



Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCATE GÉNÉRALE
M^{ME} ELEANOR SHARPSTON
présentées le 12 mars 2020¹

Affaire C-639/18

KH
contre
Sparkasse Südholstein

[demande de décision préjudicielle
présentée par le Landgericht Kiel (tribunal régional de Kiel, Allemagne)]

« Renvoi préjudiciel – Directive 2002/65/CE – Protection des consommateurs – Services financiers – Commercialisation à distance – Contrat de crédit à la consommation – Avenant relatif au taux d'intérêt – Système organisé de prestations de services à distance »

1. Par le présent renvoi préjudiciel, le Landgericht Kiel (tribunal régional de Kiel, Allemagne) demande à la Cour d'interpréter pour la première fois l'article 2, sous a), de la directive 2002/65/CE² ainsi que la notion de « contrat à distance ». Dans ce contexte, un avenant relatif au taux d'intérêt, modifiant un contrat de prêt uniquement en ce qui concerne le taux d'intérêt, est-il un « contrat » auquel s'appliquent les dispositions de la directive 2002/65 ? De plus, quels critères permettent de déterminer si un contrat conclu sans la présence physique simultanée du fournisseur et du consommateur est un « contrat à distance » au sens de l'article 2, sous a), de cette directive ?

Le droit de l'Union

Le traité FUE

2. L'article 12 TFUE énonce que « les exigences de la protection des consommateurs sont prises en considération dans la définition et la mise en œuvre des autres politiques et actions de l'Union ».

La Charte

3. L'article 38 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne³ (ci-après la « Charte ») prévoit qu'« un niveau élevé de protection des consommateurs est assuré » dans les politiques de l'Union.

¹ Langue originale : l'anglais.

² Directive du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 90/619/CEE du Conseil, 97/7/CE et 98/27/CE (JO 2002, L 271, p. 16). Certaines dispositions de cette directive ont été modifiées depuis son adoption (la version consolidée la plus récente est celle de 2018), mais les dispositions pertinentes dans la présente affaire sont restées inchangées.

³ JO 2007, C 303, p. 1.

La directive 97/7CE

4. La directive 97/7/CE⁴ concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance a été la première mesure de rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de contrats à distance en général entre consommateurs et fournisseurs.

5. L'article 2, paragraphe 1, de la directive 97/7 définit le « contrat à distance » comme « tout contrat concernant des biens ou services conclu entre un fournisseur et un consommateur dans le cadre d'un système de vente ou de prestations de services à distance organisé par le fournisseur qui, pour ce contrat, utilise exclusivement une ou plusieurs techniques de communication à distance jusqu'à la conclusion du contrat, y compris la conclusion du contrat elle-même ».

6. L'article 3, paragraphe 1, premier tiret, de la directive 97/7 dans sa version initiale, a été remplacé par l'article 18 de la directive 2002/65 de manière à indiquer explicitement que les contrats concernant les services financiers auxquels s'applique la directive 2002/65 sont exclus du champ d'application de la directive 97/7.

La directive 2002/65

7. Les déclarations suivantes figurent dans les considérants de la directive 2002/65. « Dans le cadre du marché intérieur, il est dans l'intérêt des consommateurs de pouvoir accéder sans discrimination à l'éventail le plus large possible de services financiers disponibles [...] Afin d'assurer la liberté de choix des consommateurs, qui est un droit essentiel de ceux-ci, un niveau élevé de protection des consommateurs est nécessaire pour accroître leur confiance dans la vente à distance »⁵. « Un niveau élevé de protection des consommateurs devrait être assuré par la présente directive, afin d'assurer la libre circulation des services financiers »⁶. « La présente directive couvre tous les services financiers qui peuvent être fournis à distance »⁷. « Les contrats négociés à distance impliquent l'utilisation de techniques de communication à distance qui sont utilisées dans le cadre d'un système de vente ou de prestation de services à distance sans qu'il y ait présence simultanée du fournisseur et du consommateur. L'évolution permanente de ces techniques impose de définir des principes valables même pour celles qui ne sont encore que peu utilisées. Les contrats à distance sont donc ceux dont l'offre, la négociation et la conclusion sont effectuées à distance »⁸. « Un même contrat comportant des opérations successives ou distinctes de même nature échelonnées dans le temps peut recevoir des qualifications juridiques différentes dans les différents États membres, mais il importe cependant que la présente directive soit appliquée de la même manière dans tous les États membres. À cette fin, il y a lieu de considérer qu'elle s'applique à la première d'une série d'opérations successives ou distinctes de même nature échelonnées dans le temps et pouvant être considérées comme formant un tout, que cette opération ou cette série d'opérations fasse l'objet d'un contrat unique ou de contrats distincts successifs »⁹. « On considère qu'une "première convention de service" peut être constituée, par exemple, par l'ouverture d'un compte bancaire, l'acquisition d'une carte de crédit ou la conclusion d'un contrat de gestion de portefeuille et que les "opérations" peuvent être constituées, par exemple, par le dépôt ou le retrait de fonds sur ou à partir du compte, le paiement au moyen d'une carte de crédit ou les opérations effectuées dans le cadre d'un contrat de gestion de portefeuille. Le fait

4 Voir article 1^{er} de la directive 97/7 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 (JO 1997, L 144, p. 19). Cette directive a été abrogée et remplacée par la directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil, du 25 octobre 2011, relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil (JO 2011, L 304, p. 64).

5 Considérant 3.

6 Considérant 13.

7 Considérant 14.

8 Considérant 15.

9 Considérant 16.

d'ajouter de nouveaux éléments à une première convention, comme, par exemple, la possibilité d'utiliser un instrument de paiement électronique en liaison avec son compte bancaire, ne constitue pas une "opération", mais une convention complémentaire à laquelle s'applique la présente directive. La souscription de nouvelles parts du même organisme de placement collectif est considérée comme étant une opération parmi des "opérations successives de même nature" »¹⁰. « En faisant référence à un système de prestations de services organisé par le fournisseur de services financiers, la présente directive vise à exclure de son champ d'application les prestations de services effectuées sur une base strictement occasionnelle et en dehors d'une structure commerciale dont le but est de conclure des contrats à distance »¹¹. « L'utilisation de techniques de communication à distance ne devrait pas conduire à restreindre indûment l'information fournie au client. Afin d'assurer la transparence, la présente directive fixe des exigences visant un niveau adéquat d'information du consommateur, tant avant la conclusion du contrat qu'après celle-ci »¹². « Il est important, pour assurer une protection optimale du consommateur, que celui-ci soit suffisamment informé des dispositions de la présente directive et éventuellement des codes de conduite existant dans ce domaine et qu'il dispose d'un droit de rétractation »¹³.

8. L'article 1^{er} de la directive 2002/65 énonce que :

« 1. La présente directive a pour objet de rapprocher les dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs.

2. Pour les contrats portant sur des services financiers comportant une première convention de service suivie d'opérations successives ou d'une série d'opérations distinctes de même nature échelonnées dans le temps, les dispositions de la présente directive ne s'appliquent qu'à la première convention.

Au cas où il n'y a pas de première convention de service, mais où les opérations successives ou distinctes de même nature échelonnées dans le temps sont exécutées entre les mêmes parties au contrat, les articles 3 et 4 sont applicables uniquement lorsque la première opération est exécutée. Cependant, dans les cas où aucune opération de même nature n'est effectuée pendant plus d'un an, l'opération suivante est considérée comme étant la première d'une nouvelle série d'opérations, en conséquence de quoi les articles 3 et 4 s'appliquent. »

9. L'article 2, sous a), de la directive 2002/65 définit le « contrat à distance » comme « tout contrat concernant des services financiers conclu entre un fournisseur et un consommateur dans le cadre d'un système de vente ou de prestations de services à distance organisé par le fournisseur, qui, pour ce contrat, utilise exclusivement une ou plusieurs techniques de communication à distance jusqu'à, et y compris, la conclusion du contrat ».

10. L'article 2, sous b), de cette directive définit le « service financier » comme « tout service ayant trait à la banque, au crédit, à l'assurance, aux retraites individuelles, aux investissements et aux paiements ».

11. L'article 2, sous e), de ladite directive définit la « technique de communication à distance » comme « tout moyen qui, sans qu'il y ait présence physique et simultanée du fournisseur et du consommateur, peut être utilisé pour la commercialisation à distance d'un service entre ces parties ».

10 Considérant 17.

11 Considérant 18.

12 Considérant 21.

13 Considérant 23.

12. L'article 3 de la directive 2002/ 65 énonce que :

« 1. En temps utile avant que le consommateur ne soit lié par un contrat à distance ou par une offre, il reçoit les informations concernant :

[...]

3) le contrat à distance

- a) l'existence ou l'absence du droit de rétractation prévu à l'article 6 et, si ce droit existe, sa durée et les modalités de son exercice, y compris des informations sur le montant que le consommateur peut être tenu de payer sur la base de l'article 7, paragraphe 1, ainsi que sur les conséquences découlant de l'absence d'exercice de ce droit ;

[...]

2. Les informations visées au paragraphe 1, dont le but commercial doit apparaître sans équivoque, sont fournies de manière claire et compréhensible par tout moyen adapté à la technique de communication à distance utilisée, en tenant dûment compte, notamment, des principes de la bonne foi dans les transactions commerciales et de la protection de ceux qui, selon la législation des États membres, sont jugés incapables, comme les mineurs.

[...] »

13. Conformément à l'article 6 :

« 1. Les États membres veillent à ce que le consommateur dispose d'un délai de quatorze jours calendrier pour se rétracter, sans pénalité et sans indication de motif. [...]

Le délai pendant lequel peut s'exercer le droit de rétractation commence à courir :

- soit à compter du jour où le contrat à distance est conclu, sauf pour lesdites assurances sur la vie, pour lesquelles le délai commence à courir au moment où le consommateur est informé que le contrat à distance a été conclu,
- soit à compter du jour où le consommateur reçoit les conditions contractuelles et les informations, conformément à l'article 5, paragraphe 1 ou 2, si cette dernière date est postérieure à celle visée au premier tiret.

[...]

2. Le droit de rétractation ne s'applique pas :

[...]

- c) aux contrats exécutés intégralement par les deux parties à la demande expresse du consommateur avant que ce dernier n'exerce son droit de rétractation.

3. Les États membres peuvent prévoir que le droit de rétractation ne s'applique pas :

- a) à tout crédit destiné principalement à permettre l'acquisition ou le maintien de droits de propriété d'un terrain ou d'un immeuble existant ou à construire, ou à permettre la rénovation ou l'amélioration d'un immeuble, ou

b) à tout crédit garanti par une hypothèque sur un bien immobilier ou par un droit lié à un bien immobilier [...]

6. Si le consommateur exerce son droit de rétractation, il le notifie avant l'expiration du délai en suivant les instructions pratiques qui lui ont été données conformément à l'article 3, paragraphe 1, point 3 d), et de manière à ce que la preuve de cette notification puisse être administrée conformément à la législation nationale. Le délai est réputé respecté si la notification, à condition d'avoir été faite sur un support papier ou sur un autre support durable qui est à la disposition du destinataire et auquel il a accès, a été envoyée avant l'expiration du délai. »

14. L'article 11 de la directive 2002/65 énonce que :

« Les États membres prévoient des sanctions appropriées en cas de non-respect par le fournisseur des dispositions nationales prises en application de la présente directive.

À cet effet, ils peuvent notamment prévoir que le consommateur peut résilier le contrat à tout moment, sans frais et sans pénalité.

Ces sanctions doivent être effectives, proportionnées et dissuasives. »

15. L'article 18 remplace l'article 3, paragraphe 1, premier tiret, de la directive 97/7 et énonce que cette directive ne s'applique pas aux contrats « portant sur un service financier auquel s'applique la directive 2002/65 ».

Le droit allemand

16. L'article 312b, paragraphe 1, du Bürgerliches Gesetzbuch (code civil, ci-après le « BGB »), dans sa version en vigueur du 8 décembre 2004 au 22 février 2011, prévoit que « les contrats à distance sont des contrats portant sur la livraison de biens ou la prestation de services, y compris les services financiers, qui sont conclus entre un professionnel et un consommateur en utilisant exclusivement des techniques de communication à distance, sauf lorsque la conclusion du contrat n'intervient pas dans le cadre d'un système organisé de vente ou de prestation de services à distance. Les services financiers au sens de la première phrase sont les services ayant trait à la banque, au crédit, à l'assurance, aux retraites individuelles, aux investissements et aux paiements ».

17. L'article 312d, paragraphes 1 et 2, du BGB, dans sa version en vigueur du 8 décembre 2004 au 10 juin 2010, est libellé comme suit :

« (1) Le consommateur qui a conclu un contrat à distance dispose du droit de rétractation prévu à l'article 355. [...]

(2) Par dérogation à l'article 355, paragraphe 2, première phrase, le délai de rétractation ne commence pas à courir avant que les obligations d'information prévues à l'article 312c, paragraphe 2, aient été remplies ; [...] en cas de prestations de services, pas avant le jour de la conclusion du contrat. »

18. L'article 312d, paragraphes 1 et 2, du BGB, dans sa version en vigueur du 11 juin 2010 au 3 août 2011, dispose que :

« (1) Le consommateur qui a conclu un contrat à distance dispose du droit de rétractation prévu à l'article 355. [...]

(2) Par dérogation à l'article 355, paragraphe 3, première phrase, le délai de rétractation ne commence pas à courir avant que les obligations d'information prévues à l'article 246, paragraphe 2, lu conjointement avec le paragraphe 1, points 1 et 2, de l'Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch [loi d'introduction au BGB], aient été remplies [...] »

19. L'article 495 du BGB, dans sa version en vigueur du 1^{er} août 2002 au 12 juin 2014, prévoit que « dans le cas d'un contrat de prêt conclu par un consommateur, l'emprunteur dispose d'un droit de rétractation conformément à l'article 355 ».

Les faits, la procédure et les questions préjudicielles

20. Sparkasse Südholstein est une banque régionale disposant de succursales. Elle conclut des contrats de prêt immobilier garantis par des hypothèques : cette opération est réalisée uniquement dans les locaux de ses succursales. Dans certains cas particuliers, dans le cadre de relations contractuelles en cours, ces contrats sont complétés ou modifiés en utilisant des techniques de communication à distance. Il est constant que, au début de l'année 2008, Sparkasse Südholstein avait déjà conclu des contrats en utilisant exclusivement des techniques de communication à distance dans un certain nombre de cas.

21. La procédure devant la juridiction nationale porte sur trois contrats de prêt que KH a conclus en tant que consommateur avec Sparkasse Südholstein :

- le 1^{er} juillet 1994, KH a conclu un contrat de prêt d'un montant de 114 000 marks allemands (DEM) (environ 58 000 euros, ci-après le « premier prêt ») avec le prédécesseur en droit de Sparkasse Südholstein pour financer l'achat d'un bien immobilier. Ce prêt devait être remboursé le 30 décembre 2017. Le taux d'intérêt annuel du prêt, fixé pour une durée initiale de dix ans, était de 6,95 %. Au plus tôt six semaines avant le 30 mai 2004, chacune des parties pouvait demander des négociations afin de modifier le taux d'intérêt avec effet au 1^{er} juin 2004. À défaut d'accord, il était prévu que les « conditions variables » telles que spécifiées dans chaque cas par Sparkasse Südholstein pour les prêts de ce type (à savoir un taux d'intérêt variable) s'appliqueraient à partir du 1^{er} juin 2004. La constitution d'une hypothèque en garantie de ce prêt a également été convenue ;
- le 25 mai 2004, par avenant au contrat, les parties ont convenu d'un taux d'intérêt annuel de 5,03 % à compter du 1^{er} juin 2004 pour une nouvelle période de dix ans ;
- en octobre 2010¹⁴, les parties ont conclu, en utilisant exclusivement des techniques de communication à distance, un nouvel avenant relatif au taux d'intérêt, prévoyant d'appliquer au prêt un taux d'intérêt de 4,01 % à partir du 1^{er} juin 2014 pour la durée restante du contrat. KH n'a été informé d'aucun droit de rétractation ;
- entre juin 2014 et novembre 2017, KH a versé 8 180,76 euros à Sparkasse Südholstein au titre de ce contrat. KH a entièrement remboursé le prêt le 29 décembre 2017 en effectuant un versement de 58 287,27 euros ;
- le 17 juillet 1994, KH a conclu un nouveau contrat de prêt d'un montant de 112 000 DEM (environ 57 000 euros, ci-après le « deuxième prêt ») avec le prédécesseur en droit de Sparkasse Südholstein afin de financer un bien immobilier. Le taux d'intérêt annuel du prêt, fixé pour une durée initiale de cinq ans, était de 5,7 %. Au plus tôt six semaines avant le 30 mai 1999, chacune des parties pouvait demander des négociations afin de modifier le taux d'intérêt avec effet au 1^{er} juin 1999. À

¹⁴ Cette date se base sur les informations fournies par la juridiction de renvoi. Je note à cet égard que cette date me semble antérieure aux dix ans prévus par l'avenant du 25 mai 2004.

défaut d'accord, il était prévu que les « conditions variables » telles que spécifiées dans chaque cas par Sparkasse Südholstein pour les prêts de ce type (à savoir un taux d'intérêt variable) s'appliqueraient à partir du 1^{er} juin 1999. La constitution d'une hypothèque en garantie de ce prêt a également été convenue ;

- en 1999, par avenant au contrat, les parties ont convenu d'un taux d'intérêt annuel de 4,89 % à compter du 1^{er} juin 1999 pour une durée de dix ans ;
- le 15 avril 2009, les parties ont convenu, en utilisant exclusivement des techniques de communication à distance, d'un taux d'intérêt annuel de 5,16 % à compter du 1^{er} juin 2009 pour une nouvelle période de dix ans. KH n'a été informé d'aucun droit de rétractation ;
- entre juin 2009 et février 2018, KH a versé à Sparkasse Südholstein un montant total de 18 243,75 euros au titre de ce contrat. De plus, KH a versé à Sparkasse Südholstein 12 euros de frais de tenue de compte le 30 novembre 2009 ;
- le 4 novembre 1999, le prédécesseur en droit de Sparkasse Südholstein a accordé à KH un prêt d'un montant de 30 000 DEM (environ 15 000 euros, ci-après le « troisième prêt »). Selon le contrat, le prêt était destiné à une « participation dans une entreprise », mais il a été convenu qu'il serait utilisé en réalité en tant que prêt privé. Le taux d'intérêt annuel du prêt, fixé pour une durée initiale de dix ans, était de 6,6 %. Au plus tôt six semaines avant le 30 novembre 2008, chacune des parties pouvait demander des négociations afin de modifier le taux d'intérêt avec effet au 1^{er} décembre 2008. À défaut d'accord, il était prévu que les « conditions variables » telles que spécifiées dans chaque cas par Sparkasse Südholstein pour les prêts de ce type (à savoir un taux d'intérêt variable) s'appliqueraient à partir du 1^{er} décembre 2008. La constitution d'une hypothèque en garantie de ce prêt a également été convenue ;
- à la fin de l'année 2008, les parties ont conclu, en utilisant exclusivement des techniques de communication à distance, un avenant relatif au taux d'intérêt prévoyant d'appliquer au prêt un taux d'intérêt de 4,87 % à partir du 1^{er} décembre 2008 pour une durée de dix ans. Sparkasse Südholstein n'a informé KH d'aucun droit de rétractation ;
- entre décembre 2008 et février 2018, KH a payé à Sparkasse Südholstein un montant total de 8 328,33 euros au titre de ce contrat.

22. Le 2 septembre 2015, KH a déclaré se rétracter des trois avenants relatifs au taux d'intérêt conclus en 2008, 2009 et 2010, au motif que ces avenants impliquaient une vente à distance et que Sparkasse Südholstein gérait un système organisé de vente à distance. KH a donc invoqué un droit de rétractation découlant de l'article 495, paragraphe 1, du BGB (dans sa version en vigueur à la date des faits au principal) ou, subsidiairement, de l'article 312d, paragraphe 1, du BGB (dans sa version en vigueur à la date des faits au principal).

23. KH a alors saisi le Landgericht Kiel (tribunal régional de Kiel) de la présente demande tendant à la restitution des intérêts et des remboursements effectués depuis la conclusion des avenants dont il a déclaré se rétracter, au remboursement des frais de tenue de compte et à une compensation au titre des utilisations faites par la défenderesse de ces montants.

24. KH demande en particulier à la juridiction de renvoi, premièrement, de condamner Sparkasse Südholstein à lui payer la somme de 37 285,38 euros, majorée des intérêts, deuxièmement, de constater que, du fait de sa rétractation du 2 septembre 2015, il n'y a plus d'accord sur un taux d'intérêt fixe en ce qui concerne les deuxième et troisième prêts, troisièmement, de constater que, du fait de sa rétractation du 2 septembre 2015, il n'est plus tenu de payer les mensualités des deuxième et

troisième prêts et, quatrième, de constater que Sparkasse Südholstein est tenue de lui rembourser tous les versements effectués sur le compte de crédit au titre des deuxième et troisième prêts, majorés des intérêts depuis leur versement sur le compte de crédit, entre le jour suivant la date d'audience et la date à laquelle le jugement deviendra définitif.

25. Sparkasse Südholstein soutient que KH n'avait aucun droit de rétractation et demande à la juridiction de renvoi de rejeter le recours.

26. La juridiction de renvoi fait observer que l'existence d'un droit de rétractation dépend de la manière dont doit être interprété l'article 2, sous a), de la directive 2002/65. Pour que le droit de rétractation prévu à l'article 312b, paragraphe 1, et à l'article 312d, paragraphes 1 et 2, du BGB, transposant la directive 2002/65, soit applicable dans les présentes affaires, il faudrait que les opérations en question relèvent de la notion de contrat conclu « dans le cadre d'un système organisé de vente ou de prestation de services à distance » (article 312b, paragraphe 1, du BGB), lu conformément à cette directive. Cette notion a fait l'objet d'interprétations divergentes dans la jurisprudence et la doctrine nationales. Selon l'exposé des motifs du projet de loi, les transactions conclues par le recours occasionnel et plutôt fortuit à des techniques de communication à distance doivent être exclues du champ d'application de ces dispositions. Toutefois, Sparkasse Südholstein dispose des moyens nécessaires (en termes de personnel et de ressources) pour conclure régulièrement à distance des avenants et accords complémentaires avec ses clients.

27. En outre, la notion de contrat portant sur « la prestation de services, y compris les services financiers » (article 312b, paragraphe 1, du BGB) doit également être interprétée conformément à la directive 2002/65. À cet égard, l'Oberlandesgericht Frankfurt (tribunal régional supérieur de Francfort, Allemagne) avait jugé auparavant que « la modification des conditions d'un prêt déjà accordé ne constitue pas une prestation de services (nouvelle, autonome) fournie par la banque. Au contraire, cette modification relève de l'octroi de prêt initial. L'existence d'un contrat à distance suppose toujours la livraison d'un bien ou la prestation d'un service par le professionnel, de sorte qu'il ne suffit pas que, conformément à l'accord conclu, seul un consommateur fournisse une prestation de services caractéristique du contrat ». Toutefois, la juridiction de renvoi considère que les contrats modifiant les conditions d'un prêt relèvent du champ d'application de la directive 2002/65.

28. Dans ce contexte, la juridiction de renvoi demande à la Cour de répondre à titre préjudiciel aux questions suivantes :

- « 1) Un contrat par lequel un contrat de prêt existant est modifié uniquement en ce qui concerne le montant du taux d'intérêt convenu (avenant relatif au taux d'intérêt) constitue-t-il un contrat "conclu [...] dans le cadre d'un système de vente ou de prestations de services à distance organisé par le fournisseur" au sens de l'article 2, sous a), de la directive 2002/65/CE, lorsqu'une banque entretenant un réseau d'agences ne conclut des contrats de prêt immobilier, garanti par des sûretés réelles immobilières, que dans ses agences, mais que dans le cadre de relations contractuelles en cours, elle conclut aussi parfois uniquement à l'aide de techniques de communication à distance des contrats modifiant des contrats de prêt déjà conclus ?
- 2) La notion de "contrat concernant des services financiers" au sens de l'article 2, point a), de la directive 2002/65/CE, englobe-t-elle la modification d'un contrat de prêt existant, lorsque cette modification porte uniquement sur le taux d'intérêt convenu (avenant relatif au taux d'intérêt) sans prolonger la durée du prêt ni modifier son montant ? »

29. Des observations écrites ont été déposées par KH, Sparkasse Südholstein, le gouvernement allemand et la Commission européenne. Ces parties ont été entendues en leurs plaidoiries lors de l'audience qui s'est tenue le mercredi 4 septembre 2019.

Analyse

Recevabilité

30. Sparkasse Südholstein fait valoir que la première question préjudicielle est irrecevable, car elle porte non sur l'interprétation du droit de l'Union qui est suffisamment clair, mais sur son application aux faits de l'espèce. Elle soutient également que l'application correcte des dispositions du droit de l'Union faisant l'objet des deux questions préjudicielles au cas d'espèce est évidente. En outre, les faits présentés par la juridiction de renvoi ne sont, selon elle, pas suffisants pour permettre à la Cour de répondre à la première question préjudicielle.

31. La Cour n'a pas compétence, dans le cadre de l'article 267 TFUE, pour se prononcer sur l'application du droit de l'Union à des cas concrets¹⁵. La procédure de renvoi préjudiciel prévue à l'article 267 TFUE établit « une coopération étroite entre les juridictions nationales et la Cour, fondée sur une répartition de fonctions entre elles, et constitue un instrument grâce auquel la Cour fournit aux juridictions nationales les éléments d'interprétation du droit de l'Union qui leur sont nécessaires pour la solution des litiges qu'elles sont appelées à trancher ». « L'une des caractéristiques essentielles du système de coopération judiciaire établi par l'article 234 CE implique que la Cour réponde en des termes plutôt abstraits et généraux à une question d'interprétation du droit de l'Union qui lui est posée, tandis qu'il appartient à la juridiction de renvoi de trancher le litige dont elle est saisie en tenant compte de la réponse de la Cour »¹⁶.

32. Conformément à une jurisprudence constante, les questions relatives à l'interprétation du droit de l'Union posées par le juge national dans le cadre réglementaire et factuel qu'il définit sous sa responsabilité, et dont il n'appartient pas à la Cour de vérifier l'exactitude, bénéficient d'une présomption de pertinence. La Cour peut refuser de se prononcer sur une question posée par une juridiction nationale uniquement s'il est évident que l'interprétation sollicitée du droit de l'Union n'a aucun rapport avec la réalité ou l'objet du litige au principal, lorsque le problème est de nature hypothétique ou encore lorsque la Cour ne dispose pas des éléments de fait et de droit nécessaires pour répondre de façon utile aux questions qui lui sont posées¹⁷.

33. Il ressort de la demande de décision préjudicielle que la juridiction de renvoi sollicite de la Cour des éclaircissements concernant l'interprétation de l'article 2, sous a), de la directive 2002/65. La juridiction de renvoi explique que ces indications sont nécessaires pour appliquer le droit national, interprété à la lumière de cette directive, au litige dont elle est saisie. J'ajoute que – contrairement à ce que soutient Sparkasse Südholstein – je ne considère pas que la réponse aux questions de la juridiction de renvoi soit « évidente » et encore moins qu'il n'y ait pas lieu pour la Cour d'assister la juridiction de renvoi en interprétant les dispositions pertinentes du droit de l'Union.

34. En ce qui concerne le grief tiré de lacunes alléguées dans la présentation des faits de l'affaire, il est de jurisprudence constante que la Cour peut rejeter une demande de décision préjudicielle présentée par une juridiction nationale lorsqu'elle ne dispose pas des éléments de fait ou de droit nécessaires pour répondre de façon utile aux questions qui lui sont posées¹⁸. Toutefois, il me semble que la décision de renvoi comporte une présentation suffisante des circonstances factuelles sur lesquelles se basent les questions préjudicielles et qu'elle permet à la Cour de donner une réponse utile à ces questions.

35. Je conclus donc que les questions préjudicielles sont recevables.

15 Arrêt du 18 décembre 1986, VAG France/Magne, 10/86, EU:C:1986:502, point 7.

16 Arrêt du 4 février 2010, Genc (C-14/09, EU:C:2010:57, points 30 et 31).

17 Arrêt du 19 décembre 2019, Junqueras Vies (C-502/19, EU:C:2019:1115, point 55 et jurisprudence citée).

18 Arrêt du 16 février 2012, Varzim Sol (C-25/11, EU:C:2012:94, point 29).

Les questions préjudicielles

Observations liminaires

36. La directive 2002/65 fait partie d'un cadre global instauré par le législateur de l'Union aux fins de réaliser un marché intégré des instruments financiers et de leur commercialisation à distance. Elle complète notamment la directive 97/7, concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance impliquant la prestation de services financiers.

37. La notion de « services financiers » n'a pas été définie dans la directive 97/7¹⁹. Elle est toutefois définie à l'article 2, sous b), de la directive 2002/65 comme « tout service ayant trait à la banque, au crédit, à l'assurance, aux retraites individuelles, aux investissements et aux paiements ».

38. Cette définition est formulée de manière extensive et couvre une large gamme de produits²⁰. Il ressort de l'exposé des motifs de la proposition modifiée que telle était l'intention du législateur de l'Union : la proposition explique que « la définition des services financiers est simplifiée par rapport à la proposition initiale ; toute référence à des directives existantes est retirée, afin d'une part d'assurer que tout service financier susceptible d'être proposé à un consommateur soit couvert, et d'éviter que des lacunes ne subsistent, ce à quoi aboutissait la définition précédemment choisie »²¹. Il ressort également du libellé même de l'article 2, sous b), de la directive 2002/65 que les services concernant un « crédit », tel qu'un prêt, sont des services financiers²². De même, ces services sont exclus du champ d'application de la directive 97/7. Il s'ensuit que KH n'est pas fondée à soutenir que la directive 97/7 est susceptible de s'appliquer en l'espèce.

39. Je passe à présent à l'examen des questions posées. Il me semble plus logique de les traiter dans l'ordre inverse.

Question 2

40. Par sa deuxième question, la juridiction de renvoi demande si la notion de « contrat concernant des services financiers », au sens de l'article 2, sous a), de la directive 2002/65, englobe un accord modifiant un contrat de prêt existant en ce qui concerne le taux d'intérêt, sans prolonger la durée du prêt ni modifier son montant.

41. En substance, comme l'explique la juridiction de renvoi dans sa décision de renvoi, cette question se pose parce que l'article 1^{er}, paragraphe 2, de la directive 2002/65 précise que, lorsqu'un contrat de services financiers comporte une première convention de services suivie d'opérations successives ou une série d'opérations distinctes de même nature échelonnées dans le temps, les dispositions de cette directive ne s'appliquent qu'à la première convention.

42. La conclusion d'un avenant relatif au taux d'intérêt déclenche-t-elle pour le fournisseur (le prêteur) les obligations prévues par la directive 2002/65 ? Ou bien en est-il exonéré en vertu de l'article 1^{er}, paragraphe 2 ?

19 L'annexe II de la directive 97/7, supprimée en application de l'article 18 de la directive 2002/65, comprenait une liste non exhaustive de services financiers : services d'investissement, opérations d'assurance et de réassurance, services bancaires et opérations à terme ou en option.

20 Haentjens, M., et de Gioia-Carabellese, P., *European Banking and Financial Law*, Routledge, Londres et New York, 2015, p. 64.

21 Proposition modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 97/7/CE et 98/27/CE [COM(99) 385 final] (ci-après la « proposition modifiée de directive »).

22 Voir également conclusions de l'avocat général Bot dans l'affaire Kareda (C-249/16, EU:C:2017:305, point 41).

43. Sparkasse Südholstein et le gouvernement allemand font valoir que les dispositions de la directive 2002/65 ne s'appliquent pas à un avenant relatif au taux d'intérêt. Un tel avenant ne concerne, selon eux, que l'obligation principale du consommateur au titre d'un contrat de prêt et non les autres aspects du contrat. Un avenant relatif au taux d'intérêt ne saurait donc être considéré comme un contrat autonome.

44. La Commission et KH font valoir que l'avenant relatif au taux d'intérêt est un « contrat concernant des services financiers » auquel la directive 2002/65 s'applique.

45. La directive 2002/65 vise à l'harmonisation complète des dispositions nationales et son libellé doit donc recevoir une interprétation commune à tous les États membres²³. En vertu d'une jurisprudence constante de la Cour, il découle de l'exigence d'une application uniforme du droit de l'Union que, dans la mesure où une disposition de celui-ci ne renvoie pas au droit des États membres en ce qui concerne une notion particulière, cette dernière doit trouver, dans toute l'Union européenne, une interprétation autonome et uniforme qui doit être recherchée en tenant compte du contexte de la disposition et de l'objectif poursuivi par la réglementation en cause²⁴.

46. Une interprétation uniforme dans le cadre de la commercialisation à distance de services financiers permet d'éviter des divergences entre les États membres. Cela est particulièrement important dans un secteur présentant un caractère transnational intrinsèque. Toutefois, les mesures prises pour consolider le marché intérieur ne sauraient nuire à la protection du consommateur, mais elles doivent plutôt – comme l'indique le considérant 1 de la directive 2002/65 – être utiles à la réalisation d'un niveau élevé de protection des consommateurs qui agissent sur le marché. Ces règles communes mettent en balance la nécessité de renforcer le marché intérieur et le besoin de mettre en place un niveau élevé de protection des consommateurs, en visant ainsi à accroître la confiance du consommateur qui sera alors plus enclin à conclure des contrats à distance²⁵. La finalité de la directive 2002/65 consiste à faire bénéficier les consommateurs d'une protection étendue, en leur conférant un certain nombre de droits en matière de contrats à distance, dans la mesure où l'utilisation de techniques de communication à distance ne doit pas conduire à une diminution de l'information fournie au consommateur²⁶.

47. L'article 2, sous a), de la directive 2002/65 définit la notion de « contrat à distance » comme « tout » contrat concernant des « services financiers conclu entre un fournisseur et un consommateur dans le cadre d'un système de vente ou de prestations de services à distance organisé par le fournisseur ». Le considérant 14 précise que la directive couvre « tous les services financiers » qui peuvent être fournis à distance.

48. Ces textes suggèrent que la notion de « contrat à distance » auquel s'appliquent les dispositions de la directive 2002/65 doit être interprétée de manière large, car l'article 2, sous a), de cette directive fait référence à « tout contrat » et le considérant 14 à « tous les services financiers ». Cette approche est également conforme à l'objectif de protection de la directive qui est de garantir un niveau élevé de protection des consommateurs.

23 Arrêt du 11 septembre 2019, Romano (C-143/18, EU:C:2019:701, points 34 et 55).

24 Arrêt du 7 septembre 2017, Schottelius (C-247/16, EU:C:2017:638, point 31).

25 Voir conclusions de l'avocat général Pitruzzella dans l'affaire Romano (C-143/18, EU:C:2019:273, points 41 et 42).

26 Le considérant 12 explique qu'il convient d'introduire des règles communes dans ce domaine « sans porter atteinte à la protection générale des consommateurs ». Voir également, à cet égard et par analogie, arrêt du 5 juillet 2012, Content Services (C-49/11, EU:C:2012:419, point 36), un arrêt concernant la directive 97/7.

49. Le considérant 16 précise en outre que, lors de la rédaction de la directive 2002/65, le législateur de l'Union était conscient du fait qu'un même contrat comportant des opérations successives ou distinctes de même nature échelonnées dans le temps peut recevoir des qualifications juridiques différentes dans les différents États membres. Les considérants de la directive fournissent certaines indications sur la façon dont ces notions doivent être interprétées.

50. Ainsi, les considérants expliquent que la directive s'applique à « la première d'une série d'opérations successives ou distinctes de même nature échelonnées dans le temps et pouvant être considérées comme formant un tout, que cette opération ou cette série d'opérations fasse l'objet d'un contrat unique ou de contrats distincts successifs »²⁷. La notion de « première convention de service » est ensuite précisée par l'indication de quelques exemples, tels que « l'ouverture d'un compte bancaire, l'acquisition d'une carte de crédit » ou « la conclusion d'un contrat de gestion de portefeuille », tandis que « le dépôt ou le retrait de fonds sur ou à partir du compte, le paiement au moyen d'une carte de crédit » et « les opérations effectuées dans le cadre d'un contrat de gestion de portefeuille » sont considérés comme des « opérations ». Toutefois, « le fait d'ajouter de nouveaux éléments à une première convention, comme, par exemple, la possibilité d'utiliser un instrument de paiement électronique en liaison avec son compte bancaire, ne constitue pas une "opération", mais une convention complémentaire à laquelle s'applique la présente directive »²⁸.

51. Il s'ensuit que l'élément clé pour conclure à l'existence d'un « accord » au sens de l'article 2, sous a), de la directive 2002/65 est qu'il y ait un contrat entre les parties, c'est-à-dire une rencontre de volontés. La directive fournit certaines indications au considérant 15 en ce qui concerne les éléments constitutifs d'un « contrat », à savoir l'offre, la négociation et la conclusion. Nonobstant le fait que les définitions d'un « contrat » et d'une « convention » peuvent être différentes en droit national, il apparaît que ce qui est requis aux fins de la directive 2002/65 est une offre et une acceptation conduisant à un accord de volontés. Une « convention » relevant du champ d'application de la directive est définie par opposition à une « opération ». Une « opération » est un acte d'*exécution* d'une convention existante *sans ajout d'éléments supplémentaires pour lesquels un nouvel accord de volontés serait requis*. Dans le cadre d'un contrat de prêt, une « opération » est ainsi susceptible de viser des transactions individuelles telles que les paiements réduisant le montant total dû²⁹.

52. Dans le cadre d'un contrat de prêt, l'« obligation caractéristique » est l'octroi effectif de la somme prêtée, tandis que l'obligation de l'emprunteur de rembourser cette somme est une conséquence de l'exécution de cette prestation par le prêteur³⁰. Le prêteur offre une somme d'argent disponible à titre de prêt. Outre le montant emprunté, les autres éléments clés de l'accord nécessaires pour la conclusion d'un contrat sont la structure et la durée de la période de remboursement ainsi que le taux d'intérêt. Une question essentielle pour l'emprunteur potentiel porte sur le point de savoir s'il opte pour un taux d'intérêt fixe ou variable. Un consommateur peu enclin à prendre des risques sera plus susceptible d'opter pour un taux d'intérêt fixe, tandis qu'un consommateur moins prudent pourra opter pour un taux d'intérêt variable. Lorsque le consommateur opte pour un taux d'intérêt fixe, il est parfois convenu que, après un certain laps de temps, le taux d'intérêt sera renégocié entre les parties. Cela était le cas dans la procédure au principal. Ainsi que l'explique la juridiction de renvoi et comme l'a confirmé Sparkasse Südholstein dans ses observations écrites, les trois contrats de prêt comportaient une clause similaire, prévoyant que chaque partie pouvait demander une renégociation du taux d'intérêt entre six à deux semaines avant l'expiration de la période pour laquelle le taux d'intérêt était fixé. Si, à l'issue de cette période, aucun avenant n'avait été conclu, un taux d'intérêt variable, tel que spécifié par Sparkasse Südholstein pour le type de prêt en cause, devait s'appliquer à ce prêt.

²⁷ Considérant 16.

²⁸ Considérant 17.

²⁹ Voir Linaritis, I., « The access to financial services through the Internet : in light of Directives 2002/65/EC, 2000/31/EC, 1999/93/EC » (en grec), Sakkoulas, Athènes, Thessalonique, 2005, p. 119.

³⁰ Arrêt du 15 juin 2017, Kareda (C-249/16, EU:C:2017:472, point 41).

53. Il apparaît que le taux d'intérêt faisait l'objet de renégociations entre les parties sur la base d'une nouvelle proposition de la banque. Si aucun accord n'était conclu, les conditions initiales du contrat ne restaient pas inchangées. Elles étaient modifiées de manière substantielle. En particulier, le taux d'intérêt passait d'un taux fixe à un taux variable. Le nouveau contrat n'était donc pas une simple « opération » dont les éléments étaient couverts par la convention précédente, mais un nouveau contrat relatif au taux d'intérêt nécessitant un nouvel accord de volontés. L'une des parties prenait l'initiative d'entamer les négociations et les éventuels taux d'intérêt faisaient l'objet de discussions. Les parties pouvaient convenir d'un nouveau taux d'intérêt fixe ou passer à un taux d'intérêt variable. Cette seconde possibilité intervenait en tant qu'accord par défaut.

54. Contrairement à ce que soutiennent Sparkasse Südholstein et le gouvernement allemand, le fait que d'autres éléments du prêt, tels que le montant emprunté et la durée, n'aient pas été modifiés par l'avenant relatif au taux d'intérêt ne signifie pas que cet avenant était une simple « opération » à laquelle les dispositions détaillées de la directive 2002/65 ne s'appliquaient pas. Une telle interprétation limiterait de manière excessive le champ d'application d'une directive destinée à couvrir « tout contrat » concernant des services financiers [article 2, sous a)]. Rien dans la directive 2002/65 n'indique que, pour que ses dispositions s'appliquent, un avenant doit modifier l'ensemble ou la plupart des éléments du contrat antérieur. Lorsqu'un élément clé du contrat initial expire et est renégocié, qu'un nouvel accord (ou un accord par défaut) est conclu et que de nouvelles conditions s'appliquent, le consommateur devrait bénéficier de toutes les informations nécessaires pour donner son consentement, conformément aux dispositions de la directive 2002/65.

55. Sparkasse Südholstein et le gouvernement allemand font également valoir que, dans une relation contractuelle, le contrat de prêt initial et les avenants relatifs au taux d'intérêt devraient être considérés dans leur ensemble comme formant un seul contrat. Sparkasse Südholstein fait référence à cet égard à une ordonnance du Bundesgerichtshof (Cour fédérale de justice, Allemagne) du 15 janvier 2019 dans lequel celui-ci a jugé que dans les cas de « *unechte Abschnittsfinanzierung* »³¹, un accord relatif au taux d'intérêt n'est pas un contrat distinct, mais fait partie du contrat de prêt. Ainsi, le consommateur dispose d'un droit de rétractation uniquement en ce qui concerne le contrat initial de prêt et non pour les avenants relatifs au taux d'intérêt.

56. Cette décision était, telle que je la comprends, fondée uniquement sur des considérations de droit national. Toutefois, comme je l'ai expliqué précédemment (au point 45), la directive 2002/65 vise à l'harmonisation complète des dispositions nationales et son libellé doit donc recevoir une interprétation commune à tous les États membres³². Le fait qu'un système juridique national particulier considère qu'un avenant relatif au taux d'intérêt relève du contrat initial de prêt est donc sans incidence sur l'interprétation de la notion de « contrat à distance » au sens de l'article 2, sous a), de la directive 2002/65 et des « opérations » auxquelles les dispositions de la directive ne s'appliquent pas en vertu de l'article 1^{er}, paragraphe 2, de celle-ci. La directive exclut explicitement de son champ d'application uniquement certaines « opérations » et un avenant relatif au taux d'intérêt conclu à l'expiration du contrat initial sur les taux d'intérêt est pour les raisons que j'ai énoncées³³, un nouveau « contrat concernant des services financiers ».

57. Je conclus donc que la notion de « contrat concernant des services financiers » au sens de l'article 2, sous a), de la directive 2002/65 doit être interprétée en ce sens qu'elle englobe un avenant relatif au taux d'intérêt qui ne prolonge pas la durée ni modifie le montant du prêt. Cet avenant n'est pas une « opération » au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 2, de la directive 2002/65 et les dispositions de cette directive lui sont donc applicables.

31 Littéralement, cette expression correspond à un « faux financement par tranche ».

32 Arrêt du 11 septembre 2019, Romano (C-143/18, EU:C:2019:701, points 34 et 55).

33 Voir points 47 à 53 des présentes conclusions.

Sur la première question

58. Par sa première question, la juridiction de renvoi demande en substance si, dans un cas de figure dans lequel une banque conclut certains types de contrats de prêt uniquement dans ses locaux commerciaux, mais qu'elle conclut parfois ultérieurement des contrats aux fins de modifier des contrats de prêt en utilisant exclusivement des techniques de communication à distance, l'on est en présence d'un « système de vente ou de prestations de services à distance organisé par le fournisseur » au sens de l'article 2, sous a), de la directive 2002/65.

59. La définition de « contrat à distance » figurant à l'article 2, sous a), de la directive 2002/65 est libellée de manière analogue à celle énoncée à l'article 2, sous a), de la directive 97/7³⁴. Elle est caractérisée par deux éléments clés. Le premier élément est que les deux parties contractantes – le fournisseur et le consommateur – ne sont pas physiquement et simultanément présentes lors de la préparation et de la conclusion des contrats à distance. Le second élément caractéristique tient au fait que ces opérations sont réalisées dans le cadre d'un système de vente ou de prestations de services à distance organisé par le fournisseur qui utilise exclusivement des techniques de communication à distance³⁵.

60. S'agissant du premier élément, il est important de faire observer que la définition de la notion de « contrat à distance » ne requiert que l'utilisation exclusive d'une technique de communication à distance aux fins du contrat. La « technique de communication à distance » est définie à l'article 2, sous e), de la directive 2002/65 comme « tout moyen qui, sans qu'il y ait présence physique et simultanée du fournisseur et du consommateur, peut être utilisé pour la commercialisation à distance d'un service entre ces parties ». Cette définition est large et englobe tout moyen de communication sans la présence physique simultanée des deux parties, tel que les appels téléphoniques, les courriers électroniques, le courrier, la télécopie, etc. Toutes les étapes nécessaires à la conclusion du contrat doivent être réalisées par l'utilisation exclusive d'une technique de communication à distance³⁶. Je partage l'approche défendue par la doctrine selon laquelle le fait que, avant la date de conclusion du contrat, il y ait eu quelques contacts directs entre le fournisseur et le consommateur à des fins *autres* que l'offre, la négociation et la conclusion du contrat ne doit pas, en lui-même, faire obstacle à ce que le contrat soit qualifié de contrat à distance³⁷.

61. La juridiction de renvoi indique que les avenants relatifs au taux d'intérêt modifiant les contrats initiaux en cause au principal ont été conclus en utilisant exclusivement des techniques de communication à distance. Cet élément semble être constant entre les parties.

62. L'objet du litige porte sur la question de savoir si Sparkasse Südholstein gérait un « système de vente ou de prestations de services à distance organisé ». Cette expression n'est pas définie de manière plus détaillée dans la directive. Le considérant 18 fournit quelques indications en précisant que cette exigence vise à exclure du champ d'application de la directive « les prestations de services effectuées sur une base strictement occasionnelle et en dehors d'une structure commerciale dont le but est de conclure des contrats à distance »³⁸.

34 Voir exposé des motifs de la proposition modifiée de directive.

35 Voir considérants 15 et 18 et article 2, sous a) et e), de la directive 2002/65. Voir également, par analogie, conclusions de l'avocat général Mengozzi dans l'affaire Heinrich Heine (C-511/08, EU:C:2010:48, point 27).

36 Voir, à cet égard, article 2, sous e), de la directive 2002/65. Voir également Yonge, W., « The distance marketing of consumer financial services directive », *Journal of Financial Services Marketing*, vol. 8, 2003, p. 80.

37 Fisher, J., Bewsey, J., Waters, M., Ovey, E., *The Law of Investor Protection*, Sweet & Maxwell, London, 2^e édition, 2003, p. 247.

38 Voir également exposé des motifs de la proposition modifiée de directive.

63. C'est à la juridiction de renvoi qu'il appartient de procéder aux constatations factuelles nécessaires quant aux modalités exactes utilisées par Sparkasse Südholstein pour conclure des avenants relatifs au taux d'intérêt. La Cour est en revanche compétente pour fournir des éclaircissements sur la manière d'interpréter un « système de vente ou de prestations de services à distance organisé par le fournisseur » au sens de la directive 2002/65.

64. Il découle du libellé même de l'article 2, sous a), de la directive 2002/65 que ce système doit répondre à certains critères. Premièrement, il doit être « organisé ». Cela signifie que le fournisseur doit être prêt en termes de structure commerciale, y compris de personnel et de ressources, à conclure des contrats sans la présence physique simultanée du fournisseur et du consommateur. Deuxièmement, il doit être organisé « par » le fournisseur. C'est le fournisseur qui définit le cadre en vue de proposer au consommateur la conclusion de contrats à distance. Troisièmement, il doit être utilisé « exclusivement » aux fins du contrat en question « jusqu'à, et y compris, la conclusion du contrat ». Il doit donc couvrir toutes les étapes du contrat telles que prévues par la directive 2002/65, à savoir l'offre, la négociation et la conclusion du contrat. Quatrièmement, il ne doit pas être effectué de manière « strictement occasionnelle ». La conclusion d'un contrat de services financiers sans la présence physique simultanée des parties ne doit pas alors se produire « exceptionnellement », « rarement » ou « de façon irrégulière ». Au contraire, celle-ci doit constituer une possibilité ou option relativement habituelle lors de la conclusion de contrats. Le considérant 18 associe ce quatrième élément avec le premier élément exposé à ce point, à savoir l'existence d'un « système organisé » en termes de structure commerciale, de personnel et de ressources. Il est difficilement concevable que, une fois qu'un fournisseur aura pris la peine de mettre en place une structure permettant la conclusion de contrats à distance, il n'en fasse usage que de manière « strictement occasionnelle ».

65. Selon moi, si le système a été conçu de telle sorte que tout puisse avoir lieu à distance, l'on est en présence d'un système organisé de prestations de services à distance³⁹. Il serait erroné d'exiger que la conclusion de contrats à distance soit « fréquente » ou « systématique », ou qu'elle soit la règle habituelle pour la majorité des contrats ou pour des contrats d'un certain type, conclus par le fournisseur. Une telle interprétation n'est pas conforme au libellé de la directive 2002/65 qui ne se réfère pas à certain degré de « fréquence », mais à un comportement qui n'est pas « *strictement* occasionnel » (mise en italique par mes soins). Cela serait également contraire à l'objectif de protection poursuivi par la directive, car cela limiterait son champ d'application au-delà de ce qui est expressément prévu par son libellé. Pour les mêmes raisons, je rejette l'argument de Sparkasse Südholstein, selon lequel le fournisseur doit « donner l'impression », notamment par l'intermédiaire de son site Internet, qu'il gère un système général de vente à distance. Le critère proposé par le gouvernement allemand, selon lequel il devrait exister un « choix stratégique » du fournisseur de créer une structure pour la conclusion de contrats à distance me semble, de même, sans pertinence. La directive 2002/65 ne prend pas en compte le point de vue subjectif du fournisseur, mais la réalité objective : le fournisseur gère-t-il effectivement un « système de vente ou de prestations de services à distance organisé » ?

66. C'est à la juridiction de renvoi qu'il appartient de vérifier les faits sur la base de ces critères et de déterminer si l'on était en présence en l'espèce d'un « système de vente ou de prestations de services à distance organisé ». Il ressort des indications fournies par la juridiction de renvoi que Sparkasse Südholstein disposait tant du personnel que des ressources nécessaires pour conclure régulièrement à distance des avenants et accords complémentaires avec ses clients. Ainsi que Sparkasse Südholstein l'a expliqué elle-même lors de l'audience, lorsque le client n'est pas établi à proximité de la banque, il est plus pratique pour lui de conclure un contrat à distance. Cela signifie que la conclusion d'avenants

³⁹ Voir également, à cet égard, Van Huffel, M., « La Directive 2002/65/CE du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance des services financiers auprès des consommateurs », *Euredia*, vol. 3, 2003, p. 363.

relatifs au taux d'intérêt à distance est une possibilité à chaque fois qu'un accord de ce type est envisagé. La question de savoir si cela se produit effectivement pourrait relever de considérations d'ordre pratique. Il est donc plausible, selon moi, que Sparkasse Südholstein gère un système organisé de prestations de services à distance aux fins de la conclusion d'avenants relatifs au taux d'intérêt.

67. Le fait que Sparkasse Südholstein conclut certains types de contrat de prêt exclusivement dans ses locaux commerciaux ou que les contrats initiaux de prêt avec KH ont été conclus avec la présence physique simultanée des parties ne modifie pas cette conclusion. La directive 2002/65 n'exige pas, lorsqu'il existe une relation commerciale globale entre le fournisseur et le consommateur, que toute la relation soit menée à distance. En cas de succession de « contrats » distincts, tels que les contrats initiaux de prêt et les avenants relatifs au taux d'intérêt en l'espèce, il ressort du libellé de l'article 2, sous a), [qui prévoit que le fournisseur doit utiliser exclusivement des techniques de communication à distance « pour ce contrat » (mise en italique par mes soins)] que c'est le *contrat spécifique en question* qui doit être conclu à « distance » pour que les dispositions de la directive 2002/65 s'appliquent.

68. Je conclus donc que l'on est en présence d'un « système de vente ou de prestations de services à distance organisé par le fournisseur », au sens de l'article 2, sous a), de la directive 2002/65, quand un fournisseur, aux fins de conclure un avenant relatif au taux d'intérêt, utilise exclusivement des techniques de communication à distance, dès lors que l'usage de ces techniques est exclusif et non strictement occasionnel, mais s'inscrit dans un cadre fixé par ce fournisseur, en termes de structure commerciale, y compris de personnel et de ressources, lui permettant de conclure des contrats sans la présence physique simultanée des parties. Il incombe au juge national, en tant que seul juge des faits, d'établir ces éléments au cas par cas.

Conclusion

69. À la lumière des considérations qui précèdent, je propose à la Cour de répondre aux questions préjudicielles posées par le Landgericht Kiel (tribunal régional de Kiel, Allemagne) de la manière suivante :

- La notion de « contrat concernant des services financiers » au sens de l'article 2, sous a), de la directive 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil, du 23 septembre 2002, concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 90/619/CEE du Conseil, 97/7/CE et 98/27/CE, doit être interprétée en ce sens qu'elle englobe un avenant relatif au taux d'intérêt qui ne prolonge pas la durée ni modifie le montant du prêt. Cet avenant n'est pas une « opération » au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 2, de la directive 2002/65 et les dispositions de cette directive lui sont donc applicables.
- L'on est en présence d'un « système de vente ou de prestations de services à distance organisé par le fournisseur », au sens de l'article 2, sous a), de la directive 2002/65, quand un fournisseur, aux fins de conclure un avenant relatif au taux d'intérêt, utilise exclusivement des techniques de communication à distance, dès lors que l'usage de ces techniques est exclusif et non strictement occasionnel, mais s'inscrit dans un cadre fixé par ce fournisseur, en termes de structure commerciale, y compris de personnel et de ressources, lui permettant de conclure des contrats sans la présence physique simultanée des parties. Il incombe au juge national, en tant que seul juge des faits, d'établir ces éléments au cas par cas.