

Substitution de la clause abusive par une disposition de droit national à caractère supplétif dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne

Jarosław Zasada*

Les obligations ancrées dans les contrats dont l'exécution est échelonnée dans le temps ne sont jamais définitivement fixées au moment de l'échange des consentements. La rencontre des volontés concordantes n'est qu'un commencement d'un acte de prévision, susceptible de devenir marqué par le contexte économique, social et politique. Le futur de cet acte peut s'avérer problématique non seulement à la suite d'un changement de circonstances extérieures que les parties n'ont pas envisagé lors de la formation du contrat et auxquelles celui-ci doit être adapté. Il n'est pas exclu que la raison du déséquilibre contractuel se situe dans le contrat lui-même, plus précisément dans les clauses contractuelles dont la lecture prouve que l'une des parties se trouve dans une situation désavantageuse. Dans une telle hypothèse, l'aléa auquel est exposé l'un des cocontractants ne tient pas tant à l'avenir incertain (c'est-à-dire au changement des circonstances), mais à l'interprétation du contrat et, aussi surprenant que cela puisse paraître, à l'imprévisibilité des conséquences tirées du constat que certaines clauses ne protègent pas, de manière égale, les intérêts des parties au contrat.

Le problème de la défaillance des clauses contractuelles est particulièrement perceptible dans le cadre du système de protection des consommateurs mis en place par le législateur européen afin d'éliminer les clauses abusives contenues dans les contrats qu'ils ont passés avec des professionnels.¹ La jurisprudence de

* Université de Łódź, Faculté de Droit et d'Administration, Chaire de droit civil, jzasada@wpia.uni.lodz.pl, Référendaire auprès de Prokuratoria Generalna Rzeczypospolitej Polskiej. Les arguments développés dans la présente intervention ne reflètent que les observations personnelles de l'auteur et ne peuvent en aucun cas être attribués à Prokuratoria Generalna Rzeczypospolitej Polskiej ou assimilés, directement ou indirectement, à la position adoptée par cette institution.

1 Directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs (JO de l'Union Européenne L 95 du 21 avril 1993, p. 29, modifié), ci-après : directive ou directive 93/13.

la Cour de justice en la matière est tellement abondante que son analyse dépasserait, bien évidemment, l'objet de cette présentation. Néanmoins il est à mon sens intéressant de savoir quelle est la position de la Cour s'il s'agit des pouvoirs des juges nationaux en présence d'une clause qualifiée d'abusives. Plus précisément, il conviendrait de focaliser l'attention sur les cas où il a été jugé possible de substituer une telle clause par une disposition de droit national à caractère supplétif.

Ce problème semble particulièrement d'actualité étant donné qu'il ne cesse de faire l'objet de nombreux renvois préjudiciels concernant l'interprétation des dispositions de la directive 93/13 auxquelles recourent les parties aux litiges relatifs à la validité des clauses contenues dans les contrats de prêt libellés dans une devise étrangère. Mise à part l'actualité de ce sujet et les enjeux sociaux et financiers qui en découlent, l'analyse de ce courant de jurisprudence européenne est pertinente parce qu'il semble être encore en développement, notamment en ce qui concerne l'adaptation du système de la protection des consommateurs aux valeurs telles que la stabilité des rapports juridiques et l'autonomie contractuelle.

Avant d'entrer plus en détails, il convient de souligner que les dispositions de la directive 93/13 déterminent uniquement le standard minimal de la protection des consommateurs, tout en permettant aux États membres d'introduire des dérogations individuelles. Eu égard à ce trait caractéristique de la directive, les remarques suivantes n'auront pour objet que la protection des consommateurs offerte par le droit de l'Union telle qu'établie dans la jurisprudence constante de la Cour. Des modifications de l'étendue de cette protection, apportées par les législations nationales, allant au-delà des dispositions juridiques imposées dans la directive, ne seront pas donc prises en considération.

Les conséquences juridiques prévues par le législateur européen en cas d'utilisation d'une clause abusive sont déterminées par l'art. 6, § 1 de la directive 93/13. Aux termes de cette disposition, 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 (soulignement ajouté). Indépendamment des différentes solutions juridiques que les États membres appliquent pour obtenir ce résultat,² le poids de la sanction est réparti de manière asymétrique et ne pèse que sur le professionnel qui reste lié par l'intégralité du contrat.

La fin de la disposition citée complète sa première partie. En vertu de celle-ci, les États membres prévoient que *le contrat restera contraignant* pour les parties selon les mêmes termes, *s'il peut subsister sans les clauses abusives* (soulignement ajouté).³ De prime abord cette solution semble ne soulever aucune objection majeure.

2 Arrêt de la Cour du 14 juin 2012, C-618/10 Banco Español de Crédito, considérant 62.

3 Voir le considérant 21 de la directive 93/13 aux termes duquel : « 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 ».

Les répercussions de la sanction sont d'ailleurs assez limitées. Une fois la clause invalidée pour le consommateur, le reste du contrat est maintenu et contraignant pour les parties. La directive ne contient aucune disposition qui *expressis verbis* permettrait de remplacer une clause qualifiée d'abusive ou qui conférerait au juge national un pouvoir de « rééquilibrer » à sa guise le contenu du contrat.

Cette approche a été confirmée par la Cour dans son arrêt du 14 juin 2012.⁴ Dans cette affaire elle a jugé que l'art. 6, § 1 de la directive 93/13 s'oppose à la réglementation espagnole qui permettait au juge national, lorsqu'il constate la nullité d'une clause abusive dans un contrat conclu avec un consommateur, de compléter ledit contrat en révisant le contenu de cette clause. La réponse donnée par la Cour a été fondée non seulement sur la lettre de la disposition citée, mais aussi sur les finalités et l'économie générale de la directive.

En premier lieu la Cour a rappelé que, en principe, le juge national devrait se borner à écarter l'application d'une clause abusive et laisser le contrat subsister sans aucune autre modification. Toute tentative du juge national visant à rendre la clause litigieuse plus équitable serait également susceptible de compromettre la réalisation de l'objectif à long terme de la directive 93/13, à savoir de faire cesser l'utilisation des clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs par un professionnel.⁵ Dans une telle hypothèse, l'effet dissuasif⁶ du contrôle judiciaire serait considérablement réduit car, comme la Cour l'a affirmé, 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 ». ⁷ L'intervention de la juridiction nationale servirait donc, en quelque sorte, d'ultime recours grâce auquel les éventuelles imperfections du contrat pourraient être effacées – surtout au bénéfice des professionnels. Ce raisonnement a été ensuite confirmé entre autres dans l'affaire *Asbeek Brusse*.⁸

L'étape suivante du développement de ce courant jurisprudentiel est marquée par l'arrêt rendu dans l'affaire *Kásler*.⁹ Dans le cadre de celle-ci, la Cour a été interrogée directement sur la possibilité de remplacer une clause contractuelle qualifiée d'abusive par une disposition du droit interne à caractère supplétif. Dans l'affaire au principal, la juridiction hongroise a déclaré abusive la clause relative au taux de change et, par conséquent, au calcul des mensualités. Démunie de cette

4 Arrêt de la Cour du 14 juin 2012, C-618/10 *Banco Español de Crédito SA*.

5 Voir l'art. 7, § 1 de la directive 93/13.

6 Arrêt de la Cour du 27 juin 2000, C-240/98 *Océano Grupo Editorial SA*, considérant 28; arrêt de la Cour du 21 novembre 2002, C-473/00 *Cofidis SA*, considérant 32.

7 Arrêt de la Cour du 14 juin 2012, C-618/10 *Banco Español de Crédito*, considérant 69.

8 Arrêt de la Cour du 30 mai 2013, C-488/11 *Asbeek Brusse*.

9 Arrêt de la Cour du 30 avril 2014, C-26/13 *Kásler*. Dans le même sens voir aussi l'arrêt de la Cour du 21 janvier 2015, affaires jointes C-482/13, C-484/13, C-485/13 et C-487/13 *Unicaja Banco SA*.

clause le contrat de crédit est devenu inexécutable. Ceci était particulièrement désavantageux pour le consommateur qui s'est vu, d'un jour à l'autre, obligé de rembourser le montant du prêt restant dû à la banque.

La Cour, tout en s'appuyant sur sa position adoptée dans l'arrêt *Banco Español de Crédito SA*, s'est décidée à aller plus loin, en jugeant que l'art. 6, § 1 de la directive 93/13 ne s'oppose pas à ce que le juge national, en application de principes du droit des contrats, supprime la clause abusive en lui substituant une disposition de droit national à caractère supplétif.¹⁰ Au premier regard ceci peut paraître surprenant puisque l'interprétation *a contrario* de l'art. 6, § 1 de la directive pourrait aussi bien amener à la conclusion que le contrat perd son effet contraignant dans tous les cas où il ne peut plus subsister sans les clauses abusives. Néanmoins la Cour s'est prononcée en faveur du maintien du contrat en vigueur.

Selon la Cour, ni la finalité de la directive, ni son économie générale ne sont contraires à une telle conclusion. Sur ce point, elle a souligné que le recours aux dispositions légales supplétives permet de remplacer l'équilibre formel que le contrat établit entre les droits et obligations des cocontractants par un équilibre réel de nature à rétablir l'égalité entre ces derniers. Dans le cas contraire, le consommateur serait exposé à des conséquences particulièrement préjudiciables tandis que le professionnel ne serait pas (entièrement) dissuadé d'insérer de telles clauses dans les contrats qu'il propose. Cette mesure semble d'autant plus permise que, comme il résulte du 13^e considérant de la directive, les dispositions législatives ou réglementaires des États membres qui fixent, directement ou indirectement, les clauses de contrats avec les consommateurs sont censées ne pas contenir de clauses abusives.

Les affaires citées montrent que le raisonnement de la Cour est composé de deux étapes. D'abord la Cour tend à rétablir un équilibre contractuel entre les droits et obligations des parties au contrat, tout simplement en mettant fin à l'utilisation des clauses abusives. Ce n'est possible que dans le cas où le contrat en question peut, conformément aux règles de droit interne, continuer à lier les parties sans aucun complément. Ensuite, si la suppression de la clause litigieuse causait l'effondrement de l'économie du contrat, le juge national pourrait intervenir.

Il est d'ailleurs apparent que les possibilités de son intervention sont malgré tout assez étroites. Le juge ne peut pas s'immiscer dans le contrat de manière qui lui semblerait nécessaire ou utile. Son pouvoir se résume au transfert d'une disposition à caractère supplétif dans le contrat – étant entendu qu'une disposition apte à remplacer une clause abusive fait partie de l'ordre juridique d'un État membre. Autrement dit, la compétence de la juridiction nationale doit s'épuiser dans le « minimum requis », c'est-à-dire dans le rétablissement de l'équilibre contractuel basé sur les dispositions du droit national.

¹⁰ Arrêt de la Cour du 30 avril 2014, C-26/13 *Kásler*, considérant 80.

Il reste aussi à clarifier si l'intérêt du consommateur, apprécié par référence à l'hypothèse de l'annulation de la totalité du contrat, constitue le critère principal, voire unique, de l'intervention du juge national. Les arguments employés par la Cour dans l'arrêt *Kásler* permettent de répondre par l'affirmative. Cette position de la Cour a été réitérée dans sa jurisprudence ultérieure.¹¹ En effet, elle s'explique par le souci de protéger les capacités financières du consommateur et d'éviter la pénalisation de ce dernier.¹² Pourtant il convient de s'interroger si une telle approche est justifiée, notamment à l'aune de la jurisprudence antérieure de la Cour.

La Cour a eu l'occasion de se pencher sur un problème similaire dans l'affaire *Pereničová*.¹³ La juridiction de renvoi a demandé si l'art. 6, § 1 de la directive 93/13 permet aux juridictions nationales de décider, dans le cas où elles constatent l'existence de clauses abusives dans un contrat conclu avec un consommateur, que ledit contrat dans son ensemble ne lie pas le consommateur au motif que cela est plus avantageux pour ce dernier. Dans sa réponse, la Cour s'est montrée plutôt réticente à l'égard d'une telle solution. Elle a admis que des critères permettant d'apprécier si un contrat peut effectivement subsister sans les clauses abusives devraient être compris de façon objective. La situation de l'une des parties au contrat, en l'occurrence le consommateur, ne saurait être considérée comme le critère déterminant réglant le sort futur du contrat. Par conséquent, l'art. 6, § 1 de la directive 93/13 ne saurait être interprété en ce sens que, lors de l'appréciation du point de savoir si un contrat contenant une ou plusieurs clauses abusives peut subsister sans lesdites clauses, le juge saisi puisse se fonder uniquement sur le caractère éventuellement avantageux, pour le consommateur, de l'annulation dudit contrat dans son ensemble.¹⁴

Cette interprétation, tout à fait correcte, est soutenue par des arguments de poids. Comme l'a à juste titre observé M^{me} l'avocat général,¹⁵ l'annulation du contrat au bénéfice du consommateur n'est pas corroborée par l'art. 6, § 1 de la directive. D'après cette disposition, l'invalidité du contrat ne devrait survenir qu'exceptionnellement. De plus le législateur européen n'a aucunement lié cette conséquence juridique particulière à l'intérêt de l'une ou l'autre partie au contrat.

11 Arrêt de la Cour du 21 janvier 2015, affaires jointes C-482/13, C-484/13, C-485/13 et C-487/13 *Unicaja Banco SA*. Selon le considérant 33 de cet arrêt, 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. Cet argument a été répété récemment dans l'arrêt de la Cour du 20 septembre 2018, C-51/17 *OTP Bank Nyrt.*, considérant 62.

12 Arrêt de la Cour du 30 avril 2014, C-26/13 *Kásler*, considérants 83 et 84.

13 Arrêt de la Cour du 15 mars 2012, C-453/10 *Pereničová*.

14 Arrêt de la Cour du 15 mars 2012, C-453/10 *Pereničová*, considérants 32 et 33.

15 Conclusions de l'avocat général M^{me} Verica Trstenjak présentées le 29 novembre 2011, C-453/10 *Pereničová*.

Il est donc permis de constater que l'appréciation de la survie du contrat devrait être effectuée de manière objective, eu égard à la règle générale de la « continuation » de la force contraignante du reste du contrat, consacrée dans la jurisprudence de Luxembourg.

L'adoption de la perspective exclusive du consommateur pourrait, paradoxalement, porter atteinte aux objectifs de la directive 93/13. Selon la jurisprudence constante de la Cour, la déclaration du caractère abusif d'une clause contractuelle ne justifie pas l'invalidation intégrale du contrat. Le législateur européen cherche d'abord à rétablir l'équilibre réel entre les droits et obligations des cocontractants, c'est-à-dire à les rendre effectivement égaux.¹⁶ Cette intention repose bien sûr sur l'idée fondamentale du système créé par la directive, à savoir celle de l'infériorité du consommateur par rapport au professionnel en ce qui concerne tant le pouvoir de négociation que le niveau d'information. Il est donc évident que le rééquilibrage de ses droits et obligations contractuels nécessite, par définition, une relation juridique fondée sur le contrat. Pour cette raison, comme mentionné ci-dessus, les conséquences à tirer de la découverte d'une clause abusive suivent une approche conservatrice à l'égard du lien contractuel. L'annulation du contrat s'impose comme la solution *ultima ratio*, lorsque les mesures disponibles visant à corriger le contrat ont été épuisées (ou il n'y en avait guère).

Il convient aussi de partager l'opinion de M^{me} l'avocat général¹⁷ qu'il n'existe pas non plus de raison pouvant être objectivement justifiée de dégager le consommateur des obligations résultant d'un contrat, dans la mesure où il a pris ces engagements de manière libre et en connaissant leur portée. Autrement dit, la priorité absolue donnée à l'intérêt du consommateur affecterait l'autonomie contractuelle. Le consommateur se verrait libéré de l'évaluation des avantages et des risques des obligations contractuelles envisagées et pourrait regarder l'avenir plus sereinement, en sachant que finalement le sort du contrat ne sera influencé que par son propre intérêt. Dans une telle hypothèse il serait difficile d'affirmer que le consommateur demeure dans une situation d'infériorité justifiant l'application des mesures de compensation. Dans un cas pareil on serait enclin de dire que les désavantages affectant sa position prétendument inférieure n'existeraient plus.

Il faudrait aussi ajouter que ce raisonnement est également soutenu par l'exigence de la sécurité juridique. Cette valeur s'inscrit forcément dans toute activité économique et pour cette raison elle n'a pas pu être étrangère au législateur européen qui l'a intégrée aux objectifs poursuivis par la directive 93/13. Sur ce point, force est de rappeler que cet acte juridique a été adopté pour établir pro-

16 Voir par exemple : arrêt de la Cour du 26 octobre 2006, C-168/05 Mostaza Claro, considérant 36; arrêt de la Cour du 4 juin 2009, C-243/08 Pannon GSM Zrt., considérant 25 ; arrêt de la Cour du 26 janvier 2017, C-421/14 Banco Primus SA, considérant 41 ; arrêt de la Cour du 20 septembre 2018, C-51/17 OTP Bank Nyrt., considérant 60.

17 Conclusions de l'avocat général M^{me} Verica Trstenjak présentées le 29 novembre 2011, C-453/10 Pereničová, considérants 64–66.

gressivement le marché intérieur, supprimer les divergences marquées dans les législations des États membres relatives aux clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs ainsi que pour aider les vendeurs de biens et les prestataires de services dans leur activité de vente de biens et des prestations de services, à la fois dans leur propre pays et dans le marché intérieur.¹⁸ Or la sécurité juridique peut s'avérer illusoire lorsque l'existence d'une relation contractuelle dépend de manière permanente de l'intérêt d'un seul cocontractant.

Dans l'affaire *Pereničová*, les arguments exposés ci-dessus ont amené la Cour à la conclusion que, dans le cadre de l'art. 6, § 1 de la directive, la volonté réelle ou présumée du consommateur ne suffit pas à supprimer la partie restante du contrat. En revanche, comme nous l'avons vu dans l'arrêt *Kásler*, la Cour a reconnu qu'une intervention du juge est possible dans des situations dans lesquelles l'élimination des clauses abusives entraînerait l'annulation du contrat dans son ensemble, exposant par là le consommateur à des conséquences telles qu'il en serait pénalisé. La réponse donnée par la Cour dans cette deuxième affaire semble donc ne tenir compte que des intérêts économiques des consommateurs ou même être établie en fonction de ces intérêts.

Le changement de l'orientation de la Cour et la mise de l'accent uniquement sur l'intérêt du consommateur peuvent paraître surprenants car les problèmes juridiques posés dans les affaires *Pereničová* et *Kásler* constituent, me semble-t-il, les deux faces d'une même pièce. En effet, les juridictions de renvoi ont demandé à la Cour de préciser l'étendue de la règle de maintien de la validité du contrat. En d'autres termes, il s'agissait de déterminer des critères en vertu desquels un contrat conclu entre un consommateur et un professionnel peut subsister sans des clauses qualifiées d'abusives.

Étant donné que dans l'arrêt *Pereničová* la Cour a admis que, conformément aux dispositions de la directive 93/13, l'appréciation de l'existence du contrat est soumise à une objectivation, on aurait pu attendre qu'une approche analogue devrait s'appliquer à la substitution d'une clause abusive par une disposition de droit national à caractère supplétif (l'affaire *Kásler*). Cette solution semblerait aussi plus logique car elle permettrait de s'appuyer sur des critères uniformes en ce qui concerne l'appréciation des possibilités de la « survie » et de la « réanimation » du contrat en question.

Indépendamment de cette observation, on peut supposer que la jurisprudence de la Cour relative au remplacement d'une clause abusive par une disposition supplétive est en phase d'évolution et que le jugement rendu dans l'affaire *Pereničová* (sans oublier le raisonnement qui le soutient) pourrait y avoir une incidence. L'occasion s'y prête parce que la Cour a été encore une fois saisie d'une question préjudicielle hongroise¹⁹ s'inscrivant dans une série de renvois relatifs

18 Considérants 1, 3 et 7 de la directive 93/13.

19 Affaire C-118/17 *Zsuzsanna Dunai contre ERSTE Bank Hungary Zrt.*

aux prêts libellés dans une devise étrangère. Dans l'une de ses questions la juridiction de renvoi s'est référée directement à l'arrêt Kásler, en demandant s'il doit être compris en ce sens que le juge national peut aussi remédier à l'absence de validité d'une clause d'un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur lorsque le maintien du contrat est contraire aux intérêts économiques du consommateur.

Comme il résulte de la description du litige au principal fournie par l'avocat général,²⁰ les doutes de la juridiction nationale sont apparus à la suite de l'adoption de lois (applicables au contrat litigieux) qui ont remplacé des clauses abusives relatives aux taux de change et éliminé ainsi le motif d'invalidité du contrat. En raison de cette intervention législative, la juridiction saisie au principal ne peut plus annuler le contrat dans son ensemble et, par conséquent, le consommateur reste obligé de supporter la charge financière résultant du risque de change. Étant donné que ce serait précisément cette obligation dont le consommateur aurait voulu se libérer, il serait contraire à ses intérêts que la juridiction de renvoi estime ce contrat valable. Apparemment le juge national ne craint pas que l'annulation du contrat aboutisse à des conséquences pénalisant le consommateur et part du principe qu'une telle mesure sera économiquement plus avantageuse pour le consommateur que le maintien du contrat après en avoir supprimé les clauses abusives. Il est aussi évident pour la juridiction de renvoi que le législateur hongrois a expressément modifié le contenu des contrats de prêt de manière à influencer les décisions des juridictions saisies dans un sens favorable aux banques.

À première vue, on constate que les affirmations du juge hongrois s'opposent entièrement aux prémisses sur lesquelles la Cour s'était fondée dans l'arrêt Kásler. Dans ce dernier, comme il a été indiqué plus haut, la Cour a accueilli l'idée de remplacer une clause abusive par une disposition de droit national à caractère supplétif afin de maintenir le contrat et de restaurer l'égalité entre ses parties. Il ne semble donc ni judicieux, ni raisonnable de renverser la logique de ce jugement et de l'utiliser pour obtenir un résultat indésirable du point de vue du système instauré par la directive 93/13 – à savoir l'effacement du lien contractuel. Cette tentative est tout à fait inconciliable avec la jurisprudence de la Cour et doit résulter, comme l'a formulé l'avocat général, « d'une lecture biaisée et erronée »²¹ du jugement rendu dans l'affaire Kásler.

Il faut également se rallier aux remarques de l'avocat général pour qui l'évaluation des circonstances de l'espèce effectuée par le juge national est trop simplifiée et ne prend pas en considération l'ensemble des intérêts économiques des consommateurs. Dans ce contexte il a rappelé que l'appréciation du caractère

20 Conclusions de l'avocat général M. Nils Wahl présentées le 15 novembre 2018, C-118/17 Zsuzsanna Dunai.

21 Conclusions de l'avocat général M. Nils Wahl présentées le 15 novembre 2018, C-118/17 Zsuzsanna Dunai, considérant 68.

abusif d'une clause contractuelle doit être portée au moment de la conclusion du contrat, en tenant compte de l'ensemble des circonstances dont le professionnel pouvait avoir connaissance audit moment et qui étaient de nature à influencer sur l'exécution ultérieure du contrat.²² Il convient finalement de souligner que les conclusions de l'avocat général ne laissent pas passer inaperçus les apports de la jurisprudence Pereničová et rappellent que les intérêts économiques du consommateur n'ont pas un caractère déterminant et en tant que tels ne sauraient justifier, aux fins prétendues d'assurer l'effectivité aux dispositions de la directive 93/13, l'annulation du contrat de prêt dans son ensemble.

Un arrêt de la Cour qui partagerait les conclusions de l'avocat général devrait donc être salué. L'affaire Dunai fournit une bonne occasion de confirmer la solution adoptée dans l'affaire Pereničová relative à l'interprétation de l'art. 6, § 1 de la directive 93/13. L'extension de la protection conférée par cette disposition dans la direction suggérée par la juridiction de renvoi remettrait en cause les valeurs telles que la sécurité juridique des activités économiques, l'autonomie contractuelle ainsi que la protection de la confiance des opérateurs économiques.

Il va aussi sans dire qu'une telle démarche constituerait une violation flagrante du principe du maintien de la validité de l'ensemble du contrat. Par ailleurs il y a lieu de supposer que, dans ce cas concret, le législateur hongrois avait remédié aux difficultés concernant le taux de change, en les modifiant de manière générale par voie législative, et répondant par l'affirmative à la question portant sur la possibilité de maintenir la force contraignante du contrat. Eu égard à la source légale des clauses complétant le contrat, il faudrait aussi admettre qu'elles ne relèvent pas le champ d'application de la directive 93/13, au regard de son art. 1, § 2. Ainsi le remède légal permettant de rendre des clauses litigieuses conformes à la loi implique que ces clauses peuvent être acceptées par les consommateurs. Dans ce cas de figure il n'y a plus besoin de procéder à une évaluation des intérêts des consommateurs.

Les arguments exposés plus haut amènent à la conclusion que la possibilité de substituer aux clauses qualifiées d'abusives des dispositions de droit national ne saurait dépendre seulement de critères subjectifs relatifs à la situation du consommateur. On devrait (et voudrait) s'attendre à ce que le jugement qui doit intervenir dans l'affaire Dunai conduise au fusionnement clair de deux courants jurisprudentiels consacrés dans les arrêts Pereničová et Kásler. En résultat, l'invalidité de la totalité du contrat n'est concevable que dans la situation où le rétablissement effectif de l'équilibre entre les cocontractants ne serait plus possible (vu l'empreinte que les clauses invalidées ont mises par exemple sur la nature juridique du contrat) et que l'annulation du contrat répondrait réellement à leur volonté. Il s'ensuit que l'hypothèse de l'annulation aura lieu assez rarement – ce qui convient exactement à la jurisprudence de la Cour.

²² Arrêt de la Cour du 20 septembre 2017, C-186/16 Ruxandra Paula Andriciuc e.a., considérant 58.

Bientôt la Cour pourra saisir une autre occasion pour préciser la portée de sa jurisprudence relative au remplacement d'une clause abusive par une disposition de droit interne à caractère supplétif. Par une demande de décision préjudicielle²³ la juridiction polonaise a interrogé la Cour, si l'art. 1^{er}, § 2 et l'art. 6, § 1 de la directive 93/13 doivent être interprétés de telle manière qu'ils permettent, dans la situation où l'annulation d'un contrat dans son ensemble en raison du caractère abusif des dispositions contractuelles serait défavorable au consommateur, de remédier 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 produits par un acte juridique sont complétés notamment par l'application des principes d'équité (règles de vie en société) ou des pratiques établies. L'acceptation d'une telle solution confirmerait l'importance du principe de la validité du contrat et limiterait, en pratique, les cas où les contrats contenant des clauses abusives seraient annulés.

23 Affaire C-260/18 Dziubak contre Raiffeisen Bank Polska SA.