



HAL
open science

La directive européenne sur les contrats de crédit à la consommation : Quelles avancées pour les consommateurs français et européens ?

Frédérique Julienne, Delphine Lahet

► To cite this version:

Frédérique Julienne, Delphine Lahet. La directive européenne sur les contrats de crédit à la consommation : Quelles avancées pour les consommateurs français et européens ?. 2009. hal-00616567v2

HAL Id: hal-00616567

<https://hal.science/hal-00616567v2>

Preprint submitted on 28 Nov 2011

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

**La directive européenne sur les contrats de crédit à la
consommation :
Quelles avancées pour les consommateurs français et
européens**

Frédérique Julienne, Delphine Lahet

LAREFI Working Paper CR09-EFI/08

2009

<http://lare-efi.u-bordeaux4.fr>

LAREFI
Université Montesquieu-Bordeaux IV
Bâtiment Recherche Economie
Avenue Léon Duguit – 33 608 Pessac

Résumé : *La directive européenne du 23 avril 2008 sur les contrats de crédit à la consommation a pour objectif d'harmoniser les produits et les pratiques bancaires relatifs au crédit consommation en Europe pour ouvrir ce marché à la concurrence, dans un contexte de construction de l'Europe bancaire. Le droit du crédit apparaît ainsi comme un instrument nécessaire et essentiel pour le développement du crédit à la consommation sur le plan communautaire. L'article propose une vision mitigée de l'apport du droit communautaire et de la portée de la directive et soulève aussi des problèmes de méthode. L'ampleur de l'harmonisation est plutôt limitée et la protection du consommateur est améliorée a minima. La France, par exemple, va plus loin, en mai-juin 2009, dans la transposition de la directive sur la protection du consommateur, notamment dans le cas du crédit permanent et le traitement du surendettement. Néanmoins, les disparités entre Etats sur un plan économique, culturel, juridique montrent qu'il a été et qu'il sera difficile d'aller plus loin dans l'harmonisation.*

Summary : *The 2008 European Directive on consumer credits aims to harmonise the banking products and practices relative to consumer credit in Europe in order to create a single market for consumer credit, in a context of an integrating EU banking market. Legislation on credit thus seems a necessary instrument for the development of consumer credit at the Community level. The article proposes a mixed vision of the contribution of the Community legislation and of the range of the Directive, and raises also problems of harmonisation methods. The extent of the harmonisation is rather limited and the consumer protection is improved very few. Indeed, the harmonisation is targeted on a limited number of points and seems to be a compromise. Even if it seems necessary, the application of the Directive will be expensive, in particular because of responsible lending, 'duty to assist' by lenders and information obligations in a standardized form. On certain points, lobbying made it possible in some States to obtain exceptions. Moreover, the consumer protection appears rather restrictive. The harmonisation relates to credit contracts in general and does not say anything on usury rate, on revolving credit. The definition of a consumer is also restrictive. Finally, techniques of consumer protection are eluded. France, for example, in 2009, goes further in the transposition of the Directive concerning consumer protection, in particular in the case of revolving credit and treatment of the over-indebtedness. Nevertheless, because of the significance of differences in culture, language, legislations and consumer preferences, notably with Eastern European members, it has been and it will be difficult to go further in the harmonisation.*

Mots clé : harmonisation, crédit consommation, Europe, crédit permanent, droit du consommateur

Keywords: harmonisation, consumer credit, Europe, revolving credit, legislation on consumer

Subject Descriptors (Econlit Classification System): G21, K12, E51, F15, K00, K23

Introduction

Au mois de mars dernier, le nombre de ménages surendettés en France a atteint 726 282, soit un record depuis 1990. 21 747 dossiers ont été déposés, avec un encours moyen d'endettement de 40000€. L'endettement est basé essentiellement sur le crédit à la consommation, 85% des dossiers contenant en moyenne cinq crédits renouvelables dits revolving.

Le marché du crédit consommation¹ en France fin 2007 s'établit à 136,4Md€ d'encours, et la part de la consommation financée à crédit est passée de 7,4% en 1998 à 9,1% en 2007. En septembre 2008, l'encours est de 140,4 Md€. Le crédit à la consommation permet de planifier les besoins de financement des ménages, de lisser les fluctuations de la consommation, de la conjoncture et d'augmenter le pouvoir d'achat. En France, le recours au crédit à la consommation reste inférieur à la moyenne de l'UE 27, l'encours par habitant s'élevant à 2160€ contre 2320 pour l'UE. Ce qui montre l'existence d'une marge de manœuvre à ne pas négliger pour soutenir la croissance économique par le crédit à la consommation. En Europe, l'encours total s'élève, fin 2007, à 1140Md€, le Royaume Uni présentant le plus fort montant : 327Md€. Dans la zone euro, l'encours est de 717Md€, en progression de 5% par rapport à 2006. Le tiers provient de l'Allemagne, 20% de la France, 14% de l'Espagne. 79% de l'encours total est concentré entre quatre marchés. Cette concentration reflète celle de la population ainsi que des degrés de pénétration du crédit à la consommation très différents : le ratio crédit à la consommation/consommation des ménages est, fin 2008, le plus élevé au Royaume-Uni (25,6%), et en Irlande (23,3%) ; parmi les moins élevés, on trouve la France (13,1%), la Belgique (10,4%), et les Pays-Bas (9%), la moyenne de l'UE étant à 16%.

Les groupes bancaires français sont performants et très actifs en terme de croissance externe et ont des marchés secondaires dans la banque de détail dans l'ensemble de l'Union européenne : BNP Paribas a fusionné avec BNL (Italie) en 2006 pour 10Md€, avec Fortis Belgique et Luxembourg en 2009 pour 14,7Md€ ; CASA a opéré une fusion&acquisition (f&a) avec Cariparma et Friuladria (Italie) en 2006 pour 3,8Md€, et Emporiki (Grèce) en 2006 pour 3Md€... ; Société Générale est le groupe français qui possède le plus d'implantations en Europe de l'Est : Bulgarie, Roumanie, République tchèque, Slovaquie. Les

¹ CCSF, « Pour un développement responsable du crédit renouvelable en France », Etude, décembre, 2008. Commission bancaire, Rapport annuel, 2007. N. Pécourt, « L'utilité économique du crédit à la consommation en France », Revue Banque, n°713, mai 2009.

f&a transfrontières en Europe concernent pratiquement tous les pays de l'Ouest et les Pays d'Europe centrale et orientale (PECO) sont les principaux pays d'accueil : le taux de bancarisation des PECO est globalement faible (notamment Roumanie, Bulgarie) alors que le niveau de vie moyen est croissant. Le crédit à la consommation représente entre 3 et 5% du PIB de ces pays alors qu'il représente au moins 10% du PIB des pays ouest-européens. Le potentiel de développement d'un marché secondaire pour les banques y est énorme, d'autant qu'il n'y a pas de banques locales d'envergure.

L'Europe bancaire est donc en construction avec des groupes pan européens. Les encours actuels du crédit à la consommation (18% du revenu brut de la banque de détail dans l'UE), les 500M de consommateurs, le rattrapage économique des nouveaux pays entrants montrent que ce produit représente un enjeu économique important pour l'ensemble des acteurs européens : prêteurs, emprunteurs et Commission européenne. Dans ce contexte, le droit du crédit apparaît comme un instrument nécessaire et essentiel pour permettre le développement du crédit à la consommation sur le plan communautaire. Le droit du crédit se trouve au service des enjeux économiques en assurant un équilibre entre les moyens de développement offerts aux institutions bancaires et la protection des consommateurs. La directive européenne du 23 avril 2008, publié le 22 mai 2008 au Journal Officiel de l'Union Européenne², sur les contrats de crédit aux consommateurs est la concrétisation de ces enjeux. Elle vise à harmoniser les produits et les pratiques relatifs au crédit aux consommateurs en Europe.

Le crédit à la consommation est défini en France selon des critères liés à l'objet et au montant maximum. Cela fait référence à la richesse technique du crédit aux consommateurs. Il y a quatre types de crédit : le crédit personnel ou amortissable, le crédit revolving/permanent ou réserve d'argent réutilisable au fil des remboursements, le crédit affecté ou lié au bien acheté, le découvert en compte. L'un des enjeux du droit communautaire est donc de dépasser cette diversité pour fixer un corps de règle de droit commun à l'ensemble des partenaires européens. Cette diversité soulève donc une question de méthode: doit-on procéder catégorie de crédit par catégorie de crédit ou doit-on fixer des principes généraux?

Sur le plan communautaire, la directive traduit l'aboutissement de l'ambition des instances communautaires. On est passé d'une volonté de rapprochement des législations nationales à une volonté d'harmonisation. Jusqu'ici, l'harmonisation se limitait à la législation

² Journal Officiel de l'Union européenne, « Directive 2008/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2008 ... abrogeant le directive 87/102/CEE du Conseil », 22 mai 2008.

sur les clauses abusives. Cet objectif d'harmonisation relatif au crédit aux consommateurs doit être replacé dans le contexte plus général de la libéralisation du marché des services financiers de détails (Livre vert) à travers le Plan d'action pour les services financiers (PASF), ainsi que de la procédure Lamfalussy pour accélérer le processus d'harmonisation et la transposition. Il ne s'agit donc que d'une première étape parmi d'autres. Mais l'aboutissement de cette harmonisation s'est révélé difficile³. Depuis 2002, puis 2004, les députés italiens et notamment français ont fait un réel lobbying pour l'adoption de cette directive, démontrant ainsi son utilité. Néanmoins, des cafouillages et des lenteurs ont souligné des obstacles inhérents, des peurs et des blocages nationaux, faisant de cette directive un sujet très sensible.

Quelles seront les retombées de cette directive pour les consommateurs européens ?

La directive a pour objectif d'ouvrir à la concurrence le marché du crédit aux consommateurs en Europe sur la base de produits et de pratiques harmonisés et de développer une demande européenne du crédit. Par la transparence, elle augmentera la confiance et le choix du consommateur. Par la concurrence, elle apportera des baisses de prix. Ceci devrait donc améliorer le bien être du consommateur, et de façon agrégé, le bien être social. Les principaux éléments de la directive recouvrent le principe de la transparence, le droit du consommateur et le devoir du prêteur. L'Article premier⁴ en définit l'objet : « *harmoniser certains aspects des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de contrats de crédit aux consommateurs* ».

Sur le plan national français, le crédit à la consommation a fait l'objet de onze lois en trente ans, dont sept au cours des cinq dernières années : de la loi du 26/12/66 relative à l'usure, en passant par les lois Neiertz de 1989 sur le remboursement anticipé et le traitement du surendettement, et la LSF de 2003, à la loi Chatel du 28/01/05 sur le renouvellement des contrats de services et l'information. Par ces lois, le législateur français a un objectif clair de protection du consommateur. Le Code de la consommation français est très protecteur pour le consommateur, comparativement à d'autres pays européens, ce qui peut apparaître comme contraignant pour les prêteurs français. Néanmoins, il existe de nombreux cas de mal protection et le travail de l'AFUB⁵ (Association française des usagers bancaires) en tant que partie civile à de nombreux procès, notamment sur le crédit à la consommation, est croissant

³ P.-M. Brien, « Les difficultés de l'harmonisation en Europe », Revue Banque, n°701, avril 2008.

⁴ Journal Officiel de l'Union européenne, « Directive 2008/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2008 ... abrogeant la directive 87/102/CEE du Conseil », 22 mai 2008. CCSF, Rapport annuel 2007/2008, p.36.

⁵ www.afub.org; voir les arrêts rendus par les tribunaux et les arrêts de la jurisprudence bancaire. Cas d'erreur de TEG, d'offre préalable de crédit trompeuse, manque d'information... Voir aussi UFC Que Choisir, www.quechoisir.org.

depuis 10 ans. Cette association a aussi obtenu la création de médiateurs bancaires pour résoudre les conflits dans la relation client. Il existe aussi la jurisprudence de la Cour de Cassation sur le devoir de mise en garde par le prêteur. De plus, le CCSF⁶, à travers une étude et celles de la DGCCRF, souligne les manquements de la publicité sur le crédit à la consommation, relatifs à l'article L.311-4 du Code de la consommation qui encadre strictement la publicité. Globalement, ont été relevés un défaut de mentions obligatoires, des manquements relatifs à la taille des caractères et leur couleur qui rendent illisibles les propos, à l'annonce du TAEG, à l'annonce de faux taux promotionnels... Ainsi, face à cette malprotection dans un pays où le degré de protection est déjà élevé, on peut s'interroger sur les résultats concrets de l'harmonisation sur le degré de protection du consommateur.

La France profite de la directive et de la période de transposition, jusqu'au 12 mai 2010, pour réformer le cadre d'application du crédit à la consommation⁷. L'enjeu de cette réforme est l'articulation entre la conception interne et communautaire de la protection du consommateur. A cette occasion, la France va plus loin que la directive car elle souhaite encadrer le crédit permanent/revolving ainsi que le surendettement alors que la directive ne comporte pas de disposition spécifique sur ces deux points. Cette transposition plus aboutie peut aussi nous faire nous interroger sur l'efficacité du contenu de la directive.

Au-delà de ces interrogations, ce sujet nous amène à réfléchir à des enjeux théoriques sur le thème classique de la protection de la partie faible au contrat. Le même impératif domine les débats relatifs à l'établissement d'un droit européen des contrats. Dans ces cadres, il y a des difficultés à trouver les techniques contractuelles adéquates pour que la protection du consommateur soit effective, et à arriver à un juste équilibre entre la protection des consommateurs et les intérêts des établissements financiers (trop de protection peut se retourner contre les consommateurs). Par ailleurs, ce sujet nous montre à quel point l'articulation entre le droit et l'économie est pertinente et vecteur d'enrichissement mutuel. Enfin, de façon plus pratique, au niveau européen, cette directive pose deux problèmes quant à son efficacité et sa mise en place. Premièrement, les crédits transfrontaliers, où les deux parties du contrat sont européennes mais ne sont pas résidentes du même pays, sont aujourd'hui peu développés: 1% des opérations. Deuxièmement, les pratiques bancaires sont très disparates entre les pays européens, notamment avec les pays de l'Est. Cela soulève la

⁶ CCSF, « Pour un développement responsable du crédit renouvelable en France », Etude, décembre, 2008, p. 41.

⁷ Le projet de réforme sur le crédit à la consommation a été déposé par la Commission parlementaire le 2 juin 2009. L'un de ses principaux objectifs est de renforcer la protection des emprunteurs à l'égard des catégories de crédit jugées les plus dangereuses. Les principales innovations portent sur le crédit revolving pour lequel il est prévu, notamment, de le dissocier des cartes de fidélité.

question de l'adéquation des transpositions nationales et de la difficulté et des coûts pour certains pays à s'aligner sur les standards européens.

Les avis⁸ sont assez partagés sur la directive. La commissaire européenne en charge de la protection du consommateur, Meglena Kuneva, considère cette étape comme essentielle pour la mise en place du marché intérieur, alors que Michel Pébereau, président de la Fédération bancaire européenne, considère ce texte comme un alourdissement des procédures, qui ne favorisera pas les crédits transfrontaliers. Certains eurodéputés se montrent critiques, ainsi que les associations de consommateurs⁹ quant au niveau de protection du consommateur qui sera assuré, notamment car la directive ne spécifie rien sur le crédit renouvelable, au cœur des situations de surendettement, par exemple en France. Ces associations parlent aussi de régression. D'autres acteurs bancaires encore parlent de 'sacrée erreur'¹⁰ ou de texte modeste¹¹. Dans ce contexte de désaccords, nous pouvons nous interroger sur le caractère efficace et suffisant de la directive. Nous porterons une appréciation plutôt mitigée de l'apport du droit communautaire, et jugeons la portée de la directive assez décevante. Mais pouvait-on faire plus? Pour répondre à cette question et mesurer les avancées pour les consommateurs français et européens, nous effectuerons une évaluation de deux éléments :

- Le travail d'harmonisation
- Le degré de protection

1. Une harmonisation du droit du crédit à la consommation limitée

L'ambition affichée par les instances communautaires quant à l'uniformisation du droit du crédit aux consommateurs marque une rupture avec les dispositifs pris jusque-là. L'objectif est d'aboutir à une harmonisation des législations internes dans ce domaine et non plus de promouvoir un simple rapprochement entre elles. La recherche d'une telle harmonisation a des répercussions importantes sur la marge de manœuvre laissée aux Etats sur la transposition en droit interne de la directive qui doit, en théorie, être inexistante. Cependant, l'approfondissement des nouvelles dispositions communautaires révèle un résultat plus modeste. En effet, le degré de l'harmonisation opérée n'est pas totale mais uniquement ciblé sur certains aspects du régime du crédit à la consommation. En outre, il apparaît que,

⁸ Revue Banque, Dossier : Le crédit à la consommation, n°701, avril 2008.

⁹ Pour la France, voir notamment UFC Que Choisir.

¹⁰ N. Bouzou, « Avec ou sans crise, le marché du crédit consommation reste fragmenté », Revue Banque, n°713, mai 2009.

¹¹ P.-M. Brien, « Les difficultés de l'harmonisation en Europe », Revue Banque, n°701, avril 2008.

sous l'impulsion du travail de lobbying pratiqué par certains Etats, une faculté d'adaptation aux spécificités nationales est aménagée par la directive sur certains aspects techniques. Si le bilan sur cette directive révèle finalement un travail d'harmonisation ciblé essentiellement formaliste (1.1), l'approche prospective d'une harmonisation plus poussée laisse le sentiment d'une finalité utopique au vu des nombreux obstacles qui règnent en la matière (1.2).

1.1. Bilan: une harmonisation ciblée et essentiellement formaliste

Le bilan portant sur le degré d'harmonisation opéré par la directive communautaire se solde par la constat d'une harmonisation *a maxima* mais cantonnée à certains aspects du régime du crédit à la consommation. L'effort d'uniformisation, se traduisant par une standardisation des documents contractuels, est principalement formaliste. Il convient dès lors d'apporter une appréciation critique sur ce choix qui présente des aspects positifs et négatifs. Si ce procédé est censé permettre, dans l'absolu, une simplification des opérations de crédit et s'impose alors comme une avancée nécessaire, le dispositif mis en place est susceptible de présenter, en pratique, des inconvénients en alourdissant la procédure d'octroi du crédit à la consommation (1°) et en impliquant des coûts plus ou moins élevés en fonction du degré de développement économique des Etats (2°).

1.1.1. Une standardisation des documents et des pratiques et un alourdissement

Concernant la réalisation de cette harmonisation, un problème de méthode a été constaté : quel type d'harmonisation utiliser : maximale où tout est harmonisé d'emblée entre tous les pays ? minimale où beaucoup est laissé à la reconnaissance mutuelle des pratiques et à la liberté dans la transposition ? ou pleine et ciblée où la harmonisation est pleine, totale, sur des points ciblés, ce qui exclut la reconnaissance mutuelle et les distorsions de concurrence ? C'est la dernière modalité qui a été choisie. Certains¹² la considèrent comme une bonne solution, la première n'étant pas réalisable quand il y a des disparités trop fortes entre les pays, et la seconde ne permettant en général pas d'atteindre les objectifs d'harmonisation. D'autres, comme Pébereau, auraient souhaité une harmonisation pleine et ciblée sur la base de règles identifiées comme essentielles. Pour cela, la consultation avec le milieu professionnel aurait dû être plus poussée avec des études préalables d'impact qui n'ont pas été menées. Les

¹² CCSF, 2008. P.-M. Brien, 2008 : cf *supra*.

députés ne se sont pas entendus sur les règles essentielles à identifier. Au fil des négociations, depuis 2002, la directive est apparue, aux yeux de la majorité, comme un compromis¹³ à base de dérogations faites aux Etats membres et de réduction, par rapport au projet initial, de la partie soumise à une véritable et pleine harmonisation, où chaque Etat a défendu ses intérêts et ceux de ses professionnels au détriment de l'harmonisation. Finalement, ce qui pose problème n'est pas la nature 'ciblée', mais le nombre de points ciblés dans la directive. Le vocabulaire diverge parfois à propos du qualificatif 'pleine ciblée', certains employant 'harmonisation en partie maximale'. Cela révèle une confusion sur l'ampleur de la chose à harmoniser. Ce problème de méthode peut expliquer les avis mitigés sur la directive.

Par ailleurs, la directive visant à assurer une grande transparence dans l'octroi de crédit, l'harmonisation a globalement pris la forme d'une standardisation des documents à remplir et à soumettre aux clients, ainsi que des acteurs du marché du crédit à la consommation. La directive indique quel type de contrats de crédit est concerné en citant ceux qui en sont exclus (Article 2). Elle définit ce qu'est un prêteur, un intermédiaire de crédit pour clarifier, simplifier et standardiser l'offre de crédit, mettre en place une concurrence loyale et responsabiliser les superviseurs nationaux (Article 3). Elle normalise le contrat en lui-même en imposant son support : support papier ou durable (Article 10). Plus précisément, la directive inclut les crédits de 200 à 75000€ (Article 2). L'information contractuelle (Articles 10-12) et pré-contractuelle est renforcée par l'introduction d'une fiche unique d'information et du devoir d'explication de ces informations par le prêteur (Articles 4 à 7, et Annexe II de la directive sur 'les informations européennes normalisées en matière de crédit à la consommation' qui sont prédéfinies dans des tableaux). Ce dernier doit aussi vérifier systématiquement la solvabilité de l'emprunteur (Article 8). De plus, le calcul du TAEG (taux annuel effectif global, Article 19) est harmonisé, ainsi que le délai de rétractation, fixé à 14 jours, sans frais ni justification (Article 14). Enfin, le remboursement anticipé est autorisé à tout moment, et les indemnités sont harmonisées (Article 16).

Il s'agit, en fait, d'une harmonisation 'administrative' pour que le consommateur fasse des choix entre différentes offres, sur la base de documents et d'informations harmonisées¹⁴, en fonction du prix qui est fixé par le prêteur et qui découle de sa stratégie et de sa politique de risque, éléments qui restent de son propre ressort. Concrètement, même dans les pays où le crédit consommation est très répandu, ou bien où la protection du consommateur est forte, les

¹³ P.-M. Brien, 2008 ; M. Pébureau, 2008 : cf *supra*.

¹⁴ « ...sur la base des clauses et des conditions du crédit proposé par le prêteur et, le cas échéant, des préférences exprimées par le consommateur et des informations fournies par ce dernier... », Article 5 de la directive.

lourdeurs administratives¹⁵ vont se développer dans la relation client. Par exemple, jusqu'à présent, en Allemagne, la loi ne prévoit pas d'obligations de diffusion d'informations contractuelles, et le prêteur n'est pas soumis à une obligation de responsabilité ni d'assistance. Au Royaume-Uni, la loi ne prévoit rien sur les deux derniers points. En revanche, les prêteurs ont depuis longtemps pour obligation de donner des informations précontractuelles, qui néanmoins diffèrent de celles de l'Annexe II de la directive¹⁶.

1.1.2. Une harmonisation nécessaire, mais coûteuse

La directive représente une étape assurément nécessaire et importante pour mettre en place un marché intégré des services bancaires et financiers et pour développer la confiance des consommateurs dans le marché unique. La directive de 1986, modifiée en 1990 et 1998, reposait sur un amoncellement de réglementations nationales et sur la reconnaissance mutuelle des pratiques, ce qui a creusé les écarts entre les systèmes bancaires et empêché la création de produits pan-européens. La directive de 2008 apparaît donc utile.

Mais, elle sera surtout utile, à court terme, aux consommateurs des zones transfrontalières, aux usagers mobiles, aux entreprises trans-européennes et représente une réelle opportunité pour les grands groupes bancaires. Les banques apparaîtront comme un opérateur unique sur un marché intégré, elles feront des économies d'échelle en augmentant la taille de leur clientèle tout en vendant un même produit. Elles se conformeront à la directive, et éviteront ainsi les surcoûts dues aux réglementations nationales différentes¹⁷. Par exemple, Cetelem, filiale à 100% de BNP Paribas, a créé en 2008 la première plateforme pan européenne capable de traiter les demandes de crédit à la consommation venant des différents pays européens, selon un processus unifié, et dans toutes les langues européennes : les e-consommateurs seront alors mieux servis.

Néanmoins, la transposition de la directive sera coûteuse pour les pays, comme d'autres directives (MIF, SEPA) d'ailleurs. Par exemple, l'étude commandée par le Parlement

¹⁵ M. Pébereau, « Pour un grand marché intégré des services bancaires et financiers », *Revue Banque*, n°701, avril 2008, p. 56. F. Villeroy de Galhau et C. Sainz, « Un accélérateur potentiel de l'Europe du retail », *Revue Banque*, n°701, avril 2008, p. 50. Par exemple, pour la France, l'inclusion dans la Directive de certains crédits de moins de trois mois alourdit les frais de gestion, la fiche d'information pré-contractuelle apparaît longue et compliquée aux auteurs, et les obligations d'information parfois inappropriées selon les supports TV, Internet, affiche...

¹⁶ Board economic analysis of the impact of the proposed directive on consumer credit, Policy Department, Economic and Scientific Policy, European Parliament, IP/A/IMCO/ST/2006-20.

¹⁷ F. Villeroy de Galhau et C. Sainz, « Un accélérateur potentiel de l'Europe du retail », *Revue Banque*, n°701, avril 2008, p. 50.

Européen (*supra*)¹⁸ a reposé sur des interviews de banquiers notamment en République tchèque. Les banquiers tchèques considéraient que l'adoption de la directive allait augmenter plutôt fortement¹⁹ les coûts opérationnels de la banque ainsi que les frais pour le consommateur du fait : d'une augmentation de la durée du traitement du dossier, du poids bureaucratique lié au devoir d'information ; de la gestion des risques plus poussée du fait de l'obligation d'être des prêteurs responsables ; de la mise en place du droit de rétractation et de remboursement anticipé. De même, en l'Allemagne, les banquiers interrogés estimaient une augmentation forte des charges d'exploitation ainsi que des coûts pour les consommateurs en raison de l'augmentation de la durée du traitement du dossier, du poids bureaucratique lié au devoir d'information ainsi que de la gestion des risques plus poussée du fait de l'obligation d'être des prêteurs responsables. De plus, selon ces banquiers, la directive ne devrait pas améliorer leur capacité à s'implanter dans d'autres marchés de l'Union car les implantations sont déjà faites et les stratégies des banques allemandes sont régionales.

Dans ce contexte, la mise en place de la directive sera-t-elle efficace ? A court terme, on peut s'interroger. Rappelons que seulement 1% des opérations de crédit consommation sont transfrontières et seront donc directement concernés par la directive. On l'a vu, M. Pébereau ne pense pas que la directive développera davantage le crédit transfrontalier. Par ailleurs, il faut noter une contradiction entre la directive et sa transposition notamment en France. Dans le cadre de la transposition actuelle, le législateur souhaite protéger le consommateur du surendettement, de la consommation irréfléchie à crédit alors que les surendettés ne sont pas des consommateurs effrénés mais des 'accidentés de la vie' (chômage, divorce, accidents, maladie). Et, en même temps, la directive pousse à des lois qui visent à relancer le crédit consommation. On a donc des difficultés à trouver une cohérence entre la nécessité d'harmoniser pour développer le crédit consommation, et le besoin d'éviter les excès et de lutter contre le surendettement. Cette contradiction pourrait gêner l'efficacité de la transposition.

1.2. Perspectives: les limites structurelles à une harmonisation plus poussée

Le bilan relatif à l'apport de la directive sur le degré d'harmonisation des législations européennes en matière de crédit aux consommateurs laisse le sentiment d'un résultat mitigé

¹⁸ Board economic analysis of the impact of the proposed directive on consumer credit, Policy Department, Economic and Scientific Policy, European Parliament, IP/A/IMCO/ST/2006-20.

¹⁹ Trois choix possibles de réponse : *insignificant, fairly costly, very costly*. Etude pour un prêt personnel de 5000€, sur 2 ans.

car l'uniformisation opérée n'est pas totale. Dès lors, il convient de s'interroger sur l'avenir et de déterminer si une harmonisation totale en la matière dans un avenir proche est envisageable ou purement utopique. Il semble que la deuxième conclusion s'impose au vu des nombreux obstacles structurels d'ordre économique (1°) et d'ordre juridique (2°) qu'il faudrait surmonter. En effet, la réalisation d'un tel objectif suppose la réunion d'un certain nombre de paramètres relevant de ces deux matières qui font encore défaut aujourd'hui.

1.2.1. Les obstacles d'ordre économique

Les évolutions juridiques ne parviendront pas à gommer les différences de structures des systèmes bancaires, de poids entre les banques²⁰ et les institutions spécialisées dans le crédit à la consommation, de pratiques commerciales, de politique de risque, de techniques de crédit et de stratégie d'octroi de crédit, propres à chaque pays et à chaque groupe bancaire, ainsi que les méthodes de recouvrement... Malgré cette directive et d'autres comme le SEPA, le marché bancaire européen restera probablement encore fragmenté²¹, avec quelques champions nationaux qui détiennent entre 60 et 80% du marché de la banque de détail nationale, malgré les opérations de croissance externe²² déjà faites ou à venir. Les professionnels continueront à agir sur une base essentiellement locale pour leurs stratégies et pour les éléments non inclus dans la directive²³.

De plus, il existe de nombreux obstacles de l'usage et de la culture. Les ménages européens n'ont pas la même culture économique, ni financière, n'ont pas le même usage des moyens de paiement (les Allemands ont la réputation de payer avec de la monnaie papier alors que les français utilisent la carte et le chèque, encore très présent (Tableau 1)), n'ont pas les mêmes fonctions de demande de monnaie²⁴, la même préférence pour la liquidité, ni le même taux d'épargne (Tableau 2)...

²⁰ Les Etablissements de Crédit sont définis en France par la loi bancaire de 1984, et par la loi MAF 96 qui vise à adopter la directive européenne 93/22 sur les services d'investissement. Les EC ont un monopole pour 3 fonctions : réception des fonds du public, octroi de crédit et gestion et mise à disposition de la clientèle des moyens de paiements. Ils font aussi des services d'investissement, mais n'en ont pas le monopole. Cette appellation inclut entre autres les banques commerciales et mutualistes, les institutions financières spécialisées et les sociétés financières.

²¹ Voir aussi N. Bouzou, « Avec ou sans crise, le marché du crédit consommation reste fragmenté », *Revue Banque*, n°713, mai 2009.

²² E. Jeffers et O. Pastré, *La Très Grande Bagarre bancaire Européenne*, La TGBE, Economica, 2005. O. Pastré et G. de Pontbriand, « La restructuration de l'industrie bancaire européenne : enjeux et perspectives », *Revue d'économie financière*, n°78, 2005.

²³ P.-M. Brien, « Les difficultés de l'harmonisation en Europe », *Revue Banque*, n°701, avril, 2008.

²⁴ Ce qui gêne leur agrégation pour la conduite de la politique monétaire unique.

Tableau 1. Nombre de paiements scripturaux par habitant dans l'UE, 2007

	RU	France	Belgique	Allemagne	UE	Espagne	Italie	Pologne
Total (arrondi)	245	243	198	173	149	113	63	39
débit direct	49	46	23	84	37	50	9	
virement	51	41	84	63	42	16	18	27
carte	118	97	81	25	55	43	22	12
chèques	26	57	6	1	13	3	7	

Source FBF

Tableau 2. Taux d'épargne brut des ménages en Europe (% du revenu disponible brut), 2007

Autriche	Belgique	Bulgarie	Tchéquie	Allemagne	Danemark	Estonie	Espagne	Finlande	France	Grèce	Italie	Lituanie	Lettonie	PaysBas	Norvège
16,3	13,8	-23	8,9	17	4,4	0,9	10,2	5,5	15,6	1,2	14,3	0,7	-3,7	14,3	4,7
Pologne	Portugal	Suède	Slovaquie	RU											
6,6	6,7	11,7	7,9	2,6											

Source Observatoire de l'épargne européenne OEE. Année 2005 pour Bulgarie, 2006 pour Danemark et Grèce, Estonie, Lettonie, Pologne.

Les ménages européens n'ont pas la même langue, le même accès à l'information, ni la même compréhension de cette information. Selon l'étude commandée par le Parlement (cf. *supra*), la première réponse chez les banquiers et chez les associations de consommateurs à la question 'quelles sont les principales barrières qui vous empêcheraient de faire du crédit à la consommation à d'autres consommateurs européens ou à en souscrire auprès d'autres banques européennes', a été les différences de langage et de culture. Puis, viennent la préférence des consommateurs pour les prêteurs nationaux, les différences de fonction de demande de monnaie et de biens de consommation en 6^{ème} position (sur 13), et, en 10^{ème} position, la manque de confiance dans le nom de la banque. Par ailleurs, 65% des associations de consommateurs et 82% des banquiers interrogés pensent que les consommateurs ne sont pas capables de comprendre le nouveau mode de calcul du TAEG. Le pourcentage de réponses négatives s'élève respectivement à 22% et 50% quant à savoir si les consommateurs sont capables de comprendre les nouvelles informations pré-contractuelles prévues par la directive.

Par ailleurs, les consommateurs européens n'ont pas la même consommation ni la même habitude face à l'endettement (Tableau 3).

Tableau 3. Différence de consommation et d'endettement en Europe, fin 2007

	Allemagne	Belgique	Espagne	France	Italie	Pays Bas	Pologne	RU	Suède
Consommation par ménage €	35081	39086	37055	41545	37813	37600	13606	50754	16997
Encours crédit consommation Md€	223.7	17.6	103	137.5	98	23.8	23.9	327	14.6
Taux d'endettement DetteTotale*/PIB	42.9	49.9	79.5	46.3	31.1	78.8	21.8	74.2	63.8

Source CCSF, « Pour un développement responsable du crédit renouvelable en France », Etude, décembre, 2008.
Pour information, encours du crédit consommation Md€ en Grèce 27,5 ; Autriche 25,5 ; République tchèque 9,6 ; Hongrie 4,7 ; Bulgarie 3,5 ; Slovénie 2,7 ; Slovaquie 2 ; Lettonie 1,5.
*Tous crédits et maturités confondus : consommation, immobilier.

La fréquence du recours au crédit à la consommation par les ménages varie selon les pays, ainsi que plus globalement le taux d'endettement. Cela tient aux ménages mais aussi au marché bancaire développé et structuré différemment. La pénétration du crédit consommation est différente (on l'a vu, ratio Crédit consommation/consommation) et la maturité du marché du crédit consommation est variable : cela est révélé par, notamment, la part de marché des institutions spécialisées dans le crédit consommation, au coté des banques traditionnelles (53% en France (elles sont des filiales des grands groupes bancaires) ; 44% au Pays-Bas ; 23% en Allemagne par exemple), la présence de courtiers (forte au Pays-Bas et en Allemagne) ainsi que par la réglementation bancaire (la plus contraignante en Belgique, la moins contraignante au RU). Plus précisément, en Allemagne, dans un contexte de stagnation de la consommation, l'encours du crédit à la consommation recule. Le système est dominé par des banques de réseau, peu performantes, détenues par les Lander, et peu innovantes. En Belgique, le recours au crédit consommation est faible, car le marché est entravé par une réglementation contraignante. Les banques ne sont pas non plus innovantes. En Espagne, la consommation est dynamique et le recours au crédit important. Cela est dû à un effet de rattrapage. Cela est aussi le cas en Italie, même si le rapport encours crédit consommation/consommation reste encore faible (10,8%). La croissance de l'encours provient essentiellement des sociétés spécialisées : 41,7% de part de marché fin 2007, qui se sont développées suite à la libéralisation du secteur financier italien. Au Pays-Bas, le marché du crédit à la consommation est étroit alors que le taux d'endettement est fort. Les crédits immobiliers sont en effet encouragés par la fiscalité. En Suède, le recours au crédit consommation est faible, ainsi que le ratio encours crédit consommation/consommation (9,4%). Le RU possède le principal marché du crédit à la consommation. L'encours par habitant est le plus élevé (5300€), car la consommation est forte et l'épargne faible. Les besoins de trésorerie sont en général importants. Les banques sont dynamiques et innovantes dans un contexte de réglementation faible. La France se situe dans une situation intermédiaire, avec un recours au crédit consommation qui pourrait être accru vu que l'endettement des ménages français reste contrôlé. Les banques sont dynamiques et innovantes. De nombreuses sociétés financières, filiales des banques, occupent le marché du crédit à la consommation. Par exemple, les deux premiers acteurs du marché sont le Crédit Agricole-Crédit Lyonnais : 32% des parts de marché (dont le réseau 20.1%, Sofinco 7.4% et Finaref 4.5%), et BNP-

Paribas : 19.5% de part de marché (dont réseau 6.3% et Cetelem 13.2%). Le marché fait aussi intervenir des captives de crédit de groupes non bancaires, comme les grandes surfaces (Auchan+Carrefour : 3.3% du marché). Enfin, en Pologne, le recours au crédit consommation est faible, les ménages ont un revenu, certes, croissant mais encore faible. Comme dans beaucoup de PECO, les perspectives de croissance des revenus restent élevées, dans un système bancaire aux mains des banques étrangères et notamment ouest-européennes.

Au total, les obstacles économiques et culturels sont nombreux, tant du côté des demandeurs de crédit que du côté des offreurs. Même si le calcul du TAEG est harmonisé, les taux d'intérêt sur le crédit à la consommation resteront différents. On observera sûrement un resserrement de la fourchette (en moyenne, sur 2007, de 6,3% en Finlande à 12,2% au Portugal ; en France 7,1%), mais les écarts reflètent, au delà du coût du refinancement auprès de la Banque centrale, la rentabilité et la politique de risque de la banque. Le taux d'intérêt est la base du choix des consommateurs et reste contingent au marché dans lequel il est pratiqué. Ainsi, les positions risqueront d'être figées. Les banques les plus performantes seront ouest-européennes et les emprunteurs les plus risqués seront pour une grande part dans les PECO. La relation prêteur/emprunteur sera encore essentiellement nationale, voire ouest-européenne.

Au regard de la situation économique très disparate entre les pays européens, a-t-on actuellement besoin d'une harmonisation plus poussée, peut-on aller au-delà du contenu de la directive ? Cela nous semble très difficile.

1.2.2. Les obstacles d'ordre juridique

Les obstacles d'ordre juridique restent également nombreux en dépit de la directive. Tout d'abord, le choix de la méthode d'harmonisation a posé problèmes. Tout en maintenant un enjeu fort -ne pas régresser dans la qualité de l'octroi de crédit-, le choix s'est fait en faveur de l'établissement d'un droit commun très général et non pas en faveur d'une harmonisation progressive en fonction de chaque catégorie de contrat de crédit. Cela doit être rapproché des débats menés autour de l'établissement d'un code européen du droit des contrats : doit-on harmoniser d'abord le droit commun des contrats ou plutôt harmoniser les législations relatives à chaque contrat spécial? De plus, les législations nationales ne sont pas nécessairement en accord sur la place du droit de la consommation, pas plus que sur la notion même de consommateur : tient-elle compte des personnes morales ?, certains professionnels peuvent-ils être traités comme des consommateurs? Cela freine, à la base, tout travail d'uniformisation sur le sujet.

Par ailleurs, une réelle marge de manœuvre a été laissée aux Etats dans le cadre de la transposition de la directive et des dérogations et exceptions ont été acceptées. Ainsi, le cadre juridique d'une opération de crédit aux consommateurs reste encore divergent sur certains points d'un pays européen à l'autre. L'allongement du délai de rétraction a constitué un point d'opposition important de la part de la France qui craignait une atteinte trop importante à la rapidité des transactions. Lors des discussions, la réduction du délai de rétractation a aussi séduit l'Irlande et le Luxembourg, mais a toujours suscité l'hostilité de la Commission. Finalement, grâce à un fort lobbying des députés français, les négociations ont abouti à un assouplissement, la directive reconnaissant aux Etats la possibilité de prévoir que le consommateur opte pour un délai plus court, notamment pour les crédits liés afin de bénéficier plus rapidement du bien acheté (déjà en place en France par la loi Scrivener), option que le projet de réforme du droit du crédit à la consommation français entend préserver. Néanmoins, ce lobbying n'a pas permis de maintenir le remboursement anticipé sans indemnité en France, les britanniques étant farouchement opposés. Sur ce point, on a abouti à un compromis qui n'est pas trop à la défaveur des ménages français : un droit de compensation limité (1%) pour le remboursement anticipé, dans les 12 mois suivant l'ouverture du crédit, qui ne peut être exigible qu'au-delà d'un capital minimum à rembourser (10000€). Ainsi, les actions de lobbying, inhérentes à ces institutions, peuvent représenter finalement un obstacle à l'harmonisation des droits du crédit.

Enfin, les modalités de transposition du droit communautaire posent de vraies difficultés de traduction.

Au final, les éléments du texte sont clairement harmonisés, le reste relève des systèmes juridiques nationaux. Il y a donc une place à la transposition nationale, du fait des différences entre Etats. L'harmonisation est limitée aux seuls champs inclus, car beaucoup de pays veulent une banque de proximité sans loi communautaire.

Malgré 'la modestie'²⁵ du texte, la directive a le mérite d'être là, à la base de la construction du marché intérieur des services de la banque de détail. L'organisation des réunions depuis 2002, sans études d'impact, avec des députés différemment motivés en fonction de l'intérêt et de la structure du marché national du crédit consommation, a forcément beaucoup joué. Si l'organisation des réunions avait été différente, plus de points auraient pu être harmonisés.

²⁵ P.-M. Brien, 2008 et F. Villero de Galhau et C. Sainz, 2008, cf *supra*.

L'utilité de la directive repose ainsi sur son caractère nécessaire pour développer l'intégration du marché européen de la banque de détail. Néanmoins, l'harmonisation apparaît insuffisante, de part son aspect formaliste, les problèmes de méthodes et le nombre d'éléments inclus. Mais, compte tenu des obstacles économiques, culturels et juridiques que nous avons identifiés, il semble que la Commission ne pouvait pas aller plus loin dans l'ampleur de l'harmonisation. Enfin, nous pensons qu'il sera difficile de faire plus, compte tenu des disparités fortes entre pays et de l'ancrage national, et donc qu'il n'est peut être pas nécessaire d'aller plus loin. Est-ce que cela a rétroagi sur le degré de protection des consommateurs ?

2. Une protection du consommateur restrictive

L'objectif est ici d'apprécier le degré de protection des consommateurs privilégié par le droit communautaire. Cette question s'inscrit dans un débat plus général, dépassant le simple cadre du crédit à la consommation, qui vise à s'interroger sur la nécessité et les implications d'un développement de la protection de la partie faible dans les relations contractuelles²⁶. Ce débat est d'autant plus d'actualité que le droit communautaire a pour ambition, à terme, d'aboutir à une harmonisation du droit des contrats²⁷.

Que ce soit dans le cadre de la constitution d'un droit commun des contrats ou dans celui de la mise en place d'un droit spécial propre au crédit à la consommation, les enjeux théoriques et pratiques soulevés par le choix du degré de sauvegarde de la partie faible sont similaires. D'un point de vue pratique, l'objectif est d'arriver à concilier la protection légitime des consommateurs avec la préservation des intérêts des professionnels du crédit, le risque étant qu'une trop grande protection se traduise par la frilosité des prêteurs et donc par un recul de l'accès au crédit pourtant primordial pour le maintien du niveau de vie des ménages dans l'ensemble des pays européens. Sous un angle plus théorique, il s'agit de déterminer

²⁶ Dans le cadre de ce débat, certains auteurs défendent le développement d'un solidarisme contractuel: R. Demogue, *Traité des obligations en général*, tome 6, 1931, n° 3; D. Mazeaud, « Loyauté, solidarité, fraternité: la nouvelle devise contractuelle ? », *Mélanges Terré*, 1999, p. 603; C. Thibierge-Guelfucci, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats, *RTD civ.* 1997, P. 357 et 384; C. Jamin, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », *Mélanges Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 268.

²⁷ A cet égard, les projets d'élaboration d'un droit européen des contrats avancés jusqu'ici tendent à promouvoir les techniques cherchant à assurer, non seulement un consentement libre et éclairé en privilégiant la notion de loyauté ou la sanction de la lésion, mais également l'équilibre contractuel en tenant compte de l'imprévision. Parmi les premiers projets, on peut citer: les principes du droit européen du contrat : O. Landö et H. Beales, *Principles of European Contract law*, Kluwer law international, 2000; *Principes du droit européen du contrat*, sous la direction de G. Rouhette, Société de législation comparée en 2003 et la proposition d'un Code européen sous la direction de G. Gandolfi: « Sur l'hypothèse d'un Code européen des contrats: les propositions de l'Académie des privatistes européens (Pavie) », *Gaz. Pal.* 2003, n° 52.

l'approche à privilégier de la notion de consommateur. En effet, une protection excessive présente le danger de traiter le consommateur comme un incapable, dépourvu de la faculté de mesurer ses propres intérêts et de justifier une immixtion dans la gestion des patrimoines privés alors qu'une protection opportune suppose une responsabilisation du consommateur en lui donnant véritablement les moyens de choisir de s'engager dans un contrat de crédit.

L'intérêt présenté par l'appréciation de la conception de la protection choisie par le droit communautaire est accru par une confrontation avec l'analyse privilégiée par le droit interne. Ce dernier est, en effet, également soumis à un mouvement de réforme visant, non seulement à promouvoir la protection des consommateurs à l'encontre des pratiques développées par les professionnels du crédit, mais aussi plus globalement à refondre le Code de la consommation dont la principale faiblesse est de reposer sur une compilation de textes qui ne suivent pas nécessairement les mêmes aspirations²⁸. Les discussions menées autour de ces réformes et les propositions avancées révèlent la tendance du droit français à asseoir une plus grande protection des consommateurs à l'encontre du crédit à la consommation que celle assurée par l'harmonisation récente du droit communautaire. D'aucuns pourront considérer cette protection comme plus aboutie, d'autres pourront, au contraire, la qualifier d'excessive. Quoiqu'il en soit, l'étude comparative de la source communautaire et de la source nationale de l'encadrement du crédit à la consommation révèle une approche différente de la protection des consommateurs. La directive communautaire se démarque par une conception plus libérale de ce type de crédit qui suppose que les mesures protectrices ambitionnent davantage une responsabilisation des acteurs du crédit que l'unique sauvegarde des consommateurs.

Ce constat s'impose tant au regard de l'objectif de protection poursuivi par le droit communautaire, que des moyens choisis pour y parvenir. En effet, la finalité de la protection se révèle minimaliste (2.1) et les techniques de protection présentent une efficacité limitée (2.2).

2.1. Finalité minimaliste de la protection

²⁸ Les résultats des travaux de la mission de refonte doivent être publiés en décembre 2009. Sur ces débats, voir, par exemple: Y. Picod, « Réflexions sur la refonte du Code de la consommation », Rev. Contrats, conc., cons. 2008, décembre, p. 7.

Visant à faciliter l'accès aux crédits à la consommation sur le marché européen, la directive communautaire, à l'inverse de l'approche traditionnelle du droit français, n'est pas uniquement centrée sur la protection des consommateurs. L'objectif d'une protection *a minima* repose sur deux éléments. Tout d'abord, elle résulte de la méthode générale privilégiée pour élaborer un droit uniforme du crédit à la consommation. En effet, les instances communautaires ont opté pour l'établissement d'un droit commun du crédit édulcoré, ainsi, la richesse technique dans ce domaine (1°). De plus, elle découle de l'approche de la notion de consommateur retenue qui se révèle restrictive (2°). Dès lors, le droit communautaire est loin de permettre un encadrement de toutes les opérations de crédit et une protection de toutes les parties faibles au contrat.

2.1.1. Elaboration d'un droit commun du crédit

Dans l'optique de fixer un cadre protecteur uniforme en matière de crédit à la consommation, deux démarches étaient offertes aux instances communautaires. Soit, il s'agissait de réglementer chaque catégorie de crédit en prenant, ainsi, en compte les spécificités de chacune. Soit, il s'agissait d'élaborer un corps de règles applicables à tous types de crédit et donc, de s'attacher à construire un droit commun en matière de protection des consommateurs. C'est sur cette seconde voie que les négociations se sont engagées dont le résultat présente les avantages et les inconvénients attachés à un corps de règles communes.

En premier lieu, la mise en place d'un droit commun a vocation à fixer un cadre minimal impératif pour l'ensemble des crédits à la consommation ce qui a l'avantage de la simplicité. Cependant, cette approche globalisée est fortement restreinte par le domaine d'application finalement dévolu à la directive par l'effet des exclusions prévues dans l'article 2-2 et par la détermination des éléments du régime du crédit à la consommation qui sont concernés par la directive.

Tous les contrats de crédit ne sont pas, en effet, touchés par ce droit commun. Le champ d'application est ainsi limité par des critères de montant quel que soit le type de crédit puisque les contrats portant sur un montant inférieur à 200 euros ou supérieur à 75000, comme les crédits de moins de trois mois, ne sont pas concernés. De même, certaines opérations de crédit dont la liste est relativement importante sont directement exclues. Tel est le cas, par exemple, des contrats de crédit sans intérêt, des contrats de location ou de crédit-bail sans obligation d'achat, des contrats garantis par une hypothèque ou une sûreté

comparable et les contrats destinés à permettre l'acquisition ou le maintien de droits de propriété d'un terrain ou d'un immeuble.

La diversité de ces exclusions limite, dès lors, fortement l'effectivité de l'élaboration d'un droit commun et incite le droit français à redéfinir le champ d'application du droit du crédit à la consommation. Si le droit français envisageait également jusqu'ici des exclusions aux articles L. 311-3 et suivants du Code de la consommation, elles étaient dans l'ensemble plus réduites. La directive exclut directement des contrats qui n'étaient pas visés explicitement par le droit français, voire même qui avaient été expressément intégrés au régime protecteur du crédit à la consommation. Cette divergence est manifeste concernant les crédits hypothécaires qui sont soumis depuis l'ordonnance du 23 mars 2006 réformant le droit des sûretés en droit interne, au droit de la consommation alors qu'ils sont expressément exclus par la directive²⁹. A l'inverse, la transposition de la directive suppose une modification des contours de l'exclusion des crédits immobiliers en vigueur en droit français tout comme en droit communautaire. En effet, le droit français contrairement au droit communautaire, exclut les crédits destinés à financer les opérations de rénovation ou d'entretien des immeubles. Le droit communautaire prévoit la gestion de ces oppositions en permettant aux Etats d'étendre le dispositif de la directive à des opérations initialement exclues tout en leur interdisant la démarche inverse.

L'ambition de fixer un droit commun du crédit à la consommation communautaire se trouve, en outre, circonscrite par la détermination des éléments du régime finalement encadrés par la directive. Tandis qu'elle s'est concentrée essentiellement sur les modalités d'acceptation d'un tel crédit, elle a éludé le problème de la détermination du contenu de ces contrats. Principalement, il peut lui être reproché de ne pas avoir fixé un droit commun relatif au taux de l'usure. Cette absence de précision constitue une différence majeure avec le droit français qui s'attache à poser un principe de prohibition des taux usuraires et à définir le prêt usuraire comme étant un prêt conventionnel consenti à un taux effectif global qui excède, au moment où il est conclu, de plus du tiers le taux effectif moyen pratiqué au cours du trimestre précédent par les établissements de crédit pour des opérations de même nature et présentant les mêmes risques. Ce taux varie en fonction de la catégorie de crédit selon des modalités prévues par un décret du 25 juin 1990 et son montant est calculé par la Banque de France à la fin de chaque trimestre³⁰. Le silence de la directive communautaire sur ce point peut

²⁹ Ordonnance du 23 mars 2006, n° 2006-346, ratifiée par la loi n° 2007-212 du 20 février 2007.

³⁰ Pour le troisième trimestre 2008 (à compter du 1^{er} oct. 2008), le taux concernant le crédit à la consommation est fixé à 21,09% pour les ventes à tempérament, les découverts en compte de moins de 1524 euros et à 20,72%

s'expliquer par l'absence d'uniformisation de la conception du taux usuraire entre les différents Etats européens. Tandis que la France l'envisage sous l'angle des intérêts des consommateurs en y voyant un risque devant être combattu, les droits Anglo-saxon et scandinaves privilégient une approche ciblée sur les intérêts des établissements bancaires en considérant qu'un encadrement strict les léserait. Cette divergence³¹ se révèle donc beaucoup trop profonde pour que des règles communes de limitation soient établies dans le cadre d'une première harmonisation des législations européennes en matière de crédit aux consommateurs.

En deuxième lieu, la mise en place de mesures générales ayant vocation de régir l'ensemble des catégories de crédits gomme la diversité des procédés en la matière et remet en question l'effectivité de la protection des consommateurs. Cette faiblesse est susceptible de se manifester principalement au regard du crédit renouvelable, encore dénommé crédit permanent ou crédit revolving dont l'objet est d'octroyer une réserve de somme d'argent avec un montant maximum de crédit autorisé et qui est caractérisée par une utilisation indéfinie. Le remboursement s'exécute par échéances mensuelles d'un montant minimum déterminé par contrat que l'emprunteur peut librement augmenter. Communément ce type de crédit est perçu comme « la fabrique du surendettement des particuliers »³² comme peut l'attester sa présence dans 80% des dossiers présentés dans le cadre d'une procédure de surendettement des ménages en France³³. Cependant, cette approche négative doit être tempérée par le fait qu'il a un rôle contra-cyclique salutaire et que son recours sur notre territoire national s'est tassé depuis 2000³⁴ et qu'il n'est pas nécessairement plus potentiellement risqué qu'un crédit affecté. Au-delà de la polémique visant à déterminer si le crédit revolving est effectivement le

lorsqu'ils sont supérieurs à 1524 euros. Pour les autres types de prêt à la consommation, le taux est de 9,77%. Pour information, le taux de l'usure pour les prêts immobiliers à taux fixe est fixé à 7,36% et à 7,46% pour ceux à taux variable. Voir aussi CCSF, 2008, cf. *supra* ; et P. Marini, « La réforme du crédit consommation doit être ambitieuse », *Revue Banque*, n°713, mai 2009.

³¹ Voir CCSF, 2008, cf. *supra*. En Allemagne, la détermination du seuil de l'usure repose sur la jurisprudence, tout comme en Espagne. Au RU, il n'existe pas vraiment de seuil. En Belgique, en Italie et au Pays-Bas, le seuil repose sur une réglementation, très différente : par exemple, en Italie, un taux est considéré comme usuraire s'il dépasse de 50% le TAEG, et au Pays-Bas, s'il dépasse de 17 points de % le TAEG.

³² X. Lagarde, « Discussions sur le crédit renouvelable », *dossier Rev. de Droit Bancaire et Financier*, juill. août 2005, p. 75.

³³ Pour une analyse approfondie du marché français, très actif, voir CCSF, 2008, cf. *supra*. Fin 2007, en France, le nombre de crédits renouvelables actifs est de 20M d'unités sur un total de 43,2M d'unités ouvertes. Les ¾ utilisent une carte privative. Plus de 50% des comptes ouverts fin 2007 l'étaient depuis plus de 5 ans. Les acteurs de ce marché sont pour 18% de l'encours les banques, pour 45,4% les institutions spécialisées et pour 36,6% les commerces et la grande distribution.

³⁴ La part de l'encours du crédit renouvelable dans le total du crédit à la consommation ayant perdu 6 points entre 1998 et 2007, passant de 27% à 21% (CCSF, 2008).

plus dangereux des crédits à la consommation, son mécanisme particulier implique un encadrement propre des consommateurs. Or, la directive communautaire relègue cette spécificité au second plan en le soumettant au droit commun du crédit qu'elle fixe sans prévoir un complément de son encadrement par la voie de mesures particulières.

Notons que cette prise de position du droit communautaire tranche avec celle jusque-là privilégiée. En effet, la directive du 22 décembre 1986 visant un rapprochement des législations européennes sur le crédit à la consommation excluait le crédit permanent de son champ d'application tout en réglant son sort par dérogation à ce régime général en soumettant l'information du consommateur, le taux annuel d'intérêt et la modification du contrat à des mesures protectrices propres³⁵.

L'absence d'un droit spécial du crédit revolving dénote également avec la démarche du législateur français qui, depuis peu certes, affiche sa volonté de prévoir une réglementation protectrice adaptée aux particularités de ce type de crédit. Prenant appui sur un travail jurisprudentiel³⁶ et ayant pris conscience que les mesures générales se révélaient insuffisantes, le législateur a encadré le crédit permanent par une loi du 28 janvier 2005 prévoyant, notamment, la présentation d'une nouvelle offre préalable pour toute augmentation du crédit consenti³⁷. Ce corps spécial de règles protectrices est en passe de se renforcer au vu des propositions de réformes adoptées en 2009. L'objectif serait de rendre plus transparente la pratique de ce type de crédit en imposant, par exemple, une dénomination contractuelle et en dissociant l'octroi de ce type de crédit de la remise d'une carte de fidélité.

Il reste à savoir si le droit communautaire peut être qualifié de lacunaire sur ce point ou si, en réalité, il n'était pas en mesure de présenter un corps de règles plus poussé sur cette question. C'est plutôt la seconde conclusion qui doit prévaloir eu égard à la grande disparité des pratiques en matière de crédit revolving dans les pays européens. Tandis que ce type de crédit est fortement développé en Angleterre ou au Pays-Bas, son recours est très marginal dans les pays de l'Est (Tableau 4).

³⁵ JOEC n° L42, 12 février 1987, p. 48, modifiée en dernier lieu Dir. N° 98/7/CE:JOCE n° L 101, 1 avril 1998, p. 17. A. Boujeka, « Le crédit permanent en droit communautaire », *Rev. Droit bancaire et financier*, juill. Août 2005, p. 78.

³⁶ JP. Bousharin et M.S. Richard, « Le crédit permanent: une politique jurisprudentielle », *dossier Rev. de Droit Bancaire et Financier*, juill. août 2005, p. 76 ; S. Gautier, « Le crédit permanent: martyr des juges du fond », *LPA*, 17 octobre 2005, p. 3.

³⁷ Loi n° 2005-67 du 28 janvier 2005.

Tableau 4. Différence d'utilisation du crédit renouvelable en Europe, fin 2007

	Allemagne	Belgique	Espagne	France	Italie	Pays Bas	Pologne	RU	Suède
Encours Crédit renouvelable par ménages* en €	401	315	776	1105	523	1915	160	3570	110
Encours crédit renouvelable total Md€	15,7	1,4	12,5	28,9	12,5	13,4	2,2	90	1

Source CCSF, « Pour un développement responsable du crédit renouvelable en France », Etude, décembre, 2008.

*par rapport à tous les ménages du pays.

Au Pays-Bas, plus de 50% de l'encours du crédit à la consommation est lié au seul crédit renouvelable. Ce chiffre est de 7% en Allemagne, 8% en Belgique, et plus de 20% en France où le marché est dynamique. Le recours à ce type de crédit dépend essentiellement de la structure de la distribution des services dans le secteur financier et de l'environnement institutionnel du marché du crédit à la consommation. En Allemagne et en Belgique, le marché du crédit renouvelable est étroit et en Suède, ce crédit est peu utilisé. En Espagne, ce marché est dynamique et il est en progression en Italie, même si sa place est encore limitée. Au Pays-Bas, le marché du crédit à la consommation est étroit alors que le crédit renouvelable est très utilisé. En Pologne, ce type de crédit est très peu utilisé, même s'il est en progression. Enfin, au Royaume-Uni, il est extrêmement développé.

En définitive, il apparaît que la directive ne constitue qu'une première étape de l'harmonisation souhaitée par la voie de règles générales en attendant une réglementation plus poussée propre à chaque type de crédit. En faisant le choix d'établir un droit commun du crédit, la protection des consommateurs se trouve donc nécessairement limitée au vu de la multiplicité des pratiques du crédit à la consommation. Le sentiment d'une protection à finalité minimaliste est renforcé par la définition restrictive de la notion de consommateur fixée par le droit communautaire.

2.1.2. Conception restrictive du consommateur

La directive est centrée sur la qualité des personnes destinataires du crédit et non pas sur la nature de l'opération de crédit puisqu'elle utilise l'expression de « crédit aux consommateurs » plutôt que celle de « crédit à la consommation ». La définition de la notion de consommateur est donc primordiale dans la délimitation du champ d'application de la directive qui fait prévaloir un critère *ratione personae* sur un critère *ratione materiae*. En vertu de l'article 3, le consommateur s'entend comme toute personne physique agissant dans

un but étranger à son activité commerciale ou professionnelle. Deux enseignements peuvent être tirés de cette définition: le droit communautaire associe la notion de consommateur à celle de personne physique et il ne l'envisage que comme un non-professionnel. Cette conception unitaire du consommateur ne correspond pas nécessairement à la vision du droit français³⁸. Ce dernier, en effet, ne prévoit pas de définition légale comme l'attestent les dispositions relatives au crédit à la consommation qui se contentent de désigner le consommateur sous le vocable d'emprunteur (article L. 311-1 du Code de la consommation), laissant à la jurisprudence le soin d'en préciser les contours.

Tout d'abord, la directive envisage le consommateur du crédit à la consommation comme ne pouvant être qu'une personne physique. La question de savoir si une personne morale peut être oui ou non considérée comme un consommateur a été l'un des points de divergence entre le droit communautaire et le droit français qui s'est révélé en matière d'application de la réglementation des clauses abusives pour laquelle la Cour de justice des communautés européennes a déjà affirmé que le consommateur doit être considéré comme une personne physique³⁹. Le droit positif français a pu, quant-à-lui, retenir une solution contraire en matière de clauses abusives avant de changer de position⁴⁰ comme en matière de crédit à la consommation pour lequel des décisions jurisprudentielles ont appliqué la législation protectrice à des associations, des sociétés, des partis politiques ou des syndicats⁴¹. Cette approche restrictive du consommateur retenue par le droit communautaire peut être contestée au nom de la démarche classique en droit français consistant à calquer le traitement des personnes morales sur celui des personnes physiques. En outre, le droit comparé en la matière dévoile que certaines législations étrangères comme le droit québécois, englobe sous le vocable de consommateur indifféremment les personnes morales comme les personnes physiques. Toutefois, ce rapprochement, souvent critiqué pour son caractère artificiel, apparaît encore moins défendable à l'égard du crédit à la consommation. En effet, la nécessité

³⁸ Pour une approche générale de la notion en droit français: S. Piédelièvre, *Droit de la consommation, Economica*, 2008, n° 21 et s.; G. Raymond, *Droit de la consommation*, Litec professionnels, 2008, n° 32 et s.

³⁹ CJCE, 22 nov. 2001, *D.* 2002 p. 90, obs. Rondey; *JCP* 2002, II, 10047, note Paisant; *LPA*, 22 mai 2002, p. 16, note Nourissat; *RTD civ.* 2002, p. 291, obs. Mestre et Fages. J. Amar, « Une cause perdue: la protection des personnes morales par le droit de la consommation? », *Contrats, conc., consom.* 2003, chron.5.

⁴⁰ L'idée que le consommateur peut, éventuellement, être une personne morale a été affirmée en matière de clauses abusives par les juridictions administratives: CE, 11 juillet 2001, Société des eaux du Nord (*CJEG* 2001, p. 496, *RJDA*, 2001, p. 1060), puis implicitement par un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 5 mars 2002, *JCP éd.G* 2002, II, 10123: alors qu'ils en avaient l'occasion, les juges ne profitent pas de l'espèce pour écarter de la protection de clauses abusives les personnes morales. La Cour de cassation s'est depuis rangée à l'analyse de la CJCE dans une décision rendue par la 1^{ère} chambre civile le 15 mars 2005; *D.* 2005, p. 1948, note A. Boujeka; *JCP éd.E*, 2006, 769, note D. Bakouche; *Contrats, conc. Consom.* 2005, comm. 100, note G. Raymond.

⁴¹ Cass. 1^{ère} civ., 28 avr. 1987, *Bull. civ.* 1987, I, n° 134: Pour un exemple concernant les syndicats de copropriété: CA Paris, 2 décembre 1994, *JCP éd.G* 1995, IV, n° 657.

de recourir à ce type de crédit pour accéder aux biens de consommation courants concerne *a priori* davantage les ménages et donc les personnes physiques que les personnes morales.

Ensuite, et il s'agit là du point le plus discutable, le droit communautaire retient une conception unitaire restrictive du consommateur en rejetant de manière générale l'idée qu'un professionnel ou qu'une personne qui agit dans le cadre de son activité commerciale puisse bénéficier de la protection à l'égard de la conclusion d'un contrat de crédit à la consommation. Si on se réfère aux termes utilisés par la directive, des imprécisions peuvent être soulignées. D'une part, est laissé en suspend le sort réservé aux professionnels de l'artisanat et des exploitations agricoles. Cependant, l'esprit général des dispositions de la directive et l'utilisation du terme générique de professionnel vont dans le sens d'une exclusion des artisans et des agriculteurs du dispositif protecteur. D'autre part, la question du sort du professionnel intervenant en dehors de sa spécialité n'est pas clairement réglée et se pose également en droit interne comme l'attestent les débats doctrinaux et les évolutions jurisprudentielles. Cette problématique est soulevée principalement en matière de clauses abusives, de démarche à domicile ou encore de crédit à la consommation et présente des enjeux importants au regard de la délimitation du champ d'application du droit de la consommation. Le risque est, en effet, d'avoir tendance à protéger l'ensemble des parties faibles au contrat et donc d'élargir excessivement le rôle du droit de la consommation et de remettre en cause sa légitimité.

Deux analyses sont possibles au regard des professionnels : soit on fait prévaloir le caractère professionnel de l'activité, soit on fait primer le champ de compétence du professionnel. Si dans le domaine des clauses abusives, la jurisprudence se réfère au critère du lien direct avec l'activité professionnelle, dans le contexte du crédit à la consommation, c'est le caractère professionnel de l'activité qui est privilégié⁴². Le droit interne se démarque dès lors du droit communautaire par l'absence de définition unitaire de la notion de consommateur. Les réformes récentes en droit interne révèlent toutefois une tendance générale à admettre l'extension du droit de la consommation à des professionnels dans certaines circonstances. Notamment, la loi LME du 4 août 2008 a soumis les professionnels aux dispositions protectrices sur les clauses abusives pour les clauses qui n'ont pas été négociées⁴³.

⁴² Cass. 1ère civ. 1er juin 1987, Bull. civ. I, n° 209: un commerçant en électricité et en électroménager est exclu du dispositif protecteur du crédit à la consommation alors qu'il avait prescrit un crédit pour l'achat d'une machine à imprimer les cartes.

⁴³ Loi n° 2008-776 du 4 août 2008, *D.* 2008, Actualité législative, p. 2220.

Le cœur du débat concernant le sort des professionnels repose sur la question de la pertinence de fixer une notion unitaire du consommateur en matière de crédit à la consommation comme le privilégie le droit communautaire. Il aurait été opportun d'intégrer davantage de souplesse dans la définition en laissant la place à des critères d'appréciation subjectifs. Au terme de consommateur, il peut être préféré celui de personne avertie ou non avertie qui est développé par la jurisprudence française en matière de responsabilité bancaire dans le cadre de leur obligation de conseil⁴⁴. Ce critère a, en effet, l'avantage de prendre en compte la compétence véritable de l'emprunteur et d'éviter la rigidité du critère professionnel, non professionnel. Cette souplesse aurait l'avantage de clarifier la situation des salariés qui concluent un crédit en vue de financer un équipement nécessaire à leur activité ou le cas où le crédit est contracté pour financer un bien dont l'usage prévu est mixte, c'est-à-dire à la fois pour un usage professionnel et pour un usage privé⁴⁵. Dans la même logique, la conception du consommateur peut être différenciée en fonction de l'objet du crédit ou du type de crédit.

Si la définition unitaire restrictive du consommateur retenue par la directive communautaire a le mérite de l'objectivité, elle limite le champ d'application du dispositif protecteur à l'encontre du crédit à la consommation alors que certains professionnels selon les circonstances peuvent se retrouver dans le même état de faiblesse dans la négociation d'un crédit qu'un non-consommateur. Le degré de protection établi par le droit communautaire se trouve en outre cantonné par le choix des techniques de protection privilégiées par la directive dont l'effectivité est loin d'être acquise.

2.2. Efficacité mitigée des techniques de protection

La protection du consommateur à l'égard du crédit à la consommation est légitimée par l'inégalité de sa situation par rapport à celle du professionnel du crédit qui se traduit par l'absence de véritables négociations quant au contenu du contrat. Le risque est alors que les conditions d'octroi du crédit, telles qu'elles sont fixées par les établissements bancaires, aboutissent à un « nouvel ordre féodal »⁴⁶. L'enjeu du droit de la consommation est donc de rétablir l'équilibre contractuel par la voie de mesures protectrices impératives relevant d'un

⁴⁴ Voir par exemple, sur cette question: « Le devoir de mise en garde du banquier à l'égard de l'emprunteur non averti », *Rev. Contrats, conc. Cons.*, avril 2008, Etudes, n° 5.

⁴⁵ Cette situation a été clarifiée par la CJCE qui considère qu'en principe ne doit pas s'appliquer le dispositif protecteur du droit de la consommation sauf si l'usage professionnel est marginal: CJCE, 20 janvier 2005: *D.* 2005, 1948, note Boujeka, *RTD civ.* 2005, p. 350, obs. Remy-Corlay.

⁴⁶ Expression de C. Jamin, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », *Mélanges Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 268.

ordre public de protection. L'étude de la réglementation instituée par la directive révèle que les instances communautaires se sont contentées de mettre en place des techniques classiques de sauvegarde des intérêts des emprunteurs (1°), négligeant un panel de mesures complémentaires pourtant indispensables à l'effectivité de la protection des emprunteurs (2°). On pointerait alors les divergences avec le droit interne.

2.2.1. Recours aux techniques classiques du droit de la consommation

Afin de promouvoir le développement du crédit sur le marché européen, la directive privilégie une approche libérale de l'encadrement du crédit. En effet, elle ne vise pas une protection à tout prix des consommateurs mais elle cherche plutôt à responsabiliser chacun des acteurs qu'il soit emprunteur ou prêteur. Cet objectif implique une réglementation essentiellement centrée sur la période de formation du contrat, les mesures relatives à son exécution se limitant à la question des conditions de fixation de la compensation pouvant être exigées par le prêteur en cas de remboursement anticipé du crédit. Les règles protectrices posées par la directive concernent donc, dans leur grande majorité, les modalités de consentement de l'emprunteur-consommateur et font appel aux techniques traditionnelles utilisées par le droit de la consommation qui correspondent, à quelques nuances près, aux mesures déjà mises en place en droit interne. Deux types de techniques sont exploitées: celles qui tendent à une meilleure transparence et celles qui visent à aménager un temps de réflexion au consommateur.

Tout d'abord, la directive instaure des règles communes favorisant une meilleure transparence des conditions d'octroi du crédit à l'égard du consommateur. Le but est alors d'imposer aux prêteurs de fournir un certain nombre de renseignements à l'emprunteur afin qu'il puisse s'engager en connaissance de cause. La méthode alors privilégiée est celle du développement du formalisme informatif, on l'a vu, qui concerne tant la période précontractuelle, que contractuelle. Par exemple, la publicité faite sur le crédit à la consommation est encadrée par le droit communautaire qui impose la précision d'un certain nombre d'informations sur le montant du crédit (article 4-1). Sur ce point, une divergence avec le droit français est à relever sur l'étendue de cette exigence. En effet, le droit communautaire englobe l'ensemble des crédits, là où le droit français distingue entre crédits à titre onéreux et crédits à titre gratuit.

De la même façon, l'offre de crédit doit obligatoirement indiquer un certain nombre de données standardisées fournies en annexe de la directive relatives, entre autres, au type de crédit, au montant global du crédit ou à l'identité des parties. Le droit interne est quant-à-lui

plus exigeant sur le degré de normalisation des informations précontractuelles puisqu'il fixe des modèles types de contrat pour chaque catégorie de crédits à la consommation qui ont été remodelés par un arrêté du 14 mai 2007⁴⁷. Sur le plan communautaire, l'absence de modèles-types apparaît justifié au vu des difficultés posées par leur réactualisation rendue délicate par le rythme soutenu des innovations de la pratique en matière contractuelle. La trop grande rigidité de ces modèles s'accorderait mal avec la diversité des pratiques et des traditions contractuelles en vigueur dans les Etats européens.

Le choix de la directive d'axer le dispositif protecteur de l'emprunteur sur le développement du formalisme informatif présente les écueils attachés à ce dernier. Le risque est d'aboutir à un foisonnement des mentions obligatoires, dénoncé en droit français et à une saturation du destinataire de l'information, l'excès de formalisme tuant l'information. De plus, ces obligations d'information ne sont pas un gage de compréhension du consommateur néophyte.

Par ailleurs, la directive communautaire cherche à maîtriser le moment de la formation du contrat afin d'offrir à l'emprunteur un temps de réflexion nécessaire. Pour ce faire, elle instaure, et c'est une grande avancée sur le plan communautaire, un droit de rétractation au consommateur délimité dans le temps par un délai de 14 jours. Sur cet encadrement, le droit interne est plus abouti car il instaure en plus d'un droit de rétraction déjà mis en place un délai légal de maintien de l'offre de crédit à la consommation de 15 jours débutant au jour de son émission. Ce délai apparaît comme un complément indispensable au droit de rétraction dans la recherche d'un consentement réfléchi de l'emprunteur qui n'est pas soumis à la pression d'un risque de retrait rapide de l'offre de crédit ce qui lui évite un accord trop précipité. Dès lors, l'absence de mesure du droit communautaire sur ce maintien de l'offre constitue une lacune dans l'effectivité de la protection des consommateurs. L'unique différence concernant la mise en œuvre du droit de rétractation touche la durée du délai dans lequel il est inséré: de 7 jours en France, il est de 14 jours dans la directive communautaire.

Le cœur des mesures protectrices fixées par la directive repose dès lors sur l'encadrement des modalités de formation du contrat en se basant pour l'essentiel sur le développement du formalisme informatif. Cependant, ces mesures apparaissent bien légères et auraient dû, pour être véritablement efficaces, être accompagnées de règles complémentaires.

⁴⁷ G. Biardeaud et P. Flores, « Observations critiques sur les nouveaux types d'offres de crédit », *D.* 2007, chron. 1294.

2.2.2. Techniques de protection éludées

Les mesures instituées par le droit communautaire présentent la faiblesse d'avoir uniquement mis en place un encadrement de base du consentement au crédit dont l'efficacité peut être discutée. Le degré de protection instauré reflète une approche libérale du crédit à la consommation. Si dans cette optique, les instances communautaires ambitionnaient davantage une responsabilisation des acteurs du crédit plutôt qu'une surprotection du consommateur, force est de constater que ce but n'est qu'imparfaitement atteint à l'égard de la responsabilisation des prêteurs. En effet, si ces derniers doivent se préoccuper de l'insolvabilité des emprunteurs, l'effectivité de cette obligation est mise à mal par les difficultés d'accès aux informations nécessaires, difficultés qui ne sont pas véritablement réglées par la directive. L'information de base repose sur la déclaration volontaire de l'emprunteur et la directive, tout en faisant référence à des bases de données, ne va pas jusqu'à imposer explicitement aux Etats la mise en place de fichiers (article 8-1). Or, en France, l'accès à ces informations est limité par l'absence de fichiers de l'endettement ou du crédit. Il existe d'un fichier négatif, sur les incidents de crédit. Les banques déclarent toutes le consulter, mais aucune vérification de l'effectivité des procédures de consultation n'a été faite⁴⁸. Dès lors, la responsabilisation des prêteurs semble essentiellement fondée sur un accroissement de leurs obligations d'informations sans aller jusqu'à assurer l'effectivité d'une obligation de conseils par le biais de laquelle, le professionnel du crédit est tenu d'orienter le choix de ses clients. Sur cette question, le droit positif français apparaît plus poussé grâce au travail de la jurisprudence qui a remédié aux insuffisances des textes pour construire une véritable obligation de conseils à l'égard des emprunteurs non avertis⁴⁹, obligation qui est en passe d'être consacrée par la loi au vu du projet de réforme adopté en matière de crédit à la consommation. De plus, dans les autres pays européens, l'approche est différente : les fichiers sont positifs (encours) et négatifs (incidents), en général gérés par des entreprises privées (sauf en Belgique, par la Banque centrale), avec une adhésion volontaire (Italie) ou obligatoire. Ces différences justifient sûrement l'absence de position de la directive à ce sujet.

⁴⁸ CCSSF, 2008, cf. *supra*. Voir aussi P. Marini, *Revue Banque*, mai 2009 pour la probabilité d'avoir en France un fichier positif, et F. Klein, « Le crédit à la consommation affine ses outils informatiques », *Agefi Hebdo*, 9-15 avril 2009.

⁴⁹ Voir *supra*, note 17. Parmi l'abondance de la jurisprudence sur la question, voir les arrêts fondateurs du 27 juin 1995 pour la première chambre civile (*Bull. civ.* 1995, I, n° 287; *D.* 1995, jurispr. p. 621, note S. Piédelièvre; *Defrénois* 2005, art. 36210, note D. Mazeaud; *RTD civ.* 1996, p. 385, obs. J. Mestre) du 3 mai 2006 pour la chambre commerciale (*Bull. civ. IV*, n° 101, *D.* 2006, obs. X. Delpech et p. 1618, note J. François; *RTD civ.* 2007, p. 103, obs. J. Mestre et B. Fages) et du 29 juin 2007, pour la formation en chambre mixte; *JCP G.* 2007, II, 10146, comm. A. Gourio; *D.* 2007, p. 2081, note S. Piédelièvre.

L'objectif de responsabilisation apparaît bien mince au regard de la pratique du crédit à la consommation où la prise de décision des consommateurs est souvent dominée par un besoin économique important. Dans ce contexte, une protection efficace supposerait la mise en place sur le plan européen d'un plafond de crédit par consommateur et d'un nombre de crédits maximal pouvant être octroyés par ménage. En outre, les mesures prises par la directive présentent la lacune de ne pas avoir pris suffisamment la mesure des risques particuliers posés par le développement des nouveaux canaux bancaires. La facilité de l'octroi du crédit par internet⁵⁰, qui rend encore plus vulnérable les parties faibles au contrat, implique, en effet, un encadrement particulier et une adaptation des mesures de protections. La législation n'a pas su encore s'adapter aux évolutions des techniques de commercialisation, et il s'agit de responsabiliser les prêteurs sur ce canal d'offre bancaire. Le développement des sites internet date de 1997-99. Pour Cetelem, par exemple, Internet représentait en 2006 20% de son chiffre d'affaires en France, et 30% en Espagne. 40% des demandes⁵¹ de crédit à la consommation en France passent par Internet, et le chiffre est de 50% concernant le crédit revolving. Cela montre l'importance d'un tel canal. Enfin, les mesures prises prévues par la directive apparaissent bien vaines au vu de l'absence de règles communes relatives au surendettement des particuliers et à la pratique des regroupements de crédits. Le regroupement des crédits (consolidation ou rachat ou restructuration des crédits) a pour objectif de réduire le « malendettement » en réduisant la charge des mensualités. Ce marché représenterait en France⁵² un encours de 15 à 20 Md€, le tiers concernant le crédit à la consommation. Les perspectives de croissance de ce marché sont fortes même si les courtiers bénéficient d'une mauvaise image auprès des consommateurs, et l'offre de produits devient très sophistiquée. En Europe, ce marché concernerait, en 2006, 340Md€ dont 83% pour le Royaume-Uni dont le marché est déjà mature. La France représente 5% du marché européen et est en progression. L'Italie, l'Espagne et le Portugal ont aussi des marchés en développement, avec des institutions et des techniques très différentes.

Le principal écueil de cette directive est donc qu'elle n'a uniquement pour vocation d'encadrer qu'imparfaitement les conditions de formation du contrat de crédit sans que, par ailleurs, des mesures communes soient prises afin de prendre en compte l'ensemble des situations et des opérations pouvant être engendrées par l'octroi du crédit.

⁵⁰ P. Marini, « La réforme du crédit consommation doit être ambitieuse », Revue Banque n°713, mai 2009.

⁵¹ Ce qui ne signifie pas forcément des ouvertures de crédit.

⁵² CCSF, Développer le crédit responsable, Rapport 2007/2008.

Conclusion

Au terme de l'étude de la directive sous le prisme d'une confrontation avec le droit français, le bilan est mitigé: l'harmonisation est d'ampleur relative au vu de la faiblesse du nombre de difficultés ciblées et la protection effective des consommateurs n'est qu'imparfaitement assurée. Ces critiques doivent cependant être atténuées par les réalités de la pratique du crédit à la consommation sur le marché européen qui se heurte à des différences profondes en matière économiques, culturelles et juridiques. Dès lors, la directive apparaît davantage comme une opportunité à saisir pour les groupes bancaires pan européens pour agir comme un acteur unique sur un marché unique que comme un encadrement surprotecteur des consommateurs. En effet, elle est susceptible de favoriser la création de produits européens qui constitue l'un des objectifs du PASF, étant précisé que l'atteinte de ce but suppose une stratégie volontaire des banques européennes. En définitive cette directive libérale à l'égard du crédit à la consommation ne peut constituer qu'un premier pas dans l'harmonisation de la protection des consommateurs.