Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. GIOVANNI PITRUZZELLA
présentées le 14 mai 2019 [1]

Affaire C-260/18

Kamil Dziubak,
Justyna Dziubak
contre
Raiffeisen Bank International AG z siedzibą w Wiedniu, prowadzący działalność w Polsce w formie oddziału pod nazwą Raiffeisen Bank International AG Oddział w Polsce, anciennement Raiffeisen Bank Polska SA z siedzibą w Warszawie,

[demande de décision préjudicielle formée par le Sąd Okręgowy w Warszawie (tribunal régional de Varsovie, Pologne)]

« Renvoi préjudiciel – Directive 93/13/CEE – Clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs – Contrats libellés dans une devise étrangère – Clause concernant la détermination du taux de change entre les devises – Effets de la constatation du caractère abusif de cette clause – Possibilité pour le juge de compléter le contrat en recourant à des dispositions nationales de caractère général – Appréciation de l'intérêt du consommateur – Maintien de la validité du contrat sans les clauses abusives »

I. Cadre juridique

A. Droit de l'Union

1. L'article 3, paragraphe 1, de la directive 93/13/CEE [2] dispose :

« Une clause d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle est considérée comme abusive lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat. »

2. Aux termes de l'article 4 de la directive 93/13 :

« 1. Sans préjudice de l'article 7, le caractère abusif d'une clause contractuelle est apprécié en tenant compte de la nature des biens ou services qui font l'objet du contrat et en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat, ou d'un autre contrat dont il dépend.

1 Langue originale : l'italien.

2 Directive du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs (JO 1993, L 95, p. 29).

2. L'appréciation du caractère abusif des clauses ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation entre le prix et la rémunération, d'une part, et les services ou les biens à fournir en contrepartie, d'autre part, pour autant que ces clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible. »

3. L'article 6, paragraphe 1, de la directive 93/13 dispose :

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

4. L'article 7, paragraphe 1, de la directive 93/13 dispose :

« Les États membres veillent à ce que, dans l'intérêt des consommateurs ainsi que des concurrents professionnels, des moyens adéquats et efficaces existent afin de faire cesser l'utilisation des clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs par un professionnel. »

B. Droit polonais

5. L'article 56 de l'Ustawa z 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (loi du 23 avril 1964 – Code civil polonais) (journal officiel polonais, 2007, position 459), tel que modifié (ci-après le « code civil »), dispose :

« L'acte juridique produit non seulement les effets qui y sont exprimés mais également ceux qui découlent des lois, des règles de vie en société et des usages. »

6. Aux termes de l'article 353^1 du code civil :

« Les parties au contrat sont libres de déterminer leur rapport juridique pourvu que son contenu et son objectif n'aillent pas à l'encontre de la spécificité (nature) du rapport, des lois ni des règles de vie en société. »

7. L'article 354 du code civil dispose :

« 1. Le débiteur est tenu d'exécuter son obligation conformément à son contenu et d'une manière correspondant à son objectif socio-économique et aux règles de vie de société ainsi que, s'il existe des usages établis en la matière, d'une manière conforme à ces usages.

2. Le créancier est tenu de coopérer de la même manière à l'exécution de l'obligation. »

II. Les faits, la procédure au principal et les questions préjudicielles

8. Le 14 novembre 2008, les parties requérantes au principal, en qualité de consommateurs, ont conclu un contrat de prêt hypothécaire remboursable en 480 mensualités. Aux termes du contrat, la banque a accordé aux emprunteurs un prêt libellé en zlotys polonais (PLN), mais indexé sur une devise étrangère, en l'espèce le franc suisse (CHF).

9. Les règles d'indexation du prêt sur la devise étrangère étaient définies par le règlement de prêt hypothécaire utilisé par la banque et intégré au contrat.

10. Le paragraphe 7, point 4, du règlement de prêt hypothécaire prévoyait, en substance, que le prêt serait mis à disposition en zlotys polonais, sur la base d'un cours au moins égal au cours d'achat de la devise étrangère (francs suisses) figurant au tableau applicable au moment du prélèvement des fonds. Le solde restant dû au titre du prêt, exprimé en devise étrangère (francs suisses), serait calculé d'après le cours appliqué au moment de l'octroi du prêt.

11. En outre, en vertu du paragraphe 9, point 2, du règlement de prêt hypothécaire, les mensualités de remboursement du prêt seraient exprimées en francs suisses et prélevées sur le compte bancaire, libellé en zlotys polonais, à la date d'exigibilité, sur la base du cours de vente figurant au tableau de change applicable dans la banque à la clôture du jour ouvrable précédant cette date d'exigibilité.

12. Le taux d'intérêt du prêt était un taux d'intérêt variable, défini comme la somme du taux de référence LIBOR 3M (francs suisses) et de la marge habituelle de la banque.

13. Les emprunteurs ont saisi le juge de renvoi d'un recours visant, à titre principal, à faire constater la nullité du contrat de prêt, au motif du caractère prétendument abusif des clauses concernant le mécanisme d'indexation décrit aux points 11 et 12. Plus précisément, ils ont fait valoir que ces clauses étaient illicites en ce qu'elles permettraient à la banque de déterminer unilatéralement et librement le taux de change. La banque déterminerait par conséquent de manière unilatérale le montant du solde du prêt libellé en devise étrangère ainsi que le résultat de la conversion de la mensualité exprimée en devise étrangère en un montant en monnaie polonaise.

14. Une fois constaté le caractère abusif de ces clauses, il serait impossible de déterminer le taux de change applicable et, en conséquence, le contrat devrait être intégralement annulé.

15. À titre subsidiaire, les emprunteurs ont conclu à l'exécution du contrat sans les clauses abusives, sur la base du montant du prêt libellé en monnaie polonaise et du taux d'intérêt prévu dans le contrat, fondé sur le taux variable LIBOR et sur la marge habituelle de la banque.

16. La banque a contesté le caractère abusif des clauses en question et a soutenu à titre subsidiaire que, même si ces clauses étaient éliminées du contrat, les parties seraient liées par les autres dispositions de celui-ci.

17. Selon la banque, en l'absence de règles supplétives déterminant les modalités de fixation du taux de change, pour interpréter le contrat expurgé des clauses abusives, il y aurait lieu de prendre en considération les principes généraux prévus aux articles 56, 65 et 354 du code civil polonais et, en particulier, les principes d'interprétation de la volonté des parties et les usages.

18. Le juge de renvoi estime que les clauses prévues par le contrat, en ce qu'elles sont abusives, ne lient pas les emprunteurs. Il relève en outre que, une fois ces clauses éliminées, il est impossible de déterminer le taux de change et, partant, d'exécuter le contrat.

19. Dans ce contexte, le Sąd Okręgowy w Warszawie (tribunal régional de Varsovie, Pologne) a sursis à statuer et a saisi la Cour des questions préjudicielles suivantes :

« 1) L'article 1er, paragraphe 2, et l'article 6, paragraphe 1, de la [directive 93/13] permettent-ils de considérer que, pour le cas où l'annulation d'un contrat dans son ensemble en raison du caractère abusif des dispositions contractuelles définissant les modalités d'exécution de l'obligation (son montant) par une partie serait défavorable au consommateur, il peut être remédié aux lacunes du contrat sur la base, non pas d'une disposition supplétive se substituant clairement à la clause abusive, mais de dispositions nationales prévoyant que les effets exprimés dans un acte juridique sont complétés notamment par des effets découlant des principes d'équité (principes de vie en société) ou des usages ?

2) L'appréciation éventuelle des effets de l'annulation du contrat dans son ensemble à l'égard du consommateur doit-elle s'effectuer au regard des circonstances existantes au moment de la conclusion du contrat ou au moment de la naissance du différend opposant les parties sur l'effectivité de la clause (lorsque le consommateur invoque son caractère abusif) et quelle est l'incidence de la position exprimée par le consommateur au cours du litige ?

3) Est-il possible de maintenir des clauses qui, en vertu des dispositions de la [directive 93/13], constituent des clauses contractuelles abusives lorsqu'il apparaît, au moment de l'examen du litige, que cette solution est objectivement favorable au consommateur ?

4) Le fait de considérer comme abusives les clauses qui définissent le montant et les modalités d'exécution des obligations des parties peut-il, sur la base de l'article 6, paragraphe 1, de la directive 93/13, conduire à une situation où la forme des rapports juridiques prévue dans le contrat – lorsque les effets des clauses abusives sont écartés – diffère de l'intention des parties en ce qui concerne leur obligation principale, et en particulier, est-il possible, lorsqu'une clause est considérée comme abusive, de maintenir d'autres clauses, dont il n'est pas invoqué qu'elles sont abusives, qui définissent l'obligation principale du consommateur et dont la forme, convenue par les parties (figurant dans le contrat), est indissociablement liée à la clause contestée par le consommateur ? »

III. Analyse juridique

A. La directive 93/13 et la constatation du caractère abusif de clauses relatives au taux de change

20. La présente affaire s'inscrit dans un courant [3] dont la Cour a été saisie en matière de clauses abusives et, plus précisément, concernant les effets de la constatation du caractère abusif de la clause d'« écart de change» [4] figurant dans des contrats de prêts hypothécaires indexés sur une devise étrangère et remboursables en monnaie nationale.

21. Ce type de prêt, indexé sur une devise étrangère, a connu une large diffusion dans différents pays en raison du taux d'intérêt applicable à la devise étrangère, inférieur au taux applicable à la monnaie de l'État dans lequel la transaction avait lieu.

22. Ainsi que la Cour l'a abondamment rappelé dans sa jurisprudence [5], le régime de protection mis en œuvre par la directive 93/13 repose sur l'idée que le consommateur se trouve dans une situation d'infériorité à l'égard du professionnel, en ce qui concerne tant le pouvoir de négociation que le niveau d'information [6].

23. La directive 93/13 a donc pour objectif immédiat de rétablir un équilibre entre la situation du consommateur et celle du professionnel.

3 Voir arrêts du 20 septembre 2017, Andriciuc e.a. (C-186/16, EU:C:2017:703) ; du 31 mai 2018, Sziber (C-483/16, EU:C:2018:367) ; du 20 septembre 2018, OTP Bank et OTP Faktoring (C-51/17, EU:C:2018:750) ; du 14 mars 2019, Dunai (C-118/17, EU:C:2019:207), et du 26 mars 2019, Abanca Corporación Bancaria et Bankia (C-70/17 et C-179/17, EU:C:2019:250). Voir également affaires GT (C-38/17), Bankia (C-92/16) et Banco Bilbao (C-167/16), actuellement pendantes devant la Cour.

4 On entend par cette définition la clause figurant dans un contrat de prêt, indexé sur une devise étrangère et conclu entre un professionnel et un consommateur, qui n'a pas fait l'objet d'une négociation individuelle et qui concerne la méthode de détermination du montant de la dette de l'emprunteur en devise étrangère. Sur ce point, voir conclusions de l'avocat général Wahl dans l'affaire Dunai (C-118/17, EU:C:2018:921, point 32).

5 Voir notamment arrêts du 27 juin 2000, Océano Grupo Editorial et Salvat Editores (C-240/98 à C-244/98, EU:C:2000:346, point 25) ; du 26 octobre 2006, Mostaza Claro (C-168/05, EU:C:2006:675, point 25) ; du 14 juin 2012, Banco Español de Crédito (C-618/10, EU:C:2012:349, point 39), et du 14 mars 2013, Aziz (C-415/11, EU:C:2013:164, point 44).

6 Arrêt du 26 mars 2019, Abanca Corporación Bancaria et Bankia (C-70/17 et C-179/17, EU:C:2019:250, point 49).

24. L'article 6, paragraphe 1, de la directive 93/13 prévoit que les clauses abusives « ne lient pas les consommateurs ». Il s'agit d'une disposition « impérative qui tend à substituer à l'équilibre formel que le contrat établit entre les droits et obligations des cocontractants un équilibre réel de nature à rétablir l'égalité entre ces derniers» [7].

25. En conséquence, dès qu'il dispose des éléments de droit et de fait nécessaires à cet effet [8], le juge national est tenu d'apprécier d'office le caractère éventuellement abusif d'une clause contractuelle et d'intervenir sur cette dernière pour mettre fin à ce déséquilibre, afin de garantir l'effet utile de la protection que la directive 93/13 a pour objectif d'assurer.

26. Le déséquilibre entre les parties nécessite en effet une intervention positive, extérieure à la relation contractuelle [9], qui se justifie par l'intérêt public sur lequel repose la protection que la directive assure aux consommateurs [10].

27. L'objectif à plus long terme de la directive 93/13, qui apparaît des dispositions combinées de ses articles 6 et 7, est d'éviter la présence de clauses abusives dans les contrats conclus par les consommateurs, au moyen de l'effet dissuasif exercé sur les professionnels « par la pure et simple non-application […] de telles clauses abusives» [11].

28. Dès qu'il constate le caractère abusif d'une clause, le juge national est tenu d'écarter son application, étant donné que, comme l'a précisé la Cour, le libellé de l'article 6, paragraphe 1, de la directive 93/13, tout en reconnaissant aux États membres une certaine marge d'autonomie en ce qui concerne la définition des régimes juridiques applicables aux clauses abusives, impose néanmoins de prévoir que lesdites clauses « ne lient pas les consommateurs» [12].

29. Il s'ensuit que le juge national qui constate la nature abusive d'une clause contractuelle est tenu d'en tirer toutes les conséquences qui en découlent selon le droit national, afin que cette clause ne produise pas d'effets contraignants à l'égard du consommateur, sauf si le consommateur lui-même s'y oppose [13].

30. En outre, aux termes de l'article 6, paragraphe 1, in fine, ainsi que du vingt et unième considérant [14] de la directive 93/13, le contrat reste « contraignant pour les parties selon les mêmes termes, s'il peut subsister sans les clauses abusives» [15].

7 Arrêts du 14 juin 2012, Banco Español de Crédito (C-618/10, EU:C:2012:349, point 40 et jurisprudence citée), et du 14 mars 2013, Aziz (C-415/11, EU:C:2013:164, point 45).

8 Il y a lieu de noter que si, à l'origine, la Cour a reconnu au juge national la faculté d'examiner d'office le caractère abusif d'une clause afin de réaliser l'objectif fixé à l'article 6 de la directive, à savoir empêcher que le consommateur soit lié par une clause abusive [voir, en particulier, arrêts du 27 juin 2000, Océano Grupo Editorial et Salvat Editores (C-240/98 à C-244/98, EU:C:2000:346, points 26 et 28) ; du 21 novembre 2002, Cofidis (C-473/00, EU:C:2002:705, points 32 à 34), et du 26 octobre 2006, Mostaza Claro, (C-168/05, EU:C:2006:675, points 27 et 28)], depuis l'arrêt du 4 juin 2009, Pannon GSM (C-243/08, EU:C:2009:350, point 32), le juge national a l'« obligation d'examiner d'office cette question » ; sur ce point, voir aussi, entre autres, arrêts du 9 novembre 2010, VB Pénzügyi Lízing (C-137/08, EU:C:2010:659, point 44) ; du 14 juin 2012, Banco Español de Crédito (C-618/10, EU:C:2012:349, point 44) ; du 30 mai 2013, Asbeek Brusse et de Man Garabito (C-488/11, EU:C:2013:341, points 40, 41 et 44), et du 7 août 2018, Banco Santander et Escobedo Cortés (C-96/16 et C-94/17, EU:C:2018:643, point 53).

9 Arrêt du 26 octobre 2006, Mostaza Claro (C-168/05, EU:C:2006:675, point 26).

10 Arrêt du 26 octobre 2006, Mostaza Claro (C-168/05, EU:C:2006:675, point 38).

11 Arrêt du 14 juin 2012, Banco Español de Crédito (C-618/10, EU:C:2012:349, point 69).

12 Arrêt du 14 juin 2012, Banco Español de Crédito (C-618/10, EU:C:2012:349, point 62).

13 Arrêts du 4 juin 2009, Pannon GSM (C-243/08, EU:C:2009:350, point 35) ; du 14 juin 2012, Banco Español de Crédito (C-618/10, EU:C:2012:349, points 63 et 65), et du 26 mars 2019, Abanca Corporación Bancaria et Bankia (C-70/17 et C-179/17, EU:C:2019:250, point 52). Plus généralement, voir arrêt du 6 octobre 2009, Asturcom Telecomunicaciones (C-40/08, EU:C:2009:615, point 58) ; ordonnance du 16 novembre 2010, Pohotovosť (C-76/10, EU:C:2010:685, point 62), et arrêt du 15 mars 2012, Pereničová et Perenič (C-453/10, EU:C:2012:144, point 30).

14 Le vingt et unième considérant de la directive 93/13 énonce : « considérant que les États membres doivent prendre les mesures nécessaires afin d'éviter la présence de clauses abusives dans des contrats conclus avec des consommateurs par un professionnel ; que, si malgré tout, de telles clauses venaient à y figurer, elles ne lieront pas le consommateur, et le contrat continuera à lier les parties selon les mêmes termes s'il peut subsister sans les clauses abusives ».

15 Article 6, paragraphe 1, de la directive 93/13.

31. Le juge n'a donc pas le pouvoir de modifier le contenu d'une clause contractuelle dont il constate le caractère abusif. En effet, l'article 6, paragraphe 1, de la directive 93/13 doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une règle de droit national qui permet au juge national de compléter le contrat en révisant le contenu d'une telle clause [16].

32. En effet, une telle intervention serait susceptible de porter atteinte à la réalisation de l'objectif à long terme de la directive, qui est de dissuader les professionnels d'insérer de telles clauses [17], déjà mentionné au point 27. En effet, les professionnels pourraient être amenés à utiliser lesdites clauses en sachant que, même si celles-ci devaient être invalidées, le contrat pourrait néanmoins être complété, dans la mesure nécessaire, par le juge national.

33. La seule exception à cette règle a été développée par la jurisprudence dans l'affaire Kásler et Káslerné Rábai [18], où la Cour a identifié les conditions nécessaires pour justifier que le juge national modifie le contrat en le complétant.

34. Plus précisément, la Cour a admis la substitution d'une disposition nationale supplétive à une clause abusive lorsque deux conditions sont remplies : premièrement, la non-application de la clause jugée abusive entraînerait, en droit national, l'annulation du contrat dans son ensemble et, deuxièmement, l'annulation du contrat exposerait le consommateur à des conséquences particulièrement préjudiciables [19].

35. L'article 6, paragraphe 1, de la directive 93/13 ne fait donc pas obstacle à ce que le juge national, en application de principes du droit des contrats, supprime une clause abusive en lui substituant une disposition de droit national à caractère supplétif, dans des situations dans lesquelles l'invalidation de la clause abusive obligerait le juge à annuler le contrat dans son ensemble, exposant par là le consommateur à des conséquences particulièrement préjudiciables, de sorte que ce dernier en serait pénalisé [20].

36. L'annulation d'un contrat de prêt aurait en principe comme conséquence de rendre immédiatement exigible le solde restant dû dans des proportions risquant d'excéder les capacités financières du consommateur et, de ce fait, tendrait à pénaliser celui-ci plutôt que le prêteur qui, par voie de conséquence, ne serait pas dissuadé d'insérer de telles clauses dans les contrats qu'il propose [21].

37. Cette exception à la règle qui interdit au juge national de compléter le contrat après la suppression d'une clause abusive est pleinement justifiée au regard de la finalité de la directive 93/13 qui, comme je l'ai dit, tend à substituer à l'équilibre formel que le contrat établit entre les droits et obligations des cocontractants un équilibre réel de nature à rétablir l'égalité entre ces derniers et non pas à annuler tous les contrats contenant des clauses abusives [22].

38. Pour des raisons tenant à la logique et à la systématique, il me paraît nécessaire d'examiner les questions préjudicielles en commençant par la quatrième, puis la deuxième, ensuite la première et, enfin, la troisième. En effet, si l'on considérait, en réponse à la quatrième question préjudicielle, que le contrat peut subsister sans la clause abusive, les questions suivantes perdraient une grande partie de leur intérêt, puisqu'elles supposent l'annulation du contrat dans son ensemble. En outre, c'est

16 Arrêts du 14 juin 2012, Banco Español de Crédito (C-618/10, EU:C:2012:349, point 73) ; du 30 avril 2014, Kásler et Káslerné Rábai (C-26/13, EU:C:2014:282, point 77), et du 26 mars 2019, Abanca Corporación Bancaria et Bankia (C-70/17 et C-179/17, EU:C:2019:250, point 53).

17 Ordonnance du 16 novembre 2010, Pohotovosť (C-76/10, EU:C:2010:685, point 41 et jurisprudence citée), et arrêts du 14 juin 2012, Banco Español de Crédito (C-618/10, EU:C:2012:349, points 69 et 70), et du 26 mars 2019, Abanca Corporación Bancaria et Bankia (C-70/17 et C-179/17, EU:C:2019:250, point 54).

18 Arrêt du 30 avril 2014, Kásler et Káslerné Rábai (C-26/13, EU:C:2014:282).

19 Arrêt du 30 avril 2014, Kásler et Káslerné Rábai (C-26/13, EU:C:2014:282, point 83).

20 Arrêt du 26 mars 2019, Abanca Corporación Bancaria et Bankia (C-70/17 et C-179/17, EU:C:2019:250, point 56).

21 Arrêt du 26 mars 2019, Abanca Corporación Bancaria et Bankia (C-70/17 et C-179/17, EU:C:2019:250, point 58).

22 Arrêt du 26 mars 2019, Abanca Corporación Bancaria et Bankia (C-70/17 et C-179/17, EU:C:2019:250, point 57).

seulement dans le cas où l'on considérerait que l'annulation du contrat dans son ensemble pourrait avoir des effets préjudiciables pour le consommateur, ce qui est la condition préalable de la deuxième question, par laquelle la Cour est interrogée sur certaines modalités de l'annulation du contrat dans son ensemble, que l'on pourrait envisager la possibilité de remplacer la clause abusive selon les modalités proposées dans la première question. Enfin, c'est seulement dans le cas où il ne serait possible ni de préserver l'existence du contrat ni de remplacer la clause abusive que l'on peut rationnellement s'interroger, comme le fait la troisième question préjudicielle, sur la possibilité de maintenir la clause abusive.

B. La quatrième question préjudicielle

39. Par la quatrième question préjudicielle, en substance, le juge de renvoi demande à la Cour d'interpréter l'article 6, paragraphe 1, de la directive 93/13, en ce qu'il prévoit que « le contrat restera contraignant pour les parties selon les mêmes termes ». Plus précisément, le juge de renvoi demande si un contrat peut subsister après la suppression d'une clause abusive qui est indissociablement liée aux autres clauses définissant l'obligation principale du contrat.

40. Dans cette hypothèse, en effet, le contrat résultant de la suppression des clauses abusives constituerait un contrat différent de celui qui a été conclu entre les parties et qui ne correspond plus à leur volonté initiale.

41. Si la clause d'« écart de change » était abusive et, partant, ne trouvait pas à s'appliquer, cela aurait pour effet de transformer un contrat indexé sur le franc suisse et soumis au taux d'intérêt de cette devise en un contrat d'un autre type, indexé sur le zloty polonais mais toujours soumis au taux d'intérêt plus bas du franc suisse.

42. Il appartient au juge national d'apprécier si le contrat peut rester contraignant pour les parties dans les mêmes termes, si cela est juridiquement possible [23] en droit national.

43. En effet, la Cour a déjà jugé [24] que, pour garantir l'effet utile de la directive, tant la constatation du caractère abusif d'une clause que la détermination des effets qui découlent de cette constatation doivent être appréciées à la lumière du droit national.

44. Il ressort du dossier et de la demande formulée par le juge de renvoi que les clauses litigieuses et dont le caractère abusif est invoqué sont des clauses ayant pour objet l'écart de change.

45. L'appréciation portant sur la qualification d'une clause contractuelle dont le caractère abusif est invoqué puis, le cas échéant, constaté, est évidemment une question préliminaire, puisque l'article 4, paragraphe 2, de la directive 93/13 exclut de l'appréciation du caractère abusif effectuée par le juge les clauses portant sur la définition de l'objet principal du contrat, pour autant que ces clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible.

23 Voir en ce sens arrêt du 26 janvier 2017, Banco Primus (C-421/14, EU:C:2017:60, point 71 et jurisprudence citée).

24 Voir jurisprudence citée à la note 13.

46. Le juge national est donc, en premier lieu, appelé à décider si la clause litigieuse relève de la définition de l'objet principal du contrat et, dans l'affirmative, à apprécier si cette clause est formulée de façon claire et compréhensible. Dans le seul cas où le résultat de cette appréciation est négatif et que, partant, il constate que la clause contractuelle qui relève de la définition de l'objet principal du contrat est formulée d'une manière qui n'est pas claire ou compréhensible, le juge peut procéder à l'évaluation du caractère abusif de cette clause [25].

47. En deuxième lieu, le juge national est appelé à évaluer les effets de la constatation du caractère abusif, afin de vérifier si le contrat peut rester contraignant en l'absence de cette clause. Si la clause en question relève de la notion d'objet du contrat, il est moins probable que le maintien de celui-ci soit juridiquement possible en vertu du droit national ; cependant, cette évaluation ne peut être effectuée que par le juge de renvoi.

48. Le juge national doit évaluer, à la lumière du droit national et dans le respect du droit de l'Union, si le maintien du contrat est juridiquement possible [26] sans la clause abusive.

49. Selon la Cour, « la conséquence normale de la présence d'une clause abusive dans un contrat est donc l'inefficacité de cette seule clause et la conservation du reste de l'accord, lequel, une fois éliminé le déséquilibre défavorable au consommateur, demeure contraignant pour les parties. Il peut être dérogé à cette règle générale seulement lorsque le contrat en cause ne peut objectivement subsister sans la clause abusive» [27].

50. Comme l'a précisé la Cour, « [s]'agissant des critères qui permettent d'apprécier si un contrat peut effectivement subsister sans les clauses abusives, il y a lieu de relever que tant le libellé de l'article 6, paragraphe 1, de la directive 93/13 que les exigences relatives à la sécurité juridique des activités économiques militent en faveur d'une approche objective lors de l'interprétation de cette disposition ». En conséquence, l'intérêt des parties contractantes « ne saurait être [considéré] comme le critère déterminant réglant le sort futur du contrat» [28].

51. Cette approche objective est conforme à la finalité de la directive 93/13, qui est de rétablir un équilibre entre les parties en éliminant les clauses abusives et non en éliminant tout contrat qui contient des clauses abusives.

52. La directive 93/13 n'a pas pour finalité d'éliminer intégralement un contrat dont certaines clauses ont été déclarées abusives ni de le maintenir à tout prix ni, encore moins, de le maintenir parce qu'il serait favorable à une des deux parties.

53. Au contraire, cette directive a pour finalité de rétablir l'équilibre entre les parties [29] et de produire un effet dissuasif pour l'avenir à l'égard du professionnel.

54. L'article 6, paragraphe 1, de la directive 93/13 est donc neutre quant à l'opportunité de supprimer ou de maintenir en vigueur le contrat expurgé des clauses abusives ; c'est au seul juge national qu'il incombe d'apprécier si une clause abusive relève de la définition de l'objet du contrat et s'il y a lieu de maintenir en vigueur le contrat, expurgé des clauses abusives, sur la base du droit national et dans le respect des critères généraux exposés ci-dessus.

25 Voir en ce sens arrêts du 3 juin 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (C-484/08, EU:C:2010:309, point 32) ; du 30 avril 2014, Kásler et Káslerné Rábai (C-26/13, EU:C:2014:282, point 41 et jurisprudence citée), et du 23 avril 2015, Van Hove (C-96/14, EU:C:2015:262, points 37 à 39).

26 Arrêt du 26 janvier 2017, Banco Primus (C-421/14, EU:C:2017:60, point 71 et jurisprudence citée). Dans le même sens, en dernier lieu, voir arrêt du 26 mars 2019, Abanca Corporación Bancaria et Bankia (C-70/17 et C-179/17, EU:C:2019:250, point 63).

27 Conclusions de l'avocat général Tizzano dans l'affaire Ynos (C-302/04, EU:C:2005:576, point 79).

28 Arrêt du 15 mars 2012, Pereničová et Perenič (C-453/10, EU:C:2012:144, point 32).

29 Arrêt du 15 mars 2012, Pereničová et Perenič (C-453/10, EU:C:2012:144, point 31).

C. La deuxième question préjudicielle

55. La deuxième question préjudicielle s'articule en deux parties. En premier lieu, la Cour est appelée à se prononcer sur le moment où doivent être évaluées les conséquences de l'annulation du contrat dans son ensemble et, en deuxième lieu, elle doit déterminer le poids qui doit être attribué à la volonté du consommateur.

56. Si, d'un côté, l'article 4, paragraphe 1, de la directive 93/13 précise que le caractère abusif d'une clause contractuelle doit être apprécié « en tenant compte de la nature des biens ou services qui font l'objet du contrat et en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion» [30], de l'autre côté, la directive ne fournit pas d'indication précise quant au moment où doivent être évaluées les conséquences sur le contrat de la déclaration du caractère abusif de cette clause.

57. Il incombe donc au juge national, sur la base du droit national, comme je l'ai dit, de tirer toutes les conséquences de la constatation du caractère abusif d'une clause.

58. Le juge national est donc tenu d'apprécier, à la lumière du droit national, s'il est juridiquement possible que le contrat reste en vigueur après la suppression d'une clause abusive ainsi que le moment auquel doivent être évalués, sur la base du droit national, les effets de la constatation du caractère abusif de cette clause.

59. Toutefois, à mon avis, lorsque le droit national ne donne pas d'indications expresses à cet égard, deux raisons semblent plaider pour que les effets de la déclaration du caractère abusif d'une clause ainsi que les conséquences de l'éventuelle annulation du contrat dans son ensemble – et l'éventuelle opportunité que le juge complète le contrat – soient évalués au moment de l'examen du litige.

60. En premier lieu, sur le plan de la systématique, afin de mettre pleinement en œuvre les finalités immédiates de la directive, qui sont, comme je l'ai dit, de rétablir un équilibre substantiel entre les parties, il est nécessaire que les effets de la disparition des clauses abusives soient évalués par rapport à la situation concrète et actuelle, c'est-à-dire les circonstances qui existent au moment où la juridiction nationale examine le litige. En effet, les intérêts des parties pourraient être différents à ce moment de ce qu'ils étaient lors de la conclusion du contrat.

61. En deuxième lieu, l'évaluation de ces effets au moment de l'examen du litige est compatible avec l'enseignement de la Cour dans l'affaire Kásler et Káslerné Rábai [31].

62. En effet, la Cour a précisé que le seul cas dans lequel un contrat – qui, à la lumière du droit national, devrait être annulé dans son ensemble à la suite de la suppression d'une clause abusive – peut être complété par le juge, par la substitution d'une disposition supplétive à la clause abusive, est celui où l'annulation du contrat serait « particulièrement préjudiciable » pour le consommateur [32].

63. En conséquence, les intérêts du consommateur que le juge national doit prendre en considération sont ceux qui existent au moment de l'examen du litige et non ceux sur la base desquels le consommateur avait décidé de conclure le contrat.

30 Arrêts du 4 juin 2009, Pannon GSM (C-243/08, EU:C:2009:350, point 32) ; du 9 novembre 2010, VB Pénzügyi Lízing (C-137/08, EU:C:2010:659, point 42) ; du 14 mars 2013, Aziz (C-415/11, EU:C:2013:164, point 71) ; du 26 janvier 2017, Banco Primus (C-421/14, EU:C:2017:60, point 61) ; du 20 septembre 2017, Andriciuc e.a. (C-186/16, EU:C:2017:703, point 36), et conclusions de l'avocat général Szpunar dans les affaires Abanca Corporación Bancaria et Bankia (C-70/17 et C-179/17, EU:C:2018:724, point 70).

31 Arrêt du 30 avril 2014, Kásler et Káslerné Rábai (C-26/13, EU:C:2014:282).

32 Arrêt du 30 avril 2014, Kásler et Káslerné Rábai (C-26/13, EU:C:2014:282, point 83).

64. S'agissant du second aspect de la deuxième question préjudicielle, pour évaluer la pertinence qui doit être attribuée à la volonté du consommateur dans le choix entre annuler le contrat dans son ensemble et le compléter, il y a lieu d'analyser l'enseignement de la Cour dans l'arrêt Kásler et Káslerné Rábai, en ayant égard en particulier aux finalités de la directive.

65. En effet, l'article 6, paragraphe 1, de la directive 93/13 s'oppose à une réglementation d'un État membre qui permet au juge national, lorsqu'il constate la nullité d'une clause abusive dans un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur, de compléter ledit contrat en révisant le contenu de cette clause [33].

66. Le seul cas dans lequel le juge peut intervenir est le cas exceptionnel dans lequel, s'il « n'était pas permis de substituer à une clause abusive une disposition à caractère supplétif, obligeant le juge à annuler le contrat dans son ensemble, le consommateur pourrait être exposé à des conséquences particulièrement préjudiciables, de sorte que le caractère dissuasif résultant de l'annulation du contrat risquerait d'être compromis» [34].

67. Il me paraît raisonnable de considérer que lorsque le consommateur, placé par le juge devant l'alternative entre annuler le contrat dans son ensemble en conséquence de la suppression d'une clause abusive et insérer dans le contrat une disposition différente, afin de maintenir ce contrat en vie, manifeste sa préférence pour l'élimination du contrat dans son ensemble, la seconde des conditions requises par l'arrêt Kásler et Káslerné Rábai fait défaut. Autrement dit, le juge ne pourrait pas considérer que l'annulation du contrat dans son ensemble serait particulièrement préjudiciable pour le consommateur en allant à l'encontre de la manifestation de volonté éclairée et réitérée de celui-ci.

68. Pour conclure sur la deuxième question préjudicielle, le juge national est tenu d'apprécier, sur la base du droit national, le moment auquel il y a lieu d'évaluer les effets de la constatation du caractère abusif d'une clause, en tenant compte de ce que, en l'absence d'indications législatives expresses, les intérêts du consommateur qui doivent être pris en considération sont ceux qui existent au moment de l'examen du litige. Il faut considérer, en outre, que la volonté du consommateur prévaut sur la mise en œuvre d'un système de protection tel que celui consistant à remplacer une clause abusive afin de maintenir en vigueur le contrat expurgé de ladite clause.

D. La première question préjudicielle

69. Par la première question préjudicielle, le juge de renvoi demande à la Cour si, après avoir constaté le caractère abusif d'une clause contractuelle, le juge peut compléter le contrat par des dispositions nationales qui prévoient que le contenu d'un acte juridique peut être complété par les principes d'équité ou par les usages.

70. Le juge de renvoi interroge la Cour sur la possibilité de compléter le contrat par des dispositions qui, dépourvues de caractère supplétif, contiennent des clauses de caractère général renvoyant à des règles de vie en société.

33 Arrêts du 14 juin 2012, Banco Español de Crédito (C-618/10, EU:C:2012:349, point 73) ; du 30 avril 2014, Kásler et Káslerné Rábai (C-26/13, EU:C:2014:282, point 77), et du 26 mars 2019, Abanca Corporación Bancaria et Bankia (C-70/17 et C-179/17, EU:C:2019:250, point 53).

34 Arrêt du 30 avril 2014, Kásler et Káslerné Rábai (C-26/13, EU:C:2014:282, point 83).

71. Pour répondre à cette question, il faut, en premier lieu, que le juge national vérifie si les dispositions de caractère général qui lui semblent pouvoir servir à combler les lacunes laissées dans le contrat par la suppression de clauses jugées abusives relèvent de la catégorie des « dispositions législatives ou réglementaires impératives» [35] qui « s'appliquent entre les parties contractantes lorsque aucun autre arrangement n'a été convenu» [36].

72. Aux termes de la directive, ces clauses sont présumées ne pas revêtir de caractère abusif, car elles reflètent une disposition législative ou réglementaire impérative. En conséquence, il y a lieu de présumer que le législateur national a établi un équilibre entre l'ensemble des droits et des obligations des parties à certains contrats [37].

73. Dans le cas d'espèce, il apparaît du dossier que les dispositions générales désignées par le juge de renvoi et qui se réfèrent à des principes d'usage ne sont pas caractérisées par une évaluation du législateur concernant l'équilibre entre les droits et les obligations des parties et ne semblent donc pas visées par la présomption d'absence de caractère abusif requise par la directive.

74. Dans ce cas, l'insertion d'une clause contractuelle reflétant ces dispositions générales constituerait une modification « créative » susceptible d'altérer l'équilibre des intérêts voulu par les parties, ce qui réduirait l'autonomie de la volonté de manière excessive.

75. En deuxième lieu, en rappelant les considérations exposées aux points 31 à 37 des présentes conclusions, j'estime que la situation décrite par le juge de renvoi ne peut pas relever de l'hypothèse prévue dans l'arrêt Kásler et Káslerné Rábai, laquelle est exceptionnelle et ne peut donc faire l'objet d'une interprétation extensive.

76. La raison d'être de cette exception, qui limite la possibilité d'intervention du juge aux seules clauses reflétant des dispositions normatives de nature supplétive, est conforme à l'article 1er, paragraphe 2, et au treizième considérant de la directive, examinés au point 71 des présentes conclusions.

77. Afin d'éviter que l'annulation du contrat dans son ensemble produise des effets excessivement préjudiciables pour le consommateur, l'exception prévue dans l'arrêt Kásler et Káslerné Rábai permet au juge de compléter le contrat, mais en se limitant à substituer à la clause abusive une clause reflétant la disposition normative supplétive, sans aucune marge d'interprétation ou de « création ».

78. Au contraire, si le juge devait recourir à une clause de nature générale, il serait appelé à évaluer le contenu de cette clause et son application au sein du contrat.

79. Une telle situation s'oppose à la règle générale, rappelée à plusieurs reprises par la Cour, qui impose au juge national d'exclure l'application d'une clause abusive mais sans pouvoir en réviser le contenu.

80. À la lumière des considérations qui précèdent, il y a lieu de considérer que l'article 1er, paragraphe 2, et l'article 6, paragraphe 1, de la directive 93/13 s'opposent à ce que le juge national complète un contrat – pour remplacer une clause abusive – par des dispositions nationales de caractère général qui ne sont pas des dispositions supplétives.

35 Article 1er, paragraphe 2, et treizième considérant, de la directive 93/13.

36 Treizième considérant de la directive 93/13.

37 Arrêt du 20 septembre 2018, OTP Bank et OTP Faktoring (C-51/17, EU:C:2018:750, points 52 et 53).

E. La troisième question préjudicielle

81. Par la troisième question préjudicielle, le juge national demande à la Cour s'il est possible de maintenir une clause abusive en vigueur lorsque cette solution est plus favorable au consommateur.

82. Cette possibilité se présente uniquement lorsque le juge national, en vertu du droit national et dans le respect du droit de l'Union, estime qu'il n'est pas juridiquement possible de maintenir le contrat sans la clause jugée abusive et qu'il n'est pas possible de la remplacer aux conditions prévues par la jurisprudence dans l'arrêt Kásler et Káslerné Rábai.

83. L'article 6, paragraphe 1, de la directive 93/13 prévoit expressément que les clauses abusives ne lient pas les consommateurs et la jurisprudence constante de la Cour n'admet pas de dérogation à cette règle [38].

84. La seule exception à cette règle a été reconnue dans l'affaire Pannon [39], où la Cour a admis que la clause déclarée abusive continue de lier le consommateur à la demande expresse de ce dernier.

85. En conséquence, il y a lieu de considérer, conformément à la jurisprudence de la Cour, que le rôle du juge doit se borner à la constatation du caractère abusif et à l'obligation d'informer le consommateur des conséquences de cette constatation, y compris la disparition du caractère contraignant de la clause en question.

86. En conséquence, à moins que le consommateur, après avoir été dûment informé du caractère non contraignant de la clause par le juge national, donne son consentement libre et éclairé et manifeste son intention de ne pas se prévaloir du caractère abusif et non contraignant d'une telle clause [40], il ne sera pas lié par celle-ci, en vertu de l'article 6, paragraphe 1, de la directive 93/13.

87. En l'absence d'une volonté expresse du consommateur, le juge ne peut donc pas maintenir en vigueur une clause abusive, même s'il estime qu'une telle solution serait plus favorable au consommateur.

88. Dans le cas d'espèce, par ailleurs, le consommateur s'oppose expressément au maintien en vigueur de la clause abusive, de sorte que l'exception prévue par la jurisprudence Pannon ne peut pas trouver à s'appliquer.

IV. Conclusions

89. À la lumière des considérations qui précèdent, je suggère à la Cour de répondre à la demande de décision préjudicielle du Sąd Okręgowy w Warszawie (tribunal régional de Varsovie, Pologne) dans les termes suivants :

1) L'article 1er, paragraphe 2, et l'article 6, paragraphe 1, de la directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, s'opposent à ce que le juge national – après avoir écarté des clauses abusives définissant les modalités et le montant de la prestation, ce qui entraîne l'annulation, dans son ensemble, du

38 Arrêt du 14 juin 2012, Banco Español de Crédito (C-618/10, EU:C:2012:349, point 62).

39 Arrêt du 4 juin 2009, Pannon GSM (C-243/08, EU:C:2009:350). La Cour y précise, au point 33 : « Dans l'exercice de cette obligation, le juge national n'est toutefois pas tenu, en vertu de la directive, d'écarter l'application de la clause en cause si le consommateur, après avoir été avisé par ledit juge, entend ne pas en faire valoir le caractère abusif et non contraignant ». En ce sens, voir également arrêt du 26 mars 2019, Abanca Corporación Bancaria et Bankia (C-70/17 et C-179/17, EU:C:2019:250, point 52), et conclusions de l'avocat général Szpunar dans les affaires Abanca Corporación Bancaria et Bankia (C-70/17 et C-179/17, EU:C:2018:724, point 135).

40 Conclusions de l'avocat général Szpunar dans les affaires Abanca Corporación Bancaria et Bankia (C-70/17 et C-179/17, EU:C:2018:724, point 136).

contrat défavorable au consommateur – complète le contrat par des dispositions nationales de caractère général prévoyant que le contenu d'un acte juridique est complété par des effets découlant des principes d'équité ou des usages, dispositions qui ne sont donc pas des dispositions supplétives.

2) Le juge national est tenu d'apprécier, sur la base du droit national, le moment auquel doivent être évalués les effets de la constatation du caractère abusif d'une clause, en tenant compte de ce que, en l'absence d'indications législatives expresses, les intérêts du consommateur qui doivent être pris en considération sont ceux qui existent au moment de l'examen du litige. En outre, la volonté du consommateur qui estime que l'annulation du contrat dans son ensemble ne lui est pas préjudiciable prévaut sur la mise en œuvre d'un système de protection tel que celui consistant à remplacer la clause abusive pour maintenir en vigueur le contrat.

3) La directive 93/13 s'oppose au maintien en vigueur de clauses abusives qui, au moment de l'examen du litige, sont objectivement favorables au consommateur, en l'absence de volonté expresse du consommateur en ce sens.

4) Il incombe au juge national d'évaluer, sur la base du droit national et dans le respect du droit de l'Union, le caractère abusif de la clause et de définir l'objet du contrat afin de déterminer s'il est possible de maintenir en vigueur le contrat, expurgé des clauses abusives.