

CHRONIQUE

DROIT BANCAIRE ET FINANCIER INTERNATIONAL



GEORGES AFFAKI
Professeur des
universités associé
Avocat à la Cour



**JULIETTE
MOREL-MAROGER**
Maître de conférences
Université Paris
Dauphine



ALINE TENENBAUM
Maître de conférences
Faculté de droit
Université Paris-Est
Créteil



JEAN STOFFLET
Agrégré des
facultés de droit
Professeur émérite

Services financiers de détail – Activité transfrontière – Marché européen.

Livre vert sur les services financiers de détail – de meilleurs produits, un plus large choix et davantage d'opportunités pour les consommateurs et les entreprises COM (2015) 630 final.

Annnonce des pistes de réformes relatives aux services financiers de détail.

Commentaire d'Aline Tenenbaum

1. Le 10 décembre dernier, la Commission européenne a lancé une consultation sur les services financiers de détail. Elle a indiqué les pistes ouvertes pour la consultation publique dans un Livre vert, dont les résultats devraient mener à la publication vers l'été 2016 d'un plan d'action. Dans la logique du marché intérieur et de la rhétorique européenne favorable à la mise en concurrence pour stimuler la croissance et l'innovation, la préoccupation de la Commission semble aller de soi : les services financiers « regroupent un ensemble de prestations essentielles » qui vont du crédit à l'assurance en passant par l'investissement et le numérique permet une grande diffusion de l'information, élément fondamental de la prise de décision des consommateurs de ce type de services. Le marché unique européen pour ce type de services est à portée de main. L'initiative de la Commission présuppose que les services concernés sont transfrontières, hypothèse qui suscite certaines interrogations à la lecture du document publié.

2. La Commission propose une approche transversale qui vient s'ajouter d'une part aux multiples réglementations sectorielles existantes, que ce soit pour certains types de services financiers ou pour les consommateurs en général, et d'autre part à d'autres actions complémentaires comme la stratégie pour le marché unique numérique, l'Union des marchés de capitaux, et la stratégie pour le marché unique¹. Il s'agit dans ce Livre vert en effet d'identifier des difficultés communes aux différents services financiers dès lors que ces derniers sont proposés par des prestataires établis dans un État membre à un consommateur établi dans un autre État. Ce sont ainsi les produits bancaires, les crédits à la consommation et les produits d'assurance qui retiennent l'attention de la Commission dès lors qu'ils engendrent une activité transfrontière.

3. Cet élément d'extranéité est délicat à appréhender car, à la lecture du Livre vert, on saisit son caractère protéiforme à défaut d'en avoir une définition précise. La situation est transfrontière par opposition à la situation interne semble-t-il, caractérisée par la localisation dans

1. Communication de la Commission – Stratégie pour un marché unique numérique en Europe http://ec.europa.eu/priorities/digital-single-market/docs/dsm-communication_fr.pdf; Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions – Un plan d'action pour la mise en place d'une union des marchés des capitaux » [COM(2015) 468 final du 30.9.2015]; Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions du 19 mai 2010 – Améliorer le marché unique : de nouvelles opportunités pour les citoyens et les entreprises, COM(2015) 550 final du 28 oct. 2015.

le même État du consommateur et du prestataire : ainsi, la Commission relève que « les consommateurs achètent surtout ces produits sur leur marché national, et les prestataires desservent très majoritairement les marchés où ils sont physiquement implantés ». Positivement, la Commission insiste sur la dimension virtuelle des opérations transfrontières qu'elle souhaite libérer et stimuler : « en permettant aux prestataires et aux consommateurs de faire affaire à distance plus aisément et à moindre coût, l'essor du numérique devrait permettre aux premiers d'accéder à une large base de consommateurs dans le marché unique et aux seconds de bénéficier des meilleures offres disponibles. En principe, il devrait favoriser l'activité transfrontière, en dispensant les entreprises de devoir s'établir dans d'autres États membres ».

4. La dimension transfrontière d'opérations dans un secteur donné au cœur de l'action européenne révèle ici encore sa complexité. On peut la déceler par un critère de localisation respective des parties quand on se place encore dans un monde physique : la localisation du consommateur et du prestataire professionnel dans le même État ne relève pas de l'action européenne. On éprouve plus de difficulté lorsqu'il s'agit de services en ligne, entièrement dématérialisés. La Commission utilise à cet égard des expressions diverses : on peut ainsi relever que l'action de la Commission doit « aider les consommateurs à acheter des produits financiers dans d'autres États membres », que les consommateurs, dans une démarche active, souhaitent pouvoir se renseigner sur les produits proposés dans d'autres États membres ou encore que les prestataires doivent être encouragés à s'adresser aux consommateurs établis dans d'autres États membres, pour « fournir directement » à ces derniers des services (sans établir de filiale ou de succursale dans l'État du consommateur).

5. On retrouve alors la dialectique d'une part entre l'État d'origine et l'État d'accueil et d'autre part entre l'exercice des libertés et la loi applicable.

La Commission rappelle au premier titre que le professionnel qui agit en libre prestation de services doit respecter « une partie seulement de la réglementation de l'État membre d'accueil, par exemple en matière de conduite professionnelle ou de protection des consommateurs ». La mise en place d'un passeport européen délivré par l'État d'origine du prestataire, pour certaines activités de prestataires de service d'investissement notamment, permet de limiter

l'impact de l'application de certaines règles de l'État d'accueil. La Commission estime toutefois que ces mesures sont insuffisantes en pratique : les professionnels sont encore exposés dans une trop large mesure aux coûts et risques engendrés par les divergences persistantes des régimes juridiques nationaux. La Commission ouvre ainsi la question non seulement de l'harmonisation des régimes mais également de l'équilibre entre l'étendue de compétence de l'État d'origine et celle de l'État d'accueil. Ce sont la notion et la mise en œuvre des mesures d'intérêt général qui sont ici au centre du débat : on perçoit que la Commission souhaite clarifier ces éléments pour réduire les obstacles aux libertés de circulation placés par l'État d'accueil, notamment pour les produits d'assurance. Cette prééminence de l'État d'origine non seulement pour délivrer l'agrément mais également surveiller l'activité n'est pas nouvelle et traduit une approche largement pratiquée par les textes européens².

Cet endiguement de l'État d'accueil est lié au second titre à la détermination de la loi applicable pour régir les aspects civils des contrats conclus dans ces domaines d'activités. La confrontation et l'articulation des libertés et des règles de conflit de lois sont là encore l'objet de discussions anciennes³, réactivées par la faveur montrée par la Commission à l'État d'origine. Il suffit de rappeler – comme le fait d'ailleurs la Commission elle-même – que les règles de conflit de lois issues du Règlement Rome I ne conduisent pas nécessairement à désigner la loi de l'établissement du professionnel, que ce soit en matière de contrats d'assurance ou de contrats conclus avec les consommateurs. La Commission y voit là un coût important supplémentaire, facteur de dissuasion pour les professionnels de proposer des services transfrontières.

2. V. notamment la Directive 2009/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM) modifiée en dernier lieu par la Directive 2014/91/UE du 23 juillet 2014.

3. Parmi une très abondante littérature, v. l'analyse critique de V. Heuzé, « De la compétence de la loi du pays d'origine en matière contractuelle ou l'anti-droit européen », in *Le droit international privé : esprit et méthodes – Mélanges en l'honneur de P. Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 393.

Marchés d'instruments financiers – ESMA.

Mise en œuvre de la Directive MiFID II par l'ESMA (Directive 2014/65/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 concernant les marchés d'instruments financiers).

Commentaire d'Aline Tenenbaum

1. Le rôle fondamental de l'ESMA dans la mise en œuvre des textes européens est illustré par un ensemble de mesures adoptées dans le courant du mois de décembre 2015 pour la mise en œuvre de la Directive MiFID II. Ces mesures montrent la complexité du pro-

cessus d'application de ce texte et la variété des instruments maniés par l'ESMA.

2. On signalera d'abord un certain nombre de normes techniques d'exécution de niveau 2 détaillées dans un rapport du 11 décembre 2015 : huit normes techniques sont arrêtées et devront être soumises à la Commission européenne. Ces normes concernent les domaines suivants :
– les modalités de coopération entre autorités concernant les activités des plates-formes de négociations instaurant des dispositifs dans un État membre d'accueil ;
– le format et le calendrier des communications et publications concernant la suspension et le retrait d'instruments financiers de la négociation ;

- les modalités relatives aux informations fournies par les prestataires de services de communication de données ;
- le format des rapports sur les positions par catégories de détenteurs de positions pour les instruments dérivés sur matières premières, les quotas d'émission et les instruments dérivés sur ceux-ci ;
- les modalités de coopération entre autorités dans les activités de surveillance, pour les vérifications sur place ou les enquêtes ;
- les modalités de consultation entre autorités avant l'octroi de l'agrément ;

– et enfin les modalités de publication des décisions de sanction ou de mesures administrative.

3. On mentionnera ensuite le rapport publié le 17 décembre 2015 exposant les lignes directrices précisant les critères applicables à l'évaluation des connaissances et compétences des personnes physiques fournissant des conseils, des informations, des services d'investissement ou des services auxiliaires aux clients pour le compte d'entreprises d'investissement.

4. On relèvera enfin le rapport du 22 décembre 2015 sur les orientations pour l'évaluation et la surveillance des pratiques de ventes croisées.

Renvoi préjudiciel – Directive MIF – Notion de services et activités d'investissement – Contrat de crédit à la consommation – Prêt libellé en devises – Clauses relatives aux cours de change – Exclusion.

CJUE 3 décembre 2015, aff. C-312/14, question préjudicielle Banif Plus Bank Zrt c/ Marton Lantos.

Commentaire de Juliette Morel-Maroger

1. Comment tracer une frontière claire entre les opérations relevant des dispositions protectrices de l'investisseur et celles visant à protéger l'emprunteur ? Les montages toujours plus sophistiqués proposés par les banques en matière d'indexation et de variation des taux d'intérêt peuvent contribuer à brouiller la frontière entre des activités a priori bien distinctes de fourniture de crédits aux particuliers d'un côté et de services d'investissement de l'autre. La Cour de Justice est ainsi régulièrement amenée à qualifier les opérations conclues par les clients des établissements bancaires et financiers afin de fixer les frontières entre les régimes protecteurs instaurés en matière bancaire et financière¹. Dans la présente affaire, des emprunteurs hongrois revendiquaient le bénéfice des dispositions visant à informer l'investisseur issues de la directive 2004/39/CE du 21 avril 2004, dite « MIF » au contrat de crédit libellé en devises étrangères qu'ils avaient conclu avec une banque. Elle conduit à poser quatre questions préjudicielles à la Cour de Justice relatives au champ d'application des obligations imposées aux prestataires de services d'investissement par la directive MIF et aux sanctions du non-respect de ces obligations.

2. Cette affaire s'insère aussi dans une longue série de contentieux opposant les emprunteurs aux banques ayant proposé des systèmes d'indexation ou de modes de calcul et d'évolution des taux d'intérêt toujours plus complexes à leurs clients. Parmi ces contentieux figurent en bonne place ceux concernant les offres de crédit à la consommation libellés en devises étran-

gères. Historiquement, les prêts indexés sur des devises étrangères étaient réservés à des emprunteurs ou à des situations bien particulières, mais cette pratique s'est développée à grande échelle dans certains pays membres de l'Union européenne². Leur succès s'explique par le caractère a priori attractif des taux d'intérêt pratiqués dans le cadre de ces contrats. Pourtant, depuis les crises financières qui se sont succédées ces dernières années, ces prêts indexés sur des monnaies étrangères se révèlent souvent extrêmement coûteux et défavorables aux emprunteurs à raison de la dépréciation de certaines devises par rapport à la monnaie choisie comme monnaie de compte³. Cette situation ne concerne pas seulement les emprunteurs hongrois. C'est aussi le cas en France et les situations inextricables auxquelles a conduit le développement de ces prêts en devises ont abouti à les interdire dans certaines situations. En effet, si la jurisprudence considérait traditionnellement l'indexation d'un prêt consenti par une banque sur une monnaie étrangère licite même dans un contrat purement interne⁴, la loi du 26 juillet 2013 a interdit la souscription par des personnes physiques n'agissant pas pour des besoins professionnels de prêts libellés dans une devise étrangère à l'Union européenne remboursables en monnaie nationale, sauf s'ils déclarent percevoir principalement leurs revenus ou détenir un patrimoine dans cette devise au moment de la signature du contrat de prêt ou si le risque de change n'est pas supporté par l'emprunteur⁵. Toutefois, cette interdiction ne concerne que les crédits immobiliers

2. La Cour de Justice a d'ailleurs déjà été saisie d'une question préjudicielle à propos de contrats de crédit à la consommation libellés en francs suisses mais qui soulevait des questions relatives à l'interprétation de la directive relative aux clauses abusives, CJUE, 30 avril 2014, aff. C-26/13, *Kasler c/ Jelzalogbank*. Dans ses conclusions, l'avocat général Wahl relève qu'outre la Hongrie, des crédits libellés en francs suisses ont également été proposés à grande échelle en Pologne ou en Croatie.

3. C'est notamment le cas, comme en l'espèce, des prêts indexés sur le franc suisse.

4. Com. 22 mai 2001, *Bull.* n° 98, *Defrénois* 2001, art. 37399 p. 1067 obs. R. Libchaber.

5. Article L. 312-3-1 nouveau du Code de la consommation. Ce texte est entré en vigueur le 1^{er} octobre 2014. Des dispositions de même nature s'appliquent aux emprunts consentis aux collectivités territoriales et à certains organismes de constructions et d'habitation afin que le risque de change ne pèse pas sur l'emprunteur, voir les articles L. 1611-3-1 du Code général des collectivités territoriales et L. 413-17 du Code de la construction et de l'habitation.

1. Voir, en dernier lieu, CJUE 25 juin 2015, aff. C-671/13, *Banque et Droit* n° 164, novembre-décembre 2015, p. 48, note J. Morel-Maroger.

régis par les articles L. 312-1 et suivants du Code de consommation et non les crédits à la consommation. Il n'existe ainsi pas d'interdiction générale de commercialisation des prêts présentant un risque de change, ni en droit français⁶, ni en droit européen. Dans ces conditions, de quelle protection peuvent bénéficier les emprunteurs pour contester ces clauses ?

3. On aurait tout d'abord pu imaginer que les emprunteurs tentent de démontrer que le mécanisme mis en place par la banque visant à indexer le prêt sur le franc suisse était constitutif d'une clause abusive au sens de la directive 93/13/CEE du 5 avril 1993. Mais à la suite de l'arrêt de la Cour de Justice du 30 avril 2014⁷, la Cour suprême hongroise avait jugé que n'était pas abusive une clause d'indexation sur une devise étrangère dès lors que le consommateur bénéficiait en contrepartie d'un taux d'intérêt plus favorable que celui offert pour les contrats de prêts libellés en monnaie nationale, le risque d'une appréciation de la devise incombant entièrement au consommateur. Le cas ici présenté à la Cour était similaire : le taux d'intérêt dont avait bénéficié l'emprunteur était plus favorable que celui proposé pour des contrats libellés en monnaie hongroise. Dans ces conditions, il ne pouvait pas invoquer le caractère abusif de la clause.

4. C'est par conséquent sur le terrain des obligations imposées aux professionnels que les emprunteurs ont alors tenté de remettre en cause leur contrat. S'agissant des obligations d'information voire de mise en garde dues aux clients, deux protections distinctes existent : celle prévue par la directive MIF portant sur les services d'investissements et celle élaborée dans le cadre de la directive 2008/48 du 23 avril 2008 relative aux contrats de crédits aux consommateurs. Ces protections ne peuvent en principe pas se cumuler et sont exclusives l'une de l'autre. En effet, l'article 2 de la directive 2008/48 précise que le texte ne s'applique pas aux contrats de crédit conclus avec les entreprises d'investissement et qui relèveraient de la directive MIF. En l'espèce, les emprunteurs hongrois souhaitaient bénéficier de la protection instaurée par la directive MIF⁸. Pourquoi choisir de se placer sur ce terrain ? L'arrêt ne le précise pas mais dans la mesure où le contrat conclu avait été le 11 juin 2008, les dispositions de la directive relative au crédit à la consommation n'étaient pas encore transposées en droit hongrois et ne pouvaient ainsi pas être invoquées par l'emprunteur, la date limite fixée pour la transposition du texte par les États membres étant le 12 mai 2010. S'agissant des contrats aujourd'hui soumis à ces nouvelles dispositions, on peut penser que malgré les imperfections et

la complexité du système mis en place⁹, la directive permettra aux emprunteurs ayant la qualité de consommateur de mieux apprécier les conséquences de ce type de clauses. En outre, il appartient au professionnel de rapporter la preuve que les informations ont été fournies à l'emprunteur¹⁰.

5. Le régime protecteur instauré par la directive relative au crédit à la consommation n'étant pas applicable au contrat souscrit avant son entrée en vigueur, la seule voie possible pour les emprunteurs consistait à obtenir l'application de l'article 19 de la directive MIF. Ce texte impose aux prestataires de services d'investissement, outre une information sur les éléments objectifs du service proposé, une information spécifique sur l'adéquation du produit proposé au regard de la situation particulière du client et sa mise en garde si le produit n'apparaît pas adapté à sa situation¹¹. Le requérant estimait encore que le non-respect de ces obligations devait être sanctionné par la nullité de son contrat de prêt. Ces demandes étaient néanmoins vouées à l'échec car la Cour de Justice, sans grande surprise, refuse de qualifier le contrat de crédit à la consommation de service d'investissement. Elle rappelle aussi qu'il appartient à chaque État membre de régler les conséquences contractuelles du non-respect des exigences de l'article 19 de la directive MIF qui n'impose pas l'anéantissement du contrat conclu en violation de ce texte.

6. Un prêt libellé en devises peut-il être considéré comme répondant à la définition d'un service d'investissement au sens de la directive MIF ? À juste titre, plusieurs arguments tirés de la nature et de la finalité de l'opération réalisée par les parties s'opposent à une telle qualification. En premier lieu, la Cour relève que les opérations de change sont ici purement accessoires au contrat de prêt et ne constituent que des modalités d'exécution des obligations principales dudit contrat, à savoir la mise à disposition des fonds par le prêteur et leur remboursement par l'emprunteur. Elles sont ainsi indissociables du contrat de prêt et ne peuvent en soi pas être considérés comme un instrument financier. Il aurait encore été néanmoins possible de qualifier le prêt de service d'investissement si ce prêt avait pour finalité d'effectuer des transactions sur un ou plusieurs instruments financiers et avait ainsi été considéré comme « un service auxiliaire » à un service d'investissement. Ce n'était manifestement pas le cas en l'espèce, le prêt étant affecté à l'achat d'un véhicule automobile. La Cour en déduit logiquement que l'établissement ne pouvait être soumis en l'espèce aux obligations d'évaluation et d'appréciation du caractère adéquat du service fourni au regard de la qualité de son souscripteur imposées par la directive MIF. La solution retenue doit être approuvée bien qu'elle emporte

6. L'ACPR a émis une recommandation destinée à alerter professionnels et consommateurs sur les risques que présentent les prêts comportant un risque de change et les informations qui doivent être fournies aux emprunteurs lors de leur commercialisation, recommandation 2015-R-04 du 2 mars 2015.

7. CJUE 30 avril 2014, aff. C-26/13, *Kasler c/ Jelzalogbank*, précité.

8. À l'avenir, la protection des investisseurs relèvera de la directive et du règlement MIF du 15 mai 2014, Voir Th. Bonneau, *Régulation bancaire et financière européenne et internationale*, 2^e éd. 2014 n°419 et s.

9. Pour une appréciation critique du dispositif mis en place par la directive, voir J. Calais-Auloy et H. Temple, *Droit de la consommation*, Dalloz 9^e éd. 2015 n°353 et s.

10. CJUE 18 décembre 2014, C-449/13, *CA Consumer Finance SA c/ Ingrid Bakkaus e. al.*

11. Pour une analyse détaillée de ces obligations en France, Th. Bonneau et F. Drummond, *Droit des marchés financiers*, Economica, 3^e éd. 2010 n°387 et s.

des conséquences rigoureuses pour les emprunteurs dans cette affaire. Une interprétation plus extensive du champ d'application de la directive MIF aurait incontestablement conduit à brouiller encore plus les frontières parfois ténues entre opérations bancaires et instruments financiers et à un possible chevauchement des directives MIF et crédit à la consommation. Elle aurait rendu encore moins lisible et plus complexe la détermination des obligations d'information ou de mise en garde pesant sur les établissements dans des hypothèses de ce type.

7. Ayant exclu l'application de la directive MIF, la Cour aurait pu se dispenser de répondre à la dernière question préjudicielle relative aux sanctions du non-respect des obligations imposées par ce texte. Elle prend néanmoins soin de rappeler que les États disposent d'une certaine marge de manœuvre pour déterminer les conséquences attachées au non-respect de ces exigences. Elles ne sont d'ailleurs généralement pas sanctionnées par la nullité du contrat conclu en violation de ces exigences, mais plutôt par la mise en œuvre de la responsabilité civile et disciplinaire de l'établissement. Qu'il s'agisse d'ailleurs de la directive MIF ou de la directive relative au crédit à la consommation, le

non-respect des obligations imposées aux professionnels n'entraîne pas nécessairement l'anéantissement des contrats conclus. Dans les deux cas, les directives comportent une formule laissant le soin aux États membres de définir les sanctions, qui se doivent d'être « *effectives, proportionnées et dissuasives* »¹².

8. Cet arrêt révèle une fois de plus le danger pour les consommateurs de recourir à des prêts indexés sur des devises étrangères. Il met aussi en évidence le fait qu'il n'existait en l'espèce aucun dispositif permettant à l'emprunteur d'être spécialement sensibilisé aux risques de change. On ne saurait en effet parvenir à cet objectif à tout prix par une interprétation contestable des textes européens. Toutefois, les exigences d'information et d'explication imposées en matière de crédit à la consommation depuis la directive du 23 avril 2008 devraient désormais permettre aux emprunteurs de mieux appréhender les risques que comportent ces clauses d'indexation. ■

12. Article 51 de la directive du 21 avril 2004 et article 23 de la directive du 23 avril 2008. La même formule figure d'ailleurs dans la directive 2014/65/UE du 15 mai 2014 dite MIF 2 qui remplacera la directive MIF.