

# Version anonymisée

C-778/19 - 1

Affaire C-778/19

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:**

2 octobre 2019

**Partie demanderesse:**

ZX

**Partie défenderesse:**

BNP Paribas Personal Finance SA

TRIBUNAL

DE GRANDE

INSTANCE

DE PARIS

9ème chambre

2ème section

N° RG 17/07689

N° Portalis

352J-W-B7B-CKS75

Inscrit au registre de la Cour de justice sous le n° <u>1131617</u>
Luxembourg, le <u>23. 10. 2019</u> Le Greffier, par ordre
Fax / E-mail: <u>V. Jacobbo</u>
Déposé le: <u>22. 10. 19</u> Valérie Giacobbo - Peyronnel Administrateur

ORDONNANCE AVANT DIRE DROIT DU JUGE

DE LA MISE EN ETAT

FR

**rendue le Mercredi 02 Octobre 2019**

N° MINUTE : 5

Assignment du :

15 Mai 2017

**DEMANDEUR**

**ZX**

77 Rue Boursault

75017 PARIS

représenté par Maître Anne-Valérie BENOIT, avocat au barreau de PARIS, vestiaire #C0686

**DÉFENDERESSE**

**S.A. BNP PARIBAS PERSONAL FINANCE**

1 Boulevard Haussmann

75009 PARIS

représentée par Maître Philippe METAIS du LLP WHITE AND CASE LLP, avocats au barreau de PARIS, vestiaire #J0002

**MAGISTRAT DE LA MISE EN ETAT**

Nicolas MICHON, Juge

assisté de Celia BARRIÈRE, Greffier lors des débats et de la mise à disposition.

**DÉBATS**

A l'audience du Mercredi 05 Juin 2019, avis a été donné aux avocats que l'ordonnance serait rendue le Mercredi 25 Septembre 2019 par mise à disposition au greffe, prorogée au Mercredi 02 Octobre 2019.

**ORDONNANCE AVANT DIRE DROIT**

Rendue publiquement par mise à disposition au greffe

Contradictoire

Susceptible d'appel uniquement dans les conditions de l'article 776 du code de procédure civile

Selon offre acceptée le 24 février 2009, dont il n'est pas contesté qu'elle a été acceptée, ZX a souscrit auprès de la société BNP Paribas Personal Finance un prêt immobilier d'un montant de 299.445,30 francs suisses, dit « Helvet Immo », d'une durée initiale de 25 ans, destiné à l'achat d'un appartement à usage locatif situé à Nice.

Le contrat (joint en P.J. A au présent jugement) 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 p. 3 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* ». Le contrat précisait que, si au cours de la vie du crédit, les emprunteurs résidaient dans un pays dont la monnaie n'était pas l'euro, il appartiendrait aux emprunteurs de se procurer, à leurs frais et risques, des euros. Il était également précisé que le montant du crédit, comprenant les frais de change, était fixé sur la base de 1 euro contre 1,49 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 (p. 4), et indiquait que le montant des frais de change serait de 1,50 % à chaque opération.

Le montant initial de remboursement, sur les 36 premiers mois, était de 756,44 euros, puis de 1.212,97 euros pendant les 264 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 serait 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 4,45 %, était révisable tous les cinq ans, selon une formule fixée p. 8 avec une partie fixe de 2,45 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'Etat à long terme, majoré de 2,55 %, ou de 2,75 % voire 2,85 % 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 (2,55 %) 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 61<sup>e</sup> 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 1,57 franc suisse) et d'une dépréciation de l'euro (1 euro pour 1,41 franc suisse).

Par acte d'huissier de justice en date du 15 mai 2017 ZX a 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.

Suite à une instruction, la société BNPPF était, le 29 août 2017, renvoyée devant le tribunal correctionnel du chef de pratique commerciale trompeuse.

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 préjudicielles.

Aux termes de ses dernières conclusions d'incident, signifiées par la voie électronique le 15 mai 2019, ZX demande au tribunal de:

*« Vu les articles 394 et suivants du Code de Procédure Civile,*

*Vu les articles 378, 379, 380 et 380-1 du Code de procédure civile,*

*1) Sur la demande de sursis à statuer sollicitée par ZX*

*CONSTATER le désistement de son incident de ZX à l'encontre de BNP PARIBAS PERSONAL FINANCE en sa demande visant à voir prononcer un sursis à statuer dans l'attente d'arrêts de la Cour de cassation tant sur la question de la clause abusive que sur la question de la prescription de l'action attachée à la reconnaissance d'une telle clause*

*2) Sur la saisine de la CJUE mise dans les débats par le Juge de la Mise en Etat*

*- Se déclarer compétent pour saisir la CJUE d'une question préjudicielle,*

*SAISIR la CJUE et lui poser les questions préjudicielles suivantes :*

*- Au regard de la nature et l'importance de l'intérêt public sur lequel repose la protection que la directive 93/13 assure aux consommateurs, le délai permettant au consommateur de faire valoir par voie principale ou incidente, le caractère abusif d'une clause insérée dans un contrat passé entre un professionnel et un consommateur peut-il être enfermé dans un délai de prescription quel qu'il soit ou*

*l'action du consommateur est-elle imprescriptible conformément à l'interprétation jusqu'alors donnée par les tribunaux français ?*

*- A supposer que la clause abusive soit soumise à un délai de prescription, le délai court-il à compter de la signature dudit contrat ou de la découverte du caractère abusif de la clause nécessairement postérieur à la signature du contrat ?*

*- La clause d'indexation est-elle bien présumée abusive en ce qu'elle contraint le non-professionnel ou le consommateur à exécuter ses obligations quand le professionnel n'exécute pas les siennes dans la mesure où l'emprunteur ne peut se libérer de sa dette de manière progressive et dégressive ?*

*- La clause d'indexation est-elle bien présumée abusive en ce qu'elle fixe une date indicative d'exécution du prêt HELVETIMMO ?*

*- L'absence de mention de « risque de change répond-elle à l'exigence communautaire selon laquelle les emprunteurs doivent pouvoir prendre leurs décisions avec prudence et en toute connaissance de cause ?*

*- La rubrique « remboursement de votre crédit » permet-elle à l'emprunteur d'évaluer les conséquences économiques, potentiellement significatives, d'une telle clause sur ses obligations financières ?*

*- Est-ce que la notice prévoyant une dépréciation de l'euro de 0,08 correspond à l'information suffisante sur une dépréciation importante de la monnaie ayant cours légal dans l'Etat membre où l'emprunteur est domicilié requise par la CJUE ?*

*- Etant donné les préconisations tant de l'article 4 de la directive que de la jurisprudence de la CJUE sur la nécessité de prendre en considération les circonstances entourant la conclusion du contrat de prêt, les dépliants et plaquettes commerciaux, dont l'emprunteur a eu connaissance, rédigés par la BNPPF, doivent-ils être pris en compte par le juge dans l'appréciation du caractère abusif de la clause, même s'ils n'ont pas été remis aux emprunteurs ?*

*- Ces pièces dont le contenu vient apporter un éclairage sur les termes de l'offre de prêt peuvent-elles permettre au juge national de retenir un manquement du professionnel à ses obligations de bonne foi et de transparence requises par l'article 3.1 de la directive ?*

*- Le déséquilibre significatif pouvant résulter selon la CJUE d'une atteinte suffisamment grave à la situation juridique dans laquelle se trouve placée l'emprunteur, le report de toutes les conséquences du risque de change tant en termes de durée du prêt qu'en termes de montant des échéances la dernière année de la période complémentaire n'est-il pas constitutif d'un déséquilibre significatif entre les parties ?*

*-Les prévisions que BNPPPF faisait au moment de la conclusion du contrat de prêt sur la variation à intervenir entre l'euro et le franc suisse et, de manière générale, la dissymétrie d'informations et de connaissance existant entre un particulier et une banque de premier plan concernant les marchés financiers et les risques attachés à un prêt en monnaie étrangère sont-elles à prendre en compte dans l'appréciation par le juge national du déséquilibre au sens de la directive ?*

*- Le prêt HELVET IMMO peut-il être regardé comme un prêt structuré assis sur un mécanisme spéculatif pouvant être qualifié d'instrument financier ?*

*- Prononcer le sursis à statuer dans l'attente de la décision à intervenir de la CJUE »*

Aux termes de ses dernières conclusions d'incident, signifiées par la voie électronique le 28 mai 2019, la société BNPPPF demande au tribunal de :

*Vu les articles 73 et 771 du Code de procédure civile, 267 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne, 6§1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et libertés fondamentales,*

*Il est demandé à Madame ou Monsieur le Juge de la mise en état près le Tribunal de grande instance de Paris de :*

*Sur le désistement de la demande de sursis à statuer formée par ZX :*

*- Donner acte à BNP Paribas Personal Finance qu'elle accepte le désistement de la demande de ZX de sursis à statuer dans l'attente de décisions de la Cour de cassation sur le caractère prétendument abusif de la clause de monnaie de compte et sur le caractère prescriptible de l'action visant une telle clause ;*

*Sur la saisine de la CJUE mise dans les débats par le Juge de la mise en état :*

*A titre principal :*

*- Dire et juger que si le Juge de la mise en état saisissait la Cour de Justice de l'Union Européenne, il excéderait ses pouvoirs ;*

*- Se déclarer incompétent pour saisir la Cour de justice de l'Union Européenne au profit du Tribunal de grande instance de Paris saisi du fond de l'affaire ;*

*A titre subsidiaire :*

*-Juger qu'il n'y pas lieu de saisir la CJUE sur la question du caractère prescriptible de l'action portant sur le caractère prétendument abusif de la clause de monnaie de compte du prêt Helvet Immo ;*

*-Juger qu'il n'y a pas lieu de saisir la CJUE sur la question du caractère prétendument abusif de la clause de monnaie de compte du prêt Helvet Immo ;*

- *Débouter ZX de sa demande tendant à ce qu' 'un sursis à statuer soit ordonné dans l'attente de la décision à intervenir de la CJUE;*

*En tout état de cause :*

- *Condamner ZX au paiement de la somme de 1.500 euros au titre de l'article 700 du Code de procédure civile et réserver les dépens.*

L'affaire a été plaidée à l'audience du 5 juin 2019 et la décision mise en délibéré, par mise à disposition au greffe, au 25 septembre 2019, prorogé au 02 octobre 2019.

### **MOTIFS DE LA DECISION :**

#### **A titre préliminaire, sur la compétence du juge de la mise en état en matière de questions préjudicielles**

##### En droit

En application de l'article 771 du code de procédure civile, le juge de la mise en état est seul compétent, notamment, pour statuer sur les exceptions de procédure et les mesures d'instruction. L'article 765 du code de procédure civile prévoit que le juge de la mise en état peut inviter les avocats à « *fournir les explications de fait et de droit nécessaires à la solution du litige* ». L'article 126-3 de ce même code prévoit que les questions prioritaires de constitutionnalité sont, sauf décision du juge de la mise en état de renvoyer l'examen de la question devant la formation de jugement, tranchées par le juge de la mise en état.

##### En fait

La société BNPPF soutient qu'il n'appartiendrait pas au juge de la mise en état de poser des questions préjudicielles sur des questions de droit touchant au fond du litige (plutôt qu'à la compétence).

Cependant, les textes rappelés ci-dessus soulignent que, dans sa conception tout au moins, l'office du juge de la mise en état comprend l'instruction au fond, tant du point de vue factuel (mesures d'instruction, communication de pièces - cette dernière nécessitant en pratique un examen au fond du dossier pour en apprécier la pertinence) que juridique: demandes de précisions, mais aussi éventuelle désignation de consultants ou d'experts dans le droit étranger applicable sur une partie du fond (ce qui a par exemple été fait récemment dans le dossier RG n° 15/14928), et, comme le prévoit l'article 126-3, questions prioritaires de constitutionnalité.

La vision avancée par la société BNPPF est en contradiction avec celle qui a présidé à l'élaboration de ces dispositions par le professeur Henri Motulsky, lequel rappelait, dans un article publié avec le professeur Gérard Cornu (*Les modifications apportées à la procédure de mise en état des causes par le décret du*

7 décembre 1967, J.C.P. 1968.1.2150, reproduit dans H. Motulsky, *Ecrits - Etudes et notes de procédure civile*, Dalloz 1973, réédité en 2010), par. 43 :

« [...] peut-être n'est-il pas inutile de prévenir deux erreurs de conception qui pourraient même s'aggraver en se combinant. La première serait d'imaginer une cassure dans la phase préparatoire entre une mise en état formelle et une mise en état réelle, comme si la cause devait successivement subir deux traitements distincts. Il est seulement vrai que la phase préparatoire doit se développer comme un approfondissement progressif qui fait du rapport l'aboutissement d'une préparation de longue main.

Et ce serait une autre confusion que de vouloir réduire le juge des mises en état à un rôle de pure forme en réservant au juge rapporteur l'exclusivité de l'examen au fond [...] Aussi est-ce bien au juge de la mise en état que le texte confie, d'abord, le soin d'évacuer les incidents et de réunir les éléments propres à éclairer la solution du principal, avant que lui-même, ou un autre juge, n'élabore le rapport.  
» (soulignement ajouté)

Il ne fait pas de doute que les positions de la CJUE sur des questions juridiques relevant du fond constituent des « éléments propres à éclairer la solution du principal », qu'il appartient au juge de la mise en état de réunir, quand bien même la juridiction au fond pourrait également procéder à une telle saisine.

La mise en état est en effet également une mise en état intellectuelle, même si la réalité de la situation des juridictions a fait passer cet aspect au second plan.

Le juge de la mise en état est également compétent, sans contestation possible, pour ordonner un sursis à statuer.

Dès lors, l'argument de la société BNPPF sera rejeté et le juge de la mise en état se déclarera compétent pour examiner ces questions.

## **Sur les questions préjudicielles**

### **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, aff. 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, aff. C-473/00].

L'article 4, point 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 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 et 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, point 2, de la directive est d'interprétation stricte (CJUE, 30 avril 2014, *Kasler et autres c/OTP Jelzalogbank Zrt*, aff. 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 111/2, 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 au '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, aff. 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 d Ilyes et Kiss*, aff. 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 significatives, d'une telle clause sur ses obligations financières. » (soulignement ajouté)*

Concernant la sanction, l'article 6 de la directive dispose que : « *Les Etats 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, aff. 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, point 2.3 de ses conclusions, le fait que les demandes des emprunteurs sont « manifestement prescrites », et que, dès lors, il n'y a pas lieu de poser des questions préjudicielles.

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, aff. C-473/00, dans lequel la CJUE a dit pour droit qu' (par. 36) « *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*, aff. 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.*

*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 (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 (pp. 24 à 26 de ses conclusions) 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 la prescription de la date d'acceptation de l'offre de prêt.

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 (*Ire Civ.*, 13 mars 2019, *pourvoi n° 17-23.169, en cours de publication*), dont il est utile de reproduire les attendus pertinents :

*« - Sur la prescription :*

*Attendu que la banque fait grief à l'arrêt de rejeter la fin de non-recevoir tirée de la prescription de la demande relative aux clauses abusives, alors, selon le moyen :*

*1°/ que l'action visant à faire déclarer non écrite une clause abusive constitue une action en nullité qui se prescrit dans un délai de cinq ans courant ci compter du jour où le consommateur a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer ; qu'en décidant le contraire, aux motifs erronés que « les clauses réputées non écrites » en application de l'article L. 132-1 ancien du code de la consommation sont réputées « non avenues par le seul effet de la loi », la cour d'appel a violé l'article 2224 du code civil, ensemble l'article 1304 du même code, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016 ;*

*2°/ que l'action visant à faire déclarer non écrite une clause abusive constitue une action en nullité qui se prescrit dans un délai de cinq ans courant à compter du jour où le consommateur a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer ; qu'en l'espèce, pour débouter la banque de sa fin de non-recevoir fondée sur la prescription de la demande tendant ci faire déclarer la stipulation du taux conventionnel abusive et non écrite, l'arrêt retient que « l'intention des emprunteurs n'était pas d'obtenir la nullité des contrats de prêt » ; qu'en statuant par un motif radicalement inopérant, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;*

*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 : que le moyen, inopérant en sa seconde branche en ce qu'il s'attaque à des motifs surabondants, n'est pas fondé en sa première. »*

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.

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 (1<sup>re</sup> Civ., 9 juillet 2009, pourvoi n° 08-10.820, Bull. 2009,1, 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, en cours de publication; Com., 13 février 2019, pourvoi n° 17-14.785, en cours de publication).

## 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 (*BB VA 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 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 surseoir 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.

Il y a donc lieu également de surseoir à statuer et de 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* ».

**1. Éléments de droit communautaire et national pertinents**

En droit communautaire, il semble exister une tension entre, d'une part, l'arrêt *Kasler*, 30 avril 2014 (aff. C-26/13) et, d'autre part, la jurisprudence postérieure, spécialement les décisions *OTP Bank*, 20 septembre 2018, aff. C-51/17, et *Dunai c/ Erste Bank*, 14 mars 2019, aff. C-1 18/17.

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, point 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 et 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 :

*« À 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 OTP Faktoring, 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, point 2, lequel est d'interprétation stricte.

S'agissant du droit national, la première chambre civile, dans une série d'arrêts rendus en février 2019 (cf. par exemple 1<sup>ère</sup> 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.

#### 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 1' « objet principal » du contrat au sens restrictif donné à ce terme par l'article 4, point 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, aff. 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, ci 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 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 (pp. 9 et 10) 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*, aff. 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 surseoir à statuer et de poser à la CJUE 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, 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 ?**



## **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 constitueraient l'objet principal du contrat, mais également dans l'hypothèse inverse puisque l'obligation incombant au professionnel de délivrer une information « claire et compréhensible » est à prendre en compte pour la détermination de l'existence - ou non - d'un « déséquilibre significatif. »

Si la société BNP Paribas soutient que les décisions rendues par la première chambre civile de la Cour de cassation s'opposeraient à la saisine de la CJUE sur cette question, il convient de rappeler que la responsabilité de dire le droit communautaire appartient, en dernier lieu, à la CJUE, et non aux juridictions nationales, fussent-elles suprêmes (cf., à propos du *Tribunal Supremo* espagnol, l'affaire CJUE [GC], *Naranjo et autres c/ Cajasur Banco et autres*, 21 décembre 2016, C- 154/15), et que la CJUE a déjà eu l'occasion d'estimer que la jurisprudence française en matière de droit de la consommation n'était pas conforme aux exigences du droit communautaire (cf. par exemple les arrêts CJCE, *Cofidis c/Frédout*, 21 novembre 2002, aff. C-473/00; CJCE, 4 octobre 2007, *Rampion c/ Franfinance*, aff. C-429/05 ; CJUE, *LCL c/ Kalhan*, aff. C-565/12; CJUE, 18 décembre 2014, *Crédit Agricole Consumer Finance c/ Bakkaus*, aff. C-449/13).

Si les contrats en litige dans les différentes affaires soumises au tribunal diffèrent, notamment sur la présence ou non de simulations, les questions posées seront, afin de permettre une appréciation plus globale, identiques dans tous les dossiers.

### **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 d Ilyes et Kiss*, aff. 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 avant 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, *Andriuc 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, *Andriuc 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 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, *Kasler et Káslerné Rábai*, 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, en cours de publication**

*Mais attendu qu'après avoir énoncé que l'appréciation du caractère abusif des clauses, au sens de l'article L. 132-1, devenu L. 212-1 du code de la consommation, ne concerne pas celles qui portent sur l'objet principal du contrat, pour autant qu'elles soient rédigées de façon claire et compréhensible, l'arrêt relève, d'une part, que la clause litigieuse, en ce qu'elle prévoit la conversion en francs suisses du solde des règlements mensuels après paiement des charges annexes du crédit, définit l'objet principal du contrat, d'autre part, que cette clause figure dans une offre préalable qui précise que le prêt contracté est libellé en francs suisses, que l'amortissement du prêt se fait par la conversion des échéances fixes payées en euros, qu'une telle conversion s'opère selon un taux de change qui est susceptible d'évoluer 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; qu'ayant ainsi fait ressortir le caractère clair et compréhensible de la clause litigieuse, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de procéder à une recherche ni de répondre à des conclusions que ses constatations et énonciations rendaient inopérantes, a légalement justifié sa décision de ce chef;*

**Dans le même sens: 1ère Civ., 20 février 2019, pourvoi n° 17-31.065, en cours de publication**

*« Attendu que l'arrêt relève 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 ; qu'il constate qu'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 dit crédit ;*

qu'il énonce que 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 appliqué 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 ; que l'arrêt ajoute que 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 ; que la cour d'appel a ainsi fait ressortir le caractère clair et compréhensible de la clause litigieuse ;

Attendu, enfin, que l'arrêt retient, sans dénaturation, que les stipulations prévoyant l'allongement de la durée du contrat et l'augmentation des règlements en euros pour permettre de payer le solde du compte, en cas de non-remboursement à l'échéance, font partie intégrante de la clause litigieuse et que le contrat fixe une double limite, de la durée supplémentaire de remboursement du prêt qui ne peut être que de cinq ans et de la majoration des règlements en euros qui ne peut être supérieure à l'augmentation annuelle de l'indice INSEE des prix à la consommation sur la période des cinq dernières années précédant la révision du taux d'intérêt. »

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

**1<sup>re</sup> Civ., 12 décembre 2018, pourvoi n° 17-18.491**

Attendu, ensuite, qu'après avoir énoncé que l'appréciation du caractère abusif des clauses, au sens de l'article L. 132-1, devenu L. 212-1 du code de la consommation, ne concerne pas celles qui portent sur l'objet principal du contrat, pour autant qu'elles soient rédigées de façon claire et compréhensible, et après avoir relevé qu'en ce qu'elle prévoit la conversion en francs suisses du solde des règlements mensuels après paiement des charges annexes du crédit, la clause litigieuse définit l'objet principal du contrat, l'arrêt retient, d'une part, que cette clause figure dans une offre préalable qui précise que le prêt contracté est libellé en francs suisses, que l'amortissement du prêt se fait par la conversion des échéances fixes payées en euros, qu'une telle conversion s'opère selon un taux de change qui est susceptible d'évoluer à la hausse ou à la baisse, et 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, d'autre part, qu'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; que, par ces seuls motifs, la cour d'appel a fait ressortir le caractère clair et compréhensible

*de la clause litigieuse, de sorte qu'elle n'était pas tenue de procéder à une recherche que ses constatations et énonciations rendaient inopérante ;*

b) Questions posées par le tribunal

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 appliqué 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 :

- 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 l'avocat général près la première chambre civile avait rendu l'avis suivant (P J. B, page 7), 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 3 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 exemptes 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 9<sup>e</sup> 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 - la question de la documentation publicitaire sera traitée dans la question suivante, et n'a d'ailleurs pas été invoquée par la Cour de cassation pour rejeter les pourvois.

La mention la plus proche se trouve (P.J. A, p. 3) 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, (p. 5) concernant le fait que l'amortissement du capital sera « *moins rapide* » au cas où « *il résulte de l'opération de change une somme inférieure à l'échéance en francs suisses exigible* ».

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 *Andriuc* (20 septembre 2017, aff. 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 cl Ilyes et Kiss*, aff. C-51/17), apporté d'importantes précisions sur les exigences concrètes que cela implique :

par. 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 avant cours légal dans l'Etat membre où l'emprunteur est domicilié et d'une hausse du taux d'intérêt étranger »;*

par. 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 au '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 tirés 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.

Il y a donc lieu de surseoir à statuer et de poser à la CJUE 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 appliqué 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 (1 euro pour 1,57 francs suisses) et d'une dépréciation de l'euro (1 euro pour 1,41 francs suisses) par rapport au taux de change à la date du contrat (1 euro pour 1,49 francs suisses)(P. J. A, p.37)

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 (aff. C-51/17).

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* (aff. 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* », p. 35).

Ensuite, et sans entrer dans les débats, qui relèvent du fond, sur le point de savoir si la société BNP Paribas avait ou non anticipé la baisse du cours de l'euro par rapport au franc suisse à la date de commercialisation des contrats, le tribunal s'interroge sur les hypothèses retenues. En effet, la simulation défavorable à l'emprunteur prend pour hypothèse une baisse de 0,08 euro (1,49 - 1,41) soit 5,37 %, au bout du 61ème règlement.

Or, l'arrêt *OTP* semble avoir posé (par. 74) l'exigence de ce que le consommateur soit informé des conséquences d'une « *dépréciation importante* » de la monnaie dans laquelle il perçoit ses revenus sur sa situation financière. Au vu de la durée du contrat (25 ans de durée initiale), qui augmente fortement le risque que, à un moment de la vie du contrat, une crise entraîne d'importantes fluctuations de change et/ou de taux d'intérêts, et de l'absence d'autres informations communiquées par le prêteur, le tribunal s'interroge sur la suffisance d'une simulation prévoyant une baisse du taux de change de 5,37 %, dont il n'est pas certain qu'elle puisse être qualifiée « d'importante ».

Il y a donc lieu de surseoir 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 5,37 % 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 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* » (CJUE, 20 septembre 2018, *OTP Bank d Ilyes et Kiss*, aff. 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, aff. C-449/13 par. 27 à32, spéc. 28) la charge de la preuve des obligations du prêteur en application de la directive incombait 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 (P.J. C), 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 tirées de la procédure pénale, notamment l'audition de Mme Nathalie Chevallier, et des dépliants publicitaires à l'en-tête du prêteur et versés au dossier pénal, d'autres éléments (P.J. C p. 21) 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) (P.J D) 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 influencer 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 ?**

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 surseoir à statuer et de poser à la CJUE 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 choisis, de réfuter ?**

### **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*, aff. C-1 19/17).

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 apparent qu'en cours d'exécution du contrat (CJUE, 20 septembre 2017, *Andriuc*, aff. 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.

## 2. Question du tribunal

Il est incontestable, indépendamment là encore du point de savoir si la banque avait effectivement anticipé l'évolution des taux de change, 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 faite 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 surseoir 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 ?**

## **Sur les demandes accessoires**

Les dépens et l'article 700 seront réservés.

### **PAR CES MOTIFS :**

**NOUS**, Juge de la mise en état, par ordonnance avant dire droit, contradictoire, rendu publiquement par mise à disposition au greffe, susceptible d'appel uniquement dans les conditions de l'article 776 du code de procédure civile :

**DÉCLARONS** le juge de la mise en état compétent pour transmettre des questions préjudicielles à la Cour de justice de l'Union européenne;

**SURSEYOYONS** 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 appliqué 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

