



**CONTENTIEUX
DES CLAUSES
ABUSIVES :
ILLUSTRATION
D'UN DIALOGUE
DES JUGES,
Étude de la première
chambre civile ¹**

1. Étude rédigée par M. Samuel Vitse, conseiller référendaire à la première chambre civile de la Cour de cassation.

INTRODUCTION

La notion de clause abusive tire son origine de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services.

L'article 35 de cette loi a confié au pouvoir réglementaire le soin d'interdire, limiter ou réglementer, dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs ou non-professionnels, « les clauses relatives au caractère déterminé ou déterminable du prix ainsi qu'à son versement, à la consistance de la chose ou à sa livraison, à la charge des risques, à l'étendue des responsabilités et garanties, aux conditions d'exécution, de résiliation, résolution ou reconduction des conventions, lorsque de telles clauses apparaissent imposées aux non-professionnels ou consommateurs par un abus de la puissance économique de l'autre partie et confèrent à cette dernière un avantage excessif ».

C'est ainsi qu'un décret n° 78-464 du 24 mars 1978 portant application du chapitre IV de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 a interdit un certain nombre de clauses, avant que la Cour de cassation² ne donne explicitement au juge le pouvoir de déclarer abusive, au sens de l'article 35 de la loi précitée, une clause qui n'était pourtant pas visée par ce décret, érigeant ainsi en norme générale l'avantage excessif imposé par une puissance économique.

La notion a ensuite connu une importante évolution sous l'effet du droit communautaire et plus précisément de la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, dont l'exposé des motifs précise qu'« en vue de faciliter l'établissement du marché intérieur et de protéger le citoyen dans son rôle de consommateur lorsqu'il acquiert des biens et des services par des contrats régis par la législation d'États membres autres que le sien, il est essentiel d'en supprimer les clauses abusives ».

Cette directive d'harmonisation minimale a été transposée par la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial.

Issu de cette loi, l'article L. 132-1, devenu L. 212-1, du code de la consommation dispose, en son premier alinéa, que, « dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat ».

La notion de déséquilibre significatif et, plus largement, les conditions de mise en œuvre du régime des clauses abusives donnent lieu à un abondant contentieux, dont le traitement constitue une parfaite illustration du dialogue des juges.

2. 1^{re} Civ., 14 mai 1991, pourvoi n° 89-20.999, *Bull.* 1991, I, n° 153.

Dans son acception la plus large, le dialogue des juges s'entend des échanges qui interviennent entre magistrats du même ordre, d'ordres différents, voire de nationalités différentes, aux fins d'améliorer l'œuvre de justice.

Au sein de la présente étude, le dialogue des juges est plus spécifiquement conçu dans sa dimension formelle, laquelle repose sur des mécanismes de consultation institués par des textes de droit interne ou international.

En matière de clauses abusives, de tels mécanismes sont prévus entre les juges nationaux eux-mêmes, comme nous le verrons plus loin. Mais c'est surtout le dialogue entre le juge européen et les juges nationaux, plus exactement entre la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) et les juridictions nationales des États membres, qui façonne le régime des clauses abusives.

Ce dialogue transnational s'appuie sur le mécanisme de la question préjudicielle, prévu à l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

Selon ce texte, lorsqu'une juridiction d'un État membre rencontre une difficulté d'interprétation des traités ou des actes de droit dérivé, elle peut ou doit, selon que ses décisions sont susceptibles ou non d'un recours juridictionnel de droit interne, saisir la Cour de justice d'une question préjudicielle.

Ce dispositif de « coopération directe »³, dicté par la primauté du droit de l'Union⁴ et la nécessité de son interprétation uniforme par les États membres⁵, est couramment mis en œuvre pour interpréter la directive 93/13 précitée.

Si l'interprétation faite par la Cour de justice lie le juge national⁶, il revient toutefois à celui-ci de l'appliquer dans le litige particulier qui lui est soumis, tandis qu'une telle interprétation, qui intervient après de possibles observations et d'éventuels éclaircissements demandés à la juridiction de renvoi, peut être précisée à la faveur d'une nouvelle question préjudicielle, de sorte que le mécanisme du renvoi préjudiciel, véritable « dialogue de juge à juge »⁷ et « instrument de coopération entre la Cour et les juridictions nationales »⁸, ne doit pas être conçu uniquement sous le prisme de la hiérarchie des normes, mais comme un outil de partage et d'affinement.

Ainsi conçu, le dialogue des juges a permis de préciser l'office du juge national en matière de clauses abusives (I) et le régime applicable à celles-ci (II).

3. Jacques Pertek, *Le renvoi préjudiciel*, Bruylant, 2^e éd., 2021, n° 150.

4. CJCE, arrêt du 15 juillet 1964, Costa/E.N.E.L., C-6/64.

5. CJCE, arrêt du 6 octobre 1982, CILFIT/Ministero della Sanità, C-283/81.

6. CJCE, arrêt du 3 février 1977, Benedetti/Munari, C-52/76.

7. CJCE, arrêt du 16 décembre 2008, Cartesio, C-210/06, point 91.

8. CJUE, arrêt du 9 novembre 2010, VB Pénzügyi Lízing, C-137/08, point 37.

I. L'OFFICE DU JUGE NATIONAL EN MATIÈRE DE CLAUSES ABUSIVES SOUS LE REGARD DU JUGE EUROPÉEN

Le droit de la consommation a pour but de protéger le consommateur, réputé en situation de faiblesse face au professionnel.

D'emblée, on perçoit que le juge peut avoir son importance pour assurer l'effectivité de ce droit protecteur. Il en est d'autant plus ainsi que l'éventuelle absence de représentation obligatoire est susceptible de priver le consommateur du concours d'un conseil, dans une matière technique et mouvante. Aussi l'office du juge peut-il s'avérer crucial si l'on veut éviter que le droit de la consommation ne reste lettre morte.

La matière des clauses abusives a constitué la porte d'entrée du développement de l'office du juge en droit de la consommation.

Au fil d'un processus somme toute rapide, marqué par une série de renvois préjudiciels déterminants, le juge national s'est vu attribuer le pouvoir (A), puis le devoir (B), de relever d'office le caractère abusif d'une clause contractuelle, non sans être également tenu d'ordonner d'office des mesures d'instruction (C).

A. Le pouvoir de relever d'office

C'est une juridiction espagnole qui a saisi la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) d'une question préjudicielle aux fins de savoir si la directive 93/13 permettait au juge national d'apprécier d'office le caractère abusif d'une clause attributive de compétence insérée dans un contrat portant sur l'achat à crédit d'une encyclopédie, la clause litigieuse imposant au consommateur de comparaître devant le tribunal dans le ressort duquel se trouvait le siège social du vendeur.

Dans un arrêt fondateur⁹, après avoir rappelé que « le système de protection mis en œuvre par la directive 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 » (point 25), la CJCE indique que l'objectif poursuivi par la directive 93/13 ne pourrait être atteint si les consommateurs devaient se trouver dans l'obligation de soulever eux-mêmes le caractère abusif d'une clause contractuelle, de sorte « qu'une protection effective du consommateur ne peut être atteinte que si le juge national se voit reconnaître la faculté d'apprécier d'office une telle clause » (point 26).

Une telle jurisprudence a été complétée à la faveur d'un renvoi préjudiciel du tribunal d'instance de Vienne, qui s'interrogeait sur la possibilité de relever d'office, nonobstant l'acquisition de la forclusion biennale, le caractère abusif des clauses financières d'un contrat de crédit manquant de clarté. Le juge français s'enquêrait donc de l'existence d'une limite temporelle au pouvoir de relever d'office le caractère abusif d'une clause.

9. CJCE, arrêt du 27 juin 2000, Océano Grupo Editorial et Salvat Editores, C-240/98 à C-244/98.

Dans sa réponse¹⁰, la Cour de justice indique qu'une telle limite temporelle ne saurait être admise, sauf à permettre aux professionnels, aux fins de priver les consommateurs du bénéfice de la directive 93/13, d'attendre l'expiration du délai fixé par le législateur national pour demander l'exécution d'une clause abusive.

La Cour de cassation s'est appropriée cette jurisprudence¹¹, dès lors qu'elle a retenu que la méconnaissance des dispositions d'ordre public du code de la consommation pouvait être relevée d'office par le juge, dans un litige pourtant non soumis à la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs, qui a précisément attribué au juge français un tel pouvoir.

Les deux arrêts précités de la Cour de justice, emblématiques du pouvoir reconnu au juge national de relever d'office le caractère abusif d'une clause contractuelle afin de permettre une protection effective du consommateur, témoignent de l'importance du renvoi préjudiciel pour dessiner l'office du juge en matière de clauses abusives, lequel va rapidement se trouver renforcé sous l'effet du même mécanisme.

B. Le devoir de relever d'office

C'est une nouvelle question préjudicielle, posée par une juridiction espagnole, qui a conduit la Cour de justice à sauter le pas du caractère obligatoire du relevé d'office en matière de clauses abusives.

Dans l'affaire considérée, l'objet du litige portait sur un contrat de téléphonie mobile qui comportait une clause compromissoire soumettant tout différend à un arbitre. Une sentence arbitrale ayant été rendue au détriment du consommateur, celui-ci a contesté cette décision devant un tribunal, en soutenant le caractère abusif de la clause compromissoire et la nullité subséquente de la convention d'arbitrage. Le tribunal a formé un renvoi préjudiciel afin de savoir si la directive 93/13 lui permettait d'annuler la convention d'arbitrage au motif qu'elle contenait une clause abusive, alors même que le consommateur n'avait pas invoqué la nullité de la convention au cours de la procédure arbitrale.

Dans sa réponse¹², la Cour de justice indique incidemment que « la nature et l'importance de l'intérêt public sur lequel repose la protection que la directive assure aux consommateurs justifient [...] que le juge national soit tenu d'apprécier d'office le caractère abusif d'une clause contractuelle et, ce faisant, de suppléer au déséquilibre qui existe entre le consommateur et le professionnel » (point 38).

Cette obligation pour le juge de relever d'office le caractère abusif d'une clause a été confirmée et précisée dans un arrêt couramment cité, rendu sur renvoi préjudiciel d'une juridiction hongroise, qui s'interrogeait expressément sur le fait de savoir si la protection conférée par la directive 93/13 imposait au juge national de se prononcer d'office sur le caractère abusif d'une clause dont la non-écriture était de nature à remettre en cause sa compétence territoriale.

10. CJCE, arrêt du 21 novembre 2002, Cofidis, C-473/00.

11. 1^{re} Civ., 22 janvier 2009, pourvoi n° 05-20.176, *Bull.* 2009, I, n° 9.

12. CJCE, arrêt du 26 octobre 2006, Mostaza Claro, C-168/05.

Dans sa réponse¹³, la Cour de justice indique que « le juge national est tenu d'examiner d'office le caractère abusif d'une clause contractuelle dès qu'il dispose des éléments de droit et de fait nécessaires à cet effet » (point 35).

L'arrêt en question confirme donc l'obligation du relevé d'office, mais précise également qu'une telle obligation s'impose dès que le juge national dispose des éléments de droit et de fait nécessaires à cet effet, non sans laisser planer un doute sur l'étendue des « faits » devant être pris en considération, un auteur ayant pu estimer que le juge se trouvait confronté à « une tâche incommensurable »¹⁴.

À cet égard, poursuivant le dialogue des juges, une juridiction hongroise a saisi la Cour de justice d'une question préjudicielle destinée à déterminer plus finement les éléments du contrat soumis au relevé d'office. Dans cette affaire, qui concernait un contrat de prêt libellé en devise étrangère et assorti de clauses attribuant au prêteur le droit de modifier unilatéralement le contrat, l'auteur du renvoi préjudiciel se demandait si le juge national, saisi d'un recours tendant à faire constater le caractère abusif de certaines clauses du contrat, était tenu d'examiner d'office et individuellement l'ensemble des autres clauses de ce contrat, afin de vérifier si elles pouvaient être considérées comme abusives.

Dans sa réponse¹⁵, la Cour de justice précise que l'examen d'office auquel le juge national doit procéder en vertu de la directive 93/13 doit « respecter les limites de l'objet du litige, compris comme étant le résultat qu'une partie poursuit par ses prétentions, lues à la lumière des conclusions et des moyens présentés à cette fin » (point 28), de sorte que « seules les clauses contractuelles qui, bien qu'elles ne soient pas visées par le recours du consommateur, sont liées à l'objet du litige [...], relèvent de l'obligation d'examen d'office incombant au juge national saisi » (point 34).

Si, comme nous le verrons plus loin, le juge national est tenu de prendre en considération l'ensemble des clauses du contrat pour apprécier, dans son contexte, le caractère abusif de la clause litigieuse, il n'est donc pas tenu d'apprécier individuellement toutes les autres clauses du contrat afin d'y déceler un éventuel abus.

Ce bornage de l'office du juge au regard du principe dispositif n'est pas sans rappeler un arrêt antérieur de la Cour de cassation¹⁶, qui avait tiré les conséquences de l'arrêt *Pannon* (cf. *supra*, note 13), tout en cantonnant le champ d'investigation du juge aux seuls éléments de fait et de droit *débattus* devant lui. D'aucuns ont pu y voir une manifestation du principe de l'autonomie procédurale, principe selon lequel, « en l'absence de réglementation communautaire en la matière, les modalités procédurales visant à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit communautaire relèvent de l'ordre juridique interne de chaque État membre »¹⁷.

À noter que le dialogue transnational sur l'office du juge en matière de clauses abusives se double parfois d'un dialogue purement national.

13. CJCE, arrêt du 4 juin 2009, *Pannon GSM*, C-243/08.

14. H. Aubry, « L'office du magistrat judiciaire en droit de la consommation. Avant-propos », *Revue Justice Actualités*, ENM, 2017, p. 11.

15. CJUE, arrêt du 11 mars 2020, *Lintner*, C-511/17.

16. 1^{re} Civ., 29 mars 2017, pourvoi n° 16-13.050, *Bull.* 2017, I, n° 78, publié au *Rapport annuel*.

17. CJCE, arrêt du 26 octobre 2006, *Mostaza Claro*, C-168/05, point 24.

C'est ainsi qu'en application de l'article 1015-1 du code de procédure civile, qui permet à une chambre de la Cour de cassation de solliciter l'avis d'une autre chambre sur un point de droit qui relève de la compétence de celle-ci, la deuxième chambre civile a consulté la première chambre civile sur l'obligation, pour le juge de cassation, de relever d'office un moyen tiré du caractère abusif d'une clause contractuelle, lorsque celui-ci estime disposer de tous les éléments de fait nécessaires à cet effet.

Dans son avis en réponse, émis le 26 mai 2021, la première chambre civile considère que la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne doit être conciliée avec l'office spécifique du juge de cassation, de sorte qu'il ne peut incomber à la Cour de cassation de relever d'office un moyen tiré du caractère abusif d'une clause contractuelle, même si elle estime disposer de tous les éléments de fait nécessaires à cet effet, compte tenu de la discussion de fait que ce moyen serait susceptible d'entraîner, en l'absence de débat préalable devant les juges du fond sur ce point et des mesures d'instruction que cet examen pourrait nécessiter.

Ce même avis ajoute toutefois que la Cour de cassation doit relever d'office le moyen tiré du défaut d'examen d'office du caractère abusif d'une clause, dès lors qu'elle constate que des éléments de fait et de droit en faveur du caractère abusif de ladite clause ont été débattus devant les juges du fond, la juridiction de renvoi étant alors amenée à en débattre et à procéder à d'éventuelles mesures d'instruction, lesquelles seront précisément évoquées ci-après.

C. Les mesures d'instruction

C'est un juge hongrois qui a saisi la Cour de justice afin de savoir si le juge national peut d'office procéder à une mesure d'instruction en vue d'établir des éléments de fait et de droit nécessaires à l'appréciation du caractère éventuellement abusif d'une clause, alors même que son droit interne n'autorise une telle instruction que si les parties le demandent.

Dans sa réponse, la Cour de justice¹⁸ indique que « le juge national doit prendre d'office des mesures d'instruction afin d'établir si [la clause litigieuse] entre dans le champ d'application de la directive et, dans l'affirmative, apprécier d'office le caractère éventuellement abusif d'une telle clause » (point 56).

Cette décision confère un rôle accru au juge national, qui ne peut donc se contenter des éléments à sa disposition pour déterminer si une clause relève du champ d'application de la directive 93/13, mais doit, au besoin, faute de pouvoir procéder à une appréciation définitive au regard des éléments produits, demander aux parties de lui fournir les éclaircissements nécessaires.

Ce devoir d'investigation s'impose également en l'absence de comparution du consommateur. En effet, saisie par une juridiction polonaise, qui lui demandait si la directive 93/13 imposait au juge national, en cas de défaillance du consommateur et nonobstant une législation interne lui imposant de statuer sur la base des allégations

18. CJUE, arrêt du 9 novembre 2010, VB Pénzügyi Lízing, C-137/08, point 37.

du professionnel tenues pour vraies, de prendre des mesures d'instruction nécessaires pour apprécier d'office le caractère abusif des clauses contractuelles sur lesquelles le professionnel fondait sa demande, la Cour de justice¹⁹ indique que la directive 93/13 « s'oppose à l'interprétation d'une disposition nationale qui empêcherait le juge saisi d'un recours, introduit par un professionnel contre un consommateur et qui relève du champ d'application de cette directive, et statuant par défaut [...], de prendre les mesures d'instruction nécessaires pour apprécier d'office le caractère abusif des clauses contractuelles sur lesquelles le professionnel a fondé sa demande, lorsque ce juge éprouve des doutes sur le caractère abusif de ces clauses » (point 52).

Soulignant l'audace de la Cour de justice, une partie de la doctrine considère que sa jurisprudence « pourrait [...] être à l'origine de difficultés d'intégration de la règle [...] au sein des droits nationaux, en général, et du droit français, en particulier [dès lors que] l'obligation faite au juge [...] d'ordonner d'office des mesures d'instruction en matière de clauses abusives apparaît [...] nettement dérogoratoire par rapport au droit commun de la procédure civile »²⁰.

Il convient en tout état de cause de souligner que l'office du juge national, qu'il s'accompagne ou non de mesures d'instruction, ne se conçoit évidemment que dans le strict respect du principe de la contradiction²¹.

Si le mécanisme du renvoi préjudiciel a donc permis de façonner progressivement l'office du juge national en matière de clauses abusives, il a également permis de dégager le régime applicable à celles-ci.

19. CJUE, arrêt du 4 juin 2020, *Kancelaria Medius*, C-495/19.

20. N. Sauphanor-Brouillaud, C. Aubert de Vincelles, G. Brunaux, L. Usunier, *Les contrats de consommation. Règles communes*, LGDJ, 2^e éd., 2018, nos 1268 et 1269.

21. CJUE, arrêt du 21 février 2013, *Banif Plus Bank*, C-472/11, point 31.

II. LE RÉGIME DES CLAUSES ABUSIVES À L'ÉPREUVE DU DROIT EUROPÉEN

Usant de sa compétence d'interprétation du droit de l'Union et faisant application des grands principes qui gouvernent sa jurisprudence, la Cour de justice a précisé, au gré des renvois préjudiciels, le régime applicable aux clauses abusives, s'agissant de la prescription (A), de la qualité des parties (B), de l'étendue du contrôle (C), du déséquilibre significatif (D) et du sort des dispositions contractuelles (E).

A. La prescription

Si l'article 6, § 1, de la directive 93/13 dispose que « les États membres prévoient que les clauses abusives figurant dans un contrat conclu avec un consommateur par un professionnel ne lient pas les consommateurs », ceux-ci peuvent-ils, pour autant, opposer l'existence d'une clause abusive sans limite de temps ?

La question n'a pas manqué de diviser la doctrine, scindée entre les partisans d'une théorie de l'inexistence, exclusive de toute prescription, et les défenseurs d'une application universelle de la prescription.

En vue de surmonter cette opposition, le tribunal de grande instance de Paris a saisi la Cour de justice d'une question préjudicielle aux fins de savoir si la directive 93/13 s'opposait à l'application des règles de la prescription pour la déclaration du caractère abusif d'une clause contractuelle insérée dans un contrat de prêt.

Dans sa réponse²², après avoir rappelé que les modalités de mise en œuvre de la protection des consommateurs prévue par la directive 93/13 relevaient en principe de l'ordre juridique interne des États membres en vertu du principe de l'autonomie procédurale de ces derniers, la Cour de justice énonce que ces modalités ne doivent pas rendre en pratique impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union, sous peine de porter atteinte au principe d'effectivité. Elle ajoute que la directive précitée impose aux États membres de prévoir des moyens adéquats et efficaces afin de faire cesser l'utilisation d'une clause abusive et que celle-ci doit être considérée, en principe, comme n'ayant jamais existé, de sorte qu'elle ne saurait avoir d'effet à l'égard du consommateur. Elle déduit de ce qui précède qu'« il y a lieu de considérer que, afin notamment d'assurer une protection effective des droits que le consommateur tire de la directive 93/13, celui-ci doit pouvoir soulever, à tout moment, le caractère abusif d'une clause contractuelle non seulement en tant que moyen de défense, mais également aux fins de faire déclarer par le juge le caractère abusif d'une clause contractuelle, de sorte qu'une demande introduite par le consommateur aux fins de la constatation du caractère abusif d'une clause figurant dans un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur ne saurait être soumise à un quelconque délai de prescription » (point 38).

22. CJUE, arrêt du 10 juin 2021, BNP Paribas Personal Finance, C-776/19 à C-782/19.

Une telle solution était en germe dans l'arrêt *Cofidis* (cf. *supra*, note 10), dont on a vu qu'il permet au juge national de relever d'office le caractère abusif d'une clause contractuelle, nonobstant l'acquisition du délai biennal de forclusion prévu en droit interne.

Si l'écoulement du temps ne peut donc faire échec à une demande fondée sur l'existence d'une clause abusive, encore faut-il que celle-ci figure dans un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur, d'où l'importance de la qualité des parties.

B. La qualité des parties

Est ici en cause l'interprétation de l'article 2 de la directive 93/13, qui définit les notions de consommateur et de professionnel, soit les parties aux contrats relevant de la directive, étant rappelé que notre droit interne étend le régime protecteur des clauses abusives aux non-professionnels²³, conséquence d'une directive d'harmonisation minimale.

Pour mémoire, l'article 2, sous b), définit le consommateur comme « toute personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle », tandis que l'article 2, sous c), définit le professionnel comme « toute personne physique ou morale qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit dans le cadre de son activité professionnelle, qu'elle soit publique ou privée ».

Ces définitions n'ont pas suffi à lever tout doute sur les notions de « professionnel » et de « consommateur », si bien que divers renvois préjudiciels sont intervenus sur ce thème, dont certains seront évoqués ci-après.

S'agissant de la notion de « professionnel », une juridiction belge a saisi la Cour de justice d'une question préjudicielle aux fins de savoir si un établissement d'enseignement libre subventionné, qui, par contrat, était convenu avec l'une de ses étudiantes de facilités de paiement de sommes dues au titre de droits d'inscription et de frais liés à un voyage d'études, devait être considéré, aux termes de ce contrat, comme un « professionnel » au sens de la directive 93/13.

Dans sa réponse, la Cour de justice²⁴ indique que l'article 2, sous c), « n'exclut de son champ d'application ni les entités poursuivant une mission d'intérêt général ni celles qui revêtent un statut de droit public » (point 51), avant de préciser que la notion de « professionnel » est une « notion fonctionnelle impliquant d'apprécier si le rapport contractuel s'inscrit dans le cadre des activités auxquelles une personne se livre à titre professionnel » (point 55), ce dont elle déduit que, dans l'affaire en examen, l'établissement scolaire, qui a fourni à l'une de ses étudiantes, au demeurant en situation d'infériorité à l'égard de son cocontractant, une prestation complémentaire et accessoire à son activité d'enseignement subventionné, doit être considéré comme un « professionnel » au sens de la directive 93/13.

23. 1^{re} Civ., 15 mars 2005, pourvoi n° 02-13.285, *Bull.* 2005, I, n° 136.

24. CJUE, arrêt du 17 mai 2018, Karel de Grote-Hogeschool Katholieke Hogeschool Antwerpen, C-147/16.

S'agissant cette fois de la notion de « consommateur », une juridiction hongroise a saisi la Cour de justice aux fins de savoir si l'article 2, sous b), devait être interprété comme incluant ou excluant de la définition de « consommateur » une personne physique exerçant la profession d'avocat qui conclut un contrat de crédit avec une banque, sans que le but du crédit soit précisé dans ce contrat, celui-ci mentionnant toutefois la qualité de caution hypothécaire du cabinet d'avocat de cette personne physique.

Dans sa réponse, la Cour de justice²⁵ rappelle que, pour apprécier la qualité de consommateur, « le juge national doit tenir compte de toutes les circonstances de l'espèce, et notamment de la nature du bien ou du service faisant l'objet du contrat considéré, susceptibles de démontrer à quelle fin ce bien ou ce service est acquis » (point 23). Elle précise que la notion de consommateur, au sens de l'article 2, sous b), a un caractère objectif et est indépendante des connaissances concrètes que la personne concernée peut avoir. Elle ajoute qu'un avocat qui conclut, avec une personne physique ou morale agissant dans le cadre de son activité professionnelle, un contrat qui, faute d'avoir trait à l'activité de son cabinet, n'est pas lié à l'exercice de sa profession d'avocat, se trouve, à l'égard de cette personne, en situation d'infériorité concernant tant son pouvoir d'information que de négociation. Elle en déduit que, nonobstant le niveau élevé de compétences techniques de l'avocat, celui-ci peut être regardé comme un consommateur au titre du contrat principal de crédit, peu important les circonstances de conclusion du contrat accessoire souscrit par ce même avocat aux fins de garantir la créance née du contrat principal.

S'interrogeant tant sur la qualité de « consommateur » que de « professionnel » des parties à un contrat litigieux, la Cour de cassation a, par arrêt du 4 octobre 2017²⁶, saisi la Cour de justice aux fins de savoir si l'article 2, sous b) et c), de la directive 93/13 devait être interprété en ce sens que, d'une part, le salarié d'une entreprise et son conjoint, qui concluent avec cette entreprise, en l'occurrence la société EDF, un contrat de crédit, réservé, à titre principal, aux membres du personnel de ladite entreprise, destiné à financer l'acquisition d'un bien immobilier à des fins privées, doivent être considérés comme des « consommateurs », au sens de cet article 2, sous b), et, d'autre part, si, en ce qui concerne l'octroi de ce crédit, cette même entreprise doit être considérée comme un « professionnel », au sens dudit article 2, sous c).

En réponse, la Cour de justice²⁷ indique que « le fait qu'une personne physique conclut un contrat, autre qu'un contrat de travail, avec son employeur, ne fait pas, en tant que tel, obstacle à ce que cette personne soit qualifiée de "consommateur" » (point 29). Elle précise que, tout comme la notion de consommateur, celle de professionnel « présente un caractère objectif et ne dépend pas de ce que le professionnel décide de traiter comme son activité principale ou secondaire et accessoire » (point 41). Elle ajoute que, « même si l'activité principale d'un employeur tel qu'EDF consiste non pas à offrir des instruments financiers, mais à fournir de l'énergie, cet employeur dispose des informations et des compétences techniques, des ressources humaines et matérielles qu'une personne physique, à savoir l'autre partie au contrat, n'est pas censée avoir » (point 40). Elle termine en indiquant que l'interprétation large de la notion de professionnel, au sens de la directive 93/13, « sert à mettre en œuvre l'objectif de cette directive consistant à

25. CJUE, arrêt du 3 septembre 2015, Costea, C-110/14.

26. 1^{re} Civ., 4 octobre 2017, pourvoi n° 16-12.519.

27. CJUE, arrêt du 21 mars 2019, Pouvin et Dijoux, C-590/17.

protéger le consommateur en tant que partie faible au contrat conclu avec un professionnel et à rétablir l'équilibre entre les parties » (point 42). Elle en déduit que, s'agissant du contrat de prêt litigieux, les coemprunteurs solidaires doivent être regardés comme des consommateurs, et le prêteur comme un professionnel, peu important que ce dernier n'ait pas pour activité principale de consentir des crédits.

À supposer que la clause litigieuse soit insérée dans un contrat liant un professionnel à un consommateur, encore faut-il qu'elle soit éligible au contrôle du juge.

C. L'étendue du contrôle

Est ici en cause l'interprétation de l'article 4, § 2, de la directive 93/13, qui dispose que « 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 ».

La directive 93/13 étant d'harmonisation minimale, les États membres dont la législation garantit un niveau de protection plus élevé au consommateur peuvent prévoir que le juge national pourra procéder à un contrôle plus étendu.

C'est ainsi que, saisie par une décision d'une juridiction espagnole, qui s'interrogeait sur la possibilité pour un État membre de prévoir, dans son ordre juridique, un contrôle du caractère abusif des clauses portant sur la définition de l'objet principal du contrat ou sur l'adéquation du prix, même si lesdites clauses sont rédigées de façon claire et compréhensible, la Cour de justice²⁸, après avoir précisé que l'article 4, § 2, précité, ne fait pas partie des dispositions qui fixent de manière impérative le champ d'application matériel de la directive 93/13, énonce que l'article 8 de cette directive, qui prévoit formellement la possibilité pour les États membres d'adopter ou de maintenir, dans le domaine régi par la directive, des dispositions plus strictes, compatibles avec le traité, pour assurer un niveau de protection plus élevé au consommateur, s'applique à l'article 4, § 2. Elle en déduit qu'une réglementation nationale peut parfaitement autoriser un contrôle juridictionnel du caractère abusif des clauses contractuelles portant sur la définition de l'objet principal du contrat ou sur l'adéquation du prix, quand bien même ces clauses seraient rédigées de façon claire et compréhensible.

Lorsqu'un État membre a transposé l'article 4, § 2, de la directive 93/13 sans ménager un degré de protection plus élevé au consommateur, le juge national ne peut contrôler le caractère abusif de la clause portant sur le prix ou l'objet principal du contrat que lorsque celle-ci n'est pas rédigée de manière claire et compréhensible, l'objectif de transparence poursuivi par le législateur européen n'étant alors pas atteint.

Aussi, dans une telle hypothèse, la définition des clauses portant sur le prix et l'objet principal du contrat s'avère déterminante, de même que celle du manque de clarté et de compréhensibilité.

28. CJUE, arrêt du 3 juin 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08.

À cet égard, la Cour de justice a été saisie par une juridiction hongroise, qui s'interrogeait, d'une part, sur le fait de savoir si la clause contractuelle déterminant le taux de change d'un emprunt libellé en devise étrangère relevait de l'objet principal du contrat, d'autre part, sur le sens qu'il convenait de donner à l'exigence de clarté et de compréhensibilité d'une clause contractuelle.

Dans sa réponse, la Cour de justice²⁹ précise que, « compte tenu [...] du caractère dérogatoire de l'article 4, paragraphe 2, de la directive 93/13 et de l'exigence d'une interprétation stricte de cette disposition qui en découle, les clauses du contrat qui relèvent de la notion d'« objet principal du contrat », au sens de cette disposition, doivent s'entendre comme étant celles qui fixent les prestations essentielles de ce contrat et qui, comme telles, caractérisent celui-ci » (point 49). Quant à l'exclusion du contrôle des clauses de prix ou de rémunération, au sens de l'article 4, § 2, de la directive, la Cour de justice indique qu'elle « a une portée réduite, dès lors que cette exclusion ne porte que sur l'adéquation entre le prix ou la rémunération prévu et les services ou les biens à fournir en contrepartie » (point 54), autrement dit sur le rapport qualité/prix de la prestation ou du produit offerts au consommateur.

Dans ce même arrêt, la Cour de justice ajoute, s'agissant de l'impératif de clarté de la clause, que « l'exigence de transparence des clauses contractuelles posée par la directive 93/13 ne saurait donc être réduite au seul caractère compréhensible sur les plans formel et grammatical de celles-ci » (point 71) et que l'exigence de transparence qui s'impose au professionnel doit être entendue de manière extensive. C'est ainsi que, dans l'affaire ayant motivé le renvoi préjudiciel, le contrat de prêt litigieux devait exposer de manière transparente le fonctionnement concret du mécanisme de conversion de la devise étrangère auquel se réfère la clause concernée, ainsi que la relation entre ce mécanisme et celui prescrit par d'autres clauses relatives au déblocage du prêt, de sorte que ce consommateur soit mis en mesure d'évaluer, sur le fondement de critères précis et intelligibles, les conséquences économiques qui en découlent pour lui.

Ainsi qu'indiqué précédemment, l'arrêt précité a été rendu dans un litige relatif à un prêt libellé en devise étrangère. Ce type de prêt a suscité un abondant contentieux au sein de l'Union, ce qui a entraîné une série de renvois préjudiciels qui ont donné l'occasion à la Cour de justice de conforter et de préciser son interprétation de l'article 4, § 2, précité, en ce qu'il exige que la clause soit rédigée de façon claire et compréhensible.

C'est ainsi, par exemple, que, saisie par une juridiction roumaine, la Cour de justice³⁰ précise « qu'une clause selon laquelle le prêt doit être remboursé dans la même devise étrangère que celle dans laquelle il a été contracté [doit être] comprise par le consommateur à la fois sur le plan formel et grammatical, mais également quant à sa portée concrète, en ce sens qu'un consommateur moyen, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, puisse non seulement connaître la possibilité de hausse ou de dépréciation de la devise étrangère dans laquelle le prêt a été contracté, mais aussi évaluer les conséquences économiques, potentiellement significatives, d'une telle clause sur ses obligations financières » (point 51).

29. CJUE, arrêt du 30 avril 2014, Kásler et Káslerné Rábai, C-26/13.

30. CJUE, arrêt du 20 septembre 2017, Andriuc e.a., C-186/16.

Saisie par une juridiction hongroise, la Cour de justice³¹ confirme cette position en indiquant que l'exigence de clarté « implique qu'une clause relative au risque de change soit comprise par le consommateur à la fois sur les plans formel et grammatical, mais également quant à sa portée concrète, en ce sens qu'un consommateur moyen, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, puisse non seulement avoir conscience de la possibilité de dépréciation de la monnaie nationale par rapport à la devise étrangère dans laquelle le prêt a été libellé, mais aussi évaluer les conséquences économiques, potentiellement significatives, d'une telle clause sur ses obligations financières » (point 78).

De même encore, saisie par le tribunal de grande instance de Paris, la Cour de justice³² précise que l'exigence de transparence des clauses du contrat de prêt « qui prévoient que la devise étrangère est la monnaie de compte et que l'euro est la monnaie de paiement et qui ont pour effet de faire porter le risque de change sur l'emprunteur, est satisfaite lorsque le professionnel a fourni au consommateur des informations suffisantes et exactes permettant à un consommateur moyen, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, de comprendre le fonctionnement concret du mécanisme financier en cause et d'évaluer ainsi le risque des conséquences économiques négatives, potentiellement significatives, de telles clauses sur ses obligations financières pendant toute la durée de ce même contrat » (point 78).

La Cour de cassation s'est appropriée cette jurisprudence pour juger que violait l'article L. 132-1 du code de la consommation, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016, la cour d'appel qui excluait le caractère abusif d'une clause de monnaie de compte stipulée dans un contrat de prêt libellé en devise étrangère, après avoir pourtant retenu que les documents remis au consommateur ne lui permettaient pas d'évaluer les conséquences économiques, potentiellement significatives, de la clause, autorisant le tirage du prêt dans une autre devise, sur ses obligations financières, en l'absence de tout exemple chiffré, de toute simulation et de toute explication sur la distinction entre la monnaie de compte et la devise initiale, ce dont il résultait que la banque n'avait pas satisfait à l'exigence de transparence à l'égard du consommateur³³.

De même a-t-elle jugé qu'au regard d'une telle exigence de transparence, violait le texte précité, la cour d'appel qui, pour dire que la clause de monnaie de compte insérée à un contrat de prêt libellé en devise étrangère ne présentait pas un caractère abusif, se bornait à retenir, d'une part, que les variations du taux de change avaient pour conséquence soit d'allonger soit de réduire la durée du crédit, de sorte que la clause litigieuse n'était pas stipulée au seul détriment des emprunteurs, les variations étant subies réciproquement par les deux parties, d'autre part, que, si les emprunteurs ne voulaient plus être soumis aux variations du taux de change, ils pouvaient demander, tous les trois ans, la conversion de leur prêt en euros³⁴.

À supposer la clause litigieuse éligible au contrôle du juge, reste à déterminer si elle crée un déséquilibre significatif au détriment du consommateur.

31. CJUE, arrêt du 20 septembre 2018, OTP Bank et OTP Faktoring, C-51/17.

32. CJUE, arrêt du 10 juin 2021, BNP Paribas Personal Finance, C-776/19 à C-782/19.

33. 1^{re} Civ., 20 avril 2022, pourvoi n° 20-16.316, publié au *Bulletin*.

34. 1^{re} Civ., 20 avril 2022, pourvoi n° 19-11.599, publié au *Bulletin*.

D. Le déséquilibre significatif

Est ici en cause l'interprétation de l'article 3, § 1, de la directive 93/13, qui dispose qu'« 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 ».

Cette disposition relève des critères généraux utilisés par le législateur européen pour définir la notion de clause abusive. L'interprétation de ces critères relève de la compétence de la Cour de justice, à la différence de leur application à une clause particulière, qui doit être examinée par le juge national en fonction des circonstances propres au cas d'espèce, ainsi qu'il résulte d'un arrêt de la Cour de justice³⁵, rendu sur renvoi préjudiciel d'une juridiction allemande, qui s'interrogeait sur le caractère abusif d'une clause d'exigibilité du prix contenue dans les conditions générales d'un contrat de vente.

Saisie par une juridiction hongroise, qui s'interrogeait sur le caractère abusif de plein droit d'une clause des conditions générales similaire à l'une de celles visées à l'annexe de la directive 93/13, la Cour de justice³⁶ indique que le caractère éventuellement abusif d'une telle clause doit être apprécié au regard de toutes les autres clauses des conditions générales du contrat concerné, ce qui rejoint au demeurant les dispositions de l'article 4, § 1, de la directive 93/13, dont il résulte que le caractère abusif d'une clause contractuelle s'apprécie au regard de toutes les circonstances qui entourent la conclusion du contrat et de toutes les autres clauses du contrat, ou d'un autre contrat dont il dépend.

L'appréciation de l'abus doit également s'opérer par référence aux règles supplétives nationales. C'est ainsi que, saisie par une juridiction espagnole, qui s'interrogeait sur le caractère abusif de certaines clauses de déchéance du terme, de fixation d'intérêts moratoires et d'exécution de la créance, la Cour de justice³⁷ précise que « la notion de “déséquilibre significatif”, au détriment du consommateur, doit être appréciée à travers une analyse des règles nationales applicables en l'absence d'accord entre les parties, afin d'évaluer si, et, le cas échéant, dans quelle mesure, le contrat place le consommateur dans une situation juridique moins favorable par rapport à celle prévue par le droit national en vigueur » (point 76).

Une telle approche a été rapidement complétée par une autre décision, rendue sur renvoi préjudiciel également formé par une juridiction espagnole, aux termes de laquelle la Cour de justice³⁸ précise que « l'existence d'un “déséquilibre significatif” ne requiert pas nécessairement que les coûts mis à la charge du consommateur par une clause contractuelle aient à l'égard de celui-ci une incidence économique significative au regard du montant de l'opération en cause, mais peut résulter du seul fait d'une atteinte suffisamment grave à la situation juridique dans laquelle ce consommateur, en tant que partie au contrat, est placé en vertu des dispositions nationales applicables, que ce soit sous la forme d'une restriction au contenu des droits que, selon ces dispositions, il tire de ce contrat ou

35. CJCE, arrêt du 1^{er} avril 2004, *Freiburger Kommunalbauten*, C-237/02.

36. CJUE, arrêt du 26 avril 2012, *Invitel*, C-472/10.

37. CJUE, arrêt du 14 mars 2013, *Aziz*, C-415/11.

38. CJUE, arrêt du 16 janvier 2014, *Constructora Principado*, C-226/12.

d'une entrave à l'exercice de ceux-ci ou encore de la mise à sa charge d'une obligation supplémentaire, non prévue par les règles nationales » (point 30). Il s'ensuit qu'en principe le déséquilibre significatif ne s'apprécie pas au regard d'une mise en balance économique entre les droits et obligations des parties au contrat. Il suffit que la clause litigieuse s'éloigne à un point tel des règles supplétives nationales que la situation du consommateur s'en trouve altérée, indépendamment de toute considération économique.

Saisie par une juridiction polonaise, qui s'interrogeait sur le fait de savoir si la directive 93/13 s'opposait à une réglementation nationale qui permet de garantir le paiement d'une créance issue d'un contrat de crédit à la consommation, conclu entre un professionnel et un consommateur, au moyen d'un billet à ordre émis en blanc, la Cour de justice³⁹ indique encore qu'« afin de savoir si une clause est susceptible d'être qualifiée d'abusive », la juridiction nationale doit vérifier si le professionnel, en traitant de façon loyale et équitable avec le consommateur, pouvait raisonnablement s'attendre à ce que ce dernier accepte une telle clause à la suite d'une négociation » (point 55).

À noter que le dialogue transnational sur la notion de déséquilibre significatif se double parfois d'un dialogue purement national.

C'est ainsi qu'aux termes d'une demande d'avis formée en application de l'article 1031-1 du code de procédure civile, le tribunal d'instance de Villefranche-sur-Saône a saisi la Cour de cassation afin qu'elle se prononce sur le caractère abusif des clauses d'un contrat de crédit accessoire à la vente d'un véhicule automobile prévoyant :

- 1°) une subrogation par acte sous seing privé du prêteur dans la réserve de propriété du vendeur, par application des dispositions de l'article 1250, 1°, du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 ;
- 2°) un cumul de ladite garantie avec un gage sans dépossession ;
- 3°) une valeur du bien repris déterminée par son seul prix de revente.

Dans son avis du 28 novembre 2016⁴⁰, la Cour de cassation considère :

1°) qu'est abusive la clause prévoyant la subrogation du prêteur dans la réserve de propriété du vendeur, dès lors qu'elle laisse faussement croire à l'emprunteur, devenu propriétaire du bien dès le paiement du prix au vendeur, que la sûreté réelle a été valablement transmise, ce qui entrave l'exercice de son droit de propriété et a pour effet de créer un déséquilibre significatif à son détriment ;

2°) qu'est présumée abusive, sauf preuve contraire, par l'article R. 132-2, 6°, du code de la consommation, dans sa rédaction antérieure à celle issue du décret n° 2016-884 du 29 juin 2016, la clause prévoyant la renonciation du prêteur au bénéfice de la réserve de propriété grevant le bien financé et la faculté d'y substituer unilatéralement un gage portant sur le même bien, outre qu'une telle clause est abusive en ce qu'elle laisse l'emprunteur, s'il n'est pas tenu informé d'une telle renonciation, dans l'ignorance de l'évolution de sa situation juridique, ce qui est de nature à entraver l'exercice de son droit de propriété ;

39. CJUE, arrêt du 7 novembre 2019, Profi Credit Polska, C-419/18 et C-483/18.

40. Avis de la Cour de cassation, 28 novembre 2016, n° 16-70.009, *Bull.* 2016, Avis, n° 9, publié au *Rapport annuel*.

3^o) qu'est abusive la clause ne prévoyant pas, en cas de revente par le prêteur du bien financé grevé d'une réserve de propriété, la possibilité pour l'emprunteur de présenter lui-même un acheteur faisant une offre, dès lors que le prix obtenu par le prêteur à l'occasion de cette revente est généralement inférieur à celui qui pouvait être escompté, de sorte que la situation financière du débiteur s'en trouve aggravée.

À supposer l'existence d'un déséquilibre significatif au détriment du consommateur, reste à déterminer le sort des dispositions contractuelles concernées.

E. Le sort des dispositions contractuelles

L'article 6, § 1, de la directive 93/13 dispose que « 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 ».

Une telle disposition incline à distinguer le sort de la clause abusive de celui du contrat qui la renferme.

S'agissant de la clause abusive, il revient aux États membres de déterminer les conditions dans lesquelles celle-ci devient inopposable au consommateur, étant rappelé que notre droit interne ne déclare pas la clause nulle, mais la répute non écrite, conformément à l'article L. 132-1, devenu L. 241-1, du code de la consommation (« Les clauses abusives sont réputées non écrites. »).

Saisie par une juridiction néerlandaise, qui s'interrogeait sur le fait de savoir si l'article 6 de la directive 93/13 pouvait être interprété en ce sens qu'il permet à un juge national de se borner à modérer le montant d'une clause pénale jugée abusive, dès lors que son droit national l'y autorise et que le consommateur l'a demandé, la Cour de justice⁴¹ indique que « les juges nationaux sont tenus d'écarter l'application d'une clause contractuelle abusive afin qu'elle ne produise pas d'effets contraignants à l'égard du consommateur, sans être habilités à réviser le contenu de celle-ci » (point 57).

C'est qu'une solution contraire serait de nature à compromettre l'effet dissuasif de l'inapplication des clauses abusives, dans la mesure où, comme l'a relevé la Cour de justice⁴², saisie par une juridiction espagnole, « les professionnels [...] demeureraient tentés d'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, de sorte à garantir ainsi l'intérêt desdits professionnels » (point 69).

41. CJUE, arrêt du 30 mai 2013, *Asbeek Brusse et de Man Garabito*, C-488/11.

42. CJUE, arrêt du 14 juin 2012, *Banco Español de Crédito*, C-618/10.

De nouveau saisie par une juridiction espagnole, qui s'interrogeait sur le fait de savoir si, lorsqu'une clause d'échéance anticipée d'un contrat de prêt hypothécaire est jugée abusive, elle peut néanmoins être maintenue en partie, moyennant la suppression des éléments qui la rendent abusive, la Cour de justice⁴³ considère que la survie partielle d'une clause abusive, moyennant la suppression des éléments qui la rendent abusive, n'est pas concevable, lorsqu'une telle suppression revient à réviser le contenu de ladite clause en affectant sa substance.

Il se déduit d'une telle jurisprudence qu'une survie partielle est possible, dès lors que la suppression des éléments qui rendent la clause abusive n'affecte pas sa substance. C'est par un tel raisonnement *a contrario* que la Cour de cassation a maintenu en partie une clause de déchéance du terme, dont seules certaines des causes étaient abusives, dès lors qu'en raison de sa divisibilité la suppression des éléments qui la rendaient abusive n'affectait pas sa substance⁴⁴.

Si la clause abusive doit donc cesser de produire ses effets, il n'en va pas de même du contrat qui la renferme, lequel, doit, en principe, rester contraignant pour les parties. Comme l'a indiqué la Cour de justice, saisie par une juridiction slovaque, l'objectif de la directive 93/13 « consiste à rétablir l'équilibre entre les parties, tout en maintenant, en principe, la validité de l'ensemble d'un contrat, et non pas à annuler tous les contrats contenant des clauses abusives »⁴⁵.

Cette logique de survie doit conduire le juge national à vérifier que le contrat privé de la clause abusive peut éventuellement subsister par l'application d'une disposition nationale à caractère supplétif. À cet égard, saisie par une juridiction hongroise, qui s'interrogeait sur le fait de savoir si la directive 93/13 s'opposait à une réglementation nationale permettant au juge national de remédier à la nullité de la clause abusive en substituant à celle-ci une disposition de droit national à caractère supplétif, la Cour de justice⁴⁶ indique que « la substitution à une clause abusive d'une disposition nationale à caractère supplétif est conforme à l'objectif de l'article 6, paragraphe 1, de la directive 93/13, dès lors que, selon une jurisprudence constante, cette disposition 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 » (point 82). L'arrêt précise toutefois qu'une telle substitution ne peut intervenir que si elle permet d'éviter une annulation dont les conséquences seraient à ce point préjudiciables au consommateur que celui-ci serait dissuadé de dénoncer l'existence des clauses abusives insérées au contrat (points 83 et 84).

43. CJUE, arrêt du 26 mars 2019, Abanca Corporación Bancaria, C-70/17 et C-179/17.

44. 1^{re} Civ., 2 juin 2021, pourvoi n° 19-22.455, publié au *Bulletin*.

45. CJUE, arrêt du 15 mars 2012, Pereničová et Perenič, C-453/10, point 31.

46. CJUE, arrêt du 30 avril 2014, Kásler et Káslerné Rábai, C-26/13.

Cette approche a été confortée par un arrêt de la Cour de justice⁴⁷, qui, sur saisine d'une juridiction espagnole, indique que « la possibilité pour le juge national de substituer à une clause abusive une disposition de droit national à caractère supplétif [...] est limitée aux hypothèses 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 telles que ce dernier en serait pénalisé » (point 33).

S'appropriant une telle jurisprudence, la Cour de cassation⁴⁸ a approuvé une cour d'appel d'avoir substitué le taux de l'intérêt légal à celui de l'intérêt conventionnel, en tant que disposition de droit national à caractère supplétif, sous peine d'entraîner l'annulation du contrat et ainsi d'imposer au consommateur la restitution immédiate du capital emprunté.

47. CJUE, arrêt du 21 janvier 2015, Unicaja Banco et Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 et C-487/13.

48. 1^{re} Civ., 13 mars 2019, pourvoi n° 17-23.169, publié au *Bulletin*.

CONCLUSION

Le contentieux des clauses abusives constitue une parfaite illustration du dialogue des juges. Le renvoi préjudiciel, qui en est le principal vecteur, a permis de préciser le sens de la directive 93/13 et d'assurer son application uniforme au sein de l'Union. Mais, loin de se borner à fixer les critères généraux d'interprétation de la directive, le mécanisme du renvoi préjudiciel a également façonné l'office du juge national dans le sens d'une plus grande effectivité de la protection du consommateur. Le principe de l'autonomie procédurale des États membres y a sans doute perdu en vigueur, sauf à déceler dans cette évolution l'émergence d'« [un] droit processuel européen [qui] se construit [...] au service de ses règles substantielles »⁴⁹.

Dans ce mouvement de balancier que constitue le dialogue des juges en matière de clauses abusives, le juge national pourrait, ainsi que le suggère un auteur⁵⁰, davantage inspirer la réponse de la Cour de justice, comme le prévoit déjà l'article 107, § 2, du Règlement de procédure de ladite Cour. Ce texte, qui dispose que « la juridiction de renvoi [...] indique, dans la mesure du possible, la réponse qu'elle propose aux questions préjudicielles », n'est toutefois applicable qu'à la procédure préjudicielle d'urgence. Son élargissement serait de nature à renforcer la coopération entre juges et à favoriser une solution concertée.

49. S. Bernheim-Desvaux, « Office du juge et contrôle du caractère abusif des clauses en l'absence de comparaison du consommateur », *Contrats, conc. consom.* juillet 2020, comm. 116.

50. G. Marti, « L'avenir de la primauté : le dialogue des juges ? », *Rev. UE* 2015, p. 638.