

- 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.