

Version anonymisée

C-776/19 - 1

Affaire C-776/19

Demande de décision préjudicielle

Date de dépôt:

22 octobre 2019

Juridiction de renvoi:

Tribunal de grande instance de Paris (France)

Date de la décision de renvoi:

1^{er} octobre 2019

Parties demanderesses:

VB

WA

Partie défenderesse:

BNP Paribas Personal Finance SA

TRIBUNAL

DE GRANDE

INSTANCE

DE PARIS

[OMISSIONS] **JUGEMENT AVANT DIRE DROIT**

Rendu le Mardi 01 Octobre 2019

[OMISSIONS]

DEMANDEURS

FR

Inscrit au registre de la Cour de justice sous le n° <u>1131610</u>
Luxembourg, le 23.10.2019 Le Greffier, par ordre
Fax / E-mail: <u>V. freesels</u>
Déposé le: <u>22.10.19</u> Valérie Giacobbo - Peyronnel Administrateur

VB

[OMISSIONS] PARIS

WA

[OMISSIONS] PARIS

[OMISSIONS]

DÉFENDERESSE

S.A. BNP PARIBAS PERSONAL FINANCE

[OMISSIONS] PARIS

[OMISSIONS][Or. 2][OMISSIONS]

JUGEMENT AVANT DIRE DROIT

[OMISSIONS]

Selon offre émise le 19 juin 2009 dont il n'est pas contesté qu'elle a été acceptée, VB et WA ont souscrit auprès de la société BNP Paribas Personal Finance un premier prêt immobilier d'un montant de 425.525,61 francs suisses, dit « Helvet Immo », d'une durée initiale de 25 ans, destiné à l'achat d'un appartement à usage locatif.

Le contrat [OMISSIONS] précisait que le crédit était financé par un emprunt souscrit en francs suisses par le prêteur sur les marchés internationaux de devises, qui « *vous permet de bénéficier du taux d'intérêts défini aux présentes* ». Il indiquait également que le crédit était géré à la fois en francs suisses (monnaie de compte) et en euros (monnaie de paiement), avec création de deux comptes internes, l'un en euros, l'autre en francs suisses. S'agissant des « opérations de change », il était indiqué [OMISSIONS] que « *ne s'agissant pas d'une opération de crédit international, vos versements au titre de ce prêt ne peuvent être effectués qu'en euros pour un remboursement en francs suisses* ». [OMISSIONS] Il était également précisé que le montant du crédit, comprenant les frais de change, était fixé sur la base de 1 euro contre 1,5096 franc suisse. Le contrat énumérait les opérations de change à effectuer, y compris, en cas de défaillance de l'emprunteur, la possibilité pour le prêteur, unilatéralement, de remplacer le franc suisse par l'euro [OMISSIONS], et indiquait que le montant des frais de change serait de 1,50 % à chaque opération. [Or. 3]

Le montant initial de remboursement, sur les 34 premiers mois, était de 1.033,91 euros, puis de 1.695,49 euros pendant les 266 mois suivants - l'amortissement dépendant de l'évolution de la parité euro / franc suisse, le contrat précisant que si l'opération de change entraînait une somme inférieure à l'échéance en francs suisses, l'amortissement serait « *moins rapide* », et l'éventuelle part de capital non

amorti sera inscrite au solde débiteur et, dans le cas inverse, que le remboursement du crédit serait plus rapide. Si le montant des échéances ne permettait pas de régler la totalité du solde sur la durée initiale du prêt majorée de cinq ans, les règlements seraient augmentés pour permettre un tel règlement, dans la limite de l'indice INSEE des prix à la consommation sur les cinq années précédentes. Si, à la fin de la cinquième année de prolongation, il subsistait un solde débiteur, les règlements devaient se poursuivre jusqu'à complet règlement.

Le taux, initialement fixé à 4,1 %, était révisable tous les cinq ans, selon une formule [OMISSION] avec une partie fixe de 2,25 et l'autre égale à la moyenne mensuelle du taux de SWAP francs suisses 5 ans du mois civil précédent.

Le contrat prévoyait la possibilité pour l'emprunteur d'opter, lors de la révision quinquennale du taux, pour une monnaie de compte en euros, soit en choisissant un taux fixe en euro, basé sur le taux moyen mensuel des emprunts d'État à long terme, majoré de 2,35 %, ou de 2,55 % voire 2,65 % selon la durée d'amortissement restant à courir, soit en choisissant un taux variable en euro, le taux variable étant basé sur une composante fixe (2,35 %) et l'autre sur la moyenne mensuelle du TIBEUR.

Etaient annexées au contrat deux simulations, l'une portant sur l'impact d'une hausse ou d'une baisse de 2 points du taux d'intérêts intervenant à compter de la 61ème échéance sur le montant des règlements, la durée, et le coût total du crédit, et la seconde, intitulée « *informations relatives aux opérations de change qui seront réalisées dans le cadre de la gestion de votre crédit* », simulait les variations de ces mêmes éléments dans l'hypothèse d'une appréciation de l'euro par rapport au franc suisse (1 euro pour 1,5896 franc suisse) et d'une dépréciation de l'euro (1 euro pour 1,4296 franc suisse).

Suite à une information judiciaire (enquête pénale confiée à un juge d'instruction), la société BNPPF était, le 29 août 2017, renvoyée devant le tribunal correctionnel du chef de pratique commerciale trompeuse.

Par acte d'huissier de justice en date du 22 février 2018, VB et WA ont donné assignation à la société BNP Paribas devant le présent tribunal soulevant, notamment, le caractère abusif des clauses instituant le mécanisme financier du contrat de prêt.

Par ordonnance du 23 janvier 2019, le juge de la mise en état [OMISSION] a ordonné un sursis à statuer dans l'attente de l'issue définitive de la procédure pénale.

Saisi d'une demande de sursis à statuer dans l'attente de plusieurs décisions de la Cour de cassation, le juge de la mise en état a mis dans les débats la possible saisine de la CJUE de questions préjudiciales. [Or. 4]

Aux termes de leurs dernières conclusions, signifiées [OMISSION] le 20 mai 2019, VB et WA demandent au tribunal de [saisir la Cour de justice de l'Union

européenne d'une série de questions préjudiciales en application de l'article 267 TFUE]

[OMISSION] [Or. 5]/[OMISSION] [Or. 6]/[OMISSION][questions préjudiciales suggérées par les parties requérantes au principal]

Aux termes de ses dernières conclusions, signifiées [OMISSION] le 20 mai 2019, la société BNPPF demande au tribunal de [OMISSION]

- *Juger n'y avoir lieu à renvoi préjudiciel devant la Cour de Justice de l'Union Européenne ;*

- *En conséquence, débouter VB et WA de leur demande de renvoi préjudiciel devant la Cour de Justice de l'Union Européenne ;*

[OMISSION] [Or. 7] [OMISSION]

MOTIFS DE LA DECISION :

[OMISSION][considérations de procédure nationale]

Sur les questions préjudiciales

A. Le droit communautaire pertinent - généralités

En matière de clauses abusives contenues dans les contrats conclus avec des consommateurs, en application de la directive n° 93/13/CEE du 5 avril 1993, transposée en droit français, à la date du contrat, par l'article L. 132-1 du code de la consommation, le principe d'effectivité du droit communautaire impose que le juge doive relever d'office le possible caractère abusif d'une clause [CJUE, *Pannon*, 4 juin 2009, affaire C-243/08], ce qui est la déclinaison d'un principe plus général de droit de la consommation communautaire [CJUE, *Radlinger*, 21 avril 2016, affaire C-377/14], qui s'oppose à tout mécanisme procédural entravant l'application effective des dispositions protectrices du consommateur, tel que la forclusion [v. par exemple, CJCE, *Cofidis c/ Frédout*, 21 novembre 2002, affaire C-473/00].

L'article 4, [paragraphe] 2, de la directive n° 93/13 précise cependant que l'« *appréciation du caractère abusif des clauses ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation entre le [Or. 8] prix et la rémunération, d'une part, et les services ou les biens à fournir en contrepartie, d'autre part, pour autant que ces clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible.* »

S'agissant de l'appréciation de l'objet essentiel du contrat, en matière de contrats de prêts indexés et/ou remboursables en devises étrangères, la CJUE a précisé, d'une part, que l'exception au contrôle du caractère abusif d'une clause prévue à

l'article 4, [paragraphe] 2, de la directive est d'interprétation stricte (CJUE, 30 avril 2014, *Kasler et autres c/ OTP Jelzalogbank Zrt*, affaire C-26/13, par. 42), et, d'autre part, que :

« 57) En l'occurrence, il convient d'indiquer, en outre, que l'exclusion de l'appréciation du caractère abusif d'une clause étant limitée à l'adéquation entre le prix et la rémunération, d'une part, et les services ou les biens à fournir en contrepartie, d'autre part, elle ne saurait s'appliquer en cas de mise en cause d'une asymétrie entre le cours de vente de la devise étrangère, devant être utilisé en application de cette clause pour le calcul des remboursements, et le cours d'achat de cette devise, devant être utilisé en application d'autres clauses du contrat de prêt pour le calcul du montant du prêt débloqué.

58) Au demeurant, cette exclusion ne saurait s'appliquer à des clauses qui, telle la clause III/2, se limitent à déterminer, en vue du calcul des remboursements, le cours de conversion de la devise étrangère dans laquelle le contrat de prêt est libellé, sans toutefois qu'aucun service de change ne soit fourni par le prêteur lors dudit calcul, et ne comportent, dès lors, aucune «rémunération» dont l'adéquation en tant que contrepartie d'une prestation effectuée par le prêteur ne saurait faire l'objet d'une appréciation de son caractère abusif en vertu de l'article 4, paragraphe 2, de la directive 93/13. »

Dans l'affaire *Andriciuc* (CJUE, 20 septembre 2017, affaire C-186/16), il a été précisé que, à l'inverse, la clause prévoyant que le prêt doit être remboursé dans la même devise étrangère que celui dans lequel il a été contracté (par. 40) relève en principe de l'objet principal du contrat, s'agissant d'un contrat de prêt en francs suisses remboursable en francs suisses.

S'agissant du caractère « *clair et compréhensible* » d'une clause, la CJUE a notamment précisé [CJUE, 20 septembre 2018, *OTP Bank c/ Ilyes et Kiss*, affaire C-51/17, par. 78] que :

« Au regard de ce qui précède, il convient de répondre à la troisième question que l'article 4, paragraphe 2, de la directive 93/13 doit être interprété en ce sens que l'exigence selon laquelle une clause contractuelle doit être rédigée de manière claire et compréhensible oblige les établissements financiers à fournir aux emprunteurs des informations suffisantes pour permettre à ceux-ci de prendre leurs décisions avec prudence et en toute connaissance de cause.

A cet égard, cette exigence implique qu'une clause relative au risque de change soit comprise par le consommateur à la fois sur les plans formel et grammatical, mais également quant à sa portée concrète, en ce sens qu'un consommateur moyen, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, puisse non seulement avoir conscience de la possibilité de dépréciation de la monnaie nationale par rapport à la devise étrangère dans laquelle le prêt a été libellé, mais aussi évaluer les conséquences économiques, potentiellement [Or. 9]

significatives, d'une telle clause sur ses obligations financières. » (soulignement ajouté)

Concernant la sanction, l'article 6 de la directive dispose que : « *Les États membres prévoient que les clauses abusives figurant dans un contrat conclu avec un consommateur par un professionnel ne lient pas les consommateurs, dans les conditions fixées par leurs droits nationaux, et que le contrat restera contraignant pour les parties selon les mêmes termes, s'il peut subsister sans les clauses abusives. »*

S'agissant de la charge de la preuve de l'exécution des obligations du professionnel, la CJUE a précisé, en matière de crédit à la consommation, que celle-ci incombait au professionnel et non au consommateur (cf. CJUE, *Crédit Agricole Consumer Finance c/ Bakkaus*, 18 décembre 2014, affaire C-449/13).

Pour la clarté de l'exposé, le droit communautaire et national pertinent fera l'objet d'une analyse plus détaillée concernant chacune des questions.

B. Sur la prescription soulevée par la société BNP Paribas, et les questions liées

La société défenderesse soulève[OMISSIS] le fait que les demandes des emprunteurs sont « manifestement prescrites », et que, dès lors, il n'y a pas lieu de poser des questions préjudiciales.

Il est donc nécessaire d'examiner ce point, et la nécessité éventuelle d'interroger également la Cour de justice sur cette question, avant les autres.

1. Exposé des éléments de droit communautaire et national pertinents

*En droit communautaire, la question de la conformité de délais éventuellement imposés au consommateur a été abordée, notamment, dans un arrêt *Cofidis c/ Frédout*, 21 novembre 2002, affaire C-473/00, dans lequel la CJUE a dit pour droit (par. 36) qu'« une disposition procédurale qui interdit au juge national, à l'expiration d'un délai de forclusion, de relever, d'office ou à la suite d'une exception soulevée par un consommateur, le caractère abusif d'une clause dont l'exécution est demandée par le professionnel, est de nature à rendre excessivement difficile, dans les litiges auxquels les consommateurs sont défendeurs, l'application de la protection que la directive entend leur conférer. »*

Dans un arrêt du 29 octobre 2015 (*BBVA S.A. c/ Lopez*, affaire C-8/14), la CJUE a dit pour droit que, si l'existence d'un délai de forclusion pour permettre au consommateur d'invoquer le caractère abusif d'une clause contractuelle, dans le cadre d'une procédure de saisie immobilière, n'était pas, en soi, contraire au droit communautaire,

« 39) Il y a lieu de relever que la disposition transitoire litigieuse, en ce qu'elle prévoit que le délai de forclusion commence à courir en l'espèce sans que les consommateurs concernés soient informés personnellement de la possibilité de faire valoir un nouveau motif d'opposition dans le cadre d'une procédure d'exécution déjà ouverte avant l'entrée en vigueur de ladite loi, n'est pas de nature à garantir la pleine jouissance de ce délai, et donc l'exercice effectif du nouveau droit reconnu par la modification législative en cause. [Or. 10]

40) En effet, compte tenu du déroulement, de la particularité et de la complexité de la procédure ainsi que de la législation applicable, il existe un risque significatif que ledit délai expire sans que les consommateurs concernés puissent faire valoir effectivement et utilement leurs droits par la voie juridictionnelle, en raison notamment du fait qu'ils ignorent ou ne perçoivent pas, en réalité, l'étendue exacte de ces droits. »

Par ailleurs, la Grande Chambre de la Cour (CJUE [GC], *Naranjo et autres c/ Cajasur Banco et autres*, 21 décembre 2016, C-154/15) a examiné la jurisprudence du Tribunal Supremo espagnol, limitant dans le temps, pour des motifs tirés du principe de sécurité juridique, les effets de la déclaration du caractère abusif d'une clause contenue dans de nombreux contrats de prêts hypothécaires, de sorte que les paiements effectués avant la date de sa décision ne pouvaient être remis en cause. Elle a estimé qu'une telle règle jurisprudentielle, qu'elle a distinguée d'un délai de prescription « *raisonnable* », était contraire au droit de l'Union puisqu'elle aboutissait à ce que des consommateurs soient, contrairement aux termes de la directive, liés par la clause pourtant déclarée abusive (cf. par. 70 à 75).

En droit national, la société défenderesse invoque [OMISSION] diverses décisions du présent tribunal et de la cour d'appel de Paris faisant application, lorsque l'action est intentée par l'emprunteur, de la prescription quinquennale de l'article 2224 du code civil, et faisant courir le délai de prescription de la date d'acceptation de l'offre de prêt, de sorte que les demandes qui leur étaient soumises étaient prescrites.

Cependant, s'agissant de l'applicabilité de la prescription aux demandes formées sur le fondement de la directive, la première chambre civile de la Cour de cassation a récemment rendu la décision suivante (*1re Civ., 13 mars 2019, pourvoi n° 17-23.169*[OMISSION])

« - *Sur la prescription :*

[OMISSION] [Or. 11] [OMISSION]

Mais attendu que c'est à bon droit que la cour d'appel a retenu que la demande tendant à voir réputer non écrites les clauses litigieuses ne s'analysait pas en une demande en nullité, de sorte qu'elle n'était pas soumise à la prescription quinquennale ;[OMISSION]

L’arrêt ne traite cependant pas de l’éventuelle prescription des demandes de restitution des intérêts trop perçus en application de la clause déclarée abusive, de sorte que, même si cette jurisprudence devait s’imposer, elle ne réglerait pas entièrement la question.[OMISSIS]S’agissant du point de départ du délai de prescription, dans d’autres domaines, la jurisprudence est plus souple : ainsi, une jurisprudence ancienne de la première chambre civile admet que, en matière de manquement au devoir de mise en garde du banquier, le délai puisse ne commencer à courir que lorsque se manifestent les premières difficultés de remboursement (1re Civ., 9juillet 2009, pourvoi n° 08-10.820, Bull. 2009, I, n° 172). La jurisprudence récente de la chambre commerciale, en matière de devoir de conseil, pose cette règle de manière plus claire, à propos de prêts in fine, i.e. dont le capital est remboursable à la fin du prêt (cf. Com., 6 mars 2019, pourvoi n° 17-22.668[OMISSIS]; Com., 13 février 2019, pourvoi n° 17-14.785[OMISSIS]). [OMISSIS]2. Questions posées par le tribunal

S’agissant de l’intérêt de ces questions pour la solution du litige, il est évident puisque le contrat de prêt a été conclu en 2008, de sorte que si, d’une part, la prescription est applicable et que, d’autre part, le délai de prescription de cinq ans court à compter de la signature du contrat, les demandes sont prescrites pour avoir été introduites par assignation du 13 octobre 2016.

La première question concerne la compatibilité d’un délai de prescription avec le principe d’effectivité du droit communautaire, lorsque le consommateur est en demande : certaines décisions indiquent que l’existence d’un délai de prescription n’est pas en elle-même incompatible avec le droit communautaire, tout en invalidant le dispositif au vu des faits de l’espèce (*BBVA c/Lopez*, C-8/14) toutefois tant l’arrêt *Cofidis* (C-473/00) que l’arrêt de Grande Chambre *Naranjo* (C-154/15) soulignent les difficultés que peuvent poser pour un consommateur peu au fait de ses droits l’existence de tels délais, tant au point de vue de l’effectivité du droit communautaire que du principe, posé par la directive, selon lequel les consommateurs ne peuvent être liés par les clauses abusives.

En outre, la distinction entre les cas dans lesquels le consommateur est en demande et ceux dans lesquels il est en défense, bien que traditionnelle, est sujette à caution, puisque, si le consommateur cesse de régler les échéances, que ce soit volontairement ou du fait d’une [Or. 12] incapacité réelle de faire face à ses engagements, il fera l’objet soit d’une autre procédure soit d’une demande reconventionnelle.

Il y a donc lieu de se poser à statuer et de poser à la CJUE la question suivante :

Première question : La directive n° 93/13, interprétée à la lumière du principe d’effectivité, s’oppose-t-elle, dans un dossier comme celui au principal, à l’application des règles de prescription, dans les cas suivants: (a) pour la déclaration du caractère abusif d’une clause, (b) pour les restitutions éventuelles, (c) lorsque le consommateur est demandeur et (d) lorsque le consommateur est défendeur, y compris à une demande reconventionnelle?

La deuxième question ne se pose qu'en cas de réponse négative à tout ou partie de la première question. Si la prescription est applicable dans l'une de ces configurations, se pose alors la question de son point de départ, notamment au vu des décisions invoquées par la société BNP Paribas fixant ce dernier à la date de signature du contrat.

En effet, s'agissant d'un contrat d'une durée initiale de 25 ans, et la durée de prescription en droit français étant de 5 ans, il pourrait exister un risque que les emprunteurs n'aient, d'une part, pas conscience de leurs droits, et, d'autre part, pas conscience de l'existence même d'une difficulté avec le taux de change si celui-ci restait stable durant les premières années et se dégradait, par exemple, après quatre ou cinq ans, entraînant alors des difficultés sérieuses.

[OMISSION]

Il y a donc lieu également de se poser à la CJUE la question suivante :

Deuxième question: En cas de réponse totalement ou partiellement négative à la première question, la directive n° 93/13, interprétée à la lumière du principe d'effectivité, s'oppose-t-elle, dans un dossier comme celui en cause au principal, à l'application d'une jurisprudence nationale fixant le point de départ du délai de prescription à la date d'acceptation de l'offre de prêt, plutôt qu'à la date de survenance de difficultés financières sérieuses?

C. Sur la question de la qualification des clauses litigieuses comme portant, ou non, sur l'objet principal du contrat

La qualification des clauses litigieuses comme portant ou non sur l'objet principal du contrat est pertinente pour l'examen au fond du litige puisque la réponse à cette question conditionne la possibilité d'examiner le caractère abusif des clauses en litige si celles-ci sont « *claires et compréhensibles* ». [Or. 13]

1. Eléments de droit communautaire et national pertinents

En droit communautaire, il semble exister une tension entre, d'une part, l'arrêt *Kasler*, 30 avril 2014 (affaire C-26/13) et, d'autre part, la jurisprudence postérieure, spécialement les décisions *OTP Bank*, 20 septembre 2018, affaire C-51/17, et *Dunai c/ Erste Bank*, 14 mars 2019, affaire C-118/17.

En effet, comme il a été indiqué ci-dessus, l'arrêt *Kasler* a, tout d'abord, posé le principe selon lequel la réduction du contrôle du caractère abusif des clauses contractuelles prévue par l'article 4, [paragraphe] 2, est d'interprétation stricte, puis indiqué que :

« 57) En l'occurrence, il convient d'indiquer, en outre, que l'exclusion de l'appréciation du caractère abusif d'une clause étant limitée à l'adéquation entre

le prix et la rémunération, d'une part, et les services ou les biens à fournir en contrepartie, d'autre part, elle ne saurait s'appliquer en cas de mise en cause d'une asymétrie entre le cours de vente de la devise étrangère, devant être utilisé en application de cette clause pour le calcul des remboursements, et le cours d'achat de cette devise, devant être utilisé en application d'autres clauses du contrat de prêt pour le calcul du montant du prêt débloqué.

58) Au demeurant, cette exclusion ne saurait s'appliquer à des clauses qui, telle la clause III/2, se limitent à déterminer, en vue du calcul des remboursements, le cours de conversion de la devise étrangère dans laquelle le contrat de prêt est libellé, sans toutefois qu'aucun service de change ne soit fourni par le prêteur lors dudit calcul, et ne comportent, dès lors, aucune «rémunération» dont l'adéquation en tant que contrepartie d'une prestation effectuée par le prêteur ne saurait faire l'objet d'une appréciation de son caractère abusif en vertu de l'article 4, paragraphe 2, de la directive 93/13. »

En revanche, l'arrêt *Dunai* indique (par. 48) que :

« A cet égard, il convient de rappeler, deuxièmement, que, s'agissant des clauses contractuelles relatives au risque de change, il résulte de la jurisprudence de la Cour que de telles clauses, en ce qu'elles définissent l'objet principal du contrat de prêt, relèvent de l'article 4, paragraphe 2, de la directive 93/13, échappant seulement à l'appréciation de leur caractère abusif dans la mesure où la juridiction nationale compétente considère, à la suite d'un examen au cas par cas, qu'elles ont été rédigées par le professionnel de façon claire et compréhensible (voir, en ce sens, arrêt du 20 septembre 2018, *OTP Bank et OTPFaktoring*, C-51/17, EU:C:2018:750, point 68 ainsi que jurisprudence citée) »

Or, le raisonnement de l'arrêt *Kasler* ne semble pas permettre de considérer que, en elles-mêmes, les clauses portant sur le risque de change constituent soit un « bien » ou un « service » ou encore une « rémunération » au sens de l'article 4, [paragraphe] 2, lequel est d'interprétation stricte.

S'agissant du droit national, la première chambre civile, dans une série [Or. 14] d'arrêts rendus en février 2019 (cf. *par exemple 1ère Civ., 12 décembre 2018, pourvoi n° 17-18.491*) a considéré qu'il s'agissait de l'objet principal des contrats tels que ceux en cause dans le litige principal.

2. Question posée par le tribunal

S'agissant ici d'un contrat dans lequel le remboursement des sommes devait s'effectuer, comme dans l'affaire *Kasler*, mais contrairement à l'affaire *Andriciuc* (C-186/16) en monnaie nationale, se pose donc la question de la validité des principes posés dans le premier arrêt.

Faut-il encore utiliser le raisonnement de l'arrêt *Kasler*, aux termes duquel il semblerait que la clause (bien que très importante dans l'économie du contrat) ne

participe pas de l'« objet principal » du contrat au sens restrictif donné à ce terme par l'article 4, [paragraphe] 2, puisque la contestation ne porte pas sur les frais de change (1,5 %) ou faut-il au contraire considérer que, comme dans les affaires *OTP* et *Dunai*, les clauses traitant du risque de change relèvent, de ce seul fait, de l'objet principal du contrat?

Cette question doit également s'apprécier par rapport à l'application de la directive MIF (2004/39), puisque, dans un arrêt *Lantos* peu de temps après l'arrêt *Kasler* (CJUE, 3 décembre 2015, affaire C-312/14), la Cour avait exclu l'application des obligations de la directive MIF dans les contrats en devise aux motifs, notamment, que :

« 56) En effet, sous réserve de vérification par la juridiction de renvoi, ces opérations sont limitées à la conversion, sur la base du cours de change d'achat ou de vente de la devise considérée, des montants du prêt et des mensualités libellés dans cette devise (monnaie de compte) en monnaie nationale (monnaie de paiement).

57) De telles opérations n'ont pas d'autre fonction que celle de servir de modalités d'exécution des obligations essentielles de paiement du contrat de prêt, à savoir la mise à disposition du capital par le prêteur et le remboursement de ce capital assorti des intérêts par l'emprunteur. Ces opérations n'ont pas pour finalité la réalisation d'un investissement, le consommateur visant uniquement à obtenir des fonds en vue de l'achat d'un bien de consommation ou de la fourniture d'un service et non pas, par exemple, à gérer un risque de change ou à spéculer sur le taux de change d'une devise. »

Or, s'il était désormais acquis que les clauses relatives au risque de change dans les contrats de prêt ressortent de l'objet principal dudit contrat, pourrait se poser la question de l'application d'obligations analogues à celles de la directive MIF, spécialement celle de vérifier l'adéquation du produit proposé au profit de l'emprunteur, à ces contrats - même s'il semble difficile de les qualifier de produits financiers comme semblent l'envisager certains des demandeurs.

Un contrat de crédit comme celui en cause au principal comporte une forme de pari sur l'évolution de la parité entre la monnaie de compte et la monnaie de règlement, dans lequel les intérêts de la banque et ceux [Or. 15] de l'emprunteur sont opposés, ce qui s'apparente fortement à de la spéculation (la différence est que les devises ont été empruntées, et non achetées). Ceci vaut d'autant plus que le contrat en cause comprend non seulement des dispositions sur le risque de change mais également[OMISSION] des options permettant, à des intervalles fixes, de modifier les conditions financières du contrat selon des conditions déterminées à l'avance.

Par ailleurs, dès lors que relèvent d'ordinaire de l'objet principal du contrat les clauses sans lesquelles le contrat ne pourrait pas subsister (cf. par exemple arrêt *Dunai*, affaire C-118/17, par. 52), les demandeurs invoquent l'existence d'une

option de conversion du contrat en contrat en euros à des dates précises pour en conclure que les clauses portant en litige ne constituent pas « *l'objet principal* » de celui-ci, puisqu'il est explicitement envisagé que le contrat puisse se poursuivre en monnaie nationale. Il ne semble pas que la CJUE ait eu à se prononcer sur l'impact possible de telles clauses sur l'analyse.

Il y a donc lieu de se poser la question suivante :

Troisième question: Des clauses telles que celles en jeu dans le litige principal, prévoyant notamment que le franc suisse est la monnaie de compte et l'euro la monnaie de paiement, ayant pour effet de faire porter le risque de change sur l'emprunteur, relèvent-elles de l'objet principal du contrat au sens de l'article 4, [paragraphe] 2, de la directive 93/13, en l'absence de contestation du montant des frais de change et en présence de clauses prévoyant, à dates fixes, la possibilité pour l'emprunteur d'exercer une option de conversion en euros selon une formule prédéterminée?

D. Sur l'appréciation du caractère « clair et compréhensible » de la clause

L'appréciation du caractère « clair et compréhensible » de la clause est indispensable à la solution du litige dans l'hypothèse où les clauses en litige constituerait l'objet principal du contrat, mais également dans l'hypothèse inverse puisque l'obligation pour le professionnel de délivrer une information « claire et compréhensible » est à prendre en compte dans l'appréciation de l'existence - ou non - d'un déséquilibre significatif.

[OMISSION][Or. 16][OMISSION].

1. Sur les éléments devant être communiqués à l'emprunteur (avertissement spécifique sur le risque de change, simulations, et critères éventuels devant être respectés par ces dernières)

a) Eléments de droit communautaire et de droit national

En droit communautaire, la CJUE a dit pour droit que, pour qu'une clause soit « *claire et compréhensible* » au sens de la directive n° 93/13, elle doit répondre à des critères exigeants, rappelés notamment dans la décision CJUE, 20 septembre 2018, *OTP Bank c/ Ilyes et Kiss*, affaire C-51/17:

« 73) *A cet égard, dans le contexte de contrats de prêt libellés en devises, il ressort de la jurisprudence de la Cour que l'article 4, paragraphe 2, de la directive 93/13 doit être interprété en ce sens que l'exigence selon laquelle une clause contractuelle doit être rédigée de manière claire et compréhensible ne saurait être réduite au seul caractère compréhensible sur les plans formel et grammatical de celle-ci (voir, en ce sens, arrêt du 20 septembre 2017, *Andriciuc e.a.*, C-186/16, EU:C:2017:703, point 44 et jurisprudence citée).*

74) S'agissant des prêts en devises, tels que celui en cause au principal, il importe de souligner, ainsi que l'a rappelé le Comité européen du risque systémique dans sa recommandation CERS/2011/1, du 21 septembre 2011, concernant les prêts en devises (JO 2011, C 342, p. 1), que les établissements financiers doivent fournir aux emprunteurs des informations suffisantes pour permettre à ceux-ci de prendre leurs décisions avec prudence et en toute connaissance de cause, celles-ci devant au moins traiter de l'incidence sur les remboursements d'une dépréciation importante de la monnaie ayant cours légal dans l'Etat membre où l'emprunteur est domicilié et d'une hausse du taux d'intérêt étranger (Recommandation A - Sensibilisation des emprunteurs aux risques, point 1) (arrêt du 20 septembre 2017, Andriciuc e.a., C-186/16, EU:C:2017:703, point 49).

75) Plus particulièrement, l'emprunteur doit, d'une part, être clairement informé du fait que, en souscrivant un contrat de prêt libellé dans une devise étrangère, il s'expose à un risque de change qu'il lui sera, éventuellement, économiquement difficile d'assumer en cas de dépréciation de la monnaie dans laquelle il perçoit ses revenus par rapport à la devise étrangère dans laquelle le prêt a été accordé. D'autre part, le professionnel, en l'occurrence l'établissement bancaire, doit exposer les possibles variations des taux de change et les risques inhérents à la souscription d'un prêt en devises étrangères (voir, en ce sens, arrêt du 20 septembre 2017, Andriciuc e.a., C-186/16, EU:C:2017:703, point 50).

76) Enfin, ainsi que le précise le vingtième considérant de la directive 93/13, il importe que le consommateur ait effectivement l'opportunité de prendre connaissance de toutes les clauses du contrat. En effet, l'information, fournie en temps utile avant la conclusion d'un contrat, sur les conditions contractuelles et les conséquences de ladite [Or. 17] conclusion est, pour un consommateur, d'une importance fondamentale afin de décider s'il souhaite se lier contractuellement à un professionnel en adhérant aux conditions rédigées préalablement par celui-ci (voir, en ce sens, arrêt du 30 avril 2014, Kâsler et Kétslerné Râbai, C-26/13, EU:C:2014:282, point 70 et jurisprudence citée).

77) En l'occurrence, eu égard à ce qui précède, il incombe à la juridiction de tenir compte, notamment, de la présence dans le contrat de prêt en cause, du point 10 de celui-ci, intitulé « déclaration de prise de connaissance du risque », dont le libellé a été exposé au point 19 du présent arrêt, lu en combinaison avec d'éventuelles informations complémentaires fournies avant la conclusion de ce contrat. A ce dernier égard, il ressort des éléments soumis à la Cour que les emprunteurs ont reçu, notamment, une fiche d'information complémentaire relative au risque de change, contenant des exemples de calcul concrets du risque en cas d'une dépréciation du forint hongrois par rapport au franc suisse, qu'il incombe néanmoins à la juridiction de renvoi de vérifier.

78) Au regard de ce qui précède, il convient de répondre à la troisième question que l'article 4, paragraphe 2, de la directive 93/13 doit être interprété en ce sens que l'exigence selon laquelle une clause contractuelle doit être rédigée de manière claire et compréhensible oblige les établissements financiers à fournir

aux emprunteurs des informations suffisantes pour permettre à ceux-ci de prendre leurs décisions avec prudence et en toute connaissance de cause. A cet égard, cette exigence implique qu'une clause relative au risque de change soit comprise par le consommateur à la fois sur les plans formel et grammatical, mais également quant à sa portée concrète, en ce sens qu'un consommateur moyen, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, puisse non seulement avoir conscience de la possibilité de dépréciation de la monnaie nationale par rapport à la devise étrangère dans laquelle le prêt a été libellé, mais aussi évaluer les conséquences économiques, potentiellement significatives, d'une telle clause sur ses obligations financières. » (soulignement et caractères gras ajoutés)

En droit interne, s'agissant de contrats « Helvet Immo » sans simulation, la Cour de cassation a rendu notamment les décisions suivantes:

1ère Civ., 3 mai 2018, pourvoi n° 17-13.593[OMISSIS]

[OMISSIS] [Or. 18] [OMISSIS] [extrait de l'arrêt]

Dans le même sens: 1ère Civ., 20 février 2019, pourvoi n° 17-31.065[OMISSIS]*[extrait de l'arrêt]*

A propos des offres auxquelles était annexée une simulation, la première chambre civile a notamment rendu la décision suivante :

1ère Civ., 12 décembre 2018, pourvoi n° 17-18.491

[OMISSIS] [Or. 19] [OMISSIS] [extrait de l'arrêt]

b) Questions posées par le tribunal

Dans ses arrêts rendus le 20 février 2019, la première chambre civile de la Cour de cassation, approuvant l'analyse de la Cour d'appel, a considéré que les clauses en question étaient « *claires et compréhensibles* » pour les motifs suivants, pour les contrats dans lesquels ne figurait pas de simulation :

- l'offre préalable de prêt détaille les opérations de change réalisées au cours de la vie du crédit et précise que le taux de change euros contre francs suisses sera celui applicable deux jours ouvrés avant la date de l'événement qui détermine l'opération et qui est publié sur le site de la Banque centrale européenne ;
- il est mentionné dans l'offre que l'emprunteur accepte les opérations de change de francs suisses en euros et d'euros en francs suisses nécessaires au fonctionnement et au remboursement du crédit, et que le prêteur opérera la conversion en francs suisses du solde des règlements mensuels en euros après paiement des charges annexes du crédit ;

- l'offre indique que, s'il résulte de l'opération de change une somme inférieure à l'échéance en francs suisses exigible, l'amortissement du capital sera moins rapide et l'éventuelle part de capital non amorti au titre d'une échéance sera inscrite au solde débiteur du compte en francs suisses, et qu'il est précisé que l'amortissement du capital du prêt évoluera en fonction des variations du taux de change appliquée aux règlements mensuels, à la hausse ou à la baisse, que cette évolution peut entraîner l'allongement ou la réduction de la durée d'amortissement du prêt et, le cas échéant, modifier la charge totale de remboursement ;

- les articles "compte interne en euros" et "compte interne en francs suisses" détaillent les opérations effectuées à chaque paiement d'échéance au crédit et au débit de chaque compte, et le contrat expose de manière transparente le fonctionnement concret du mécanisme de conversion de la devise étrangère ;

S'agissant des contrats auxquels était annexée une simulation, était également invoqué le motif suivant : **[Or. 20]**

- à l'offre de prêt était annexée une simulation chiffrée permettant d'apprécier l'influence de la fluctuation du taux de change sur le capital emprunté et la variation de la durée du prêt en résultant.

Il convient cependant d'observer que, dans ces affaires, l'avocat général près la première chambre civile avait rendu l'avis suivant [OMISSION], rejoignant une jurisprudence du présent tribunal antérieure à l'arrêt *OTP* :

« Cette différence entre les deux séries d'arrêts me semble suffisamment importante pour justifier, comme l'a décidé le tribunal, un traitement distinct des deux situations.

Il m'apparaît en effet que les premiers arrêts, à l'inverse des seconds, méconnaissent l'interprétation, par le juge européen, des critères de clarté et d'intelligibilité de l'article 4.2 de la directive 93/13, qui est applicable aux contrats conclus antérieurement en ce qu'ils ont retenu, au regard des seules stipulations de l'offre de prêt et des indications du tableau d'amortissement prévisionnel, que la clause litigieuse mettait en mesure le consommateur d'évaluer les conséquences économiques sur ses obligations financières.

En effet si, sur le plan formel et grammatical, on peut admettre que les dispositions contractuelles sont accessibles à un consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, elles ne lui permettent pas, à elles seules, d'évaluer suffisamment les risques auxquels l'exposent les variations du taux de change, s'il perçoit ses revenus dans la monnaie de remboursement, et non dans la devise étrangère de paiement.

En revanche, dès lors que ce même consommateur est destinataire d'une simulation de variations de taux de change, avec des exemples chiffrés, il est en mesure de prendre conscience des conséquences économiques induites par une

dépréciation de la monnaie domestique de remboursement par rapport à la devise étrangère. »

Ces décisions émanant de la plus haute juridiction française, ainsi que l'avis partiellement contraire de l'avocat général devant cette même juridiction, créent, pour le tribunal, de sérieuses difficultés d'interprétation, dans un contentieux qui concerne plus d'un millier de dossiers sur la seule 9ème chambre civile du tribunal de Paris.

En effet, que l'on soit en présence ou non d'une simulation, l'expression « *risque de change* » n'apparaît nulle part dans l'offre[OMISSIS].

La mention la plus proche se trouve [OMISSIS] dans le paragraphe « *Opérations de change* », qui traite de la situation inverse à celle qui est survenue, à savoir l'hypothèse dans laquelle l'emprunteur ne percevrait plus de revenus en euros, devrait se procurer des euros pour rembourser le prêt, et supporterait ainsi le risque.

L'on peut également relever les mentions, dans une autre partie de l'offre, [OMISSIS] concernant le fait que l'amortissement du capital sera « *moins rapide* » au cas où « *résulte de l'opération de change une somme inférieure à l'échéance en francs suisses exigible* ». [Or. 21]

Or, la jurisprudence communautaire semble exiger, non seulement qu'il soit possible de déduire des mentions du contrat et de la documentation l'existence d'un risque de change et de son impact, ce que la Cour de cassation semble avoir considéré comme suffisant, mais que ces risques soient explicités, afin qu'ils soient compris non seulement de magistrats spécialisés mais aussi de consommateurs ayant un niveau de compétence et d'attention moyen.

L'arrêt *Andriciuc* (20 septembre 2017, affaire C-186/16) avait dit pour droit que :

« L'article 4, paragraphe 2, de la directive 93/13 doit être interprété en ce sens que l'exigence selon laquelle une clause contractuelle doit être rédigée de manière claire et compréhensible suppose que, dans le cas des contrats de crédit, les établissements financiers doivent fournir aux emprunteurs des informations suffisantes pour permettre à ceux-ci de prendre leurs décisions avec prudence et en toute connaissance de cause. A cet égard, cette exigence implique qu'une clause selon laquelle le prêt doit être remboursé dans la même devise étrangère que celle dans laquelle il a été contracté soit comprise par le consommateur à la fois sur le plan formel et grammatical, mais également quant à sa portée concrète, en ce sens qu'un consommateur moyen, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, puisse non seulement connaître la possibilité de hausse ou de dépréciation de la devise étrangère dans laquelle le prêt a été contracté, mais aussi évaluer les conséquences économiques, potentiellement significatives, d'une telle clause sur ses obligations financières. »

La CJUE a, le 20 septembre 2018, dans son arrêt, *OTP Bank c/ Ilyes et Kiss, affaire C-51/17*), apporté d'importantes précisions sur les exigences concrètes que cela implique :

74) «les établissements financiers doivent fournir aux emprunteurs des informations suffisantes pour permettre à ceux-ci de prendre leurs décisions avec prudence et en toute connaissance de cause, celles-ci devant au moins traiter de l'incidence sur les remboursements d'une dépréciation importante de la monnaie ayant cours légal dans l'Etat membre où l'emprunteur est domicilié et d'une hausse du taux d'intérêt étranger »;

75) « [le consommateur] doit être clairement informé du fait que, en souscrivant un contrat de prêt libellé dans une devise étrangère, il s'expose à un risque de change qu'il lui sera, éventuellement, économiquement difficile d'assumer en cas de dépréciation de la monnaie dans laquelle il perçoit ses revenus par rapport à la devise étrangère dans laquelle le prêt a été accordé. D'autre part, le professionnel, en l'occurrence l'établissement bancaire, doit exposer les possibles variations des taux de change et les risques inhérents à la souscription d'un prêt en devises étrangères. »(soulignement et caractères gras ajoutés)

Si, dans l'affaire OTP, les emprunteurs avaient reçu (par. 77) une «*fiche de prise de connaissance du risque*», tel n'est pas le cas ici. L'offre n'emploie pas - sauf dans le paragraphe mentionné ci-dessus - le terme «*risque*», ou toute expression équivalente telle que «*danger*» ou «*difficulté*», susceptible d'alerter un consommateur moyen sur les conséquences d'une variation défavorable du taux de change du franc suisse s'il perçoit ses revenus en euros. [Or. 22]

Il y a donc lieu de se poser la question suivante :

Quatrième question : La directive n° 93/13, interprétée à la lumière du principe d'effectivité du droit communautaire, s'oppose-t-elle à une jurisprudence nationale considérant qu'une clause ou un ensemble de clauses, telle que celles en cause au principal, sont « claires et compréhensibles » au sens de la directive, aux motifs que :

- l'offre préalable de prêt détaille les opérations de change réalisées au cours de la vie du crédit et précise que le taux de change euros contre francs suisses sera celui applicable deux jours ouvrés avant la date de l'événement qui détermine l'opération et qui est publié sur le site de la Banque centrale européenne ;

- il est mentionné dans l'offre que l'emprunteur accepte les opérations de change de francs suisses en euros et d'euros en francs suisses nécessaires au fonctionnement et au remboursement du crédit, et que le prêteur opérera la conversion en francs suisses du solde des règlements mensuels en euros après paiement des charges annexes du crédit ;

- l'offre indique que, s'il résulte de l'opération de change une somme inférieure à l'échéance en francs suisses exigible, l'amortissement du capital sera moins rapide

et l'éventuelle part de capital non amorti au titre d'une échéance sera inscrite au solde débiteur du compte en francs suisses, et qu'il est précisé que l'amortissement du capital du prêt évoluera en fonction des variations du taux de change appliquée aux règlements mensuels, à la hausse ou à la baisse, que cette évolution peut entraîner l'allongement ou la réduction de la durée d'amortissement du prêt et, le cas échéant, modifier la charge totale de remboursement ;

- les articles "compte interne en euros" et "compte interne en francs suisses" détaillent les opérations effectuées à chaque paiement d'échéance au crédit et au débit de chaque compte, et le contrat expose de manière transparente le fonctionnement concret du mécanisme de conversion de la devise étrangère ;

et alors que ne figure dans l'offre, notamment, pas de mention expresse du « risque de change » qui incombe à l'emprunteur au vu de l'absence de perception des revenus dans la monnaie de compte, ni de mention explicite du « risque de taux d'intérêts »?

Dans l'éventualité d'une réponse positive à cette quatrième question, se pose alors la question de l'incidence des simulations jointes à l'offre dans certains dossiers (dont celui-ci) notamment de celle intitulée « *informations relatives aux opérations de change qui seront réalisées dans le cadre de la gestion de votre crédit* », simulant les variations de ces mêmes éléments dans l'hypothèse d'une appréciation de l'euro par rapport au franc suisse et d'une dépréciation de l'euro par rapport au taux de change à la date du contrat [OMISSION]. Ces simulations semblent absentes dans le présent dossier (bien que le contrat ait été conclu à une date à laquelle elles étaient, en général, jointes).

En effet, l'avocat général dans les affaires susmentionnées, reprenant une jurisprudence du présent tribunal antérieure à l'arrêt *OTP*, avait estimé que cette simulation était suffisante, à elle seule, pour remplir les conditions posées par ce dernier (affaire C-51/17). **[Or. 23]**

Cependant, s'il est incontestable que ces informations, notamment la durée du crédit et le coût total du crédit, apportent un complément utile par rapport aux contrats dans lesquels ne figurent pas ces informations, il convient de relever tout d'abord que ces simulations n'utilisent pas, non plus, de terminologie de nature à alerter les emprunteurs sur l'existence de « *risques* », « *dangers* » ou « *difficultés* » au sens des paragraphes 74, 75 et 77, notamment, de l'arrêt *OTP* (affaire C-51/17).

L'intitulé très neutre de la simulation portant sur le taux de change (« *informations relatives aux opérations de change qui seront réalisées dans le cadre de la gestion de votre crédit* ») ne fait d'ailleurs pas apparaître que la page en question comprend des simulations de variation des taux de change, contrairement à la précédente (« *simulation de l'évolution du taux d'intérêt de votre crédit* » [OMISSION]).

[OMISSION]

Il y a donc lieu de se référer à statuer et de poser à la CJUE la question suivante :

Cinquième question: Dans l'éventualité d'une réponse positive à la quatrième question, la directive n° 93/13, interprétée à la lumière du principe d'effectivité du droit communautaire, s'oppose-t-elle à une jurisprudence nationale considérant qu'une clause ou un ensemble de clauses, telle que celles en cause au principal, sont « claires et compréhensibles » au sens de la directive, dès lors que s'ajoute uniquement aux éléments relevés dans la quatrième question, une simulation d'une baisse de 5,29 % de la monnaie de règlement par rapport à la monnaie de compte, dans un contrat d'une durée initiale de 25 ans, et sans autre mention de termes tels que « risque » ou « difficulté »?

2. Statut des éléments de la procédure pénale, notamment des plaquettes de formation et des argumentaires, et charge de la preuve

a) Eléments de droit communautaire et de droit national

En droit communautaire, il a été jugé que l'appréciation du caractère abusif ou non d'une clause devait être apprécié « au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entouraient celle-ci » [Or. 24] (CJUE, 20 septembre 2018, *OTP Bank c/ Ilyes et Kiss*, affaire C- 51/17, par. 83).

Par ailleurs, ce même arrêt a indiqué que « *les établissements financiers doivent fournir aux emprunteurs des informations suffisantes pour permettre à ceux-ci de prendre leurs décisions avec prudence et en toute connaissance de cause* » (par. 74).

Cette formulation suggère que la charge de la preuve du caractère clair et compréhensible de la clause incombe au professionnel, toutefois il ne semble pas que la CJUE ait clairement pris position sur ce point.

En revanche, dans le domaine proche du crédit à la consommation, il a été jugé que, en application de la directive 2008/48/CE (cf. CJUE, *CA CF c/ Bakkaus*, 18 décembre 2014, affaire C-449/13 par. 27 à 32, spécialement 28) la charge de la preuve des obligations du prêteur en application de la directive incombe à ce dernier, qui se devait d'en conserver la preuve.

En droit national, il convient de rappeler qu'une information judiciaire a abouti à ce que deux juges d'instruction estiment, dans une ordonnance du 29 août 2017 [OMISSION], qu'il y avait à l'encontre de la société BNPPF, des « *charges suffisantes* » de s'être rendue coupable de pratiques commerciales trompeuses (au sens de la directive 2005/29/CE, transposée à l'article L. 121 -2 du code de la consommation dans sa rédaction applicable) s'agissant, précisément, du risque de change.

Le parquet a versé dans un certain nombre de dossiers civils des pièces [OMISSION] suggérant, par exemple, que des avertissements sur le risque de change ont été retirés des documents de formation interne à la banque, et que la communication commerciale visait à minimiser voire à nier l'existence de risques de change.

Or, la Cour d'appel de Paris, notamment dans un arrêt du 6 janvier 2017 (RG n° 15/14128) [OMISSION] a jugé qu'il n'était pas prouvé que ces documents et dépliants avaient été remis aux emprunteurs par la banque, plutôt que par le cabinet de conseils en gestion de patrimoine, et n'en a donc pas tenu compte.

b) Questions posées par le tribunal

La sixième question porte sur la charge de la preuve, puisque la communication d'un certain nombre d'informations de nature à influer sur le caractère « clair et compréhensible » des clauses en litige est contestée :

Sixième question: La charge de la preuve du caractère « clair et compréhensible » d'une clause au sens de la directive 93/13 incombe-t-elle, y compris au sujet des circonstances entourant la conclusion du contrat, au professionnel ou au consommateur? [Or. 25]

Ce cadre étant posé, se pose la question, si la charge de la preuve appartient au professionnel, de la valeur probatoire des éléments concernant les techniques de vente, qui font partie des « circonstances entourant la conclusion du contrat » (témoignages d'anciens salariés, dépliants publicitaires, documents de formation ...)

Le raisonnement suivi par la Cour d'appel de Paris, notamment dans son arrêt du 6 janvier 2017 impose aux demandeurs de prouver, outre l'existence d'argumentaires commerciaux destinés aux commerciaux de la banque et aux intermédiaires, qu'ils ont été destinataires des arguments en question - ce type de communication ayant lieu en général à l'oral, et que c'est la banque, plutôt que l'intermédiaire (conseiller en investissements financiers ou autre), qui les leur a remis.

Or, dans un procès civil devant le tribunal de grande instance en France, il est très rare que des parties ou des témoins soient entendus, pour des raisons qui tiennent principalement à la charge de travail des juridictions, de sorte qu'une telle preuve est, en pratique, très difficile voire impossible à rapporter.

Un autre raisonnement consisterait à considérer, d'une part, que ces éléments créent une présomption simple de ce que les informations contenues dans ces documents ont été fournies, y compris oralement, aux emprunteurs, et, d'autre part, que la circonstance que les informations ont été communiquées par un conseiller en gestion de patrimoine ou autre est indifférente, dès lors que le professionnel doit être responsable des actes des intermédiaires qu'il a choisis.

En effet, le professionnel est censé maîtriser les canaux de distribution de ses produits, qu'il s'agisse du choix des intermédiaires ou de la communication commerciale au sens large, et est en mesure de disposer des preuves (par exemple instruction de retirer tel ou tel dépliant qui pose difficulté) de ce que les éléments produits par les demandeurs n'ont, en réalité, pas été utilisés ou ne l'étaient plus à la date de conclusion du contrat.

Il y a donc lieu de se poser la question suivante :

Septième question: Si la charge de la preuve du caractère clair et compréhensible de la clause appartient au professionnel, la directive 93/13 s'oppose-t-elle à une jurisprudence nationale estimant, en présence de documents relatifs aux techniques de vente, qu'il appartient aux emprunteurs de prouver, d'une part, qu'ils ont été destinataires des informations contenues dans ces documents et, d'autre part, que c'est la banque qui les leur a adressés, ou, au contraire, exige-t-elle que ces éléments constituent une présomption de ce que les informations contenues dans ces documents ont été transmis, y compris verbalement, aux emprunteurs, présomption simple qu'il incombe au professionnel, qui doit répondre des informations communiquées par les intermédiaires qu'il a choisi, de réfuter? [Or. 26]

E. Sur la notion de déséquilibre significatif

Dans les hypothèses où (a) les clauses en litige ne relèveraient pas de l'objet principal du contrat ou (b) bien que relevant de l'objet principal du contrat, elles ne seraient pas rédigées de façon « claire et compréhensible », il appartiendrait alors au tribunal de rechercher l'existence - ou non - d'un déséquilibre significatif.

1. Eléments de droit communautaire et de droit national pertinents

L'appréciation de l'existence d'un « *déséquilibre significatif* » dans les droits et obligations des parties doit être effectuée même si le tribunal a jugé que la clause n'était pas « claire et compréhensible » - en d'autres termes, la circonstance que la clause ne soit pas claire et compréhensible ne suffit pas à caractériser l'existence d'un déséquilibre significatif mais elle participe des éléments à prendre en compte (cf., implicitement, CJUE, ordonnance, *Lupean*, affaire C-119/17).

Il convient, pour apprécier l'existence d'un tel déséquilibre, de prendre en compte « l'expertise et des connaissances du professionnel », ainsi que les déséquilibres qui ne deviendraient apparents qu'en cours d'exécution du contrat (CJUE, 20 septembre 2017, *Andriciuc*, affaire C- 186/16, par. 54).

La CJUE a notamment précisé que :

« 56) A cet égard, il incombe à la juridiction de renvoi d'évaluer, eu égard à l'ensemble des circonstances de l'affaire au principal, et en tenant compte

notamment de l'expertise et des connaissances du professionnel, en l'occurrence de la banque, en ce qui concerne les possibles variations des taux de change et les risques inhérents à la souscription d'un prêt en devise étrangère, dans un premier temps, le possible non-respect de l'exigence de bonne foi et, dans un second temps, l'existence d'un éventuel déséquilibre significatif, au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 93/13.

57) En effet, afin de savoir si une clause telle que celle en cause au principal crée, en dépit de l'exigence de bonne foi, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties découlant du contrat, le juge national doit vérifier si le professionnel, en traitant de façon loyale et équitable avec le consommateur, pouvait raisonnablement s'attendre à ce que ce dernier accepte une telle clause à la suite d'une négociation individuelle (voir, en ce sens, arrêt du 14 mars 2013, Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164, points 68 et 69). »

Du fait de ses positions sur le caractère « clair et compréhensible » des clauses en litige, la Cour de cassation n'a pas pris position sur cette question. [Or. 27]

2. Question du tribunal

Il est incontestable[OMISSIS] [que] la banque dispose de moyens très supérieurs à un consommateur d'anticiper les évolutions économiques et le risque de change.

Dans le présent contrat, chacune des parties supporte une partie du risque de change : la banque est gagnante si le franc suisse s'apprécie, et perdante si c'est l'inverse.

Cependant, il pourrait exister un déséquilibre dans l'exposition au risque de change: celui de la société BNP est limité au montant prêté (au pire, la totalité de la somme restant due serait remboursée, au bout de 5 ans, par un seul euro) celui de l'emprunteur ne semble pas limité de la même façon, même en retenant l'interprétation selon laquelle le montant total des remboursements serait plafonné par la durée de l'extension, ce qui est très discuté. Ce déséquilibre peut être aggravé par le fait que la banque reçoit d'autant plus d'intérêts que le remboursement tarde.

Il est d'ailleurs impossible au tribunal, du fait de la structure du contrat et du nombre de variables en jeu, de modéliser les conséquences de variation des taux de change et de taux d'intérêts et leurs probabilités.

Inversement, le gain possible pour le consommateur est limité au capital emprunté, déduction faîte des sommes remboursées au titre du capital les cinq premières années. La banque soutient également que les emprunteurs ont bénéficié d'un taux d'intérêts plus favorable.

Il y a donc lieu de se poser à statuer et de poser à la CJUE la question suivante :

Huitième question: L'existence d'un déséquilibre significatif peut-elle être caractérisée dans un contrat tel que celui en cause au principal dans lequel les deux parties subissent un risque de change, dès lors que, d'une part, le professionnel dispose de moyens supérieurs au consommateur pour anticiper le risque de change et que, d'autre part, le risque supporté par le professionnel est plafonné tandis que celui supporté par le consommateur ne l'est pas ?

[OMISSION]

PAR CES MOTIFS :

Le Tribunal,[OMISSION][Or. 28]

SURSEOIT à statuer jusqu'à ce que la Cour de Justice de l'Union Européenne se soit prononcée sur les questions suivantes :

Première question: La directive n° 93/13, interprétée à la lumière du principe d'effectivité, s'oppose-t-elle, dans un dossier comme celui au principal, à l'application des règles de prescription, dans les cas suivants: (a) pour la déclaration du caractère abusif d'une clause, (b) pour les restitutions éventuelles, (c) lorsque le consommateur est demandeur et (d) lorsque le consommateur est défendeur, y compris à une demande reconventionnelle?

Deuxième question: En cas de réponse totalement ou partiellement négative à la première question, la directive n° 93/13, interprétée à la lumière du principe d'effectivité, s'oppose-t-elle, dans un dossier comme celui en cause au principal, à l'application d'une jurisprudence nationale fixant le point de départ du délai de prescription à la date d'acceptation de l'offre de prêt, plutôt qu'à la date de survenance de difficultés financières sérieuses?

Troisième question: Des clauses telles que celles en jeu dans le litige principal, prévoyant notamment que le franc suisse est la monnaie de compte et l'euro la monnaie de paiement, ayant pour effet de faire porter le risque de change sur l'emprunteur, relèvent-elles de l'objet principal du contrat au sens de l'article 4, point 2, de la directive 93/13, en l'absence de contestation du montant des frais de change et en présence de clauses prévoyant, à dates fixes, la possibilité pour l'emprunteur d'exercer une option de conversion en euros selon une formule prédéterminée?

Quatrième question : La directive n° 93/13, interprétée à la lumière du principe d'effectivité du droit communautaire, s'oppose-t-elle à une jurisprudence nationale considérant qu'une clause ou un ensemble de clauses, telle que celles en cause au principal, sont « claires et compréhensibles » au sens de la directive, aux motifs que :

- l'offre préalable de prêt détaille les opérations de change réalisées au cours de la vie du crédit et précise que le taux de change euros contre francs suisses

sera celui applicable deux jours ouvrés avant la date de l'événement qui détermine l'opération et qui est publié sur le site de la Banque centrale européenne ;

- il est mentionné dans l'offre que l'emprunteur accepte les opérations de change de francs suisses en euros et d'euros en francs suisses nécessaires au fonctionnement et au remboursement du crédit, et que le prêteur opérera la conversion en francs suisses du solde des règlements mensuels en euros après paiement des charges annexes du crédit ;
- l'offre indique que, s'il résulte de l'opération de change une somme inférieure à l'échéance en francs suisses exigible, l'amortissement du capital sera moins rapide et l'éventuelle part de capital non amorti au titre d'une échéance sera inscrite au solde débiteur du compte en francs suisses, et qu'il est précisé que l'amortissement du capital du prêt évoluera en fonction des variations du taux de change appliquée aux règlements mensuels, à la hausse ou à la baisse, que cette évolution peut entraîner l'allongement ou la réduction de la durée d'amortissement du prêt et, le cas échéant, modifier la charge totale de remboursement ;
- les articles "compte interne en euros" et "compte interne en francs suisses" détaillent les opérations effectuées à chaque paiement d'échéance au crédit et au débit de chaque compte, et que le contrat expose de manière transparente le fonctionnement concret du mécanisme de conversion de la devise étrangère ; et alors que ne figure dans l'offre, notamment, pas de mention expresse du « risque de change » qui incombe à l'emprunteur au vu de l'absence de perception des revenus dans la monnaie de compte, ni de mention explicite du « risque de taux d'intérêts »?

Cinquième question: Dans l'éventualité d'une réponse positive à la quatrième question, la directive n° 93/13, interprétée à la lumière du principe d'effectivité du droit communautaire, s'oppose-t-elle à une jurisprudence nationale considérant qu'une clause ou un ensemble de clauses, telle que celles en cause au principal, sont « claires et compréhensibles » au sens de la directive, dès lors que s'ajoute uniquement aux éléments relevés dans la quatrième question, une simulation d'une baisse de 5,37 % de la monnaie de règlement par rapport à la monnaie de compte, dans un contrat d'une durée initiale de 25 ans, et sans autre mention des termes tels que « risque » ou « difficulté »?

Sixième question: La charge de la preuve du caractère « clair et compréhensible » d'une clause au sens de la directive 93/13 incombe-t-elle, y compris au sujet des circonstances entourant la conclusion du contrat, au professionnel ou au consommateur?

Septième question: Si la charge de la preuve du caractère clair et compréhensible de la clause appartient au professionnel, la directive 93/13

s'oppose-t-elle à une jurisprudence nationale estimant, en présence de documents relatifs aux techniques de vente, qu'il appartient aux emprunteurs de prouver, d'une part, qu'ils ont été destinataires des informations contenues dans ces documents et, d'autre part, que c'est la banque qui les leur a adressés, ou, au contraire, exige-t-elle que ces éléments constituent une présomption de ce que les informations contenues dans ces documents ont été transmis, y compris verbalement, aux emprunteurs, présomption simple qu'il incombe au professionnel, qui doit répondre des informations communiquées par les intermédiaires qu'il a choisis, de réfuter?

Huitième question: L'existence d'un déséquilibre significatif peut- elle être caractérisée dans un contrat tel que celui en cause au principal dans lequel les deux parties subissent un risque de change, dès lors que, d'une part, le professionnel dispose de moyens supérieurs au consommateur pour anticiper le risque de change et que, d'autre part, le risque supporté par le professionnel est plafonné tandis que celui supporté par le consommateur ne l'est pas ? [Or. 29]

[OMISSION]