Affaire C-265/22

Demande de décision préjudicielle

Date de dépôt :

20 avril 2022

Juridiction de renvoi :

Juzgado de Primera Instancia nº 17 de Palma de Mallorca (Espagne)

Date de la décision de renvoi :

19 avril 2022

Parties requérantes :

ZR

PI

Partie défenderesse :

Banco Santander S.A.

JURIDICTION DE RENVOI :

Juzgado de Primera Instancia nº 17 de Palma de Mallorca (tribunal de première instance nº 17 de Palma de Majorque, Espagne)

[OMISSIS]

[Données relatives à la juridiction de renvoi et aux représentants des parties].

ORDONNANCE

RENVOI PRÉJUDICIEL DEVANT LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE.

Palma de Majorque, le 19 avril 2022.

[OMISSIS] [formalités procédurales]

EN FAIT

DOCUMENT DE TRAVAIL

PREMIÈREMENT. – LES PARTIES ET L'OBJET DE LA PROCÉDURE

Le 13 février 2020, la juridiction de céans a été saisie par ZR et PI, [OMISSIS], dans le cadre d'une procédure ordinaire, d'un recours dirigé contre la société **BANCO SANTANDER S. A (AUPARAVANT BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO, S. A., « BANESTO »)**, [OMISSIS] en annulation de la clause 3 *bis* de l'acte de prêt hypothécaire en raison de son caractère abusif et en restitution de sommes versées au titre du contrat de prêt hypothécaire conclu entre les parties le 12 mai 2006 pour un montant de 197 934,54 euros, [OMISSIS] étant donné que la clause financière qui avait été fixée en vue du remboursement dudit prêt prévoyait un amortissement moyennant le paiement d'intérêts variables majorés de 0,20 points par rapport au taux de référence, ou de 0,50 points par rapport au taux de référence de substitution.

Concrètement, les requérants au principal demandent que soit constatée la nullité, en raison de son caractère abusif, de la clause suivante :

« TROIS BIS :

3 BIS. – TAUX D'INTÉRÊT VARIABLE

3 bis.1. – Périodicité de la révision *: Chaque période de* ***12*** *mois après la fin de la période d'intérêt initiale indiquée dans la clause 3bis sera désignée comme la "période d'intérêt".*

3.bis.2. – Différentiels et arrondis *: Pour chaque période d'intérêt jusqu'à la fin de la durée du contrat, il sera appliqué un taux d'intérêt nominal correspondant à la somme de l'ajout de* ***0,20 points*** *au "taux de référence", ou de* ***0,50 points*** *au "taux de référence de substitution".*

3.bis.3. – Taux de référence et taux de référence de substitution :

Le taux de référence est le "TAUX MOYEN DES PRÊTS HYPOTHÉCAIRES, D'UNE DURÉE SUPÉRIEURE À TROIS ANS, DE L'ENSEMBLE DES ENTITÉS" défini comme la moyenne simple des taux d'intérêt moyens pondérés par le capital des opérations de prêt assortis d'une garantie hypothécaire d'une durée égale ou supérieure à trois ans visant à l'acquisition d'un logement dont le prix est librement fixé, opérations que l'ensemble des [entités, à savoir les] banques, caisses d'épargne et sociétés de crédit hypothécaire ont initiées ou renouvelées pendant le mois de référence de l'indice, en prenant comme référence le dernier de ces taux moyens qui est publié dans le Boletín Oficial del Estado [Journal officiel espagnol, ci-après le "BOE"] par le Banco de España [Banque centrale] avant le début de chaque nouvelle période d'intérêt et au cours des trois mois civils qui la précèdent.

Le taux de référence de substitution est le "TAUX MOYEN DES PRÊTS HYPOTHÉCAIRES, D'UNE DURÉE SUPÉRIEURE À TROIS ANS, DES BANQUES", défini comme la moyenne simple des taux d'intérêt moyens pondérés

DOCUMENT DE TRAVAIL

par le capital des opérations de prêt assortis d'une garantie hypothécaire d'une durée égale ou supérieure à trois ans visant à l'acquisition d'un logement dont le prix est librement fixé, opérations que l'ensemble des banques ont initiées ou renouvelées pendant le mois de référence de l'indice, en prenant comme référence le dernier de ces taux moyens qui est publié dans le BOE par le Banco de España avant le début de chaque nouvelle période d'intérêt et au cours des trois mois civils qui la précèdent.

Tant le taux de référence que le taux de référence de substitution sont décrits dans les dispositions de l'annexe VIII de la circulaire 8/90 du Banco de España.

Le taux de référence de substitution est utilisé lorsque, pour quelque raison que ce soit, le Banco de España n'a pas publié le taux de référence au BOE au cours des trois mois civils précédant le début de chaque nouvelle période d'intérêt. À la fin de la période d'intérêt concernée par cette circonstance, le taux d'intérêt applicable pour la période suivante est redéterminé conformément au taux de référence convenu ».

La partie requérante déclare, à la page 10 [de sa requête] que :

« En ce qui concerne le premier de ces contrôles, l'inclusion de conditions générales dans le contrat résulte des exigences visées à l'article 5 de la LCGC [Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (loi 7/1998, du 13 avril 1998, relative aux conditions générales contractuelles)] et à l'article 80 du RD 1/2007 [Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (décret royal législatif 1/2007, du 16 novembre, portant approbation du texte consolidé de la loi générale de protection des consommateurs et usagers et autres lois complémentaires)], qui énumère les [exigences] auxquelles doivent satisfaire les clauses qui n'ont pas été négociées individuellement : qu'il y ait une information préalable et expresse sur l'existence de la clause, et que la clause soit rédigée avec précision, clarté et simplicité, accessibilité et lisibilité, ainsi que ***bonne foi et juste équilibre****. »*

La partie requérante ajoute à la page 34 de la requête que :

« L'arrêt du Tribunal Supremo (Cour suprême, Espagne) souligne que, bien que le taux Euribor ait été inférieur à l'IRPH [Índice de Referencia de Préstamos Hipotecarios (indice de référence des prêts hypothécaires)], il est habituel que les différentiels appliqués à celui-ci soient inférieurs à ceux qui sont appliqués à l'Euribor, ce qui crée un équilibre entre les deux indices.

Ce sont précisément ces faibles différentiels de l'IRPH, à savoir 0 %, 0,25 % ou 0,50 %, qui ont été utilisés comme un leurre par les banques pour inciter les clients à accepter un prêt indexé sur l'IRPH et non sur l'Euribor, pensant qu'ils paieraient moins d'intérêts.

DOCUMENT DE TRAVAIL

Si [mon client] se rend à la banque pour contracter un prêt hypothécaire, et qu'on ne lui explique pas à combien s'élève l'indice hypothécaire (Euribor ou IRPH), mais qu'on lui dit que le différentiel proposé est de + 0,5 % au lieu des + 2 % proposés par une autre banque, il est clair qu'il choisira la première option.

Cependant, si l'option à 0,5 % est appliquée à l'IRPH, il est certain qu'il paiera plus d'intérêts que s'il avait choisi l'option à 2 % correspondant à l'Euribor.

Les banques ont utilisé le leurre que constitue le faible différentiel de 0 % ou 0,5 % qu'elles proposaient pour les prêts indexés sur l'IRPH afin d'inciter [mon client] à accepter cet indice sans savoir qu'il allait en fait payer plus d'intérêts.

Il ne s'agit pas de mettre sur le même plan les clients IRPH et les clients Euribor, ***mais plutôt du fait que la banque n'a pas expliqué ni fait savoir à mon client*** *que l'Euribor s'élevait à 2 % tandis que l'IRPH s'élevait à 4 %, de sorte que* ***même s'il acceptait un différentiel de 0,5 %, le montant de son prêt serait plus élevé****.* *

Selon le Tribunal Supremo (Cour suprême), on ne sait pas si l'IRPH sera inférieur à l'Euribor à l'avenir, de sorte que l'on ne peut pas affirmer qu'il soit plus préjudiciable au client.

Le Tribunal Supremo (Cour suprême) invoque un dernier motif pour écarter la nullité de l'IRPH en se fondant sur quelque chose qui ne s'est encore jamais produit en 20 ans : la baisse de l'IRPH en-dessous de l'Euribor.

Or, l'IRPH a toujours été, et sera toujours supérieur, à l'Euribor car il est déterminé sur la base du montant que les clients paient pour leurs prêts indexés sur l'Euribor et l'IRPH, majorés du montant que les banques leur facturent en commissions et en différentiels.

Ce motif avancé par le Tribunal Supremo (Cour suprême) ne fait que confirmer l'inconsistance des motifs invoqués et le fait que l'on ne connaît pas, ou que l'on ne veut pas connaître, le véritable fonctionnement de l'IRPH, les éléments pris en compte pour son calcul et l'influence des banques dans sa détermination ».

Les requérants au principal demandent que la clause susvisée soit déclarée nulle au motif qu'elle est abusive, et que l'IRPH soit supprimé du contrat de prêt immobilier conclu avec l'établissement. Ils demandent également que la défenderesse soit condamnée à rembourser le préjudice économique découlant de cette application à compter de la date d'exécution du jugement, qui, comme l'affirment les requérants, représente déjà, à la date d'introduction du recours, une perte de 39 799,25 euros par rapport à l'Euribor. Ils demandent que le tableau d'amortissement du prêt susvisé soit effectivement recalculé à partir de la date de

* Ndt : c'est ce qu'il convient peut-être de lire étant donné que cette phrase n'est pas claire.

DOCUMENT DE TRAVAIL

sa constitution et qu'il s'applique ensuite jusqu'à la fin du prêt, ainsi que la condamnation de la défenderesse aux dépens.

Pour sa part, la **défenderesse**, dans son mémoire en défense, conteste le recours et conclut à son rejet dans son intégralité. La valeur en litige, fixée à 39 799,25 euros, est également contestée au motif qu'elle devrait être indéterminée. La défenderesse invoque la pleine validité et la légalité de la clause litigieuse, en précisant qu'elle a été négociée individuellement et non imposée au consommateur, et estime que le seul élément requis est que le consommateur sache si l'indice est officiel, car elle considère qu'il s'agit d'une information publique et accessible au consommateur, étant donné que le consommateur pouvait connaître l'évolution historique de l'indice, les données pertinentes sur son fonctionnement et la méthode de calcul sans que l'établissement ait besoin de fournir plus d'informations que celles contenues dans l'acte de prêt hypothécaire. L'établissement considère qu'il a satisfait à tous les contrôles de transparence requis par la réglementation et la jurisprudence de l'Union en matière de protection des consommateurs et des usagers.

DEUXIÈMEMENT. – Dans le cadre de la procédure, le représentant des requérants a fait valoir, lors de la phase orale à laquelle les parties avaient été convoquées pour l'évaluation des preuves le 18 février 2022, que la clause d'intérêt variable devait être déclarée nulle puisque le différentiel appliqué devait être négatif, comme l'exige la circulaire 5/1994 du Banco de España.

À la lumière de ce qui précède, la nécessité de saisir la Cour de justice de l'Union européenne à titre préjudiciel pour résoudre le présent litige a été soulevée.

Le représentant des requérants demande que la Cour de justice de l'Union européenne soit saisie des questions suivantes :

> [OMISSIS] [Le contenu des questions préjudicielles posées par la partie requérante est essentiellement le même que celui des questions effectivement posées par la juridiction de renvoi].

TROISIÈMEMENT. – L'établissement financier défendeur, dûment notifié, n'a fait aucune déclaration quant à la nécessité d'un renvoi préjudiciel et n'a pas non plus demandé à la juridiction de céans de soulever des questions nouvelles ou supplémentaires relatives à la présente affaire.

EN DROIT

PREMIÈREMENT. – SUR LE RENVOI PRÉJUDICIEL

[OMISSIS] [Référence à l'article 267 TFUE et aux recommandations aux juridictions de renvoi].

DOCUMENT DE TRAVAIL

DEUXIÈMEMENT. – LES RAISONS AYANT DICTÉ LA NÉCESSITÉ D'UN RENVOI PRÉJUDICIEL DEVANT LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE.

Premièrement. – La nécessité d'un tel renvoi est justifiée par le grand nombre d'actions actuellement pendantes devant les juridictions nationales, consécutif au pic de recours en matière bancaire introduits par des consommateurs en raison de l'application du taux d'intérêt variable avec des différentiels positifs à l'IRPH, étant précisé que cela représente des centaines de milliers de procédures dans lesquelles la nullité de celui-ci est demandée.

Deuxièmement. – Il est urgent et impératif d'analyser si cette pratique est déloyale et va à l'encontre de la directive 2005/29, afin d'éviter que les différentes décisions de justice ne soient contradictoires et ne causent un préjudice grave et irréparable aux consommateurs touchés par ce type de taux d'intérêt, qui aurait dû présenter un différentiel négatif.

Troisièmement – L'insécurité juridique qui résulte de ce type de procédure est aggravée par le fait qu'en Espagne, certains tribunaux de première instance se sont spécialisés dans ce type d'affaires portant sur les clauses abusives figurant dans des actes hypothécaires. Ainsi, conformément à l'accord du 18 décembre 2017 de la commission permanente du Conseil national de la magistrature (BOE du 30 décembre 2017), reconduit par la suite, certains tribunaux, dont la juridiction de céans [OMISSIS], se sont vus attribuer la compétence exclusive pour connaître des actions individuelles sur les conditions générales incluses dans les contrats de financement assortis d'une sûreté réelle immobilière dans lesquels l'emprunteur est une personne physique.

La spécialisation des tribunaux, qui présente des avantages indéniables du point de vue de l'uniformité du traitement des affaires, a néanmoins conduit à l'effondrement de ces tribunaux spécialisés, qui, dans la pratique, ont été submergés par un énorme volume d'affaires qu'il est impossible pour un seul tribunal de résoudre rapidement, malgré les efforts déployés par l'État espagnol pour fournir à ces organes judiciaires des renforts et davantage de ressources.

La juge saisie en l'espèce dispose de données officielles au niveau national, mais, entre la création de la juridiction spécialisée de Palma de Majorque, dont elle est présidente, et la date de la présente décision, des milliers de recours relatifs à ces matières ont été introduits devant une seule juridiction.

Il s'ensuit que, dans ces juridictions spécialisées, les affaires sont traitées plus lentement qu'il ne le faudrait et que, ajoutée aux constants changements jurisprudentiels, cette lenteur a pour conséquence que, alors que les recours sont formés conformément à certains critères fixés par les juridictions au moment de leur introduction, [(en essayant de respecter lesdits critères pour obtenir une condamnation aux dépens en faveur du consommateur)], ils sont très rapidement dépassés et, lorsqu'ils sont traités, ils ne sont déjà plus conformes à la nouvelle

DOCUMENT DE TRAVAIL

jurisprudence en la matière – jurisprudence qui, jusqu'à présent, a toujours évolué au détriment des droits du consommateur. [C]ela provoque des incidents de procédure constants [désistements d'instance ou d'action, modifications des demandes afin de les adapter à la nouvelle jurisprudence du Tribunal Supremo (Cour suprême), etc.], qui aggravent l'insécurité juridique déjà générée par les changements jurisprudentiels et causent en outre un grave préjudice au consommateur, qui se voit privé, dans pratiquement tous les cas, de la condamnation aux dépens, ce qui le décourage fortement d'ester en justice pour faire valoir ses droits en demandant la constatation de la nullité de certaines clauses de son prêt hypothécaire[. L]a juridiction de céans considère que cette pratique est contraire à l'effet dissuasif recherché par l'article 7 de la directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs (JO 1993, L 95, p. 29).

Quatrièmement – Il est prévisible que, comme cela s'est produit dans d'autres renvois préjudiciels portant sur des questions incidentes soulevées en lien avec les clauses d'actes hypothécaires, toutes les procédures visant à faire constater la nullité de la clause susmentionnée donnent lieu à une demande de sursis à statuer dans l'attente de l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne, demande qu'il est raisonnable d'accueillir, puisque nous considérons qu'il est essentiel d'attendre et de respecter la position de la juridiction chargée d'interpréter en dernier ressort le droit de l'Union qui, en matière de législation spéciale de protection des consommateurs et usagers, prime le droit interne des États membres.

Compte tenu du volume d'affaires dont est saisie la juridiction de céans et du fait que les demandes visant à faire constater la nullité de la clause de l'IRPH représentent un pourcentage élevé des affaires dont elle est saisie, nous prévoyons que le présent renvoi préjudiciel aura un énorme retentissement, ce qui souligne une fois de plus la nécessité pour la Cour de justice de fournir une réponse rapide aux questions posées.

Pour toutes ces raisons, le renvoi préjudiciel est considéré comme pertinent.

TROISIÈMEMENT. – RÉSUMÉ DU CONTEXTE FACTUEL

Dans le cadre de la présente procédure, les consommateurs requérants demandent, en application, notamment, de la législation espagnole et européenne en matière de protection des consommateurs et des usagers, la constatation de la nullité, en raison de son caractère abusif, de la clause qui impose indistinctement à l'emprunteur le taux d'intérêt variable de l'IRPH, majoré d'un différentiel positif, qu'il a souscrit auprès de l'établissement financier défendeur, ainsi que le remboursement des sommes indûment versées en application de ladite clause, en tant que conséquence de la constatation de nullité résultant de l'article 1303 du code civil et du principe selon lequel les clauses abusives ne lient pas le consommateur, établi à l'article 6, paragraphe 1, de la directive 93/13. Les effets

DOCUMENT DE TRAVAIL

recherchés sont le remboursement des sommes payées en vertu de la clause précédemment évoquée.

Pour sa part, l'établissement financier a contesté la demande en invoquant, de manière générale, la validité de la clause dont il considère qu'elle satisfait aux contrôles de contenu, d'inclusion et de transparence, en faisant valoir qu'elle a été convenue entre les parties.

Les requérants relèvent que la nullité de cette clause doit être déclarée en raison de son caractère abusif. Pour motiver ce **renvoi préjudiciel** sur la déclaration du caractère abusif de la clause, il convient de souligner qu'au moment de l'imposition du taux d'intérêt variable, **le critère normatif énoncé dans le préambule de la circulaire 5/1994 du Banco de España concernant la nécessité d'appliquer un différentiel négatif en vue d'un alignement sur le TAEG (taux annuel effectif global) de l'IRPH est dissimulé au consommateur de manière inattendue et donc contraire à la bonne foi, ce qui crée un déséquilibre. Il convient d'ajouter que la juge de céans sait, par expérience au sein de cette juridiction spécialisée, que l'association d'un différentiel positif à ce taux d'intérêt variable n'est pas un événement ponctuel, mais relève d'une pratique courante des établissements bancaires.**

QUATRIÈMEMENT – PRINCIPALES QUESTIONS JURIDIQUES SOULEVÉES.

1°. La circulaire 5/1994 du Banco de España prévoit que *« Les taux de référence sélectionnés sont, en dernière analyse, des [TAEG]. Les taux moyens des prêts hypothécaires accordés par les banques et l'ensemble des établissements pour l'acquisition d'un logement dont le prix est librement fixé constituent, à proprement parler, des TAEG puisqu'ils incluent en outre l'effet des commissions. Aussi, les utiliser directement et simplement comme taux contractuels impliquerait de placer le [TAEG] de l'opération hypothécaire au-dessus du taux pratiqué sur le marché.* ***Pour aligner le TAEG de cette opération sur celui du marché, il serait nécessaire d'appliquer un différentiel négatif, dont la valeur varierait en fonction des commissions de l'opération et de la fréquence des versements****. »* (Le soulignement et les caractères gras sont ceux de la juge de céans).

Le débat porte sur le fait que les établissements bancaires ont essayé, comme le disent les requérants, de commercialiser l'IRPH comme s'il s'agissait d'un indice plus avantageux que l'Euribor, alors que l'IRPH rend les opérations qui y sont soumises toujours plus coûteuses pour le consommateur, puisque les données que les établissements bancaires fournissent mensuellement au Banco de España pour publication sont toujours *« une moyenne de l'ensemble des opérations »*, en supposant que toutes ces opérations incluent les commissions, y compris les différentiels qui leur sont appliqués et qui sont incorporés dans le taux d'intérêt, les différentiels utilisés s'élevant à +0,20 ou 0,25 ou 0,50. **Le préambule de la**

DOCUMENT DE TRAVAIL

circulaire précise que ces différentiels doivent être négatifs afin d'aligner les TAEG de l'IRPH sur les autres taux du marché.

En l'espèce, [l'exigence susmentionnée de la circulaire] n'a pas été respectée car l'acte prévoit l'application d'un différentiel POSITIF : un taux d'intérêt nominal sera appliqué correspondant à la somme de l'ajout de 0,20 points au *« taux de référence »* ou de 0,50 points au *« taux de référence de substitution »*.

On pourrait considérer qu'il s'agit d'un manquement, lequel recouvre une omission trompeuse qui est susceptible d'avoir porté préjudice au consommateur, puisque si ce dernier avait eu connaissance de la nécessité d'appliquer un taux négatif pour ajuster l'indice prévu au contrat par rapport à l'Euribor et les autres TAEG du marché, il n'aurait jamais fait ce choix.

Les banques ont utilisé le leurre que constitue le faible différentiel de 0 %, 0,25 % ou 0,5 % qu'elles proposaient pour les prêts indexés sur l'IRPH pour que le consommateur accepte cet indice sans savoir qu'il allait en fait payer plus d'intérêts, mais elles ne l'ont pas informé que le préambule de la circulaire réglementant l'indice IRPH imposait d'appliquer un [différentiel] négatif, ce qui n'a pas été fait.

Il ne s'agirait pas de mettre sur le même plan les clients IRPH et les clients Euribor, mais plutôt du fait que la banque n'a pas expliqué ni fait savoir aux consommateurs requérants que l'Euribor s'élevait à 2 % tandis que l'IRPH s'élevait à 4 %, de sorte que même s'ils acceptaient un différentiel de 0,5 %, le montant de leur prêt serait plus élevé.

Selon la jurisprudence récente du Tribunal Supremo (Cour suprême) en la matière, on ne sait pas si l'IRPH sera inférieur à l'Euribor à l'avenir, et l'on ne peut donc pas affirmer qu'il soit plus préjudiciable au client, mais le fait de ne pas révéler que le Banco de España impose [un différentiel] négatif est contraire à la bonne foi et crée un déséquilibre entre les parties.

2°. La loi sur la concurrence déloyale [Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (loi 3/1991 du 10 janvier 1991 sur la concurrence déloyale), ci-après la « loi sur la concurrence déloyale »] condamne tout comportement contraire à la bonne foi, tel que celui qui caractérise cette pratique commerciale en l'espèce et que le Tribunal Supremo (Cour suprême) a mis en lumière, ladite pratique consistant à commercialiser [des prêts] avec des différentiels légèrement inférieurs à ceux de l'Euribor comme une tactique commerciale, ce qui constitue une omission trompeuse et donc déloyale, puisque cette information, que le Banco de España considère nécessaire pour rendre ce taux d'intérêt plus équitable, est censée permettre aux consommateurs de prendre une décision sur leur comportement économique en toute connaissance de cause, leur a été dissimulée. *

* Ndt : c'est ce qu'il convient peut-être de lire étant donné que cette phrase n'est pas claire.

DOCUMENT DE TRAVAIL

3°. La déclaration de nullité demandée englobe l'ensemble de la clause d'intérêt variable qui, sans indice négatif, ne peut subsister car elle ne satisfait pas au contrôle de transparence auquel la clause d'intérêt variable est soumise. La jurisprudence espagnole, fondée sur l'article 1303 du code civil, prévoit que *« [l]orsqu'une obligation est déclarée nulle, les contractants doivent se restituer réciproquement les choses ayant fait l'objet du contrat, les fruits produits par ces choses et le prix assorti des intérêts, sans préjudice des articles suivants. »*

4°. Selon l'auteur de doctrine Diez Picazo, le fait que les préambules n'aient pas de valeur normative directe pour réglementer les situations et les relations juridiques ne signifie pas pour autant qu'ils n'ont aucune autre valeur ou qu'ils sont totalement dépourvus d'effets juridiques. Au contraire, il arrive fréquemment que les préambules soient mis en regard de la volonté du législateur, de sorte qu'ils seraient – dit-on – le moyen formel par lequel la volonté du législateur s'exprime habituellement pour faire ressortir l'intention qui a guidé l'adoption de la loi, laquelle se fait l'écho de l'interprétation dite authentique de cette volonté.

Il ne fait aucun doute que l'application de l'interprétation authentique de la circulaire au cas d'espèce montre que la réglementation de l'IRPH prévoyait une commercialisation assortie de différentiels négatifs, ce qui conduit la juridiction de céans à se demander si cette pratique commerciale n'est pas trompeuse, puisque l'omission s'est faite au détriment du consommateur et que des différentiels positifs ont été appliqués.

CINQUIÈMEMENT – CADRE RÉGLEMENTAIRE DE L'UNION EUROPÉENNE

Une question similaire a déjà été examinée par la Cour de justice de l'Union européenne, qui s'est prononcée en faveur du consommateur.

1°. **Dans l'arrêt du 16 janvier 2014 dans l'affaire C-226/12 (EU:C:2014:10), portant sur l'interprétation de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 93/13**, la Cour a déclaré que l'existence d'un « déséquilibre significatif » ne requiert pas nécessairement que les coûts mis à la charge du consommateur par une clause contractuelle aient à l'égard de celui-ci une incidence économique significative au regard du montant de l'opération en cause, mais peut résulter du seul fait d'une atteinte suffisamment grave à la situation juridique dans laquelle ce consommateur, en tant que partie au contrat, est placé en vertu des dispositions nationales applicables, que ce soit sous la forme d'une restriction au contenu des droits que, selon ces dispositions, il tire de ce contrat ou d'une entrave à l'exercice de ceux-ci ou encore de la mise à sa charge d'une obligation supplémentaire, non prévue par les règles nationales.

Dans l'affaire C-689/20, il est indiqué que : *« 24. Selon la jurisprudence de la Cour, points 43 et 44 de l'arrêt C-453/10 Pereničová et Perenič et points 48 à 50 de l'arrêt dans l'affaire C-109/17 Bankia SA, l'insertion d'une clause dans un contrat résultant de l'application d'une pratique commerciale déloyale au sens de*

DOCUMENT DE TRAVAIL

la directive 2005/29/CE constitue un élément d'appréciation du caractère abusif au sens de l'article 4 de la directive 93/13/CEE. » *

2°. Aux termes de **l'article 5 de la DIRECTIVE 2005/29 DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur :**

« Interdiction des pratiques commerciales déloyales

1. Les pratiques commerciales déloyales sont interdites.

2. Une pratique commerciale est déloyale si :

a) elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle, et

b) elle altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique, par rapport au produit, du consommateur moyen qu'elle touche ou auquel elle s'adresse, ou du membre moyen du groupe lorsqu'une pratique commerciale est ciblée vers un groupe particulier de consommateurs.

3. Les pratiques commerciales qui sont susceptibles d'altérer de manière substantielle le comportement économique d'un groupe clairement identifiable de consommateurs parce que ceux-ci sont particulièrement vulnérables à la pratique utilisée ou au produit qu'elle concerne en raison d'une infirmité mentale ou physique, de leur âge ou de leur crédulité, alors que l'on pourrait raisonnablement attendre du professionnel qu'il prévoie cette conséquence, sont évaluées du point de vue du membre moyen de ce groupe. Cette disposition est sans préjudice de la pratique publicitaire courante et légitime consistant à formuler des déclarations exagérées ou des déclarations qui ne sont pas destinées à être comprises au sens littéral. »

L'article 7 de la directive 2005/29 ajoute ce qui suit :

« Omissions trompeuses

DOCUMENT DE TRAVAIL

* Ndt : la juridiction de renvoi fait référence à l'affaire Banka DSK (C-689/20), ce qui semble être une erreur puisque cette affaire a été radiée (ordonnance du président de la Cour du 21 septembre 2021, Banka DSK, C 689/20, non publiée, EU:C:2021:791). Plus particulièrement, la juridiction de renvoi cite le point 24 de l'affaire Banka DSK (C 689/20). Or ce qu'elle cite est en réalité le point 24 de la demande de décision préjudicielle introduite par le Tribunal de première instance de Sofia (Bulgarie). Cependant, il pourrait être déduit du contenu de la demande de décision préjudicielle que la juridiction de renvoi se réfère à la jurisprudence de la Cour selon laquelle la constatation du caractère déloyal d'une pratique commerciale constitue un élément parmi d'autres sur lequel le juge compétent peut fonder l'appréciation du caractère abusif des clauses d'un contrat en vertu de l'article 4, paragraphe 1, de la directive 93/13 (arrêts du 15 mars 2012, Pereničová et Perenič, C 453/10, EU:C:2012:144, points 43 et 44, et du 19 septembre 2018, Bankia, C 109/17, EU:C:2018:735, points 48 à 50).

1. Une pratique commerciale est réputée trompeuse si, dans son contexte factuel, compte tenu de toutes ses caractéristiques et des circonstances ainsi que des limites propres au moyen de communication utilisé, elle omet une information substantielle dont le consommateur moyen a besoin, compte tenu du contexte, pour prendre une décision commerciale en connaissance de cause et, par conséquent, l'amène ou est susceptible de l'amener à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement.

2. Une pratique commerciale est également considérée comme une omission trompeuse lorsqu'un professionnel, compte tenu des aspects mentionnés au paragraphe 1, dissimule une information substantielle visée audit paragraphe ou la fournit de façon peu claire, inintelligible, ambiguë ou à contretemps, ou lorsqu'il n'indique pas sa véritable intention commerciale dès lors que celle-ci ne ressort pas déjà du contexte et lorsque, dans l'un ou l'autre cas, le consommateur moyen est ainsi amené ou est susceptible d'être amené à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement.

3. Lorsque le moyen de communication utilisé aux fins de la pratique commerciale impose des limites d'espace ou de temps, il convient, en vue de déterminer si des informations ont été omises, de tenir compte de ces limites ainsi que de toute mesure prise par le professionnel pour mettre les informations à la disposition du consommateur par d'autres moyens.

4. Lors d'une invitation à l'achat, sont considérées comme substantielles, dès lors qu'elles ne ressortent pas déjà du contexte, les informations suivantes :

a) les caractéristiques principales du produit, dans la mesure appropriée eu égard au moyen de communication utilisé et au produit concerné ;

b) l'adresse géographique et l'identité du professionnel, par exemple sa raison sociale et, le cas échéant, l'adresse géographique et l'identité du professionnel pour le compte duquel il agit ;

c) le prix toutes taxes comprises, ou, lorsque la nature du produit signifie que le prix ne peut raisonnablement pas être calculé à l'avance, la manière dont le prix est calculé, ainsi que, le cas échéant, tous les coûts supplémentaires de transport, de livraison et postaux, ou, lorsque ces coûts ne peuvent raisonnablement pas être calculés à l'avance, la mention que ces coûts peuvent être à la charge du consommateur ; … »

SIXIÈMEMENT. – DROIT NATIONAL APPLICABLE

En droit espagnol, la protection des consommateurs contre les clauses abusives était garantie, à l'origine, par la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (loi générale nº 26/1984, du 19 juillet 1984, relative à la protection des consommateurs et des usagers, ci-après la « loi 26/1984 ») (BOE nº 176, du 24 juillet 1984, p. 21686).

DOCUMENT DE TRAVAIL

La loi générale 26/1984 a ensuite été modifiée par la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (loi nº 7/1998, du 13 avril 1998, relative aux conditions générales contractuelles, ci-après la « LCGC ») (BOE nº 89, du 14 avril 1998, p. 12304), qui a transposé la directive dans le droit interne espagnol.

Enfin, le Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias [décret royal législatif nº 1/2007, du 16 novembre 2007, portant approbation du texte de refonte de la loi générale de protection des consommateurs et usagers et autres lois complémentaires (BOE nº 287, du 30 novembre de 2007, p. 49181 ; ci-après le « TRLGDCU »)], a fixé le texte de refonte de la loi 26/1984, avec ses modifications successives et récentes.

Article 8. Droits fondamentaux des consommateurs et des usagers

1. *Constituent des droits fondamentaux des consommateurs et usagers et des consommateurs en situation d'infériorité, de subordination ou d'impuissance.*

a) [OMISSIS] [Disposition non pertinente]

b) *La protection de leurs intérêts économiques et sociaux légitimes, notamment contre les pratiques commerciales déloyales et les clauses contractuelles abusives.*

c) *L'indemnisation des dommages et la réparation des préjudices subis.*

d) *L'information exacte sur les différents biens ou services dans des formats qui garantissent leur accessibilité, leur éducation et leur diffusion afin de faciliter la connaissance relative à l'utilisation, à la consommation ou à la jouissance appropriées de ces biens ou services, ainsi que la prise de décisions dans leur meilleur intérêt.*

e) [OMISSIS] [Disposition non pertinente]

f) *La protection de leurs droits au moyen de procédures efficaces, notamment lorsqu'ils se trouvent dans une situation d'infériorité, de subordination ou d'impuissance.*

2. *Les droits des consommateurs se trouvant dans une situation d'infériorité, de subordination ou d'impuissance font l'objet d'une attention particulière, qui sera couverte par des règlements et par les réglementations sectorielles applicables dans chaque cas. Les pouvoirs publics encouragent les politiques et les actions visant à garantir leurs droits dans des conditions d'égalité, conformément à la situation spécifique de vulnérabilité dans laquelle ils se trouvent, en essayant d'éviter, dans tous les cas, les formalités susceptibles d'entraver l'exercice de ces droits.*

DOCUMENT DE TRAVAIL

Article 8, tel que modifié par l'article premier, paragraphe 2, de la Ley 4/2022, de 25 de febrero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica [loi nº 4/2022 du 25 février 2022, relative à la protection des consommateurs et usagers en situation de vulnérabilité sociale et économique (BOE du 1er mars ; ci-après la « loi 4/2022 »)]. Entrée en vigueur : 2 mars 2022.

Article 60. Information précontractuelle.

1. *Avant que le consommateur ou l'usager ne soit lié par un contrat ou une offre du même type, le professionnel lui fournit, d'une manière claire et compréhensible, sauf si elles sont évidentes en raison du contexte, les informations pertinentes, correctes et suffisantes sur les principales caractéristiques du contrat, notamment sur ses conditions juridiques et économiques.*

Sans préjudice des réglementations sectorielles applicables, les conditions dans lesquelles ces informations sont fournies, notamment dans le cas de consommateurs en situation d'infériorité, de subordination ou d'impuissance, doivent être claires, compréhensibles, correctes et suffisantes, et sont fournies dans un format facilement accessible, en garantissant, le cas échéant, l'assistance nécessaire afin de veiller à leur bonne compréhension et de permettre la prise de décisions conformes à leurs intérêts.

Point 1 de l'article 60 modifié conformément à l'article premier, paragraphe 8, de la loi 4/2022.

2. *Sont pertinentes les obligations d'information sur les biens ou services établies par la présente loi ou toute autre norme applicable, ainsi que :*

- ***a)*** *les principales caractéristiques des biens ou services, dans la mesure où elles sont adaptées au support utilisé et aux biens ou services ;*

- ***b)*** [OMISSIS] [Disposition non pertinente]

- ***c)*** *le prix total, y compris toutes les taxes et tous les frais. Si, en raison de la nature des biens ou des services, le prix ne peut raisonnablement pas être calculé à l'avance ou fait l'objet d'un devis, le mode de détermination du prix, ainsi que tous les frais supplémentaires de transport, de livraison ou d'expédition, ou, si ces frais ne peuvent raisonnablement pas être calculés à l'avance, la mention que ces frais peuvent être à la charge du consommateur ;*

Toute information fournie au consommateur et à l'usager relative au prix des biens ou des services, y compris la publicité, comprend des informations sur le prix total, en détaillant, le cas échéant, le montant des suppléments ou rabais

DOCUMENT DE TRAVAIL

applicables, les frais répercutés sur le consommateur et l'utilisateur et les frais supplémentaires pour les services auxiliaires, le financement, l'utilisation de différents moyens de paiement ou d'autres conditions de paiement similaires.

- ***d)*** *Les modalités de paiement, de livraison et d'exécution, la date à laquelle le professionnel s'engage à livrer les biens ou à fournir le service.*

- ***e)*** [OMISSIS] [Disposition non pertinente]

[OMISSIS]

3. [OMISSIS] [Dispositions et précisions non pertinentes]

4. *L'information précontractuelle doit être fournie au consommateur et à l'utilisateur gratuitement et au moins en espagnol et, le cas échéant, à la demande de l'une des parties, elle doit également être rédigée dans l'une des autres langues officielles du lieu où le contrat est conclu.*

Point 4 de l'article 60 modifié conformément à l'article premier, paragraphe 8, de la loi 4/2022.

[OMISSIS] [Précisions non pertinentes]

[OMISSIS] [Précision non pertinente]

Article 80. Exigences applicables aux clauses n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle

1. *Dans les contrats conclus avec des consommateurs et des usagers qui comprennent des clauses n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle, y compris les contrats conclus par l'administration publique et les entités et entreprises qui en dépendent, ces clauses doivent respecter les exigences suivantes :*

– ***a)*** *la rédaction doit être précise, claire et simple, et doit pouvoir être directement comprise, sans renvoyer à des textes ou à des documents qui n'aient pas été fournis préalablement ou lors de la conclusion du contrat et auxquels, en tout état de cause, le document contractuel doit faire expressément référence ;*

– ***b)*** *accessibilité et lisibilité, afin de permettre au consommateur et à l'usager de connaître leur existence et leur contenu avant la conclusion du contrat. Cette exigence ne sera en aucun cas considérée comme respectée si la taille de la police du contrat est inférieure à un millimètre et demi ou si le contraste avec le fond est insuffisant et rend la lecture difficile ;*

[OMISSIS]

DOCUMENT DE TRAVAIL

[OMISSIS] [Précisions non pertinentes]

*– **c)** bonne foi et juste équilibre entre les droits et obligations des parties, ce qui exclut, en tout état de cause, l'utilisation de clauses abusives.*

2. *Dans le cadre d'une action individuelle, en cas de doute sur le sens d'une clause, l'interprétation la plus favorable au consommateur prévaut.*

Article 82. Notion de clause abusive.

1. « Sont considérées comme abusives toutes les clauses n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle ainsi que toutes les pratiques qui ne résultent pas d'un accord exprès et qui, en dépit de l'exigence de bonne foi, créent au détriment du consommateur et de l'usager un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat.

2. Le fait que certains éléments d'une clause ou qu'une clause isolée aient fait l'objet d'une négociation individuelle n'exclut pas l'application des règles sur les clauses abusives au reste du contrat.

Si le professionnel prétend qu'une clause déterminée a fait l'objet d'une négociation individuelle, la charge de la preuve lui incombe.

3. Le caractère abusif d'une clause est apprécié en tenant compte de la nature des biens ou des services faisant l'objet du contrat et en se référant à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat, ou d'un autre contrat dont il dépend.

4. Nonobstant ce qui précède, sont en tout état de cause abusives les clauses qui, conformément aux articles 85 à 90 inclus :

a) lient le contrat à la volonté du professionnel,

b) restreignent les droits du consommateur et de l'usager,

c) entraînent l'absence de réciprocité dans le contrat,

d) imposent au consommateur ou à l'usager des garanties disproportionnées, ou lui imposent indûment la charge de la preuve,

e) ont un caractère disproportionné au regard de la conclusion et de l'exécution du contrat, ou

f) sont contraires aux règles en matière de concurrence et de droit applicable. »

DOCUMENT DE TRAVAIL

Article 83. Nullité des clauses abusives et maintien du contrat :

Les clauses abusives sont nulles de plein droit et sont réputées non écrites. À ces fins, après avoir entendu les parties, le juge constate la nullité des clauses abusives figurant dans le contrat, celui-ci restant néanmoins contraignant pour les parties selon les mêmes termes s'il peut subsister sans les clauses abusives.

Les conditions incorporées de manière non transparente dans les contrats au détriment des consommateurs sont nulles de plein droit.

[OMISSIS]

[OMISSIS] [Précision non pertinente]

L'article 1258 du code civil dispose : *« Le contrat est parfait par le seul consentement des parties et oblige non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que la bonne foi, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature. »*

L'article 1303 du code civil dispose : *« Lorsqu'une obligation est déclarée nulle, les parties doivent se restituer réciproquement les choses ayant fait l'objet du contrat et leurs fruits, ou le prix majoré des intérêts, sous réserve des articles suivants ».*

L'article 7 de la LCGC dispose :

« Les conditions générales suivantes sont réputées ne pas figurer dans le contrat :

a) celles dont le consommateur n'a pas eu réellement l'occasion de prendre intégralement connaissance au moment de la conclusion du contrat ou qui n'ont pas été signées, le cas échéant, aux termes de l'article 5 ;

b) celles qui sont illisibles, ambigües, obscures et incompréhensibles, sauf, dans le cas de ces dernières, lorsque l'adhérent les a expressément acceptées par écrit et lorsqu'elles respectent la réglementation spécifique relative à la transparence des clauses contractuelles dans ce domaine. »

L'article 8 de la LCGC dispose :

« 1. Sont nulles de plein droit les conditions générales qui, au préjudice de la partie adhérente, contreviennent aux dispositions de la présente loi ou de toute autre règle impérative ou prohibitive, à moins que celles-ci ne sanctionnent différemment leur violation.

2. En particulier, sont nulles les conditions générales abusives dans les contrats conclus avec un consommateur […]. »

Circulaire 5/1994 du BANCO DE ESPAÑA du 22 juillet 1994 à destination des établissements de crédit, modifiant la circulaire 8/1990 relative à la

DOCUMENT DE TRAVAIL

transparence des opérations et à la protection de la clientèle, PUBLIÉE AU BOE DU 3 AOUT 1994.

« Les taux de référence sélectionnés sont, en dernière analyse, des [TAEG]. Les taux moyens des prêts hypothécaires accordés par les banques et l'ensemble des établissements pour l'acquisition d'un logement dont le prix est librement fixé constituent, à proprement parler, des TAEG puisqu'ils incluent en outre l'effet des commissions. Aussi, les utiliser directement et simplement comme taux contractuels impliquerait de placer le [TAEG] de l'opération hypothécaire au-dessus du taux pratiqué sur le marché. ***Pour aligner le TAEG de cette opération sur celui du marché, il serait nécessaire d'appliquer un différentiel négatif****, dont la valeur varierait en fonction des commissions de l'opération et de la fréquence des versements. »*

Disposition finale

« La présente circulaire entrera en vigueur le jour de sa publication au [Journal officiel espagnol] ».

Articles 4 et 7 de la loi 3/1991 du 10 janvier 1991 sur la concurrence déloyale :

« Article 4 – Clause générale

1. Un comportement est réputé déloyal s'il est objectivement contraire aux exigences de la bonne foi.

Dans les relations avec des consommateurs ou des usagers, le comportement d'un professionnel est contraire aux exigences de bonne foi s'il contrevient aux règles de la diligence professionnelle, entendue comme le niveau de compétence spécialisée et de soins dont le professionnel est raisonnablement censé faire preuve conformément aux pratiques de marché honnêtes, et s'il altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur moyen ou du membre moyen du groupe auquel la pratique s'adresse, s'il s'agit d'une pratique commerciale ciblée vers un groupe particulier de consommateurs.

Aux fins de la présente loi, on entend par comportement économique du consommateur ou de l'usager toute décision par laquelle le consommateur ou l'usager choisit d'agir ou de s'abstenir d'agir en relation avec :

- ***a)*** *La sélection d'une* ***offre*** *ou d'un fournisseur.*

- ***b)*** *L'acquisition d'un bien ou d'un service, ainsi que, le cas échéant, les modalités et les conditions de cette acquisition.*

DOCUMENT DE TRAVAIL

- ***c)*** *Le paiement du* ***prix****, en tout ou en partie, ou toute autre forme de paiement.*

Article 7 – Omissions trompeuses

1. Est réputée déloyale l'omission ou la dissimulation d'informations nécessaires pour que le destinataire prenne ou puisse prendre une décision concernant son comportement économique en toute connaissance de cause. Elle est également déloyale si les informations fournies sont peu claires, inintelligibles, ambiguës ou à contretemps, ou si le but commercial de cette pratique n'est pas divulgué, dès lors que celui-ci ne ressort pas du contexte.

2. Pour déterminer le caractère trompeur des actes visés au paragraphe précédent, il est tenu compte du contexte factuel dans lequel ils se produisent, notamment de toutes leurs caractéristiques et circonstances ainsi que des limites propres aux moyen de communication utilisé.

L'article 7 de la LCGC dispose que ne figurent pas dans le contrat les conditions générales dont le consommateur n'a pas eu réellement l'occasion de prendre intégralement connaissance [au moment de] la conclusion du contrat ou qui n'ont pas été signées, le cas échéant, aux termes de l'article 5.

L'article 5, paragraphe 1, de la même loi prévoit que les conditions générales font partie du contrat lorsque l'adhérent accepte leur inclusion dans le contrat.

Une fois qu'elles ont satisfait au contrôle dit d'inclusion, les conditions générales font partie du contrat. Toutefois, pour être valables et efficaces, elles doivent satisfaire à un deuxième contrôle, dit de contenu. Les clauses qui ne satisfont pas au contrôle de contenu sont abusives et sont donc nulles et non avenues. Le contrôle de contenu est prévu aux articles 82 et suivants du TRLGDCU, ce qui signifie qu'il ne s'applique que lorsque l'adhérent est un consommateur.

Le contrôle de contenu existe aussi pour les conditions générales visées à l'article 8 de la LCGC, mais cette réglementation n'est qu'apparente, car son paragraphe 1, qui se présente comme étant de portée générale, est vide de tout contenu, puisqu'il n'est rien d'autre qu'une répétition de l'article 6, paragraphe 3, du code civil, qui stipule que sont nulles de plein droit les conditions générales qui, au préjudice de la partie adhérente, contreviennent aux dispositions de la présente loi ou de toute autre règle impérative ou prohibitive, à moins que celles-ci ne sanctionnent différemment leur violation, et qui prévoit la nullité des conditions générales abusives dans les contrats conclus avec un consommateur, de sorte que cette disposition reprend ou répète simplement ce qui a déjà été dit sans établir un régime général de contrôle du contenu des conditions contractuelles.

En conclusion, il découle de l'article 8 de la LCGC et des articles 82 et suivants du TRLGDCU qu'il n'y a de contrôle de contenu des clauses non négociées

DOCUMENT DE TRAVAIL

individuellement et des conditions générales du contrat que lorsque l'adhérent est un consommateur.

SEPTIÈMEMENT. – RELATION ENTRE LE DROIT [DE L'UNION] ET LE DROIT ESPAGNOL

En vertu de ce qui précède, l'article 7 de la loi sur la concurrence déloyale, ainsi que l'article 7 de la directive [2005/29], qui prévoient qu'est trompeuse l'omission de l'information relative à l'inclusion d'un différentiel négatif aboutissant à l'application d'un différentiel positif, sont applicables. Une telle clause peut être soumise à un contrôle de transparence dans le cadre de la vérification d'un caractère abusif contraire à la directive 93/13, dès lors qu'elle ne satisfait pas au contrôle d'inclusion, le consommateur n'ayant pas été informé de cette nécessité d'appliquer un différentiel négatif prévue par la circulaire 5/1994 du Banco de España du 3 août 1994 *. Par rapport aux autres indices sur le marché, tels que l'Euribor, un indice comme l'IRPH, sous ses différentes formes, implique que les transactions qui y sont soumises seront toujours plus coûteuses pour le consommateur, puisque les données que les établissements bancaires (auparavant aussi les caisses d'épargne) fournissent mensuellement au Banco de España pour publication sont toujours *"une moyenne de l'ensemble des opérations"*, étant entendu que toutes ces opérations incluent les commissions, y compris les différentiels qui leur sont appliqués et qui sont incorporés dans le taux d'intérêt. **Le préambule de la circulaire précise que ces différentiels doivent être négatifs afin d'aligner les TAEG de l'IRPH sur les autres taux du marché.**

La question se pose de savoir s'il serait donc déloyal et contraire à la réglementation de l'Union de ne pas expliquer l'offre conformément aux conclusions exposées dans l'affaire C-689/20. L'inclusion d'une clause contractuelle faisant suite à l'application d'une pratique commerciale déloyale, au sens de la directive 2005/29, constitue un élément d'appréciation de son caractère abusif conformément à l'article 4 de la directive 93/13, et si [le différentiel négatif] EST NÉCESSAIRE, comme l'indique le Banco de España dans le préambule de la circulaire 5/994, l'omission y afférente doit également constituer un élément d'appréciation du caractère abusif de la clause conformément à l'article 4 de la directive 93/13, qui dispose qu'une pratique commerciale est déloyale si elle est contraire à la bonne [foi], notamment lorsqu'un élément est dissimulé [pouvant influer] sur le comportement économique par rapport à une opération, et qui définit le comportement économique comme *"toute action du consommateur lui permettant d'évaluer différentes offres concernant les produits ou services qui lui sont proposés"*.

Comme cela ressort de l'article 5, [paragraphe 1], sous b), de la directive [2005/29/CE], [une pratique commerciale est déloyale si :] ***"elle altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique, par***

* Ndt : c'est ce qu'il convient peut-être de lire étant donné que cette phrase n'est pas claire.

DOCUMENT DE TRAVAIL

rapport au produit, du consommateur moyen qu'elle touche ou auquel elle s'adresse, ou du membre moyen du groupe lorsqu'une pratique commerciale est ciblée vers un groupe particulier de consommateurs". C'est pourquoi nous nous trouvons face à un consommateur qui a reçu une offre concernant laquelle il n'a pas été informé de la nécessité d'appliquer un différentiel négatif, imposé par le Banco de España dans sa circulaire [5/1994] et dont l'application est obligatoire.

Il y a altération substantielle en l'absence d'interprétation authentique de la norme établie par l'organisme de contrôle, qui impose, concernant la détermination du taux d'intérêt à payer, d'appliquer un différentiel négatif mais que cela n'est pas fait.

La question se pose de savoir si cette omission ou ce non-respect d'une norme émise par le Banco de España, ainsi qu'une pratique généralisée ayant cours en matière de prêts hypothécaires, revêt un caractère abusif pour les consommateurs, qui rende nécessaire, par le biais de la circulaire 5/1994, l'application d'un différentiel négatif venant s'ajouter au taux de référence afin de rendre le TAEG plus juste par rapport aux autres taux du marché [*].

De même, il semblerait raisonnable de considérer qu'il est contraire aux lois de protection des consommateurs et à la directive 93/13, en combinaison avec la directive 29/2005, de définir un taux de référence assorti d'un différentiel qui soit plus préjudiciable pour le consommateur et, en outre, de ne pas l'en avoir informé.

En résumé, la juridiction de céans soumet à l'appréciation du plus haut interprète du droit de l'Union européenne en la matière, qui prime le droit interne des États membres, la question de savoir s'il convient de procéder à un contrôle de transparence d'une clause composée d'une part, d'un indice de référence, dès lors qu'un différentiel positif crée un déséquilibre, alors que ce dernier aurait dû être négatif, et, d'autre part, de l'offre faite par l'établissement bancaire, et donc de savoir si l'indice est abusif au motif qu'il s'agit d'une pratique déloyale et qu'il y a un manque de transparence.

Par conséquent, le caractère abusif d'une clause contenant un différentiel positif peut être établi lorsque la réglementation du Banco de España exige qu'il soit négatif, comme cela ressort de l'affaire C-689/20 : *"24. Selon la jurisprudence de la Cour, points 43 et 44 de l'arrêt C-453/10 Pereničová et Perenič et points 48 à 50 de l'arrêt dans l'affaire C-109/17 Bankia SA, l'insertion d'une clause dans un contrat résultant de l'application d'une pratique commerciale déloyale au sens de la directive 2005/29/CE constitue un élément d'appréciation du caractère abusif au sens de l'article 4 de la directive 93/13/CEE."*

[*] Ndt : c'est ce qu'il convient peut-être de lire étant donné que cette phrase n'est pas claire.

DOCUMENT DE TRAVAIL

HUITIÈMEMENT. – JURISPRUDENCE DU TRIBUNAL SUPREMO (COUR SUPRÊME)

1. LA JURISPRUDENCE DU TRIBUNAL SUPREMO (COUR SUPRÊME) SUR LES CLAUSES CONTRAIRES À LA BONNE FOI ET PROVOQUANT UN DÉSÉQUILIBRE EN RAISON DE LEUR CARACTÈRE INSOLITE

On trouve un précédent dans la jurisprudence du Tribunal Supremo (Cour Suprême) qui indique que la LCGC (loi nº 7/1998, du 13 avril 1998, relative aux conditions générales contractuelles), ainsi que la réglementation figurant à l'article 80 de la LCGC [*], ont pour objet de transposer la directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, et **l'arrêt du Tribunal Supremo (Cour Suprême) du 3 juin 2016** précise qu'"*il n'y a donc pas de place pour une application extensive ou analogique des contrôles de contenu et de transparence au cas de l'adhérent professionnel étant donné qu'il [n']y a [pas] de vide juridique, mais que cette différence de traitement a été délibérément voulue par notre législateur*".

Cela ne signifie pas que ces conditions générales sont juridiquement inattaquables et que l'on doit les considérer comme valides dans tous les cas. **Il convient de partir du principe que la LCGC, qui exclut délibérément le contrôle [de transparence et] de contenu des conditions générales du contrat, inclut dans son préambule un paragraphe (le huitième) qui semble ouvrir la porte à un contrôle de contenu similaire à celui qui existe dans les contrats entre professionnels.** Le paragraphe [8] précise ensuite : *cela ne signifie pas que, dans les conditions générales entre professionnels, il ne peut pas y avoir d'abus de position dominante, mais cette notion sera soumise aux règles générales de la nullité contractuelle. En d'autres termes, rien n'empêche que la nullité d'une condition générale qui est abusive dès lors qu'elle est contraire à la bonne foi et provoque un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties puisse aussi être constatée judiciairement, même dans le cas de contrats entre professionnels. Cependant, il conviendra de tenir compte, dans chaque cas, des caractéristiques spécifiques de la conclusion des contrats entre entreprises* ».

Cet arrêt constitue une véritable révolution dans ce domaine [1]. Après avoir nié que la clause plancher des contrats de prêt aux professionnels pouvait être soumise au

[*] Ndt : La loi citée (LCGC) ne compte que 24 articles. On peut supposer que la référence aurait dû être faite à l'article 80 du TRLGDCU.

[1] Busto Lago, José Manuel. El nuevo paradigma de la solvencia del consumidor de crédito en la Unión Europea. Atelier. MECANISMOS PARA AUMENTAR LA PROTECCIÓN DEL PRESTATARIO HIPOTECARIO : EL PAPEL DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y ALGUNAS NOVEDADES INCLUIDAS EN EL PROYECTO DE LEY DE CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO [Le nouveau paradigme de la solvabilité des consommateurs dans l'Union européenne. Atelier. MÉCANISMES DE RENFORCEMENT DE LA PROTECTION DU PRENEUR DE CRÉDIT HYPOTHÉCAIRE : LE RÔLE DE LA JURIDICTION DU TRIBUNAL SUPREMO (COUR SUPRÊME) ET QUELQUES ÉVOLUTIONS FIGURANT DANS LE PROJET DE LOI SUR LES CONTRATS DE CRÉDIT

DOCUMENT DE TRAVAIL

contrôle de transparence dans les termes décrits par **l'arrêt du Tribunal Supremo (Cour suprême) du 9 mai 2013**, le cinquième motif, qui est intitulé *« la bonne foi comme paramètre d'interprétation contractuelle »*, énonce ce qui suit :

« 1. Compte tenu des conclusions qui précèdent et de la révision que ***l'exposé des motifs de la loi relative aux conditions générales contractuelles fait des règles contractuelles générales*** *en matière de contrats entre professionnels, ainsi que de celle que notre jurisprudence fait du régime général du contrat négocié, nous devons garder à l'esprit que l'article 1258 du code civil et l'article 57 du code de commerce prévoient que les contrats obligent à toutes les suites [que la bonne foi donne à l'obligation d'après sa nature. À cet effet, on peut considérer que] la virtualité du principe général de bonne foi, modérateur du contenu contractuel, qui est apte à exclure certaines clauses du contrat, est défendable, au moins pour les clauses qui créent un déséquilibre dans la position contractuelle de l'adhérent, c'est-à-dire celles qui modifient de manière dissimulée le contenu que l'adhérent pouvait considérer comme convenu d'après la nature même et l'objet du contrat, en ce sens qu'il peut être contraire à la bonne foi d'essayer de profiter de l'insertion unilatérale, de l'imposition et du défaut de négociation de clauses qui sont préjudiciables à l'adhérent. Ainsi, l'article 1258 du code civil a été invoqué pour protéger des conventions insolites ce que l'on appelle le contenu naturel du contrat (les conséquences qui, conformément à la bonne foi, et selon les circonstances – publicité, actes préparatoires, etc. découlent de la nature du contrat).*

2. De la même manière, on peut considérer comme nulles certaines clauses qui comportent une règlementation contraire à la confiance légitime que l'adhérent pouvait nourrir au regard du contrat qu'il a conclu (arrêts 849/1996 du 22 octobre, et 1141/2006, du 15 novembre). Cette conclusion est conforme aux prescriptions découlant des principes du droit européen des contrats formulés par la Commission pour le droit européen du contrat (Commission Lando), qui posent le principe général de la bonne foi dans la conclusion des contrats (article 1:201), et prévoient la nullité des clauses abusives indépendamment de la qualité (consommateur ou non) de l'adhérent, en considérant comme telles celles qui créent au détriment d'une partie un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat (article 4:110, paragraphe 1). Ces principes ne permettent pas le contrôle de contenu d'une clause qui définit l'objet principal du contrat, pour autant que la clause est rédigée de façon claire et compréhensible, ni de l'adéquation entre la valeur respective des prestations à fournir par les parties (article 4:110, paragraphe 2). Cette dernière considération sur l'adéquation entre le prix et la prestation est particulièrement pertinente en

IMMOBILIER] ; Manuel Jesús Marín López, Chapitre 3. LA APLICACIÓN DEL CONTROL DEL TRANSPARENCIA Y DE CONTENIDO A LOS ADHERENTES NO CONSUMIDORES : LA STS DE 3 DE JUNIO DE 2016 [L'APPLICATION DU CONTRÔLE DE TRANSPARENCE ET DE CONTENU AUX ADHÉRENTS NON CONSOMMATEURS : L'ARRÊT DU TRIBUNAL SUPREMO (COUR SUPRÊME) DU 3 JUIN 2016.]

DOCUMENT DE TRAVAIL

l'espèce puisque, dans un contrat de prêt commercial, les intérêts rémunérateurs convenus constituent le prix de l'opération. »

Le texte poursuit en indiquant que l'arrêt utilise pour la première fois dans notre jurisprudence le principe général de la bonne foi en tant que règle modératrice du contenu contractuel, apte à exclure certaines clauses dans les contrats d'adhésion conclus avec des professionnels, et qui ne figure pas dans les dispositions de la LOI RELATIVE AUX CONDITIONS GÉNÉRALES CONTRACTUELLES, MAIS SEULEMENT DANS SON EXPOSÉ DES MOTIFS.

En réalité, le recours à la bonne foi dans l'article 1258 du code civil pour exclure les conditions contractuelles imposées unilatéralement dans les contrats avec les professionnels peut avoir un double sens. En premier lieu, le manquement à la bonne foi peut être utilisé pour demander l'invalidité de la clause en raison de son caractère objectivement déséquilibré.

Cela étant, il peut aussi, en second lieu, être utilisé pour demander l'exclusion d'une clause en raison de son caractère insolite par rapport au contenu contractuel auquel l'adhérent pouvait légitimement s'attendre. La bonne foi peut servir à obtenir l'exclusion d'une clause au motif qu'elle est insolite par rapport au contenu contractuel auquel l'adhérent pouvait légitimement s'attendre.

Dans ce cas, une clause est exclue non pas parce qu'elle est objectivement déséquilibrée dans son contenu, mais parce qu'elle est en contradiction avec un autre contenu contractuel : [celui] auquel l'adhérent pouvait légitimement s'attendre sur la base des informations fournies dans la phase précontractuelle. Il y a une contradiction entre le contenu imposé dans les conditions générales [et] le contenu découlant des attentes légitimes de l'adhérent. [OMISSIS]

L'arrêt du Tribunal Supremo (Cour suprême) du 3 juin 2016 admet expressément la possibilité d'exclure les clauses insolites du contrat. En effet, en affirmant que le principe général de bonne foi de l'article 1258 du code civil peut être valablement invoqué comme une règle modératrice du contenu contractuel, apte à exclure les clauses qui modifient de manière dissimulée le contenu du contrat auquel [le contractant] pouvait raisonnablement s'attendre d'après sa nature et son objet, le Tribunal Supremo (Cour suprême) fait une application de la règle dite des « clauses insolites », selon laquelle sont invalides les clauses qui sont si inattendues par rapport aux conditions et à la nature du contrat que l'adhérent ne pouvait pas raisonnablement imaginer qu'elles existent.

En l'absence de disposition légale expresse prévoyant la nullité des clauses insolites, la doctrine avait souligné que ces clauses étaient contraires à la bonne foi de l'article 1258 du code civil, et qu'elles étaient donc nulles. L'arrêt du Tribunal Supremo (Cour suprême) du 3 juin 2016 confirme cette thèse. Cette solution est pertinente : est contraire à la bonne foi le fait de profiter du pouvoir d'insertion unilatéral pour introduire, au moyen de conditions générales, des clauses auxquelles l'adhérent ne pouvait raisonnablement pas s'attendre compte tenu de la

DOCUMENT DE TRAVAIL

nature et des conditions du contrat, et qui entraînent une frustration de ses attentes légitimes quant au contenu de ce dernier.

Dans l'affaire spécifique tranchée par l'arrêt du 3 juin 2016, le Tribunal Supremo (Cour suprême) a jugé que la clause plancher imposée dans un contrat entre professionnels n'était pas [une] clause insolite. Il a considéré, à juste titre, que la clause plancher n'était pas contraire à la bonne foi puisqu'il avait été établi en première instance qu'il y avait eu négociation entre les parties. Par conséquent, le contrat ne frustrait pas les attentes légitimes de l'emprunteur quant au coût du prêt.

1 L'arrêt rendu par le Tribunal Supremo (Cour suprême) le 7 novembre 2017, également applicable, indique dans son cinquième motif :

« 3– De la même manière, on peut considérer comme nulles certaines clauses qui comportent une règlementation contraire à la confiance légitime que l'adhérent pouvait nourrir au regard du contrat qu'il a conclu (arrêts 849/1996, du 22 octobre ; 1141/2006, du 15 novembre ; et 273/2016, du 23 avril). Toutefois, il faut toujours garder à l'esprit que, dans l'état actuel de notre droit, le régime de protection de l'adhérent non-consommateur contre les clauses insolites ne peut pas être aussi étendu que la protection du consommateur.

4.– Si nous analysons la présente affaire au regard de ces paramètres, nous devons nécessairement commencer par tenir pour acquis les faits déclarés comme établis dans l'arrêt attaqué, et puisqu'il n'est pas contesté que la clause satisfait au contrôle d'inclusion, compte tenu de son intelligibilité, l'Audiencia Provincial (Cour provinciale) ne considère pas qu'il ait été démontré qu'il y ait eu un manque d'information ou que la clause plancher ait été imposée de mauvaise foi dans le but de prendre les emprunteurs au dépourvu au regard de leurs attentes légitimes quant au coût du prêt. Par conséquent, nous ne pouvons pas affirmer, dans le cadre du présent pourvoi, qu'il y a eu un déséquilibre ou que le prêteur a abusé de sa position contractuelle. Dès lors, on ne saurait soutenir qu'en l'espèce, la condition générale litigieuse comporte une règlementation contraire à la confiance légitime que l'adhérent pouvait nourrir au regard du contrat qu'il a conclu, ni que le comportement de l'établissement prêteur ait été contraire aux dispositions des articles 1256 et 1258 du code civil et de l'article 57 du code de commerce.

5.– De même, dans l'arrêt attaqué, l'Audiencia Provincial (Cour provinciale) ne considère pas non plus qu'un défaut d'information soit établi ni que le consentement des emprunteurs soit vicié. Dès lors, la condition générale litigieuse ne peut être annulée pour vice du consentement conformément à l'article 1300 du code civil. »

D'après l'arrêt [précédent du] Tribunal Supremo (Cour suprême), on pourrait conclure que, de facto, la réponse est la même, que la clause ait été imposée à un consommateur ou à un professionnel : la nullité de la clause liée au déséquilibre

DOCUMENT DE TRAVAIL

qui a été créé en raison du caractère insolite des effets de la clause [et] de la charge qui en résulte pour l'adhérent par rapport à ce qu'il pensait avoir conclu et accepté.

[Puis], dans le cas des consommateurs, cette conclusion repose sur un contrôle de transparence tendant à vérifier [si le] consommateur savait réellement ce que la clause impliquait, et, dans le cas des professionnels, s'ils ont fait preuve de bonne foi contractuelle et modifié ce que l'adhérent pensait être l'objet du contrat. Cependant, sur le fond, l'idée sous-jacente est la même : protéger le consommateur qui n'a pas réussi à savoir vraiment ce à quoi il s'engageait en raison du comportement du professionnel ayant inséré la clause unilatéralement, modifiant ainsi [de manière inattendue] l'objet du contrat à son égard.

Suivant ce raisonnement, le comportement de ce professionnel concernant les informations fournies et non fournies à l'adhérent [est pertinent] dans la même mesure pour déterminer s'il y a eu ou non manquement à ce contrôle de transparence ou de bonne foi. En effet, s'il est établi que l'existence de la charge due au titre de la clause plancher a été divulguée intégralement et en temps utile, on ne peut pas dire qu'il y a eu manquement au contrôle de transparence.

2. SUR LA JURISPRUDENCE DES CLAUSES ABUSIVES : LE DOUBLE CONTRÔLE DE TRANSPARENCE.

La présente demande de décision préjudicielle n'a rien à voir avec l'arrêt de la Cour de justice du 3 mars 2020, ni avec l'arrêt ultérieur du Tribunal Supremo (Cour suprême) [3613]/2020 du 12 novembre, ni avec les arrêts du Tribunal Supremo (Cour suprême) nº 42/2022, 43/2022 et 44/2022, du 27 janvier 2022 faisant suite aux ordonnances de la Cour de justice du 17 décembre 2021 [rendues dans le cadre des questions préjudicielles respectivement posées par le Juzgado de Primera Instancia nº 38] de Barcelona (tribunal de première instance nº 38 de Barcelone, Espagne) et [par le Juzgado de Primera Instancia nº 2] de Ibiza (tribunal de première instance nº 2 d'Ibiza, Espagne).

La demande de décision préjudicielle que la juridiction de céans introduit à présent porte sur le double contrôle de transparence établi par l'arrêt du Tribunal Supremo (Cour suprême) du 9 mai 2013, dans lequel ce dernier a développé une longue théorie sur la clause plancher dans les prêts hypothécaires conclus avec les consommateurs, ainsi que sur la pratique déloyale de dissimulation d'un différentiel négatif [qui] doit faire l'objet du double contrôle de transparence puisqu'il s'agit d'une clause abusive en ce qu'elle est contraire à la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et à la loi 3/1991 sur la concurrence déloyale, toutes deux en liaison avec la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.

DOCUMENT DE TRAVAIL

Cette demande porte sur la question de savoir si le Tribunal Supremo (Cour suprême) considère qu'il existe un double filtre de transparence dans les contrats conclus avec les consommateurs : un premier contrôle de transparence documentaire qui s'applique à toutes les conditions générales et qui, s'il y est satisfait, permet leur inclusion dans le contrat ; puis un second contrôle de transparence, renforcé ou spécifique, pour les éléments essentiels du contrat, qui doit permettre au consommateur de connaître clairement et simplement à la fois la charge économique du contrat, c'est-à-dire le prix à payer, et la charge juridique du contrat, c'est-à-dire la répartition des risques qui en découlent.

Selon le Tribunal Supremo (Cour suprême), le manque de transparence relatif à l'objet principal du contrat – prix et contrepartie – peut causer un préjudice au consommateur consistant en une modification inattendue de la valeur de l'offre, telle qu'il se l'était légitimement [imaginée] sur la base des informations fournies par le professionnel.

Cette absence de transparence renforcée ne conditionne pas la non-inclusion de la clause contractuelle, mais elle ouvre la voie au contrôle de la possibilité que la clause [qui] n'est pas directement abusive [soit contrôlée quant à son] contenu, pour déterminer si la clause peut ou non être considérée comme abusive [arrêts du Tribunal Supremo (Cour suprême) du 9 mai 2013 et du 9 mars 2017].

Initialement, la jurisprudence encadrait le contrôle de transparence en des termes très stricts, puisque la clause pouvait être non transparente même lorsque le professionnel avait respecté les obligations d'information que lui impose la réglementation bancaire sectorielle. L'arrêt du 9 mars 2017 semble prendre une autre orientation, en ce qu'il indique que la clause est transparente si le consommateur avait connaissance de son existence et de sa portée, ce qui peut être démontré non seulement par les documents fournis dans la phase précontractuelle mais aussi par d'autres moyens.

Dans la présente espèce, le litige porte sur le point de savoir si le fait d'avoir omis [le différentiel négatif], tel que prévu par le préambule de la circulaire 5/1994 du Banco de España pour que le consommateur se rende compte, dans son organisation économique, du prix qu'il va payer, ou si cette omission aurait eu pour effet d'empêcher la signature du prêt qui était désavantageux par rapport aux autres prêts sur le marché, comme l'indique l'arrêt du Tribunal Supremo (Cour suprême), car, bien que l'Euribor ait été inférieur à l'IRPH, il est habituel que les différentiels appliqués à ce dernier soient inférieurs à ceux appliqués à l'Euribor, ce qui crée un équilibre entre les deux indices [*].

Ce sont précisément ces faibles différentiels, à savoir 0 %, 0,25 % ou 0,50 %, qui ont été utilisés comme un leurre par les banques pour inciter les clients à accepter un prêt indexé sur l'IRPH et non sur l'Euribor, pensant qu'ils paieraient moins d'intérêts. Lorsque le consommateur va souscrire un prêt et qu'on ne lui dit pas à

[*] Ndt : ce passage n'est pas rédigé de manière compréhensible.

DOCUMENT DE TRAVAIL

combien s'élève l'indice de référence (Euribor ou IRPH), mais qu'on lui dit que le différentiel appliqué est de + 0,5 % au lieu de + 2 % proposé par une autre banque, il est évident qu'il choisira la première option, qui est inférieure, bien qu'il soit nécessaire que ce différentiel soit négatif pour s'aligner sur les autres TAEG du marché. Toutefois, si cette option de 0,5 % est indexée sur l'IRPH, il est certain qu'il paiera davantage d'intérêts que s'il avait choisi l'option de 2 %, qui était indexée sur l'Euribor.

Les établissements financiers pourraient avoir utilisé le leurre que constitue le faible différentiel égal à 0 % ou à 0,5 % qu'ils proposaient dans le cadre des prêts indexés sur l'IRPH pour que le consommateur accepte cet indice alors que ce dernier ignorait qu'il allait en fait payer plus d'intérêts, sans l'informer que le préambule de la circulaire qui régit l'indice IRPH exige qu'il soit négatif, ce qui n'est pas le cas.

Il ne s'agit pas de mettre sur le même plan les clients IRPH et les clients Euribor, mais plutôt du fait que la banque ne leur a pas expliqué ni fait savoir que l'Euribor s'élevait à 2 % tandis que l'IRPH s'élevait à 4 %, et que par conséquent, même s'ils acceptaient un différentiel de 0,5 %, le montant de leur prêt serait plus élevé.

Selon le Tribunal Supremo (Cour suprême), on ne sait pas si l'IRPH sera inférieur à l'Euribor à l'avenir, de sorte que l'on ne peut pas affirmer qu'il soit plus préjudiciable au client, mais si on lui dissimule que le Banco de España impose que le différentiel soit négatif, ce comportement est contraire à la bonne foi et crée un déséquilibre entre les parties.

Compte tenu de ce qui précède, vu les articles susmentionnés et les autres articles d'application générale et pertinente [formule procédurale] :

DISPOSITIF

La juridiction de céans **décide** de poser à la Cour de justice de l'Union européenne, en vertu de l'article 267 TFUE, les questions préjudicielles suivantes, relatives à l'interprétation des articles 5 et 7 de la DIRECTIVE 2005/29/CE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et des articles 3, 4, 5 et 6 de la DIRECTIVE 93/13/CEE DU CONSEIL du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.

QUESTIONS POSÉES À LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE

1– Eu égard au fait que l'élaboration du taux d'intérêt variable appelé « TAUX MOYEN DES PRÊTS HYPOTHÉCAIRES, D'UNE DURÉE SUPÉRIEURE À TROIS ANS, DE L'ENSEMBLE DES ENTITÉS » inclut les commissions et les différentiels aux taux nominaux, de sorte qu'ils représentent une charge plus lourde pour le consommateur que les autres TAEG [taux annuels effectifs

DOCUMENT DE TRAVAIL

globaux] sur le marché, et compte tenu du fait que, selon la réglementation prévue dans la circulaire 5/1994 du Banco de España - qui constitue le critère normatif de l'organisme de contrôle -, ces différentiels doivent être négatifs, exigence qui a été omise et largement ignorée par les entités financières, le fait de s'écarter complètement du critère normatif de l'organisme de contrôle est-il contraire aux **articles 5 et 7 de la directive 2005/29/CE** [du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur] ? *

2 – S'il est établi que le fait de s'écarter du critère normatif précité **est contraire aux articles 5 et 7 de la directive 2005/29/CE**, conformément à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne dans l'affaire C-689/20, cette pratique déloyale constitue-t-elle un élément d'appréciation et d'évaluation du caractère abusif de la clause, et est-elle contraire aux articles 3 et 4 de la directive 93/13 [du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs] ? **

3 – Si la circulaire 5/1994 du Banco de España, spécifique au secteur financier, mais qui n'est pas connue du grand public, n'a nullement été prise en considération et qu'il est constaté que cette omission **est contraire à l'article 7 de la directive 2005/29/CE**, ladite omission constitue-t-elle un élément d'appréciation du caractère abusif aux termes de l'article 6, paragraphe 1, de la directive 93/13, et, le cas échéant, l'indice [IRPH (indice de référence des prêts hypothécaires)], qui est composé « d'un indice de référence et d'un différentiel », doit-il faire l'objet d'un contrôle de transparence ?

4 – L'article 3, paragraphe 1, et les articles 4 et 5 de la directive 93/13/CEE s'opposent-t-il à une jurisprudence nationale [qui considère que] l'absence d'application d'un différentiel négatif à l'IRPH [n'est pas] une pratique abusive, malgré l'obligation en ce sens imposée par le préambule de la circulaire du Banco de España, et le fait que l'IRPH, qui est moins avantageux que tous les TAEG existants, ait été commercialisé comme un produit aussi avantageux que l'EURIBOR, sans tenir compte de la nécessité d'ajouter un différentiel négatif, de sorte qu'il serait possible de faire cesser les effets des clauses prévoyant son application dans le contrat en raison de leur nullité, d'amener les entités bancaires à s'abstenir de l'utiliser à l'avenir, puisque la commercialisation de ce service avec des consommateurs vulnérables peut affecter leur comportement économique, et de déclarer que ces clauses sont exclues des contrats commerciaux

DOCUMENT DE TRAVAIL

* Ndt : C'est ce qu'il convient peut-être de lire étant donné que la question n'est pas rédigée de manière claire.

** Ndt : Cette deuxième question fait référence à la jurisprudence constante de la Cour, liée à l'affaire Banka DSK (C-689/20), ce qui semble être une erreur puisque cette affaire a été radiée (ordonnance du président de la Cour du 21 septembre 2021, Banka DSK, C 689/20, non publiée, EU:C:2021:791).

en raison de leur caractère déloyal, compte tenu du fait qu'elles ont été introduites dans le montant des intérêts en violation de **la directive 2005/29/CE** ? *

5 – L'article 6, paragraphe 1, de la directive 93/13/CEE s'oppose-t-il à l'absence de contrôle d'inclusion et du caractère abusif dans le cas d'un différentiel imposé de manière dissimulée, alors qu'un différentiel négatif doit être appliqué dans l'offre soumise par une entité bancaire et que le consommateur ne parvient pas à connaître le fonctionnement économique des intérêts appliqués à son contrat de prêt lors de la phase d'information précontractuelle, ce qui est contraire à la **directive 2005/29/CE** ?

[OMISSIS]

[OMISSIS] [formalités procédurales]

DOCUMENT DE TRAVAIL

* Ndt : Il semble que la négation ait été oubliée dans la première partie de la phrase. Par ailleurs, la rédaction de cette quatrième question est confuse et semble incomplète.