypothèse où [les] clauses seraient déclarées abusives, il conviendrait de supprimer intégralement la majoration que les intérêts moratoires représentent par rapport aux intérêts ordinaires, de sorte que seuls ces derniers continuent à courir » et « qu'il n'y avait pas lieu de supprimer également lesdits intérêts ordinaires, qui conservent leur fonction de rémunération de la mise à disposition de l'argent prêté »⁽⁵²⁾.

Pour la juridiction espagnole, il est donc clair que l'annulation de la clause d'intérêts moratoires, jugée abusive, n'a pas d'influence sur les intérêts dit « ordinaires » (intérêts rémunérateurs), qui continuent à courir. Ainsi, pour reprendre les taux stipulés dans l'affaire en cause, en cas d'annulation des intérêts moratoires de 18,50 %, les intérêts ordinaires de 8,50 % s'y substituent.

2. Position de la Cour de justice

12. La Cour de justice ne s'oppose pas à une telle jurisprudence. Elle énonce : « la directive 93/13 n'exige pas que le juge national écarte, outre la clause déclarée abusive, celles qui n'ont pas été qualifiées comme telles » et « il ne découle pas de ladite directive que la mise à l'écart ou l'annulation de la clause d'un contrat de prêt fixant le taux des intérêts moratoires, du fait du caractère abusif de celle-ci, devrait également entraîner celle de la clause de ce

⁽⁵⁰⁾ R. STEENNOT, « De bescherming van de consument door het hof van justitie: Een brug te ver? », *op. cit.*, p. 164, n° 58.

⁽⁵¹⁾ S. GEIREGAT, « Verfijning van de transparantievereiste en duiding van de rol van aanvullend nationaal recht in het EU-recht inzake oneerlijke bedingen », *R.G.D.C.*, 2015, liv. 3, p. 162, n° 36.

⁽⁵²⁾ Arrêt commenté, considérant n° 20.

contrat fixant le taux des intérêts ordinaires et ce d'autant que ces différentes clauses doivent être clairement distinguées»⁽⁵³⁾-(54).

Se référant aux fonctions respectives de ces deux types d'intérêts, la Cour énonce ensuite: «les intérêts moratoires visent à sanctionner l'inexécution par le débiteur de son obligation d'effectuer les remboursements du prêt aux échéances contractuellement convenues, à dissuader ce débiteur de prendre du retard dans l'exécution de ses obligations et, le cas échéant, à indemniser le prêteur du préjudice subi du fait d'un retard de paiement. En revanche, les intérêts ordinaires ont une fonction de rétribution de la mise à disposition d'une somme d'argent par le prêteur» et ce, précise la Cour, «*jusqu'au remboursement de celle-ci*»⁽⁵⁵⁾. P. Cambie partage la position de la Cour sur ce point⁽⁵⁶⁾.

En jugeant de la sorte, la Cour conclut à l'existence de deux clauses séparées visant respectivement les intérêts «ordinaires» et les intérêts moratoires et admet que ces deux clauses sortent leurs effets sur une même période de temps, soit postérieurement à l'échéance du capital prêté.

13. Puisque la Cour conclut à l'existence de deux clauses distinctes, se pose la question de l'interférence entre celles-ci.

Leur coexistence suppose-t-elle le cumul, après l'échéance, des intérêts ordinaires et moratoires au taux plein? Pour reprendre les taux de l'arrêt commenté, faut-il cumuler, sur le capital en souffrance, les 8,50% d'intérêts ordinaires aux 18,50% d'intérêts moratoires? Il nous semble assurément devoir répondre par la négative, rejoignant en cela la position française selon laquelle «les intérêts conventionnels et moratoires ne se cumulent pas. Si les intérêts conventionnels continuent à courir après l'échéance, ils remplacent les intérêts moratoires. Les deux ne peuvent pas se cumuler»⁽⁵⁷⁾-(58).

Cela étant, la position de la Cour peut s'interpréter de deux manières.

La première est de considérer qu'à l'échéance du contrat, les intérêts ordinaires continuent à courir sans changer de nature⁽⁵⁹⁾ et que dès lors les intérêts

⁽⁵³⁾ Arrêt commenté, considérants n^{os} 75-76.

⁽⁵⁴⁾ Il serait dès lors de l'intérêt des créanciers de multiplier les clauses afin de s'assurer un filet de sécurité minimum en cas d'annulation de l'une ou plusieurs d'entre elles. La fixation du taux d'intérêts pourrait ainsi dépendre de la durée du retard; le contrat prévoyant – dans des clauses matériellement distinctes – que le taux de retard est de x%, le taux de retard après un mois de y%, le taux de retard après deux mois de z%, ...

⁽⁵⁵⁾ Arrêt commenté, considérant n^o 76, *in fine*.

⁽⁵⁶⁾ P. CAMBIE, «De arresten *Gutierrez Naranjo en Demba ...*», *op. cit.*, p. 128.

⁽⁵⁷⁾ J. MIGUET, «Intérêts moratoires», *J.-Cl. Pr. Civ.*, fasc. 800-90, 9 septembre 2018, n^o 139.

⁽⁵⁸⁾ Notons que cette affirmation vise l'hypothèse dans laquelle les parties n'ont pas prévu de clause d'intérêts moratoires. Quand elles l'ont fait, ce sont, au contraire, les intérêts moratoires convenus qui remplacent les intérêts ordinaires après l'échéance du contrat.

⁽⁵⁹⁾ La Cour s'éloigne ainsi de la position de certains auteurs. Parmi eux, C. Biquet-Mathieu estime qu'à l'échéance, les intérêts convenus continuent à courir mais en changeant de nature; selon l'auteur, il ne s'agit plus alors d'intérêts rémunérateurs; ils deviennent des intérêts moratoires; voy. *infra*, n^o 21.

moratoires ne consistent que dans la majoration de ceux-ci. La notion d'intérêts moratoires varierait alors selon que l'on est, ou non, en présence d'un contrat de crédit à titre onéreux; il ne saurait en effet pas être question de majoration du taux de l'intérêt ordinaire ou rémunérateur dans un contrat, telle une vente ou une fourniture de services au comptant, ne comportant, par définition, pas la stipulation d'un tel intérêt. Il y aurait quelque incohérence à considérer que, dans une vente payable au comptant, le taux de l'intérêt moratoire serait nécessairement le taux plein alors que, dans un crédit à titre onéreux, le taux de l'intérêt moratoire ne consisterait que dans la majoration du taux du crédit.

La seconde interprétation est de considérer qu'à l'échéance du crédit, les intérêts ordinaires s'effacent au profit des intérêts moratoires convenus mais sans toutefois disparaître complètement de sorte qu'en cas d'annulation de la clause d'intérêts moratoires en raison de son caractère abusif, les intérêts ordinaires sont amenés à courir à nouveau.

14. La Cour précise qu'en cas d'annulation de la clause d'intérêts moratoires, les intérêts ordinaires continuent à courir quelle que soit la façon dont le taux d'intérêts de retard est déterminé, qu'il le soit «indépendamment du taux des intérêts ordinaires» – en convenant que le taux d'intérêts ordinaires est de $x\%$ et le taux d'intérêts de retard de $y\%$ – ou «sous la forme d'une majoration du taux d'intérêts "ordinaires" par un certain nombre de points de pourcentage»⁽⁶⁰⁾ – en convenant que le taux d'intérêts ordinaires est de $x\%$ et le taux d'intérêts de retard de $x + y$ points%. Pour reprendre un exemple chiffré de l'arrêt commenté, la solution est la même et il n'y a pas lieu de distinguer selon que les parties, après avoir fixé le taux d'intérêts ordinaires à 8,50%, ont chiffré distinctement le taux d'intérêts de retard à 18,50% ou selon qu'elles ont simplement précisé que l'intérêt de retard était égal au «taux ordinaire majoré de 10 points de pourcentage».

Ce faisant, la Cour s'assure que, quelle que soit la formulation choisie pour stipuler les intérêts moratoires, la volonté des parties de prévoir au minimum les intérêts ordinaires jusqu'au complet paiement est respectée.

3. Une annulation seulement partielle qui ne dit pas son nom?

15. Dès lors qu'elle refuse de distinguer selon le libellé de la clause, la Cour paraît faire écho à la conception subjective de la clause défendue en droit commun par Ph. Simler et P. Wéry⁽⁶¹⁾. Elle semble ainsi décomposer la clause *matérielle* d'intérêts de retard en deux clauses *subjectives* distinctes stipulant pour l'une que les intérêts ordinaires continuent à courir en cas de retard et pour l'autre que, dans ce cas, ces intérêts sont majorés de x points de pourcentage pour atteindre le taux de retard convenu par les parties. Dans l'arrêt com-

⁽⁶⁰⁾ Arrêt commenté, considérant n° 77.

⁽⁶¹⁾ Voy. *supra*, n° 8.

menté où l'intérêt ordinaire stipulé est de 8,50%, la clause qui prévoit qu'en cas de retard, le taux d'intérêts moratoires est de 18,50% renfermerait deux stipulations. D'une part, les intérêts ordinaires continuent à courir au taux de 8,50% l'an en cas de retard. D'autre part, leur taux est – dans cette hypothèse du retard – majoré de 10 points de pourcentage l'an.

En admettant que les intérêts ordinaires continuent à courir après l'échéance malgré l'annulation de la clause d'intérêts moratoires, la Cour aboutit au même résultat qu'une annulation seulement partielle : elle n'annule la clause d'intérêts moratoires qu'en tant qu'elle majore le taux des intérêts ordinaires.

Sans plus faire écho au caractère nécessairement dissuasif de la sanction des clauses abusives, la Cour entend préserver la volonté des parties d'obtenir au moins le taux des intérêts ordinaires en cas de défaut de paiement. Par-là, la Cour se met en porte-à-faux avec son refus de substituer, si ce n'est pas dans l'intérêt du consommateur, les dispositions légales supplétives à la clause jugée abusive. La disposition supplétive dont la Cour admet ici l'application est issue du contrat et non de la loi. Cependant, dans l'un et l'autre cas, la perspective d'obtenir au moins l'application de la disposition supplétive en cas d'annulation n'est pas de nature à dissuader le professionnel de stipuler des clauses abusives. Il est trop tôt pour dire si cet assouplissement de la sanction de la nullité est appelé à prospérer⁽⁶²⁾.

II. ARTICULATION DES INTÉRÊTS EN MATIÈRE DE PRÊT

16. En jugeant que l'annulation de la clause d'intérêts moratoires, déclarée abusive, n'entraîne pas celle de la clause d'intérêts ordinaires et que ceux-ci continuent à courir jusqu'au complet paiement, la Cour prend position dans une controverse portant sur l'articulation des intérêts en matière de prêt.

En droit commun, deux courants s'opposent quant au sort des intérêts du prêt dans l'hypothèse où, à l'échéance de celui-ci, le débiteur se trouve en retard de rembourser le capital prêté alors que les parties n'ont rien prévu à ce sujet. Faut-il avoir égard à la nature distincte des intérêts et considérer, avec H. De Page, que les intérêts rémunératoires s'arrêtent de courir à l'échéance de sorte qu'à défaut de clause d'intérêts moratoires, ceux-ci ne commenceront à courir qu'à partir de la mise en demeure et au taux légal ? Ou bien faut-il avoir égard à la volonté des parties et conclure, avec F. Laurent, que celles-ci ont voulu faire courir les intérêts stipulés jusqu'au complet remboursement (A) ?

Cette question se pose également, nous le verrons, en droit de la consommation et plus précisément en matière de crédit hypothécaire à but immobilier (B).

⁽⁶²⁾ Voy. les raisons citées *supra*, n° 9.



A. En droit commun

17. Nous aborderons successivement les deux thèses mentionnées (1 et 2) pour ensuite émettre quelques nuances (3).

I. Thèse fondée sur la nature distincte des intérêts

18. H. De Page considère que les intérêts « conventionnels » ne visent que les seuls intérêts rémunérateurs. Selon lui, la nature distincte des intérêts – « conventionnels » et moratoires – implique nécessairement que les premiers cessent de courir une fois le terme de la convention échu et que les seconds ne sont dus qu'à dater de la sommation de payer. Ainsi, écrit-il, « les intérêts conventionnels, dans le prêt à intérêt notamment, sont inhérents à la convention elle-même. Ils constituent la rémunération du capital prêté. Ils font, dès lors, partie intégrante de la convention, et ne jouent que pendant le déroulement normal de celle-ci. À l'échéance du terme fixé pour la durée du prêt, et en cas de retard dans l'exécution de l'obligation de restituer le capital, c'est un tout autre ordre d'idées qui s'ouvre. Ce ne sont plus les intérêts conventionnels qui sont dus, mais les *dommages-intérêts* moratoires. [...] les intérêts dus ne le sont plus en vertu du même titre. Ils changent de nature, parce qu'ils procèdent d'une idée différente »⁽⁶³⁾.

Il en résulte que c'est en raison de leur rôle fondamentalement distinct – rémunérer le prêteur et compenser le retard – que les intérêts « conventionnels » et moratoires ne peuvent être confondus et que les premiers cessent nécessairement de courir à l'échéance du terme fixé pour la durée du prêt. En conséquence, à l'échéance du prêt, l'intérêt rémunérateur s'arrête de courir. Sauf clause contraire, l'intérêt moratoire ne s'y substitue qu'au taux légal et seulement à partir de la sommation de payer.

19. De nombreux auteurs reprennent les propos de H. De Page concernant la nature distincte des intérêts et la nécessaire extinction du cours des intérêts « conventionnels » à l'échéance du terme⁽⁶⁴⁾. Il existe en revanche assez peu de jurisprudence sur le sujet dès lors que la plupart du temps, les parties prévoient conventionnellement l'hypothèse d'une défaillance ou d'un retard de paiement.

⁽⁶³⁾ H. DE PAGE, *op. cit.*, p. 179, n° 143.

⁽⁶⁴⁾ Voy. not. P. A. FORIERS et A.-F. DELWAIDE, « La sanction des manquements de l'emprunteur : les montants dus en cas d'inexécution du contrat », in *Le crédit à la consommation*, Éd. Jeune Barreau de Bruxelles, 1997, p. 162, n° 32 ; C. DALCQ, « De l'imputation des intérêts produits par une dette de valeur en matière contractuelle », note sous Cass., 28 octobre 1993, *R.C.J.B.*, 1996, p. 140, n° 14 ; E. VAN DEN HAUTE, « Le prêt à usage et le prêt de consommation : questions choisies », in *Les contrats spéciaux : développements récents*, B. KOHL (dir.), CUP, vol. 185, Liège, Anthemis, 2018, p. 4, n° 15.



Dans le sens de H. De Page, nous pouvons toutefois citer une décision de la cour d'appel de Liège⁽⁶⁵⁾. Étaient en cause deux prêts à terme fixe consentis entre particuliers. Une première reconnaissance de dette était ainsi rédigée : « Je soussigné Yasmine avoir reçu la somme de 8.000 euros (huit mille euros) de Christelle ce 8 juin 2005. Prêt à restituer dans un délai de trois mois + intérêt demandé. Fait à (...) le 8 juin 2005 ». La seconde reconnaissance de dette énonçait « (...) le 1^{er} juin 2007. Je soussigné Yasmine, née le 21 août 1951 et domiciliée (...), reconnais avoir emprunté à ma sœur Christelle la somme de 25.000 euros (vingt-cinq mille euros) à la date du 1^{er} mai 2007. Je m'engage à rembourser cette somme greffée d'intérêts légaux et cela dès que celle-ci m'en fera la demande au plus tard en janvier 2010. Fait à (...) le 1^{er} juin 2007 ». La Cour a jugé qu'il s'agit dans les deux cas de prêts à titre onéreux consentis au taux légal mais que les intérêts ne continuent pas à courir à l'échéance, faute pour les parties d'avoir prévu dans une clause que « les intérêts conventionnels continueraient jusqu'au jour du paiement effectif ». Une mise en demeure était dès lors requise pour que les intérêts moratoires soient dus après l'échéance du terme.

2. Thèse fondée sur la volonté des parties

20. Selon F. Laurent, il résulte de la volonté des parties que les intérêts continuent à courir au taux stipulé après l'échéance sans qu'il soit besoin d'une sommation de payer⁽⁶⁶⁾. Il estime que si les parties ont stipulé un intérêt, c'est en contrepartie de la mise à disposition des fonds et qu'en conséquence, leur volonté est nécessairement de faire courir cet intérêt aussi longtemps que le capital n'est pas remboursé. Au contraire de H. De Page qui se réfère au rôle des intérêts, F. Laurent s'en remet à la volonté des parties. Cet auteur est rejoint par d'autres⁽⁶⁷⁾ et notamment par C. Biquet-Mathieu⁽⁶⁸⁾.

21. Notons toutefois que, si F. Laurent ne se prononce pas sur la nature des intérêts, C. Biquet-Mathieu, suivie par une partie de la jurisprudence⁽⁶⁹⁾ et

⁽⁶⁵⁾ Liège, 9 novembre 2015, *J.L.M.B.*, 2018/15, p. 707.

⁽⁶⁶⁾ F. LAURENT, *Principes de droit civil*, 3^e éd., t. 26, Bruxelles, Paris, 1878, p. 536, n° 516.

⁽⁶⁷⁾ J. MIGUET, *op. cit.*, n° 139; I. PETEL-TEYSSIE, « Prêt à intérêt – Règles spécifiques », *J.-Cl. Civ. Code*, art. 1905 à 1908, fasc. 1, 11 décembre 2012, n° 76; J. DUBOS, « Intérêts et commissions: Cours, capitalisation et paiement des intérêts », *J.-Cl. Banque-Crédit-Bourse*, fasc. 511, 5 mai 2015, n° 17.

⁽⁶⁸⁾ C. BIQUET-MATHIEU, *Le sort des intérêts dans le droit du crédit. Actualité ou désuétude du Code civil?*, *op. cit.*, p. 412, n° 236.

⁽⁶⁹⁾ En ce sens, Civ. Namur (saisies), 29 octobre 1999, *J.L.M.B.*, 2000/17, p. 735 (somm.); *Ann. Créd.*, 1999, p. 367, note C. BEDORET; Comm. Mons-Charleroi (div. Mons), 4 juin 2015, *D.A.O.R.*, 2015, p. 56.



de la doctrine⁽⁷⁰⁾, estime que les intérêts stipulés changent de nature pour devenir, à partir de l'exigibilité du capital prêté, des intérêts moratoires⁽⁷¹⁾.

Concernant le taux auquel les intérêts stipulés continuent à courir, C. Biquet-Mathieu soutient que les intérêts stipulés continuent à courir au taux conventionnel à moins que ce dernier soit inférieur au taux légal. Dans cette hypothèse, c'est le taux légal qui prévaut mais uniquement à dater de la mise en demeure⁽⁷²⁾. Le commentateur H.T. de l'arrêt de la Cour de cassation française du 25 novembre 1975 aboutit à un résultat identique lorsqu'il énonce que «la perception d'intérêts conventionnels paralyserait simplement le jeu de l'article 1153 (ancien) du Code civil. Les intérêts légaux ne s'appliqueraient pas, faute de préjudice à réparer. Mais ils auraient vocation à jouer, après une mise en demeure, au cas où les intérêts conventionnels leur seraient inférieurs»⁽⁷³⁾.

22. Dans un arrêt du 20 janvier 1971 rendu en matière de prêt entre particuliers remboursable (en capital et intérêts) en une seule fois à terme fixe et ainsi libellé «bpnf 10000 – bon pour dix mille nouveaux francs, pour prêt reçu ce jour en espèces à 10% – remboursables capital et intérêts dans 6 mois de ce jour – Beaumont le 3 octobre 1960», la Cour de cassation française semble consacrer la thèse de F. Laurent selon laquelle les intérêts continuent à courir au même taux sans sommation de payer. Elle ne se prononce toutefois pas expressément sur la nature des intérêts. La Cour a ainsi jugé : «Attendu que la cour d'appel [relevant] que les bons du 3 octobre 1960 comportent une clause par laquelle les intérêts au taux de 10% sont stipulés jusqu'à l'échéance fixée pour le remboursement [...] décide à juste titre que cette clause suffit pour que les intérêts stipulés continuent à courir si le débiteur ne s'est pas libéré à cette époque et ce, même en dehors de toute mise en demeure»⁽⁷⁴⁾.

La Cour de cassation française a également jugé que «la clause d'un contrat de prêt prévoyant le paiement d'intérêts à un certain taux jusqu'à l'échéance fixée pour le remboursement suffit pour que les intérêts continuent à courir

⁽⁷⁰⁾ A. BEECKWEE, «Commentaar bij artikel 1907 BW», in *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, I. Benoemde overeenkomsten uit Boek III van het Burgerlijk Wetboek, Titel X, Hfdst. III, Malines, Kluwer, mars 2016, art. 1907-10, p. 129; J. DUBOS, «Intérêts et commissions : Cours, capitalisation et paiement des intérêts», *op. cit.*

⁽⁷¹⁾ Au contraire, A. Van Ingelghem semble soutenir que les intérêts ne changent pas de nature, qu'ils demeurent «conventionnels» jusqu'au complet paiement. Voy. A. VAN INGELGHEM, «Commentaar bij art. 45 Wet Hypothecair Krediet», in *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Andere benoemde overeenkomsten, Hypothecair krediet, Malines, Kluwer, juillet 2003, art. 45-10, p. 250.

⁽⁷²⁾ C. BIQUET-MATHIEU, *Le sort des intérêts dans le droit du crédit. Actualité ou désuétude du Code civil?*, *op. cit.*, p. 412, n° 236, note 1387.

⁽⁷³⁾ H.T., note sous Cass. fr. (1^{re} civ.), 25 novembre 1975, *JCP* 1976, II, 18328.

⁽⁷⁴⁾ Cass. fr. (1^{re} civ.), 20 janvier 1971, 69-13.597, publié au *bulletin*, disponible sur : www.legifrance.gouv.fr.

après ladite échéance, si le débiteur ne se libère pas à cette époque»⁽⁷⁵⁾. Dans cette affaire, une banque avait accordé un prêt-relais de 24 mois à un client. Quelques mois après l'échéance de ce premier prêt, la même banque lui accorde un second prêt – amortissable cette fois – en substitution du premier. La banque réclame, après coup, le montant des intérêts impayés du prêt-relais ayant courus entre l'échéance de celui-ci et le déblocage des fonds du second prêt.

De même, lorsqu'il énonce que les intérêts «ordinaires» sont dus «jusqu'au complet remboursement» du capital prêté, l'arrêt commenté de la Cour de justice se situe dans le prolongement de cette opinion et rejette, par-là, la théorie de H. De Page selon laquelle les intérêts du prêt cessent de courir à l'échéance⁽⁷⁶⁾.

Nous approuvons la solution de F. Laurent qui nous paraît la plus conforme à la volonté des parties. Elle nous semble nécessaire pour éviter que l'emprunteur ne bénéficie d'une véritable prime à l'inexécution. En effet, selon la thèse soutenue par H. De Page, lorsque le capital n'est pas remboursé à l'échéance, le taux rémunérateur cesse de courir pour laisser place, à dater de la mise en demeure, au taux légal. Dans cette hypothèse, toutes les fois où le taux rémunérateur est supérieur au taux légal⁽⁷⁷⁾, l'emprunteur défaillant se trouve avantagé puisqu'il ne doit plus les intérêts qu'au taux légal et, qui plus est, uniquement à dater de la mise en demeure.

3. Nuances

23. Il est toutefois des cas spécifiques où interpréter la volonté des parties dans le sens de la poursuite de l'intérêt au taux conventionnel jusqu'au parfait paiement nonobstant l'éventuel défaut de paiement peut paraître douteux.

Par exemple, en matière de bons d'État, on peut lire: «Le bon d'État à 10 ans – 4 septembre 2018-2028 porte intérêt au taux de 0,65 % l'an du 4 septembre 2018 au 3 septembre 2028 inclus»⁽⁷⁸⁾. Dans ce cas de figure, vu la clarté de la rédaction, il semble que l'intention de l'État belge soit de faire cesser l'intérêt prévu dès l'échéance du prêt puisque les dates précises de prise de cours et de fin des intérêts sont stipulées.

24. Par ailleurs, les différentes thèses mentionnées semblent jusqu'à présent toutes circonscrites à l'hypothèse d'un prêt remboursable en une seule fois

⁽⁷⁵⁾ Cass. fr. (com.), 18 janvier 2017, n° 15-14.665, publié au *bulletin*, disponible sur: www.legifrance.gouv.fr.

⁽⁷⁶⁾ Si la Cour estimait que les intérêts ordinaires cessent de courir à l'échéance elle devrait, en cas d'annulation de la clause d'intérêts moratoires abusive, conclure que plus aucun intérêt n'est dû afin de rester fidèle à sa jurisprudence précédemment développée selon laquelle toute révision d'une clause abusive est interdite.

⁽⁷⁷⁾ En 2019, le taux légal est de 2 %, *M.B.*, 14 janvier 2019, p. 2731.

⁽⁷⁸⁾ Voy. A.M. du 4 septembre 2018 relatif à l'émission du bon d'État à 10 ans – 4 septembre 2018-2028, *M.B.*, 13 septembre 2018, p. 70624.



à terme fixe et plus précisément à des situations dans lesquelles le montant total des intérêts rémunérateurs qui seront dus par l'emprunteur n'est pas chiffré au moment de la conclusion du contrat.

À ce type de prêts, on oppose les prêts remboursables par mensualités pour lesquels l'emprunteur connaît, dès la conclusion du contrat, le montant précis de chaque versement mensuel, ce qui lui permet d'identifier précisément le montant global en capital et intérêts payable à chaque échéance. Dans ce cas, le montant total des intérêts rémunérateurs qui seront dus est fixé à l'avance. Se pose alors la question si, face à tel type de prêt, l'on peut déduire de la volonté des parties que, même en cas de simple retard de paiement, les intérêts stipulés continueront à courir de plein droit à l'échéance sur la fraction en capital de la mensualité demeurée impayée. Il convient, au demeurant, de vérifier dans quelle mesure le droit de la consommation n'impose pas de préciser expressément que des intérêts moratoires seront dus en cas de défaut de paiement à l'échéance.

B. Droit de la consommation

Nous abordons la question au regard d'abord du Livre VII du Code de droit économique (1) et ensuite de l'exigence de transparence consacrée par le Livre VI (2).

I. Le Livre VII du Code de droit économique

25. La question du sort des intérêts du prêt en cas de défaut de paiement à l'échéance se pose aussi en droit de la consommation où la déduction des intérêts moratoires fait l'objet de plusieurs législations spécifiques en matière de crédit. En cette matière, la question est régie par l'article VII.106 du Code de droit économique pour les crédits à la consommation et par les articles VII.147/22 et VII.147/23 du même Code pour les crédits hypothécaires respectivement à but mobilier et immobilier.

Ces articles énumèrent de façon exhaustive les frais et indemnités pouvant être mis à charge du consommateur défaillant. Toutefois, en raison de leur rédaction ambiguë, la question s'il est nécessaire de prévoir une clause pour la poursuite des intérêts en cas de retard demeure ouverte en matière de crédit hypothécaire à but immobilier. Ainsi, si les articles VII.106 et VII.147/22 du Code de droit économique semblent régler la question en matière de crédit à la consommation et de crédit hypothécaire à but mobilier, en prévoyant que l'intérêt de retard *convenu* peut être réclamé en cas de défaillance du consommateur – confirmant la nécessité d'une clause en ce sens –, l'article VII.143/23 en matière de crédit hypothécaire à but immobilier ne prévoit, quant à lui, pas que l'intérêt de retard doit avoir été *convenu*. De plus, si en matière de crédit à la consommation et en matière de crédit hypothécaire à but mobilier, la men-

tion du taux de l'intérêt de retard fait partie des mentions obligatoires, le taux de l'intérêt de retard ne figure pas parmi les mentions obligatoires en matière de crédit hypothécaire à but immobilier⁽⁷⁹⁾.

Faut-il déduire de ces divergences de rédaction que le législateur a souhaité permettre – uniquement pour les crédits hypothécaires à but immobilier –, la poursuite de l'intérêt après l'échéance même en l'absence de clause en ce sens? Cette question se pose aussi pour l'article 1907, alinéa 3, du Code civil. Ces articles, en envisageant l'application d'une majoration en cas de retard, sous-entendent-ils que les intérêts stipulés pour le prêt continuent à courir?

26. Dans le même ordre d'idées, le Code de droit économique prévoit qu'en cas de retard de paiement, le prêteur doit avertir l'emprunteur, endéans les trois mois de l'échéance impayée et par recommandé, des conséquences possibles du non-paiement. S'il ne le fait pas, l'article VII.147/21, alinéa 2 prévoit, en guise de sanction, que «la majoration contractuelle des taux d'intérêt pour retard de paiement visée aux articles VII.147/22 et VII.147/23 ne peut pas être appliquée sur ladite échéance; en outre, pour cette échéance, un délai de paiement de six mois sans frais ni intérêts complémentaires doit être accordé; ce délai prend cours le jour de l'échéance non payée». Cette interdiction de postuler des «intérêts complémentaires» vise-t-elle uniquement la majoration ou bien également la poursuite de l'intérêt au taux stipulé pour le prêt? Selon A. Van Ingelghem, l'interdiction ne vise que la majoration et les intérêts «conventionnels» continuent à courir pendant le délai de 6 mois⁽⁸⁰⁾.

27. Remarquons qu'à la lecture de l'article VII.143/23 du Code de droit économique, se pose même la question si une clause est nécessaire pour appliquer, en cas de retard, la majoration prévue. En effet, l'article énonce: «sur le capital impayé un intérêt de retard peut être calculé *pro rata temporis* au taux périodique du crédit, majoré d'un taux périodique qui correspond au taux débiteur de 0,5%». Cependant, historiquement, lorsque cet article n'existait pas, on appliquait l'article 1907, alinéa 3, du Code civil. Or, ce dernier ne peut être interprété comme prévoyant une majoration à titre supplétif; pour que le taux de l'intérêt du prêt soit majoré, il faut une clause qui le prévoit⁽⁸¹⁾. On peut donc en déduire qu'il en est de même pour l'article VII.143/23 du Code de droit économique.

⁽⁷⁹⁾ Articles VII.78 du Code de droit économique pour les crédits à la consommation et VII.134 du même Code pour les crédits hypothécaires.

⁽⁸⁰⁾ A. VAN INGELGHEM, *op. cit.*, p. 250.

⁽⁸¹⁾ Voy. F. RENSON et C. BIQUET-MATHIEU, *op. cit.*, p. 431, n° 30.



2. L'exigence de transparence du Livre VI du Code de droit économique

28. Nous le voyons, la question du sort des intérêts à l'échéance et de la nécessité de prévoir une clause pour postuler des intérêts moratoires en cas de retard demeure ouverte en matière de crédit hypothécaire, à but immobilier du moins.

Il convient d'examiner la question à l'aune de l'exigence de transparence et du principe, contenu à l'article VI.37, § 2, du Code de droit économique, selon lequel «en cas de doute sur le sens d'une clause, l'interprétation la plus favorable au consommateur prévaut». Il nous semble que dans l'hypothèse visée, l'interprétation la plus favorable au consommateur serait de dire qu'à l'échéance, faute de clause prévoyant l'inverse, les intérêts cessent de courir sur la fraction de capital devenue exigible, une mise en demeure étant requise pour que les intérêts moratoires soient dus. Nous rejoignons en cela F. Renson et C. Biquet-Mathieu selon qui, en présence d'un prêt remboursable par mensualités, les intérêts du prêt ne continuent à courir sur les fractions de capital impayées que si une clause le prévoit expressément⁽⁸²⁾. F. de Patoul et V. Schoonheydt se rallient à cette position⁽⁸³⁾.

29. Cette position nous semble également conforme à l'exigence de transparence telle que visée à l'article 5 de la directive 93/13 et à l'article VI.37, § 1^{er}, du Code de droit économique.

En effet, la Cour a jugé que l'exigence de transparence ne peut se réduire au seul caractère compréhensible sur les plans formel et grammatical. En matière, par exemple, de prêts libellés en devises étrangères, elle a précisé que l'exigence de transparence implique, outre la clarté grammaticale, que la clause soit comprise quant à sa portée concrète par un consommateur moyen, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé⁽⁸⁴⁾.

À l'aune de cette définition, il nous semble pouvoir conclure qu'en matière de prêts remboursables par mensualités, il est de l'obligation du prêteur d'avertir l'emprunteur dès la conclusion du contrat de crédit qu'en cas de retard de paiement d'une mensualité, les intérêts stipulés continueront à courir de plein droit sur la fraction de capital en souffrance, ce qui aura pour effet d'augmenter le montant des intérêts dus au regard de ce qui était initialement prévu.

⁽⁸²⁾ Selon les auteurs, en présence d'un prêt remboursable en une fois à terme fixe, il n'est, par contre, pas nécessaire que les parties aient prévu une clause en ce sens pour que les intérêts convenus continuent à courir. Voy. F. RENSON et C. BIQUET-MATHIEU, *op. cit.*, p. 431, n° 30 et note 60.

⁽⁸³⁾ F. DE PATOUL et V. SCHOONHEYDT, *Crédit hypothécaire. Le nouveau régime*, Waterloo, Kluwer, 2017, p. 283, n° 400.

⁽⁸⁴⁾ C.J.U.E., 9 juillet 2015, C-348/14, *Bucura* ; C.J.U.E., 20 septembre 2017, C-186/16, *Andrić* ; C.J.U.E., 22 février 2018, C-126/17, *ERSTE Bank Hungary Zrt.* ; C.J.U.E., 20 septembre 2018, C-51/17, *OTP Bank Nyrt.*

En l'absence de clause attirant son attention sur ce point, nous doutons que l'emprunteur comprenne qu'en cas de simple retard, des intérêts supplémentaires lui seront réclamés alors que le montant de ceux-ci a été définitivement fixé dans le tableau d'amortissement prévoyant l'échelonnement du remboursement tant en capital qu'en intérêts. Il nous semble que même un consommateur moyen, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé a besoin d'être informé que les intérêts détaillés dans le plan d'amortissement sont calculés en faisant l'hypothèse que tous les paiements interviendront en temps et en heure et que si tel n'est pas le cas, le capital en souffrance produira *automatiquement* des intérêts supplémentaires. Son attention doit également être attirée sur ce que ces intérêts supplémentaires seront dus sans qu'il soit besoin de le mettre en demeure⁽⁸⁵⁾.

Nous estimons toutefois que cette remarque ne vaut pas en cas de déchéance du terme et ce, même en présence d'un prêt remboursable par mensualités. Dans cette hypothèse, bien que l'exigence de transparence impliquerait qu'en l'absence de clause, aucun intérêt ne soit dû, il nous semble que cela aboutirait *in fine* à inciter l'emprunteur à l'inexécution. De plus, nous estimons qu'un consommateur peut raisonnablement s'attendre à devoir des intérêts après la déchéance du terme alors que c'est moins évident en cas de simple retard de paiement d'une fraction de capital.

CONCLUSION

30. En droit belge, que ce soit en droit commun ou en matière de crédit hypothécaire à but immobilier, le sort des intérêts du prêt en cas de défaut de paiement n'emporte pas l'unanimité. Au-delà de la question de la poursuite automatique du cours des intérêts stipulés, se posent les questions de leur nature, de leur taux et de la nécessité d'une mise en demeure. Par ailleurs, d'aucuns estiment que la réponse dépend de la nature du prêt en cause, prêt à terme fixe ou prêt remboursable par mensualités.

⁽⁸⁵⁾ Nous renvoyons ici à l'article VII.127 du Code de droit économique concernant la fiche d'information standardisée européenne (ESIS) que le prêteur doit obligatoirement remettre à l'emprunteur en matière de crédit hypothécaire à but immobilier. La rubrique 13 de l'ESIS prévoit que l'emprunteur doit être averti des conséquences du « non-respect des engagements liés au crédit ». Le législateur précise, dans la partie consacrée aux explications relatives à l'ESIS (annexe 3 du Livre 7), que : « Si le non-respect, par le consommateur, de l'une quelconque des obligations liées à son prêt peut avoir pour lui des *conséquences financières ou juridiques*, le prêteur décrit dans cette section les principales situations possibles (*retard ou défaut de paiement*, [...]) et indique où des informations supplémentaires pourraient être obtenues » et que : « Pour chacun de ces cas, le prêteur précise, *en termes clairs et aisément compréhensibles*, les *sanctions* ou les *conséquences* auxquelles l'emprunteur s'expose. Les conséquences les plus graves sont mises en évidence ». Il nous semble que cette obligation à charge du prêteur confirme la nécessité d'attirer l'attention de l'emprunteur sur le sort des intérêts du prêt en cas de défaut de paiement.

Dans l'arrêt *Banco Santander* du 7 août 2018, la Cour de justice semble prendre position lorsqu'elle décide que l'annulation de la clause d'intérêts moratoires, jugée abusive, n'emporte pas celle de la clause du contrat fixant les intérêts ordinaires qui, précise-t-elle, continuent à courir au même taux jusqu'au complet remboursement. La Cour laisse cependant plusieurs questions en suspens s'agissant notamment de l'effet dissuasif de la sanction, de la notion de clause et de l'exigence de transparence.

Concernant l'effet dissuasif de la sanction, la décision de la Cour d'assurer aux prêteurs le taux d'intérêts « ordinaires » jusqu'au complet remboursement, risque d'inciter ces derniers à insérer des clauses pénales d'intérêts moratoires très élevées⁽⁸⁶⁾ puisque leur nullité éventuelle n'atteint pas les intérêts « ordinaires ». L'effet de dissuasion s'en trouve ainsi mis à mal. On comprend dès lors que la Cour ne fasse plus référence, dans l'arrêt commenté, au caractère dissuasif de la sanction. Faut-il y voir les prémices de l'abandon de ce critère ? Nous en doutons d'autant que la Cour y fait à nouveau référence dans des arrêts ultérieurs.

Concernant la notion de clause, l'arrêt commenté semble faire écho à la notion subjective de clause dès lors qu'elle admet la poursuite des intérêts ordinaires quel que soit le libellé de la clause d'intérêts moratoires. Par ailleurs, la Cour consacre indirectement la sanction de l'annulation seulement partielle de la clause (entendue au sens matériel). Toutefois, dans un arrêt ultérieur, la Cour se montre rétive à admettre que la clause abusive ne soit annulée que partiellement, s'agissant d'une clause d'exigibilité immédiate.

Concernant l'exigence de transparence, les conséquences de l'arrêt peuvent poser question. La Cour ne fait pas de distinction selon la nature du contrat de prêt. Elle apporte une réponse unique alors que l'affaire en cause porte, il est vrai dans une hypothèse de déchéance du terme, sur un contrat de prêt à terme fixe et sur un contrat de prêt remboursable par mensualités⁽⁸⁷⁾. Or, selon nous, dans l'hypothèse d'un prêt remboursable par mensualités, l'exigence de transparence impose au prêteur d'attirer l'attention du consommateur sur le fait que les intérêts stipulés pour le prêt continuent à courir sur les fractions de capital impayées, ce qui implique le paiement de montants supplémentaires aux montants précalculés dans les mensualités et intégrés dans

⁽⁸⁶⁾ Rappelons qu'en matière de crédit aux consommateurs, la loi belge limite la majoration autorisée sous peine de sanctions pénales.

⁽⁸⁷⁾ L'arrêt mentionne une date d'échéance pour le premier prêt alors qu'il y est question de prêt remboursable par mensualités pour le second. L'emploi d'une terminologie différente laisse penser que les prêts ne sont pas de même nature. Toutefois, dans le cadre du premier prêt – celui avec une échéance – la Cour fait allusion à des mensualités. Nous supposons qu'il s'agit des versements relatifs aux intérêts. L'analyse de l'arrêt dans les autres langues et notamment en espagnol ne permet pas d'apporter une réponse certaine à la question.

le tableau d'amortissement. L'attention du consommateur doit être attirée sur les conséquences financières de son inexécution, spécialement en cas de simple retard de paiement.

Nous le voyons, cet arrêt laisse planer plusieurs questions quant à son interprétation et à ses conséquences. Il conviendra de surveiller la jurisprudence ultérieure de la Cour en cette matière pour obtenir des réponses.

Laura DAUMEN

Assistante à la Faculté de Droit de l'ULiège