

L'offre de crédits par des prêteurs étrangers sur le marché belge en libre prestation de services : incidence de la distinction entre les emprunteurs “actifs” et “passifs”

LAURENT CLOQUET

JEAN-PIERRE BUYLE

Avocats au barreau de Bruxelles (Buyle Legal)

I. Introduction et objet de la contribution

L'évolution du marché du crédit ces dernières décennies témoigne d'une augmentation croissante des relations de crédit transfrontalières, en premier ordre dans le périmètre de l'Union européenne mais progressivement aussi vers des horizons plus décentralisés encore, de types transcontinentaux.¹ Ce mouvement d'internationalisation de l'offre de crédits a connu une accélération supplémentaire du fait de la digitalisation des processus d'octroi de financements, de la fourniture de plus en plus répandue de crédits en ligne et de l'émergence de plusieurs FinTechs déjà opérationnelles ou ayant vocation à être prochainement actives dans le domaine du crédit aux consommateurs et aux petites et moyennes entreprises (PME).²

¹ De tels types d'offres transcontinentales se rencontrent, pour l'heure, principalement dans le registre des formules de paiement différé “buy now pay later”, qui, sous certaines conditions, échappent fréquemment au champ d'application des normes européennes et nationales en matière de crédit à la consommation.

² Voy. N. BÉDU, C. GRANIER, L. MALHERBE et M. MONTALBAN, “Les banques françaises face à l'émergence des FinTechs de paiement et de crédit : dynamique réglementaire et changement technique”, *Revue d'économie industrielle*, 2021/4 (n°176), pp. 169 à 206.

Un crédit transfrontière ou transfrontalier peut se définir comme un crédit octroyé par un prêteur établi, agréé et régulé dans un autre Etat que celui où l'emprunteur réside ou est établi, dans le cas d'une PME.

Dans le contexte européen, l'octroi de crédits transfrontières par un prêteur agréé et surveillé par les autorités compétentes d'un Etat membre d'origine³ vers des emprunteurs situés dans un Etat membre de destination peut se matérialiser par deux vecteurs.⁴ La première méthode consiste pour le prêteur à établir une succursale, sans personnalité juridique distincte, dans l'Etat membre de destination. Cette succursale offrira des crédits aux emprunteurs au nom et pour le compte du prêteur, dont elle ne constitue qu'une organisation décentralisée et avec qui elle entretient un lien de subordination. Le second procédé d'offre transfrontière de crédits implique l'octroi direct, par le prêteur d'origine, de crédits aux résidents de l'Etat membre de destination, dans le cadre de la libre prestation de services (LPS).

En effet, les libertés d'établissement et de prestations de services sont respectivement garanties par les articles 49 et 56 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). Ces libertés fondamentales s'opposent ainsi à ce que l'Etat membre de destination puisse exiger du prêteur de l'Etat membre d'origine la constitution, sur le territoire de l'Etat membre de destination d'une filiale disposant d'une personnalité juridique distincte.⁵ Le prêteur de l'Etat membre d'origine doit pouvoir déployer ses activités dans l'Etat membre de destination par la "simple" constitution d'une succursale⁶ ou plus immédiatement encore dans le cadre de la libre prestation de services, sans nulle autre structure complémentaire.

En matière d'octroi de crédits, ces libertés d'établissement et de prestations de services sont notamment garanties par les articles 33 et suivants de la direc-

3 Voy. pour le cas spécifique des prêteurs revêtus de la qualité d'établissement de crédit, l'article 33 de la directive 2013/36/EU du Parlement européen et du Conseil 26 juin 2013 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et la surveillance prudentielle des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, modifiant la directive 2002/87/UE et abrogeant les directives 2006/48/CE et 2006/49/CE (dite "CRD IV"), J.O. L 176 du 27 juin 2013, p.338.

4 Voy. également l'article VII.174 § 1^{er} du Code de droit économique (CDE), discuté *infra*, en matière d'octroi, par des prêteurs relevant du droit d'un autre Etat membre, de crédits à la consommation et de crédits hypothécaires à des consommateurs belges.

5 Briefing du Parlement européen, "Third country equivalence in EU banking and financial regulation" du 27 août 2019.

6 Pour autant que cette succursale réponde aux exigences légales et réglementaires de l'Etat membre de destination. Voy. en droit belge, les articles 312 à 332 de la loi du 25 avril 2014 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit et des sociétés de bourse. En matière de crédits à la consommation et de crédits hypothécaires, voy. également les articles VII.175, alinéa 2, VII.180, § 2, et VII.184, § 1^{er}, alinéa 2 du CDE.

tive CRD IVO.⁷ Ainsi, pour ne prendre que le cas spécifique du prêteur disposant de la qualité d'établissement de crédit,⁸ l'article 33 de la directive CRD IV enjoint aux États membres de prévoir que les activités de prêts⁹ peuvent être exercées sur leur territoire sans agrément supplémentaire, moyennant le respect des règles visées par l'article 33 en question¹⁰ soit au moyen de l'établissement d'une succursale soit par voie de LPS par tout établissement de crédit déjà agréé et surveillé par les autorités compétentes d'un autre État membre, sous réserve que ces activités de prêts soient couvertes par cet agrément d'origine.

Cette dispense d'obtention d'un agrément supplémentaire dans l'Etat membre de destination des activités de prêts ne signifie aucunement que l'établissement de crédit déjà agréé ne devra se voir décerné aucune autorisation additionnelle et ne devra se conformer à aucune autre condition légale ou réglementaire complémentaire.

Au contraire, pour prendre l'exemple belge, l'établissement de crédit agréé dans un Etat membre d'origine pour l'octroi de crédits à la consommation et hypothécaires ne pourra exercer en Belgique ses activités de prêteur en crédit à la consommation et hypothécaire qu'après avoir fait l'objet d'un enregistrement par la FSMA ensuite de l'approbation de ses modèles de contrats de crédit par le SPF Economie. De tels prêteurs devront en outre disposer d'une organisation leur permettant de s'acquitter à tout moment des obligations légales et réglementaires qui leur sont applicables en vertu du Livre VII du CDE et des arrêtés et règlements pris pour son exécution.¹¹

Ainsi, toute offre de crédit transfrontalière européenne suppose nécessairement l'application combinée de deux droits nationaux différents, à savoir, d'une part, le droit de l'Etat membre où le prêteur est établi et régulé et, d'autre part, le droit de l'Etat membre dans lequel réside l'emprunteur et vers lequel le prêteur étranger dirige et exerce ses activités de crédit soit via une succursale soit en LPS.

Ces deux droits nationaux recouvrent, d'un côté, les normes encadrant l'accès à l'activité du prêteur sur deux territoires distincts, c'est-à-dire l'attribution

⁷ Telle que modifiée par la directive (UE) 2019/878 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2019 modifiant la directive 2013/36/UE en ce qui concerne les entités exemptées, les compagnies financières holding, les compagnies financières holding mixtes, la rémunération, les mesures et pouvoirs de surveillance et les mesures de conservation des fonds propres (dite "directive CRD V"), J.O. L 150, 7 juin 2019, p. 253.

⁸ La directive CRD IV envisage aussi le cas des établissements financiers, en son article 34, au même titre que le CDE, qui en son article VII.174 § 1^{er}, alinéa 1, traite en outre de l'exercice transfrontalier des activités de prêteurs en crédit à la consommation, des entreprises d'investissement, des établissements de monnaie électronique et des établissements de paiement.

⁹ Y compris, notamment: le crédit à la consommation, le crédit hypothécaire, l'affacturage avec ou sans recours et le financement des transactions commerciales (affacturage à forfait inclus).

¹⁰ Dont une obligation de notification de début d'activité par les autorités compétentes de l'Etat membre d'origine vers les autorités de l'Etat membre de destination.

¹¹ Article VII.165 § 1 alinéa 1 du CDE, rendu applicable aux prêteurs étrangers par l'article VII.175 du CDE.

et le maintien de son agrément (sur le territoire d'origine) et de son enregistrement (sur le territoire de destination), et d'un autre côté, les normes régissant la relation de crédit en tant que telle, dans ses aspects contractuels (contenu du contrat et licéité des clauses y incluses) et précontractuels (devoirs de s'informer, d'informer et de conseiller).

La coexistence, la superposition et éventuellement la concurrence entre ces deux droits nationaux ont pour conséquence que l'octroi d'un crédit transfrontière intra-européen, que ce soit par l'établissement d'une succursale ou en LPS, impliquera inévitablement des exigences réglementaires plus lourdes pour le prêteur étranger désireux de contracter avec un emprunteur belge que s'il opérait dans un contexte purement national. Le prêteur étranger devra ainsi doublement respecter les prescrits légaux de son Etat d'origine et ceux de l'Etat membre de destination.

L'objet de la présente contribution, tel que nous le définirons plus amplement ci-après, est précisément d'examiner dans quelle mesure des dérogations existent afin de permettre qu'une relation de crédit transfrontière entre un prêteur étranger et un emprunteur belge puisse, autant que faire se peut, le plus possible s'assimiler pour le prêteur étranger à une relation de crédit classique, purement nationale, avec un emprunteur situé dans son Etat membre d'origine. Le but est ainsi de voir s'il n'est pas, dans certaines circonstances, concevable de faire l'impasse sur la notion d'Etat membre de destination et d'envisager la relation de crédit comme une relation domestique, et ce, même si elle présente un élément d'extranéité puisque l'emprunteur est techniquement un résident belge ou une entreprise établie en Belgique.

L'idée d'un assujettissement à un régime réglementaire alourdi pour le prêteur d'origine – dont la présente contribution examine précisément les possibilités d'allègement ou d'évitement, se doit toutefois d'être doublement relativisée. La première nuance résulte de la dispense d'agrément du prêteur dans l'Etat membre de destination évoquée *supra*. Le second tempérament à cette perception de lourdeur réglementaire résulte de l'adoption de directives européennes visant à l'harmonisation des législations nationales en matière de crédit à la consommation et de crédit hypothécaire.

Ainsi, le législateur européen est intervenu depuis longue date¹² afin de tendre vers un rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de crédit à la consommation.

12 Voy. la directive 87/102/CEE du Conseil du 22 décembre 1986 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de crédit à la consommation, J.O. L 42 du 12 février 1987, p. 48.

La dernière directive applicable date du 23 avril 2008,¹³ mais son processus de révision est déjà amorcé et devrait prochainement aboutir à l'adoption d'une version actualisée.¹⁴ De la même manière, mais un peu plus récemment, le législateur européen a également fait œuvre d'harmonisation en matière de crédit hypothécaire, par l'adoption de la directive 2014/17/UE du 4 février 2014 sur les contrats de crédit aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage résidentiel.¹⁵

Les normes susvisées ont ainsi pour conséquence d'aplanir les spécificités nationales et de tendre vers un droit européen harmonisé du crédit aux consommateurs. Néanmoins, indépendamment du rapprochement effectif entre les législations, sans toutefois aucunement atteindre l'uniformité, l'établissement d'une succursale et même le simple exercice d'activités en Belgique par un prêteur étranger dans le cadre de la LPS sont soumis à des exigences d'enregistrement, de contrôle et d'approbation de la documentation contractuelle par les autorités belges compétentes.

La visée de cette contribution est l'examen des facultés maximales d'allègement de ces exigences réglementaires pour des relations de crédit présentant des caractéristiques spécifiques. En conséquence, l'angle d'étude retenu sera ainsi ici exclusivement celui de l'octroi transfrontière de crédits dans le cadre de la LPS, et dans le sens d'un échappement aux exigences induites par celle-ci. L'alternative de la constitution d'une succursale ne sera ainsi pas analysée ici, car elle implique déjà intrinsèquement des contraintes plus lourdes qu'une activité transfrontière simplement opérée dans le cadre de la LPS.

Comme point de départ, il y a lieu de rappeler le principe selon lequel une activité transfrontière de crédit dirigée par un prêteur étranger vers des consommateurs belges dans le cadre de la LPS tombera dans le champ d'application du Livre VII du CDE dédié aux services de paiement et de crédit.

En vertu de l'article VII.2 § 2 du CDE, des normes supplémentaires de droit belge trouveront à s'appliquer à un prêteur étranger dès que des éléments matériels, personnels et géographiques sont réunis et dont la combinaison a pour conséquence que le contrat de crédit à conclure entre ce prêteur étranger et un consommateur résident belge doit être considéré comme un contrat rentrant

¹³ Directive 2008/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs et abrogeant la directive 87/102/CEE du Conseil, J.O. L 133 du 23 mai 2008, p. 66.

¹⁴ COM(2021)347 Final, Proposition de directive du Parlement et du Conseil relative aux crédits aux consommateurs de la Commission du 30 juin 2021, disponible sur : https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12465-Contrats-de-credit-a-la-consommation-revision-des-regles-de-16Ers680499UE_fr.

¹⁵ Directive 2014/17/UE du Parlement européen et du Conseil du 4 février 2014 sur les contrats de crédit aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage résidentiel et modifiant les directives 2008/48/CE et 2013/36/UE et le règlement (UE) n°1093/2010, J.O. L 60 du 28 février 2014, p. 34.

dans le cadre de l'activité professionnelle que ledit prêteur étranger dirige vers la Belgique.

Comme, par hypothèse, l'offre transfrontière de crédit vers le marché belge du crédit aux consommateurs impliquera nécessairement toujours qu'un prêteur étranger envisage d'octroyer des crédits à des consommateurs résidant en Belgique, le seul paramètre qui pourrait éventuellement être éludé est la notion de "contrat rentrant dans le cadre de l'activité professionnelle que le prêteur étranger dirige vers la Belgique".

La finalité de la présente contribution est donc d'étudier dans quelles circonstances cette condition d'inclusion du contrat dans le cadre des activités dirigées par le prêteur vers la Belgique pourrait être levée, avec pour conséquence que le contrat de crédit ne relèverait dès lors plus, d'un point de vue spatial et matériel notamment, du champ d'application du livre VII du CDE.

Une de ces circonstances est celle où le prêteur étranger conclut un contrat de crédit avec un résident belge répondant à la définition de consommateur mais ayant, de lui-même, activement pris l'initiative de sortir de ses frontières nationales et de se diriger de son propre chef vers un prêteur étranger. Il s'agit du "consommateur actif" sollicitant lui-même, spontanément, un crédit auprès d'un prêteur étranger qui correspond à ses attentes spécifiques. Il est à distinguer du "consommateur passif" qui contracte un crédit avec un prêteur étranger parce que ce dernier a directement déployé ses activités sur le marché belge pour susciter la demande ou recevoir la demande de crédit.¹⁶

Après avoir rappelé les conséquences concrètes que l'application de ce Livre VII du CDE entraîne pour un prêteur de droit étranger dirigeant en Belgique des activités de crédit hypothécaire ou à la consommation dans le cadre de la LPS (II), ainsi qu'après avoir analysé le régime du champ d'application du Livre VII du CDE (III), nous étudierons la notion de "direction d'activités" vers la Belgique par un établissement de crédit agréé et régulé dans un autre Etat membre et exerçant ses activités professionnelles depuis cet autre Etat membre vers la Belgique (IV) et la notion d' "inclusion d'un contrat dans le cadre de ces activités" (V).

L'analyse de ces deux notions nous mènera au cœur de notre étude qui est l'examen de la distinction entre emprunteurs belges actifs et passifs. L'étude de cette distinction nous permettra ensuite de conclure la présente contribution en énumérant et en étudiant quelques éléments concrets de nature à démontrer ou à infirmer le caractère actif du consommateur (VI).

¹⁶ Voy. le code annoté du crédit à la consommation et de crédit hypothécaire établi par le SPF Economie, version 2019, disponible sur <https://credit2consumer.be/fr/>.

II. Les conséquences du Livre VII du CDE pour les prêteurs étrangers souhaitant exercer leurs activités de crédits à la consommation et hypothécaires en Belgique en LPS

Comme nous avons pu l'esquisser *supra*, c'est l'article VII.174 du CDE qui balise les obligations auxquelles les prêteurs¹⁷ de droit étranger doivent se conformer aux fins d'être autorisés à exercer leurs activités de prêteurs en crédit à la consommation et en crédit hypothécaire sur le marché belge. Sous l'angle des prescrits légaux et réglementaires à respecter, ce sont en particulier les §3 et §4 dudit article VII.174 qui doivent être mobilisés. Ces deux paragraphes, mis en lien avec l'article VII.175 du CDE, induisent deux obligations principales.

L'article VII.174 § 3, du CDE énonce tout d'abord le principe selon lequel, une fois avertie de l'intention du prêteur étranger d'exercer ses activités en Belgique, "la FSMA informe l'établissement concerné des dispositions légales et réglementaires belges qui, à sa connaissance et après concertation avec le SPF Economie, sont d'intérêt général". Cette notion de "dispositions légales et réglementaires d'intérêt général", telle qu'interprétée par la FSMA (après concertation avec le SPF Economie) a une portée très large, car elle englobe en réalité l'ensemble du livre VII du CDE et ses arrêtés d'exécution,¹⁸ en plus d'autres législations que la FSMA fait rentrer dans cette catégorie¹⁹ au demeurant de façon non-exhaustive.²⁰

Cette disposition de l'article VII.174 § 3 du CDE est à mettre en lien avec l'article VII.175 § 1 du CDE²¹ qui impose, par son alinéa 1^{er}, aux prêteurs étrangers et domestiques l'obligation de disposer "d'une organisation leur permettant de s'acquitter à tout moment des obligations légales et réglementaires qui leur sont applicables en vertu du présent livre et des arrêtés et règlements pris pour son exécution. Il s'agit de la première obligation, découlant des articles VII.174 § 3 et VII.175 du CDE, qui incombe aux prêteurs étrangers : celle d'être structurellement en mesure de

17 A comprendre tel comme le prêteur de droit étranger tel que visé au sein de cet article, à savoir, en ce qui concerne le crédit à la consommation, les entreprises financières que sont les établissements de crédit, les établissements financiers visés à l'article 332 de la loi du 25 avril 2014, les entreprises d'investissement, les établissements de monnaie électronique, et les établissements de paiement et, en ce qui concerne le crédit hypothécaire, les seuls établissements de crédit et les établissements financiers visés à l'article 332 de la loi du 25 avril 2014.

18 Voy. FSMA, *Dispositions susceptibles de s'appliquer aux prêteurs en crédit à la consommation relevant du droit d'un autre État membre de l'Espace économique européen et opérant en Belgique dans le cadre de la libre prestation de services sous le bénéfice de la reconnaissance mutuelle en vertu de leur statut d'établissements de crédit, d'établissements financiers, d'établissements de monnaie électronique et d'établissements de paiement*, 12 avril 2016, disponible sur https://www.fsma.be/sites/default/files/legacy/content/FR/dispositions/ab4kg_fr.pdf.

19 Par exemple, la loi du 3 août 2002 relative à la surveillance relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers ou le livre VI "Pratiques du marché et protection du consommateur" du CDE.

20 La note de la FSMA du 12 avril 2016 indique ainsi que "cet aperçu n'est pas exhaustif et n'ôte rien à l'obligation de respecter, lors de l'exercice d'activités en Belgique, les dispositions d'intérêt général non mentionnées, notamment celles relevant du droit civil, du droit commercial, du droit pénal et du droit fiscal".

21 Rendu applicable par l'article VII.175 du CDE, aux prêteurs étrangers visés à l'article VII.174 du CDE.

respecter la loi et la réglementation belges en matière de crédit aux consommateurs.

L'examen de l'entière des dispositions du Livre VII du CDE applicables aux prêteurs de droit étranger excède largement l'objet de la présente contribution. Nous nous contenterons dès lors de souligner les obligations (i) de consultation de la Centrale des Crédits aux Particuliers²² (CCP) afin d'évaluer de façon rigoureuse la solvabilité du crédit avant la conclusion du contrat de crédit et (ii) d'enregistrement²³ au sein de celle-ci des contrats de crédits à la consommation et hypothécaires conclus, qui pèsent sur les prêteurs (étrangers et domestiques) actifs en Belgique. Dans la perspective d'un prêteur étranger, il s'agit en effet souvent de procédures nouvelles qui doivent impérativement être intégrées dans les processus d'octroi de crédits.

Il importe toutefois de noter que le livre VII du CDE inclut des règles impératives vouées à protéger le consommateur résident en Belgique et qui sont, dans certains cas, plus pointues que les normes édictées par la directive 2008/48/CE du 23 avril 2008, vouée à harmoniser les législations des Etats membres de l'UE en matière de crédit à la consommation.

En droit international privé, le livre VII du CDE constitue une loi de police au sens de l'article 9²⁴ du règlement Rome I.²⁵ A considérer qu'un contrat de crédit rentre dans le champ d'application territorial et matériel du livre VII du CDE, ledit livre empêche, en sa qualité de loi de police, la stipulation de toute clause qui serait contraire aux prescrits de la loi belge, quelle que soit la loi rendue applicable au contrat. En tant que loi de police, le livre VII du CDE ne souffre dès lors aucun autre droit concurrent pour régir les situations relevant de son champ d'application. Ceci étant, le livre VII du CDE n'exige pas lui-même l'élection du droit belge comme droit régissant le contrat de crédit octroyé à un consommateur résident belge. Dans la continuité des dispositions du règlement Rome I, l'article VII.2, § 3, 1^{ère} phrase du CDE²⁶ laisse une liberté de choix aux parties quant au droit applicable au contrat, moyennant le respect de certaines conditions.

En effet, l'article 6.2. du règlement Rome I précise que les parties peuvent choisir la loi applicable à un contrat noué entre un consommateur et un pro-

22 Voy. notamment les articles VII.77 et VII.149 à VII.154 du CDE.

23 Voy. notamment l'article VII.148 du CDE.

24 L'article 9.1 du règlement Rome I définit la loi de police comme "une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat d'après le présent règlement".

25 Règlement (CE) n°593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), JO. L 177 du 4 juillet 2008, p. 6.

26 "Nonobstant les dispositions des §§ 1er et 2, les parties peuvent, conformément à l'article 3 du Règlement (CE) n°593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), choisir la loi applicable à un contrat satisfaisant aux conditions de l'article 6, paragraphe 1er, du Règlement."

fessionnel satisfaisant aux conditions de l'article 6.1. L'article 6.2 spécifie que "ce choix ne peut cependant avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord en vertu de la loi qui aurait été applicable, en l'absence de choix, sur la base du paragraphe 1". Cette disposition est reproduite *mutatis mutandis* à l'article VII.2, § 3, 2^{ème} phrase du CDE.²⁷

A défaut de choix des parties, le contrat de crédit noué entre un consommateur et un professionnel satisfaisant aux conditions de l'article 6.1 du règlement Rome I est en effet automatiquement "régi par la loi du pays où le consommateur a sa résidence habituelle, à condition que le professionnel: a) exerce son activité professionnelle dans le pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle, ou b) par tout moyen, dirige cette activité vers ce pays ou vers plusieurs pays, dont celui-ci, et que le contrat rentre dans le cadre de cette activité".²⁸

Il en résulte qu'un contrat de crédit relevant du champ d'application du livre VII du CDE octroyé à un consommateur belge par un prêteur enregistré dans un autre Etat membre de l'UE peut parfaitement rendre un droit étranger applicable à ce contrat de crédit pour autant que les termes et conditions du contrat lui procurent un niveau de protection identique à celui conféré par les dispositions du livre VII du CDE, qui constituent des lois de police belges. L'élection d'un droit étranger est autorisée à ces conditions et le SPF Economie accepte parfaitement qu'un contrat de crédit soumis au livre VII du CDE soit régi par un droit étranger.²⁹ C'est l'écartement du niveau de protection du livre VII du CDE qui est prohibé.

En pratique, ce choix d'un droit étranger applicable au contrat impliquera nécessairement toujours, pour respecter les lois de police belges, l'inclusion de certaines références à des dispositions incontournables de droit belge et par essence inexistantes en droit étranger, telles que, par exemple, celles liées à la CCP. En conséquence, l'élection du droit étranger comme droit applicable au contrat sera typiquement stipulée sans préjudice des dispositions impératives prévues par le droit belge.

La deuxième obligation résultant de l'article VII.174 §§ 3 et 4, du CDE reposant sur le prêteur étranger désireux d'offrir sur le marché belge des crédits à la consommation et des crédits hypothécaires est ainsi celle d'obtenir l'approbation du SPF Economie quant aux modèles de contrats que le prêteur étranger entend proposer aux consommateurs belges.

27 "Ce choix ne peut cependant avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord en vertu de la législation belge qui aurait été applicable, en l'absence de choix."

28 Article 6.1 du règlement Rome I.

29 Voy. Code annoté du crédit à la consommation et de crédit hypothécaire établi par le SPF Economie, version 2019, disponible sur <https://credita.consumer.be/ft/>.

Cette exigence est intimement liée à la portée des dispositions législatives et réglementaires d'intérêt général que la FSMA doit indiquer au prêteur étranger postulant pour un enregistrement en tant que prêteur relevant du droit d'un autre Etat membre habilité à exercer ses activités en Belgique en LPS. En effet, dans le cadre de son analyse des contrats de crédit qui lui sont soumis, le SPF Economie examinera scrupuleusement si ces modèles sont conformes au livre VII du CDE et à ses arrêtés d'exécution.³⁰

L'enregistrement du prêteur étranger par la FSMA suppose donc nécessairement l'aval du SPF Economie quant aux modèles de contrats qui lui sont soumis.

En l'absence d'approbation par le SPF Economie des modèles de contrats de crédit à la consommation et/ou de crédit hypothécaire à offrir, aux consommateurs belges, et par conséquent en l'absence d'enregistrement de la FSMA, le prêteur de droit étranger ne sera donc pas autorisé à exercer des activités de prêteur en crédit à la consommation et hypothécaire en Belgique dans le cadre de la LPS. L'exercice de telles activités à défaut d'enregistrement est susceptible de donner lieu à des sanctions pénales.³¹

En guise de charnière avec le chapitre suivant, il est essentiel de préciser que les dispositions susvisées de l'article VII.174 du CDE (et les autres dispositions dont il entraîne l'application) ne deviennent contraignantes pour un prêteur étranger qu'à partir du moment où les titres du Livre VII du CDE afférents au crédit à la consommation et au crédit hypothécaire trouvent eux-mêmes à s'appliquer.

Une telle application de ces titres et l'activation corrélative de l'article VII.174 du CDE dépend au premier plan de la réunion (ou non) des conditions édictées par l'article VII.2, § 2 du CDE qui définit le champ d'application des titres du livre VII applicables au crédit à la consommation et au crédit hypothécaire.

III. Le régime général du champ d'application du Livre VII du CDE

Nous entamons ainsi notre analyse par le rappel des champs d'application spatial, matériel et personnel du Livre VII du CDE, tels que prévus par l'article VII.2, § 2 du CDE.

Le champ d'application du Livre VII du CDE "services de paiement et de crédit" est régi par l'article VII.2, § 2 du CDE qui dispose que :

³⁰ Au rang desquels on peut entre autres citer l'arrêté royal du 14 septembre 2016 relatif aux coûts, aux taux, à la durée et aux modalités de remboursement des contrats de crédit soumis à l'application du livre VII du CDE et à la fixation des indices de référence pour les taux d'intérêt variables en matière de crédits hypothécaires et de crédits à la consommation y assimilés.

³¹ Article XV.9a, 1^o, du CDE.

“§ 2. Les titres 4 à 6³³ et 7 du présent livre s’appliquent aux contrats de crédit conclus avec un consommateur ayant sa résidence habituelle en Belgique à condition que :
1° le prêteur exerce son activité professionnelle en Belgique, ou
2° par tout moyen, dirige cette activité vers la Belgique ou vers plusieurs pays, dont la Belgique, et que le contrat rentre dans le cadre de cette activité (nous soulignons)”.

Du point de vue du champ d’application personnel du livre VII du CDE en ce qu’il vise les notions de “consommateur” et de “prêteur”,³³ quant à son champ d’application spatial en ce qu’il vise le concept de “résidence habituelle” du consommateur et, enfin, en ce qui concerne le champ d’application matériel du dit livre en ce qu’il vise la notion de “contrat de crédit”, nous faisons référence à d’excellentes études existantes.³⁴

La notion de “prêteur exerçant son activité professionnelle en Belgique”, telle que visée au point 1° de l’article VII.2 § 2, échappe à notre champ d’investigation étant donné qu’elle vise par définition les prêteurs établis en Belgique.

Le prêteur régulé dans un autre Etat membre et susceptible d’exercer en Belgique des activités de crédit à la consommation et de crédit hypothécaire sous le régime de la LPS, et qui n’est, par essence, pas établi en Belgique, devra se poser la question de savoir s’il répond (ou non) aux critères de la condition alternative énoncée au point 2° de l’article VII.2 § 2.

Suivant l’objet de nos recherches, tel qu’exposé à travers l’introduction, nous traitons principalement dans la présente contribution de la question de savoir dans quelle mesure il pourrait être considéré par l’administration ou par une juridiction belge qu’un prêteur de droit étranger tombe sous le coup des critères exposés au point 2° de l’article VII.2 § 2 du CDE.

Autrement dit, nous examinerons (i) si le prêteur de droit étranger *par tout moyen, dirige une activité vers la Belgique ou vers plusieurs pays, dont la Belgique*, et (ii) si les contrats de crédit à la consommation et de crédit hypothécaire qu’il propose à des consommateurs résidant en Belgique rentrent dans le cadre de

³² Le titre 4 du livre VII du CDE est dédié aux “contrats de crédit” en général et englobe ainsi tant les crédits à la consommation que les crédits hypothécaires. Le titre 5 traite des “sanctions civiles”. Le titre 6 recouvre le “règlement extrajudiciaire des litiges de consommation”, tandis que le titre 7 expose des “dispositions finales” diverses.

³³ Voy. l’article 1.9, 34°, du CDE.

³⁴ Voy. D. BLOMMAERT et P. ALGRAIN, “Le champ d’application du crédit hypothécaire” in *Le crédit hypothécaire au consommateur*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2017, p. 55-74, D. BLOMMAERT et P. ALGRAIN “Section 1 - Le droit du crédit à la consommation”, in Ch. BIQUET-MATHIEU (dir.), *Crédits aux consommateurs et aux P.M.E.*, 1^{re} édition, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 9-70, E. de PATOUL, “Le champ d’application des dispositions légales relatives aux crédits réglementés”, in *Les crédits réglementés*, Cahiers AEDBF, n°24, Limal/Oxford, Anthemis-Intersentia, 2012 p. 26 à 31, R. STEENNOT, “Toepassingsgebied van de Wet Consumentenkrediet”, in *Instituut Financieel recht* (éd.), *Financiële regulering in de hering*, Anvers, Intersentia, 2012 et Ch. BIQUET-MATHIEU, “Le champ d’application de la loi sur le crédit hypothécaire et son articulation avec la loi sur le crédit à la consommation”, in *Hypothecair krediet – Crédit hypothécaire*, Bruxelles, die Keure, 2010.

cette activité. Si cette double condition est remplie, les titres 4 à 7 du livre VII du Code s'appliqueront aux contrats de crédit que le prêteur étranger entend offrir aux consommateurs résidents belges.

Avant d'entamer cet examen, nous épingleons encore succinctement que l'article 3 de la loi du 21 décembre 2013 relative au financement des PME³⁵ prévoit un champ d'application similaire³⁶ à celui de l'article VII.2 § 2 du CDE, en sorte que les raisonnements qui sont dégagés dans la présente contribution en ce qui concerne le crédit à la consommation et le crédit hypothécaire pourront être dupliqués *mutatis mutandis*, concernant l'octroi, par des prêteurs étrangers, de contrats de crédit rentrant dans le cadre des activités commerciales ou professionnelles belges exercées par ces prêteurs étrangers en Belgique, à des PME européennes.³⁷

IV. La notion de "direction d'activités professionnelles" vers la Belgique par un prêteur agréé dans un autre état membre (champ d'application spatial du livre VII)

A. La notion de "direction d'activités commerciales vers un autre pays" au sens de la législation européenne

L'article VII.2 § 2 précité du CDE constitue un cas de traduction concrète, dans la législation belge, de l'article 6 "contrats de consommation" du Règlement n°593/2008 du Parlement et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (dit "Règlement Rome I").³⁸

L'article 6 du règlement Rome I recourt au critère large "d'activité dirigée vers un ou plusieurs pays" et ce "par tout moyen", à savoir selon un vaste spectre de modalités. Il n'est donc plus nécessaire de prouver comme le prévoyait l'ancienne convention de Rome, qu'une proposition contractuelle a été spécialement formulée sur le territoire où réside le consommateur, qu'une publicité y a été orga-

35 Loi du 21 décembre 2013 relative à diverses dispositions concernant le financement des petites et moyennes entreprises, M.B., 31 décembre 2013, p. 104012. Pour une présentation générale de cette loi, voy. J.-P. Buyle et L. Cloquet, "La loi du 21 décembre 2013 concernant le financement des PME", *Dr. banc. fin.*, 2014/4, pp. 251 et s.

36 "La présente loi s'applique aux contrats de crédit conclus avec une entreprise ayant son établissement ou siège social dans l'Espace économique européen, à condition que :
1° le prêteur exerce son activité commerciale ou professionnelle en Belgique ; ou
2° le prêteur par tout moyen, dirige cette activité vers la Belgique ou vers plusieurs pays, dont la Belgique, et que le contrat de crédit rentre dans le cadre de cette activité en Belgique."

37 Il s'agit ici d'une différence par rapport au champ d'application du livre VII du CDE. Du point de vue de son champ d'application personnel, la loi du 21 décembre 2013 s'applique à tout contrat de crédit conclu avec une PME établie dans l'EEE, alors que le livre VII du CDE ne s'applique qu'aux contrats de crédit conclus avec des consommateurs résidant en Belgique.

38 Règlement (CE) n°593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), J.O. L 177, 04 juillet 2008, p. 6.

nisée ou encore que les actes et formalités inhérents au crédit y ont été accomplis.

Il nous appartient d'emblée d'insister sur le fait que la notion de "direction d'activités" (en l'espèce la direction d'activités de crédit hypothécaire ou de crédit à la consommation) vers un pays membre de l'UE n'est pas définie légalement, ni dans la législation européenne ni, par extension, dans la législation belge.³⁹ La présence de ce critère s'analysera donc de manière particulièrement concrète et factuelle.

Ce critère est très concret et donc sujet à une interprétation casuistique tout en sachant que la matière est potentiellement sensible au vu des conséquences qu'emporte l'octroi de crédits à des consommateurs résidant en Belgique en contravention avec le CDE (sanctions administratives, civiles et pénales).

Afin de vérifier si le critère d'activité dirigée est présent (ou non) dans une relation commerciale déterminée, il faut et il suffit de démontrer l'existence d'une activité dirigée vers le pays où réside le consommateur.⁴⁰ Dans le cadre d'une relation de crédit, il s'agira de déterminer si le prêteur étranger déploie des activités visant à susciter ou recevoir la demande de crédit dans le pays de destination.

Cette notion s'appréciera *in concreto* et implique de vérifier si le professionnel s'organise d'une manière telle qu'il cherche à attirer au sein de sa clientèle des consommateurs d'un pays déterminé (ici la Belgique) où il ne dispose, par hypothèse, d'aucun établissement stable. Il en va, par ricochet, de même quant à la notion d' "inclusion d'un contrat dans le cadre de ces activités en Belgique" (voy. *infra*), qui est le véritable élément déterminant pour l'application ou non de la législation belge en matière de crédit aux consommateurs et de son corollaire de l'exigence d'approbation des contrats de crédit hypothécaire ou à la consommation par le SPF Economie.

En conclusion, l'administration belge et les juridictions nationales ou européennes doivent suivre une approche assez pragmatique lorsqu'elles sont amenées, le cas échéant, à trancher un éventuel litige.

B. La notion de "direction d'activités commerciales vers un autre pays" éclairée par la jurisprudence européenne

Qu'entend-on donc par "activité professionnelle dirigée vers un autre pays membre" ?

La Cour de justice de l'Union européenne (C.J.U.E.) a formulé des éléments de réponse à cette question, dans un arrêt rendu le 7 décembre 2010 à la suite de

39 D. BLOMMAERT et P. ALGRAIN, "Le champ d'application du crédit hypothécaire" in *Le crédit hypothécaire au consommateur*, op. Bruxelles, Éditions Larcier, 2017, pp. 72-74.

40 Voy. le code annoté du crédit à la consommation et de crédit hypothécaire établi par le SPF Economie, version 2019, disponible sur <https://creditconsumer.be/fr/>.

deux questions préjudicielles posées dans le cadre des affaires jointes C-585/08 et C-144/09,⁴¹ dans le contexte spécifique d'un contrat conclu à distance après que les consommateurs ont eu leur attention attirée par un site internet. Dans cet arrêt, la Cour a d'abord indiqué que la simple utilisation d'un site internet par un commerçant ne signifie pas en soi que son activité soit "dirigée vers" d'autres États membres, ce qui déclencherait l'application des règles de compétence protectrices du règlement Rome I.⁴²

Ensuite, le cœur de l'enseignement de l'arrêt du 7 décembre 2010 réside dans la considération par la Cour que la notion d'activité dirigée doit être interprétée de manière autonome, en ayant égard à la volonté du commerçant d'établir des relations commerciales avec les consommateurs d'autres États membres, au nombre desquels figure celui sur le territoire duquel le consommateur a son domicile. Afin d'examiner la présence ou non d'une telle volonté, la Cour a recherché des indices permettant de démontrer que le commerçant envisageait de commercer avec des consommateurs domiciliés dans d'autres États membres.

Dans cette affaire ayant trait aux activités hôtelières et à la réservation de voyages, la Cour a, entre autres, retenu comme indices de l'expression manifeste d'une telle volonté du commerçant de démarcher des consommateurs d'autres États membres, les éléments principaux suivants: (i) la mention, sur son site internet, selon laquelle le commerçant offre ses services ou ses biens dans un ou plusieurs États membres nommément désignés et (ii) l'engagement de dépenses dans un service de référencement sur internet auprès de l'exploitant d'un moteur de recherche afin de faciliter aux consommateurs domiciliés dans différents États membres l'accès au site du commerçant.⁴³ Néanmoins, d'autres indices moins patents, éventuellement combinés les uns aux autres, sont également jugés par la Cour comme étant susceptibles de démontrer l'existence d'une "activité dirigée" vers l'État membre du domicile du consommateur.

Il s'agit notamment des indices supplémentaires suivants :⁴⁴ (i) la nature internationale de l'activité en cause, telle que certaines activités touristiques, (ii) la mention de coordonnées téléphoniques avec l'indication du préfixe international, (iii) l'utilisation d'un nom de domaine de premier niveau autre que celui de l'État membre où le commerçant est établi, par exemple ".de" ou encore l'utilisation de noms de domaine de premier niveau neutres tels que ".com" ou ".eu", (iv) la description d'itinéraires à partir d'un ou de plusieurs autres États membres vers le lieu de la prestation de service ; (v) la mention d'une clientèle

41 C.J.U.E., 7 décembre 2010, aff. jointes C-585/08 et C-144/09, Peter Pammer contre Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG (C-585/08) et Hotel Alpenhof GesmbH contre Oliver Heller (C-144/09), Rec. 2010 I-12527.

42 C.J.U.E., 7 décembre 2010, aff. jointes C-585/08 et C-144/09, § 69.

43 C.J.U.E., 7 décembre 2010, aff. jointes C-585/08 et C-144/09, § 81.

44 C.J.U.E., 7 décembre 2010, aff. jointes C-585/08 et C-144/09, § 83.

internationale composée de clients domiciliés dans différents États membres, notamment par la présentation de témoignages de tels clients, et enfin (vi) le choix entre plusieurs langues/monnaies sur le site internet, autres que celles habituellement utilisées dans l'État membre du commerçant.

Par opposition, selon la Cour, ne constituent pas de tels indices ni la mention sur un site internet de l'adresse électronique ou géographique du commerçant, ni l'indication de ses coordonnées téléphoniques sans préfixe international, car ces informations n'indiquent pas si le commerçant dirige son activité vers un ou plusieurs États membres.⁴⁵

Il importe d'avoir à l'esprit que l'arrêt susvisé concernait une affaire où deux commerçants autrichiens⁴⁶ contestaient la direction d'activités vers d'autres pays membres de l'UE. Dans ce contexte, la Cour avait ainsi défini les conditions *a minima* pour que des activités d'un opérateur d'un premier pays membre d'origine soient considérées comme étant dirigées vers un second pays membre de destination.

Par analogie, de nombreux autres éléments factuels plus explicites que ceux relevés par la Cour en cette affaire pourraient corroborer la volonté d'un prêteur étranger d'établir des relations commerciales avec des consommateurs résidents belges, soit pris isolément, soit en lien avec d'autres, tels que l'établissement de listings commerciaux, de bases de données de consommateurs belges, de publicités, *banners* internet ou de brochures destinées à la Belgique, ou, évidemment le développement ou l'existence de produits bancaires et financiers destinés au public belge, etc.

L'arrêt du 7 décembre 2010 précité démontre surtout qu'en matière de contrats à distance, un opérateur commercial est assez vite considéré comme dirigeant des activités vers un pays de destination dès qu'il lorgne quelque peu vers les consommateurs de cet autre pays membre et qu'il engage des dépenses (notamment en terme de visibilité sur le web), même limitées, afin d'en faire ses clients.

Par essence, un site internet et les mentions, langues, espaces dédiés à des pays de destination en particulier qu'il recèle, constituent des éléments particulièrement visibles et objectifs permettant au juge (national ou européen) de se prononcer sur la base de constatations écrites. Cette objectivité est parfois moins manifeste hors de la sphère des contrats conclus à distance par internet ou par voie digitale. Dans le contexte des contrats conclus de manière traditionnelle, en présence physique de représentants du prêteur, il n'existe pas toujours une interface visible (site internet) rendue publique et pouvant servir de ligne de démarcation pour le juge.

45 C.J.U.E., 7 décembre 2010, aff. jointes C-585/08 et C-144/09, § 77.

46 Hotel Alpenhof GesmbH, d'une part, et Reederei Karl Schlüter GmbH Co. KG d'autre part.

La Cour a encore eu l'occasion de confirmer la solution dégagée dans le cadre de son arrêt du 7 décembre 2010 à travers un arrêt du 6 septembre 2012 rendu dans l'affaire C-190/11.⁴⁷

Dans ce contentieux, une consommatrice domiciliée en Autriche, avait cherché à acquérir une voiture sur internet. Elle s'était connectée à une plateforme de recherche allemande et avait spécifié le modèle de véhicule souhaité, obtenant ainsi une liste de véhicules répondant à ses critères.⁴⁸ Elle choisit l'un d'entre eux et fut renvoyée vers une offre des vendeurs établis en Allemagne.⁴⁹ Désireuse d'obtenir de plus amples renseignements sur le véhicule proposé sur la plateforme de recherche, la consommatrice a contacté les vendeurs au moyen du numéro de téléphone indiqué sur leur site internet qui incluait un préfixe international. Il lui fut également précisé que sa nationalité autrichienne ne ferait pas obstacle à l'acquisition d'un véhicule auprès des vendeurs. Ensuite, elle s'est rendue en Allemagne, signa le contrat de vente et a acheté le véhicule dont elle pris possession. Un litige est ensuite né du fait de vices cachés.

Dans le cadre de ce contentieux, les vendeurs avaient soutenu qu'ils ne dirigeaient pas leurs activités vers l'Autriche et que la consommatrice avait conclu le contrat au siège de leur entreprise en Allemagne. La juridiction d'appel en Autriche avait notamment rappelé la déclaration conjointe du Conseil et de la Commission concernant les articles 15 et 73 du règlement Bruxelles I⁵⁰ faite à l'occasion de l'adoption de ce règlement et selon laquelle un site internet purement "passif" ne suffisait pas pour considérer qu'une activité est dirigée vers l'État du consommateur⁵¹ et avait relevé que le site internet des vendeurs avait les caractéristiques d'un tel site "passif".⁵²

Saisie d'une question préjudicielle, à laquelle elle a répondu par la négative, quant à la question de savoir si l'application de l'article 15, paragraphe 1, sous c)⁵³, du règlement Bruxelles I suppose ou non que le contrat entre le consommateur et le professionnel ait été conclu à distance, la Cour a indiqué que la condition

47 C.J.U.E., 6 septembre 2012, affaire C-190/11, Daniela Mühlleitner contre Ahmad Yusufi et Wadat Yusufi, ECLI:EU:C:2012:1542.

48 C.J.U.E., 6 septembre 2012, affaire C-190/11, Daniela Mühlleitner contre Ahmad Yusufi et Wadat Yusufi, § 11.

49 C.J.U.E., 6 septembre 2012, affaire C-190/11, Daniela Mühlleitner contre Ahmad Yusufi et Wadat Yusufi, § 12.

50 Règlement (CE) n°44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (dit "règlement Bruxelles I"). JO. n°L 012 du 16 janvier 2001, pp. 1-23.

51 Voy. considérant 24 du règlement Rome I.

52 C.J.U.E., 6 septembre 2012, affaire C-190/11, Daniela Mühlleitner contre Ahmad Yusufi et Wadat Yusufi, § 19.

53 Cet article se lit comme suit : "En matière de contrat conclu par une personne, le consommateur, pour son usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle, la compétence est déterminée par la présente section, sans préjudice des dispositions de l'article 4 et de l'article 5, point 5 : (...)

c) lorsque [...] le contrat a été conclu avec une personne qui exerce des activités commerciales ou professionnelles dans l'État membre sur le territoire duquel le consommateur a son domicile ou qui, par tout moyen, dirige ces activités vers cet État membre ou vers plusieurs États, dont cet État membre, et qui le contrat est intervenu dans le cadre de ces activités."

essentielle à laquelle est subordonnée l'application de l'article 15, paragraphe 1, sous c), du règlement Bruxelles I est celle liée à l'activité commerciale ou professionnelle dirigée vers l'État du domicile du consommateur. La Cour a en outre jugé que *"à cet égard, tant la prise de contact à distance, telle que celle en cause au principal, que la réservation d'un bien ou d'un service à distance ou, a fortiori, la conclusion d'un contrat de consommation à distance sont des indices de rattachement du contrat à une telle activité"*⁵⁴

Par cet arrêt du 6 septembre 2012, la Cour s'est donc inscrite dans la droite ligne de son arrêt du 7 décembre 2010. Elle a en outre estimé, dans le contexte très spécifique de ce litige, que la prise de contact par téléphone de la consommatrice avec les vendeurs au moyen d'un numéro portant un préfixe international indiqué sur leur site internet, constituait, outre la réservation de la voiture à distance, des indices de rattachement du contrat qu'elle avait conclu aux activités des vendeurs dirigées vers l'Autriche.

De surcroît, dans une troisième espèce, la Cour a de nouveau confirmé cette solution.⁵⁵

Enfin, il y a lieu de souligner que la notion de *"contrat à distance"*, telle que mobilisée dans le triple contexte des arrêts de la C.J.U.E. des 7 décembre 2010, 6 septembre 2012 et 17 octobre 2013 a par la suite sensiblement évolué suite à l'adoption la directive 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs.⁵⁶

En son article 2, 7), la directive 2011/83/UE définit comme suit la notion *"contrat à distance"* : *"tout contrat conclu entre le professionnel et le consommateur, dans le cadre d'un système organisé de vente ou de prestation de service à distance, sans la présence physique simultanée du professionnel et du consommateur, par le recours exclusif à une ou plusieurs techniques de communication à distance, jusqu'au moment, et y compris au moment, où le contrat est conclu"*.

Comme nous l'analyserons ci-après, cette définition est désormais reprise au sein du CDE, en son article I.8, 15° et ce sont les trois conditions cumulatives prévues par cet article et par l'article 2, 7) de la directive 2011/83/UE qui permettent de déterminer si un contrat peut ou on être qualifié de contrat à distance. Nous verrons ainsi que cette nouvelle définition et ses trois critères sont de nature à relativiser la portée des trois arrêts de la Cour précités.

54 C.J.U.E., 6 septembre 2012, affaire C-190/11, *Daniela Mühlleitner contre Ahmad Yusufi et Wadad Yusufi*, § 44.

55 C.J.U.E., 17 octobre 2013, affaire C-218/12, *Lokman Emrek contre Vlado Sabranovic*, ECLI:EU:C:2013:666, 109, entre autres le § 30.

56 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 85/377/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen (J.O. L 304 du 22 novembre 2011, pp. 64-88). Cette directive est en vigueur depuis le 12 décembre 2011 et a dû être transposée dans les pays de l'UE pour le 13 décembre 2013. Elle s'applique aux contrats conclus après le 13 juin 2014.

V. La notion d'inclusion d'un contrat de crédit à la consommation ou hypothécaire dans le cadre d'activités dirigées vers la Belgique

A. La notion d'inclusion (ou non) du contrat de crédit dans les activités dirigées vers la Belgique par un prêteur étranger à l'aune de la distinction entre consommateurs "passifs" et "actifs"

La notion de direction d'activités vers la Belgique est la première condition pour l'application du Livre VII du CDE. Mais elle n'est pas suffisante, elle doit être combinée avec l'inclusion du contrat de crédit dans le cadre de ces activités dirigées par le prêteur de droit étranger en Belgique.

De fait, le CDE protège le consommateur *passif*, par opposition au consommateur *actif* qui prend l'initiative de contacter un prêteur situé en dehors des frontières de son Etat de résidence. La différence entre ces deux consommateurs est fondamentale. Le consommateur *passif* contracte un crédit avec un prêteur étranger parce que ce dernier est directement intervenu sur le marché belge, pour susciter la demande ou recevoir la demande de crédit, tandis que le consommateur *actif* contracte avec un prêteur étranger parce qu'il a choisi de franchir la frontière pour rechercher un prêteur qui corresponde à son attente.⁵⁷

Le législateur belge considère que le consommateur qui choisit de sortir de son for national, est capable d'étudier et d'apprécier les risques qu'il souscrit en contractant un crédit hors des frontières. Ce dernier, consommateur *actif*, ne bénéficiera donc pas de la protection des dispositions du livre VII du CDE. Cette logique est exactement la même que celle qui est retenue par les normes européennes relatives au choix de la loi applicable aux relations contractuelles, à savoir le règlement Rome I.

En outre, dans son "Code annoté du crédit à la consommation et du crédit hypothécaire", le SPF Economie confirme lui-même expressément que "le consommateur résidant en Belgique qui franchit la frontière pour choisir le prêteur de son choix ne peut invoquer la protection de l'article 6 du règlement Rome I".⁵⁸

En cas de contrat de crédit conclu entre un prêteur étranger et un consommateur belge actif, les parties demeurent libres de choisir la loi applicable au contrat ainsi que son régime juridique. Un tel contrat, fruit de l'autonomie de la volonté des parties, pourra non seulement être soumis au droit de l'Etat du

⁵⁷ Voy. le code annoté du crédit à la consommation et de crédit hypothécaire établi par le SPF Economie, version 2019, disponible sur <https://jcredit@consumer.be/fr/>.

⁵⁸ Voy. le code annoté du crédit à la consommation et de crédit hypothécaire établi par le SPF Economie, version 2019, disponible sur <https://jcredit@consumer.be/fr/>.

prêteur⁵⁹ ou au droit d'un autre Etat membre,⁶⁰ mais pourra aussi s'écarter des règles impératives prévues par le droit belge pour protéger le consommateur résidant en Belgique. En effet, dès que le contrat de crédit ne rentre plus dans le champ d'application du livre VII du CDE, la deuxième phrase de l'article VII.2, § 3 ne trouve plus à s'appliquer du fait du non-assujettissement du contrat de crédit au livre VII.

Le choix posé par les parties pourra désormais avoir pour résultat de priver le consommateur belge actif de la protection des dispositions impératives du livre VII du CDE. Le prêteur étranger et le consommateur belge actif se retrouveront alors dans le régime de l'article 3 du règlement Rome I, édictant le principe de la liberté de choix⁶¹ des parties quant à la loi régissant leur contrat, sous réserve de certaines balises.⁶² Ce contrat de crédit liant un prêteur étranger à un consommateur belge actif pourrait aussi rendre applicable le seul Code civil belge à l'exclusion du livre VII du CDE puisque l'opération sort de son champ d'application *ratione loci*.⁶³

Les règles impératives du livre VII du CDE auraient été d'application obligatoire si le consommateur s'était comporté en tant que consommateur passif et non en consommateur actif, se déplaçant de sa propre initiative dans un autre Etat membre que son Etat de résidence (la Belgique) afin de contracter avec le prêteur de son choix.

Le concept de consommateur actif tient donc en échec l'inclusion du contrat de crédit à la consommation ou hypothécaire conclu dans le cadre des activités dirigées par le prêteur vers la Belgique. Cette deuxième condition *sine qua non* du point 2° du § 2 de l'article VII.2 du CDE ("rentre dans le cadre de cette activité") n'est donc plus remplie dans un tel cas et le livre VII du CDE ne s'appliquera pas au contrat et à la relation de crédit. Des activités de crédit sont potentiellement dirigées vers la Belgique mais le consommateur actif ne les prend pas en consi-

59 Ainsi que nous l'avons examiné supra, il est toujours possible de soumettre un contrat de crédit à la consommation ou hypothécaire relevant du champ d'application du livre VII du CDE à un droit étranger, tel que le droit du prêteur établi et agréé dans un autre Etat membre de l'UE, pour autant que les termes et conditions du contrat respectent les normes impératives du droit belge et procurent au consommateur une protection équivalente à ce droit, quoique celui-ci ne soit pas le droit régissant le contrat.

60 En fonction, par exemple, de l'objet du crédit et, corrélativement, de la localisation des biens ou des services financés par le crédit.

61 Ce choix peut être exprès ou résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause.

62 Ainsi, à titre d'exemple, l'article 3.4 du règlement Rome I dispose que "lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés, au moment de ce choix, dans un ou plusieurs Etats membres, le choix par les parties d'une autre loi applicable que celle d'un Etat membre ne porte pas atteinte, le cas échéant, à l'application des dispositions du droit communautaire auxquelles il n'est pas permis de déroger par accord, et telles que mises en œuvre par l'Etat membre du *for*". Cette disposition pourrait, par exemple, trouver à s'appliquer si le consommateur est un résident belge, si le prêteur est régi par le droit portugais et si le bien financé est situé en Pologne mais que le droit choisi par les parties pour régir le contrat de crédit est le droit colombien.

63 Le code annoté du crédit à la consommation et du crédit hypothécaire établi par le SPF Economie, version 2019, disponible sur <https://credit2consumer.be/fr/>.

dération ou elles ne l'atteignent pas. Ce ne sont pas ces démarches de la banque vers la Belgique qui le poussent à contracter. Il se rend volontairement et de sa propre initiative auprès du prêteur étranger. Une approche active du consommateur belge qui se tourne vers un prêteur étranger en choisissant de sortir de son for national est ainsi parfaitement compatible avec la conduite d'activités dirigées vers la Belgique par ce même prêteur étranger. Ces deux types de flux contractuels peuvent ainsi coexister.

Les principes exposés aux paragraphes ci-dessus illustrent l'aspect factuel de l'appréciation de la démarcation entre *consommateur actif* et *consommateur passif* au regard des éléments concrets de l'espèce et de la potentielle polysémie de ces éléments de fait. L'élément démarquant sera vraiment la raison concrète pour laquelle le consommateur décide de contracter avec le prêteur.

Soit le mobile poussant le consommateur à conclure le crédit trouve sa source dans sa réponse favorable aux activités que le prêteur dirige vers la Belgique pour susciter la demande de crédit, soit ce mobile en est détaché, car le consommateur ne prend pas en considération ces activités, ne répond pas à leur appel et s'oriente spontanément vers les établissements et activités étrangers du prêteur établi dans un autre Etat membre de l'UE. L'amplitude et la nature des activités dirigées vers la Belgique du prêteur étranger pourraient entrer en ligne de compte.

Au chapitre VI ci-dessous, nous parcourons un certain nombre d'éléments pouvant constituer des indices de ce que le consommateur résidant en Belgique s'est comporté en tant que *consommateur actif* se déplaçant auprès d'un prêteur situé dans un autre Etat membre afin de solliciter un contrat de crédit.

En marge de l'acceptation par le SPF Economie de la théorie du *consommateur actif*, et de ses conséquences concrètes, cette acceptation ressortant notamment du Code annoté du crédit à la consommation et du crédit hypothécaire, il y a lieu de préciser que la jurisprudence, tant belge qu'européenne, est peu abondante quant à l'examen de la portée de la notion de direction "*d'activités de crédit hypothécaire ou de crédit à la consommation vers Belgique*" par un prêteur relevant d'un autre pays membre de l'UE et d'inclusion d'un contrat de crédit, considéré individuellement, dans le cadre de ces activités.

L'attitude des administrations de contrôle, le SPF Economie et la FSMA, pourrait varier en fonction des circonstances de chaque espèce. Le caractère *passif* ou *actif* du consommateur pour d'autres services bancaires existants⁶⁴ que les crédits aux consommateurs pourra jouer un rôle d'indice confortant le caractère *passif* ou *actif* du consommateur. Cet indice ne pourra toutefois pas toujours se révéler décisif à lui seul, et il y aura lieu de prendre garde à ce qu'il ne soit pas

64 Par exemple des services d'investissement, d'assurances, de tenue de compte, etc.

contredit par un autre élément radicalement incompatible du point de vue des modalités de la conclusion, ultérieure, du nouveau contrat de crédit hypothécaire ou à la consommation.

Ainsi, pour répondre à une question qui peut se présenter dans la pratique, un client antérieur d'une banque pour d'autres services bancaires et qui sollicite ultérieurement un crédit hypothécaire ou à la consommation ne devra clairement pas automatiquement être considéré comme un client passif. Il faudra toujours examiner (i) dans quel contexte actif (impliquant par exemple un déplacement dans un autre Etat membre ou une prise de contact spontanée vers le prêteur étranger) ou passif le client avait antérieurement contracté avec le prêteur étranger, mais surtout (ii) dans quelles circonstances actives ou passives il contracte le nouveau contrat de crédit hypothécaire ou à la consommation.

La C.J.U.E. a déjà eu l'occasion de se prononcer sur une problématique voisine dans le cadre d'une question préjudicielle portant sur l'interprétation des articles 15 et 16 du Règlement Bruxelles I en matière d'élection de for et de juridictions compétentes. Ainsi, par un arrêt du 23 décembre 2015 dans une affaire C-297/14,⁶⁵ la Cour a été amenée à se prononcer sur la question de savoir si l'existence d'un lien entre (i) un premier contrat de courtage conclu entre une entreprise exerçant ses activités en Espagne et un consommateur allemand - rentrant incontestablement dans le cadre des activités que l'entreprise espagnole dirige vers l'Allemagne - et (ii) un deuxième contrat de gestion d'affaires conclu entre les mêmes parties, doit permettre de considérer que ce deuxième contrat rentre aussi dans le cadre de l'activité "dirigée vers" l'Allemagne de l'entreprise établie en Espagne et, dans l'affirmative, sur la question de savoir quelle est la nature d'un tel lien.

Il y avait donc deux contrats, l'un de courtage et l'autre de gestion d'affaires. Le doute planait quant à la question de savoir si le deuxième contrat devait aussi être rattaché à l'activité étrangère du professionnel. C'était établi pour le premier. Ce rattachement faisait débat pour le deuxième.

Dans cette affaire, la Cour a jugé que "l'article 15, paragraphe 1, sous c), du règlement n° 44/2001,⁶⁶ en tant qu'il vise le contrat conclu dans le cadre d'une activité commerciale ou professionnelle "dirigée" par un professionnel "vers" l'Etat membre du domicile du consommateur, lu en combinaison avec l'article 16, paragraphe 1, de ce règlement, doit être interprété en ce sens qu'il peut trouver à s'appliquer à un contrat, conclu entre un consommateur et un professionnel, qui n'entre pas en tant que tel dans le domaine de l'activité commerciale ou professionnelle "dirigée" par ce professionnel "vers" l'Etat membre du domicile du consommateur, mais qui présente un lien étroit avec un contrat

65 C.J.U.E., 23 décembre 2015, affaire C-297/14, Rüdiger Hobohm contre Benedikt Kampik Ltd & Co. KG et al., ECLI:EU:C:2015:844.

66 Dit "Bruxelles I".

conclu auparavant entre les mêmes parties dans le cadre d'une telle activité (nous soulignons)".⁶⁷

La Cour a donc estimé que les articles précités du Règlement Bruxelles I peuvent s'appliquer au deuxième contrat qui, même s'il ne rentre techniquement pas dans l'activité du professionnel dirigée vers un autre Etat membre, entretient des liens à ce point étroits avec le premier contrat qu'il y a lieu de le soumettre au même régime juridique. La Cour a poursuivi, en soulignant l'approche très casuistique de la matière, qu' "il appartient à la juridiction nationale de vérifier si les éléments constitutifs de ce lien, notamment l'identité, de droit ou de fait, des parties à ces deux contrats, l'identité de l'objectif économique poursuivi au moyen de ceux-ci portant sur le même objet concret et la complémentarité du second contrat au premier contrat en ce qu'il vise à permettre que soit atteint l'objectif économique poursuivi au moyen de ce dernier contrat, sont réunis".⁶⁸

Cet arrêt du 23 décembre 2015 concernait un contexte factuel et juridique où il existait incontestablement un lien entre les deux contrats conclus entre le professionnel et le consommateur : l'un rentrant dans le cadre des activités étrangères de l'entreprise et l'autre ne s'y rattachant pas à proprement parler. Il s'agissait de déterminer si ce lien entre les deux contrats était suffisamment étroit pour que le deuxième soit soumis au même régime juridique que le premier.

Dans la matière des services bancaires et financiers qui nous occupe, il ne peut être présupposé que les contrats antérieurement conclus présentent un lien avec les nouveaux contrats à conclure et procèdent d'un même objectif économique ou soient économiquement interdépendants. Mais un tel lien étroit ne peut être exclu.

Tout en confirmant que c'est le juge national qui demeure compétent pour apprécier concrètement le contexte juridique et factuel de la relation entre les parties, la Cour a mobilisé dans son raisonnement un critère de prévisibilité dans le chef du professionnel. Ainsi, la Cour a estimé que lorsqu'un professionnel conclut avec le même consommateur un deuxième contrat qui est censé atteindre l'objectif essentiel poursuivi au moyen du premier contrat, ce professionnel peut raisonnablement s'attendre à ce que les deux contrats soient soumis au même régime de compétence juridictionnelle.⁶⁹

En conclusion, l'approche de la Cour conforte la constatation suivant laquelle c'est au terme d'une appréciation *in concreto* de la démarche passive ou active du consommateur pour des services bancaires préexistants qu'il sera possible de déterminer si ces premiers contrats joueront un rôle d'indices confor-

67 C.J.U.E., 23 décembre 2015, affaire C-297/14, *Rüdiger Hobohm contre Benedikt Kampik Ltd & Co.* RG e.o., § 40.

68 C.J.U.E., 23 décembre 2015, affaire C-297/14, *Rüdiger Hobohm contre Benedikt Kampik Ltd & Co.* RG e.o., § 40.

69 C.J.U.E., 23 décembre 2015, affaire C-297/14, *Rüdiger Hobohm contre Benedikt Kampik Ltd & Co.* RG e.o., § 39.

tant le caractère *passif* ou *actif* du consommateur lors de la conclusion ultérieure de contrats de crédit hypothécaires ou à la consommation, lequel devra lui aussi s'apprécier concrètement. Le critère de la prévisibilité pour les parties pourra être mobilisé dans le cadre de ces appréciations.

B. La notion d'inclusion du contrat de crédit dans les activités dirigées vers la Belgique – Questions spécifiques posées par les contrats de crédit à distance

Il est aujourd'hui d'expérience commune que les contrats de crédit à distance représentent un mode de conclusion de contrats de crédit particulièrement en vogue et de plus en plus usité.

Par ailleurs, ainsi que nous l'avons mis en exergue *supra*, aux termes des arrêts de la C.J.U.E. des 7 décembre 2010, 6 septembre 2012 et 17 octobre 2013, du point de vue des contrats à distance, un professionnel semblerait pouvoir relativement aisément être considéré comme dirigeant des activités vers un pays de destination à partir du moment où il engage des dépenses de référencement numérique, même modérées, afin d'atteindre les consommateurs de ce pays, ou inclut sur son site internet des mentions, rubriques, onglets, indicateurs téléphoniques (le cas échéant avec préfixes internationaux), noms de domaines, bannières publicitaires, textes ou vidéos dans la langue véhiculaire des potentiels destinataires, ou tous autres types de contenus, voués à cibler ou attirer les clients de ce pays de destination.

Comme souligné *supra*, il convient d'avoir à l'esprit que le triptyque d'arrêts précités est antérieur à l'application de la directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs incluant une définition plus précise et plus restrictive du concept de contrat à distance. Cette définition est aujourd'hui reprise à l'article L8, 15° du CDE.

Sans remettre en question l'enseignement de ces trois arrêts, il importe selon nous de préciser que la conclusion d'un contrat de crédit par "*des moyens de communication à distance*"⁷⁰ n'importe aucunement comme conséquence automatique que ce contrat rentre dans le cadre des activités du prêteur étranger dirigées vers la Belgique et que le consommateur belge qui conclut un tel contrat est nécessairement un consommateur *passif*. Nous démontrerons au contraire qu'il est tout à fait concevable qu'un consommateur belge *actif* conclue, via des techniques de communication à distance, un contrat avec un prêteur étranger ne rentrant pas dans le cadre de ses activités dirigées vers la Belgique.

⁷⁰ Mais sans forcément répondre à la définition de "contrat à distance".

En outre, il nous est apparu nécessaire d'examiner les contours précis de la notion de contrat de crédit conclu à distance et, sous certains angles, d'en souligner le caractère restrictif.

A cette fin, il nous a donc semblé opportun de revenir succinctement sur les définitions⁷¹ et sur le régime des contrats à distance et des contrats de crédit à distance dans le contexte du CDE afin d'appréhender quelles pourraient être les conséquences du recours à ce mode de conclusion de contrats (i) sur les notions d'activités dirigées vers la Belgique et de contrat rentrant dans le cadre de ces activités et (ii), sur la perception du caractère actif ou passif du consommateur résident belge concluant un contrat de crédit avec un prêteur relevant d'un autre Etat membre de l'UE.

L'article L.8, 15^o, du CDE⁷² définit le contrat à distance comme "tout contrat conclu entre l'entreprise et le consommateur, dans le cadre d'un système organisé de vente ou de prestation de service à distance, sans la présence physique simultanée de l'entreprise et du consommateur, par le recours exclusif à une ou plusieurs techniques de communication à distance, jusqu'au moment, et y compris au moment, où le contrat est conclu". L'article L.9, 50^o du CDE définit quant à lui le contrat de crédit à distance en tant que "tout contrat de crédit conclu conformément à l'article L.8, 15^o du présent Code".

L'article L.8, 16^o du CDE définit la technique de communication à distance comme "tout moyen qui, sans présence physique et simultanée de l'entreprise et du consommateur, peut être utilisé pour la conclusion du contrat entre ces parties". Il est généralement admis que les techniques de communication à distance recouvrent internet, les sites web, les plateformes en ligne, les e-mails, la poste (en ce compris les échanges de documents contractuels par voie postale), le fax, la téléphonie, les applications mobiles, les SMS, les services de messagerie instantanée, la télévision, etc.⁷³

Il résulte des définitions du CDE qui précèdent que pour qu'un contrat de crédit soit considéré comme un contrat de crédit conclu à distance au sens du

71 Ces définitions découlent notamment de 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 (J.O. L 304 du 22 novembre 2011, pp. 64-88), et 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 (J.O. L 271 du 9 octobre 2002, pp. 16-24).

72 Calqué sur l'article 2, 7) de la directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011.

73 Voy. H. JACQUEMIN et J. LESAGE, "Aspects contractuels et de protection du consommateur dans le commerce en ligne" in J.-A. DELCORDE (dir.), *La révolution digitale et les start-ups*, 1^{re} édition, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 105 à 108, Y. NINANE et A. BOCHON, "Actualités en matière de contrats de consommation" in A. PUTTEMANS, (dir.), *Le droit de la consommation dans le nouveau code de droit économique*, 1^{re} édition, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 97-96, Note informative de la FSMA, "COVID-19 : Contrats à distance portant sur des services d'investissement et la distribution d'assurances", p. 3, disponible sur <https://www.fsma.be/fr/information-dans-le-cadre-de-la-pandemie-de-covid-19>.

CDE, ce contrat doit répondre aux trois conditions cumulatives suivantes (i) s'inscrire dans un système organisé de prestation de services de crédit à distance, (ii) ne permettre aucune présence simultanée du prêteur et du consommateur pendant tout le processus précontractuel jusqu'à la conclusion du contrat, et (iii) recourir exclusivement à des moyens de communication à distance, et ce, jusqu'à la conclusion du contrat.

Premièrement, la définition de contrat de crédit à distance au sens du CDE suppose que le prêteur propose des contrats de crédit à distance dans le cadre d'un "système organisé". La présence ou non d'un tel système repose sur une appréciation casuistique. A titre d'illustration, on ne sera pas en présence d'un "système organisé" de vente ou de prestation de services à distance lorsqu'une entreprise ne conclut qu'occasionnellement des contrats par téléphone ou e-mail à la suite de contacts sporadiques émanant de ses clients.⁷⁴

Deuxièmement, le contrat de crédit à distance se caractérise par l'absence complète de présence physique simultanée du prêteur et du consommateur jusqu'au moment, et y compris au moment, de la conclusion du contrat. Les définitions du CDE impliquent que tant la soumission de l'offre par le prêteur que les négociations et la conclusion du contrat de crédit se déroulent à distance sans qu'à aucun moment les parties ne soient en présence l'une de l'autre.

Troisièmement, le processus de fourniture à distance d'un contrat de crédit à un consommateur doit, dans son intégralité, soit depuis la négociation en passant par l'offre de crédit jusqu'au moment, et en compris au moment, de la conclusion du contrat, exclusivement faire appel à une ou plusieurs techniques de communication à distance, telles qu'internet, les emails, le téléphone, les SMS, le fax, la poste, etc.⁷⁵

Les définitions proposées par le CDE et par l'article 2, 7) la directive 2011/83/UE couvrent également les situations où le consommateur visite l'établissement commercial uniquement afin de collecter des informations sur les biens ou les services, puis négocie et conclut le contrat à distance.⁷⁶ Il s'agit d'une des rares exceptions, sinon la seule, où une rencontre physique entre le professionnel et le consommateur reste compatible avec la notion de contrat à distance. Cette exception suppose véritablement que le consommateur se rende dans les installations du prêteur dans l'unique perspective de demander des renseignements

74 Note informative de la FSMA, "COVID-19 : Contrats à distance portant sur des services d'investissement et la distribution d'assurances", p. 3, disponible sur <https://www.fsma.be/fr/information-dans-le-cadre-de-la-pandemie-de-covid-19>.

75 Considérant 20 de la directive 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs, précitée, Doc parl. Ch. n°53-3018 - 2012/2013, 3018/001, p.12, et Note informative de la FSMA, "COVID-19 : Contrats à distance portant sur des services d'investissement et la distribution d'assurances", p. 3, disponible sur <https://www.fsma.be/fr/information-dans-le-cadre-de-la-pandemie-de-covid-19>.

76 Considérant 20 de la directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, précitée, Doc parl. Ch. n°53-3018 - 2012/2013, 3018/001, p.12.

de manière détachée de la perspective de conclure un contrat de crédit. Le fait de compléter un formulaire de demande de crédit ne relève par essence plus de cette dérogation.

A contrario, un contrat de crédit négocié dans l'établissement commercial du prêteur et qui est finalement conclu en recourant à une technique de communication à distance ne sera pas considéré comme un contrat à distance⁷⁷. Dans la même veine, un contrat qui est ébauché en recourant à une technique de communication à distance, mais qui est finalement conclu dans l'établissement commercial du professionnel, ne sera pas non plus considéré comme un contrat à distance. Toujours dans le même ordre d'idées, la notion de contrat à distance ne doit pas englober les réservations faites par un consommateur à l'aide d'une technique de communication à distance pour demander la prestation d'un service à une entreprise, par exemple lorsqu'un consommateur téléphone à un coiffeur pour prendre un rendez-vous.

Le premier critère du contrat à distance, la notion de "système organisé" de vente ou de prestation de services à distance, vise les plateformes de l'entreprise concernée et inclut aussi les systèmes et plateformes en ligne proposés par un tiers autre que l'entreprise mais utilisés par celle-ci.⁷⁸

L'idée de système organisé suppose, comme son nom l'indique, une certaine systématisation et une récurrence dans l'usage. Ainsi, si la conclusion du contrat par des modes de communication à distance est exceptionnelle ou occasionnelle,⁷⁹ ou se réalise en dehors d'une structure commerciale dont le but est de conclure des contrats à distance,⁸⁰ elle ne s'inscrira pas dans un système organisé de vente ou de prestation de services à distance. Il ne sera par conséquent plus question de contrat à distance au sens du CDE et de la directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs.

Plus fondamentalement encore pour la thématique de la distinction entre la passivité et l'activité du consommateur, il nous faut relever que tant le préambule de la directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs que les travaux préparatoires de la loi portant insertion du livre VI "Pra-

77 Considérant 20 de la directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, précitée, Docs parl. Ch. n°53-3018 - 2012/2013, 3018/001, p.12.

78 Considérant 20 de la directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, précitée, Docs parl. Ch. n°53-3018 - 2012/2013, 3018/001, p.12.

79 Note informative de la FSMA, "COVID-19 : Contrats à distance portant sur des services d'investissement et la distribution d'assurances", p. 3, disponible sur <https://www.fsma.be/fr/information-dans-le-cadre-de-la-pandemie-de-covid-19>.

80 Voy. le considérant 18 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, 97/7/CE et 98/27/CE. Ce considérant précise que "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".

tiques du marché et protection du consommateur” dans le Code de droit économique⁸¹ précisent que la notion de “système organisé” ne couvre toutefois pas les cas où des sites internet offrent uniquement des informations sur l’entreprise, ses biens et/ou ses services ainsi que ses coordonnées.⁸²

Le principe ci-dessus est absolument essentiel pour notre analyse. Il fait écho à la notion de site internet “passif” tel que visé dans la déclaration conjointe du Conseil et de la Commission concernant les articles 15 et 73 du règlement Bruxelles I à laquelle il est fait référence au point 24 du préambule du règlement Rome I.⁸³ Ce principe est capital et est de nature à singulièrement relativiser le raisonnement de la Cour dans son arrêt du 6 septembre 2012 dans l’affaire C-190/11.⁸⁴ ?

En conséquence, on n’est pas en présence d’un “système organisé” de prestations de services à distance lorsqu’un consommateur prend contact avec un professionnel sur la base des coordonnées téléphoniques ou de son adresse email qu’il trouve sur un site internet “passif” du professionnel ne diffusant que des informations sur l’entreprise, ses biens et/ou ses services ainsi que ses coordonnées.

Or, en l’absence de “système organisé” de vente ou de prestation de services à distance, la qualification de contrat à distance ne peut plus être retenue. C’est une constatation d’importance fondamentale, car une prise de contact de la part du consommateur vers le professionnel sur la base d’un site internet “passif” ne pourra donc pas déboucher sur la conclusion d’un contrat à distance. Par ricochet, la difficulté de la preuve du caractère “actif” du consommateur en cas de contrat de crédit conclu à distance, déduite des précédents arrêts de la Cour discutés *supra*, sera elle-même levée.

En effet, en toute logique, à partir du moment où le contrat noué à la suite d’un contact émis à l’initiative d’un consommateur belge vers un professionnel étranger ne correspond plus à la définition d’un “contrat à distance” au sens de la de la directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 et du CDE, en l’absence du critère du “système organisé”, la conclusion d’un tel contrat ne pourra évidemment pas

81 Loi du 21 décembre 2013 portant insertion du titre VI “Pratiques du marché et protection du consommateur” dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre VI, et des dispositions d’application de la loi propres au livre VI, dans les Livres Ier et XV du Code de droit économique, MB 30 décembre 2013, Docs parl. Ch. 53-3018 - 2012/2013, 3018/001.

82 Considérant 20 de la directive 2011/83/UE, relative aux droits des consommateurs, précitée, Docs parl. Ch. 53-3018 - 2012/2013, 3018/001, p.12.

83 La déclaration exposée au considération 24 rappelle ainsi que “le simple fait qu’un site internet soit accessible ne suffit pas pour rendre applicable l’article 15, encore faut-il que ce site internet invite à la conclusion des contrats à distance et qu’un contrat ait effectivement été conclu à distance, par tout moyen. À cet égard, la langue ou la monnaie utilisée par un site internet ne constitue pas un élément pertinent”.

84 Suivant lequel “tant la prise de contact à distance, telle que celle en cause au principal, que la réservation d’un bien ou d’un service à distance ou, a fortiori, la conclusion d’un contrat de consommation à distance sont des indices de rattachement du contrat à une telle activité [du professionnel dirigée vers le pays de destination]” (§ 44 de l’arrêt précité).

constituer “un indice de rattachement” aux activités que le professionnel étranger dirige vers la Belgique, à l’inverse du raisonnement exposé par la Cour au point 44 de son arrêt du 6 septembre 2012.

Appliquées sur le terrain de la distinction entre consommateur *passif* et *actif*, ces observations débouchent sur la conclusion suivant laquelle la démarche active du consommateur belge ne pourra être rejetée du simple fait de l’absence de déplacement du consommateur dans l’Etat membre où le prêteur étranger est enregistré. Il en résulte que le consommateur belge qui contacte de son propre chef un prêteur étranger sur la base d’un site internet “*passif*” de celui-ci, ne pourra voir sa démarche “active” contestée au motif que le moyen technique utilisé pour la prise de contact est un moyen téléphonique ou digital.

Nous avons ainsi démontré que le seul caractère dématérialisé des moyens de communication utilisés, qu’ils soient téléphoniques, numériques ou autres, n’implique pas nécessairement que le contrat conclu sera un “*contrat à distance*”, soit parce qu’au moins une rencontre physique a lieu entre le consommateur et le prêteur au cours du processus précontractuel, soit parce que le processus de négociation, réalisé entièrement à distance ne répond pas à la notion de “*système organisé de prestations à distance*”. C’est notamment le cas quand le consommateur trouve les coordonnées du prêteur sur un site internet dit “*passif*” et contacte ensuite le prêteur. Ce seront donc clairement la question de l’initiative du contact, qui devra bien émaner du consommateur lui-même pour qu’il puisse être considéré comme “*actif*”, ainsi que celle de la détermination du caractère “*passif*” cette fois-ci du site internet, qui auront pour conséquence que le contrat conclu à la suite de ce contact pourra être envisagé comme un contrat ne se rattachant pas aux activités du prêteur étranger déployées vers la Belgique.

En synthèse de ce chapitre, hors le cas du consommateur qui ne se serait présenté physiquement en agence que pour obtenir des informations, mais sans avoir eu à ce moment la volonté de conclure un contrat, dès que le consommateur se rend physiquement dans un établissement ou une agence du prêteur lors du processus précontractuel, il ne peut, par essence, plus être question de contrat de crédit à distance au sens du CDE.

Même en l’absence de tout déplacement physique du consommateur dans les établissements du prêteur étranger, lorsque le contrat est conclu entre le consommateur et le prêteur par des moyens de communication à distance (téléphone, mail, échange de correspondances, etc.) en dehors d’un système organisé, par exemple parce que le consommateur a contacté le prêteur sur la base d’un site internet *passif*, la notion de contrat à distance devra être écartée. Dans cette hypothèse, la prise de contact vers le prêteur étranger réalisée à l’initiative du consommateur grâce aux coordonnées recueillies sur un site internet “*passif*” du prêteur constituera un argument de poids en vue de démontrer le comporte-

ment "actif" de l'emprunteur belge et la non-inclusion du contrat de crédit dans les activités que le prêteur étranger dirige vers la Belgique.

VI. Éléments démontrant ou infirmant l'activité ou la passivité du consommateur

Au sein de ce dernier chapitre, nous examinons, à la lumière des principes dégagés *supra*, dans quelle mesure certains éléments concrets d'une relation entre un consommateur belge et un prêteur étranger peuvent avoir une influence sur la démarche active ou passive du consommateur.

Tout d'abord, comme nous l'avons étudié au chapitre V, l'existence de services bancaires et financiers antérieurement conclus entre le consommateur et le prêteur dans un contexte actif, peuvent être de nature à conforter la démarche active du consommateur lors de la conclusion, à un stade ultérieur, d'un contrat de crédit hypothécaire ou à la consommation. Cependant, ainsi que nous l'avons souligné, il y aura nécessairement lieu d'apprécier *in concreto* dans quel contexte actif ou passif le client avait antérieurement contracté avec le prêteur étranger et surtout dans quelles circonstances actives ou passives il contracte le nouveau contrat de crédit hypothécaire ou à la consommation. Le critère de la prévisibilité pour les parties du régime applicable pourra entrer en ligne de compte dans cette appréciation.

Ensuite, au regard de ce qui précède également, l'éventuelle coopération d'un prêteur étranger avec des intermédiaires de crédit exerçant leurs activités en Belgique nous semble *a priori* contradictoire par nature avec la notion de consommateur actif.

En ce cas, le consommateur résident belge reste en effet passif dans son for national, il ne prend pas l'initiative de se diriger vers un prêteur établi dans un autre Etat membre. C'est l'intermédiaire de crédit qui l'aiguille vers l'un ou l'autre prêteur établi dans un autre Etat membre. La demande n'émane pas du consommateur. Encore ne faut-il pas écarter la possibilité que le consommateur demande expressément à un intermédiaire de crédit belge d'exclusivement l'orienter vers des crédits étrangers. Une telle demande pourrait alors être considérée comme procédant de démarches actives en dehors des frontières nationales. La ligne de démarcation dépendra forcément toujours de la casuistique.

A l'inverse, le consommateur résident belge qui use des services d'un intermédiaire de crédit étranger, qui le redirige lui-même vers un prêteur étranger devrait *a priori* facilement être considéré comme un consommateur actif. La même solution du constat d'une activité du consommateur belge devrait se confirmer pour les cas où aucune démarche positive matériellement démontrable et où aucune publicité ciblée ne serait effectuée par le prêteur étranger pour susciter la

demande ou recevoir la demande de crédit, mais où les crédits hypothécaires ou à la consommation sont octroyés à la suite de démarches actives de résidents belges qui sollicitent eux-mêmes spontanément les services du prêteur étranger, le cas échéant en se déplaçant physiquement auprès de ce prêteur.

Même si cet élément du déplacement physique n'est plus toujours compatible avec la digitalisation des services de crédit, il reste un élément probant particulièrement univoque pour montrer le caractère actif du consommateur. La rencontre physique entre l'emprunteur et le prêteur tient également en échec la notion de contrat à distance et les conséquences que la jurisprudence européenne en tire au niveau des indices de rattachement du contrat conclu avec les activités que le prêteur étranger dirige vers un autre pays de destination tel que la Belgique.

De surcroît, les contacts amorcés par un consommateur, de son propre chef, vers un prêteur étranger sur la base des coordonnées trouvées sur un site internet passif, en plus d'évincer les notions de système organisé et de contrat à distance, constituent une preuve plutôt robuste d'un comportement actif du consommateur.

Nous parachèverons enfin la présente étude en recensant, à titre illustratif et de manière nonexhaustive, des exemples d'éléments matériels classiques de nature à conforter la démonstration de la démarche active du consommateur belge vers un prêteur relevant d'un autre Etat membre de l'UE que la Belgique.

Ces éléments sont les suivants : (i) le déplacement volontaire du client dans cet autre Etat membre (par exemple prouvé par un ticket de parking, par l'adresse d'un employeur dans cet Etat ou par une activité économique récurrente dans cet Etat) pour former sa demande de crédit, négocier ou conclure le contrat de crédit auprès du prêteur, (ii) la signature du contrat dans cet autre Etat membre, (iii) la compétence des tribunaux de l'Etat membre d'origine du prêteur et l'application du droit de cet Etat membre aux services conclus, (iv) une relation d'affaires historique entre le consommateur et les activités, les agences, les sièges d'activités du prêteur étranger, à travers laquelle le consommateur a, potentiellement, mis en évidence ses démarches actives et sa volonté personnelle de contracter avec un prêteur étranger, (v) des mentions contractuelles spécifiques confirmant la démarche active du consommateur belge vers le prêteur situé dans un autre Etat membre, (vi) des déclarations ou attestations du client relativement à sa démarche active, (vii) des emails ou des conversations téléphoniques enregistrées des consommateurs belges, par lesquels ceux-ci sollicitent spontanément un rendez-vous, un échange ou un crédit auprès d'un prêteur étranger, (viii) l'existence d'un site internet "passif" du prêteur étranger sur la base duquel le consommateur belge a pris de son propre chef contact avec le prêteur étranger et (ix) les demandes de crédit *online* sur un site

internet purement domestique (et donc sans aucune portée internationale) du prêteur étranger, tel qu'attesté par la langue, les noms de domaine, et les préfixes téléphoniques présentés, etc.

Pour conclure, nous reprecisons, eu égard au caractère très factuel de l'appréciation des autorités belges, à savoir la FSMA et le SPF Economie, ainsi que des juridictions compétentes, qu'il y a lieu d'être extrêmement prudent en cette matière et d'être conscient des risques importants qu'entraîne l'octroi de contrats de crédit à des consommateurs résidents belges sans respecter les prescrits de la loi belge, lorsque des indices d'activité du consommateur ne sont pas réunis.

Une prudence accrue nous semble être de mise quand il n'y a aucun déplacement physique du consommateur belge vers l'étranger, quoiqu'une telle absence de déplacement ne soit pas non plus rédhitoire. Il est ainsi parfaitement possible que le contrat se soit noué à la suite d'échanges intégralement menés au moyen de techniques de communication à distance mais ne s'inscrivant pas dans le cadre d'un système organisé, par exemple parce que le consommateur a pris, de sa propre initiative, contact avec le prêteur étranger sur la base d'un site internet *passif*.

Ainsi, l'absence de voyage du consommateur belge dans l'Etat du prêteur étranger ne signifie en aucun cas automatiquement qu'il devra être considéré comme *passif*. Le consommateur belge actif peut parfaitement avoir initié lui-même des contacts téléphoniques, des échanges par mail ou postaux débouchant sur la conclusion d'un contrat à distance ne rentrant pas dans le cadre des activités que le prêteur étranger dirige vers la Belgique.

La passivité du consommateur belge apparaît en revanche difficilement contestable quand celui-ci souscrit un contrat de crédit en lien direct et établi avec des démarches positives effectuées par un prêteur étranger en Belgique, pour susciter la conclusion de ce contrat de crédit. En ce cas, l'obtention de l'enregistrement du prêteur étranger auprès de la FSMA et l'approbation de ses modèles de contrats de crédit par le SPF Economie qu'elle présuppose, se révèlent incontournables.

Le CDE prévoit en effet, en son article XV.91, 1° des sanctions pénales en cas de fourniture, par un prêteur agréé dans un autre Etat membre, de contrats de crédit à des consommateurs résidents belges sans disposer de l'enregistrement exigé auprès de la FSMA aux fins de pouvoir mener en Belgique des activités de prêteur dans le cadre de la LPS.