

Par ces motifs, la Cour (septième chambre) dit pour droit :

1) L'article 5 de la directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, doit être interprété en ce sens que le contenu d'une clause d'un contrat de prêt conclu entre un professionnel et un consommateur qui fixe les prix d'achat et de vente d'une devise étrangère sur laquelle le prêt est indexé doit permettre à un consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé de comprendre, sur le fondement de critères clairs et intelligibles, la façon dont est fixé le taux de change de la devise étrangère utilisé pour calculer le montant des échéances de remboursement, de manière à ce que ce consommateur ait la possibilité de déterminer lui-même, à tout moment, le taux de change appliqué par le professionnel.

2) Les articles 5 et 6 de la directive 93/13 doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à ce que le juge national, qui a constaté le caractère abusif d'une clause d'un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur, au sens de l'article 3, paragraphe 1, de cette directive, procède à l'interprétation de cette clause pour pallier son caractère abusif, quand bien même cette interprétation correspondrait à la volonté commune des parties au contrat.

Siège : Mme I. Ziemele (rapporteuse), présidente de la sixième chambre, faisant fonction de présidente de la septième chambre, MM. P. G. Xuereb et A. Kumin, juges

Av. gén. : J. Kokott

Aff. C-212/20

•
•••

Encore un contrat de prêt indexé sur le franc suisse : quelle est la devise de la Cour de justice de l'Union européenne ?

I. Faits et cadre normatif

1. CONTEXTE GÉNÉRAL – L'affaire soumise à la Cour de justice de l'Union européenne s'inscrit dans un courant d'autres litiges en rapport avec des contrats de prêt à la consommation ou hypothécaires libellés ou indexés sur le franc suisse (CHF), ayant conduit à de précédents arrêts¹ sur questions préjudicielles sous l'angle de la directive 93/13/CEE

¹ Voy. arrêt du 10 juin 2021, *BNP Paribas Personal Finance*, C-776/19 à C-782/19, EU:C:2021:470 (cas français) ; arrêt du 29 avril 2021, *Bank BPH*, C-19/20, EU:C:2021:341 (cas polonais) ; arrêt du 9 juillet 2020, *Banca Transilvania*, C-81/19, EU:C:2020:532 (cas roumain) ; arrêt du 3 octobre 2019, *Dziubak*,

sur les clauses abusives². Pour la banque, l'avantage d'accorder des prêts indexés sur une monnaie étrangère est que sa prétention à l'égard des emprunteurs reste stable, même en cas de dépréciation de la monnaie nationale. Pour les emprunteurs, en revanche, le coût effectif du prêt peut augmenter sensiblement en cas de dépréciation de ladite monnaie à l'égard de la devise de référence étrangère avec comme risque de devoir rembourser un montant plus élevé qu'initialement envisagé³. Le risque de change pèse donc sur les consommateurs⁴.

2. LITIGE AU PRINCIPAL – Le litige au principal oppose deux emprunteurs (M.P. et B.P. ; ci-après, « les emprunteurs ») à une banque polonaise (« A. » *prowadzący działalność za pośrednictwem « A. » S.A.* ; ci-après, « la banque »). Il concerne les modalités de remboursement d'un contrat de prêt hypothécaire indexé sur le CHF contenant des clauses préformulées prétendument abusives. Le 16 mai 2008, les emprunteurs avaient conclu un contrat de prêt hypothécaire avec la banque pour un montant de 460.000 zlotys polonais (PLN), environ 100.000 euros, remboursable en 480 mensualités (40 ans). Le taux d'intérêt correspondait au taux de référence LIBOR 3M (CHF) plus une marge fixe de 1,20 %. Les fluctuations de cours entre PLN et CHF ont eu pour effet que la différence entre le montant effectivement remboursé pour la période du 16 mai 2008 au 10 octobre 2014 et celui qui aurait été remboursé si le prêt avait été libellé en PLN, s'est élevée à 30.601,01 PLN (soit environ 6.732 euros). Le point litigieux concerne les modalités de fixation du cours de la devise étrangère, soit l'interprétation⁵ de l'un des aspects de la clause d'indexation du contrat de prêt : s'agit-il du cours du marché (comme le soutient la banque) ou d'un cours objectif tel que celui fixé par la Banque nationale de Pologne (comme le soutiennent les emprunteurs)⁶ ?

C-260/18, EU:C:2019:819 (cas polonais) ; arrêt du 5 juin 2019, *GT*, C-38/17, EU:C:2019:461 (cas hongrois) ; arrêt du 14 mars 2019, *Dunai*, C-118/17, EU:C:2019:207 (cas hongrois) ; arrêt du 20 septembre 2018, *OTP Bank et OTP Faktoring*, C-51/17, EU:C:2018:750 (cas hongrois) ; arrêt du 20 septembre 2017, *Andriuc e.a.*, C-186/16, EU:C:2017:703 (cas roumain) ; arrêt du 30 avril 2014, *Kásler et Káslerné Rábai*, C-26/13, EU:C:2014:282 (cas hongrois).

² Directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, *J.O.*, L 95, 21 avril 1993, pp. 29-34 (ci-après, « directive 93/13 »).

³ V. LEGRAND, « Précisions de la CJUE sur la sanction des clauses abusives dans le contexte du scandale des prêts libellés en francs suisses : décision rendue par Cour de justice de l'Union européenne 03-10-2019, n° C-260/18 », *AJ contrat*, 2019, p. 544 ; M.B.M. LOOS, « *Transparency Under the UCTD : Could You Please Explain what these Terms are Supposed to Mean? Case note to CJEU, C-51/17 OTP Bank and OTP Faktoring* », *EuCML*, 1/2020, pp. 25-27 (ci-après, « Case note »), p. 25.

⁴ Arrêt commenté, point 59.

⁵ Dans l'arrêt du 3 octobre 2019, *Dziubak*, C-260/18, EU:C:2019:819, points 13 et 14, les emprunteurs s'opposaient aux règles d'indexation du prêt hypothécaire, au motif qu'elles permettaient à la banque de déterminer librement et arbitrairement le taux de change. La détermination d'un taux de change correct n'étant pas possible, le contrat ne pourrait subsister et devrait en conséquence être considéré comme nul.

⁶ Arrêt commenté, points 23, 45 et 46.

3. DROIT POLONAIS – Les articles 65⁷ et 385⁸ du Kodeks cywilny (Code civil) sont visés au principal⁹. Le droit bancaire polonais prescrit par ailleurs une liste d'informations devant figurer dans le contrat de prêt soit, notamment, la monnaie du prêt, le délai de remboursement du prêt et, en cas de crédit libellé en, ou indexé sur, une devise autre que la monnaie polonaise, en particulier, la fixation des modalités et les dates de la fixation du cours des devises sur la base duquel sont calculés le montant du prêt, ses tranches et mensualités (capital et intérêt)¹⁰.

4. DROIT DE L'UE ET QUESTIONS PRÉJUDICIELLES – Au principal, la juridiction de renvoi considère que la banque n'a pas satisfait à ses obligations d'information et de transparence prévues à l'article 5 de la directive 93/13. Elle décide de poser deux questions préjudicielles à la Cour de justice¹¹. En substance, elles portent sur l'interprétation de l'article 3(1), de l'article 4(1) et de l'article 5 de la directive 93/13¹².

II. Transparence et interprétation des clauses

5. LA QUESTION PRÉJUDICIELLE – En premier lieu, la Cour doit déterminer si une clause contenue dans un contrat de prêt, pour être considérée comme étant rédigée de façon claire et compréhensible au sens de l'article 4(1) et de l'article 5 de la directive 93/13, doit être rédigée d'une façon à permettre au consommateur de déterminer de manière indépendante, à tout moment, le cours de la devise appliqué pour fixer le montant des échéances de remboursement du prêt. Tout en relevant que le litige au principal ne concerne pas des aspects de l'article 4(2) de la directive 93/13¹³, la Cour retient que seule l'interprétation de l'exigence de transparence¹⁴ de l'article 5 de la directive 93/13 est visée.

6. MOMENT DÉTERMINANT POUR L'ANALYSE DE L'EXIGENCE DE TRANSPARENCE – Le respect de l'exigence de transparence de l'article 5 de la directive 93/13 par le professionnel

⁷ Cette disposition concerne l'interprétation des manifestations de volonté et la commune intention des parties.

⁸ Cette disposition concerne les clauses n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle et les clauses illicites.

⁹ Arrêt commenté, points 9 et 10.

¹⁰ Arrêt commenté, points 11 à 14.

¹¹ Pour le détail, arrêt commenté, point 30.

¹² Arrêt commenté, points 31 à 34.

¹³ Arrêt commenté, points 37 et 38. La Cour considère que le litige au principal 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. La clause d'indexation litigieuse au principal ne constitue donc pas l'« objet principal du contrat ». Voy. aussi G. STRAETMANS et V. BURKI, « Transparentie van kernbedingen en het belang van precontractuele informatie bij kredietovereenkomsten », *DAOR*, 2018/4, n° 128, pp. 98-113.

¹⁴ Pour des approfondissements, E. TERRY, « Transparentie en algemene voorwaarden – Nood an hervorring? », *TPR*, 2017, pp. 15-70.

doit être « apprécié au regard des éléments dont [l]e professionnel disposait au jour de la conclusion du contrat »¹⁵. Certes, sous l'angle spécifique de l'examen du caractère abusif d'une clause contractuelle, l'approche de la Cour contraste avec celle des principes européens communs identifiés en matière d'interprétation contractuelle. La conduite des parties, y compris subséquente à la conclusion du contrat, y est une circonstance pertinente (*relevant circumstance*)¹⁶. La formulation de l'article 4(1) de la directive 93/13 n'est pas étrangère à cette référence au moment de la conclusion du contrat¹⁷. Il reste néanmoins intéressant de relever que la Cour adopte une conception objectiviste en rapport avec l'article 5 de la directive 93/13¹⁸. La prise en compte des circonstances postérieures à la manifestation de volonté reste l'apanage de l'interprétation contractuelle subjective (c.-à-d. fondée sur la prédominance, à tout le moins théorique, de la réelle et commune intention des parties)¹⁹. La Cour adopte toutefois aussi une conception subjectiviste, en considérant que les observations écrites des parties devant elle – des « circonstances postérieures » à la conclusion du contrat – contredisent l'existence d'une compréhension commune sur la « valeur de marché » dans la clause d'indexation²⁰.

7. DÉTERMINATION DU TAUX DE CHANGE APPLICABLE – La Cour constate que ni la clause d'indexation ni les conditions générales ne précisent l'ensemble des facteurs observés par la banque pour fixer le taux de change appliqué pour le calcul des échéances de remboursement. Elle retient que la clause d'indexation ne semble pas tant ambiguë²¹ que caractérisée par l'absence d'indication des modalités de détermination du taux de change appliqué par la banque²². Or, et même si le contrat en cause au principal est de longue durée (40 ans), les stipulations contractuelles et les informations (y compris la publicité²³) fournies par la banque lors de la négociation du contrat²⁴, doivent mentionner les critères de fixation du taux de change applicable pour le calcul des échéances de remboursement. Les consommateurs doivent pouvoir déterminer à tout moment ce

¹⁵ Arrêt commenté, point 52.

¹⁶ Voy. les articles II-8:102(I)(b) DCFR et 5:102 ECL. En rapport avec l'observation des circonstances postérieures lors de la détermination de la finalité privée du contrat de consommation, D. HUG, *La formation du contrat de consommation : entre régime général et approche sectorielle – analyse et perspectives en droit suisse*, Bâle/Neuchâtel, 2020, n^{os} 627 à 644.

¹⁷ Selon l'art. 7(2) de la directive 93/13 les « circonstances au moment de la conclusion du contrat » ne sont toutefois pas pertinentes en cas d'action intentée par une organisation de consommateurs ou une autorité administrative, N. JANSEN, « Art 6:201 », in N. JANSEN et R. ZIMMERMAN (éds), *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford, 2018, n^o 12.

¹⁸ Arrêt commenté, point 79 qui confirme cette approche objectiviste.

¹⁹ S. VOGENAUER, « Art 5:101 », in N. JANSEN et R. ZIMMERMAN (éds), *Commentaries on European Contract Laws*, *op. cit.*, n^o 3.

²⁰ Arrêt commenté, point 71.

²¹ Arrêt commenté, point 48.

²² Voy. arrêt du 30 avril 2014, *Kásler et Káslerne Rábai*, C-26/13, EU:C:2014:282, point 73.

²³ Arrêt commenté, point 50.

²⁴ Voy. arrêt commenté, point 52.

taux de change et comprendre leur engagement, notamment les modalités de calcul des mensualités de remboursement du prêt. En ne permettant pas aux consommateurs de déterminer eux-mêmes à tout moment le taux de change appliqué par la banque, la clause d'indexation litigieuse semble abusive²⁵.

8. CONTRÔLE DE LOYAUTÉ ET FORMATION DU CONTRAT – La Cour souligne également que le caractère transparent d'une clause contractuelle est l'un des éléments à observer pour l'appréciation du caractère abusif de cette clause qu'il appartient au juge national d'effectuer en vertu de l'article 3(1) de la directive 93/13²⁶. L'exigence de transparence extensive²⁷ dans le contexte du contrôle de loyauté (*fairness test*), pour laquelle la compréhension au sens formel inclut également l'accessibilité des clauses²⁸, se confond avec des aspects traditionnellement liés à la formation du contrat et au consentement du consommateur²⁹. La Cour gagnerait-elle à clarifier certaines délimitations, puisque la formation du contrat n'est pas spécifiquement régie par la directive 93/13 – mais qu'elle peut néanmoins avoir un « impact significatif » sur son application³⁰ – et que l'exigence de transparence va plus loin que la simple accessibilité des clauses³¹ ?

9. TRANSPARENCE ET RÈGLE *CONTRA PROFERENTEM* – Dans l'arrêt commenté, on discerne un certain « mélange des genres » entre l'obligation de transparence et la règle *contra proferentem*, qui impose de retenir, en cas de doute, l'interprétation la plus favorable au consommateur³². L'obligation de transparence se rapporte directement au contrôle de loyauté (*fairness test*), alors que la règle *contra proferentem* relève de l'interprétation contractuelle³³. Tout en relevant certes que la clause d'indexation en litige au principal paraît plutôt lacunaire qu'ambiguë³⁴, la Cour rappelle que le caractère clair et compréhensible d'une clause contractuelle selon l'article 5 de la directive 1993/13 est à observer dans le cadre de l'appréciation de son caractère abusif

²⁵ Arrêt commenté, point 64.

²⁶ Arrêt commenté, point 58.

²⁷ Arrêt commenté, point 41. Pour l'exigence de transparence, arrêt du 21 mars 2013, *RWE Vertrieb*, C-92/11, EU:C:2013:180, point 45.

²⁸ Arrêt commenté, point 40 : « L'opportunité de prendre connaissance de toutes les clauses du contrat ». Voy. M.B.M. LOOS, *Case note, op. cit.*, p. 27.

²⁹ Voy. N. JANSEN, « Art 2:104 », in N. JANSEN et R. ZIMMERMAN (éds), *Commentaries on European Contract Laws, op. cit.*, n° 6.

³⁰ Communication de la Commission, Orientations relatives à l'interprétation et à l'application de la directive 93/13/CEE du Conseil concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, 27 septembre 2019, *J.O.U.E.*, 2019/C 323/04, pp. 39-44 (ci-après, « Communication de la Commission, orientations clauses abusives »), p. 19.

³¹ Arrêt commenté, point 42.

³² Pour une analyse comparative, K. KOSCHE, *Contra proferentem und das Transparenzgebot im Common Law und Civil Law*, Tübingen, 2011.

³³ N. JANSEN, « Art 6:206 », in N. JANSEN et R. ZIMMERMAN (éds), *Commentaries on European Contract Laws, op. cit.*, n^{os} 1 et 3.

³⁴ Arrêt commenté, point 48.

(avec dans un premier temps l'analyse du possible non-respect de l'exigence de bonne foi, puis³⁵ celle d'un éventuel déséquilibre significatif au détriment du consommateur au sens de l'article 3(1) de la directive 93/13)³⁶. Mais, une clause « intransparente » n'est-elle pas en mesure de faire échec au consentement du consommateur (ce qui rendrait superflu l'examen du caractère abusif de la clause en vertu de la directive 93/13) ? Cet aspect serait-il même encore couvert par la directive 93/13 ? Se rapporte-t-il plutôt à la formation du contrat qui reste de la compétence nationale³⁷ ? Et, la violation de l'obligation de transparence peut-elle même constituer un facteur déclencheur de la règle *contra proferentem*³⁸ ?

III. Conséquences du caractère abusif de la clause

10. LA QUESTION PRÉJUDICIELLE – En second lieu, la Cour doit déterminer si les articles 5 et 6 de la directive 93/13 s'opposent à l'interprétation d'une clause abusive au sens de l'article 3(1) de la directive 93/13 pour pallier son caractère abusif en y introduisant la notion générale de « valeur de marché » de la devise étrangère sur laquelle le prêt est indexé, et quand bien même une telle interprétation correspondrait à la volonté commune des parties³⁹. La Cour retient que la clause du contrat d'indexation ne permettant pas au consommateur de déterminer le taux de change appliqué par le professionnel semble abusive – et le professionnel n'étant pas de mauvaise foi d'après la juridiction de renvoi – il appartient au tribunal national d'examiner l'existence d'un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties⁴⁰. En outre, l'interprétation du contrat envisagée par la juridiction de renvoi ne vise pas à remédier à l'invalidité du contrat au motif qu'il ne pourrait subsister sans la cause d'indexation, et le droit polonais (article 65 Code civil) n'est qu'une règle d'interprétation d'ordre général⁴¹. Enfin, le peu d'intérêt effectif et concret du consommateur à la clause d'indexation ne change rien au fait que le tribunal national doit laisser la clause abusive inappliquée⁴².

³⁵ Voy. cependant arrêt commenté, point 65.

³⁶ Arrêt commenté, point 58 en référence à l'arrêt du 3 octobre 2019, *Kiss et CIB Bank*, C-621/17, EU:C:2019:820, point 49.

³⁷ Voy. Communication de la Commission, orientations clauses abusives, p. 19. Sur certains mécanismes de contrôle des conditions générales (contrôle du consentement, interprétation et contrôle de contenu), D. HUG, *op. cit.*, n^{os} 1423 à 1849.

³⁸ Voy. M.B.M. LOOS, « Transparency of Standard Terms under the Unfair Contract Terms Directive and the Proposal for a Common European Sales Law », *European Review of Private Law*, vol. 23, Issue 2 (2015), pp. 179-193, pp. 180 et s.

³⁹ Arrêt commenté, point 56.

⁴⁰ Arrêt commenté, points 57 à 66.

⁴¹ Arrêt commenté, points 67 à 75.

⁴² Arrêt commenté, points 76 à 78.

11. CLAUSE ABUSIVE ET SURVIVANCE DU CONTRAT – Le principe⁴³ est que les clauses contractuelles abusives doivent être écartées et ne peuvent être révisées⁴⁴ (ou faire l'objet d'une suppression partielle, ce qui revient presque au même⁴⁵). Dans la règle⁴⁶, le contrat subsiste pour le surplus, sans aucune autre modification que celle résultant de la suppression de la clause abusive. Une clause abusive doit être considérée comme n'ayant jamais existé et a en principe pour conséquence le rétablissement de la situation de fait et de droit dans laquelle le consommateur se serait trouvé sans ladite clause⁴⁷. Point n'est besoin d'une déclaration préalable du caractère abusif ou d'invalidité d'une clause contractuelle, et le caractère non contraignant de la clause abusive ne dépend pas non plus du fait que le consommateur a excipé du caractère abusif d'une clause contractuelle donnée ou qu'il en a contesté la validité⁴⁸. La constatation du caractère abusif – « imprescriptible »⁴⁹ – s'applique *ex tunc* (c.-à-d. dès la conclusion du contrat ou le moment de l'insertion de la clause abusive)⁵⁰.

12. NULLITÉ DU CONTRAT ET RÉVISION EXCEPTIONNELLE D'UNE CLAUSE ABUSIVE – Selon l'article 6(1) de la directive 93/13, le reste du contrat continue à s'appliquer s'il peut, conformément aux règles du droit interne, subsister sans les clauses abusives ; cela doit faire l'objet d'un examen objectif (et non fondé sur des considérations purement économiques)⁵¹. Toutefois, un contrat ne peut subsister si une clause définissant son objet principal⁵² ou une clause essentielle pour le calcul de la rémunération à verser par le consommateur est écartée⁵³. *Exceptionnellement*, le juge national peut remplacer une clause contractuelle abusive, en particulier, par une « disposition supplétive du droit national ». Le but est d'éviter que l'invalidation de la clause déclarée abusive oblige le juge à annuler tout le contrat, exposant par là le consommateur à des conséquences

⁴³ Arrêt commenté, point 68.

⁴⁴ Voy. arrêt commenté, point 70.

⁴⁵ Sur la suppression partielle, voy. Communication de la Commission, orientations clauses abusives, p. 40.

⁴⁶ À savoir, pour autant que, conformément aux règles du droit interne, une telle persistance du contrat sans les clauses abusives est juridiquement possible, arrêt du 3 octobre 2019, *Dziubak*, C-260/18, EU:C:2019:819, point 39 et jurisprudence citée.

⁴⁷ Arrêt du 21 décembre 2016, *Gutiérrez Naranjo*, C-154/15, C-307/15 et C-308/15, EU:C:2016:980, point 61.

⁴⁸ Arrêt du 4 juin 2009, *Pannon GSM*, C-243/08, EU:C:2009:350, point 28.

⁴⁹ Voy. arrêt du 21 novembre 2002, *Cofidis*, C-473/00, EU:C:2002:705, point 38.

⁵⁰ Arrêt du 21 décembre 2016, *Gutiérrez Naranjo*, C-154/15, C-307/15 et C-308/15, EU:C:2016:980, points 73 à 75. Communication de la Commission, orientations clauses abusives, p. 39.

⁵¹ Arrêt du 14 mars 2019, *Dunai*, C-118/17, EU:C:2019:207, point 51 ; arrêt du 15 mars 2012, *Pereničová et Perenič*, C-453/10, EU:C:2012:144, point 32. Communication de la Commission, orientations clauses abusives, p. 41.

⁵² Voy. arrêt commenté, point 37. Voy. affaire du 14 mars 2019, *Dunai*, C-118/17, EU:C:2019:207, points 48 et 52. Dans l'arrêt du 20 septembre 2018, *OTP Bank et OTP Faktoring*, C-51/17, EU:C:2018:750, point 68, la Cour avait déjà considéré que le risque de change relevait de l'article 4, paragraphe 2, de la directive 93/13 (« *core terms* »). Voy. M.B.M. LOOS, *Case note*, *op. cit.*, p. 26.

⁵³ Communication de la Commission, orientations clauses abusives, p. 41.

particulièrement préjudiciables⁵⁴. Cependant, des dispositions nationales à caractère général prévoyant que les effets exprimés dans un acte juridique sont complétés, notamment, par les effets découlant du principe d'équité ou des usages, sont en principe insuffisantes pour constituer le fondement valable d'une telle substitution⁵⁵.

13. MOMENT DÉTERMINANT POUR L'ANALYSE DES EFFETS DE L'INVALIDATION DU CONTRAT – Dans l'analyse visant à déterminer si l'invalidation du contrat ne pouvant subsister sans la clause abusive aurait des effets particulièrement préjudiciables pour le consommateur, la Cour demande aux juges nationaux d'apprécier ses intérêts « au regard des circonstances existantes ou prévisibles au moment du litige »⁵⁶. Le moment d'appréciation de cet aspect – postérieur à la conclusion du contrat – diverge de celui de l'examen du caractère abusif de la clause contractuelle⁵⁷. Dans l'arrêt *Dziubak*, la Cour avait précisé que la finalité de l'appréciation du caractère abusif d'une clause se distinguait de l'évaluation des conséquences résultant d'une invalidation du contrat⁵⁸. Faute d'avoir été saisie sur cet élément, la Cour n'aborde en revanche pas ici le droit au remboursement des consommateurs des paiements fondés sur des clauses contractuelles abusives.

14. DISPOSITION SUPPLÉTIVE DU DROIT NATIONAL – L'arrêt commenté confirme que la directive 93/13 ne définit pas directement l'expression de « disposition supplétive du droit national » permettant de remplacer exceptionnellement la clause concernée pour maintenir le contrat dans l'intérêt du consommateur⁵⁹. Si l'on se réfère à l'arrêt *Dziubak*, l'expression vise des dispositions nationales qui reflètent l'équilibre établi entre l'ensemble des droits et obligations des parties à certains contrats⁶⁰. Un critère important est que les dispositions en question aient fait l'objet d'une évaluation spécifique du législateur national en vue de rétablir ledit équilibre⁶¹. La Cour précise cependant que l'article 65 Code civil polonais ne contient *a priori* qu'une règle d'interprétation générale. Elle délègue donc le soin à la juridiction de renvoi de vérifier si tel est effectivement le cas et laisse entrevoir que la concrétisation de l'expression « disposition supplétive de droit national » revient au juge national⁶².

⁵⁴ Arrêt commenté, point 72.

⁵⁵ Arrêt commenté, point 73.

⁵⁶ Arrêt du 3 octobre 2019, *Dziubak*, C-260/18, EU:C:2019:819, points 51 et 56.

⁵⁷ Communication de la Commission, orientations clauses abusives, p. 43.

⁵⁸ Arrêt du 3 octobre 2019, *Dziubak*, C-260/18, EU:C:2019:819, point 52.

⁵⁹ Voy. les conclusions de l'avocat général Pitruzzella du 14 mai 2019 dans l'affaire C-260/18, *Dziubak*, EU:C:2019:405, points 77 à 79. Voy. aussi Communication de la Commission, orientations clauses abusives, p. 42, note infrapaginale n° 318.

⁶⁰ Arrêt du 3 octobre 2019, *Dziubak*, C-260/18, EU:C:2019:819, point 60.

⁶¹ Arrêt du 3 octobre 2019, *Dziubak*, C-260/18, EU:C:2019:819, point 61.

⁶² Arrêt commenté, point 75.

IV. Discussion et conclusion

On retiendra les points suivants :

15. Dans l'arrêt *Dziubak*, la Cour n'avait pas analysé la clause abusive dans le contrat de prêt hypothécaire sous l'angle de l'exigence de transparence de l'article 5 de la directive 93/13. L'arrêt commenté apporte des précisions sur l'exigence de transparence en rapport avec une clause d'indexation d'un prêt hypothécaire libellé dans une monnaie autre que la devise nationale. La Cour considère ici que le litige – l'interprétation de la clause d'indexation – ne porte pas sur l'objet principal du contrat au sens de l'article 4(2) de la directive 93/13⁶³. Dans l'arrêt *Dziubak*, elle avait retenu que la suppression du mécanisme d'indexation ainsi que de l'écart de change pouvait, indirectement, conduire à la disparition du risque de change et, partant, concerner l'objet principal du contrat⁶⁴. En outre, la Cour affirme dans l'arrêt *Dziubak* que le consommateur a le droit de ne pas vouloir de protection contre les conséquences préjudiciables provoquées par l'invalidation du contrat⁶⁵. À mon sens, les raisons pour lesquelles le juge national ne serait en revanche pas habilité à procéder à l'interprétation de la clause abusive pour pallier son caractère abusif lorsque telle est la volonté commune et expresse des parties restent peu claires⁶⁶. Quant à la notion de « disposition supplétive du droit national », la Cour n'en donne pas de définition concrète⁶⁷, mais délègue au juge national le soin d'examiner cette notion dans l'appréciation du maintien exceptionnel du contrat lorsque l'invalidation de la clause abusive entraînerait l'annulation du contrat dans son ensemble et serait particulièrement préjudiciable pour le consommateur⁶⁸.

16. Il ressort également de l'arrêt commenté que l'obligation de transparence, dans le contexte de la directive 93/13, est un élément d'appréciation distinct de la règle *contra proferentem* dans l'examen du caractère abusif d'une clause d'un contrat B2C n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle⁶⁹. On regrettera peut-être que la Cour n'ait pas saisi l'occasion du litige au principal pour se pencher sur l'application de la règle *contra proferentem* comme le prévoit l'article 5 de la directive 93/13 en cas de doute sur

⁶³ Arrêt commenté, point 37. Voy. V. LEGRAND, « Précisions de la CJUE sur la sanction des clauses abusives dans le contexte du scandale des prêts libellés en francs suisses : décision rendue par Cour de justice de l'Union européenne 03-10-2019, n° C-260/18 », *op. cit.*, p. 544.

⁶⁴ Arrêt du 3 octobre 2019, *Dziubak*, C-260/18, EU:C:2019:819, point 44.

⁶⁵ Arrêt du 3 octobre 2019, *Dziubak*, C-260/18, EU:C:2019:819, points 54 et 55.

⁶⁶ Arrêt commenté, point 79. Voy. Communication de la Commission, orientations clauses abusives, p. 43.

⁶⁷ Voy. arrêt commenté, point 74.

⁶⁸ Voy. arrêt commenté, point 75.

⁶⁹ Arrêt commenté, points 48 à 50. Voy. N. JANSEN, « Art 6:201 », in N. JANSEN et R. ZIMMERMAN (éds), *Commentaries on European Contract Laws*, *op. cit.*, n° 16 et N. JANSEN, « Art 6:206 », in N. JANSEN et R. ZIMMERMAN (éds), *Commentaries on European Contract Laws*, *op. cit.*, n° 9.

l'interprétation à donner à une clause⁷⁰. Certes, la Cour retient que la clause n'est pas tant ambiguë que caractérisée par l'absence d'éléments en rapport avec la clause d'indexation et que la clause d'indexation litigieuse au principal ne constitue pas l'objet principal du contrat selon l'article 4(2) de la directive 93/13. Toutefois, la clause d'indexation faisait plutôt l'objet de deux interprétations divergentes par les parties et non pas l'objet d'une contestation par le consommateur de la validité de la clause comme c'était le cas dans l'arrêt *Dziubak*. D'autre part, des doutes pouvaient subsister même après le processus interprétatif⁷¹. Or, la doctrine reconnaît précisément une utilité résiduelle à la règle *contra proferentem* lorsque – comme cela semble être le cas avec la clause litigieuse au principal – une des clauses paraît effectivement favoriser l'autre partie. La règle *contra proferentem* pourrait-elle s'avérer utile dans les cas où une clause donnée ne peut être remplacée par une disposition supplétive et si le contrat ne peut être maintenu sans ladite clause, afin de lui donner un sens favorable au consommateur⁷² ? Le cas échéant, une telle approche pourrait également protéger les emprunteurs de la restitution des prestations en cas de nullité du contrat de prêt hypothécaire dans son ensemble.

17. En outre, l'arrêt commenté confirme, si besoin est encore, que la Cour poursuit et maintient le modèle informationnel (*information paradigm*) en matière de protection des consommateurs contre les clauses abusives⁷³, ainsi que le recours au consommateur moyen (*average consumer*)⁷⁴. Ces concepts ne sont pas exempts de critiques du point de vue, pour le premier, des biais du consommateur⁷⁵ et même de l'impératif de durabilité⁷⁶. Pour le second, la représentation fictive créée ne correspond pas à la perception réelle des consommateurs dans leurs rapports concrets avec les professionnels⁷⁷.

18. Enfin, et en extrapolant certes l'intervention de la Cour en rapport avec le sort du contrat au principal, il me paraîtrait intéressant d'intégrer, dans l'examen objectif qu'elle préconise en rapport avec la question de savoir si le contrat peut subsister sans les clauses abusives, des éléments de préservation de l'environnement et de durabilité dans ledit

⁷⁰ À notre connaissance, la Cour n'a jamais examiné l'application de la directive 93/13 sous l'angle de la règle *contra proferentem*. Il convient toutefois de préciser que la législation nationale polonaise contient une liste de clauses considérées comme abusives en cas de doute, qui va au-delà de l'annexe à la directive 93/13, Communication de la Commission, orientations clauses abusives, p. 92.

⁷¹ Voy. arrêt commenté, point 46.

⁷² N. JANSEN, « Art 6:206 », in N. JANSEN et R. ZIMMERMAN (éds), *Commentaries on European Contract Laws*, *op. cit.*, n° 10.

⁷³ Arrêt commenté, point 44.

⁷⁴ Arrêt commenté, points 42 et 43.

⁷⁵ G. HELLERINGER et A.-L. SIBONY, « European Consumer Protection Through the Behavioral Lense », *Columbia Journal of European Law*, vol. 23.3 (2017), pp. 607-646, p. 621. Voy. aussi M.B.M. LOOS, *Case note*, *op. cit.*, p. 26.

⁷⁶ E. TERRY, « The New Consumer Agenda: A further Step Toward Sustainable Consumption? », *EuCML*, 1/2021, pp. 1-3, p. 2.

⁷⁷ G. HELLERINGER et A.-L. SIBONY, « European Consumer Protection Through the Behavioral Lense », *op. cit.*, p. 617.

examen (par ex. la finalité du prêt). En somme, il s'agirait d'intégrer dans la réflexion l'interrogation suivante : le maintien du contrat est-il, ou non, susceptible de favoriser la protection environnementale, une consommation durable et l'économie circulaire ? La Cour pourrait-elle endosser un rôle de pionnière dans l'interprétation de la directive 93/13 et envisager différemment les contrats de crédit avec une composante « environnementale » (comme un crédit pour l'assainissement énergétique d'une habitation individuelle) en considération des articles 3(3) TUE et 11 TFUE (voy. aussi les articles 191 à 193 TFUE et 37 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE) ?

*Dario HUG*⁷⁸

⁷⁸ Docteur en droit, chercheur invité à KU Leuven CCM (FNS PostDoc.Mobility), chargé d'enseignement en droit de la consommation à l'Université de Neuchâtel (Suisse) et avocat.