

مجلة علمية، شهرية، محكمة متعددة التخصصات، تُعنى بنشر الدراسات والأبحاث في مجالات العلوم الإنسانية، الاجتماعية، والاقتصادية

المدير المسؤول ورئيس التحرير: انس المستقل

العدد  
الرابع

Fourth issue

4

العدد الرابع

يوليو / تموز 2025 July

الرقم المعياري الدولي : 3085 - 5039 : e-ISSN

رقم الصحافة : 1/2025 : Press number

مجلة المقالات الدولية

العدد الرابع، يوليو / تموز 2025

e-ISSN : 3085 - 5039

كلمة العدد

بسم الله الرحمن الرحيم

في هذا العدد الجديد، تواصل مجلة المقالات الدولية تقديم إسهامات بحثية نوعية، تتسم بالجدية العلمية والتنوع الموضوعاتي، وتستند إلى أسس التحكيم الأكاديمي الصارم والمنهجية البحثية الرصينة.

يتضمن العدد مجموعة من الدراسات المحكمة التي تعالج قضايا راهنة وإشكالات فكرية ومؤسسية ضمن مجالات القانون، والعلوم السياسية، والعلوم الاجتماعية والإنسانية. وقد جاءت هذه المساهمات نتيجة جهود بحثية معمقة ومقاربات تحليلية تتقاطع فيها الأبعاد النظرية بالتطبيقية، بما يثري النقاش العلمي ويدعم التراكم المعرفي.

إن المجلة، باعتبارها منبرًا مفتوحًا أمام الباحثين من مختلف التخصصات، تسعى إلى ترسيخ ثقافة علمية قائمة على الحوار النقدي والانفتاح المعرفي، وتؤمن بدور النشر الأكاديمي في الدفع بحدود التفكير والمساءلة.

نشكر كل المساهمين في هذا العدد على ما قدموه من أعمال جادة، ونتطلع إلى مزيد من التفاعل المثمر في الأعداد القادمة.

والله ولي التوفيق

رئيس التحرير



## اللجان العلمية للمجلة

انس المستقل

المدير المسؤول ورئيس التحرير

## المهنة الإستشارية

<b>د. سعيد خمري</b> أستاذ جامعي جامعة الحسن الثاني بالدار البيضاء مدير مختبر القانون العام وحقوق الإنسان	<b>د. رشيد المدور</b> أستاذ جامعي جامعة الحسن الثاني بالدار البيضاء عضو المجلس الدستوري سابقاً مدير مجلة دفاتر برلمانية	<b>د. المختار الطيطي</b> نائب العميد المكلف بالشؤون البيداغوجية كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بعين السبع جامعة الحسن الثاني بالدار البيضاء	<b>د. بونس وحالو</b> نائب العميد المكلف بالبحث العلمي والتعاون الجامعي كلية العلوم القانونية والسياسية جامعة ابن طفيل بالقنيطرة
<b>د. عز الدين العلام</b> أستاذ جامعي كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية المحمدية جامعة الحسن الثاني بالدار البيضاء	<b>د. مهند العيساوي</b> مستشار رئيس مجلس النواب العراقي لشؤون الصياغة التشريعية أستاذ القانون العام الدولي في الجامعة العراقية	<b>Dr. Riccardo Pelizzo</b> نائب العميد المكلف بالشؤون الأكاديمية بجامعة نزار ببايف بجازاخستان	<b>د. كمال هشومي</b> أستاذ جامعي جامعة محمد الخامس بالرباط المنسق البيداغوجي لمانستر الدراسات السياسية والمؤسسية المعقدة
<b>د. صليحة بو عكاكة</b> أستاذة جامعية كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة سيدي محمد بن عبد الله بفاس	<b>د. المهدي مثنيد</b> أستاذ جامعي كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية المحمدية جامعة الحسن الثاني بالدار البيضاء	<b>د. الدريالي المحجوب</b> رئيس شعبة القانون بالكلية المتعددة التخصصات الرشيدية	<b>د. وفاء الفيلالي</b> أستاذة جامعية كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة سويس محمد الخامس بالرباط

## لجنة التقرير والتحكيم

<b>د. حكيمة مؤذن</b> أستاذة جامعية كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية المحمدية جامعة الحسن الثاني بالدار البيضاء مديرة مجلة إصدارات	<b>د. بدر بوخلف</b> أستاذ جامعي كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة مولاي اسماعيل بمكناس المدير التنفيذي للمركز الوطني للدراسات القانونية والحقوقية	<b>د. عبد الحق بلفقيه</b> أستاذ جامعي كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة سيدي محمد بن عبد الله بفاس	<b>د. طه لحميداني</b> أستاذ جامعي كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة سويس محمد الخامس بالرباط
<b>د. زكرياء أفتوش</b> أستاذ جامعي كلية العلوم بالكلية المتعددة التخصصات الرشيدية	<b>د. عبد الغني السرار</b> أستاذ جامعي كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة شعيب الدكالي بالجديدة	<b>د. إبراهيم رضا</b> أستاذ جامعي كلية الآداب والعلوم الإنسانية جامعة القاضي عياض بمراكش	<b>د. احمد ميساوي</b> أستاذ جامعي كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية المحمدية جامعة الحسن الثاني بالدار البيضاء
<b>د. محمد املاح</b> أستاذ جامعي كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة شعيب الدكالي بالجديدة	<b>د. إبراهيم أيت وركان</b> أستاذ جامعي كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة شعيب الدكالي بالجديدة	<b>د. أحمد أعراب</b> أستاذ جامعي كلية العلوم بالكلية المتعددة التخصصات بالناضور	<b>د. عبد الغني العمري</b> أستاذ جامعي كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة شعيب الدكالي بالجديدة
<b>د. هشام المراكشي</b> أستاذ جامعي كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة شعيب الدكالي بالجديدة	<b>د. خالد الحمدوني</b> أستاذ جامعي كلية العلوم بالكلية المتعددة التخصصات الرشيدية	<b>د. عبد الحي الغربية</b> أستاذ جامعي كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية المحمدية جامعة الحسن الثاني بالدار البيضاء	<b>د. رضوان طريبق</b> أستاذ جامعي كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة مولاي اسماعيل بمكناس

## محتويات العدد

3-18	القضاء الدستوري ودوره في ضبط المنظومة القانونية لدستور 2011 طارق القدري
19-38	القضاء الدستوري، مقارنة جديدة لمبدأ فصل السلطات جواد الحبشي
35-58	ضمانات الحقوق السياسية بين المحددات الدستورية وآلية الرقابة السياسية على دستورية القوانين رشيد حمرابي
64-80	المسؤولية السياسية للسلطة التنفيذية في المغرب: بين الوثيقة الدستورية لسنة 2011 والممارسة السياسية عبد العزيز الهلالي
81-96	الهوية الجماعية وديناميات المشاركة في الاحتجاجات: دراسة سوسيولوجية للأساتذة المتعاقدين بجهة مراكش أسفي محمد خيدون
97-112	مساطر البحث عن المخالفات في ضوء القانون رقم 08-31 بتحديد تدابير لحماية المستهلك رضوان البقالي
113-128	الواقعة الكارثية بالمغرب وسؤال التأمين (واقعة الحوزنموذجا) دراسة في ضوء أحكام القانون 110.14 حسين تبلي

129-142	الحقوق الثقافية واللغوية في المغرب: من الحوار الوطني إلى دسترة الحق الثقافي في دستور 2011 سهام جوهري
143-154	أثر علماء الغرب الإسلامي على اللسان العربي مركزية علمي النحو والقراءات في تفسير البحر المحيط لأبي حيان الأندلسي (ت 745 هـ) نموذجا هشام ميري
159-174	<b>Parliamentary Committees of Inquiry in the Moroccan Constitutional System: Effectiveness and Limitations</b> El Hassan ACHABAR - Elhoucine BOUALILI
179-200	<b>La réparation des erreurs judiciaires dans le cadre de la procédure pénale : étude comparée du droit marocain et du droit international</b> Abderrachid CHAKRI- Abdelhak JALAL
207-214	<b>La réalisation de l'équilibre au sein du contrat de consommation par l'interdiction des clauses abusives</b> Najlaa SABBABE
215-228	<b>Les Sociétés Régionales Multi-Services : Une efficacité institutionnelle au service du citoyen</b> Mohamed Ali DILAOUI

**La réalisation de l'équilibre au sein du contrat de consommation  
par l'interdiction des clauses abusives**

**Achieving balance within the consumer contract  
by prohibiting unfair clauses**

**Najlaa SABBABE**

Doctorante Chercheuse  
Université Hassan II, Casablanca

Phd Researcher  
Hassan II University, Casablanca

**Abstract:**

The article addresses the issue of contractual balance in consumer contracts, which are inherently unbalanced agreements concluded between a dominant professional and a consumer in a position of weakness, both in terms of bargaining power and legal knowledge. In this context, the prohibition of unfair terms serves as an essential legal instrument to ensure this balance and protect the consumer against any form of exploitation.

**Résumé:**

L'article traite de la question de l'équilibre contractuel dans les contrats de consommation, en tant que contrats déséquilibres conclus entre un professionnel dominant et un consommateur en position de faiblesse, tant sur le plan de la capacité de négociation que de la connaissance juridique. Dans ce contexte, l'interdiction des clauses abusives constitue un instrument juridique essentiel pour garantir cet équilibre et protéger le consommateur contre toute forme d'exploitation.

**Keywords:**

Consumer contract; Unfair terms; Contractual balance.

**mots-clés:**

Contrat de consommation ; Clauses abusives ; l'équilibre contractuel.

## **Introduction :**

Ce qui est contractuel n'est pas nécessairement juste. C'est ce qu'on peut déduire de la législation portant sur la protection du consommateur<sup>1</sup>.

Le contenu du contrat doit, selon la théorie générale des obligations, présenter les qualités suffisantes pour permettre la réalisation des objectifs poursuivis par les parties. La loi 31-08 édictant des mesures de protection du consommateur ne rompt pas avec ce principe, mais elle a ajouté de nouvelles règles dans le but d'assurer au consommateur une meilleure qualité du contenu contractuel, notamment dans la détermination des dispositions tendant à l'équilibre au sein du contrat lui-même. Ainsi, il a éradiqué tout comportement du professionnel ayant pour conséquence directe la perturbation de l'équilibre contractuel. Sa démarche a ainsi épousé l'évolution historique des modes de formation des contrats et le constat que les clauses contractuelles étaient le plus souvent imposées sans pouvoir faire l'objet d'une négociation<sup>2</sup>.

### **Section 1 :**

#### **l'équilibre contractuel recherché par le législateur**

En effet, pour lutte contre les clauses abusives et pour assurer l'équilibre contractuelle, le législateur a pris deux démarches différentes. D'un côté, en définissant les clauses abusives par l'instauration des critères et d'une qualification conférant le caractère abusif à une clause contractuelle **(1)**. D'un autre côté, il a consacré la solution du maintien du contrat porteuse d'une clause abusive en annulant uniquement celle-ci **(2)**.

##### **1. L'instauration des critères des clauses abusives**

Le législateur dans l'objet de qualifier une clause comme abusive au terme de l'article 15 de la loi n°31.08 (A), il a prévu en vertu de l'article 18 une liste à titre indicative et non exhaustive des clauses abusives(B).

##### **A- L'instauration des critères de détermination des clauses abusives**

En France, sous l'empire de la loi de 1978, deux critères principaux ont été retenus par le législateur.

D'abord, la clause doit être le fruit d'un abus de puissance économique, jusqu'à la loi 1<sup>er</sup> février 1995, le critère résidait dans l'avantage excessif imposé par un abus de puissance économique<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup>Noomen RAKIKE, « Les clauses abusives et la protection du consommateur », revue études juridiques, n°7, 2000, p.111.

<sup>2</sup>V.G.Berlioz, Le contrat d'adhésion, LGDJ., 1973, p.14 et s

<sup>3</sup>C.NOBLLOT, « *Droit De La Consommation* », Montchrestien Lextenso éditions, 2012, p 41.

Ensuite, la clause doit procurer au professionnel un avantage excessif. Avec la loi de 1995, qui a transposé la directive 93/13, un seul critère qui a été adopté à savoir le **déséquilibre significatif** (L'avantage excessif).

En effet, depuis 1995, l'article L. 132-1,1er alinéa, du Code de la consommation, sont abusives les clauses « qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat »<sup>4</sup>. C'est dire que le résultat de la clause est indifférent<sup>5</sup>.

En effet, pourront être déclarées abusives les stipulations qui, au moment de la conclusion du contrat, avaient pour objectif de causer un déséquilibre en faveur du professionnel, mais qui n'ont pas produit ou pas encore produit un tel effet. Sur ce point, la loi du 1er février 1995 a innové par rapport à celle du 10 janvier 1978. Cette dernière définissait, en effet, les clauses abusives par leur résultat puisqu'elles devaient conférer un avantage excessif au professionnel<sup>6</sup>.

L'on sait que le domaine d'érection des clauses abusives est **le contrat d'adhésion**, « la puissance économique, en créant chez certains le désir d'exploiter leur situation de force pour tirer des profits abusifs et imposer des conditions draconiennes, a suscité la naissance du contrat d'adhésion en tant que concept permettant d'élaborer un régime de protection de la partie faible »<sup>7</sup>.

Il demeure qu'en France, que la notion du contrat d'adhésion n'a pas été choisie comme critère de définition de clause abusive<sup>8</sup>. Devant la difficulté de définir la notion de contrat d'adhésion, « le législateur a préféré délimiter le domaine de ces dispositions usant d'un critère personnel »<sup>9</sup>. La loi de 1995 conserve le critère personnel, alors même que la directive 93/13 faisait référence au contrat d'adhésion.<sup>10</sup>

Ce pendant, est à l'occasion de l'adoption de la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 venant ratifier l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, les parlementaires ont entendu procéder à certaines clarifications de ce nouveau droit des contrats, y compris sur des questions intéressant directement la vie des affaires.

<sup>4</sup>Nous soulignons

<sup>5</sup> Dans le même sens, v. G. Paisant, « Les nouveaux aspects de la lutte contre les clauses abusives », D. 1988, chron. N° 9 p. 253 ; R. Martin, « La réforme des clauses abusives. Loi n° 95-96 du 1er février 1995 », ADL 1995, p. 879, spéc. N°

<sup>6</sup>Dans le même sens, v. G. Paisant, chron. préc., n° 9 ; R. Martin, art. préc., n° 6.

<sup>7</sup> G. BERLIOZ, « Droit de la consommation et droit des contrats », JCP 1979, I, n°12, p.14

<sup>8</sup> Selon J. Ghestin, « le législateur a voulu échapper au difficile exercice de définir cette notion et facilité la tâche au consommateur ».

<sup>9</sup> Fr. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, « Droit civil Droit civil - Les obligations », Collection Précis, 12<sup>ème</sup> édition, 2018, p. 300.

<sup>10</sup> La directive utilise un critère personnel de détermination des clauses abusives – par la définition des notions de consommateur et de professionnel, mais précise plus son champ d'application en excluant les clauses ayant fait l'objet d'une négociation individuelle. L'article 3-2 al 1 du texte ne souligne qu'une clause : « est toujours considérée comme n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle lorsqu'elle a été rédigée préalablement et que le consommateur n'a de ce fait, pas pu avoir d'influence sur son contenu, notamment dans le cadre d'un contrat d'adhésion ».

Tel est le cas de la question importante, en particulier en matière de la définition des contrats d'adhésion et de la sanction applicable en cas de clauses dites «abusives» insérées dans ces contrats.

L'ordonnance de 2016 a introduit dans le code civil deux dispositions générales relatives, d'une part, à la définition des contrats d'adhésion et de gré à gré pour lesquels l'article 1110 (dans sa version issue de l'ordonnance) disposait que *«le contrat de gré à gré est celui dont les stipulations sont librement négociées entre les parties. Le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties»*, d'autre part, à la sanction applicable aux clauses abusives insérées dans les contrats d'adhésion au sujet desquelles l'article 1171 (dans sa version issue de l'ordonnance) disposait que *«dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite. L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation.»*<sup>11</sup>

Il faut néanmoins relativiser la portée pratique de la possibilité de déclarer abusive une clause négociée car, la majorité des contrats passés entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs sont des contrats d'adhésion via des conditions générales préétablies<sup>12</sup>. De plus, si la négociation de la clause n'empêche pas le contrôle de son caractère abusif, c'est, en revanche, un élément à considérer au moment de l'appréciation du caractère abusif.

En effet, l'article L. 132-1, alinéa 5, du Code de la consommation dispose que *« le caractère abusif d'une clause s'apprécie en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion [...] »*. Or il y a lieu de penser que, *« si une clause a fait l'objet d'une négociation individuelle, le juge sera plus sévère et moins disposé à la déclarer abusive »*.

Au Maroc, le législateur a affirmé que le champ d'application des clauses abusives n'est pas circonscrit aux contrats d'adhésion, en effet, dans l'alinéa 2 de l'article 15 la liste des contrats concernés par les clauses abusives a été élargie à ceux qui ont pu faire l'objet de négociation par le consommateur.

---

<sup>11</sup>Armand W. Grumberg, , François Barrière, Guillaume Roche, *« Contrats d'adhésion et clauses abusives : un clair-obscur pour la pratique sociétariaire »*, revue fusions & acquisitions novembre-décembre 2018,p 114.

<sup>12</sup> Pour un constat similaire, v. J. Calais-Auloy, *« Les clauses abusives en droit français »*,« La loi n'exige pas qu'il s'agisse d'un contrat d'adhésion mais les contrats entre professionnels et consommateurs le sont presque tous et cette loi a été faite en considération de tels contrats » ; O. Carnet, *« Réflexions sur les clauses abusives au sens de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 »*, art. préc. : *« La loi aurait vocation à s'appliquer à toutes les clauses susceptibles d'être jugées abusives, bien que ne figurant pas dans un contrat d'adhésion. Il est vrai que l'observation est singulièrement théorique car, en pratique, la plupart des contrats conclus aux fins de consommation sont unilatéralement préétablis et imposés par le professionnel »* ; G. Paisant, chron. préc., n° 19.

Cette extension peut s'inscrire dans le souci du législateur de lutte plus efficacement contre les clauses abusives et de contrer les pratiques des fournisseurs qui arguent que la clause a été « négociée » avec le consommateur afin d'échapper à leurs obligations.

Toutefois, le porté pratique de cette extension du champ d'application des clauses abusives à celles « négociées » doit être relativisé. En effet, ne pourrait-elle pas aboutir à une appréciation sévère par le juge du caractère abusif d'une clause « négociée » ?

En effet, il est légitime de penser qu'il serait moins disposé à la déclarer abusive car il est tenu de prendre en considération les dispositions de l'article 16 qui prévoit que « (...) le caractère abusif d'une clause s'apprécie 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 (...) ».

Il est à noter que ces contrats « à prendre ou à laisser » sont devenus de plus en plus répandues. La négociation traditionnelle est naguère, est limitée en matière de consommation à certains achats particuliers et à certaines clauses, comme le prix ou la quantité de bien.<sup>13</sup>

A titre illustratif, on citera l'exemple de perte ou du vol de la carte bancaire, la banque ne retient aucune responsabilité dans le délai de 24h suivant la réclamation, ici, s'est intervenu le Tribunal de Commerce de Casablanca en considérant la condition de la banque comme « abusive ». Dr. MACHMACHI, le vice-président du tribunal de Commerce de Casablanca poursuit : « Conclure un contrat de crédit avec la condition d'exiger les honoraires de l'avocat, est tenue aussi comme une clause abusive<sup>14</sup>. » Ainsi, dans les pratiques commerciales on trouve :

Les contrats conclus à distance ; le démarchage ventes en solde, ventes et prestations avec primes, refus et subordination de vente ou de prestation de service, ventes ou prestations de service « à la boule de neige » ou pyramidale, abus de faiblesse ou d'ignorance...

#### B. La qualification légale des clauses abusives

En France, Le décret du 18 mars 2009 instaurant les listes réglementaires de clauses abusives « 12 clauses « noires » qui sont désormais interdites (article R. 212-1), 10 clauses « grises » qui sont présumées abusives (article R. 212-2) ».

L'article R. 132-2 du Code de la consommation, a fixé la liste « grise » de clauses abusives, vise deux stipulations qui sont par ailleurs considérées comme illicites<sup>15</sup>.

Il dispose ainsi que sont présumées abusives, « *sauf au professionnel à rapporter la preuve contraire, les clauses ayant pour objet ou pour effet de* » :

---

<sup>13</sup> Nadia AZDOU, « La lutte contre les clauses abusives dans la loi 31-08 », *revue juridique trimestrielle MOUHAKAMA*, n°11-12 Octobre décembre 2016, p.3

<sup>14</sup> Arrêt de la cour d'appel de commerce de Casablanca n°2013/5725 rendu le 24/12/2013.

<sup>15</sup> Dans le même sens, v. Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, n° 326.

« 1° Prévoir un engagement ferme du non-professionnel ou du consommateur, alors que l'exécution du professionnel est assujettie à une condition dont la réalisation dépend de sa seule volonté ».

Or ces stipulations tombent sous le coup de l'article 1174 du Code civil selon lequel « toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous condition potestative de la part de celui qui s'oblige ».

De même, sont dénoncées les clauses ayant pour objet ou pour effet de :

« 10° Supprimer ou entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur, notamment en obligeant le consommateur à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales ou à passer exclusivement par un mode alternatif de règlement des litiges »<sup>16</sup>.

Au Maroc, Le législateur a prévu en vertu de l'article 18 de la loi n° 31.08 une seule liste des clauses abusives à titre indicative et non exhaustive, cette liste énumère 17 clauses, mais dans notre analyse, on a constaté qu'on puisse les regrouper en **six (6)** principales catégories.

- **les clauses abusives lors de la conclusion du contrat.**

L'article 18 de la loi n°31.08 édictant des mesures de protection du consommateur a considéré que parmi les clauses abusives toute clause qui autorisent le fournisseur à modifier unilatéralement les termes du contrat sans raison valable et spécifiée dans le contrat et sans en informer le consommateur (**al.11**).

Exemple : « Une entreprise de transport se réserve une liberté excessive pour modifier les conditions relatives à l'itinéraire et les horaires. »<sup>17</sup>

Ainsi, est abusive toute clause qui constate d'une manière irréfragable l'adhésion du consommateur à des clauses dont il n'a pas eu, effectivement, l'occasion de prendre connaissance avant la conclusion du contrat (**al. 10**).

**b) les clauses abusives relatives aux obligations du fournisseur.**

Certes, que parmi les obligations du fournisseur en vertu de l'article 498 du DOC et celle de la délivrance. Alors, dans le même sens, l'article 18 de la loi n° 31.08 a considéré comme clause abusive, toute clause qui a pour objet d'accorder au fournisseur seul le droit de déterminer si le produit

---

<sup>16</sup>Notons que la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun de vente en date du 11 octobre 2011 stigmatise le même type de stipulations, v. art. 84, d), Annexe I, COM (2011)635 final selon lequel sont toujours abusives les clauses ayant pour objet ou pour effet « d'exclure ou d'entraver le droit du consommateur à ester en justice ou à exercer toute autre voie de recours, notamment en lui imposant de soumettre les litiges exclusivement à un système d'arbitrage qui n'est généralement pas prévu dans les dispositions juridiques qui s'appliquent aux contrats entre un professionnel et un consommateur ».

<sup>17</sup> G. TEDESCHI et A. W. HECHT, « Les contrats d'adhésion en tant que problèmes de législation. Propositions d'une commission israélienne », in Revue internationale de droit comparé, vol. 12, n°3, juilletseptembre 1960, p. 577-578.

ou bien livré ou le service fourni est conforme aux stipulations du contrat ou de lui conférer le droit exclusif d'interpréter une quelconque clause du contrat (al.13).

Exemple : « *Une compagnie de fourniture de gaz se réserve le droit de se délier de ses engagements dans le cas où l'autre partie contracte sans son consentement avec une compagnie concurrente.* »<sup>18</sup>

Outre l'obligation de délivrance, le fournisseur est tenu d'une obligation de garantie. De même l'article 18 de la dite loi précise qu'une clause est abusive lorsqu'elle autorise au fournisseur de prévoir la possibilité de cession du contrat de la part du fournisseur lorsqu'elle est susceptible d'engendrer une diminution des garanties pour le consommateur sans l'accord de celui-ci (al 16).

Exemple : « Un malade est requis, par l'hôpital qui le soigne, de signer une déclaration par laquelle il dispense de toute responsabilité l'hôpital, les médecins et les autres membres du personnel et renonce à toute action en dommages et intérêts. »<sup>19</sup>

Toutefois, l'alinéa 5 du même article a interdit de prévoir un engagement ferme du consommateur alors que l'exécution de l'engagement du fournisseur est assujettie à une condition dont la réalisation dépend de sa seule volonté. Ainsi, l'alinéa 14 précise qu'une clause est abusive, toute clause qui restreint l'obligation du fournisseur de respecter les engagements pris par ses mandataires ou de soumettre ses engagements au respect d'une finalité particulière.

### **c) les clauses abusives relatives aux obligations du consommateur.**

Il est clair que parmi les obligations du vendeur généralement et le consommateur particulièrement, on trouve le paiement du prix conformément aux dispositions de l'article 576 du DOC.

Cependant l'alinéa 12 de l'article 18 de la loi 31.08 édictant des mesures de protection du consommateur, précise qu'une clause est réputée nulle si elle prévoit que le prix ou le tarif des produits, biens et services est déterminé au moment de la livraison ou au début de l'exécution du service, ou d'accorder au fournisseur le droit d'augmenter leur prix ou leur tarif sans que, dans les deux cas, le consommateur n'ait de droit correspondant lui permettant de rompre le contrat au cas où le tarif final est très élevé par rapport au prix ou tarif convenu lors de la conclusion du contrat.

Dans le même sens l'alinéa 15 a confirmé que toute clause qui oblige le consommateur à exécuter ses obligations alors même que le fournisseur n'exécuterait pas les siennes, est une clause abusive.

---

<sup>18</sup> G. TEDESCHI et A. W. HECHT, « Les contrats d'adhésion en tant que problèmes de législation. Propositions d'une commission israélienne », in *Revue internationale de droit comparé*, vol. 12, n°3, juilletseptembre 1960, p. 576.

<sup>19</sup> G. TEDESCHI et A. W. HECHT, « Les contrats d'adhésion en tant que problèmes de législation. Propositions d'une commission israélienne », in *Revue internationale de droit comparé*, vol. 12, n°3, juillet septembre 1960, p. 578.

« Dans un contrat de branchement sur un réseau électrique, le stipulant se réserve le droit d'interrompre les travaux de raccordement pour une raison suffisante, sans pour cela réduire l'obligation de l'adhérent de payer pour les travaux exécutés, bien qu'ils aient été réalisés incomplètement. »<sup>20</sup>

#### **d) les clauses relatives à l'extinction du contrat.**

Il y a suite l'axe qui aborde les clauses purement potestatives<sup>21</sup>. Il s'agit des clauses qui sont considérées comme abusives parce qu'elles portent sur **le droit de résiliation** du contrat et conditionnent l'usage de ce pouvoir à la seule volonté du fournisseur.

C'est le cas par exemple des clauses qui autorisent le fournisseur à résilier le contrat de façon discrétionnaire si la même faculté n'est pas reconnue au consommateur<sup>22</sup>, et dans le même ordre la cour de cassation française a considéré que « *la clause est abusive lorsqu'elle prévoit que le contrat de prêt peut être résilier après l'envoi d'une lettre recommandée avec accusé de réception de la part de l'emprunteur, et cela dans les cas de non-paiement de la prestation de deux mois peut importer la somme prêtée notamment que cette résiliation donne lieu à un dommage au profit de la banque* »<sup>23</sup>, ou lorsque **le fournisseur se réserve le droit de mettre fin** à un contrat à durée indéterminée sans préavis raisonnable<sup>24</sup>. Ainsi lorsque le fournisseur réserve le droit de proroger automatiquement un contrat à durée déterminée en l'absence d'expression contraire du consommateur<sup>25</sup>.

#### **e) les clauses abusives relatives à la responsabilité et indemnité.**

**L'alinéa 3** de l'article 18 de la loi 31.08 considère comme abusive clause qui tend à exclure ou à limiter la responsabilité légale du fournisseur en cas de mort d'un consommateur ou de dommage corporels causés à celui-ci, résultant d'une omission du fournisseur. Ou selon **l'alinéa 4** lorsqu'une clause exclue ou limitée de façon inappropriée les droits légaux du consommateur vis-à-vis du fournisseur ou d'une autre partie en cas de non-exécution totale ou partielle ou d'exécution défectueuse par le fournisseur d'une quelconque des obligations contractuelles, y compris la possibilité de compenser une dette envers le fournisseur avec une créance qu'il aurait contre lui.

#### **f) les clauses abusives restrictives du droit du consommateur de recours à la justice.**

Le dernier axe aborde le droit de tout justiciable de recourir à la justice et les garanties d'une égalité devant la justice, voire d'un privilège accordé au consommateur. En effet, plusieurs

---

<sup>20</sup> G. TEDESCHI et A. W. HECHT, « Les contrats d'adhésion en tant que problèmes de législation. Propositions d'une commission israélienne », in *Revue internationale de droit comparé*, vol. 12, n°3, juilletseptembre 1960, p. 577.

<sup>21</sup>N.Cardoso-Roulot, *Les obligations essentielles en droit privés des contrats*, Paris, éd. L'Harmattant, 2008, p. 652.

<sup>22</sup> L'article 18 alinéa 7 de la loi n° 31.08.

<sup>23</sup> 1<sup>er</sup> chambre civile Arrêt(n° 03-16-905) le 1<sup>er</sup> février 2005 ; *RTD civ obs Jacques Mestre*(20) Bertrand Fages, N° 2 Avril/juin 2005, p 394.

<sup>24</sup> L'article 18 alinéa 8 de la loi n°31.08.

<sup>25</sup> L'article 18 alinéa 9 de la loi n°31.08.

fournisseurs intègrent systématiquement des clauses qui suppriment ou entravent le droit du consommateur à l'exercice d'action en justice ou des voies de recours, en limitant indûment les moyens de preuves à la disposition du consommateur ou en imposant à celui-ci une charge de preuve qui devrait revenir à une autre partie au contrat<sup>26</sup>.

A travers la réalisation de cette liste indicative et non exhaustive des clauses abusives, le législateur ne pouvait prévoir la totalité des variantes de clause abusive. Pour cette raison il a attribué au juge la possibilité d'évaluer le caractère abusif des clauses contractuelles.

## 2. La consécration de la sanction de la nullité des clauses abusives

« Sauver le contrat tout en l'expurgeant de ses défauts ; telle est la voie suivie par le droit contemporain ». <sup>27</sup> Conscient de l'enjeu économique et social que constitue la survie du contrat pour le consommateur, le législateur consommériste marocain autorise les tribunaux à annuler les clauses abusives tout en assurant le maintien du lien contractuel.

La nullité partielle présente l'avantage de satisfaire la justice contractuelle, tout en préservant la sécurité contractuelle.<sup>28</sup>

L'article 19 de la loi 31-08 portant les mesures de protection du consommateur contre les clauses abusives dispose : « Sont nulles les clauses abusives contenues dans les contrats conclus entre fournisseurs et consommateur ». S'agit-il dans ce cas d'une nullité totale ou partielle<sup>29</sup>, c'est-à-dire la sanction se limite-t-elle à la clause illicite ou s'entend-elle à tout le contrat ? La détermination de l'étendue de la sanction est importante, parce que si on opte pour la nullité totale, le contrat ne peut produire aucun effet, il est anéanti rétroactivement.

Cette solution est en général favorable au professionnel puisqu'il le libère de l'exécution du contrat. Par contre, si la nullité partielle est retenue, elle a comme effet d'appliquer le régime que le législateur considère comme favorable au consommateur<sup>30</sup>.

L'article 19 de la loi 31-08 est très clair à ce sujet. Apportant une dérogation au droit commun, le législateur consommériste limite la sanction à la seule clause excessive.

Une clause excessive déséquilibre le contrat soit parce qu'elle impose à la partie faible une obligation disproportionnée, soit parce qu'elle allège les obligations incombant au rédacteur du contrat.

<sup>26</sup>L'article 18 alinéa 17 de la loi no31.08.

<sup>27</sup>L.Aynès, indétermination du prix dans les contrats d'adhésion : Comment sortir de l'impasse ?, D. 1993, chron, p.25 et s.,spéc., p.29, cité par Victoire Lazbordes, op.cit, n°644, p.555.

<sup>28</sup> Sylvette Guillemard, art précité, p. 388.

<sup>29</sup> Sur la théorie de la nullité ; en droit marocain : Voir, Saad Moumami, op.cit, p 116 et s ; en droit Français, J.Flour et J.L. Aubert, op.cit., p.237 et s, n°329 et s.

<sup>30</sup> Pour les détails sur les arguments en faveur de la nullité absolue ou de la nullité relative, Voir NoomenRekik, article précité, p. 123 et s.

Afin de rétablir l'équilibre rompu, le législateur autorise l'éradication de la clause abusive. Le lien contractuel est maintenu, après suppression de la clause abusive. C'est à ce résultat que parvient la nullité partielle.

Dans la loi 31-08 portant les mesures de protection du consommateur, l'on remarque, alors que le législateur préfère à la nullité du contrat sa survie après la suppression de la clause créant un déséquilibre entre les droits et obligations du professionnel et du consommateur.

## **Section 2 :**

### **Le contrôle de l'équilibre contractuel recherché à l'initiative du juge**

Les parties n'ont pas toujours les connaissances nécessaires pour appréhender la réalité et les engagements qui découlent de certains contrats. Le juge permet alors de rattraper les erreurs et l'éventuel déséquilibre que le contrat contient. Plusieurs techniques permettent au juge de contrôler l'équilibre contractuel et de le rétablir s'il est défaillant.

En effet, il peut ainsi dégager ce que les parties ont réellement voulu (1) mais également revenir sur certains points du contrat qui peuvent provoquer un déséquilibre pour l'une ou l'autre des parties, la révision du contrat de consommation (2).

#### **1. Le juge et l'interprétation du contrat**

Toutefois, le principe de l'autonomie de la volonté est régulièrement écarté par la loi, le plus souvent dans un but de protection d'une partie faible (notamment le consommateur).

En effet, le juge interpréter le contrat à la lumière de la volonté réel des deux parties, le juge doit matière des contrats d'adhésion « le contrat de consommation objet», le juge doit interpréter le contrat en faveur de la partie faible du contrat « le consommateur » et c'est en application de l'article 9 de la loi 31-08 sur la protection du consommateur et l'article L-133-2 du code de la consommation français.

En vertu de l'article 9 de la loi 31-08 « *Dans le cas des contrats dont toutes ou certaines clauses proposées au consommateur sont rédigées par écrit, ces clauses doivent être présentées et rédigées par écrit de façon claire et compréhensible pour le consommateur .En cas de doute sur le sens d'une clause, l'interprétation la plus favorable au consommateur prévaut* ». L'article L-133-2 du code de consommation français va dans le même sens : « *Les clauses des contrats proposées par les professionnels aux consommateurs ou aux non-professionnels doivent être présentée et rédigées de façon claire et compréhensible. Elles s'interprètent en cas de doute dans le sens le plus favorable au consommateur ou au non professionnel* ».

Lacunes du contrat : Nulle ne peut tout prévoir, pas plus les contractants que le législateur lui-même dont l'ouvre doit constamment être complété par la jurisprudence.

Même dans les contrats de plus détaillées, il apparaît des situations exceptionnelles ou intermédiaires qui n'ont pas été réglées à plus forte raison dans les contrats simples et quotidiens.

Lorsqu'une difficulté non prévue apparaît on pourrait concevoir de laisser au juge le soin de statuer en équité. Le culte de la volonté entre tenu au XIX<sup>e</sup> siècle avait écarté en principe cette solution : le juge doit continuer à se référer à l'intention des parties, non plus leur volonté réelle « puisqu'il n'y en a pas eu sur ce point ». Mais leur volonté supposées, c'est-à-dire ce qu'elles auraient convenu si elles avaient envisagé cette question « recherche évidemment divinatoire ».

Moins aveuglé que ses interprètes, le code lui-même n'impose pourtant pas ce procédé : il dispose de manière générale que le contrat oblige « *non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature* » Art 1135.

Ces compléments peuvent avoir deux degrés d'intensité différente : les uns, jouant véritablement le rôle d'un palliatif du silence contractuel, sont seulement supplétif, les autres, faisant intervenir l'autorité publique dans le contrat, sont au contraire impératifs.

#### **a. Complément supplétifs**

Lois Supplétives : incidence de la qualification : pour les contrats plus courants, la loi elle-même a organisé un régime, ce sont les contractants « nommés ». Le plus souvent, ces règles légales sont supplétives : elles ne sont que l'expression de la volonté probable des parties et viennent « supplées » au silence de leur contrat, elles viendront nécessairement s'appliquer. Traduisant plus la conception de législateur que celle des parties qui n'ont souvent pas pensé à la question, ces lois viennent compléter le contrat.

Pour la mise en œuvre, la qualification du contrat est essentielle : c'est seulement après avoir été qualifié de vente, prêt, bail, transport... que tel contrat pourra être complété par les règles légales correspondantes. Ainsi, la qualification du contrat, rendue possible par son interprétation générale, servira à compléter cette interprétation (par ex : le juge après avoir interprété un contrat complexe, le qualifie de vente, de cette qualification découle que le vendeur est tenu à certaines garanties).

Usage : visé non seulement par l'article 1135 précité. Mais encore par l'article 1160 « *on doit suppléer dans le contrat les clauses qui y sont d'usage, quoi qu'elles n'y soient pas exprimées* ». L'usage est un élément précieux, mais délicat à manier : précieux car il permet d'introduire dans le contrat ce que les parties pouvaient considérer comme allant de soi sans à être avoir à être précisé, délicat car la connaissance et la preuve d'un usage de sa portée, de son intensité de son domaine, sont souvent sujets à discussion.

#### **b. Complément impératifs**

Il arrive de plus en plus souvent que, pour protéger la partie faible la plus faible qui n'a pu négocier le contrat et a souscrit à un contrat d'adhésion la loi impose au contractant le plus fort des obligations qu'il s'est bien gardé de stipuler, mais sont la suite logique de l'obligation principale, selon sa nature.

Tel est en particulier l'objet principal du droit de la consommation.

En dehors même de toute loi, et depuis le début du XXe siècle, la jurisprudence n'a pas hésité à faire produire au contrat des obligations non stipulées et probablement non consciemment voulues par celui qui y est soumis, simple motif qu'elles correspondaient à la justice contractuelle<sup>31</sup>.

La terminologie désignant ces obligations est parfois variable car elle suit « l'équilibre » et épouse les contours de chaque type de contrat. Sans pouvoir prétendre en conséquence à une classification rigoureuse, on peut dégager cinq obligations principales qui correspondent à ce mouvement.

## 2. Le juge et la révision du contrat de la consommation « L'annulation des clauses abusives »

Après avoir constaté que la loi n°31-08 sur la protection du consommateur a préféré le silence sur le sujet de l'intervention du juge dans la lutte contre les clauses abusives, et a pris en charge la lutte contre les dites clauses en posant des critères conférant le caractère abusif à une clause, et en déléguant au pouvoir réglementaire d'interdire les clauses qu'il estime abusives, il convient de savoir si le juge et en l'absence de texte légal, peut intervenir dans la bataille contre les clauses abusives, (A), et supprimer les clauses qu'il considère comme illicites (B).

### **A .Controverses doctrinales liées à la possibilité d'intervention du juge dans la lutte contre les clauses abusives**

En réalité, il existe deux tendances contradictoires. La première défend la neutralité du juge en matière (a). La seconde plaide pour un rôle actif du juge (b).

#### **a. la thèse de la neutralité du juge face aux clauses abusives**

Plusieurs arguments se sont avancés pour empêcher toute intervention du juge. On expose en premier lieu ceux qui traitent à la légalité de l'intervention. Et en second lieu ceux qui concernent son opportunité.

D'abord on peut soutenir que l'intervention directe du législateur implique nécessairement un refus implicite de tout rôle actif du juge. Cet argument trouve son fondement d'une part dans la loi du 7 décembre 1992 constituant le droit commun de la protection du consommateur, qui n'a prévu que la nullité de certaines clauses précises. et d'autre part dans le caractère exceptionnel de l'arrêté du ministère du commerce du 17 février 1998 relatif aux modalités de garantie spécifique aux appareils d'équipements électroménagers et d'électroniques grand public qui permet au juge d'annuler des clauses abusives insérées dans un contrat de garantie.

Au Maroc et dans le silence de loi sur la protection du consommateur, c'est le droit commun qui reste applicable. L'on sait que les techniques classiques existantes telles que, l'abus de droit et la lésion ne permettent pas au juge de prononcer la nullité en l'absence de texte de loi. Pour ce qui est de l'abus

---

<sup>31</sup> A.BENABET, « *Droit Civil Des Obligations* », L.G.D.J, 17<sup>ème</sup> édition, 2018, p 156 et 157.

de droit, ces conditions sont difficiles à mettre en œuvre. Il faut prouver soit l'intention de nuire, soit la clause a causé un dommage à autrui et que ce dommage peut être évité ou supprimé. Quant à la lésion, le D.O.C n'admet pas la lésion comme une cause autonome de nullité, sauf dans des cas bien déterminés.

En outre, le législateur a prévu dans certains textes spéciaux la nullité certaines clauses qu'il considère comme « réputée non écrite », le juge ne peut alors annuler que ce genre de clauses.

L'annulation par le juge d'une clause contractuelle va aussi à l'encontre de l'article 230 du D.O.C qui pose la règle de force obligatoire du contrat. Ce principe veut dire que le contrat est la loi des parties et s'impose aussi au juge. Ce dernier doit respecter toutes ces clauses, même s'elles sont contre l'équité et la justice.

En plus, et au regard du droit commun, on constate que les techniques classiques existantes tels que, l'abus de droit et la lésion ne permettent pas au juge de prononcer la nullité en l'absence de texte de loi. C'est ainsi que les conditions de la première institution sont difficiles à mettre en œuvre. Il s'agit de prouver soit l'intention de nuire soit que la clause cause un dommage notable à autrui et que ce dommage peut être évité ou supprimé sans inconvénient grave pour l'ayant droit. Quant à la seconde technique et à l'instar du droit français, l'article 60 du code des obligations et des contrats n'admet pas la lésion comme une cause autonome de nullité.

L'amputation du contrat par le juge va aussi à l'encontre de l'article 242 du code précité qui pose la règle de la force obligatoire du contrat.

Ce principe veut que le contrat oblige les contractants comme il s'impose au juge. Celui-ci doit respecter toutes ses clauses et « cette exigence concerne, au demeurant, aussi bien les clauses réellement discutées par les parties que celles préétablies par l'une d'entre elle, ou encore les fameuses clauses dites de style reproduites dans l'acte sans que les parties y aient prêté une réelle attention ou en aient vraiment saisi le sens ».

Quant aux arguments relatifs à l'inopportunité que l'intervention du juge pour annuler les clauses, on peut avancer l'idée soutenue par M.AUBERT selon laquelle le rôle actif du juge entraîne « une croissance excessive des contentieux et la constitution d'une situation impossible à maîtriser au niveau de la Cour de cassation ». Il crée en outre une diversité de solutions dangereuses pour la sécurité juridique. M.DENIS MAREAUD a ajouté de sa part que cette intervention fragilise le contrat parce que, d'une part, le concept de clause abusive est fluide et, d'autre part, la révision va à l'encontre de la fonction habituelle du contrat, qui est un instrument de gestion de risque dont les vertus essentielles sont la prévisibilité et la stabilité ces argument<sup>32</sup>, malgré leurs pertinences et leur intérêt,

---

<sup>32</sup> J.MESTRE et A.LAUDRE, « l'interprétation « active » du contrat par le juge, in le juge et l'exécution du contrat », presse universitaire d'Aix- Marseille, 1993, p9.

ne doivent pas occulter la présence des arguments qui militent en faveur d'un rôle actif du juge dans la lutte contre les clauses abusive.

### **b. La thèse de l'efficacité de l'intention du juge dans la lutte contre les clauses abusives**

Les défenseurs de cette thèse avancent quant à eux, Plusieurs arguments pour mettre en relief l'opportunité de l'intervention du juge face aux clauses abusives.

Pour ce qui est de l'opportunité de l'intervention du juge. On peut que le rôle unificateur de la cour de cassation de la contrôle qu'elle exerce quant à la définition et la détermination des clauses abusives réduit le risque de la diversité des solutions. Le droit comparé nous montre que plusieurs systèmes juridiques, bien qu'ils connaissant un bien précise, Ne souffrent pas de l'insécurité juridique<sup>33</sup>.

La possibilité légale de l'intervention du juge n'est pas moins défendre : D'abord, Si le juge doit obéir aux règles juridiques, il faut aussi qu'il cherche, comme le soutient certains auteurs, La solution juste, C'est-à-dire qu'il établisse la justice corrective surtout en matière contractuelle. La réalisation de la justice contractuelle fait ainsi partie du rôle du juge.

Ensuite. L'intervention de la loi n'empêche pas nécessairement celle du juge surtout lorsqu'il n'existe aucun texte qui la prohibe .Certes, l'article 53 du D.O.C, on l'a vu, n'admet pas la lésion en tant que vice de consentement, mais le droit accepte, dans certains mesures, la révision du contrat déséquilibré. La révision du contrat lorsque la loi l'accepte, permet au juge d'intervenir activement pour rétablir l'équilibre contractuel rompu.

Les clauses et conventions passées en contravention au présent article pourront être annulées, à la requête de la partie et même d'office, le taux stipulé pourra être réduit, et le débiteur pourra répéter, comme indu, ce qu'il aurait payé au-dessus du taux qui sera fixé par le tribunal. S'il y a plusieurs créanciers, ils seront tenus solidairement ». La Cour de cassation a étendu le domaine de cet a article au contrat de vente lorsque le prix à payer est à terme. Aussi la même Cour par un arrêt rendu le 28 Avril 1994 n'a-t-elle pas permis la révision de la clause pénale. L'arrêt a surtout précisé que le contrat ne doit pas être un instrument entre les mains de la partie forte pour dominer de la partie faible.

L'exemple les plus récentes tirées du droit positif et qui permet expressément au juge d'annuler le clause abusive stipulée dans un contrat de garantie est l'arrête du ministre du commerce du 17 décembre 1998, relatif aux modalités de garantie spécifique aux appareils d'équipements

---

<sup>33</sup> Par exemple, la loi Allemande du 9 Décembre 1976 dispose que toute clause pré-rédigée par l'une des parties et favorables à l'autre est nulle si elle est contraire au principe de la bonne foi : M.Trochu, Y.Temoin, P.Berchon, article précité, p.56. Les législations suédoise et danoise se réfèrent au caractère raisonnable ou déraisonnable de la stipulation contractuelle eu égard au contenu du contrat, aux circonstances ayant entouré sa formation, aux événements subséquents ou à d'autres circonstances, voir le contrôle des clauses abusives dans l'intérêt du consommateur dans les pays de la C.E.E.

électroménagers et d'électronique grand public qui dispose dans son article 3 alinéa 2 qui « les contrats de garanties ne doivent pas contenir de clause pouvant présenter un caractère abusif ».

Enfin, et pour ce qui concerne le fondement légal d'une telle intervention, on peut penser à la bonne foi en tant que principe général de droit<sup>34</sup>. Ainsi le recours à la notion de l'ordre public virtuel permet au juge de sanctionner une clause parce qu'il la considère comme abusive, c'est-à-dire, rappelons le crée au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations contractuelles.

### ➤ *La suppression par le juge des clauses abusives*

L'article 17 dispose, rappelons « sont nulles les clauses abusives contenues dans les contrats conclus entre fournisseurs et consommateur ». La suppression de ces clauses suppose l'existence d'une action en suppression de la clause abusive dans un contrat de consommation.

Cette action peut être mise en œuvre par le consommateur, agissant à titre individuel ou par une association représentative des intérêts des consommateurs.<sup>35</sup>

Le consommateur rapporte la preuve que la clause a pour objet de créer à son détriment un déséquilibre significatif.

Comme on l'a déjà vu, le juge peut, désormais, annuler d'un contrat de consommation en l'absence de tout décret d'interdiction s'il considère que la clause litigieuse crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations du professionnel et du consommateur, parties au contrat qui lui est soumis (§1). Maintenant que cette question est réglée, l'on verra comment le juge va apprécier le caractère abusif d'une clause contractuelle (§2).

### **§1. La consécration jurisprudentielle du pouvoir direct du juge de déclarer une clause abusive**

Le système de lutte contre les clauses abusives, mis en place par la loi française, suivie par la loi n°31-08 sur la protection du consommateur, confère au seul pouvoir réglementaire la possibilité d'interdire une clause contenue dans un contrat de consommation.

Faisant fi des opinions doctrinales, la cour de cassation a reconnu au juge, dans un arrêt en date du 14 Mai 1991, le pouvoir de déclarer une clause abusive, et par conséquent, de la réputer non écrite en dépit de l'absence de décret d'interdiction<sup>36</sup>.

Cette consécration jurisprudentielle du pouvoir direct du juge de déclarer une clause abusive est déjà étudiée.

---

<sup>34</sup> J.GHESTIN, traité de droit civil, la formation du contrat, précité, p 321 et s, n° 255 et 256.

<sup>35</sup> Voir sur le sujet de l'action en suppression des clauses, abusives par les associations de défense de consommateur, supra p : 53.

<sup>36</sup> Cass.civ.1, 14Mai 1991, Rev. TRIM.DR.CIV, 1991, 526, obs.J.Mestre.

La question que nous aborderons maintenant est délicate. Comment le législatif doit-il partager son pouvoir de contrôle avec le judiciaire ? Doit-il le déléguer, par le biais d'une définition vague de la notion de clause abusive (méthode « purement » judiciaire) ou au contraire, doit-il le garder entièrement, en dressant une liste limitative des clauses réputées abusive (méthode « purement » législative) ou enfin doit-il faire un compromis entre les deux (méthode mixte) ?

La première de ces méthodes se rattache au cas par cas. Le législateur édicte alors une règle large, définissant le concept général de clause abusive et laisse aux tribunaux le soin de décider, en pratique, ce qu'il signifie. Certes, quelques balises ou critères sont fixés, tels la clause qui « désavantage de façon excessive le cocontractant » ou encore celle qui va à l'encontre de la bonne foi, mais il demeure que la tâche de circonscrire précisément la notion est du juge.

Cette méthode permet de lutte contre toutes clauses possibles et a suffisamment de souplesse pour s'adapter à toutes les situations. Par contre, ce système conduit inévitablement au « parlement des juges », à un niveau de discrétion judiciaire inquiétant et dangereux pour la sécurité contractuelle et la prévisibilité de la loi. Tant les consommateurs que les commerçants n'ont pas avantage à faire face à une règle si souple, si large et si imprévisible. J.C.Auloy résume ainsi ce problème : « L'incertitude paralyse en effet l'application de la loi. Les consommateurs seront, pour la plupart, dans l'incapacité de connaître et donc de savoir si telle clause est ou non abusive. Ceux qui voudront contester la validité d'une clause sera contrainte d'agir en justice.

Ils ne le feront presque jamais, dissuadés par les faits et la lenteur de la procédure, comparés à l'incertitude des résultats. Les clauses seront donc, dans la majorité de ces cas appliquées comme si elle étaient valable ».

La deuxième méthode, opposée à la précédente, est celle où seul le pouvoir législatif détermine le caractère abusif d'une clause. C'est la méthode « purement » législative.

Le législateur dresse alors une liste exhaustive des clauses abusives. Le juge n'a aucun pouvoir d'appréciation et s'en tient purement et simplement à la liste qui lui fournit la législation<sup>37</sup>.

Quoique le problème de prévisibilité que nous observions précédemment soit réglé, d'autres carences majeures nous incitent à rejeter cette solution.

En effet, il est utopique de croire que le législateur pourrait imaginer toutes les clauses potentiellement abusives. Il y a tant de types de contrat et surtout tant de clauses qui peuvent devenir abusives que le législateur ne pourra que partiellement mes énumérer

---

<sup>37</sup>C'est la solution qu'a retenue la Belgique (la loi sur les pratiques de commerce et sur l'information du consommateur, 14 juillet 1991). Cette liste peut être modifiée par arrêté en conseil. Voir, Thierry Bourgoingnie, le contrôle des clauses abusives dans l'intérêt du consommateur dans les pays de la C.E.E, article précité, p :519 et s .

Enfin, en voulant prévoir toutes les possibilités et en restreignant le caractère abusif aux clauses énumérées, le législateur donne aux professionnels, qui dans ce domaine font montre d'une imagination exemplaire, l'opportunité de contourner la règle.

La solution curative idéale est mixte. Cette troisième méthode est déjà appliquée entre autre en Allemagne, au Luxembourg et au Portugal. Elle est aussi préconisée par plusieurs auteurs<sup>38</sup>. Elle consiste d'abord, en une règle générale définissant n'en théorie, ce qu'est une clause abusive. Cette définition est complétée par deux listes :

Un premier contenant des clauses qui seront inévitablement réputés non écrites, c'est ce que les auteurs appellent la « liste noire », et une seconde qui comprend des clauses simplement « présumées » abusives. Le commerçant pourra ainsi demander que la clause soit validée, en prouvant qu'elle ne remplit pas les critères de la définition. Cette seconde liste est appelée la « liste grise ».

Ce compromis, qui récolte la faveur des auteurs, ainsi que celle de la commission française de refonte du droit de la consommation et de la communauté européenne, semble être la plus efficace. Il rétablit la prévisibilité de la solution législative, tout en laissant au juge une discrétion inévitable et souhaitable. Cette méthode l'encadre en lui donnant plusieurs balises par l'énumération d'une longue liste ces clauses qui sont soit automatiquement soit potentiellement abusives.

## **§2.Appréciation du caractère abusive d'une clause contractuelle**

Apprécier l'équilibre qualificatif du contrat n'est pas chose facile. Pour ce faire, le juge tient compte des autres choses stipulations contractuelles, il arrive, en effet, qu'une clause à priori désavantages pour le non-professionnel ou consommateur soit compensée par un avantage équivalent qui lui est accordé. c'est la raison pour laquelle l'article 15 du projet précise que « l'appréciation du caractère abusif d'une clause contractuelle tient 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 les autres clauses du contrat, ou d'un autre contrat dont il dépend « cette article es un peu pareil à l'article L.132-1 alinéa 5 du code de la consommation française.

C'est une appréciation de l'équilibre général des prestations réciproques que se sont livrés les juges du fond dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt rendu par la chambre civile de la cour de cassation, le 7 juillet 1998. Un contrat multirisque habitation garantissant le vol, contenait une clause obligeant l'assuré, lorsque le vol n'est pas commis par effraction, à prouver qu'il y a lieu par escalade, usage de fausses clés ou par introduction clandestine. Les juges du fond n'ont pas jugé la clause abusive. En effet pouvait être garanti contre le vol même en absence d'effraction. La preuve imposée par le contrat à l'assuré était justifiée par la nature du contrat et le montant de la prime : les juges ont

---

<sup>38</sup>J.CALAIS-AULOT, op, cit, note 25, n° 149, p : 147, J.GHESTIEN, op, cit, note 14, p :453.

relevé que « l'appréciation par l'assureur du risque de vol serait complètement faussé si l'assuré, n'étant plus tenu de rapporter la preuve des conditions dans le quelles le vol s'est réalisé, pouvait prétendre au bénéfice d'une assurance vol tous risques, tout en réglant une prime très inférieure due au titre d'in contrat multirisques habitation ».

Afin d'apprécier le caractère abusif d'une clause, le juge peut avoir recours à la liste des clauses abusives dressée par le gouvernement u moyen d'un décret ou le, cas échéant, à la liste établie par le législateur, ainsi qu'aux recommandations de la commission des clauses abusives.

### **Bibliographie :**

- Noblot, C. (2012). Droit de la consommation. Montchrestien Lextenso éditions.
- Berlioz, G. (1979). Droit de la consommation et droit des contrats. JCP, I.(12)
- Terré, Fr., Simler, Ph., & Lequette, Y. (2018). Droit civil – Les obligations (12e éd.). Collection Précis.
- Grumberg, A. W., Barrière, F., & Roche, G. (2018). Contrats d'adhésion et clauses abusives : un clair-obscur pour la pratique sociétaire. Revue Fusions & Acquisitions, novembre-décembre 2018.
- Azdou, N. (2016). La lutte contre les clauses abusives dans la loi 31-08. Revue juridique trimestrielle MOUHAKAMA, (11-12), octobre-décembre.
- Tedeschi, G., & Hecht, A. W. (1960). Les contrats d'adhésion en tant que problèmes de législation. Propositions d'une commission israélienne. Revue internationale de droit comparé, 12(3), juillet-septembre.
- Cardoso-Roulot, N. (2008). Les obligations essentielles en droit privé des contrats. Paris: L'Harmattan.
- Benabet, A. (2018). Droit civil des obligations (17e éd.). L.G.D.J.
- Mestre, J., & Laudre, A. (1993). L'interprétation « active » du contrat par le juge, in Le juge et l'exécution du contrat. Presses universitaires d'Aix-Marseille.