Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M^ME VERICA TRSTENJAK
présentées le 29 novembre 2011 [1]

Affaire C-453/10

Jana Pereničová
Vladislav Perenič
contre
SOS financ, spol. sro

[demande de décision préjudicielle formée par l'Okresný súd Prešov (Slovaquie)]

«Protection des consommateurs — Directive 93/13/CEE — Article 4, paragraphe 1, et article 6, paragraphe 1 — Clauses abusives dans les contrats de consommation — Directive 2005/29/CE — Pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs — Contrat de crédit à la consommation stipulant un taux d'intérêt usuraire — Incidence des pratiques commerciales déloyales et des clauses abusives sur la validité globale du contrat»

Table des matières

I – Introduction 3

II – Cadre juridique 4

A – Droit de l'Union 4

1. La directive 93/13 4

2. La directive 87/102/CEE 5

3. La directive 2005/29 6

B – Droit national 6

III – Faits, procédure au principal et questions préjudicielles 7

IV – Procédure devant la Cour 8

V – Principaux arguments des parties 8

1 — Langue originale: l'allemand.

A – Sur la première question 8

B – Sur la seconde question 9

1. Indication erronée du TAEG en tant que pratique commerciale déloyale 9

2. Incidence des pratiques commerciales déloyales sur la validité du contrat 10

VI – Analyse 11

A – Remarques préliminaires 11

B – Sur la première question 12

1. Niveau minimal de protection prévu par le droit de l'Union 12

a) Principe: invalidité des seules clauses contractuelles individuelles 12

b) Exception: invalidité du contrat dans son ensemble 13

2. Possibilité des États membres d'assurer un niveau de protection plus élevé 17

C – Sur la seconde question 18

1. Première sous-question: l'indication erronée du TAEG en tant que pratique commerciale déloyale 18

a) La directive 2005/29 18

b) Champ d'application de la directive 2005/29 19

i) Existence d'une pratique commerciale 19

ii) Signification de la règle de délimitation de l'article 3, paragraphe 2, de la directive 20

iii) Conclusion intermédiaire 21

c) Existence d'une pratique commerciale déloyale 21

i) Nécessité d'une interprétation cohérente du droit de la protection des consommateurs 21

ii) Examen du caractère déloyal de la pratique commerciale 23

– Existence d'une action trompeuse au sens des dispositions combinées de l'article 5, paragraphe 4, sous a), et de l'article 6, paragraphe 1, sous d), de la directive 2005/29 23

– À titre subsidiaire: constatation d'un manquement à la diligence professionnelle 25

d) Conclusion intermédiaire 26

2. Seconde sous-question: les conséquences des pratiques commerciales déloyales sur la validité du contrat 26

a) Pertinence de la directive 87/102 27

b) Pertinence de la directive 2005/29 27

c) Pertinence de la directive 93/13 27

i) Champ d'application de la directive 27

ii) Importance du contrôle de fond 28

iii) Caractère abusif de la clause du contrat 29

d) Conclusion intermédiaire 30

3. Conclusions récapitulatives 30

VII – Conclusions 31

I – Introduction

1. La présente affaire a pour objet une demande de décision préjudicielle de l'Okresný súd Prešov (Slovaquie, ci-après la «juridiction de renvoi») au titre de l'article 267 TFUE, par laquelle celle-ci a présenté à la Cour une série de questions relatives à l'interprétation de la directive 93/13/CEE sur les clauses abusives dans les contrats de consommation [2] ainsi que de la directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales dans le marché intérieur [3].

2. La demande de décision préjudicielle s'inscrit dans le cadre d'un recours des époux Perenič (ci-après les «requérants») visant à faire constater la nullité d'un contrat de crédit à la consommation conclu avec la société SOS sro (ci-après la «SOS»). Ils font valoir que le contrat en cause contiendrait de nombreuses clauses qui auraient été conclues en leur défaveur et qui leur porteraient préjudice en leur qualité de consommateurs. Dans ce contexte, ces clauses devraient être considérées comme abusives au sens de la directive 93/13 et/ou comme une expression de pratiques commerciales déloyales au sens de la directive 2005/29. Ils déduisent de cette circonstance que le contrat litigieux doit être déclaré nul, étant entendu que, dans l'intérêt de la protection des consommateurs, il ne suffirait pas de constater simplement la nullité partielle. Ils considèrent dès lors que la nullité intégrale du contrat dans son ensemble devrait être déclarée.

3. La présente affaire offre à la Cour l'opportunité de développer sa jurisprudence relative à la protection des consommateurs, et notamment de clarifier à cet égard la manière dont le principe établi par le législateur de l'Union selon lequel les clauses abusives ne sont pas contraignantes peut être mis en œuvre de telle manière que les exigences tenant à la sécurité juridique et à la protection des consommateurs puissent être prises en considération de manière appropriée. Dans ce contexte, il conviendra d'examiner si la question de l'intérêt éventuel du consommateur de ne plus vouloir être lié par un contrat est pertinente ou si au contraire, dans l'intérêt de la stabilité des rapports juridiques et de l'autonomie contractuelle, on est en droit d'exiger du consommateur un maintien du contrat partiellement annulé. Il convient d'examiner en même temps la manière dont s'exerce la protection

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

3 — Directive du Parlement européen et du Conseil, du 11 mai 2005, relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil («directive sur les pratiques commerciales déloyales»), (JO L 149, p. 22).

qu'offrent ces deux directives aux consommateurs dans une situation telle que celle de l'affaire au principal et si la constatation d'une pratique commerciale déloyale au sens de la directive 2005/29 entraîne d'éventuelles conséquences dans le cadre de l'appréciation du caractère abusif d'une clause d'un contrat en vertu des dispositions de la directive 93/13.

II – Cadre juridique

A – *Droit de l'Union*

1. La directive 93/13

4. Selon son article 1er, paragraphe 1, la directive a pour objet de rapprocher les dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives aux clauses abusives dans les contrats conclus entre un professionnel et un consommateur.

5. Aux termes de l'article 3 de la directive 93/13:

«1. 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.

[...]

3. L'annexe contient une liste indicative et non exhaustive de clauses qui peuvent être déclarées abusives.»

6. L'article 4 de la directive 93/13 prévoit:

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

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

7. En vertu de l'article 6, paragraphe 1, de cette même directive:

«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.»

8. Il ressort de l'article 8 de la directive 93/13 que:

«Les États membres peuvent adopter ou maintenir, dans le domaine régi par la présente directive, des dispositions plus strictes, compatibles avec le traité, pour assurer un niveau de protection plus élevé au consommateur.»

9. Le point 1, sous g), de l'annexe de la directive 93/13 qualifie d'abusive toute clause «ayant pour objet ou pour effet d'autoriser le professionnel à mettre fin sans un préavis raisonnable à un contrat à durée indéterminée, sauf en cas de motif grave.»

2. La directive 87/102/CEE

10. La directive 87/102/CEE[4] vise à rapprocher les dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de crédit à la consommation. Elle a été abrogée avec effet au 12 mai 2010 par la directive 2008/48/CE[5], qui est entrée en vigueur le 11 juin 2008. Dans la mesure où le contrat de crédit litigieux a été conclu entre les parties au principal le 12 mars 2008, seule la directive 87/102 s'applique aux faits au principal.

11. Il ressort de l'article 1^er de la directive 87/102:

«1. La présente directive s'applique aux contrats de crédit.

2. Aux fins de la présente directive, on entend par:

[...]

e) 'taux annuel effectif global' le coût total du crédit au consommateur exprimé en pourcentage annuel du montant du crédit consenti et calculé conformément aux méthodes existantes des États membres.»

12. Aux termes de l'article 4 de la directive:

«1. Les contrats de crédit sont établis par écrit. Le consommateur reçoit un exemplaire du contrat écrit.

2. Le contrat écrit contient:

a) une indication du taux annuel effectif global;

b) une indication des conditions dans lesquelles le taux annuel effectif global peut être modifié.

Lorsqu'il n'est pas possible d'indiquer le taux annuel effectif global, il y a lieu néanmoins de fournir au consommateur des informations adéquates dans le contrat écrit. Cette information comprend au moins les informations visées à l'article 6 paragraphe 1 deuxième tiret.»

13. L'article 14 de la directive énonce:

«1. Les États membres veillent à ce que les contrats de crédit ne dérogent pas, au détriment du consommateur, aux dispositions de droit national qui mettent en application la présente directive ou qui lui correspondent.

2. Les États membres veillent en outre à ce que les dispositions qu'ils adoptent pour la mise en application de la présente directive ne puissent être tournées par des formes particulières données aux contrats, notamment par une répartition du montant du crédit sur plusieurs contrats.»

4 — Directive du Conseil, du 22 décembre 1986, relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de crédit à la consommation (JO 1987, L 42, p. 48).

5 — Directive du Parlement européen et du Conseil, du 23 avril 2008, concernant les contrats de crédit aux consommateurs et abrogeant la directive 87/102 (JO L 133, p. 66).

3. La directive 2005/29

14. L'article 3 de la directive 2005/29 énonce:

«1. La présente directive s'applique aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs, telles que définies à l'article 5, avant, pendant et après une transaction commerciale portant sur un produit.

2. La présente directive s'applique sans préjudice du droit des contrats, ni, en particulier, des règles relatives à la validité, à la formation ou aux effets des contrats.»

B – *Droit national*

15. Le code civil slovaque contient les dispositions suivantes régissant le droit des contrats de consommation:

«Article 52

1) Il convient d'entendre par 'contrat conclu avec un consommateur' tout contrat, quelle qu'en soit la forme juridique, conclu entre un fournisseur et un consommateur.

2) Les clauses d'un contrat conclu avec un consommateur, ainsi que toute autre disposition régissant une relation juridique dans laquelle un consommateur s'est engagé, s'appliquent toujours dans un sens favorable au consommateur partie au contrat. Les conventions ou accords contractuels distincts dont le contenu ou la finalité visent à tourner ces dispositions sont dénuées de validité.

[...]

4) Il convient d'entendre par 'consommateur' toute personne physique qui, pour la conclusion et l'exécution d'un contrat de consommation, n'agit pas dans le cadre de son activité commerciale ou d'une autre activité économique.

[…]

Article 53

1) Un contrat conclu avec un consommateur ne doit pas contenir de dispositions créant, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties contractantes (clause abusive). N'est pas considérée comme abusive une clause d'un contrat relative à l'objet principal de l'exécution et à l'adéquation du prix, si cette clause est formulée de façon précise, claire et compréhensible, ou si la clause abusive a fait l'objet d'une négociation individuelle.

[...]

4) Sont considérées comme des clauses abusives figurant dans un contrat conclu avec un consommateur notamment les dispositions qui:

k) imposent, à titre de pénalité, au consommateur qui n'a pas satisfait à ses obligations une indemnité d'un montant disproportionnellement élevé,

[...]

5) Les clauses abusives figurant dans un contrat conclu avec un consommateur sont dénuées de validité.»

16. La loi n° 258/2001, relative aux crédits à la consommation, telle que récemment modifiée prévoit:

«Article 4

Contrat de crédit à la consommation

1) Le contrat de crédit à la consommation doit être établi par écrit, sous peine d'invalidité, et le consommateur en reçoit un exemplaire.

2) Le contrat de crédit à la consommation doit contenir, outre des éléments généraux,

[…]

j) le taux annuel effectif global [TAEG] et le total des frais associés au crédit à la charge du consommateur, calculés sur la base de données valables au moment de la conclusion du contrat,

[...]

Si le contrat de crédit à la consommation ne contient pas les éléments indiqués au paragraphe 2, [sous] [...] j), le crédit consenti est réputé exempt d'intérêts et de frais.»

17. L'annexe 2 de la loi n° 258/2001 définit la méthode de calcul du TAEG.

III – Faits, procédure au principal et questions préjudicielles

18. La société SOS accorde, en tant qu'établissement non bancaire, des crédits aux consommateurs sur la base de contrats standardisés.

19. Le 12 mars 2008, SOS a accordé aux requérants un crédit de 150 000 SKK (4 979 euros) devant être remboursé en 32 versements mensuels de 6 000 SKK (199 euros). Le 33^e et dernier versement devait être égal au montant du crédit, soit 150 000 SKK (4 979 euros). Les requérants étaient tenus de rembourser un montant de 342 000 SKK (11 352 euros). SOS a indiqué un TAEG de 48,63 %. Or, selon le calcul effectué par la juridiction de renvoi, le TAEG correspondait en réalité à 58,76 %. SOS n'avait pas comptabilisé les frais d'ouverture de 2 500 SKK (83 euros) dans le coût total du crédit.

20. Le contrat de crédit contenait plusieurs clauses désavantageant le consommateur. Le contenu précis de ces dernières est repris dans la décision de renvoi. Aux fins de la présente procédure, il suffit de se référer à ce document.

21. Il résulte de la décision de renvoi que les requérants ont fait défaut, ce qui a conduit à ce que SOS leur facture une amende contractuelle de 209 euros. Le 23 décembre 2009, ils ont saisi la juridiction de renvoi d'un recours en annulation du contrat de crédit.

22. La juridiction de renvoi se demande si le contrat litigieux contient une clause abusive au sens de la directive 93/13 et quelles sont les conséquences qui en résultent quant à la validité du contrat. Mais elle se demande surtout dans quelle mesure il convient de donner satisfaction aux intérêts liés à la satisfaction des consommateurs — par exemple, en constatant l'invalidité du contrat dans son

ensemble — et si les dispositions de la directive 2005/09 s'opposent éventuellement à cette prise en compte. Selon la juridiction de renvoi, il est nécessaire de procéder à une interprétation du droit de l'Union. Pour cette raison, elle a décidé de surseoir à statuer et de saisir la Cour de justice des questions suivantes à titre préjudiciel:

«1) Le cadre de protection des consommateurs instauré par l'article 6, paragraphe 1, de la directive 93/13 du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, autorise-t-il à décider, dans le cas où il existe des clauses abusives dans un contrat conclu avec un consommateur, que le contrat dans son ensemble ne lie pas le consommateur lorsque cela est plus avantageux pour celui-ci?

2) Les éléments qui caractérisent la pratique commerciale déloyale selon la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mai 2005, relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil, permettent-ils de décider que, lorsque l'entrepreneur indique dans le contrat un taux annuel effectif global inférieur à la réalité, ce procédé de l'entrepreneur vis-à-vis du consommateur peut être considéré comme une pratique commerciale déloyale? La directive 2005/29 admet-elle, en présence d'une pratique commerciale déloyale constatée, une quelconque incidence sur la validité du contrat de crédit et sur la réalisation de l'objectif des articles 4, paragraphe 1, et 6, paragraphe 1, de la directive 93/13, si l'invalidité du contrat est plus avantageuse pour le consommateur?»

IV – Procédure devant la Cour

23. La décision de renvoi du 31 août 2010 est parvenue au greffe de la Cour le 16 septembre 2010.

24. Les requérants, les gouvernements slovaque, allemand, autrichien et espagnol, ainsi que la Commission européenne, ont déposé des observations écrites dans le délai prévu à l'article 23 du statut de la Cour de justice.

25. À l'audience du 15 septembre 2011, les représentants des requérants et du gouvernement slovaque ainsi que de la Commission ont comparu pour présenter leurs observations.

V – Principaux arguments des parties

A – *Sur la première question*

26. Les *requérants* font valoir que l'article 6 de la directive 93/13, visant à assurer que les clauses abusives ne lient pas les consommateurs, devrait être interprété en ce sens que le contrat qui contient des clauses abusives doit être déclaré inapplicable dans son ensemble dès lors que ce serait plus avantageux pour le consommateur et que ce dernier invoque l'invalidité du contrat.

27. Le *gouvernement allemand* estime que l'article 6 de la directive 93/13 énonce le principe du maintien en vigueur du contrat contenant les clauses abusives. Ce n'est qu'à titre d'exception que tout le contrat devrait être déclaré invalide, à savoir lorsqu'il ne peut pas subsister sans lesdites clauses. Cependant, la directive 93/13 procédant à une harmonisation minimale des ordres juridiques des États membres en matière de clauses abusives, lesdits États seraient libres de prévoir l'invalidité totale du contrat contenant les clauses abusives lorsque cela est plus avantageux pour le consommateur.

28. Le *gouvernement espagnol* souligne que l'objectif de la directive 93/13 consiste plutôt en la protection du consommateur par rapport au professionnel qu'en la garantie de l'autonomie de volonté des parties. Compte tenu de l'objectif de protection des consommateurs, le contrat pourrait être privé d'effets, dans son ensemble, à l'égard du consommateur lorsque ce contrat entraîne un déséquilibre au détriment dudit consommateur, même après la suppression des clauses abusives.

29. Se référant à la jurisprudence de la Cour, le *gouvernement slovaque* est d'avis qu'il appartient à la juridiction nationale d'apprécier si le contrat peut subsister sans une éventuelle clause abusive. Ladite juridiction serait obligée de tirer toutes les conséquences, en vertu du droit national, qui découlent d'une telle situation afin de s'assurer que le consommateur ne soit pas lié par la clause abusive.

30. La *Commission* rappelle que, en vertu de la jurisprudence de la Cour, il appartient aux juridictions nationales de se prononcer sur l'application des critères généraux de l'examen du caractère abusif, énoncés par la directive 93/13, à une clause contractuelle particulière. Dès lors qu'il ne serait pas possible de prévoir quelles clauses contractuelles seront, en l'espèce, considérées comme abusives, on ne saurait apprécier à l'avance dans quelle mesure une telle constatation pourrait conduire à une déclaration de nullité du contrat de crédit.

31. S'agissant des situations dans lesquelles le contrat ne serait plus, en vertu de l'article 6, paragraphe 1, de la directive 93/13, contraignant pour les parties, la Commission soutient que tel serait le cas s'il est objectivement impossible que le contrat en cause continue de s'appliquer sans les clauses déclarées abusives. À cet égard, la constatation qu'une des parties n'aurait pas conclu ledit contrat en l'absence des clauses abusives ne suffirait pas pour déclarer l'invalidité du contrat dans son ensemble. Cependant, la directive 93/13 établissant une harmonisation minimale des ordres juridiques des États membres et permettant ainsi aux États membres d'assurer un niveau de protection supérieur, le droit national pourrait prévoir, en vue d'assurer un niveau plus élevé de protection des consommateurs, que le contrat contenant les clauses abusives ne lie pas, dans son ensemble, le consommateur.

B – *Sur la seconde question*

1. Indication erronée du TAEG en tant que pratique commerciale déloyale

32. Tant le gouvernement allemand que le gouvernement espagnol considèrent que l'indication d'un TAEG inférieur à la réalité constitue une pratique commerciale déloyale conformément aux dispositions de la directive 2005/29.

33. Bien que la directive 87/102 prévoirait l'obligation d'indiquer le TAEG, cet acte ne régirait pas les conséquences d'une mention erronée dudit taux. Par ailleurs, le renvoi, opéré à l'annexe II de la directive 2005/29, à l'article 3 de la directive 87/102 signifierait que l'indication du TAEG constitue une information substantielle au sens de l'article 7 de la directive 2005/29. Par conséquent, l'omission de ladite information constituerait une omission trompeuse interdite par cette dernière disposition.

34. La *Commission* et le *gouvernement autrichien*, quant à eux, relèvent que l'indication erronée d'un TAEG peut être qualifiée de pratique commerciale déloyale, ce dernier gouvernement soulignant qu'il s'agit, en l'espèce, d'une pratique trompeuse interdite par l'article 6 de la directive 2005/29. Cette qualification appartiendrait pourtant à la juridiction nationale, qui devrait en particulier contrôler, selon la Commission, dans quelle mesure la pratique en cause est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur moyen.

35. De l'avis du *gouvernement slovaque*, la référence à la directive 2005/29 n'est pas pertinente en l'espèce. S'agissant de l'application de cette directive, il ne résulterait pas de la décision de renvoi qu'il s'agit en l'espèce d'une stratégie commerciale d'un professionnel en vue de la vente des produits. L'indication du TAEG ne saurait en tout cas pas être qualifiée de pratique commerciale.

2. Incidence des pratiques commerciales déloyales sur la validité du contrat

36. Les *requérants* sont d'avis que la directive 2005/29, ayant pour objectif de renforcer la protection des consommateurs face aux pratiques commerciales déloyales, ne peut pas être appliquée de manière isolée par rapport au régime de protection du consommateur prévu par la directive 93/13. Dès lors, elle devrait être interprétée en ce sens que, si une pratique commerciale déloyale porte préjudice au consommateur, cette circonstance doit également être prise en compte lors de l'interprétation de l'article 4, paragraphe 1, de la directive 93/13 en tant que circonstance pertinente pour apprécier le caractère abusif d'une clause d'un contrat. Par conséquent, cette circonstance doit avoir des effets sur la validité du contrat.

37. Par contre, le *gouvernement allemand* estime que, en l'absence de références réciproques entre les directives en cause, la constatation d'une pratique commerciale déloyale ne saurait influencer directement l'appréciation du caractère abusif d'une clause. Elle ne saurait non plus avoir d'effet sur la question de la validité d'un contrat contenant des clauses abusives, étant donné que la directive 2005/29 ne s'applique pas, comme il ressort de son article 3, paragraphe 2, aux questions de validité du contrat. Cependant, la constatation d'une pratique commerciale déloyale pourrait être prise en compte en tant qu'une circonstance accompagnant la conclusion du contrat à laquelle se réfère l'article 4, paragraphe 1, de la directive 93/13.

38. Selon le *gouvernement espagnol*, l'existence d'une pratique commerciale déloyale, telle que l'indication erronée du TAEG, a une incidence, conformément aux articles 4, paragraphe 1, et 6, paragraphe 1, de la directive 93/13, sur la validité de l'ensemble du contrat du crédit aux consommateurs, à condition que la nullité dudit contrat soit plus avantageuse pour le consommateur.

39. Le *gouvernement autrichien* estime que la directive 2005/29 exclut que les pratiques commerciales déloyales puissent avoir un effet sur la validité du contrat de crédit de consommation. En effet, au regard de l'article 13 de ladite directive, la sanction de la nullité du contrat en cause serait disproportionnée. Par ailleurs, l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2005/29 stipulant que celle-ci s'applique sans préjudice du droit des contrats, ni, en particulier, des règles relatives à la validité, à la formation ou aux effets des contrats, il y aurait lieu de considérer qu'une constatation d'une pratique commerciale déloyale ne pèse pas sur la validité du contrat.

40. Le *gouvernement slovaque* déduit de l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2005/29 que la question de l'indication incorrecte du TAEG devrait être appréciée à la lumière des dispositions des directives 87/102 et 93/13. Se référant à l'ordonnance du 16 novembre 2010, Pohotovost'[6], ledit gouvernement considère que l'indication incorrecte du TAEG peut constituer une circonstance à prendre en considération lors de l'appréciation, par la juridiction nationale, si une clause d'un contrat est claire et compréhensible au sens de l'article 4 de la directive 93/13. Par conséquent, une telle appréciation pourrait amener à conclure au caractère abusif de la clause du contrat, même si elle porte sur l'élément essentiel du contrat tel que le prix du crédit.

41. La *Commission* fait observer que la directive 2005/29 exclut de son champ d'application les questions relatives à la validité du contrat en vertu de son article 3, paragraphe 2, tandis qu'elle prévoit en même temps une harmonisation complète des règles relatives aux pratiques commerciales déloyales. Par conséquent, une réglementation nationale qui sanctionnerait une éventuelle infraction

6 — Ordonnance du 16 novembre 2010 (C-76/10, Rec. p. I-11557).

de ladite directive par l'invalidité du contrat du crédit dans son ensemble ne serait pas envisageable. Cependant, la directive 87/102 ne prévoyant pas une sanction concrète dans le cas d'indication erronée du TAEG et procédant par ailleurs à une harmonisation partielle des réglementations nationales en matière du crédit à consommation, il appartiendrait à chaque État membre d'adopter, à cet égard, les dispositions appropriées. Dans l'exercice de cette compétence, lesdits États seraient obligés de respecter les principes d'équivalence et d'effectivité.

VI – Analyse

A – *Remarques préliminaires*

42. Les questions préjudicielles portent sur différents aspects en lien avec le système de protection créé par le législateur de l'Union pour protéger les consommateurs contre l'utilisation de clauses abusives dans le cadre de transactions avec des professionnels. Pour situer cette question dans son contexte objectif et avant de procéder à l'examen en tant que tel, il me semble approprié de présenter brièvement les éléments essentiels de ce mécanisme de protection tels qu'ils ont été définis initialement par le législateur de l'Union et sur lesquels la jurisprudence de la Cour a clairement mis sa marque.

43. Selon la jurisprudence constante de la Cour, le système de protection mis en œuvre par la directive 93/13 repose sur l'idée que le consommateur se trouve dans une situation d'infériorité à l'égard du professionnel, en ce qui concerne tant le pouvoir de négociation que le niveau d'information, situation qui le conduit à adhérer aux conditions rédigées préalablement par le professionnel, sans pouvoir exercer une influence sur le contenu de celles-ci [7]. Compte tenu de cette infériorité, l'article 6, paragraphe 1, de ladite directive prévoit que les clauses abusives ne lient pas les consommateurs. Ainsi qu'il ressort de la jurisprudence, il s'agit d'une disposition impérative qui tend à substituer à l'équilibre formel entre les droits et obligations des cocontractants un équilibre réel de nature à rétablir l'égalité entre ces derniers [8].

44. Afin d'assurer la protection voulue par la directive 93/13, la Cour a souligné à plusieurs reprises que la situation d'inégalité existant entre le consommateur et le professionnel ne peut être compensée que par une intervention positive, extérieure aux seules parties au contrat [9]. C'est à la lumière de ces principes que la Cour a ainsi jugé que le juge national est tenu d'apprécier d'office le caractère abusif d'une clause contractuelle [10]. La faculté pour le juge d'examiner d'office le caractère abusif d'une clause constitue un «moyen propre à la fois à atteindre le résultat fixé à l'article 6 de la directive, à savoir empêcher qu'un consommateur individuel ne soit lié par une clause abusive, et à contribuer à la réalisation de l'objectif visé à son article 7, dès lors qu'un tel examen peut avoir un effet dissuasif concourant à faire cesser l'utilisation de clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs par un professionnel» [11]. Cette faculté reconnue au juge a été considérée comme nécessaire «pour assurer au consommateur une protection effective, eu égard notamment au risque non négligeable que celui-ci soit dans l'ignorance de ses droits ou rencontre des difficultés pour les exercer» [12].

7 — Arrêts du 27 juin 2000, Océano Grupo Editorial et Salvat Editores (C-240/98 à C-244/98, Rec. p. I-4941, point 25), et du 26 octobre 2006, Mostaza Claro (C-168/05, Rec. p. I-10421, point 25).

8 — Arrêts Mostaza Claro (précité, point 36), et du 4 juin 2009, Pannon GSM (C-243/08, Rec. p. I-4713, point 25).

9 — Arrêts Océano Grupo Editorial et Salvat Editores (précité à la note 7, point 27); Mostaza Claro (précité à la note 7, point 26), et du 6 octobre 2009, Asturcom Telecomunicaciones (C-40/08, Rec. p. I-9579, point 31).

10 — Arrêt Asturcom Telecomunicaciones (précité, point 32).

11 — Arrêts du 21 novembre 2002, Cofidis (C-473/00, Rec. p. I-10875, point 32), et Mostaza Claro (précité à la note 7, point 27).

12 — Arrêts Cofidis (précité à la note 11, point 33), et Mostaza Claro (précité à la note 7, point 28).

45. Il est exact que les questions que la juridiction de renvoi soulève dans sa décision présentent un lien avec le système de protection dont les éléments essentiels ont été décrits ci-dessus; toutefois, ces questions portent sur des aspects juridiques différents. Par sa première question, la juridiction de renvoi demande tout d'abord des précisions quant à l'étendue de la protection que l'article 6, paragraphe 1, de la directive 93/13 accorde au consommateur. Elle aimerait enfin savoir si ces dispositions de la directive permettent aux États membres, en cas d'existence d'une clause abusive, de prévoir dans leur ordre juridique national les conséquences juridiques de l'invalidité du contrat dans son ensemble, dans l'hypothèse où cela serait plus favorable aux consommateurs que le maintien en vigueur du contrat sans la clause abusive. La réponse à cette question exige un examen de la problématique de l'invalidité partielle des contrats de consommation ainsi que des conditions de leur maintien en vigueur. De son côté, la seconde question porte sur une thématique quelque peu différente, à savoir l'interaction entre les instruments juridiques par lesquels le législateur de l'Union veut garantir la protection du consommateur dans le cadre de certaines pratiques commerciales devant être qualifiées de déloyales. Il s'agit, à cet égard, en premier lieu des directives 93/13 et 2005/29 auxquelles la juridiction de renvoi fait explicitement référence. Compte tenu du fait que ces questions préjudicielles ont été posées dans le contexte particulier de la conclusion d'un contrat de crédit à la consommation, il conviendra, lors de leur examen, de tenir compte en outre des dispositions de la directive 87/102.

46. Eu égard aux différentes thématiques des questions, il convient de les traiter de manière séparée et dans l'ordre indiqué.

B – *Sur la première question*

47. Pour pouvoir répondre à la première question, il convient tout d'abord de clarifier quelles sont les règles particulières prévues par la directive 93/13 en ce qui concerne un éventuel maintien en vigueur des contrats en cas d'existence de clauses abusives. À cet effet, il est nécessaire de procéder à l'interprétation de ses dispositions pertinentes en tenant compte des objectifs du législateur exprimés dans les considérants.

1. Niveau minimal de protection prévu par le droit de l'Union

48. Eu égard au fait que, d'une part, la directive 93/13 définit des dispositions minimales et, d'autre part, permet des dérogations individuelles au niveau des États membres, pour déterminer l'étendue de la protection prescrite en droit de l'Union, il est nécessaire de clarifier en premier lieu la question de savoir quelles mesures les États membres sont tenus d'adopter en vertu de la directive 93/13 pour protéger le consommateur. Par conséquent, lors de l'interprétation, il y a lieu d'examiner tout d'abord les dispositions juridiques contraignantes que le législateur a imposées dans sa directive aux États membres et qui, en fin de compte, constituent le niveau minimal de protection prescrit par le droit de l'Union. Ces dispositions contraignantes doivent être distinguées des dispositions qui accordent aux États membres un pouvoir d'appréciation dans la détermination de leur ordre juridique.

a) Principe: invalidité des seules clauses contractuelles individuelles

49. Le point de départ de l'interprétation est la disposition centrale de l'article 6, paragraphe 1, premier tiret, de la directive 93/13, parce qu'elle définit les conséquences juridiques qui, selon la volonté du législateur, doivent survenir en cas d'utilisation de clauses abusives. Il en résulte que les États membres doivent prévoir impérativement dans leur ordre juridique que les clauses abusives figurant dans un contrat conclu avec un consommateur par un professionnel «ne lient pas les consommateurs». Il apparaît déjà au libellé de cette disposition que la conséquence juridique de l'invalidité prescrite par le législateur dans sa directive n'intervient qu'en faveur du consommateur, tandis que la clause contractuelle qualifiée d'abusive demeure contraignante pour le professionnel.

50. Cette disposition est complétée par la règle de l'article 6, paragraphe 1, deuxième tiret, qui contient à certains égards une précision de la première règle. Il en résulte que les États membres sont tenus de veiller à ce que «le contrat restera contraignant pour les parties selon les mêmes termes, s'il peut subsister sans les clauses abusives». Selon cette disposition, une clause contractuelle abusive entraîne seulement et normalement l'invalidité de cette seule clause et le maintien du restant du contrat qui continue à lier les parties lorsque les inconvénients affectant le consommateur sont supprimés. Cela correspond également à l'interprétation que l'avocat général Tizzano a déjà défendue dans ses conclusions rendues dans l'affaire Ynos [13]. Ainsi qu'il l'a exposé de manière convaincante, il convient de comprendre cette réglementation à la lumière de l'objectif poursuivi par le législateur. En effet, elle vise à améliorer la position contractuelle du consommateur en empêchant qu'il ne soit lié par une clause abusive. En revanche, le professionnel ne doit pas être protégé par celle-ci; pour lui, la suppression d'une ou de plusieurs clauses pourrait apparaître éventuellement comme moins avantageuse et, en conséquence, il pourrait avoir tout intérêt à se libérer des obligations du contrat [14]. S'agissant de la fonction de protection, l'article 6, paragraphe 1, serait tourné en son contraire si la validité d'une ou de plusieurs clauses entraînait toujours l'invalidité du contrat dans son ensemble, indépendamment des autres facteurs.

51. Par conséquent, la règle contenue à l'article 6, paragraphe 1, de la directive 93/13 peut être interprétée en ce sens que, en cas d'existence d'une clause abusive, les États membres ne sont en principe pas tenus de déclarer l'invalidité du contrat dans son ensemble. En revanche, les conséquences de la validité pour le consommateur peuvent être en principe limitées à la clause en cause, tandis que le contrat en tant que tel est maintenu en vigueur [15].

b) Exception: invalidité du contrat dans son ensemble

52. Toutefois, comme l'indique clairement la proposition conditionnelle («si») contenue à l'article 6, paragraphe 1, deuxième tiret, de la directive 93/13, la conséquence juridique du maintien du contrat n'est pas sans exception. En l'absence de clause abusive, le contrat doit rester en vigueur pour les cocontractants, pour autant que cela soit possible. Cela signifie, à l'inverse, que le contrat n'a aucun effet obligatoire dans les cas dans lesquels il ne peut rester en vigueur sans la clause abusive.

53. Cette conclusion soulève la question suivante qui est de savoir d'après quels critères il convient d'apprécier si un contrat «peut subsister» sans la clause abusive en vertu de cette disposition. La réponse à cette question apparaît comme particulièrement importante au regard du fait que la juridiction de renvoi aimerait savoir quelle signification il convient de reconnaître à l'intérêt effectif et/ou présumé du consommateur au caractère non contraignant du contrat.

54. Comme l'ont expliqué à juste titre plusieurs parties à la procédure, on pourrait envisager théoriquement une appréciation fondée soit sur des critères subjectifs, soit sur des critères objectifs. En cas d'appréciation fondée sur des critères subjectifs se basant principalement sur les intérêts effectifs et/ou présumés du consommateur en tant que cocontractant, le juge national serait amené à examiner dans le cas dont il est saisi si une invalidité intégrale du contrat n'est pas plus favorable pour le consommateur. Mais on pourrait également concevoir une appréciation fondée sur des critères objectifs selon lesquels le critère pertinent serait, par exemple, la possibilité de poursuivre le contrat en dépit de l'invalidité de certaines clauses particulières abusives.

13 — Conclusions du 22 septembre 2005 (arrêt du 10 janvier 2006, C-302/04, Rec. p. I-371).

14 — Précitées (point 80).

15 — En ce sens, voir Pfeiffer, T., dans *Das Recht der Europäischen Union* (édité par Grabitz, E., et Hilf, M.), volume IV, A 5, art. 6, point 10, p. 3, qui conclut du libellé de l'article 6, paragraphe 1, deuxième tiret, de la directive 93/13 que les conséquences juridiques du caractère abusif d'une clause (selon le droit national: l'inexistence, l'invalidité absolue ou relative ou le caractère non contraignant de la clause) devraient en règle générale se limiter aux clauses abusives, ce qui signifie que le contrat reste en vigueur pour le surplus.

55. En principe, la juridiction de renvoi détermine par sa question l'objet de l'appréciation juridique qu'il y a lieu d'entreprendre. À cet égard, il convient de souligner que l'objet de la question préjudicielle porte uniquement sur la pertinence éventuelle des critères subjectifs — à savoir les avantages du contrat pour le consommateur — dans le cas de l'appréciation d'un éventuel maintien en vigueur d'un contrat. Dans cette mesure, l'examen à entreprendre par la Cour pourrait se limiter à cet aspect, sans qu'il soit forcément nécessaire d'étendre l'objet de l'examen ni d'examiner la pertinence éventuelle d'autres critères. C'est la raison pour laquelle j'examinerai tout d'abord si les États membres sont obligés par la directive 93/13 de prévoir dans leurs dispositions nationales que, s'agissant de la question d'un éventuel maintien en vigueur d'un contrat partiellement invalide, il convient de tenir compte de l'intérêt effectif et/ou présumé du consommateur à un maintien du caractère contraignant dudit contrat.

56. Je considère que cette question doit clairement recevoir une réponse négative. Des arguments importants plaident contre une interprétation selon laquelle l'appréciation de la question de savoir si un contrat peut subsister sans la clause abusive en vertu de l'article 6, paragraphe 1, deuxième tiret, doit s'effectuer selon des critères subjectifs.

57. Déjà le libellé de l'article 6, paragraphe 1, de la directive 93/13 constitue un argument opposé à une telle interprétation.

58. En effet, il n'est pas exposé de manière littérale dans ladite directive qu'un contrat est invalide dans son ensemble dans l'hypothèse où cela est plus avantageux pour le consommateur. En revanche, il résulte de la manière dont est rédigée cette disposition que le législateur ne souhaitait prévoir l'invalidité du contrat dans son ensemble que dans des cas exceptionnels limités. Cela peut se déduire du fait qu'il n'a exprimé cette conséquence juridique que dans une incise et l'a limitée clairement à certain cas bien déterminés. La comparaison des différentes versions linguistiques de cette disposition soutient cette interprétation selon laquelle la subsistance du contrat doit constituer la règle et non pas dépendre d'une éventuelle situation plus avantageuse pour le consommateur.

59. Cette interprétation est confirmée par le vingt-deuxième considérant de la directive 93/13, qui est à cet égard rédigé de manière encore plus claire que la règle elle-même. Il en résulte que, en dépit du caractère non contraignant des clauses abusives individuelles prescrit par l'article 6, paragraphe 1, «le contrat continuera à lier les parties selon les mêmes termes s'il peut subsister sans les clauses abusives». Cette formulation indique la possibilité objective de la subsistance du contrat en cause. En tout état de cause, la décision de laisser subsister le contrat ne relève pas d'une seule partie contractante, mais plutôt, selon toute vraisemblance, d'une appréciation objective que devra entreprendre une partie neutre. Le législateur n'a mentionné nulle part dans sa directive que le fait que le caractère non contraignant du contrat soit plus avantageux pour le consommateur doit constituer un critère déterminant. Si le législateur avait accordé une importance à cet aspect, il aurait pu intégrer dans la réglementation un critère subjectif tel que le fait de pouvoir exiger du consommateur de continuer à être lié par un contrat partiellement invalide. Le fait de renoncer à cela constitue un indice qu'il s'agit là d'une décision consciente de ne pas adopter une telle réglementation.

60. Cela signifie en tout état de cause qu'il ne résulte ni du libellé ni de l'économie de la directive 93/13 que l'appréciation de la question de savoir si le contrat peut subsister sans la clause abusive au sens de l'article 6, paragraphe 1, doit se fonder sur la situation du consommateur et sur une situation éventuellement plus avantageuse pour lui en cas d'annulation du contrat.

61. On aboutit à la même conclusion si l'on procède à l'interprétation de la finalité de la directive 93/13.

62. Comme je l'ai déjà exposé dans le cadre de l'introduction de ces conclusions, le système de protection créé par la directive 93/13 se fonde sur l'idée selon laquelle le consommateur se trouve dans une position de négociation plus faible et dispose de moins d'informations, ce qui entraîne qu'en règle générale il approuvera les conditions formulées au préalable par le professionnel, sans pouvoir exercer d'influence sur leur contenu. Selon la volonté du législateur européen, il convient de remédier au déséquilibre qui en résulte entre les droits et les obligations contractuelles au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive, par le fait de déclarer la clause considérée comme abusive comme non contraignante pour le consommateur en vertu de l'article 6, paragraphe 1, de la directive 93/13. La Cour a, à juste titre, compris cette disposition dans le sens d'une règle impérative qui vise, en fin de compte, à remplacer l'équilibre formel entre les droits et les obligations des cocontractants par un équilibre objectif et ainsi à rétablir l'égalité entre eux.

63. Comme il ressort de son sixième considérant, la directive 93/13 veut, à cette fin, «supprimer les clauses abusives des contrats». Toutefois, comme déjà indiqué, elle ne vise pas à déclarer les contrats invalides dans leur ensemble en raison d'une clause abusive qu'ils contiennent. L'objectif poursuivi par le législateur consiste exclusivement à rétablir l'équilibre et non pas à annuler le contrat dans son ensemble. Une déclaration d'invalidité des contrats dans leur ensemble, indépendamment des intérêts du consommateur, n'aurait pas pour effet de rétablir l'égalité entre les cocontractants. L'intervention correctrice visant à rétablir l'équilibre du contrat conclu par les parties dans l'exercice de leur autonomie contractuelle vise précisément à réparer ce dernier et en aucun cas à l'annuler.

64. De plus, cela affecterait la base des transactions commerciales accomplies de manière responsable par les opérateurs. L'autonomie contractuelle serait la grande perdante d'un système de protection qui ordonnerait l'invalidité des contrats dans leur ensemble de manière catégorique et sans exception si cela est utile à une seule des parties au contrat. En effet, le consommateur unilatéralement avantagé serait déchargé de la tâche de peser sérieusement les avantages et les inconvénients avant de s'engager dans des obligations contractuelles et d'agir en conséquence de manière raisonnable. Dans cette mesure, l'approche suivie par le législateur dans sa directive tient compte de manière appropriée de ce principe qui tient une place importante dans l'ordre juridique de l'Union [16], en ce qu'il se limite à ce qui est nécessaire pour rétablir l'égalité entre les cocontractants, tout en imposant que les parties soient liées par les contrats existants conclus librement.

65. Par conséquent, la situation juridique présenterait une tout autre image si l'appréciation de la subsistance d'un contrat contenant une clause abusive dépendait exclusivement du fait de savoir quelle serait la situation la plus avantageuse pour le consommateur. En effet, il y aurait alors le risque que la relation entre le consommateur et le professionnel soit une nouvelle fois mise en péril, et cette fois uniquement en faveur du consommateur. Bien que le déséquilibre entre les droits et les obligations contractuelles en faveur du professionnel serait écarté, ce qui correspondrait aux objectifs des directives, l'équilibre poursuivi par le législateur ne serait pourtant pas garanti. Le législateur avait pour objectif dans sa directive de prévoir une compensation pour les désavantages affectant le consommateur. Toutefois, on ne saurait supposer qu'il voulait placer le consommateur dans une position juridique plus favorable que la situation dans laquelle se trouvent habituellement deux partenaires contractuels de même rang dans leurs relations commerciales. À strictement parler, il n'existe pas non plus de raison pouvant être objectivement justifiée de libérer le consommateur des obligations résultant d'un contrat conclu avec un partenaire de même rang, dans la mesure où il a pris ces engagements de manière libre et en connaissant leur portée.

16 — La Cour a souvent fait référence dans sa jurisprudence au principe de l'autonomie de volonté sous ses différentes expressions. Voir arrêts du 10 juillet 1991, Neu e.a. (C-90/90 et 91/90, Rec. p. I-3617, point 13); du 30 avril 1998, Bellone (C-215/97, Rec. p. I-2191, point 14); du 5 octobre 1999, Espagne/Commission (C-240/97, Rec. p. I-6571, point 99), et du 9 mars 2006, Werhof (C-499/04, Rec. p. I-2397, point 23).

66. Cela correspond également à l'opinion de l'avocat général Tizzano dans ses conclusions rendues dans l'affaire Ynos. Il y a exposé que l'on ne pourrait déroger à la règle contenue dans la directive 93/13 selon laquelle un contrat doit subsister en dépit de l'existence d'une clause abusive que lorsque le contrat en cause ne peut objectivement subsister sans la clause abusive; cela n'est pas possible, en revanche, lorsqu'il apparaît a posteriori qu'une des parties n'aurait pas conclu l'accord en l'absence de ladite clause [17].

67. Les arguments présentés en lien avec la nécessité de respecter le principe de l'autonomie contractuelle et de garantir l'équilibre des relations contractuelles entre le professionnel et le consommateur doivent enfin être appréciés à la lumière d'un autre objectif de la directive. En effet, il convient de rappeler que, selon son premier considérant, la directive 93/13 a été adoptée dans la perspective de l'établissement progressif du marché intérieur [18]. Comme l'indiquent les deuxième et troisième considérants de la directive, l'objectif de celle-ci est d'éliminer les divergences marquées dans les législations des États membres relatives aux clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs. Outre une meilleure protection du consommateur, le législateur visait également, selon le septième considérant, à promouvoir les activités économiques dans le champ d'application de la directive («les vendeurs de biens et les prestataires de services seront, de cette façon, aidés dans leur activité de vente de biens et des prestations de services, à la fois dans leur propre pays et dans le marché intérieur»). Toutefois, une activité économique ne peut se déployer que là où une sécurité juridique est garantie aux opérateurs économiques. À cet égard, la protection de la confiance des opérateurs économiques participe à l'existence durable des relations contractuelles. Une réglementation selon laquelle la validité d'un contrat dans son ensemble dépend de l'intérêt d'un seul des cocontractants non seulement ne permet pas de promouvoir cette confiance, mais pourrait également la miner à long terme. De même que la disposition des professionnels à conclure des contrats avec des consommateurs pourrait diminuer par ce fait, de même, l'objectif de l'établissement du marché intérieur pourrait le cas échéant être réduit à néant. La règle prévue à l'article 6 de la directive 93/13 tient également compte de cela en ce sens qu'elle se limite à veiller à l'équilibre dans les relations contractuelles.

68. Il résulte des considérations qui précèdent que la situation subjective du consommateur par rapport à la partie restante du contrat ne devant pas être qualifiée d'abusive ne peut être considérée comme le critère déterminant réglant le sort futur du contrat. En revanche, je considère qu'il existe d'autres facteurs déterminants, tels que la possibilité effective de la poursuite de l'exécution du contrat qui peut être appréciée de manière objective [19]. Cette possibilité n'existe, le cas échéant, pas si, à la suite de l'invalidité de l'une ou de plusieurs clauses, le fondement sur lequel repose la conclusion du contrat a disparu pour les deux cocontractants [20]. Une invalidité globale du contrat pourrait, par exemple, alors être envisagée à titre exceptionnel si l'on pouvait admettre que la transaction n'aurait pas été conclue sans la partie invalide selon la volonté effective et concordante ou hypothétique des deux cocontractants au motif que la *finalité* ou la *nature juridique* du contrat n'est plus la même. L'examen permettant de déterminer si ces conditions sont remplies dans le cas d'espèce relève du juge national chargé de l'application de la directive 93/13 et/ou des mesures de transposition.

17 — Conclusions précitées à la note 13, point 79.

18 — Dans ce contexte, il faut tenir compte du fait que le législateur de l'Union a également soumis l'objectif du marché intérieur à la condition du respect du principe de l'autonomie des volontés qui s'exprime dans la liberté contractuelle déjà mentionnée. L'autonomie des volontés, l'économie de marché et la concurrence sont liées inséparablement entre elles (voir Riesenhuber, K., *Privatrechtsgesellschaft: Entwicklung, Stand und Verfassung des Privatrechts*, Tübingen, 2007, p. 13 et suiv.). L'autonomie des volontés implique l'existence d'un marché et conduit à la concurrence; la protection contre les distorsions de la concurrence assure l'existence du marché et, partant, la liberté de choix des intéressés. Le principe de libre réalisation par l'individu de ses relations juridiques selon sa propre volonté est la base commune des libertés fondamentales qui étendent la possibilité d'agir de manière autonome au-delà des frontières des États membres.

19 — Kapnopoulou, E., *Das Recht der missbräuchlichen Klausel in der Europäischen Union*, Tübingen, 1997, p. 152, considère qu'il n'y a en tout cas aucune possibilité de poursuite de l'exécution du contrat si les lacunes affectant celui-ci après constatation du caractère abusif de certaines clauses apparaissent en fin de compte comme trop importantes.

20 — La condition de la subsistance du contrat est que le contrat — selon la version allemande — puisse exister «auf derselben Grundlage» (sur la même base). Cette formulation quelque peu ambiguë vise une subsistance du contrat aux mêmes conditions. Cela résulte de la comparaison avec d'autres versions linguistiques qui désignent toutes les conditions du contrat (en français: «selon les mêmes termes»; en anglais: «upon these terms»; en italien: «secondo i medesimi termini»; en espagnol: «en los mismos términos»). Cette condition est remplie si le contrat peut subsister selon sa finalité et sa nature juridique même sans les clauses abusives (voir Pfeiffer, T., précité à la note 15, point 11, p. 3).

69. Le juge national joue un rôle important lors de l'appréciation de la question de savoir si un contrat peut subsister nonobstant l'existence d'une clause abusive [21], non seulement en raison de sa maîtrise du droit national, mais également en raison de ses connaissances du contexte actuel de l'espèce qu'il doit trancher. Dans ce contexte, je citerai, par exemple, l'arrêt Freiburger Kommunalbauten [22], dans lequel la Cour a souligné que le caractère abusif d'une clause contractuelle particulière au sens de l'article 4 de la directive 93/13 «[doit s'apprécier] en tenant compte de la nature des biens ou services qui font l'objet du contrat et en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion» [23]. Dans cet arrêt, la Cour a souligné notamment la nécessité d'examiner la clause contractuelle litigieuse dans le contexte global du droit national pertinent. En effet, elle est parvenue à la conclusion que, dans ce contexte, «doivent également être appréciées les conséquences que ladite clause peut avoir dans le cadre du droit applicable au contrat, ce qui implique un examen du système juridique national» [24]. Il en résulte que, dans certains cas, le droit national est également pertinent pour apprécier si un contrat peut subsister en dépit de son invalidité partielle [25].

70. En résumé, il y a lieu de conclure que les États membres ne sont pas tenus en droit de l'Union de prévoir dans leur législation nationale que, en cas de constatation de clauses abusives dans un contrat de consommation, ce dernier, considéré dans son ensemble ne lie pas le consommateur si cela est plus avantageux pour celui-ci. Par conséquent, il n'est pas porté atteinte au niveau de protection défini par la directive 93/13 lorsque le droit des États membres prévoit que la volonté réelle et/ou présumée du consommateur de ne plus vouloir être lié par un tel contrat n'est pas prise en considération lors de l'appréciation de la validité dudit contrat.

2. Possibilité des États membres d'assurer un niveau de protection plus élevé

71. Il convient à présent de ne pas oublier que la directive 93/13, comme l'indique clairement son douzième considérant, procède uniquement à une harmonisation partielle et minimale des dispositions nationales relatives aux clauses abusives [26]. Sur le plan normatif, on retrouve l'idée d'harmonisation minimale sous-jacente à la directive principalement à l'article 8 qui prévoit expressément le droit des États membres, dans le domaine régi par la directive, d'adopter des dispositions plus strictes, compatibles avec le traité, pour assurer un niveau de protection plus élevé au consommateur. Inversement, on peut en même temps déduire de cette disposition qu'il serait incompatible avec les obligations résultant de la directive de déroger à celle-ci à la baisse, c'est-à-dire en adoptant des dispositions assurant un niveau de protection du consommateur qui demeurerait en

21 — Voir ordonnance Pohotovosť (précitée à la note 6, point 61).

22 — Arrêt du 1er avril 2004 (C-237/02, Rec. p. I-3403).

23 — Ibidem, point 21.

24 — Idem. Les conséquences d'une constatation du caractère abusif d'une clause contractuelle peuvent être différentes d'un ordre juridique à l'autre. C'est l'une des raisons pour lesquelles l'article 6, paragraphe 1, de la directive 93/13 précise que les clauses abusives doivent être «non contraignantes» pour le consommateur. Cette disposition se limite à prescrire un certain résultat dont la réalisation doit être assurée par les États membres lors de la transposition de la directive, sans toutefois préciser en détail si la clause en question doit être déclarée invalide et/ou nulle. Au contraire, cela relève du droit national qui prescrit les conséquences juridiques précises. Enfin, l'utilisation de concepts neutres par le législateur de l'Union se fonde sur la reconnaissance de la multiplicité des ordres et des traditions juridiques de droit civil au sein de l'Union (sur l'origine du droit civil européen, voir Rainer, M., *Introduction to Comparative Law*, Vienne, 2010, p. 27 et suiv.).

25 — Voir Kapnopoulou, E. (précité à la note 19, p. 151), qui souligne que la directive 93/13 ne contient pas de concept juridique exhaustif et défini. Elle ne définit que des lignes directrices et, pour la définition précise des conséquences juridiques, renvoie aux droits nationaux des États membres. Il appartiendrait aux ordres juridiques nationaux de déterminer ce qui doit advenir du contrat contenant des lacunes. Selon les cas, il conviendrait de se fonder sur le droit dispositif, sur l'interprétation supplétive des contrats, sur la reformulation de celui-ci ou sur son invalidité dans son ensemble.

26 — Arrêt du 3 juin 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (C-484/08, Rec. p. I-4785, points 28 et 29).

deçà des objectifs de la directive. Comme je l'ai déjà indiqué dans mes conclusions dans l'affaire Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, ce début d'harmonisation minimale laisse un large pouvoir d'aménagement aux États membres [27], qui est restreint uniquement par les limites générales du droit de l'Union, à savoir principalement le droit primaire [28].

72. C'est la raison pour laquelle les États membres peuvent également régir de manière plus stricte les effets de l'invalidité en vue de la protection des consommateurs que ce qui est prévu à l'article 6 de la directive 93/13. L'adoption de mesures nationales plus strictes fondées sur l'article 8 qui prévoient l'invalidité d'un contrat dans son ensemble en cas d'existence d'une ou de plusieurs clauses abusives, dans la mesure où cela est plus avantageux pour le consommateur [29], est l'expression de l'exercice légal d'un pouvoir accordé par le législateur de l'Union en vue d'atteindre un niveau de protection plus élevé des consommateurs.

73. Il n'y a pas lieu d'avoir des doutes quant à la compatibilité d'une telle réglementation nationale servant à la protection des consommateurs avec l'objectif mentionné ci-dessus de l'établissement du marché intérieur [30], tant qu'il n'est pas porté atteinte de manière disproportionnée aux libertés fondamentales [31]. Mais l'appréciation de cette question dépend en fin de compte du contenu de la réglementation nationale elle-même.

74. Il ressort de l'ensemble des considérations qui précèdent que les États membres sont libres de prévoir dans leurs ordres juridiques nationaux les effets juridiques de l'invalidité du contrat dans son ensemble dans les cas dans lesquels cela est plus avantageux pour le consommateur que la subsistance du contrat. Le droit de l'Union ne prévoit pas de limitation aux effets juridiques de l'invalidité de la clause en cause.

C – *Sur la seconde question*

75. La seconde question préjudicielle est composée de deux sous-questions. Par la première sous-question, la juridiction de renvoi aimerait savoir si l'indication erronée du TAEG dans un contrat de crédit à la consommation constitue une pratique commerciale déloyale en vertu de la directive 2005/29. Par sa seconde sous-question, la juridiction de renvoi souhaite savoir quelles sont les conséquences qu'une telle qualification de pratique commerciale déloyale peut avoir sur la validité du contrat en cause.

1. Première sous-question: l'indication erronée du TAEG en tant que pratique commerciale déloyale

a) La directive 2005/29

76. S'agissant de la première sous-question, il convient de faire observer tout d'abord que la directive 2005/29 harmonise totalement les règles sur les pratiques commerciales déloyales des entreprises par rapport aux consommateurs. Cela a pour conséquence que les États membres — autrement que pour la transposition de la directive 93/13 — ne peuvent adopter des mesures plus sévères que celles prévues dans la directive, et ce même pour atteindre un niveau de protection plus élevé des consommateurs [32].

27 — Idem (points 28 et 29).

28 — Dans le cadre de l'exercice du pouvoir qui leur est attribué à l'article 8 de la directive, les États membres doivent respecter les limitations générales du droit de l'Union; on entend par là le droit primaire, y compris les libertés fondamentales, ainsi que le droit dérivé (Kapnopoulou, E., précité à la note 19, p. 163).

29 — En effet, comme l'explique à juste titre Kapnopoulou, E., (précité à la note 19, p. 162), les États membres ne peuvent prévoir que des règles qui constituent un «plus» au regard du niveau de protection de la directive 93/13 et non pas des règles qui constituent un «aliud», voire même un «moins».

30 — Voir point 67 des présentes conclusions.

31 — À cet égard, s'agissant des activités spécifiques de l'octroi de crédits à des fins commerciales, il convient de tenir compte surtout de la libre prestation de services et, dans une moindre mesure, de la libre circulation des capitaux (voir arrêt du 3 octobre 2006, Fidium Finanz, C-452/04, Rec. p. I-9521, point 43; sur la libre prestation de services, voir Weiss, F., et Wooldridge, F., *Free Movement of Persons within the European Community*, 2e édition, Alphen aan den Rijn, 2007, p. 123 et suiv.). Par contre, en cas de contrats de vente de biens mobiliers, ce sont les dispositions relatives à la libre circulation des marchandises qui sont pertinentes.

32 — Arrêts du 23 avril 2009, VTB-VAB et Galatea (C-261/07 et C-299/07, Rec. p. I-2949, point 52); du 14 janvier 2010, Plus Warenhandelsgesellschaft (C-304/08, Rec. p. I-217, point 41), et du 9 novembre 2010, Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag (C-540/08, Rec. p. I-10909, points 27 et 30).

77. Une des dispositions principales de la directive 2005/29 est l'article 5, qui interdit les pratiques commerciales déloyales et en outre donne des critères permettant de déterminer le caractère déloyal. Ainsi, selon l'article 5, paragraphe 2, une pratique commerciale est déloyale si elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle et si elle altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique, par rapport au produit, du consommateur moyen. Par ailleurs, l'article 5, paragraphe 4, de la directive définit deux catégories précises de pratiques commerciales déloyales, à savoir les «pratiques commerciales trompeuses» et les «pratiques commerciales agressives» qui correspondent aux critères indiqués respectivement aux articles 6 et 7, et 8 et 9. Enfin, la directive établit à l'annexe I une liste exhaustive de 31 pratiques commerciales qui, selon l'article 5, paragraphe 5, sont réputées déloyales «en toutes circonstances». Ensuite, comme l'indique expressément le dix-septième considérant de la directive, seules ces pratiques commerciales peuvent être considérées comme déloyales sans une évaluation au cas par cas au titre des dispositions des articles 5 à 9.

78. Dès lors, aux fins de l'application du droit par les juridictions nationales et par les autorités administratives, il convient tout d'abord de se référer aux 31 cas de pratiques commerciales déloyales figurant à l'annexe I. Si une pratique commerciale peut relever d'un de ces cas, elle doit être interdite. Il n'y a alors pas lieu de procéder à une plus ample analyse, par exemple quant aux effets de la pratique concernée. Si le cas de figure concerné ne relève pas de cette liste, il convient d'examiner s'il correspond à l'un des exemples régis par la clause générale, relative aux pratiques commerciales trompeuses ou agressives. Ce n'est que dans la négative que l'article 5, paragraphe 1, de la directive 2005/29 s'applique [33].

b) Champ d'application de la directive 2005/29

i) Existence d'une pratique commerciale

79. Avant d'examiner le caractère déloyal d'une pratique commerciale au regard de l'ensemble des éléments du cas donné, il convient de déterminer si la présente espèce relève bien du champ d'application de la directive 2005/29. À cet égard, l'activité économique dont il s'agit dans l'affaire au principal, à savoir la conclusion d'un contrat de crédit à la consommation, devrait correspondre à la définition légale de la notion de «pratiques commerciales des entreprises vis-à-vis des consommateurs» contenue à l'article 2, sous d), de la directive 2005/29.

80. À ce sujet, il convient de préciser que l'article 2, sous d), de la directive définit la notion de «pratiques commerciales» au moyen d'une formulation particulièrement large comme étant «toute action, omission, conduite, démarche ou communication commerciale, y compris la publicité et le marketing, de la part d'un professionnel, en relation directe avec la promotion, la vente ou la fourniture d'un produit aux consommateurs» [34]. Par conséquent, cette définition vise également toutes les actions d'un professionnel destinées à conduire le consommateur à conclure un contrat [35]. Selon cette large définition, le fait de proposer à des fins commerciales des transactions du crédit à des consommateurs, comme cela est le cas dans l'affaire au principal, peut être considéré comme une opération liée à la vente d'un produit, à savoir un service financier. Cela signifie, contrairement à l'opinion du gouvernement slovaque [36], que l'affaire au principal constitue un cas de «pratique commerciale» au sens de l'article 2, sous d), de la directive 2005/29.

33 — Voir point 74 de mes conclusions du 3 septembre 2009 dans l'affaire Plus Warenhandelsgesellschaft (précitée à la note 32).

34 — Voir arrêt Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag (précité à la note 32, point 17).

35 — Voir Orlando, S., «The Use of Unfair Contractual Terms as an Unfair Commercial Practice», *European Review of Contract Law*, volume 7, 2007, n° 1, p. 40, pour qui les pratiques commerciales englobent tous les actes d'un professionnel pouvant influencer la décision du consommateur quant à la conclusion d'un contrat.

36 — Voir point 13 des observations du gouvernement slovaque.

ii) Signification de la règle de délimitation de l'article 3, paragraphe 2, de la directive

81. Dans la mesure où l'activité en cause dans l'affaire au principal correspond à la définition des «pratiques commerciales» au sens le plus large, elle relève également du champ d'application de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2005/29.

82. Dans ce contexte, la question se pose toutefois de savoir si la directive 2005/29 est bien pertinente pour le traitement de la problématique de l'affaire au principal. Il se pourrait qu'elle ne soit pas applicable aux conséquences juridiques. À cet effet, il conviendrait néanmoins de déterminer tout d'abord l'objet de la demande de décision préjudicielle. Il résulte d'une lecture attentive des questions préjudicielles et des explications de la décision de renvoi que la juridiction de renvoi aimerait surtout savoir si le droit de l'Union s'oppose au fait qu'un vendeur ait fourni des informations inexactes lors de la conclusion d'un contrat de consommation — en l'espèce l'indication d'un TAEG inférieur au taux réel — et s'il le sanctionne en ordonnant l'invalidité de la clause contractuelle en cause.

83. La question de la pertinence de la directive 2005/29 se pose précisément avec une certaine acuité, parce que cette directive ne contient pas de dispositions prévoyant comme conséquence juridique l'invalidité d'une telle clause. Au lieu de cela, l'article 3, paragraphe 2, de cette même directive prévoit qu'elle «s'applique sans préjudice du droit des contrats, ni, en particulier, des règles relatives à la validité, à la formation ou aux effets des contrats». Cette règle doit être interprétée dans le sens d'une règle de délimitation tant au regard de son libellé («sans préjudice») que de sa situation dans l'article 3 qui régit le champ d'application de la directive ainsi que son rapport avec d'autres instruments juridique de l'Union; cette règle de délimitation qui, selon la volonté explicite du législateur de l'Union, vise à donner la possibilité de se prévaloir des dispositions particulières du droit de l'Union, et ce indépendamment de l'application éventuelle de la directive 2005/29. On vise à garantir de cette manière que les outils prévus pour protéger le consommateur dans les différents instruments juridiques en cause puissent demeurer applicables. Selon l'approche sous-jacente à la règle de l'article 3, paragraphe 2, le fait que la directive 2005/29 soit applicable à une situation factuelle donnée ne peut, en aucune manière, amoindrir les possibilités de recours dont dispose le consommateur en droit des contrats — comme la résiliation du contrat ou la réduction de la contrepartie.

84. Parmi les règles régissant le droit des contrats, et notamment la validité d'un contrat, mentionnées à l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2005/29 figurent sans aucun doute les dispositions de la directive 93/13. En effet, le système de protection créé par cette directive et décrit ci-dessus, dont l'élément essentiel est la règle prévue à l'article 6, concerne des aspects du droit des contrats, d'autant plus qu'il s'agit de la validité de clauses individuelles utilisées par des professionnels dans leurs relations avec des consommateurs. Le système de protection régit des relations juridiques sur la base de contrats individuels entre deux catégories différentes de particuliers en ce sens que les clauses abusives ne doivent pas lier le consommateur; à cet égard les États membres doivent veiller à ce que leur droit civil prévoie également ces conséquences juridiques [37]. Cela signifie que, en cas d'application conséquente de la règle de délimitation de l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2005/29, les dispositions de la directive 93/13 demeureraient entièrement applicables.

37 — Voir en ce sens Orlando, S. (précité à la note 35, p. 35), en soulignant que l'article 6 de la directive 93/13 régit le traitement juridique des clauses abusives, à savoir un aspect des relations juridiques contractuelles individuelles entre professionnels et consommateurs. Dans le même sens, voir Tilmann, I., *Die Klauselrichtlinie 93/13/EWG auf der Schnittstelle zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht*, p. 10, selon lequel la directive 93/13 se voit reconnaître une importance particulière au regard de l'unification du droit privé dans l'Union européenne dans le cadre des directives de protection des consommateurs, parce qu'elle concernerait un domaine central du droit privé. Le droit national des contrats des États membres aurait connu des changements considérables à la suite de la transposition de la directive. Celle-ci conduirait à une harmonisation progressive de la législation des différents systèmes juridiques en matière de contrats qui préparerait le chemin vers la formation d'un droit privé européen. Dans le même sens, voir également Basedow, J., «Grundlagen des europäischen Privatrechts», *Juristische Schulung*, 2004, p. 94, qui considère que la transposition de la directive 93/13 constitue un élément de l'harmonisation du droit privé et précise à cet égard que la directive 93/13 a été transposée sous différentes formes comme dans les codes civils nationaux (Allemagne, Italie, Pays-Bas), dans des lois distinctes relatives à la protection des consommateurs (Autriche, France, Grèce et partiellement également en Finlande et en Espagne), dans des lois particulières relatives aux pratiques du commerce (Belgique), par le biais de contrats de consommation (Suède), au moyen de conditions générales (Espagne, Portugal) ainsi que récemment par un instrument juridique reprenant presque littéralement la directive (Royaume-Uni, Irlande). Selon Micklitz, H.-W., «AGB-Gesetz und die EG-Richtlinie über missbräuchliche Vertragsklauseln in Verbraucherverträgen», *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 1993, p. 533, avec la directive 93/13, l'Union européenne intervenait pour la première fois au cœur du droit civil.

85. Dans la mesure où ce n'est pas la directive 2005/29, mais bien la directive 93/13, qui prévoit sous certaines conditions les conséquences juridiques de l'invalidité de certaines clauses contractuelles, il convient de considérer en fin de compte cette première directive comme étant en substance dépourvue de pertinence dans le cadre du traitement de la présente espèce. Aucune de ses dispositions ne peut être invoquée en tant que base juridique d'une déclaration d'invalidité de la clause faisant l'objet de la présente procédure [38]. D'ailleurs, la juridiction de renvoi semble elle aussi se fonder implicitement sur cette thèse dans la mesure où, par sa seconde sous-question, elle aimerait savoir quelles sont les conséquences juridiques qu'aurait la qualification de pratique commerciale déloyale en vertu de la directive 2005/29 sur l'application de l'article 6 de la directive 93/13. La juridiction de renvoi s'interroge dès lors sur les interactions existant entre les articles 5 et suivants de la directive 2005/29 et l'article 6 de la directive 93/13, ce qui signifie que cette dernière disposition doit elle aussi être interprétée.

iii) Conclusion intermédiaire

86. En résumé, il convient de conclure que, s'agissant des conséquences juridiques, la directive 2005/29 ne s'applique en tout état de cause pas à une situation telle que celle de l'affaire au principal.

c) Existence d'une pratique commerciale déloyale

i) Nécessité d'une interprétation cohérente du droit de la protection des consommateurs

87. Dans ce contexte, il n'est en principe plus nécessaire d'examiner si les activités en cause en l'espèce remplissent les critères liés à la notion de «pratiques commerciales déloyales» au sens des articles 5 et suivants de la directive 2005/29.

88. Toutefois, la décision du législateur de ne pas laisser s'appliquer la directive 2005/29 aux conséquences juridiques dans certains cas individuels ne signifie pas obligatoirement que les valeurs qu'il a choisies et sur lesquelles se fondent les dispositions de cette directive ne doivent pas avoir d'effets sur l'interprétation d'autres instruments juridiques régissant la relation entre professionnels et consommateurs. Il ressort d'une analyse systématique des instruments juridiques adoptés en vue de la protection des consommateurs qu'il existe de nombreux liens entre ces instruments juridiques dont il faudra également tenir compte dans le cadre de l'interprétation [39]. C'est la raison pour laquelle les instruments juridiques de l'Union en matière de protection des consommateurs doivent être perçus comme des éléments d'une réglementation globale uniforme venant se compléter l'un l'autre. Cette

38 — Comme l'explique à juste titre Abbamonte, G., «The Unfair Commercial Practices Directive and its General Prohibition», *The regulation of unfair commercial practices under EC Directive 2005/29 — New rules and new techniques*, Norfolk, 2007, p. 16, le fait qu'un consommateur ait conclu un contrat parce qu'il a été la victime d'une pratique commerciale déloyale doit être considéré comme dépourvu de pertinence au regard de la directive 2005/29, parce que cette directive ne prévoit aucun moyen juridique visant à obtenir l'invalidité du contrat. Par contre, la directive 2005/29 ne va pas restreindre les possibilités de recours qui sont reconnues au consommateur par le droit des contrats. Par conséquent, le consommateur devra diligenter ses recours devant les juridictions civiles et, à cet égard, le fait que le contrat ait été conclu au moyen de pratiques commerciales déloyales constitue un aspect important que le juge civil devra prendre considération.

39 — Voir Orlando, S. (précité à la note 35, p. 38), qui parle de la nécessité d'une coordination normative entre les directives 2005/29 et 93/13 afin d'écarter les risques de conflits. L'auteur souligne, à juste titre, que la difficulté d'une coordination des directives par la voie de l'interprétation résulte de la complexité structurelle particulière du droit de l'Union. L'interaction entre les différentes directives n'apparaîtrait pas toujours au premier regard. C'est la raison pour laquelle il ne serait pas toujours facile de procéder à une interprétation cohérente et s'étendant sur tous les instruments juridiques

fragmentation juridique [40], existant encore à ce jour en droit de la protection des consommateurs, est la conséquence d'un développement historique dans le déroulement duquel le législateur de l'Union a progressivement et en fonction de l'acquis communautaire régi certains aspects dans la perspective de la réalisation d'un vrai marché intérieur pour les transactions entre entreprises et consommateurs. La directive 2005/29 renonce à régir le droit des contrats également pour la simple raison que ces aspects ont déjà été réglementés par le législateur de l'Union, notamment dans la directive 93/13. Ces deux directives régissent chacune leur propre domaine: la directive 2005/29 interdit l'utilisation des pratiques commerciales déloyales qui pourraient influencer substantiellement le comportement économique des consommateurs, tandis que la directive 93/13 contient l'interdiction de l'utilisation des clauses abusives dans les transactions avec des consommateurs.

89. Nonobstant l'existence d'instruments juridiques autonomes, il n'est pas toujours aisé d'établir une délimitation claire des champs d'application respectifs des différentes directives. Cela s'explique, d'une part, par le fait que les activités visées par les directives s'enchevêtrent souvent en réalité. D'autre part, la notion de «pratiques commerciales» est formulée de manière très large et englobe en fin de compte un grand nombre d'activités commerciales. Cela fait certainement de la directive 2005/29 une réglementation générale par rapport à des réglementations spécifiques telles que la directive 93/13 [41]. La finalité de la règle de délimitation de l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2005/29 est d'assurer que les deux directives ne se superposent pas entre elles quant à leurs conséquences juridiques.

90. Toutefois, cette délimitation n'est pas une fin en soi, mais s'inscrit dans un cadre réglementaire donné créé par le législateur de l'Union. Elle ne peut notamment pas avoir pour conséquence qu'une situation de fait à laquelle les deux directives seraient applicables soit appréciée de manière différente du point de vue juridique. En revanche, il est nécessaire de procéder à une interprétation cohérente des dispositions pertinentes afin d'éviter les appréciations contradictoires. Cela est d'autant plus nécessaire que les deux directives présentent entre elles des convergences quant aux objectifs de protection en ce sens qu'elles visent toutes deux à protéger les facultés de jugement et la liberté de décision dans les transactions commerciales [42].

40 — Les déficits en matière d'harmonisation minimale et l'approche sectorielle ont rendu nécessaires une convergence renforcée et une analyse des divergences existant en droit de la consommation (voir Alpa, G., Conte, G., et Carleo, R., «La costruzione del diritto dei consumatori», *I diritti dei consumatori*, édité par G. Alpa, volume 1, p. 5). La discussion relative à la poursuite du développement du droit européen des consommateurs remonte à l'année 1999, lorsque le Conseil a reconnu dans la déclaration finale de Tampere la nécessité éventuelle d'une harmonisation renforcée des règles de droit civil des États membres (voir, à ce sujet, Čikara, E., *Gegenwart und Zukunft der Verbraucherkreditverträge in der EU und in Kroatien*, Vienne, 2010, p. 47; sur les tentatives ponctuelles d'harmonisation en droit de la concurrence déloyale, voir Wunderle, T., *Verbraucherschutz im Europäischen Lauterkeitsrecht*, Tübingen, 2010, p. 97 et suiv.). À cette époque a commencé l'intensification des efforts de la Commission en vue de consolider le droit des contrats. La communication présentée par la Commission en 2003, «Un droit européen des contrats plus cohérent — Un plan d'action», a proposé la préparation d'un «cadre de référence commun» en tant qu'instrument avec option d'acceptation qui devait contenir des règles et une terminologie commune du droit européen des contrats. Par la suite, le groupe de travail «Study Group on a European Civil Code», un réseau européen de chercheurs, a rédigé un projet d'un cadre de référence commun. Sur la base de ces préparatifs, la Commission a engagé en avril 2010 un groupe d'experts chargés du cadre de référence commun du droit européen des contrats qui a présenté, le 3 mai 2011, une étude de faisabilité. Cette étude présente un système cohérent de règles en matière de droit des contrats qui pourraient à l'avenir être utilisées comme un instrument européen optionnel en droit des contrats [voir, à ce sujet, également le livre vert de la Commission relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises, COM(2010) 348 final, et notamment l'option n° 4]. Dans ce contexte, il ne faut pas oublier de citer le projet de directive du Parlement européen et du Conseil sur les droits des consommateurs, dont l'objectif est de remédier à la fragmentation juridique existante en droit des consommateurs. Le point de vue du Parlement européen adopté en première lecture, le 23 juin 2011, dans le cadre de l'adoption de cette directive prévoit une modification des directives 93/13 et 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil, du 25 mai 1999, sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation (JO L 171, p. 12), ainsi qu'une abrogation de la directive 85/577/CEE du Conseil, du 20 décembre 1985, concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux (JO L 372, p. 31), et de la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil, du 20 mai 1997, concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance (JO L 144, p. 19); à cet égard, ces deux directives devraient être remplacées par une directive unique.

41 — Voir également Orlando, S. (précité à la note 35, p. 38 et 40), avec référence à la définition étendue de la notion de «pratiques commerciales». Selon lui, le législateur de l'Union a, par la directive 2005/29, introduit dans l'ordre juridique de l'Union le «droit général» en ce sens qu'il a adopté une série de règles contenant des principes généraux, des concepts et des critères.

42 — Voir sixième, septième et huitième considérants de la directive 2005/29 ainsi que huitième et quinzième considérants de la directive 93/13.

91. Le lien étroit existant entre les deux directives peut s'illustrer au moyen de quelques cas: ainsi, on peut imaginer, dans le cas de l'affaire au principal, que le caractère déloyal d'une pratique commerciale réside précisément dans l'utilisation de clauses abusives au sens de la directive 93/13 [43] dans les contrats de consommation. Si le professionnel fait usage de telles clauses, cela peut être considéré comme un acte trompeur dans la mesure où une information erronée est transmise et/ou le consommateur n'est pas informé de la portée effective des droits et des obligations contractuels — en particulier en ce qui concerne les droits et obligations découlant des clauses abusives et, partant, invalides à l'égard du consommateur. Il conviendrait d'apprécier de la même manière une situation dans laquelle le professionnel rédige de manière ambiguë et prêtant à confusion des clauses centrales du contrat afin de priver le consommateur des informations essentielles. Mais, à l'inverse, il est également concevable que des informations erronées, et donc trompeuses, inscrites dans une clause contractuelle au sens de la directive 2005/29 impliquent précisément qu'il soit question d'une pratique commerciale déloyale. Ce dernier cas est précisément la situation dont la juridiction de renvoi présume l'existence et que j'examinerai plus en détail ci-dessous.

92. Par conséquent, dans l'intérêt d'une interprétation cohérente du droit relatif à la protection des consommateurs de l'Union, il apparaît nécessaire d'examiner si l'indication d'un TAEG au taux réel peut être qualifiée de «pratique commerciale déloyale» au sens des articles 5 et suivants de la directive de 2005/29. J'examinerai, dans le cadre de la seconde sous-question, les conclusions qu'il convient de tirer d'une telle appréciation pour l'interprétation de la directive 93/13.

ii) Examen du caractère déloyal de la pratique commerciale

93. L'existence d'une «pratique commerciale déloyale» doit être examinée selon le schéma d'examen décrit au point 78 des présentes conclusions.

– Existence d'une action trompeuse au sens des dispositions combinées de l'article 5, paragraphe 4, sous a), et de l'article 6, paragraphe 1, sous d), de la directive 2005/29

94. Il y a lieu de constater tout d'abord que l'indication erronée d'un montant tel que le TAEG dans un contrat de crédit à la consommation ne correspond à aucun des cas de pratiques commerciales déloyales mentionnés à l'annexe I de la directive. Dans la mesure où de telles indications ne sont pas énumérées dans les pratiques commerciales de l'annexe I qui sont considérées en toutes circonstances comme étant déloyales, elles ne pourraient être en principe interdites que si elles constituaient des pratiques commerciales déloyales, par exemple parce qu'elles sont trompeuses ou agressives au sens de la directive.

Action positive du professionnel

95. Compte tenu du fait que, dans l'affaire au principal, il convient d'exclure d'emblée l'existence d'une pratique commerciale agressive à défaut d'éléments éventuels permettant de conclure en l'existence de moyens d'intimidation, de menaces, de violences ou d'autres formes d'influences illicites, il reste à établir alors si les éléments liés à une pratique commerciale trompeuse au titre de l'article 5, paragraphe 4, sous a), de la directive 2005/29 sont établis. À cet égard, je tiens à souligner que la

43 — En ce sens, Orlando, S. (précité à la note 35, p. 25), qui examine la question de savoir si l'utilisation de clauses déloyales au sens de la directive 93/13 constitue en même temps une pratique commerciale déloyale au sens de la directive 2005/29. La question reçoit une réponse affirmative: une telle utilisation devrait surtout être considérée comme une pratique commerciale trompeuse dans la mesure où, en règle générale, une fausse information a été transmise ou bien que le consommateur est resté dans l'ambiguïté au sujet de ces droits et obligations dans le cadre de l'exécution du contrat, notamment au regard des droits et des obligations résultant des clauses contractuelles abusives (et, partant, invalides). L'auteur précise par ailleurs que la formulation ambiguë et prêtant à confusion de clauses centrales peut être considérée comme une rétention d'informations importantes au sens de l'article 7 de la directive 2005/29.

directive fait une distinction entre les actions trompeuses (article 6) et les omissions (article 7), et ces deux catégories font l'objet d'une réglementation distincte. Cela signifie que, pour pouvoir effectuer une appréciation juridique appropriée de l'affaire au principal, il convient d'identifier tout d'abord le type d'action en cause.

96. Une pratique commerciale telle que celle de l'affaire au principal consistant en l'indication dans un contrat de crédit d'un TAEG inférieur à la réalité relève plutôt, selon moi, de la première catégorie, parce que la décision du consommateur au sujet de la transaction est influencée en grande partie par une action positive de la part du professionnel, et ce au moyen d'indications erronées sur un élément du contrat qu'il y a lieu de considérer comme essentiel au sens de l'article 6, paragraphe 1, de la directive. Un tel comportement ne peut pas uniquement être considéré comme une omission découlant de la rétention d'informations. Par conséquent, contrairement à la thèse du gouvernement allemand [44], l'application de la règle contenue à l'article 7, paragraphe 1, de la directive qui concerne le cas particulier de l'omission des informations pertinentes est exclue en l'espèce.

Influence de la décision du consommateur

97. Les éléments du contrat considérés par le législateur comme essentiels sont énumérés à l'article 6, paragraphe 1. Se fondant sur une interprétation large et, partant, favorable au consommateur des dispositions de la directive, le TAEG prévu dans un contrat de crédit à la consommation peut en principe relever de la notion de «prix» au sens de l'article 6, paragraphe 1, sous d), d'autant plus que ce TAEG doit, en vertu de la définition légale contenue à l'article 1^er, paragraphe 2, sous e), de la directive 87/102, être considéré comme un élément du coût total que le consommateur doit prendre en charge pour obtenir un crédit. Les intérêts constituent, du point de vue juridique, la rémunération d'un emprunt accordé pour une durée déterminée. Dès lors, un calcul inexact du TAEG dont il est question dans l'affaire au principal, selon la juridiction de renvoi, peut également être considéré comme un «calcul du prix» au sens de cette disposition.

98. Dans ce contexte, il convient de souligner que le fait que la juridiction de renvoi ait qualifié le calcul du prix d'erroné lie la Cour, premièrement, parce que, selon l'article 1^er, paragraphe 2, sous e), de la directive 87/102, le calcul du TAEG s'effectue selon les méthodes appliquées dans les États membres dont la correcte application peut être vérifiée par les juridictions nationales elles-mêmes et, deuxièmement, parce que les juridictions nationales sont compétentes pour établir les faits dans le cadre des procédures préjudicielles.

99. S'agissant des autres conditions de l'article 6, paragraphe 1, de la directive 2005/29, il convient de constater que des indications erronées concernant le TAEG — précisément lorsque celui-ci est indiqué de manière substantiellement inférieure à ce qu'il est réellement — permettent également de tromper le consommateur moyen et de l'inciter à conclure une transaction, décision qu'il n'aurait pas prise autrement. En effet, on peut considérer de manière réaliste qu'un consommateur moyen réunit généralement les offres de plusieurs fournisseurs de crédit potentiels et prend sa décision d'acceptation d'un crédit sur la base d'une comparaison de ces offres, en ce compris les coûts prévisibles qui y sont liés. En d'autres termes, les conditions de crédit comparativement avantageuses ont en règle générale une influence décisive dans la formation de la volonté du consommateur.

100. Le droit de l'Union tient compte de l'intérêt du consommateur à l'information en exigeant expressément dans la directive 87/102, qui a été adoptée à la fois en vue de la création d'un marché commun du crédit à la consommation (troisième à cinquième considérants) et pour protéger les consommateurs qui s'engagent dans de tels crédits (sixième, septième et neuvième considérants), que le consommateur soit informé de manière appropriée au sujet des conditions et des coûts du crédit et au sujet de ses obligations. Cela résulte, d'une part, du huitième considérant et, d'autre part, de

44 — Point 43 des observations du gouvernement allemand.

l'exigence contenue à l'article 4, paragraphe 2, sous a), de la directive 87/102 selon laquelle le contrat écrit doit contenir le TAEG. L'obligation selon laquelle l'emprunteur doit disposer, lors de la conclusion du contrat, de l'ensemble des éléments susceptibles d'avoir une incidence sur la portée de son engagement a pour objectif, ainsi que la Cour l'a répété dans sa jurisprudence, de protéger le consommateur contre des conditions de crédit inéquitables et de lui permettre d'avoir une entière connaissance des conditions de l'exécution future du contrat souscrit [45].

101. Les dispositions mentionnées ci-dessus de la directive 87/102 prouvent que le TAEG constitue une indication essentielle dans le cadre de la conclusion des contrats de crédit [46], sans laquelle le consommateur ne peut en règle générale pas adopter de décision raisonnable. Par conséquent, le consommateur dépend de manière importante de l'exactitude de cette indication. Toute tromperie concernant cette information, qu'elle soit intentionnelle ou non intentionnelle, a forcément des effets désavantageux pour lui. Ne serait-ce qu'en raison de l'importance de cette indication pour la capacité du consommateur à prendre sa décision et des graves conséquences d'une décision erronée, l'article 3 de la directive 87/102 exige qu'il soit informé bien avant la conclusion du contrat, à savoir au stade de la publicité.

102. L'opinion que je défends et selon laquelle des indications erronées lors de la conclusion des contrats de crédit sont en principe aptes à influencer la décision d'un consommateur à s'engager dans une transaction au sens de la directive de 2005/29 s'appuie par ailleurs sur le dixième considérant de cette directive qui, ainsi que l'expose à juste titre le gouvernement slovaque [47], établit d'une certaine manière un lien avec la directive 87/102 pertinente en l'espèce. Il en résulte que la directive 2005/29 «apporte une protection aux consommateurs lorsqu'il n'existe aucune législation sectorielle spécifique à l'échelon communautaire et interdit aux professionnels de donner une fausse impression de la nature des produits». Par ailleurs, le législateur précise dans sa directive que «ceci est particulièrement important dans le cas de produits complexes comportant un niveau de risque élevé pour les consommateurs, *comme certains produits liés à des services financiers*» [48]. Ces remarques montrent que le législateur de l'Union était parfaitement conscient de la nature des risques existants pour le consommateur dans ce secteur économique particulier. Dans l'affaire au principal, ce risque s'est précisément réalisé dans la conclusion du contrat de crédit.

103. Il en résulte qu'il existe objectivement une action trompeuse au sens des dispositions combinées de l'article 5, paragraphe 4, sous a), et de l'article 6, paragraphe 1, sous d), de la directive 2005/29. Par conséquent, l'indication erronée du TAEG dans un contrat de crédit à la consommation constitue, en fin de compte, une «pratique commerciale déloyale» au sens de cette directive.

– À titre subsidiaire: constatation d'un manquement à la diligence professionnelle

104. Enfin, il convient d'examiner brièvement si les conditions tenant à un manquement à la diligence professionnelle au titre de l'article 5, paragraphe 2, sous a), de la directive 2005/29 ont été remplies, conditions auxquelles font référence à la fois la juridiction de renvoi [49] et d'autres parties à la procédure dans leurs observations.

105. Comme l'indique le libellé de l'article 5, paragraphe 4 («en particulier»), de la directive 2005/29, les pratiques commerciales trompeuses et agressives constituent simplement des formes particulières de pratiques commerciales déloyales. Cette disposition ne contient pas non plus de référence autonome à la notion de diligence professionnelle en raison du fait qu'une relation trompeuse, voire même agressive, avec des consommateurs est considérée par le législateur comme étant en soi déjà

45 — Ordonnance Pohotovosť (précitée à la note 6, point 68) et arrêt du 23 mars 2000, Berliner Kindl Brauerei (C-208/98, Rec. p. I-1741, point 21).

46 — Ordonnance Pohotovosť (précitée à la note 6, point 70) et arrêt du 4 mars 2004, Cofinoga (C-264/02, Rec. p. I-2157, points 26 et 27).

47 — Point 14 des observations du gouvernement slovaque.

48 — Dixième considérant (soulignement ajouté).

49 — Page 11 de la décision de renvoi.

incompatible avec les exigences de diligence professionnelle. C'est la raison pour laquelle, dans le cadre de l'application de cette directive, il n'est pas nécessaire d'examiner si une pratique commerciale trompeuse et/ou agressive est bien conforme aux exigences de diligence professionnelle d'un professionnel. Une telle appréciation juridique ne s'avérera nécessaire que si l'on envisage une application de la clause générale prévue à l'article 5, paragraphe 1 [50]. Par ailleurs, il en va de même en ce qui concerne le critère de l'«altération substantielle du comportement économique des consommateurs moyens» mentionné à l'article 5, paragraphe 2, sous b), qui correspond en substance à l'exigence prévue à l'article 6, paragraphe 1, selon laquelle la pratique commerciale doit être susceptible d'influencer la décision du consommateur.

106. Compte tenu du fait que, selon l'analyse juridique des faits entreprise ici, une action trompeuse au sens de l'article 5, paragraphe 4, sous a), de la directive 2005/29 est déjà établie, je considère qu'il n'est pas nécessaire d'examiner ces aspects de manière séparée. Ce n'est qu'à titre préventif que je souligne que des indications erronées concernant le TAEG, à la suite d'un calcul inexact de celui-ci, constituent un manquement à la diligence professionnelle. En effet, il est permis d'attendre d'un professionnel qu'il exerce ses activités économiques dans le respect de la législation pertinente et accorde un soin particulier à ses relations avec un consommateur, d'autant plus que ce dernier doit se fier à l'expertise du professionnel. Comme je l'ai déjà exposé ci-dessus en lien avec la finalité de l'article 6 de la directive 93/13 [51], le besoin particulier de protection du consommateur découle du fait que celui-ci se trouve en règle générale dans une position de négociation plus faible que le professionnel et dispose de moins d'informations. Cette situation conduit à ce qu'il soit plutôt enclin à approuver les conditions établies préalablement par le professionnel sans pouvoir exercer une influence sur leur contenu. Il ne peut être remédié à cette situation que lorsqu'il est exigé du professionnel qu'il respecte strictement certaines obligations d'information.

107. Par conséquent, cela signifie que, sur la base d'un examen à titre subsidiaire au moyen des critères de la clause générale de l'article 5, paragraphe 2, de la directive 2005/29, il y a lieu de conclure qu'il y a dans l'affaire au principal une «pratique commerciale déloyale».

d) Conclusion intermédiaire

108. Eu égard aux considérations qui précèdent, il convient de répondre à la première sous-question que la directive 2005/29 doit être interprétée en ce sens que le comportement d'un professionnel qui indique dans le contrat un TAEG inférieur au taux réel satisfait aux critères de la qualification de pratique commerciale déloyale.

2. Seconde sous-question: les conséquences des pratiques commerciales déloyales sur la validité du contrat

109. La seconde sous-question concerne les conséquences éventuelles pour la validité du contrat en cause dans le cadre de la directive 93/13 que pourrait avoir la qualification de la pratique commerciale du cas d'espèce comme étant déloyale au sens de la directive 2005/29. À cet effet, il convient d'examiner tant la pertinence pour le cas d'espèce de chaque instrument juridique considéré individuellement que la manière avec laquelle ces instruments interagissent.

50 — Selon Abbamonte, G. (précité à la note 38, p. 28), l'examen d'un manquement à la diligence professionnelle est superflu s'il existe dans le cas d'espèce une pratique commerciale trompeuse et/ou agressive. En effet, une telle pratique commerciale viole automatiquement toute obligation de diligence professionnelle. Dans le même sens, voir Henning-Bodewig, F., «Die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken», *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht — Internationaler Teil*, 2005, points 8/9, p. 631, qui précise que la clause générale de l'article 5, paragraphe 1 (qui est précisée à son tour à l'article 5, paragraphe 2), ne s'applique que si les faits concrets de l'espèce ne relèvent pas de la «liste noire» des pratiques commerciales déloyales mentionnée à l'annexe I de la directive et qu'aucun des exemples de cas (pratiques commerciales trompeuses et/ou agressives) de la clause générale ne se présente.

51 — Points 43 et suiv. des présentes conclusions.

a) Pertinence de la directive 87/102

110. À cet égard, il convient de constater qu'aucune conclusion immédiate ne saurait être tirée d'une violation de l'obligation d'information ancrée à l'article 4, paragraphe 2, sous a), de la directive 87/102 en ce qui concerne la question d'une éventuelle invalidité partielle ou même totale du contrat de crédit, d'autant que l'article 14, paragraphe 1, de cette directive se limite à prescrire que «[l]es États membres veillent à ce que les contrats de crédit ne dérogent pas, au détriment du consommateur, aux dispositions de droit national qui mettent en application la présente directive ou qui lui correspondent». Il est exact que, dans la procédure au principal, en raison de l'indication erronée du TAEG, il est objectivement question d'une infraction à cette obligation d'information. Toutefois, la directive ne prévoit pas de règles détaillées sur la base desquelles les juridictions nationales seraient par exemple tenues de déclarer l'invalidité du contrat de crédit. Dès lors que la directive 87/102 ne définit pas quelles sont les conséquences juridiques d'une violation de l'obligation d'information, elle n'est pas pertinente pour répondre à la seconde sous-question.

b) Pertinence de la directive 2005/29

111. En revanche, les dispositions de la directive 2005/29 sont plus claires dans la mesure où, comme je l'ai déjà exposé [52], selon l'article 3, paragraphe 2, elles s'appliquent sans préjudice du droit des contrats, ni, en particulier, des règles relatives à la validité, à la formation ou aux effets des contrats. Certes, l'article 13 prévoit l'obligation des États membres de déterminer le «régime des sanctions applicables aux violations des dispositions nationales prises en application de la présente directive». Toutefois, une interprétation selon laquelle on pourrait prévoir comme sanction également la validité d'une clause contractuelle serait clairement contraire à la disposition citée en premier. Une telle interprétation ne serait pas tenable compte tenu de la décision explicite du législateur que le droit des contrats ne soit pas régi par la directive 2005/29. C'est la raison pour laquelle cette directive n'est pas non plus directement pertinente pour répondre à la seconde sous-question.

c) Pertinence de la directive 93/13

112. L'absence de pertinence de la directive 2005/29 ne s'oppose absolument pas [53] à l'application d'autres instruments juridiques de l'Union et des moyens de recours qu'ils contiennent pour protéger le consommateur. C'est la raison pour laquelle l'application de la directive 93/13 est prise en considération d'autant que son objet, comme je l'ai déjà dit, concerne le droit des contrats et notamment la validité des contrats.

i) Champ d'application de la directive

113. À cet égard, la clause contractuelle litigieuse devrait tout d'abord relever du champ d'application de la directive 93/13. Ce champ d'application est défini à l'article 1^er. Il existe une limitation au champ d'application personnel en ce sens que la directive, selon son article 1^er, paragraphe 1, ne concerne que des clauses dans des contrats conclus entre un professionnel et un consommateur. Il en résulte que tant les contrats entre consommateurs que ceux conclus entre professionnels sont exclus de son champ d'application. Par ailleurs, le champ d'application matériel est défini en ce sens que, selon les dispositions combinées de l'article 1^er, paragraphe 1, et de l'article 2, sous a), ainsi que de l'article 3, paragraphe 1, le contrôle prescrit par la directive porte uniquement sur les «clauses d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle».

52 — Voir points 81 et suiv. des présentes conclusions.

53 — Abbamonte, G. (précité à la note 38, p. 16).

114. Dans l'affaire au principal, il n'est pas contesté que le contrat de crédit que la défenderesse au principal a conclu avec ses clients constitue un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur. Il est permis de déduire du fait — souligné dans la décision de renvoi — que les crédits ont été accordés sur la base de contrats standardisés que le contrat de crédit litigieux n'a pas été négocié individuellement avec le consommateur. Il en résulte que ce contrat relève tant du champ d'application personnel que matériel de la directive.

ii) Importance du contrôle de fond

115. Par ailleurs, la clause qui contient une indication erronée du TAEG devrait pouvoir faire l'objet d'un contrôle de fond au sens de l'article 4, paragraphe 2, de la directive 93/13.

116. Dans ce contexte, je renvoie à l'arrêt Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, dans lequel la Cour a jugé que cette réglementation ne définit pas le champ d'application de la directive 93/13, mais vise plutôt «à établir les modalités et l'étendue du contrôle de fond des clauses contractuelles, n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle, qui décrivent les prestations essentielles des contrats conclus entre un professionnel et un consommateur» [54]. Il s'ensuit 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».

117. S'agissant du classement sous un des objets mentionnés à l'article 4, paragraphe 2, de la directive 93/13, je tiens à souligner que l'indication du TAEG a été considérée par le législateur de l'Union comme étant importante parce qu'elle concerne, en fin de compte, un objet principal du contrat de crédit. En effet, elle donne des éléments au sujet des coûts que l'emprunteur doit rembourser au fournisseur de crédit pour l'obtention de celui-ci. Dès lors, dans le cadre du système des droits et des obligations contractuels des parties, le TAEG est une contrepartie à la prestation principale du fournisseur de crédit. Il en résulte qu'une clause qui contient des indications erronées au sujet des coûts, par exemple parce que le TAEG a été mal calculé, peut faire l'objet d'un contrôle de fond au titre de l'article 4, paragraphe 2, de la directive 93/13, dans la mesure où elle n'a pas été rédigée de manière claire et compréhensible.

118. Cette conclusion peut s'appuyer sur l'ordonnance Pohotovosť, qui présente certaines similitudes avec la présente affaire. Dans l'affaire Pohotovosť, la Cour a examiné notamment la question de savoir si l'absence de mention du TAEG dans un contrat de crédit à la consommation peut constituer un élément décisif dans le cadre de l'analyse par une juridiction nationale du point de savoir si une clause d'un contrat de crédit à la consommation relative au coût de celui-ci dans laquelle ne figure pas une telle mention est rédigée de façon claire et compréhensible au sens de l'article 4 de la directive 93/13. La Cour a répondu par l'affirmative à cette question [55] et a chargé le juge national d'examiner dans chaque cas individuel si la clause litigieuse remplissait les conditions précitées relatives au caractère clair et compréhensible.

119. Toutefois, ce qui a une grande pertinence dans le contexte du présent litige, c'est le fait que, dans son ordonnance, la Cour a reconnu implicitement la possibilité de contrôler une telle clause [56]. Le fait que, dans l'affaire Pohotovosť, il s'agissait d'une absence d'indication et non, comme en l'espèce, d'une indication erronée est dépourvu de pertinence au regard de la possibilité de transposer cette jurisprudence dans la présente affaire, d'autant qu'il s'agit dans les deux cas d'informations importantes qui, contrairement aux obligations explicites du droit de l'Union, n'ont pas été intégrées dans le contrat

54 — Arrêt précité à la note 26, point 34.

55 — Ordonnance précitée à la note 6, point 77.

56 — Idem, point 73.

de crédit. Il s'agit dans les deux situations d'un même objet contractuel en sorte qu'un contrôle de fond est en principe possible. Toutefois, cela dépend en fin de compte de la question de savoir si les conditions liées à la clarté et au caractère compréhensible sont remplies, appréciation qui relève des juridictions nationales compétentes [57].

iii) Caractère abusif de la clause du contrat

120. Par ailleurs, il relève de la compétence du juge national d'apprécier dans un cas d'espèce le caractère abusif de la clause en cause. Cette appréciation doit se faire au moyen des critères généraux que le législateur de l'Union a définis aux articles 3, paragraphe 1, et 4, paragraphe 1, de la directive 93/13 [58]. Comme la Cour l'a établi dans l'arrêt Pannon GSM [59], l'article 3 de ladite directive ne définit que de manière abstraite les éléments qui donnent un caractère abusif à une clause contractuelle qui n'a pas fait l'objet d'une négociation individuelle, tandis que l'annexe à laquelle renvoie l'article 3, paragraphe 3, de la directive ne contient qu'une liste indicative et non exhaustive de clauses qui peuvent être déclarées abusives.

121. Je considère que la question de savoir si la qualification d'une pratique commerciale de «déloyale» au sens de la directive 2005/29 peut avoir en fin de compte une influence sur la qualification d'une clause d'«abusive» au sens de la directive 93/13, ce que présume la juridiction de renvoi dans sa seconde sous-question, ne peut recevoir de réponse qu'au moyen d'une interprétation de l'article 4, paragraphe 1, de la directive 93/13. Comme la Cour l'a clarifié récemment dans l'arrêt VB Pénzügi Lízing [60], les critères généraux mentionnés ci-dessus sont soumis en effet également à la compétence d'interprétation de la Cour.

122. Cette disposition prévoit que «le caractère abusif d'une clause contractuelle est apprécié en tenant compte de la nature des biens ou services qui font l'objet du contrat et en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat, ou d'un autre contrat dont il dépend». En raison de la formulation étendue de cette disposition, le juge national est tenu non seulement de prendre en considération le contenu même du contrat, mais également un grand nombre d'autres facteurs pertinents [61].

123. A fortiori, il y a lieu également de tenir compte des facteurs reflétant les orientations juridiques du législateur. Le fait que, en vertu de la disposition précitée, il convient de tenir compte explicitement de «toutes les circonstances qui entourent la conclusion du contrat» plaide pour cette interprétation. Il résulte de la formulation et de la portée de l'article 4, paragraphe 1, de la directive 93/13 et de l'interaction existant entre les deux directives dans le cadre du droit de l'Union relatif à la protection des consommateurs qu'il y a lieu d'y inclure également les comportements qui, en vertu de la définition de «pratiques commerciales» contenue à l'article 2, sous d), de la directive 2005/29, sont destinés à attirer les clients en vue de la conclusion de contrats de consommation. Un élément montrant que cette interprétation est correcte est le quinzième considérant de la directive 93/13 selon lequel, lors de l'appréciation du caractère abusif de clauses, «il faut prêter une attention particulière […] à la question de savoir si le consommateur *a été encouragé par quelque moyen* […]» [62].

57 — Idem, point 32.

58 — Arrêts du 7 mai 2002, Commission/Suède (C-478/99, Rec. p. I-4147, points 11 et 17); Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (précité à la note 26, point 34); Freiburger Kommunalbauten (précité à la note 22, points 18, 19 et 21), et du 9 novembre 2010, VB Pénzügyi Lízing (C-137/08, Rec. p. I-10847, point 40).

59 — Arrêt précité à la note 8, points 37 à 39.

60 — Arrêt précité à la note 58, point 40.

61 — Brandner, H. E., «Maßstab und Schranken der Inhaltskontrolle bei Verbraucherverträgen», *Monatsschrift für Deutsches Recht*, 4/1997, p. 313.

62 — Soulignement ajouté. Selon Pfeiffer, T. (précité à la note 15, point 13, p. 5), les éléments suivants pourraient avoir une importance dans le cadre de l'atteinte à la liberté de décision: la situation de monopole actuel et juridique d'un cocontractant; un besoin existentiel ou même pressant d'une des parties à la prestation; la formation et l'expérience professionnelle; l'examen préalable manifestement approfondi par le consommateur; l'existence de transactions quotidiennes volatiles; l'existence d'un contrat standardisé; méthodes de persuasion répréhensibles (par exemple, un appel aux capacités d'aide des membres d'une famille contraire aux bonnes mœurs); minimisations (par exemple, signature exigée «seulement pour le dossier») ou bien l'existence de situation de surprises.

124. Il me semble qu'il convient à ce stade que la qualification éventuelle d'une pratique commerciale de «déloyale» selon les critères de la directive 2005/29 doit être intégrée dans l'appréciation du caractère abusif d'une clause d'un contrat. En effet, la qualification de «déloyale» au sens de la directive 2005/29 ne vise rien d'autre qu'une atteinte à la capacité d'appréciation et à la liberté de décision du consommateur que le législateur de l'Union désapprouve. De plus, il convient de souligner que le caractère déloyal d'une pratique commerciale qui s'exprime dans une telle atteinte fait également la lumière sur un facteur essentiel qui participe à l'appréciation du caractère déloyal d'une clause d'un contrat, à savoir si le professionnel a agi éventuellement en violation du principe de bonne foi ancré à l'article 3, paragraphe 1, de la directive 93/13. Cela résulte clairement du quinzième considérant de la directive 93/13. Dans ce contexte, l'article 4, paragraphe 1, de la directive 93/13 peut être considéré d'une certaine manière comme point de départ des appréciations du droit de la concurrence déloyale.

125. La convergence de ces deux directives au regard de l'objectif de protection, ainsi que je l'ai déjà exposé [63], est montrée par le fait que, lorsqu'un professionnel influence la formation de volonté d'un consommateur au moyen d'une pratique commerciale abusive, cela conduit souvent à une perturbation de l'équilibre des relations contractuelles au préjudice du consommateur [64]. Toutefois, cela ne signifie en aucun cas que le caractère déloyal d'une pratique commerciale permet de conclure automatiquement au caractère abusif d'une clause du contrat. En revanche, l'appréciation du caractère abusif d'une clause du contrat devra s'effectuer en première ligne sur la base des dispositions de la directive 93/13 comme étant le droit directement applicable. Le fait que la pratique commerciale ayant conduit à la conclusion du contrat de crédit doit être qualifiée de «déloyale» peut au mieux constituer un élément parmi d'autres sur lequel se fondera l'appréciation du juge compétent en vertu de l'article 4 de la directive 93/13 [65]. Dans cette mesure, je partage la thèse du gouvernement allemand [66] selon laquelle la constatation d'une pratique commerciale déloyale ne peut avoir que des effets indirects sur la constatation du caractère abusif d'une clause du contrat.

d) Conclusion intermédiaire

126. C'est la raison pour laquelle il convient de répondre à la seconde sous-question que la directive 2005/29 doit être interprétée en ce sens que la constatation du caractère déloyal d'une pratique de commerce n'a pas d'effets directs sur la question de savoir si le contrat de crédit conclu dans le cadre de cette pratique commerciale est valide.

3. Conclusions récapitulatives

127. Il résulte des considérations qui précèdent que le comportement d'un professionnel qui indique dans le contrat un TAEG inférieur au taux réel remplit les critères tenant à la qualification d'une pratique commerciale déloyale telle que définie à la directive 2005/29 [67]. Bien que cette directive n'affecte pas en principe la validité des contrats individuels [68], elle contient certaines valeurs exprimées par le législateur de l'Union dont devrait également tenir compte le

63 — Voir point 90 des présentes conclusions.

64 — Kapnopoulou, E. (précité à la note 19, p. 152), considère que la circonstance qu'une influence a été exercée sur le consommateur afin d'accepter une clause du contrat et qu'il ne s'est pas opposé à cette «influence» constitue un indice d'un déséquilibre dans le contrat de consommation en cause.

65 — Abbamonte, G. (précité à la note 38, point 16), ne s'exprime pas explicitement sur la question de savoir si les appréciations au titre de la directive 2005/29 devraient être utilisées dans le cadre de l'interprétation de la directive 93/13. Toutefois, il expose que, dans le cadre d'une procédure judiciaire à la suite d'un recours de droit civil du consommateur (portant sur la résiliation du contrat ou la réduction du prix), le juge national doit tenir compte d'éléments importants tels que l'utilisation de pratiques commerciales déloyales.

66 — Au point 51 des observations du gouvernement allemand.

67 — Voir point 108 des présentes conclusions.

68 — Voir points 86 et 111 des présentes conclusions.

juge national lors de l'appréciation du caractère abusif d'une clause du contrat. L'article 4, paragraphe 1, de la directive 93/13 l'y oblige à cet égard, d'autant que cette appréciation doit s'effectuer en tenant compte de «toutes les circonstances qui entourent la conclusion du contrat». Parmi ces valeurs figure également la désapprobation d'une certaine pratique commerciale, par exemple sous la forme d'une influence illicite de la part du professionnel sur la faculté de jugement et la liberté de décision du consommateur. L'existence de pratiques commerciales déloyales peut servir comme indication du caractère abusif d'une clause d'un contrat, mais cela ne dispense toutefois pas le juge national de son obligation d'effectuer cette appréciation sur la base de tous les éléments du cas d'espèce [69].

VII – Conclusions

128. Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, je propose à la Cour de répondre comme suit aux questions de la juridiction de renvoi:

«1) L'article 6, paragraphe 1, de la directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, doit être interprété en ce sens que la question de la subsistance d'un contrat de consommation contenant des clauses abusives n'est pas liée à la question de savoir si cela est plus avantageux pour le consommateur. Toutefois, cette disposition n'empêche pas les États membres de prévoir dans un tel cas dans leur ordre juridique national les conséquences juridiques de l'invalidité de l'ensemble du contrat.

2) La directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mai 2005, relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil ('directive sur les pratiques commerciales déloyales'), doit être interprétée en ce sens que le comportement d'un professionnel qui indique dans le contrat un taux annuel effectif global inférieur au taux réel remplit les critères tenant à la qualification de pratique commerciale déloyale.

La constatation de cette pratique commerciale déloyale n'a certes pas d'effets directs sur l'appréciation du caractère abusif et de la validité d'une clause et/ou du contrat de crédit dans son ensemble au sens de la directive 93/13. Cependant, elle pourrait être prise en compte en tant qu'une circonstance accompagnant la conclusion du contrat que le juge national compétent prendra en considération dans le cadre de son appréciation au titre de l'article 4, paragraphe 1, de la directive 93/13.»

69 — Voir points 120 et suiv. des présentes conclusions.