

Université Mohammed V - Rabat
Faculté des Sciences Juridiques, Economiques et Sociales Rabat-Agdal
Centre d'Etudes Doctorales Droit et Economie

Thèse

en vue de l'obtention du grade de
Docteur de l'Université Mohammed V - Rabat
Discipline: Droit Privé

LA PROTECTION DE LA PARTIE FAIBLE AU CONTRAT

Par:

Meriem REGRAGUI

Sous la direction de:

M. le Professeur Chakib EL OUFIR

Président du Jury: M. Farid EL BACHA, Professeur et Chef du Département de
Droit privé à la F.S.J.E.S. Rabat-Agdal

Suffragants: M. Chakib EL OUFIR, Professeur à la F.S.J.E.S. Rabat-Agdal
Mme. Latifa EL MAHDATI, Professeur à la F.S.J.E.S. Rabat-Agdal
M. El Mokhtar BAKKOUR, Directeur au Ministère de l'Enseignement
Supérieur, et Professeur vacataire à la F.S.J.E.S. Rabat-Agdal

Université Mohammed V - Rabat
Faculté des Sciences Juridiques, Economiques et Sociales Rabat-Agdal
Centre d'Etudes Doctorales Droit et Economie

Thèse

en vue de l'obtention du grade de
Docteur de l'Université Mohammed V - Rabat
Discipline: Droit Privé

LA PROTECTION DE LA PARTIE FAIBLE AU CONTRAT

Par:

Meriem REGRAGUI

Sous la direction de:

M. le Professeur Chakib EL OUFIR

Président du Jury: M. Farid EL BACHA, Professeur et Chef du Département de
Droit privé à la F.S.J.E.S. Rabat-Agdal

Suffragants: M. Chakib EL OUFIR, Professeur à la F.S.J.E.S. Rabat-Agdal
Mme. Latifa EL MAHDATI, Professeur à la F.S.J.E.S. Rabat-Agdal
M. El Mokhtar BAKKOUR, Directeur au Ministère de l'Enseignement
Supérieur, et Professeur vacataire à la F.S.J.E.S. Rabat-Agdal

A la mémoire de mon père et de mon frère,

A ma mère

REMERCIEMENTS

Louanges à Dieu, qui m'a donné la force et la patience nécessaires à l'accomplissement de ce travail.

Pour la confiance qu'il m'a accordée, et pour avoir été un directeur de recherche présent et à l'écoute, j'adresse mes plus vifs remerciements au Professeur Chakib El Oufir, dont les précieux conseils et enseignements ont permis de mener à bien cette étude.

Mes remerciements vont aussi au Professeur Farid El Bacha, qui en sa qualité de Chef du Département de Droit privé de la faculté, m'a réservé de son temps chaque fois que je le sollicitais. Mon entière reconnaissance lui revient à lui comme à l'intégralité du corps professoral qui a contribué à ma formation de juriste.

Je remercie ma famille, en particulier mes frère et soeur Dania et Omar, ainsi que mon oncle Hamza, pour m'avoir soutenue et encouragée durant ces trois années. Je tiens aussi à remercier mes ami(e)s, grâce auxquels ce travail m'a paru moins solitaire et plus motivant.

Enfin, je dédie ces dernières lignes à la femme exemplaire que j'ai eu la chance d'avoir pour mère, dont la sagesse et le soutien inconditionnel ont pavé ma route. Maman, aucun mot ne saurait rendre justice au sentiment de gratitude que j'ai pour toi.

LISTE DES ABREVIATIONS

Adm.:	Chambre administrative
A.J.D.A.:	Actualité Juridique de Droit Administratif (Dalloz)
Al.:	Alinéa
Art.:	Article
B.O.:	Bulletin Officiel
Bull.:	Bulletin
C.:	Code
C.Cass.:	Cour de Cassation
C.C.:	Code de Commerce
C.E.:	Conseil d'Etat
C.F.:	Code de la Famille
C.P.:	Code Pénal
C.S.:	Cour Suprême
Ch.:	Chambre
Chron.:	Chronique
Civ.:	Chambre civile
Crim.:	Chambre criminelle
D. :	Recueil Dalloz
Dir.:	Sous la direction
D.O.C.:	Dahir des Obligations et des Contrats
Dr. Soc.:	Revue du Droit Social
Ed.:	Edition
Gaz.Pal.:	Gazette du Palais
H.S.:	Hors-série
<i>Ibid.:</i>	<i>Ibidem</i>
<i>Infra:</i>	Ci-dessous
J.C.L.:	Editions Jean-Claude Larouche
J.C.P.:	Juris-Classeur périodique, <i>édition générale</i> (Lexis-Nexis)
J.C.P.N.:	Juris-Classeur périodique, <i>édition notariale</i>
J.O.R.F.:	Journal Officiel de la République Française
L.G.D.J.:	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
N°:	Numéro
Obs.:	Observations
<i>Op.cit.:</i>	<i>opere citato</i>
p. :	Page
Pén.:	Chambre pénale
P.U.A.M.:	Presses Universitaires d'Aix en Provence
P.U.F.:	Presse Universitaire de France
R.C.A.M.:	Revue du Corps des Avocats de Marrakech
Rec.:	Recueil
Rev.:	Revue
R.D.C.B.:	Revue de Droit Commercial Belge

R.G.A.T.:	Revue Générale des Assurances Terrestres
R.I.D.C.:	Revue Internationale de Droit Comparé
R.J.B.:	Revue de Jurisprudence Belge
R.J.C.C.:	Revue de Jurisprudence de la Cour de Cassation
R.J.C.S.:	Revue de Jurisprudence de la Cour Suprême
R.J.J.M.:	Revue de Jurisprudence des Juridictions Marocaines
R.J.D.:	Revue de Jurisprudence et de Droit
R.J.T. :	Revue Juridique Thémis de l'Université de Montréal
R.M.D.A.E.:	Revue Marocaine du Droit des Affaires et des Entreprises
R.T.D.C.:	Revue Trimestrielle du Droit Civil
s.:	suivants
Soc.:	Chambre sociale
<i>Supra</i> :	ci-dessus
t.:	Tome
T. Com.:	Tribunal de commerce
Trib.:	Tribunal
v.:	Voir
Vol.:	Volume

SOMMAIRE

INTRODUCTION

PREMIÈRE PARTIE : LA PARTIE FAIBLE AU CONTRAT, UNE VICTIME À PROTÉGER

Chapitre I. Une volonté de protection déclarée mais confuse

Section 1. Définition de la partie faible au contrat

Section 2. Complexité de la faiblesse

Chapitre II. Légitimité de la protection

Section 1. Le contrat d'adhésion ou la soumission en toute liberté

Section 2. Le démenti de la théorie de l'autonomie de la volonté

SECONDE PARTIE : LA PARTIE FAIBLE AU CONTRAT, QUELLE PROTECTION AU MAROC?

Chapitre I. Un arsenal législatif lacunaire

Section 1. La protection au niveau du D.O.C.

Section 2. La protection au niveau de la loi consumériste

Chapitre II. Les remèdes au déséquilibre contractuel

Section 1. La protection préventive

Section 2. La protection corrective

CONCLUSION GÉNÉRALE

INTRODUCTION

« *La faiblesse est le seul défaut que l'on ne saurait corriger* », affirmait François DE LA ROCHE-FOUCAULD¹. Mais à défaut de pouvoir être corrigée, la faiblesse peut être protégée.

Souvent perçue comme une tare, une cause de dénigrement, ou de ségrégation, la faiblesse doit aujourd'hui recevoir une considération plus humaniste: le faible² ne doit plus être marginalisé, laissé à la merci du fort, et enclin à subir des préjudices; mais protégé contre les autres, et contre lui-même. C'est là le devoir idoine de la société, mais encore celui du droit³. Pourtant, l'on s'étonne de constater que ce caractère humanitaire du droit ne se soit pas manifesté dans ses fondements civilistes.

En effet, nombre de systèmes juridiques admettent par automatisme l'assertion selon laquelle les contractants seraient libres et égaux, et que donc, un contrat librement conclu entre deux parties égales, ne peut être que dans l'intérêt de celles-ci, et par addition, dans l'intérêt de tous. En fait partie le Dahir des Obligations et des Contrats⁴, qui estime que « les obligations contractuelles valablement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites, et ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel ou dans les cas prévus par la loi » (art. 230). Rares cependant sont ceux

¹ DE LA ROCHEFOUCAULD (F.) *Réflexions ou sentences et maximes morales*, (1664), Ed. 1714, Paris, Hachette Livre, 2012, 130. Pour d'autres, elle n'est pas une fatalité: « Quel est le souverain remède contre la faiblesse? L'effort! », MAILLET (A.), *Les remparts de Québec*, Montréal, Hexagone, 1990

² Du latin *flebilis*, le faible est celui qui est digne d'être pleuré. L'empathie qu'il inspire trouve sa source dans ses caractéristiques: le faible est celui qui manque de vigueur, de force physique ou intellectuelle, ou encore de connaissances dans un domaines précis. Il peut être sans défense, désarmé, impuissant; comme il peut manquer d'énergie, d'autorité, de contrôle sur soi, ce qui le pousse à céder facilement (Définitions du Dictionnaire Petit Larousse, 2015). Tous ces types de faiblesse confondus, engendrent une vulnérabilité. Ainsi, « [...] le vulnérable est celui qui peut être blessé, au sens physique du terme, mais aussi au sens imagé, c'est-à-dire celui qui est susceptible d'être victime d'une atteinte portée à son patrimoine, à ses biens, à intérêts »; « l'être vulnérable n'est pas tant l'être blessé, que celui qui peut l'être en raison de sa faiblesse. L'idée d'une potentielle lésion est ici privilégiée », CHAZAL (J.-P.), *Vulnérabilité et droit de la consommation*, Colloque sur la vulnérabilité et le droit, Université Pierre Mendès-France, Grenoble II, le 23 mars 2000, p.1. Le risque d'être blessé consacre bien la condition du faible: « [sa vulnérabilité] se présente à la fois comme un danger éventuel, plus ou moins prévisible, et une issue fatale, le premier prenant naissance dans les rapports qu'entretiennent les hommes entre eux, la seconde étant l'expression de la nature humaine », FIECHTER-BOULVARD (F.), *La notion de vulnérabilité et sa consécration par le droit*, article inédit, p. 14, voir aussi DUTHEIL-WAROLIN (L.), *La notion de vulnérabilité de la personne physique en droit privé*, thèse, Université de Limoges, 2004

³ CALAIS-AULOY (J.) et STEINMETZ (F.), *Droit de la consommation*, Paris, Précis Dalloz, 4e éd., 1996, n°18, « la loi a pour fonction de protéger les faibles contre les forts ».; « Ses lois [de la société] viennent s'ajouter à la justice naturelle pour garantir les droits du faible et de l'opprimé », MAINE DE BIRAN (P.), (*Février 1814-Décembre 1816*), Neuchâtel, Ed. De La Baconnière, 1954, p. 262

⁴Dahir du 12 août 1913, (9 ramadan 1331), formant Code des obligations et des contrats, (B.O. n° 46, 12 septembre 1913).

qui se sont attelés à remettre en question ces postulats⁵, illustrés par la célèbre formule de FOUILLÉE: « *qui dit contractuel, dit juste* »⁶. Cette citation semble désormais démentie par les faits.

En effet, si l'on admet que les Hommes naissent libres et que leur égalité est présumée, ce postulat se heurte à une réalité où l'égalité et la liberté sont restreintes par le rapport d'interdépendance entre les individus, et où subsiste un fossé entre l'égalité présumée et l'égalité réelle des contractants⁷. L'existence récurrente d'une partie faible au contrat confirme cette hypothèse.

Mais qui est donc cette partie faible? Alors que notre Dahir des Obligations et des Contrats fait d'explicites références au mineur, au majeur incapable⁸, et à l'abus de faiblesse⁹, il ne fait aucune

⁵ A titre d'exemple, le Royaume Uni admet des exceptions à la liberté contractuelle dans les contrats iniques, dits « *un-fair contracts* », en permettant au juge d'annuler les clauses perçues comme « injustes », depuis l'adoption de l'Unfair Contract Terms Act de 1977. Aux États-Unis d'Amérique, un arsenal législatif équivalent rend ces contrats nuls de plein droit, ou susceptibles d'être annulés (Uniform Commercial Code, §2-302. Unconscionable contract or clause, 2002).

La littérature juridique regorge, en revanche, d'ouvrages critiques du principe de l'autonomie de la volonté et de ses conséquences (principalement du fait de l'inégalité des parties), dont les plus marquants confirment les limites nécessaires à y imposer, tels: GÉNY (F.), *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. II, Paris, LGDJ, 1996, qui estime que l'autonomie de la volonté n'est pas absolue, et que le contrat doit aussi être gouverné par le principe de « l'équilibre des intérêts en présence » (n°173); ainsi que GOUNOT (E.), *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, étude critique de l'individualisme juridique*, Dijon, 1912, p.26, qui en plus d'avoir rendu le principe célèbre, a aussi participé à sa description en profondeur et à sa remise en cause, déclarant d'ailleurs que son ouvrage aurait pu s'intituler « *Étude critique sur la doctrine individualiste classique de l'autonomie de la volonté* »; DEMOGUE (R.), *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, Rousseau, 1911, Réédition Paris, La Mémoire du Droit, 2001; RANOUIL (V.), *L'autonomie de la volonté*, p.145; SALEILLES (R.), *De la déclaration de volonté, Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, (art. 116 à 144), Paris, F. Pichon, 1901, p. 351, dont une expression frappante résume la pensée solidariste: « Les juristes veulent pouvoir dire : "cela est juste parce que cela a été voulu". Il faut désormais que l'on dise « cela doit être voulu, parce que cela est juste » »; ROLAND (L.), « *Qui dit contractuel dit juste* » (Fouillée) ... en trois petits bons à reculons, Texte inspiré d'une communication faite au IXe Congrès de l'Association Internationale de Méthodologie Juridique, Les principes généraux de droit, Tunis, Novembre 2005, 51 R.D. Mc Gill 765, 2006; LABORDES (V.), *Les contrats déséquilibrés*, Thèse, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2000, CHÉNEDÉ (F.), « *De l'autonomie de la volonté à la justice commutative, du mythe à la réalité* », in *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, n°4, 2012, pp.155-181; LITTY (O.), *Inégalité des parties et durée du contrat: étude de quatre contrats usuels*, Paris, L.G.D.J., 1999.

⁶ FOUILLÉE (A.), *La science sociale contemporaine*, 2^e éd., Paris, Hachette, 1885, p.410

⁷ LE GAC-PECH (S.), *La proportionnalité en droit privé des contrats*, Paris, L.G.D.J., 2000, p. 304: « Les entorses à la détermination du consentement et les manifestations contraires à son efficacité établissent l'insuffisance de la volonté à garantir l'équilibre des engagements réciproques. L'autonomie de la volonté ne remplit plus son rôle », et l'auteur d'ajouter : « C'est oublier que l'égalité n'est que juridique ».

⁸ Art. 4 du D.O.C.: « Le mineur et l'incapable, qui ont contracté sans l'autorisation de leur père, tuteur ou curateur, ne sont pas obligés à raison des engagements pris par eux, et peuvent en demander la rescision dans les conditions établies par le présent dahir ».

⁹ Art. 878 du D.O.C.: « Celui qui, abusant des besoins, de la faiblesse d'esprit ou de l'inexpérience d'une autre personne, se fait promettre, pour consentir un prêt ou le renouveler à l'échéance, des intérêts ou autres avantages qui excèdent notablement le taux normal de l'intérêt et la valeur du service rendu, selon les lieux et les circonstances de l'affaire peut être l'objet de poursuites pénales. [...] ».

mention du contractant sain de corps et d'esprit, mais qui n'est pas l'égal de son cocontractant. En d'autres termes, *la partie faible au contrat est celle qui ne s'engage pas à armes égales avec son cocontractant*. Elle est celle dont la carence, la force amoindrie, la place à un niveau inférieur à celui de son cocontractant, et partant, l'empêche de veiller au mieux à ses intérêts; ou pire, la pousse à être exploitée par son cocontractant en position de force. Aussi, la multiplicité des formes de manifestation de la faiblesse, convainc à son existence bien réelle, bien que non reconnue par le droit: peut-on réellement mettre sur un pied d'égalité un employeur et un salarié? Un établissement de crédit et un emprunteur? Ou même un bailleur et un locataire? Toutes ces situations révèlent l'existence d'inégalités d'ordre socio-économique¹⁰, qui se traduisent juridiquement par un état de faiblesse du contractant, tantôt du à un besoin (ex: recherche d'un emploi, d'un logement), tantôt du à son ignorance (ex: consommateur profane, analphabète, ou timide); qui ne lui permet plus de négocier et de défendre à bien ses intérêts, et encore moins d'imposer ses propres conditions au contrat.

Face à ce constat, comment alors admettre le dogme de la volonté libre créatrice de droit, qui avait jusqu'ici fait reposer la justice contractuelle sur le seul accord des parties? Les postulats selon lesquels nul ne peut être obligé sans l'avoir voulu, et que tout engagement libre est juste, ne se vérifient plus en pratique pour continuer à fonder les assises du principe de l'autonomie de la volonté, et du droit des obligations. La justice contractuelle présumée sur cette base, ne dépeint plus le contrat comme « le fruit d'un compromis qu'auraient su façonner deux volontés libres et égales »¹¹, mais bien comme un lieu où « les plus forts imposent leurs lois aux plus faibles »¹². En réalité, l'inégalité des parties au contrat est un fait avéré, et elle peut être source de déloyauté et d'injustice¹³.

¹⁰ CHAZAL (J.-P.), *De la puissance économique en droit des obligations*, thèse, Université Pierre Mendès-France, Grenoble II, 1996, p. 38, « Les principes, qui ont présidé à l'élaboration du Code civil, et auparavant du droit intermédiaire, sont un mélange à la fois de candeur et d'artifice, en ce qu'ils sous-estiment les inégalités de fait. De telles inégalités existaient sous l'Ancien régime, mais elles correspondaient, pour les plus importantes, aux inégalités consacrées par le droit. La nouveauté est que le droit positif, tel qu'issu de la Révolution, a été conçu comme si tous les individus appartenant à la société étaient égaux. Ce postulat est révélateur d'une conception très abstraite des normes juridiques, ainsi que d'une confusion entre l'égalité des droits et l'égalité des faits », « Le citoyen, qui bénéficie d'une égalité politique et juridique, est donc envisagé comme un être abstrait, détaché du milieu économique et social dans lequel il évolue ».

¹¹ MESTRE (J.), RTD. Civ. 1986, 100

¹² STARCK (B.), ROLAND (H.), et BOYER (L.), *Droit civil, Obligations, t. 2., Contrat*, 4^e éd., Paris, Lexis Nexis, 1993, p.8

¹³ ROUHETTE (G.), *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, in Etudes Rodières, Paris, Dalloz, 1981, p.255, « tout contrat opère nécessairement comme instrument de domination sociale d'un contractant faible par un contractant fort ».

Le plus souvent, la partie forte économiquement profite de sa puissance pour imposer ses conditions et diriger le contrat en sa faveur, et la rédaction unilatérale du contrat lui permet-même d'y insérer des clauses abusives, destinées à alourdir les obligations du contractant faible, et/ou à réduire substantiellement ses droits. Le cas se présente d'autant plus fréquemment qu'aujourd'hui, il est rare de trouver des contrats conçus sur la base d'une négociation égalitaire des parties. Bien au contraire, les contrats d'adhésion, qualifiés de « prêts à porter », sont légion; et la rareté des conventions dites « sur mesure »¹⁴, nous fait douter de la subsistance des contrats de gré à gré. De nos jours, pouvons-nous seulement nous prévaloir de la liberté de déterminer le contenu de nos contrats? L'ère est à la célérité et à l'efficacité des transactions. L'évolution de la technique contractuelle oblige aujourd'hui à présenter des contrats sous une forme qui évince, sinon interdit, toute négociation. Les contrats d'adhésion font donc fortune, et leur prolifération est telle qu'ils se rencontrent dans quasiment tous les domaines: que ce soit pour l'achat d'un titre de transport, d'un simple bien de consommation en grande surface, ou de la souscription à une police d'assurance, le cocontractant se voit proposer une formule contractuelle préédigée unilatéralement par la partie puissante, et qui est à prendre ou à laisser¹⁵.

Ajouté à cela, le support papier ou électronique permet d'élaborer à l'avance une quantité importante de stipulations qu'il est désormais plus facile d'imposer que lorsque la formation du contrat se fait de vive-voix. Ainsi en est-il des contrats informatiques dans lesquels le contractant, confronté à un ordinateur, ne se voit même plus permis de contact direct avec un être humain avec lequel il pourrait instaurer un dialogue¹⁶. De plus, si les entreprises aspirent à donner à leurs contrats des

¹⁴ LAPOYADE DESCHAMPS (C.), *Droit des obligations*, Paris, Ellipses, 1998, p.6

¹⁵ SALEILLES (R.), De la déclaration de volonté, Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand, (art. 116 à 144), Paris, F. Pichon, 1901, p.230, « tous les contrats de travail dans la grande industrie, des contrats de transport avec les grandes compagnies de chemins de fer, et de tous ces contrats [...] revêtent comme un caractère de loi collective et [...] se rapprochaient beaucoup plus de la *lex* que de l'accord des volontés ».

¹⁶ BERLIOZ (G.), *Le contrat d'adhésion*, Paris, L.G.D.J., 1973, p.25, « [l]es facteurs matériels de présentation du document contractuel contribuent à faire du contrat un contrat d'adhésion »; GUILLEMARD (S.) et ONGUENE ONANA (D.E.), *Le contrat d'adhésion: actualités et droit international*, in Les cahiers de droit, vol. 48, n°4, 2007, p. 640, « Sur le plan factuel, on peut se demander comment l'une des parties réussit à imposer ses termes à l'autre ou pourquoi l'un des contractants accepte d'être lié sans avoir voix au chapitre. Dans un contrat d'adhésion, si l'une des parties est en mesure d'imposer à l'autre ses conditions contractuelles préétablies, (généralement à son avantage), c'est que l'autre partie se trouve, par rapport à elle, en position de faiblesse »; une réalité confirmée par la Cour de cassation française: Cass.civ. 1ere, 6 janvier 1994, J.C.P. 1994, II. 22237, note Gilles PAISANT, « l'abus de puissance économique du professionnel est inhérent aux contrats d'adhésion proposés aux consommateurs »; RIEG (A.), *Contrat-type et contrat d'adhésion*, in Etudes de droit contemporain, Travaux et recherches de l'Institut de droit comparé de Paris, t.XXXIII, 1970, n°9, p.108: « Les contrats-types, [...] bien que n'étant eux-mêmes que de simples formules, ne représentant pas moins une source d'adhésion ». Voir aussi GAUTRAIS (V.), *Le contrat électronique international*, Bruxelles, Bruylant, 2000; REGRAGUI (M.), *Le contrat d'adhésion et la protection du consommateur*, Mémoire de Master en Droit Privé, Université Mohammed V, F.S.J.E.S. Rabat-Agdal, (Pr. Farid El Bacha (dir.)), 2012.

formes fixes et standardisées¹⁷, c'est afin de se dispenser en pourparlers avec leur clientèle; et l'utilisation de jargons hermétiques dans les contrats qu'ils proposent, laisse le contractant profane dans l'incapacité de comprendre et de négocier les clauses proposées.

La partie faible au contrat peut donc en arriver à s'engager contre sa propre volonté, et ce, sans même le savoir. Or, la timidité et l'incompréhension ne sont pas des vices de consentement¹⁸, et l'absence de négociation n'entrave pas la validité du contrat...¹⁹

La rupture de l'égalité théorique des contractants suscite donc l'intérêt du juriste, car témoin d'un asservissement qui n'a d'autre source que la propre volonté de sa victime. Celle-ci s'engage par ignorance, ou par besoin car faute de choix²⁰, et la partie forte, qui use de sa position pour servir ses propres intérêts, finit par asservir un cocontractant économiquement trop faible pour défendre ses intérêts, et trop nécessiteux pour se permettre le luxe de renoncer au contrat. L'on comprend dès lors que les raisons qui incitent à protéger la partie faible soient davantage mues par des motivations morales et sociales que juridiques. La notion même de justice contractuelle²¹, qui s'identifie à

¹⁷ NEUMAYER (K.), *Les contrats d'adhésion dans les pays industrialisés*, Genève, Librairie Droz, 1999, p.255; SERLOOTEN (C.), *La standardisation en droit des contrats*, Thèse, Université de Toulouse 1, 2008

¹⁸ Aux yeux de la justice marocaine, l'apposition par un analphabète de sa signature à un contrat, ne l'exonère pas de sa responsabilité d'exécuter ses obligations: v. C.S. Civ., 15 avril 1970, n°198, R.J.C.S. n°17, p.21.

¹⁹ L'article 2 du D.O.C. dispose à cet effet que « Les éléments nécessaires pour la validité des obligations qui dérivent d'une déclaration de volonté sont : 1° La capacité de s'obliger ; 2° Une déclaration valable de volonté portant sur les éléments essentiels de l'obligation ; 3° Un objet certain pouvant former objet d'obligation ; 4° Une cause licite de s'obliger ».

²⁰ Il est des cas où la partie faible a bien conscience de la portée de son engagement, et donne un accord factice, obtenu du fait de son état de besoin, mais contre son gré du fait de son insatisfaction du contrat proposé. Cette situation se manifeste *a fortiori* en cas de puissance monopolistique ou oligopolistique du cocontractant (ex: contrats de distribution d'eau et d'électricité, téléphonie, etc.).

²¹ Selon SMORTO (G.), *La justice contractuelle*, in R.I.D.C., mars 2008, p.586, « Dans les écrits actuels, le terme « justice » présente une forte ambiguïté. Nous pouvons relever au moins quatre significations différentes de la notion de justice (contractuelle): a) la justice en tant qu'égalité dans l'échange ; b) la justice comme sauvegarde de l'équivalence subjective des prestations en cas de changement de circonstances ; c) la justice comme vecteur de valeurs ; d) la justice distributive ».

ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, Traduction de Jules Tricot, 1^{ère} éd. 1959, Paris, J.Vrin, 2007 distinguait deux sortes de justices: la *justice commutative* et la *justice distributive*. La première suppose une égalité arithmétique. Selon Jacques GHESTIN, elle impose que le contrat « ne détruise pas l'équilibre qui existait antérieurement entre les patrimoines, ce qui implique que chacune des parties reçoive l'équivalent de ce qu'elle donne », ce à quoi l'auteur ajoute la bonne foi comme « complément nécessaire à la justice contractuelle » ; GHESTIN (J.), *Traité de droit civil*, Paris, L.G.D.J., 1994. La seconde, envisage une répartition selon le mérite, en tenant compte des inégalités entre les individus. Appliquée au contrat, elle équivaldrait à attribuer à des contractants inégaux des parts inégales, en fonction de ce qu'ils méritent, afin de réaliser un équilibre entre eux. La justice distributive est aujourd'hui devenue synonyme de justice sociale, en ce qu'elle envisage la réduction des inégalités économiques entre individus.

l'équilibre contractuel entre les parties²², disparaît, lorsque la faiblesse perturbe cet équilibre. A partir de ce moment, ce sont les conséquences de l'autonomie de la volonté et de la force obligatoire du contrat qui sont entravées: la partie faible est contrainte d'exécuter son obligation, et malgré le déséquilibre flagrant du contrat, le juge n'est pas habilité à y intervenir pour en modifier les clauses ou l'annuler²³. Leur remise en question devient donc un impératif d'ordre juridique.

Certes, l'on ne peut en vouloir à une partie d'être dans une situation plus favorable qu'une autre²⁴, mais il est du devoir du législateur et du juge, de s'assurer que cette position favorable n'engendre pas de préjudice au cocontractant faible. Le passage d'une conception du contrat axée sur l'autonomie de la volonté des parties à une vision centrée sur la rupture de l'égalité des parties au contrat et ses conséquences néfastes sur la partie faible, incite fortement à l'étude de la faiblesse d'une partie au contrat.

Sans doute, la faiblesse d'une partie au contrat n'aura-t-elle pas échappé aux préoccupations du législateur marocain qui, en marge du Dahir des Obligations et des Contrats, a adopté d'autres textes afin de protéger _tacitement_ certaines catégories de contractants²⁵. Une différence de taille oppose néanmoins les règles du droit commun à la loi 31-08 édictant des mesures de protection du

²² L'auteur LE GAC-PECH (S.), *La proportionnalité en droit privé des contrats*, Paris, L.G.D.J., 2000, p.38, précise à ce sujet que : « l'on poursuit l'équilibre du contrat en orientant son analyse vers la commutativité des obligations. A défaut de reconnaissance formelle, l'équilibre n'est pas défini en tant que tel. On sait seulement qu'il est constitué par la mise en relation d'éléments, qui font ou non apparaître un rapport pondéré ».

²³ A ce titre, l'on s'interroge: la doctrine admet volontiers « qu'il se dessine une nouvelle façon de considérer le contrat, comme une union d'intérêts équilibrés, instrument de coopération loyale, oeuvre de mutuelle confiance - sous l'égide d'un juge qui sait être, quand il le faut, juge d'équité», (DEMOGUE (R.), *Traité des obligations en général*, t. III, Paris, Gallica, 1931, n°3 ; RÉMY (Ph.), *Droit des contrats : questions, positions, propositions*, in L'évolution contemporaine des contrats, Journées Savatier, 1985, p. 279-280, n° 29-30); mais comment envisager cette hypothèse lorsqu'on sait que « le juge se doit d'appliquer la loi et d'y obéir, sans état d'âme »? Un auteur note pertinemment que « Le juste humanise la loi lorsqu'il infléchit l'application d'une règle en tenant compte de la situation subjective des parties, faisant ainsi prévaloir le juste sur la règle de droit. Il ne part plus de la règle pour aller à l'espèce, mais de la solution qui lui paraît la plus acceptable, pour remonter, plus ou moins habilement, jusqu'à la règle appropriée, en tirant profit de la variété des textes », DION (N.), *Le juge et le désir du juste*, D. 1999, p.195; voir aussi GRYNBAUM (L.), *Le contrat contingent, L'adaptation du contrat par le juge sur habilitation du législateur*, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 34-50

²⁴ « La notion de puissance est consubstantielle à l'idée de société. A partir du moment où les êtres humains vivent en groupe, il s'établit un lien social fondé sur la hiérarchie, la fonction et donc l'inégalité », CHAZAL (J.-P.), *De la puissance économique en droit des obligations*, t.I, Thèse Université Pierre Mendès France, Grenoble II, 1996, p.35

²⁵ Il s'agit notamment de la loi 06-99 sur la liberté des prix et de la concurrence (Dahir n°1-00-225 du 5 juin 2000 (2 Rabii I 1421), (B.O. n°4810 du 6 juillet 2000); de la loi Loi n° 6-79 organisant les rapports contractuels entre les bailleurs et les locataires des locaux d'habitation ou à usage professionnel, promulguée par le Dahir n° 1-80-315 (17 safar 1401), (B.O. 21 janvier 1981); du Dahir n° 1-03-194 du 14 rejab 1424 portant promulgation de la loi n° 65-99 relative au Code du travail (B.O. n°5210 du 6 mai 2004) ; du Dahir n° 1-02-238 du 25 rejab 1423 portant promulgation de la loi n° 17-99 portant code des assurances, (B.O. n°5054 du 7 novembre 2002), ou enfin, du Dahir n° 1-11-03 du 14 rabii I 1432 (18 février 2011) portant promulgation de la loi n° 31-08 édictant des mesures de protection du consommateur (B.O. n°5932 du 7 avril 2011).

consommateur²⁶, qui bien qu'adoptée tardivement, constitue un apport conséquent à l'arsenal législatif marocain. Car en effet, alors que le D.O.C. fonde ses règles sur la *présomption d'égalité* des parties au contrat, la loi 31-08 *présume l'infériorité* du consommateur. A ce titre, il n'est plus considéré comme l'égal de son cocontractant, mais comme un être profane, en position de faiblesse (principalement due à son ignorance) face au professionnel.

L'on se trouve donc devant deux textes aux fondements divergents: le premier présume l'égalité des contractants et ne réserve sa protection qu'à une minorité de sujets de droit qui font exception au postulat de l'égalité des parties, et partant, au principe de l'autonomie de la volonté (mineurs, majeurs incapables, victimes de vices de consentement ou d'abus); alors que le second, présume d'emblée la faiblesse de l'une des parties, et n'accorde sa protection spéciale qu'au seul consommateur. En d'autres termes, cette loi d'exception ne se fonde plus sur une présomption d'égalité des parties, mais sur l'infériorité théorique de l'une d'elles, qui sera spécifiquement protégée du fait de sa position de faiblesse.

Pour autant, ces deux principaux textes sont-ils parvenus à assurer opportunément la protection de la partie faible au contrat? Autrement dit, peut-on parler d'une protection juridique de la partie faible au contrat en droit marocain?

L'évaluation de cette protection appelle à plusieurs interrogations sous-jacentes. Tout d'abord, l'état actuel de la législation permet-il une protection efficace? Face au déséquilibre, la sanction se limite-t-elle à la déclaration de nullité du contrat, ou vise-t-elle le maintien de celui-ci en s'affairant à le rééquilibrer? Les sanctions civiles et pénales établies, sont-elles un remède efficient à l'abus subi par la partie faible? Ensuite, l'on se demande si cette protection est étendue, généralisée, ou limitée? La loi protège-t-elle autant le mineur et l'incapable que le majeur capable? Le consommateur comme le professionnel? Le contractant victime d'un déséquilibre quelle que soit sa qualité?

Enfin, cette protection est-elle juste? Permet-elle de satisfaire chacune des parties à concurrence de ce qu'elle mérite et sous le respect de la morale? Le juge est-il habilité, avec l'adoption de la loi 31-08, à interpréter les vices du consentement sur la base de cette loi qui présume le consommateur faible, et ce, sans tenir compte des conditions prévues par le D.O.C. pour la déclaration de la sanction? *A priori*, les vices qui ont été relevés par le D.O.C. et qui justifient éventuellement une

²⁶ Dahir n° 1-11-03 du 14 rabii I 1432 (18 février 2011) portant promulgation de la loi n° 31-08 édictant des mesures de protection du consommateur (B.O. n°5932 du 7 avril 2011)

condamnation, nécessitent l'existence de certaines conditions qui attestent de l'état de faiblesse de la victime, telles les manoeuvres dolosives (art. 52 D.O.C.), et tant que ces conditions font défaut, le juge ne peut déclarer l'existence d'un vice ayant affecté le consentement du demandeur. Aujourd'hui, est-il possible aux juridictions marocaines de s'inspirer de la loi 31-08 pour corriger et sanctionner tout comportement déloyal du défendeur provoquant un déséquilibre contractuel?

Car de nos jours, la doctrine admet l'insuffisance, sinon l'inadaptation des moyens classiques de protection de la partie faible aux nouvelles formes de déséquilibre contractuel²⁷. D'abord, parce que les conditions nécessaires pour invoquer un vice de consentement ne se réunissent pas toujours, ou parce qu'il est difficile à prouver (notamment dans les contrats d'adhésion); ensuite, parce que la sanction envisagée est toujours la nullité. Or, ce remède n'assure ni la pérennité du lien contractuel, ni la satisfaction personnelle de la partie faible victime d'abus. Annuler le contrat ne console pas un salarié au chômage, un locataire sans toit, un assuré sinistré.

Est-il donc possible de protéger la partie faible dès que sa faiblesse s'avère réelle? Peut-on protéger le faible quelque soit sa qualité et quelle que soit la nature du contrat qu'il conclut? En d'autres termes, le droit marocain permet-il une protection globale de la partie faible au contrat? Car notre perspective n'est pas celle d'une protection d'une catégorie d'individus, mais d'une fin plus importante, celle de la consécration d'un droit de l'Homme.

En effet, l'exposé succinct et non exhaustif de ces questionnements, révèle les enjeux et l'importance de la réflexion juridique autour de ce qui constitue, non pas seulement un acte d'engagement, mais la source causale de toutes les institutions. Assurer la justice au contrat, c'est contribuer à la

²⁷ GHESTIN (J.) et MARCHESSAUX-VAN MELLE (I.), « *Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français et en droits européens* », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Comparaisons Franco-Belges*, Paris, L.G.D.J., 1996, p. 21: « La nullité du contrat tout entier est une sanction qui est le plus souvent inadaptée »; « La solution peut être recherchée dans un élargissement par la jurisprudence des nullités pour vices du consentement, erreur, dol et violence ».; FONTAINE (M.), « La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Rapport de synthèse », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Comparaisons Franco-Belges*, Paris, L.G.D.J., 1996, p. 626 : « Les régimes applicables aux vices du consentement sont également traditionnels, et sous bien des aspects, ils se rattachent aussi au thème de la protection de la partie faible. La victime d'un dol, ou d'une violence, a subi les effets d'une position de force de son cocontractant. L'erreur révèle un manque de connaissances ou d'attention, en soi constitutif d'une situation de faiblesse. Ici également, ce thème très classique, n'a pas été repris en tant que tel dans nos travaux. Toutefois, on a pu signaler d'une part la relative inadaptation des régimes des vices du consentement au phénomène des contrats d'adhésion [...] ».

justice dans la société²⁸. Ainsi, le thème de la protection de la partie faible au contrat ne se restreint pas à ce seul objectif immédiat, mais constitue un tremplin à la réflexion autour de la réalisation de la justice contractuelle et sociale. Il permet aussi de rappeler le rôle parfois oublié du droit, dont l'essence-même est de protéger ses sujets, *a fortiori* dans les contrats facteurs d'insertion sociale de l'individu, que sont le contrat de travail, de bail, et de santé²⁹. Ce sont bien les domaines de prédilection de la situation de faiblesse, et le rétablissement de l'équilibre dans ces contrats phares ne pourra être que fructueux car contributif à l'équité sociale.

Le thème de la protection de la partie faible au contrat ainsi exposé, mérite donc réflexion à travers deux pivots essentiels. En premier lieu, déterminer et analyser en profondeur la valeur à protéger, à savoir la partie faible au contrat (Première partie). Puis, en second lieu, dresser un état des lieux du droit positif marocain vis-à-vis de cette protection, notamment à travers les règles du droit commun, mais aussi celles des lois spéciales (Seconde partie). La jonction de ces deux pivots permettra, à terme, de déceler les besoins concrets de la partie faible, et d'identifier les moyens les plus adéquats pour assurer une meilleure justice contractuelle.

²⁸ GÉNY (F.), *op.cit.*, n°5, affirmait que la conciliation des intérêts des parties « apparaît nécessaire pour réaliser la fin sociale de l'humanité ». Cette *justice sociale*, n'est pas seulement prise au sens que lui donne John Stuart MILL, à savoir la garantie des droits des catégories sociales les plus démunies, mais encore dans une acception plus large, celle de la réalisation de la justice au sein de la société toute entière. MILL (J.S.), *L'utilitarisme (1861)*, Paris, Flammarion, 1988, p.132

²⁹ Voir MAINGAIN (B.), « *Les relations entre employeurs et salariés en droit belge* », in La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Comparaisons Franco-Belges, Paris, L.G.D.J., 1996, p.101; COUTURIER (G.), « *Les relations entre employeurs et salariés en droit français* », *Ibid.*, p.143; AUBERT (J.-L.), « *Les relations entre bailleurs et locataires en droit français* », *Ibid.*, p.165; DURANT (I.), « *Les relations entre bailleurs et locataires en droit belge* », *Ibid.*, p. 181; PETON (P.), *Le contrat médical, Cours de médecine*, Université de Reims, 2006, p.3 : « La contractualisation des relations entre un médecin et son malade affirmée [en France] à la suite de l'arrêt MERCIER, en 1936, s'appuie sur des principes fondamentaux en créant des obligations spécifiques. L'extension des droits de la personne et du malade que ce soit par la loi ou la jurisprudence, doit rappeler au praticien les conséquences inhérentes de ce contrat en matière de responsabilité »; DE FORGES (J.-M.), *Le droit de la santé*, Que sais-je ? Paris, PUF, 2012, p. 13.: l'auteur souligne que la liberté contractuelle et l'égalité sont considérées comme étant des conditions essentielles au contrat médical, et ajoute que la portée des risques, les moyens alternatifs, et les conséquences des différents actes médicaux, doivent être communiqués au patient afin que celui-ci consente valablement à l'acte médical.

PREMIÈRE PARTIE – LA PARTIE FAIBLE AU CONTRAT, UNE VICTIME À PROTÉGER

Dès lors que la loi donne au contrat force obligatoire, elle se doit, pour garantir l'effectivité de celle-ci, de protéger le consentement des parties à la convention.

Le législateur marocain, qui a d'ailleurs bien perçu la logique d'un tel rapport, après avoir énoncé à l'article 230 du D.O.C. que « les obligations valablement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites », a aussitôt ajouté « qu'elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel ... ». L'article traduit fortement un souci du législateur à l'égard de la protection de la volonté des parties au contrat.

Toutefois, aucune des dispositions relatives à cette protection, déjà éparpillées à travers les règles du D.O.C. et de la loi 31-08 édictant les mesures de protection du consommateur³⁰, ne présentent de formule particulièrement spécifique à la partie faible. De ce fait, le souci de protéger cette dernière demeure encore plus pertinent, du fait du manque d'intérêt manifesté à l'égard d'un contractant qui se voit obligé par un contrat dont les stipulations lui sont défavorables ou même préjudiciables.

Néanmoins, l'on ne peut ignorer la volonté déclarée du législateur de défendre la partie faible au contrat. Un nombre considérable d'articles illustre la volonté du législateur pour la défense de certaines catégories présumées en situation d'infériorité.

³⁰ Dahir n°1-11-03 du 14 Rabii I 1432 (18 février 2011) portant promulgation de la loi n°31-08 édictant des mesures de protection du consommateur, (B.O.n°5932, du 3 Joumada I 1432 (7 juin 2011)).

Chapitre I. Une volonté de protection déclarée mais confuse

Le législateur a manifesté son souci de protéger la partie faible au contrat aussi bien en droit des obligations que dans les lois spéciales. Le phénomène est ancien et répandu dans différentes matières, et il convient de rappeler que le législateur a déjà introduit en droit du travail des dispositions protégeant la partie faible au contrat. A titre d'exemple, il a reconnu au juge la faculté d'accorder des dommages-intérêts au salarié licencié abusivement. En dehors du salarié, d'autres catégories de contractants profitent également - et à des degrés divers - de la protection du législateur. Tel est notamment le cas de l'assuré qui bénéficie d'une protection par le biais du principe de la bonne foi régissant le droit des assurances. Il en est de même du locataire, que la loi protège vis-à-vis du bailleur tant dans le bail d'habitation que dans le bail commercial³¹.

Par ailleurs, on ne saurait omettre d'évoquer ici le souci accentué de notre droit des procédures collectives de protéger le débiteur en cessation de paiement contre les poursuites individuelles de ses créanciers, et de préserver le sort des contrats dont le maintien pourrait être utile au redressement des entreprises en difficulté. Et dans le même sens, l'on citera l'article 243 du D.O.C. concernant le délai de paiement accordé au débiteur en difficulté temporaire qui manque à ses obligations³².

De même, il est logique de souligner cette volonté manifeste dans le code de la famille pour la protection des incapables (mineurs, faibles d'esprit, prodigues et déments), sans oublier les dispositions du D.O.C. protégeant la partie faible contre les vices du consentement.

Toutefois, l'énumération de ces catégories de personnes protégées- qui n'est pas limitative en soi- interpelle quant à l'appréhension qu'a notre droit de la justice contractuelle. En effet, adopter des règles spécifiques à chaque catégorie de contractant, permet certainement de les protéger selon la

³¹ A titre d'exemple, la législation relative aux baux d'habitation et à usage professionnel, impose que la révision à la hausse du montant de la location ne peut avoir lieu qu'au minimum trois ans après la conclusion du contrat ou de la dernière révision judiciaire, et ce, nonobstant toute convention contraire; article 5 du Dahir n° 1-99-210 du 13 Joumada I 1420 (25 août 1999), portant promulgation de la loi n°63-99 modifiant et complétant la loi n°6-79 organisant les rapports contractuels entre les bailleurs et les locataires des locaux d'habitation ou à usage professionnel, (B.O. n°4732)

³² Art. 234 du D.O.C. : « S'il n'y a qu'un seul débiteur, le créancier ne peut être tenu de recevoir l'exécution de l'obligation par prestations partielles, même lorsqu'elle est divisible, s'il n'en est autrement convenu, et sauf s'il s'agit de lettres de change. (*Complété, D. 18 mars 1917-24 joumada I 1335.*)- Les juges peuvent néanmoins, en considération de la position du débiteur, et en usant de ce pouvoir avec une grande réserve, accorder des délais modérés pour le paiement, et surseoir à l'exécution des poursuites, toutes choses demeurant en état ».

spécificité de leurs besoins. Néanmoins, une telle appréhension catégorielle conduit à promouvoir des lois restrictives, limitées à certaines personnes privilégiées, et à évincer d'autres catégories de contractants qui se trouvent tout autant dans le besoin d'être protégées. Or, la justice contractuelle, entendue comme la correction d'un déséquilibre, doit pouvoir être profitable à tous les contractants, indépendamment de leur qualité. C'est pourquoi nos ambitions visent une protection générale, qui englobera toute partie faible au contrat.

Cet aspect global de la protection se retrouve à l'article 473 du D.O.C. Celui-ci dispose que « dans le doute, l'obligation s'interprète dans le sens le plus favorable à l'obligé », sans toutefois l'avoir défini.

Par ailleurs, la loi 31-08, qui a prévu dans son article 9 la même protection en faveur du consommateur à l'occasion de l'interprétation du contrat flou ou ambigu ; apporte pourtant une définition insuffisante et confuse du consommateur. Elle se limite d'ailleurs à la relation du consommateur face au fournisseur dans une comparaison des objectifs du consommateur qui achète pour ses propres besoins par rapport au fournisseur qui achète pour les besoins de sa fonction. Et pourtant, nous sommes bien tous des consommateurs. Le fournisseur au sens exact de l'article 2, est lui-même un consommateur profane, risquant de se trouver dans une situation de faiblesse comparable à celle du consommateur lorsqu'il contracte hors de son domaine ou avec un autre fournisseur, ou pour ses propres besoins.

Ce constat traduit l'imperfection et l'imprécision du concept du consommateur prévu à l'article 2 de la loi 31-08 et laisse planer le doute sur le sens exact du mot consommateur.

Et en fin de compte, les deux articles, 473 D.O.C et 9 de la loi 31-08, présentent une volonté déclarée du législateur pour la protection d'une partie présumée faible au contrat, mais cette volonté reste confuse. Devant ce constat, le recours à une définition de la partie faible s'avère nécessaire et nous conduira certainement à une meilleure justice contractuelle.

Section 1. Définition de la partie faible au contrat

Le recours à une définition de la partie faible sera d'une grande importance. Il conduira à l'élaboration d'un principe assurant une justice égalitaire à toute personne faible au contrat dans un régime protecteur général impératif égalitaire, qui peut par ailleurs faire l'objet de dérogations conventionnelles dans le sens le plus favorable à la partie protégée.

Existe-t-il toujours une partie faible au contrat ? Il est, en principe, admis qu'une égalité absolue n'existe pas entre les contractants. Chacun peut provenir d'un domaine spécifique, et avoir reçu une éducation, une expérience, et des connaissances spécifiques. Tout au plus pourrait-on parler de similarité des forces, mais jamais déclarer l'égalité parfaite entre deux contractants. Quand bien même proviendraient-ils de la même famille ou du même domaine professionnel, l'on ne pourrait admettre *de facto* l'égalité de leurs connaissances, de leurs facultés de discernement, leur intelligence, leurs expériences et besoins respectifs. Aussi, il est à supposer que si les parties ne sont pas tout à fait égales, au mieux, leurs forces s'équilibrent-elles pour aboutir à un contrat équitable, au pire leurs forces diffèrent de façon flagrante et engendrent un risque de déséquilibre contractuel.

Cependant, être partie faible au contrat ne signifie pas uniquement ne pas être de force égale que son cocontractant, car de prime abord, cette différence n'affecte aucunement l'avenir du contrat et son équilibre. La réelle partie faible au contrat, est celle qui, de par sa personne ou sa situation, se trouve face au risque d'être atteinte dans ses droits et/ou dans ses biens. De ce fait, l'on déduit que d'un point de vue anthropologique, il existe toujours une partie plus faible que l'autre dans un contrat. Mais d'un point de vue juridique, l'on ne considère l'existence d'une partie faible que lorsque celle-ci est dans une position contractuelle ou une situation personnelle susceptible d'engendrer un déséquilibre contractuel en sa défaveur. L'intervention du droit pour sa protection ne serait alors justifiée que si elle encourt le risque de subir une atteinte.

Pour cette raison, le recours à une définition de la partie faible sera d'une importance notoire, car il conduira à l'élaboration d'un principe assurant une justice égalitaire à toute partie faible au contrat, dans un régime protecteur général et impératif, qui peut par ailleurs faire l'objet de dérogations conventionnelles dans le sens le plus favorable à la partie protégée.

Paragraphe 1. Définition du législateur

A priori, l'on ne devrait pas s'attendre à trouver de définition de la partie faible en droit marocain. La lecture du Dahir des Obligations et des Contrats nous aura appris que le législateur conçoit les contractants comme des êtres libres, égaux, autonomes, et capables de mesurer la portée de leurs engagements. Rien ne les prédispose à être de force inférieure ou supérieure les uns vis-à-vis des autres. L'article 230 du D.O.C. témoigne de cette vision égalitaire en déclarant que les "conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites", et n'admet à ce principe que de rares exceptions, lourdement conditionnées.

A cet individu "fort" s'oppose donc celui qui, pour une raison ou pour une autre, ne répond pas à ces critères de liberté, d'égalité ou d'autonomie. Seulement, bien que présent dans la réalité, celui-ci peine à être reconnu par la loi.

Le mot "faiblesse" n'apparaîtra qu'une seule fois dans le D.O.C., sans nous renseigner davantage sur la condition du faible³³.

Il nous aura donc fallu rechercher dans les articles du D.O.C. les dispositions qui définissent, même négativement, ce qu'est la partie faible au contrat aux yeux du législateur.

A. L'appréhension de la faiblesse dans le droit commun

Le législateur marocain n'a pas expressément défini la partie faible au contrat, mais les règles d'interprétation qu'il promeut, ont révélé la désignation implicite de cette partie faible.

En effet, l'article 473 du D.O.C. signale au juge qu'en cas de doute, l'interprétation du contrat doit se faire en faveur de l'obligé. Cela signifie que le législateur entend accorder sa protection en priorité à l'une des parties. Est-ce pour autant celle qu'il considère comme étant la plus encline à être lésée ou atteinte dans ses droits ?

³³ Il s'agit de l'article 878 du D.O.C. spécifique au prêt, qui dispose : « celui qui, abusant des besoins, de la faiblesse d'esprit ou de l'inexpérience d'une autre personne, se fait promettre, pour consentir un prêt ou le renouveler à l'échéance, des intérêts ou autres avantages qui excèdent notablement le taux normal de l'intérêt et la valeur du service rendu, selon les lieux et les circonstances de l'affaire peut être l'objet de poursuites pénales. Les clauses et conventions passées en contravention du présent article peuvent être annulées, la requête de la partie et même d'office ; le taux stipulé peut être réduit, et le débiteur peut répéter comme indu, ce qu'il aurait payé au-dessus du taux fixé par le tribunal. S'il y a plusieurs créanciers, ils sont tenus solidairement ».

a) L'obligé au sens de l'article 473 du D.O.C.

Qui est l'obligé? Là encore, il n'en existe pas de définition expresse. Celle-ci sera déduite de l'article 234 du D.O.C. qui dispose que "nul ne peut exercer l'action naissant d'une obligation, s'il ne justifie qu'il a accompli ou offert d'accomplir tout ce qu'il devait de son côté, d'après la convention ou d'après la loi ou l'usage".

Cela signifie que si seul le créancier d'une obligation est habilité à ester en justice, alors l'obligé, c'est-à-dire celui qui n'a pas encore rempli son obligation, est le débiteur. La jonction de l'article 234 et de l'article 473, nous permet donc de conclure que l'obligé est le débiteur. Cette interprétation a été confirmée par la jurisprudence: le Tribunal de Première Instance de Casablanca, dans une décision du 14 mai 1992, énonce que "dans le doute, les juridictions doivent interpréter le contrat au sens favorable au débiteur"³⁴. Elle a d'ailleurs aussi été réitérée par la doctrine³⁵.

Ainsi, la loi, comme la jurisprudence et la doctrine, s'accordent toutes trois à définir l'obligé comme étant le débiteur; et confirment de fait l'interprétation du contrat en sa faveur. Cependant, si le débiteur est réputé en état d'infériorité, ce constat est pourtant loin d'être toujours exact: l'obligé ou débiteur, peut être partie faible comme partie forte au contrat.

Une telle constatation alerte sur les effets que peut avoir une interprétation du contrat en faveur d'un débiteur partie forte. En effet, cela pourrait enjoindre le juge à faire bénéficier de l'interprétation, un débiteur de mauvaise foi qui a prémédité de promouvoir une convention obscure ou ambiguë pour porter atteinte à son cocontractant. Il se montre défaillant pour gagner la protection que confère l'article 473 au débiteur, alors qu'il aurait lui-même rédigé le contrat, et qu'il serait donc le mieux habilité à en comprendre les stipulations.

Un rédacteur honnête n'hésiterait pas à déterminer ses obligations et celles de son cocontractant clairement dans l'écrit du contrat. En principe, celui-ci est toujours prudent, méfiant, et même méticuleux dans la rédaction contractuelle par crainte d'être lésé dans ses droits. La protection de ses intérêts le conduit à une précision telle qu'il en maîtrise le sens et la portée. Aucune raison ne justi-

³⁴ TPI Casablanca, 14 mai 1992, n°1466, inédit.

³⁵ Le Doyen CARBONNIER employait l'expression « faveur du débiteur », CARBONNIER (J.), *Droit civil, Les obligations*, Paris, PUF, 20^e éd., 1996, n°142

fiera sa négligence de prescrire ses droits dans un contrat clair qui sera approuvé par son cocontractant. Le faire bénéficier d'une interprétation en sa faveur s'opposerait alors au bon sens. Celui-ci ne saurait se trouver en situation de faiblesse et profiterait d'un privilège qu'il ne mérite pas. Une telle interprétation devrait davantage profiter à la partie qui aurait adhéré au contrat sans avoir pris part à sa rédaction.

De ce fait, l'interprétation d'un contrat flou en faveur du débiteur, ne correspondrait pas à l'esprit du texte, ni à celui du législateur. Ce dernier n'aurait aucune raison de vouloir protéger une partie forte, son intention étant au contraire de veiller à la sauvegarde des droits de la partie la plus faible.

La similarité existant entre les dispositions de l'article 473 du D.O.C. et celles de l'article 1162 du Code Civil français, nous amène à comparer l'esprit des deux textes et l'interprétation qu'en a fait la doctrine, afin de savoir si le législateur y vise la protection de la partie faible au contrat.

b) La partie faible au sens de l'article 1162 du Code Civil français

Peut-on voir en l'article 1162 du C.Civ.F. la désignation implicite d'une partie faible au contrat ? Celui-ci dispose que « dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation ». Cette règle, dite « *contra proferentem* », n'est en réalité pas une règle d'interprétation, mais un moyen de trouver une solution immédiate au litige, lorsque rien dans la relation contractuelle ne renseigne le juge sur la volonté commune des parties³⁶. Elle consiste donc à trancher le litige suivant les intérêts de l'une des parties seulement. L'article témoigne donc clairement d'une volonté de protection objective, fondée non plus sur la recherche de la volonté commune des parties, mais sur la qualité des contractants³⁷. La doctrine française s'est cependant interrogée sur la qualité de la personne contre laquelle le contrat devrait être interprété : s'agit-il du créancier ou du rédacteur ?

La tendance classique consistait à interpréter le contrat contre le créancier, mais cette interprétation révéla très vite une contradiction entre l'esprit du texte et sa mise en œuvre. En effet, lorsque la clause obscure ou ambiguë porte sur l'obligation d'un acheteur, l'interprétation en sa faveur en tant

³⁶ LLUELLES (D.), « Les règles de lecture forcée « *contra proferentem* » et « *contra stipulatorem* » : du rêve à la réalité », R.J.T. n°37, 2003, pp. 234-263

³⁷ EGÉA (V.), « L'interprétation des contrats : regards sur l'actualité des articles 1156 et suivants du Code civil », in Colloque en ligne pour le bicentenaire du Code civil, Institut de Droit d'Expression Française, Paris, 2004, p.11

que débiteur lui est certes bénéfique. Le vendeur, créancier de l'obligation, verra alors la clause interprétée contre lui. En revanche, lorsque la clause obscure ou ambiguë porte sur l'obligation du vendeur, celle-ci sera interprétée contre le créancier qui, cette fois-ci, se trouve être l'acheteur. Ce dernier risque alors de pâtir d'une interprétation à son encontre, sachant qu'il n'aura fait qu'accepter le contrat tel qu'il lui a été proposé. L'article 1162 ainsi interprété, jouerait alors dans les deux sens : tantôt en faveur d'un débiteur lésé, tantôt à l'encontre d'un créancier lésé ; ce qui ne saurait satisfaire au principe d'équité.

Ainsi, l'esprit de protection voulu par le texte, perdu par le fondement sur la qualité de créancier, fit alors basculer l'avis doctrinal qui place désormais son fondement sur la qualité de rédacteur de l'acte.

C'est la tendance défendue par M. Jacques DUPICHOT qui proposait à la jurisprudence d'interpréter le contrat non pas contre le créancier de l'obligation, mais contre son rédacteur³⁸. Celui-ci rappelle que l'interprétation "*contrat proferentem*" remonte à l'époque Romaine, et s'appliquait aux contrats formalistes, donc unilatéraux, qui s'apparentent fortement aux contrats d'adhésion. L'argument tient au fait que l'ambiguïté d'une clause étant due à son rédacteur, devrait être interprétée à l'encontre de « celui qui a préétabli la formule d'enchaînement rituel ». Cette position est fondée sur le fait que les contrats d'adhésion sont généralement rédigés par la partie forte et le créancier de ces contrats ne manquera pas de stipuler ses droits et ses dettes clairement dans un contrat qui sera approuvé par le débiteur. Et dans le cas contraire, il doit subir les conséquences de sa faute, de son manquement à l'obligation d'informer clairement l'adhérent et qui a engendré un dommage à la partie adhérente. Aussi, le meilleur dédommagement pour l'adhérent sera d'interpréter le contrat flou en sa faveur. La règle est raisonnable puisqu'elle fait peser sur l'auteur de la clause la responsabilité de sa mauvaise formulation.

Certains voient en ce raisonnement un fondement sur les règles de la charge de la preuve³⁹, d'autres une sanction contre le rédacteur, censé s'exprimer clairement dans son contrat⁴⁰. Mais de fait, l'on se demande pourquoi dans un système qui admet l'égalité des parties, le législateur finit par faire

³⁸ v. DUPICHOT (J.), « Pour un retour aux textes : défense et illustration du "*petit guide-âne*" des articles 1156 à 1164 du Code civil », in Etudes offertes à Jacques FLOUR, Paris, Répertoire du Notariat Defrénois, 1976, p.179

³⁹ v. DEMOLOMBE (C.), *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, T.II, Paris, Hachette, 1869, p. 27-28

⁴⁰ DE LAMBERTERIE (I.), RIEG (A.) et TALLON (D.), « Rapport général », in Revue Internationale de Droit Comparé, Vol. 34, Juillet-Septembre 1982, p. 1167

pencher la balance pour l'une plutôt que pour l'autre ?

L'on ne peut qu'y observer une volonté de protéger le contractant qui a le moins la maîtrise du contrat et qui, par conséquent, est susceptible de subir les effets d'une convention à laquelle il n'a pas pris part à la rédaction, ou à la stipulation⁴¹. La démonstration de ce passage de l'interprétation à l'encontre du créancier à une interprétation à l'encontre du rédacteur, révèle implicitement l'esprit de l'article 1162 qui recherche clairement la protection d'une partie faible inconnue, mais bien visée.

Bien consciente de l'ambivalence entre faiblesse et force que peut connaître la position de créancier, la doctrine française rétablit l'esprit de protection voulu par le législateur en prônant une interprétation de la clause ambiguë en faveur du souscripteur. Celle-ci exprime de façon d'autant plus manifeste la volonté du législateur d'élaborer une solution juridique qui tienne compte des besoins et des intérêts de la partie faible au contrat.

B. L'appréhension de la faiblesse dans la loi consumériste

La loi 31-08, dont l'objectif est de protéger le consommateur, a adopté un nombre important de règles, principalement illustrées dans ses articles 9 et 15. Le premier concerne l'interprétation du contrat flou, alors que le second cible le déséquilibre significatif. L'analyse succincte de ces deux articles permettra de connaître la nouvelle approche du législateur de la situation de faiblesse.

a) La partie faible au sens de l'article 9 de la loi 31-08

Dans un souci de protection du consommateur, le législateur impose au juge en cas de doute d'interpréter le contrat en sa faveur⁴². L'article 9 oppose ainsi le consommateur au professionnel contre lequel s'interprète le contrat flou. Bien entendu, le consommateur visé par l'article 9 est le client utilisant des services ou achetant des produits pour satisfaire ses propres besoins ou ceux des personnes à sa charge. Cette qualification lui est conférée par toutes les modalités d'utilisation. Qu'il

⁴¹ COMBALUZIER-VAUDE (A.), *Contribution à la définition de la partie faible dans les contrats*, thèse, Université de Montpellier I, 2008, p.98-99

⁴² v. PIZZIO (J.-P.), *L'introduction de la notion de consommateur en droit français*, D. 1984, chron.XIV, n°9.

conclue une vente mobilière ou immobilière, un contrat d'entreprise ou un contrat d'assurance, qu'il contracte avec une entreprise privée ou publique. Dans ce dernier cas, il prend le statut d'usager défini par le droit administratif sans cesser d'appartenir à la catégorie des consommateurs.

Prenant compte de la nature de ses transactions, le consommateur s'oppose à la nature du professionnel qui achète les produits pour les distribuer. Ce dernier est présumé partie forte, le contrat flou s'interprète contre lui. L'idée de protéger ce consommateur faible, inexpérimenté, contre les tromperies du professionnel avisé, a longtemps été posée avec une remarquable permanence au cours des siècles, tirant son origine du souci de faire disparaître les fraudes, mais sans jamais être signifiée à travers une loi. Par la suite, c'est la loi 06-99 relative à la liberté des prix et de la concurrence⁴³, qui relève expressément le souci de protéger le consommateur. Le respect par les professionnels de leur partenaire économique, est l'idée fondamentale sur laquelle repose la loi 06-99. Le principe de la liberté du commerce ouvre au commerçant peu scrupuleux de larges possibilités d'abus dont ses clients seraient victimes. Et puisque la discipline n'émanait plus des professionnels mêmes, il fallait qu'elle fut imposée par la loi.

Aujourd'hui, la loi consumériste vise la protection de ce particulier longtemps reconnu mais pour la première fois nommé : le consommateur. Etant exposé à de larges possibilités d'abus de la part des professionnels de la production ou de la distribution peu scrupuleux, le consommateur devient une victime à protéger, chaque fois qu'il contracte avec un professionnel. C'est d'ailleurs dans ce sens que s'inscrit l'article 9 de la loi 31-08. Le législateur entend par cet article protéger le profane contre le mieux informé. La partie faible, contre la plus puissante.

Cependant, la définition même du consommateur, réputé en situation de faiblesse, n'est pas une chose simple, du fait que le législateur le définit uniquement par rapport à sa relation avec le fournisseur. L'article 2 de la loi 31-08 dispose qu'on « entend par consommateur toute personne physique ou morale, toute personne qui acquiert ou utilise pour satisfaire ses besoins non professionnels, des produits, biens ou services, qui sont destinés à son usage personnel ou familial ». L'article 2 oppose ainsi le consommateur au professionnel qui achète les biens ou services pour les besoins de sa profession. En conséquence, la protection prévue par l'article 9 est limitée au consommateur, agissant pour son intérêt privé ou pour celui de sa famille. Le critère du profit marque ainsi la fron-

⁴³ Dahir n°1-00-225 du 2 Rabii I 1421 (5 juin 2000), portant promulgation de la loi n°06-99 sur la liberté des prix et de la concurrence. (B.O. n°4810)

tière entre le consommateur et le professionnel.

Toutefois, ce critère s'avère insatisfaisant. Son application aboutit en effet à des solutions critiquables. Lorsqu'un consommateur, tout en n'ayant pas une activité professionnelle, ne contracte pas dans un but privé, faut-il le considérer comme consommateur ou au contraire lui appliquer les dispositions relatives au professionnel ? Si le critère du profit semble répondre à l'exclusion des professionnels de la protection, en même temps, il viole l'esprit du texte, car la loi consumériste est fondée sur la protection du profane contre l'expérimenté et le professionnel lorsqu'il contracte hors de son domaine, se trouve désormais sans expérience.

L'article 2 paraît l'exclure de la protection envisagée pour le consommateur. Pourtant, le fondement de la protection est le même : il existe aussi bien chez le consommateur que chez le professionnel désarmé de sa compétence une faiblesse lorsque celui-ci contracte en dehors de son domaine.

Cette position crée une même catégorie de contractants partie faible, de sorte que l'on ne peut différencier le professionnel du consommateur pendant la protection. Le simple fait d'entrer dans une relation contractuelle étrangère à sa fonction, le professionnel, désarmé de sa compétence et de son expérience, doit être considéré consommateur, et ce quelles que soient ses compétences personnelles. En contractant en dehors de la sphère de sa fonction, le professionnel se trouve en situation de faiblesse comparable à celle du consommateur profane. De ce fait, la définition prévue à l'article 2 ne semble pas pouvoir apporter la protection de l'article 9 au professionnel qui ne contracte pas dans l'exercice de son activité.

Ainsi, la définition du consommateur prévue dans l'article 2, comporte des incertitudes concernant la protection du professionnel partie faible. Et le terme « consommateur » pose seulement des difficultés de frontières vis-à-vis du professionnel désarmé de sa compétence. Cette définition ne semble pas pouvoir appliquer la protection au professionnel qui contracte avec un autre dans un domaine étranger à sa profession. Pourtant, l'esprit de cette loi permet d'envisager la protection des professionnels en situation d'infériorité, et chacun reconnaît en effet que les professionnels concluent parfois dans un état d'infériorité identique à celui des consommateurs protégés. La finalité du droit de la consommation invite naturellement le juge à se préoccuper de leur protection lorsqu'ils ne peuvent légitimement utiliser les facteurs de supériorité que leur procure leur statut de professionnel.

Une telle solution a d'ailleurs été consacrée par l'article 7 de la loi 06-99 sur la liberté des prix et la concurrence : l'article prohibe toutes les sortes d'abus dans la relation contractuelle entre professionnels. Cependant, l'efficacité du droit de la consommation suppose de lever les incertitudes sur son domaine d'application. Limiter son domaine au seul consommateur présente l'avantage de régler le problème à la source. La solution cependant est injuste. Protéger le consommateur ne peut donc s'envisager qu'en appliquant un critère clair permettant de déterminer, sans trop de difficultés, qui peut être protégé et qui ne doit pas l'être. En d'autres termes, si le fondement de la protection du consommateur est son état de faiblesse face au professionnel, le même fondement existe chez le professionnel, lorsqu'il contracte hors sa profession. Désarmé de sa compétence et de sa puissance, ce dernier ne doit pas se résoudre à la notion de consommateur. Néanmoins, dans l'état actuel de l'article 2, il ne paraît pas envisageable de protéger le professionnel, même lorsqu'il contracte hors de sa spécialité. Seul le consommateur, celui qui désire satisfaire un intérêt privé, devait être protégé.

Cette hypothèse est confirmée par l'article 15 concernant les clauses abusives. Par ce texte, le législateur confirme son souci de protéger le consommateur contre les abus du professionnel sans faire référence aux abus auxquels peut être confronté le professionnel lorsqu'il contracte hors de sa fonction.

En revanche, le législateur français a eu la sagesse de mentionner le professionnel désarmé, dans son régime protecteur contre les clauses abusives. L'article L132-1 du Code de la Consommation français, dispose que « dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat. Lors de sa première rédaction⁴⁴, ce texte avait suscité au départ une forte controverse sur la notion de non professionnel. Les uns l'ont interprété comme synonyme de

⁴⁴ En France, les premières dispositions relatives aux clauses abusives furent adoptées par la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services (J.O.R.F. du 11 janvier 1978) dans son article 35 : « dans les contrats conclus entre professionnels et non professionnels ou consommateurs, certaines clauses peuvent être interdites[...] celles qui paraissent imposer au non professionnel ou consommateur, par un abus de puissance économique de l'autre partie, et confèrent à cette dernière un avantage excessif ». L'article fut par la suite modifié par la loi n°89-421 du 23 juin 1989 (J.O.R.F. du 23 juin 1989), puis abrogé par la loi n°93-949 du 26 juillet 1993 (J.O.R.F. du 27 juillet 1993), pour enfin être remplacé par l'article L132-1, lui-même modifié par la loi n°2010-737 du 1^{er} juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation.

consommateur⁴⁵, d'autres ont critiqué cette conception, inapte à protéger le professionnel qui agit tout en étant aussi désarmé qu'un particulier, et ont conféré au vocable « non professionnel » le sens du professionnel qui contracte désarmé de la puissance que lui confère sa profession⁴⁶.

La réflexion est pertinente. Il faut admettre que le mot « non professionnel » doit ajouter quelque chose à la qualité de simple particulier que le terme consommateur vise. Il est illogique de penser que le législateur utilise le vocable « non professionnel » à côté du terme « professionnel » pour désigner le même type de contractant. La référence au non professionnel permet donc d'envisager la protection des professionnels aussi désarmés qu'un particulier.

Il est faux d'affirmer que les professionnels ne connaissent jamais la situation d'infériorité propre au consommateur. Il est fort contestable de fonder des régimes sur des présomptions irréfragables de puissance, qui pourraient aller à l'encontre de la situation réelle du contractant professionnel. La présomption simple de la puissance du professionnel peut être renversée par la preuve de ce que la réalité est contraire à la présomption. En contractant dans un domaine étranger à sa fonction, le professionnel se trouve aussi en situation de faiblesse comparable à celle du consommateur profane, et sa protection s'avère nécessaire.

Un courant doctrinal a d'ailleurs prouvé la nécessité d'une protection du professionnel contractant hors sa fonction. Un auteur reconnaît à la solution le mérite d'être logique, claire et conforme aux textes, et enfin progressiste⁴⁷. Logique, parce qu'il est justifié qu'un professionnel incompetent dans le domaine où il acquiert le produit reçoive la même protection qu'un profane. Claire, car le fondement retenu permet de délimiter facilement la portée de la protection à laquelle il ne saurait prétendre qu'en raison de son incompetence. Conforme aux textes, car la solution adoptée par la loi française protège les professionnels et les non professionnels, si bien que pour donner un sens à cette seconde expression, il faut admettre qu'elle ajoute quelque chose à la qualité du simple professionnel. Enfin, progressiste, car la nouvelle position de la jurisprudence vis-à-vis du professionnel

⁴⁵ BRICKS (H.), *Les clauses abusives*, Paris, L.G.D.J., 1982, p.2; CARMET (O.), « *Réflexions sur les clauses abusives au sens de la loi du 10 janvier 1998* », in *Revue trimestrielle du Droit commercial*, 1982, p.1 ; GRIDEL (J.-P.), *Remarques de principe sur l'article 35 de la loi du 10 janvier 1978*, D. 1984, chron.183,d ; GUYEN THANH BOURGEGAIS (N.), *Les contrats entre professionnels et l'ordre public dans les lois Scievner*, D. 1984, chron.91 ; PAISANT (G.), *Les nouveaux aspects de la lutte contre les clauses abusives*, D. 1988, chr. 253.

⁴⁶ Pour un exposé des arguments, voir GHESTIN (J.), *Le contrat*, Paris, L.G.D.J., 1988, n°587 et s.

⁴⁷ HUET (J.), « *Clauses relatives à la garantie* », J.C.L. civil, art. 1641 à 1649, Fasc. 60, Vente, 1994, n°34

apparaît après dix ans d'immobilisme dans les jugements protégeant seulement les professionnels. Ainsi, la protection du professionnel contractant hors son domaine s'avère justifiée davantage avec l'existence d'un déséquilibre significatif.

b) Un nouveau concept de la faiblesse au sens de l'article 15 de la loi 31-08

Le législateur a manifesté son attachement à la protection de la partie faible au moyen d'une référence directe au déséquilibre significatif. L'article 15 dispose en ce sens que « dans les contrats conclus entre fournisseurs et consommateurs, est considérée comme clause abusive, toute clause qui a pour objet ou pour effet de créer au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations au contrat ». L'article aborde le déséquilibre significatif comme critère d'identification de la faiblesse du consommateur. La répartition inégalitaire des droits et obligations entre le fournisseur et le consommateur fait de ce dernier une partie lésée, en situation particulière de faiblesse. Prévoir un engagement ferme du consommateur sans qu'il aille autant pour le professionnel, est sans doute question d'inégalité devant le contrat. La référence au déséquilibre significatif montre efficacement la situation d'infériorité du consommateur qui subit les effets de disproportion de ses droits et obligations face à ceux du fournisseur dans un contrat, qui bien que négocié, peut contenir un déséquilibre à son détriment. Autrement dit, le déséquilibre peut relever d'un contrat pré-rédigé (contrat d'adhésion) comme il peut exister dans des contrats négociés.

Toutefois, les sources du déséquilibre sont multiples⁴⁸. C'est tantôt la position dominante du fournisseur⁴⁹, armé de puissances économique, juridique et technique; et tantôt la faiblesse du consommateur lui-même qui provoque l'abus du professionnel.

En tout état de cause, l'abus de puissance ou de faiblesse de la part du professionnel à l'égard du consommateur est présumé dès l'instant que le contrat contient une stipulation provoquant une disproportion grave des prestations⁵⁰. Ce simple constat suffit pour détecter l'abus de puissance, et à supposer un autre aspect de faiblesse du consommateur ; aspect autonome à celui que représente le

⁴⁸CAS (G.) et FERRIER (D.), *Traité de droit de la consommation*, Paris, P.U.F., 1986, n°7 ; CARBONNIER (J.), *Droit civil, les obligations*, 21^e éd, Montréal, Thémis., 1998, n°15 ; CALAIS-AULOY (J.) et STEINMETZ (F.), *Droit de la consommation*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1996, n°7, p.7

⁴⁹MALINVAUD (Ph.), *La protection des consommateurs*, D., 1981, chron. P. 60 ; CALAIS-AULOY (J.), *L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats*, Revue trimestrielle du droit civil, 1994, p.239 et s.

⁵⁰GHESTIN (J.), *Traité de droit civil*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J.,1993, n°580

déséquilibre significatif lui-même.

En effet, la faiblesse du consommateur, selon l'article 15, présente deux aspects. Le premier réside dans la qualité même de ce particulier qu'est le consommateur car profane face au professionnel, quelque soit son âge, son sexe, et quelque soit son niveau intellectuel. Ce qui crée sa faiblesse, c'est la puissance et la compétence que confère la profession au fournisseur. Ces deux qualités font évidemment défaut chez le consommateur.

Par hypothèse, le professionnel a l'habitude de passer certaines conventions qui font partie de sa profession. Il connaît les incidences des différentes stipulations, les risques les plus fréquents; il a l'expérience des pratiques ayant cours dans la profession. Il dispose enfin d'une organisation appropriée. Cette supériorité technique est certainement la seule que détiennent tous les professionnels qui ne sont pas nécessairement des génies du commerce.

Le deuxième aspect de la faiblesse réside dans un contrat contenant une disproportion des droits et obligations au détriment du consommateur et en faveur du professionnel. Du seul fait que le contrat présente un déséquilibre significatif par le biais d'une clause abusive, il lèse le consommateur. Le professionnel se rattache à un avantage excessif au détriment du consommateur.

Ainsi, l'inégalité des droits et obligations entre les parties au contrat permet de déduire et de déterminer avec clarté la situation de faiblesse du consommateur, qu'il s'agisse d'un contrat d'adhésion ou de n'importe quel autre contrat. L'avantage excessif tiré par le professionnel, montre avec efficacité, la situation d'infériorité du consommateur. Autrement dit, l'examen du déséquilibre significatif, comme le nomme l'article 15, correspond à une appréciation de la situation de faiblesse du consommateur dans un contrat dont l'une des clauses ou plusieurs d'entre elles sont abusives.

La déduction paraît simple et évidente, mais génératrice de deux interrogations.

D'abord l'on s'interroge sur la nature du déséquilibre significatif visé par cet article. S'agit-il du déséquilibre pécuniaire concernant le montant du prix et ses modalités de versement, ou bien du déséquilibre concernant la consistance de la chose, sa livraison, la charge des risques, les conditions d'exécution, etc. ?

La deuxième question concerne la forme du déséquilibre significatif. Celui-ci doit-il résulter de la clause abusive seule ou de l'ensemble du contrat ? Pour juger l'abus, l'on admet que le déséquilibre doit être analysé par rapport à l'ensemble des situations contractuelles. En effet, une clause prise en elle-même peut créer un avantage en faveur du professionnel, la déclarer abusive serait anormal si dans le même contrat, une autre clause le défavorise sur un autre point. Les obligations assumées de parts et d'autres se contrebalancent, et la difficulté pratique est d'apprécier avec exactitude l'équivalence que confèrent les clauses abusives de natures très différentes⁵¹. La loi ne permet en rien de trancher cette question. La solution dépend donc de la sagesse du juge qui doit user de ses pouvoirs pour apprécier le déséquilibre significatif et par ailleurs, en déduire la situation de faiblesse du consommateur⁵².

En conclusion, le législateur a assimilé la protection accordée à l'obligé par le biais de l'article 473 du D.O.C. à celle accordée au consommateur (art. 9 de la loi 31-08). Sa position traduit ainsi fortement sa préoccupation à faire régner la justice contractuelle dans tous les contrats. Cependant, le professionnel qui contracte hors de sa sphère professionnelle, désarmé de sa puissance et de sa compétence, ne peut profiter de cette protection que dans une simple présomption de puissance qui peut être renversée par la preuve contraire. Cette conception présenterait alors de multiples avantages. D'abord, elle assurerait une justice contractuelle équitable, égalitaire, à toute partie vulnérable au contrat. En deuxième lieu, elle serait en parfaite adéquation avec la définition de la partie faible puisqu'elle respecte le caractère relatif de la puissance présumée chez le professionnel. Ainsi, le présumé fort, effectivement faible, pourra bénéficier de la protection accordée par le consommateur. Car en fin de compte, il n'est qu'un consommateur, et cette qualité n'est retenue à son égard que parce qu'il se trouve dans un état de faiblesse.

Paragraphe 2. Une qualification timide de la partie faible par la jurisprudence

L'analyse d'un nombre considérable de décisions émanant de juridictions aussi bien marocaines qu'étrangères, ne nous a, hélas, guère permis de mettre la main sur une définition de la partie faible ou de la faiblesse elle-même. Toutefois, le rôle positif de la jurisprudence pour la défense de la partie faible a été constaté. Une jurisprudence abondante illustre ce constat. Au niveau des juridictions marocaines, seuls quelques rares cas font exception à la défense généralement prise en faveur de la

⁵¹ BRICKS (H.), *op.cit.*, n°45, p.119

⁵² GRIDEL (J.-P.), *op.cit.*, n°45, p.158

partie faible. Il s'agit des cas des personnes illettrées et des détenus, qui n'ont pas pu obtenir l'aval de la Cour de Cassation pour annuler leurs contrats. Au niveau des juridictions étrangères, on souligne une jurisprudence constante et audacieuse en faveur de la partie faible au contrat. Pour démontrer ces propos, une analyse de la jurisprudence s'impose.

A. La jurisprudence marocaine

Les décisions judiciaires marocaines témoignent d'un effort constant des juges pour le soutien de la partie faible au contrat, et sa défense. Cependant, la notion de partie faible n'apparaît qu'implicitement. La situation d'infériorité de la partie protégée ne figure pas dans des jugements favorables à la partie faible. Les juges sont réticents à la déclaration de la motivation de leurs jugements pour dire que c'est la protection de la partie faible qui justifie telle position dans un procès. Ils ne mentionnent jamais la qualité de la partie faible protégée et aucune place n'a été réservée à la notion de partie faible. Les juges ne s'y réfèrent pas, mais ils se contentent de déclarer dans l'argumentation de leurs décisions que telle est la volonté de la loi, ou l'esprit des textes relatifs aux faits jugés⁵³.

Ceci étant, et même si l'on désapprouve la position négative des juridictions marocaines vis-à-vis d'une définition de la partie faible, il n'y a certes pas de doute que les juges se montrent sensibles aux violations pratiquées contre la partie faible au contrat et parviennent à la défendre. Désormais, le principe « les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites » (art. 230 et 231 D.O.C.) s'unissent pour la protection des parties en situation d'infériorité. Le phénomène n'est d'ailleurs pas récent et un nombre important de décisions judiciaires sont favorables à la protection des parties au contrat en situation de faiblesse, principalement celle inhérente à leur personne. S'agissant d'une faiblesse due à leur minorité ou à l'altération de leurs facultés mentales, les tribunaux favorisent la

⁵³ A titre d'exemple, la Cour suprême s'est montrée favorable à la défense de la partie faible dans les contrats d'assurance, en l'occurrence de l'assuré, en se fondant, dans plusieurs arrêts, sur sa bonne foi: C.S., 31 janvier 1989, n°87/19/71, inédit; C.S., 02 juin 1992, n°4077, n°88/1547, inédit; C.S., 22 novembre 1978, n°1470, inédit.

Dans d'autres arrêts relatifs aux contrats d'assurance, la Cour suprême a pris la défense de la partie faible en se fondant sur le fait que l'utilisation du véhicule par son propriétaire dont le permis de conduire a été confisqué, ne justifie pas la déchéance de l'assurance: C.S.Civ., 26 avril 1995, n°2337, n°86/2938, inédit.

Plus encore, la Cour suprême est allée plus loin dans la défense de la partie faible en déclarant l'assuré dont le véhicule a été utilisé sans son autorisation par une personne qui n'a pas de permis de conduire, non responsable du préjudice causé, et en déclarant l'assureur responsable du dédommagement de la victime, v. C.S., 02 juin 1992, n°4077, n°88/1545, inédit.

protection des incapables (mineurs, prodigues, faibles d'esprit, et dément⁵⁴). La même protection est accordée aux parties ciblées contre la précarité des contrats de travail⁵⁵.

Suivant le même objectif, et grâce au régime du redressement des entreprises en difficultés, les juges se permettent l'octroi d'un délai de grâce au débiteur défaillant. Tout un processus de redressement de l'entreprise en difficulté favorise des délais de grâce en faveur du débiteur en difficulté économique, et les juges n'hésitent pas à lui venir en aide⁵⁶. Cette aspiration s'est d'ailleurs manifestée dans de nombreux contrats, avant même l'adoption du Livre V du Code du commerce relatif aux entreprises en difficultés et elle s'est étendue à de nombreux autres types de rapports contractuels, ainsi qu'à tous ceux qui relèvent de la catégorie des contrats de dépendance économique. Les juges visent toujours la protection de la partie faible contre le chômage et ses conséquences.

On remarque en outre que ce sont encore des considérations sociales qui ont fait émerger le même besoin de protection dans les contrats d'assurance. Les juridictions semblent renforcer le principe de bonne foi⁵⁷. Elles interviennent pour la protection de l'assuré faible menacé d'une déficience de l'assurance qui refuse souvent de répondre à ses obligations de couvrir certains sinistres et envisage de mettre fin à son rapport contractuel avec l'assuré. Ce qui s'avère ici décisif, c'est certainement la situation d'infériorité de l'assuré et le caractère vital du rapport contractuel pour celui qui s'engage.

⁵⁴ Au sujet du dément, voir : C.S.Civ., n°278, 5 février 1986, R.J.C.S., n°75, p.72 ; C.S.Civ., n°3894, R.J.C.S., n°63, p.387; C.S.Civ., 27 juin 1996, n°4322, n°694/88, R.J.M., n°64-65, Janvier-Avril 1992, p.119; C.S.Civ., 23 novembre 1999, n°5313, n°95/1/1/5387, R.J.C.S., n°57-58, 2001, p.32; C.S.Civ., 07 octobre 1998, n°6026, n°93/3399, R.J.C.S., 1957, p.306; C.S.Civ., n°92/758, R.J.C.S., n°64, 2005, p.173.

Au sujet du mineur, voir : C.S., 04 mai 2005, n°497, R.J.D., n°67, 2007, p.42; C.S.Civ., 10 septembre 2008, n°1111, n°2008/1/3/4, R.J.D., n°157, 2010, p.175; C.S.Civ., 12 septembre 1989, n°639, R.C.A.M., n°19-20, 1991, p.188; C.S.Civ., 18 mai 2005, n°566, Rev. Al Manbar Al Kanouni, n°1, n°2004/2/3/176, 2011, p.196; C.S.Civ., 3 avril 1985, n°815, R.J.C.S., n°66, 2006, p.101; C.S.Civ., juin 1990, n°1232, R.J.C.S., n°57-58, 2001, p.227.

⁵⁵ T.P.I. Kénitra, Soc., 10 mars 2010, n°09/501/10, inédit; T.P.I. Kénitra, Soc., 24 février 2010, n°05/501/516, inédit; T.P.I. Kénitra, Soc., 03 mars 2010, n°09/501/628, inédit; T.P.I. Kénitra, Soc., 10 mai 2010, n°09/501/742, inédit; T.P.I. Kénitra, Soc., 26 mai 2010, n°09/501/752, inédit. Les juridictions défendent le salarié en situation de faiblesse contre le licenciement abusif : T.P.I Kénitra, soc., 17 mars 2010, n° 09/50/506, inédit; C.S., Soc., 06 juin 1995, n°664, inédit; C.S., Soc., 30 mars 2005, n°350, inédit.

⁵⁶ C.S.Com., 29 septembre 2004, n°974, R.M.D.A.E., n°7, janvier 2005, p.15 ; C.S., Com., 07 décembre 2001, n°131, inédit; C.A.Com.Casablanca, 1^{er} octobre 2004, n°2004/244, inédit ; C.A.Com., Casablanca, 19 mars 2004, n°2004/10, inédit; C.A. Com. Casablanca, 15 octobre 2004, n°2004/3077, inédit; T.Com. Casablanca, 1^{er} octobre 2004, n°2004/2907, inédit ; T.Com. Casablanca, 15 octobre 2004, n°2004/3085, inédit.

⁵⁷ C.S., 31 novembre 1989, N° 87/19/71, inédit; C.S., 02 juin 1992, n°4077, n° 88/1545, inédit; C.S., 31 janvier 1989, n°282, inédit; C.S., 22 janvier 1990, n°1650, inédit; C.S. 22 novembre 1978, n°1470 inédit; C.S., 26 avril 1995, n°2337, inédit; C.S., 29 mai 1990, n°4339, inédit; C.S., 25 mai 1992, n°1507, inédit; C.S., 04 janvier 1970, n°705, inédit; C.S., 09 janvier 1976, n°23182, inédit; C.S.Pén., 06 mars 1980, n°231 inédit; C.S.Civ., 07 avril 1982, n°230, inédit; C.S.Pén., 11 janvier 1982, n°243, inédit; C.S. Soc., 08 mars 1983, n°175, inédit; C.S.Civ., n°186, n°50104, inédit; C.S.Soc., 29 octobre 1984, n°681 du 29/10/1984, inédit; C.S.Civ., 20 juin 1984, n°1134, inédit; C.S.Civ., 16 juin 1978, n°299, inédit.

Désormais, les juridictions déclarent « la bonne foi » de l'assuré pour justifier la protection qui lui ont accordé.

On rencontre souvent les mêmes justificatifs dans certains engagements intéressant la partie faible victime de vice de consentement. Les juges soutiennent les contractants victimes de l'un des vices du consentement une fois que les conditions prévues par la loi ne font pas défaut⁵⁸. En revanche, les juridictions se sont montrées favorables à la protection de la partie faible contre les autres vices du consentement. L'examen de l'attitude de nos tribunaux face aux demandes d'annulation des contrats fondées sur l'état de la dernière maladie⁵⁹, est révélateur d'un effort exceptionnel pour la protection de la partie faible au contrat. Ceci étant, dans ce dernier cas, ce sont les héritiers du cocontractant en dernière maladie qui bénéficient des solutions judiciaires déclarées en leur faveur, selon les cas édictés par l'article 479 qui renvoie aux articles 344 et 345 du D.O.C.⁶⁰.

Cependant, quelle que soit la solution adoptée par les juridictions, le contractant victime d'abus bénéficie de la justice comme elle a été conçue par le législateur. La même protection des juges a été conférée aux victimes de la violence et de la lésion⁶¹. Néanmoins, la solution de principe comporte des exceptions. Déclaré par l'arrêt lettré, le contractant qui a déposé la signature dans un contrat ne peut réclamer son annulation du fait de son analphabétisme⁶². Ainsi, les victimes du dol ou de lésion qui constatent la validité de leur contrat et réclament leur annulation à cause de leur analphabétisme, n'ont pas bénéficié de la protection judiciaire du fait que la cour de cassation a considéré les parties qui ont déposé leur signature au contrat⁶³ comme étant lettrées. Ainsi la plus haute juridiction a déclaré valides les contrats mentionnant la signature du contractant.

⁵⁸ Au sujet du dol, voir : C.S.Soc., 4 juillet 2013, n°999, inédit; C.S.Com., 6 avril 2005, n°363, J.C.S., n°63, p.238-240 ; C.S.Ad., 24 septembre 1997, n°1282, J.C.S., n°63 ; C.S. Civ., 05 janvier 2005, n°40, R.J.C.S., n°63 ; C.S. Civ., 14 avril 2005, n°2420, inédit ; C.S.Civ., 05 avril 2011, n°149, R.J.C.S., n°66 ; R.C.S. Civ., 31 mai 2011, n°315, R.J.C.S., n°75 ; C.S. Civ., 22 mai 1991, n°1234, R.J.C.S., n°75, p.142 ; C.S. Civ., 15 décembre 2004, n°3587, R.J.C.S., p.186.

⁵⁹ Sur la dernière maladie, voir : C.S. Civ., n°90/550, R.J.C.S. n°55, p.84 ; C.S. Civ., 29 octobre 1997, n°6742, R.J.C.S. n°55, p.367 ; C.S. Civ., 25 décembre 1982, n°809, R.J.C.S. n°31, p.54 ; C.S. Civ., 1^{er} décembre 2012, n°437, inédit.

⁶⁰ L'analyse de ces solutions a été reportée à la seconde partie de la thèse, concernant les remèdes au déséquilibre contractuel, voir *infra*, p.181

⁶¹ S'agissant de la violence, voir : C.S. Civ., 06 mai 2009, n°209, R.J.C.S. n°75, p.99 ; Concernant la lésion, voir : C.S. Civ., 26 février 1997, n°1293, R.J.C.S. p.96.

⁶² C.S. Civ., 15 avril 1970, n°198, R.J.C.S. n°17, p.21.

⁶³ C.S. Civ., 5 avril 2011, n°149, R.J.C.S., n°66, p.20. Dans le même sens, voir : C.S., Statut personnel et successoral, 31 mai 2011, n°315, R.J.C.S., n°75, p.80.

Quoiqu'il en soit, cette jurisprudence traduit un changement d'orientation des juridictions marocaines vis-à-vis de la partie faible dont les connaissances se limitent à la signature du contrat. Retenir une telle situation c'est en effet revenir sur les postulats les plus solides du droit des obligations et contrats, à savoir que le libre accord des volontés constitue seul une convention valide. La signature du contrat par le contractant ne traduit pas systématiquement sa prise de connaissances des stipulations et conditions du contrat. A supposer même que la cour de cassation prenne en considération les règles relatives au dol et à la lésion, elles ne lui permettent pas de prendre en compte l'analphabétisme comme cause de rescision. Le pouvoir d'interprétation reconnu aux juges en faveur de la partie faible au contrat flou ou ambigu (art. 473 D.O.C.), permettra certainement au juge de défendre cette catégorie de personnes dont la faiblesse provient de leur analphabétisme. En relevant le caractère de la volonté absente, mal éclairée, ou obtenue de façon illicite de l'analphabète, le juge pourrait alors se prononcer en sa faveur.

D'ailleurs, l'interprétation des contrats flous est une question de fait. Elle échappe au contrôle de la cour de cassation. Refuser de prendre en compte l'analphabétisme du contractant, comme cause de dol ou de lésion, serait au demeurant permettre à ceux qui bénéficient de connaissances supérieures de dépouiller ceux qui ne le sont pas⁶⁴. La cour de cassation doit assouplir sa position vis-à-vis de l'analphabétisme d'une partie au contrat. L'idée que la loi ne protège pas les ignorants n'est plus valable aujourd'hui. D'ailleurs, les juges de Common Law ont annulé par le passé les contrats conclus par des illettrés dont l'ignorance avait été exploitée par leur cocontractant⁶⁵.

La même réticence de la jurisprudence marocaine vis-à-vis de la partie faible est constatée en ce qui concerne la violence physique. Le contractant a invoqué sa situation de faiblesse due à la conclusion du contrat en prison pour réclamer sa rescision. Hélas, la cour suprême a déclaré le contrat valide du fait que la prison ne constitue pas une contrainte illégitime⁶⁶.

Pourtant, les juges pourraient bien assimiler son cas aux cas analogues à la maladie. L'article 54 du D.O.C., relatif à la maladie et cas analogues, attribue le pouvoir souverain aux juges pour la protection de ce vice, et l'appréciation de la maladie et cas analogues échappe au contrôle de la cour de

⁶⁴ Selon GHESTIN (J.), et MALINVAUD (Ph.), note D. 1973, 413, les législations s'orientent vers la protection des profanes. C'est dans cette perspective que la loi 31-08 pour la protection du consommateur, et les juges auraient pu invoquer le moyen de l'interprétation des contrats flous pour protéger les personnes illettrées.

⁶⁵ LAMBERTERIE (I.), RIEG (A.) et TALLON (D.), « Rapport général », in *Les clauses abusives et le consommateur*, Rev. Internationale de droit comparé, 1982, n°9, p.1063.

⁶⁶ C.S.Civ., 15 avril 1970, n°198, R.J.C.S., n°17, p.21

cassation⁶⁷. Les juridictions auraient pu disposer de cette arme efficace pour défendre la partie faible. Malheureusement, il n'en est pas tiré profit, et il est regrettable que les juges ne donnent pas à l'article 54 le développement qu'il mérite. Il serait choquant qu'on puisse profiter de la situation de faiblesse d'un contractant en prison pour conclure avec lui un contrat qui met ses intérêts en périls. L'équité, la justice et la bonne foi, ne permettent guère d'exproprier un contractant en pareille situation de faiblesse et de le léser. La prison l'affecte sûrement par son consentement et vicie son discernement, et l'amène à contracter en l'absence de volonté libre et éclairée. Sans doute, dans une condamnation à perpétuité, le détenu perd-t-il le goût à la vie et même le sens des affaires, mais son espoir en a liberté est toujours possible, il peut bénéficier d'une grâce royale, comme il peut être libéré pour d'autres raisons.

Relever le caractère abusif dont le détenu se prévaut pour demander l'annulation d'un contrat qui ne le satisfait pas, revient pour l'essentiel à s'interroger sur l'étendue du pouvoir des juges en matière de maladie et cas analogues. Puisque le cas de maladie et cas analogues est apprécié et laissé au libre pouvoir du juge *in concreto*, il en résulte qu'une pression identique peut être constitutive de faiblesse pour le prisonnier. Peut-être, lorsque la demande n'est pas recevable sur le fondement de la violence, car la prison est une contrainte légitime. Elle aurait pu être fondée sur la maladie et cas analogues. Dès lors que la prison a vicié son consentement, en tant que prisonnier, il est excusable pour celui-ci le fait de ne pas connaître les chausse-trappes de son cocontractant. N'est-il pas du devoir des juges d'utiliser l'article 54, D.O.C. pour venir en aide à cette personne faible ? Pourtant, les juridictions marocaines se sont montrées favorables à la protection de la partie faible en cas d'autres vices du consentement. L'analyse de la jurisprudence confirme ce constat, et son bilan relatif à la protection de la partie faible demeure désormais positif et puissant, à le comparer à la jurisprudence étrangère, sauf dans les quelques cas précis concernant les illettrés et les détenus qui n'ont pu avoir le soutien de la cour de cassation.

B. La jurisprudence étrangère

A travers la lecture de quelques décisions jurisprudentielles étrangères, nous avons pu constater l'absence d'un concept de la partie faible ou de la faiblesse elle-même. Les juges utilisent les techniques qui sont à leur disposition pour annuler le contrat déséquilibré ou le modifier en faveur de la partie faible mais sans le dire : ils ne font pas de référence expresse à la partie faible. Néanmoins,

⁶⁷ C.S. Civ., 07 décembre 2005, n°3241, R.J.C.S., n°51.

leur contribution à la défense de la partie faible est d'une grande importance. Une jurisprudence audacieuse et constante témoigne d'une volonté de protection de la partie faible au contrat.

Pour apprécier ce contrat, l'on procèdera à une analyse des multiples jurisprudences étrangères relatives à la protection de la partie faible au contrat.

a) La jurisprudence française

Afin de maîtriser la protection de la partie faible au contrat, les juges ont fait un assez large usage des possibilités qui lui sont conférées.

Tout d'abord, les juges français, basés sur l'article 1162 du Code civil, interprètent les clauses ambiguës contre le rédacteur ou l'utilisateur de la clause. Grâce à cet outil, ils donnent à la clause obscure ou ambiguë le sens contraire qu'aurait préféré celui qui l'a rédigée. Cette solution assure une protection à la partie faible et consiste à sanctionner le rédacteur du contrat qui devrait le rédiger d'une manière claire⁶⁸.

D'autres juges se sont montrés favorables à cette interprétation, même lorsque la clause du contrat est claire mais néanmoins inéquitable. Certains ont tenté de la faire disparaître en relevant ce caractère⁶⁹. Car il n'est pas permis aux juges lorsque les termes d'une convention sont clairs et précis, de dénaturer les obligations qui en résultent. Parfois, ils essaient de prétendre qu'elle est ambiguë de manière à pouvoir l'interpréter en faveur de la partie faible. Cette fois-ci, leurs chances de succès sont alors plus grandes. La cour de cassation admet l'ambiguïté de la clause même contre l'évidence, et retranche la clause inéquitable derrière le pouvoir souverain d'appréciation du juge⁷⁰. D'ailleurs, le contrat flou dans son interprétation est une question de faits, elle doit échapper au contrôle de la cour de cassation⁷¹.

⁶⁸C.Cass., Civ.1ère, 16 juillet 1987, D. 1987, I.R., 180 et D. 1988, 49, note CALAIS-AULOY (J.), D. 1988, 1, Addendum critique, DELBECQUE (Ph.), J.C.P. 1988, II. 21001, note PAISANT (G.), MESTRE (J.), R.T.D.C. civil, 1988, 114, 115 ; Civ.1ère, 14 mai 1991, in Les petites affiches, n°8118, 8 juillet 1991, p.18.

⁶⁹C.Cass., Civ.1ère, 26 février 1991 ; Civ.1ère, 12 mars 1991 R.G.A.T., 1991, 897, note KULLMANN (J.), Civ. 1987, 563; SINAY-CYTERMANN (A.), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 2, Dalloz, p.101 ; Civ. 8 décembre 1987, RGAT, 1988, 372, note KULLMANN (J.) ; Civ.1ère, 6 janvier 1994, J.C.P., 1994, II 22237, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 2, p.104 ; Civ.1ère, Lyon, 28 mars 1991, D. 1991, J.449, note GHESTIN (J.), RGAT, 1991, 897, note KULLMANN (J.).

⁷⁰C.Cass., Civ., 15 janvier 1991 ; C.Cass., civ. 12 mars 1991, RGAT, 1991, 897, note KULLMANN (J.).

⁷¹C.Cass., Civ.1ère., 21 mai 1990, Bull. civ. I, n°89, p.67 RGAT, 1990. *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 2, p. 214.

D'autres juges se sont basés sur le principe de la bonne foi exigé dans l'exécution des contrats pour protéger la partie faible. L'article 1134-3 du code civil français dispose que « les conventions doivent être exécutées de bonne foi » et explique aussi que les contractants ne peuvent abuser des droits qu'ils tirent des conventions⁷². En se fondant sur cet article, les juges ont déclaré l'inefficacité des clauses apparaissant inéquitable⁷³.

Une autre façon de protéger la partie faible a été déployée par les juges français: il s'agit de faire appel à la clause abusive pour sanctionner un contrat déséquilibré⁷⁴. Le recours à la clause abusive offre en effet au juge – à qui il appartient de les définir – une importante marge de liberté. Leur efficacité dans la lutte contre les clauses abusives dépend dès lors précisément de la conception qu'ont les juges de leur propre rôle. Un arrêt de principe, rendu par la 1^{ère} chambre civile de la cour de cassation le 14 mai 1991, a pour la première fois consacré le pouvoir pour le juge d'apprécier si la clause présentait un caractère abusif au regard des critères de l'article 35 de la loi 1998 et ce, indépendamment de tout décret d'application⁷⁵.

Par ailleurs, l'on peut aussi procéder à la protection par l'interprétation du silence en faveur de la partie faible⁷⁶. Cette inspiration des juges français pour la protection de la partie faible s'est développée d'une manière apparente : les juridictions, lorsque le contrat est clair et compréhensible, se sont investies à défendre la partie faible au point de déclarer nuls certains contrats d'assurance pour absence de cause. Aussi, le tribunal civil a déclaré nulle la clause d'un contrat d'assurance qui subordonne la garantie à la formulation de la réclamation du tiers lésé pendant la période de validité du contrat. La cour de cassation a fondé sa décision sur le fait que cette stipulation « aboutit à créer

⁷² C. Cass., 19 septembre 1983, Pas 1984, I p.55, J. 1985, p.56, note DUFRÉINE, R.C.I.B. 1986, p.282, obs. FAGNANT (J.L.), « l'exécution de bonne foi des conventions : un principe en expansion », C. Cass. ,30 janvier 1992, R.W. 1993-1994, p. 1023

⁷³ C.Cass. Civ. 3^{ème}, 6 juin 1984, *Bull. civ.* III, n° 111; Cass. civ. 1^{re}, 5 juin 1991, *Bull. civ.* III, n° 163; Cass. com., 2 juill. 1991, *RTD. civ.* 1992, 92

⁷⁴ C.Cass., Civ. 1^{ère}, 26 février 1991 et civ. 1^{ère}, 12 mars 1991, R.G.A.T., 1991, 89, note KULLMANN (J.).

⁷⁵ C.Cass., Civ.1^{ère}, 14 mai 1991, *Les petites affiches*, n°81, 8 juillet 1991, p.18

⁷⁶ v. BIGOT (J.), note civil I, 10 décembre 1990, R.G.A.T., 1990, p.161 et s.; civil 29 janvier 1867, n°266, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, p.65.

un avantage illicite comme dépourvu de cause au profit du seul assureur qui aurait alors perçu les primes sans contrepartie⁷⁷.

b) La jurisprudence européenne et orientale

Les juges belges ont pendant longtemps été plus que réticents à s'immiscer dans le contrat pour corriger ses abus ou pallier ses lacunes. Mais en ce qui concerne les contrats d'adhésion⁷⁸, la multiplication des conventions formées en tout ou en partie de conditions préalablement imposées à la faveur d'une infériorité, a cependant amené les juges à développer les textes du code civil concernant l'équité⁷⁹. Par la suite, c'est la protection de la partie faible contre les vices du consentement qui a été établie en faveur de la partie faible⁸⁰.

Les juges belges, qui auraient pu disposer d'une arme efficace en l'article 1134 du code civil, lequel impose la bonne foi dans l'exécution du contrat, n'ont pas donné à ce texte le développement qu'il mérite⁸¹. Par contre, les juges autrichiens en ont fait très tôt application en matière de contrats d'adhésion, à travers la section 8795 du code civil et l'article 1^{er} du code civil, qui déclare nul tout contrat contraire à une prohibition légale ou morale publique.

Toujours en comparaison avec les tribunaux belges, les juges allemands, en se fondant sur l'article 138 du B.G.B. aux termes duquel « l'acte juridique qui porte atteinte aux bonnes mœurs est nul » et sur le principe de la bonne foi, ont déclarées nulles les clauses qui leur apparaissent inéquitables. Pour la même fin, les juges grecs ont opté pour la défense de la partie faible de fonder leur jugement relatif à l'annulation des clauses abusives sur le principe de la bonne foi. Ces exemples révèlent l'absence d'une référence à la notion de la partie faible et confirment l'utilité du recours au

⁷⁷ V. CE, 27 février 1970, A.J.D.A., 1970, 232 ; Civ.1ère, 23 mai 1979, D., 1999, I.R. 488, com., 16 décembre 1981, J.C., p.1982, IV., 88, cité par CAPITANT (H.), TERRÉ (F.) et LEQUETTE (Y.), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 2, 11^e éd., Paris, Dalloz, 2000, p.13 ; Dans le même sens, voir civ., 14 octobre 1997, Defrénois, 1998, 1042, obs. MAZEAUD (D.), R.J.D.A. 1998, n°164, cité dans *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Paris, Dalloz, 2000, p.65

⁷⁸ Voir DAVID-CONSTANT (S.), *Contrat-type et contrat d'adhésion en droit belge*, Rapport belge au VIII^e congrès international de droit comparé CIDC, Bruxelles, 1970

⁷⁹ C.Cass., 19 septembre 1983, pas. 1984, I55, R.J.B., 1986, 282 ; Cass., 30 novembre 1989, pas 1990, 392 ; C.Cass. 17 mai 1990, pas 1990, I 1061, R.J.B., 1990, p.595.

⁸⁰ C.Cass., 8 juin 1978, pas. I, 1156, obs. Mars-Avril 1978, pas 1978, II, 14 janvier 1981, J.T. 1981, 20 mai 1987, R.D.C.B., 1988, p.35, note Devos-Mons, 27 octobre 1989, R.D.C.B., 1990, p.40, 6 février 1990, Rev. n°1990, p.554.

⁸¹ DEMOLOBE (C.), *op.cit.*, n°39, p.1061 et s.

concept général de la partie faible, qui englobera toute situation d'infériorité à laquelle se trouve contraint le contractant faible.

La jurisprudence suisse utilise quant à elle avec une extrême réticence les normes générales imposant le respect des bonnes mœurs ou de l'ordre public⁸², contrairement aux juges égyptiens ou émiratis qui font en la matière, un usage intensif des principes de la bonne foi ou de la prohibition de l'abus de droit. La raison doit sans doute être recherchée dans les pouvoirs illimités qui leur sont conférés à l'égard des clauses abusives dans les contrats d'adhésion, par les articles 149 du Code civil égyptien et l'article 248 du Code civil des Emirats Arabes Unis.

Ainsi donc, l'analyse de la jurisprudence étrangère relative à la protection de la partie faible au contrat révèle elle aussi une réticence des juges quant à l'utilisation de la notion de partie faible. Néanmoins, leurs contributions à la défense du contractant en situation d'infériorité restent audacieuses. Son audace se traduit par leur façon d'opérer et notamment sur la tentation qu'ils ont de bien souvent vouloir, masqués sous le voile de l'interprétation, d'annuler les clauses abusives. Il convient sans doute de remarquer que cette manière d'agir est le seul moyen de protéger la partie faible lorsque la loi ne le permet pas à cause des lacunes qui l'affectent.

Toutefois, la réticence de la jurisprudence marocaine et étrangère vis-à-vis d'une définition de la partie faible, laisse soupçonner que la faiblesse contractuelle procède de circonstances diverses et qu'elle résulte de formes multiples.

Section 2. Complexité de la faiblesse

S'il est un premier constat à établir au sujet de la faiblesse, c'est qu'elle procède de circonstances diverses et qu'elle peut revêtir des formes multiples.

Le mot "faiblesse", a la particularité de s'illustrer à travers toutes les situations de carence, d'impuissance et de défaillance, sans pour autant nous renseigner de façon précise sur sa définition. C'est la polysémie du terme qui explique la difficulté de son appréhension: celui-ci renferme une pluralité de sens, toujours associés à la qualification de l'état ou de la situation d'un homme.

Dans sa définition première, le faible, du latin *flebilis*, est celui qui est "pitoyable, digne d'être pleuré". L'on comprend que celui-ci est à plaindre pour sa situation, puisqu'il peut: "manquer de force,

⁸²GEMEL (H.), « *Les clauses abusives dans les droits des pays arabes* », in *Les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe*, Table ronde organisée le 12 novembre 1990 par le Centre de droit des obligations de l'Université de Paris I (Panthéon Sorbonne), p.313 et 318.

de vigueur physique" ; avoir "peu de résistance, de solidité" et ne pas être "en état de lutter" ; être "fragile", "désarmé" ou "impuissant" ; ou alors comprendre un "défaut", une "lacune", une "insuffisance"; mais la définition qui a sans nul doute retenu notre attention, est celle qui le qualifie d'être "sans défense"⁸³. Car au final, l'intérêt de trouver une définition juridique à la faiblesse, est de parvenir à protéger celui qui, de par sa situation, se trouve incapable de défendre à bien ses intérêts.

En effet, la situation de faiblesse peut avoir des sources diverses, que l'on ne saurait classer ou énumérer de façon exhaustive. A la polysémie du terme s'ajoute donc une polymorphie de ses manifestations : l'ignorance, le besoin, l'inexpérience, l'infériorité, l'analphabétisme ; mais aussi la timidité, la bêtise, la lassitude, « l'incurie, l'insouciance, la paresse »⁸⁴. Ces états de faiblesse peuvent dès lors se retrouver chez ceux que la société considère comme "faibles", tels que « l'enfant, le vieillard, le malade, l'handicapé, l'idiot, le pauvre type, le fou, l'exclu social, le clochard, le surendetté, l'alcoolique, le drogué, etc. »⁸⁵, mais aussi chez le contractant *lambda*, qui même en agissant en « bon père de famille »⁸⁶, peut se trouver dans une situation de faiblesse qui l'empêche de défendre à bien ses intérêts. Ainsi, le salarié, le locataire, le patient, l'assuré, le consommateur et bien d'autres encore, sont autant de contractants susceptibles de se trouver en situation de faiblesse nécessitant une protection.

Rien d'étonnant donc à ce que le terme ne soit pas défini dans la loi ou dans les lexiques juridiques. La faiblesse révèle sa complexité dans sa polysémie et son polymorphisme, qui rendent la notion difficile à cerner d'un point de vue juridique. D'autant plus qu'ajouté à cela, les situations de faiblesses sont souvent cumulées (un patient profane dans l'urgence, un consommateur non averti dans le besoin, etc.).

L'on comprend dès lors les raisons pour lesquelles ni la loi ni la jurisprudence ne s'est hasardée à donner de définition claire de la faiblesse ou de la partie faible au contrat.

⁸³ Définitions tirées du Petit Robert, 1988

⁸⁴ FONTAINE (M.) (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Comparaisons Franco-belges*, Paris, L.G.D.J., 1996, p. 613

⁸⁵ MALAURIE (Ph.) et AYNÉS (L.), *Les personnes, La protection des mineurs et des majeurs*, 6^e éd., Defrénois, Paris, 2011, p. 232

⁸⁶ Notion toujours présente en droit marocain aux articles 713 et 945 du D.O.C., mais qui a désormais disparu du droit français au profit de l'expression « raisonnable » ou « raisonnablement », depuis l'adoption de la loi pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes du 4 août 2014. L'expression faisait référence au comportement normal que doit avoir une personne titulaire d'un droit : elle doit être prudente, diligente et soigneuse.

Pourtant, le législateur marocain s'est intéressé à la protection de certains types de contractants particulièrement susceptibles d'être atteints dans leurs droits ou dans leurs biens. Il s'agissait de prime abord de ceux dont les conditions physiques ou intellectuelles étaient insuffisantes pour garantir leurs intérêts. L'adoption d'un régime des incapacités était alors destinée à protéger les mineurs et les majeurs atteints dans leurs facultés mentales contre leur propre agissement et celui des autres. Mais très vite, la pratique contractuelle révéla l'existence d'autres situations de faiblesse qui constituent un risque pour l'équilibre du contrat. Le salarié, l'assuré ou le locataire, se trouvent dans une position contractuelle peu avantageuse face à l'employeur, l'assureur ou le bailleur, qui eux, dominent le contrat. Le législateur s'est donc chargé de leur protection à travers des dispositions légales spécifiques, selon leur qualité dans le contrat.

La doctrine a donc fait état des situations de faiblesse dont tient compte le législateur en les divisant en deux catégories⁸⁷ : la faiblesse inhérente à la personne du contractant (§1) et la faiblesse relative à la position du contractant (§2).

Paragraphe 1. La faiblesse inhérente à la personne du contractant

Selon M. FONTAINE, la faiblesse inhérente est celle qui est rattachée à une personne dont « l'état de développement mental en soi, ou le niveau de connaissance dans la matière du contrat, s'avère insuffisant pour porter un jugement éclairé sur la portée des engagements respectifs »⁸⁸.

A. La faiblesse physique et mentale

Par principe, le droit marocain reconnaît qu'en matière contractuelle, la capacité est la règle et l'incapacité l'exception. Le principe trouve son fondement à l'article 3 du D.O.C. qui dispose que "(...) toute personne est capable d'obliger et de s'obliger, si elle n'est déclarée incapable par cette loi". La recherche des personnes déclarées incapables par le législateur nous renvoie alors aux dispositions du Code de la famille, qui révèlent la désignation expresse du mineur (dépourvu et pourvu de discernement), du prodigue, du faible d'esprit, du dément, et de celui qui a perdu la raison (art. 212 et suivants).

A l'énumération de ces différentes personnes, force est de constater que le mineur et le majeur at-

⁸⁷ v. FONTAINE (M.), *op.cit.*, n°84, p. 612 ; BOURRIER (C.), *La faiblesse d'une partie au contrat*, Bruxelles, Bruylant-Académia, 2003, p.28 ;

⁸⁸FONTAINE (M.), *op.cit.*, n°84, p.616

teint dans ses facultés mentales, sont reconnus par la loi comme étant des personnes faibles, dont la situation impose qu'on les fasse bénéficier d'une protection spécifique. Sans doute leur état de développement intellectuel satisfait-il à la justification de leur protection, et l'on ne s'étonne pas que leur capacité d'exercice soit tantôt limitée, tantôt retirée (art. 212).

Pourtant, la recherche d'une protection globale du contractant faible, nous pousse à réfléchir quant aux fondements qui ont été assignés par le législateur à la protection de ces deux catégories de contractants. Aussi, se demande-t-on pour quelles raisons le législateur a-t-il dérogé au principe de la capacité d'exercice au profit du mineur et du majeur atteint dans ses facultés mentales⁸⁹? Et dans quelles conditions ces dérogations comportent-elles des exceptions?

a) L'âge

Dans ses extrêmes, l'âge d'un individu peut grandement affecter sa lucidité, et entraîne parfois une fragilité qui peut être exploitée par les cocontractants peu scrupuleux. Aussi se demande-t-on dans quelles mesures la loi est intervenue pour protéger la vulnérabilité résultant de la minorité, mais aussi de la vieillesse.

1. La minorité

L'âge joue un rôle considérablement important dans la perception qu'a un être humain de son environnement, et l'une des premières causes de vulnérabilité à laquelle est confronté un individu, est celle relative à son jeune âge.

L'ignorance propre à la jeunesse, l'inexpérience, la naïveté, n'ont même pas besoin d'être prouvées pour justifier l'état de faiblesse du mineur. Avant même que la science ne démontre la corrélation existant entre le développement du cerveau et le gain en discernement, il était admis que le mineur ne pouvait disposer des facultés intellectuelles suffisantes pour prendre conscience de la portée de ses actes. Ses connaissances limitées, ajoutées à ses fonctions cognitives et exécutives au développement inachevé, l'empêchent de porter un jugement lucide, et de prendre une décision éclairée allant dans le sens de ses intérêts.

⁸⁹ Le prodigue étant exclu de cette catégorie puisqu'il n'est pas mentalement atteint, reste cependant protégé par le législateur.

Ce constat est d'une évidence telle, que la loi marocaine s'est contentée de considérer l'âge comme motif suffisant à la limitation ou à la perte de la capacité d'exercice. Il s'agit dès lors d'une présomption de faiblesse rattachée à un critère objectif: l'individu qui n'a pas atteint l'âge de la majorité, est considéré comme étant incapable, ou non pleinement capable. L'objectivité du motif tient à son caractère naturel et universel. Tous les enfants du monde ont pour caractéristique commune de manquer de discernement, jusqu'à ce que ce déficit se dissipe peu à peu et laisse place à la maturité. Le mineur traverse donc plusieurs phases dans son cycle de développement physique et intellectuel qui lui font acquérir davantage de discernement, jusqu'à ce qu'il atteigne l'âge de la majorité.

Bien conscient de l'existence de ces stades de développement, le législateur marocain n'a pas déclaré d'incapacité absolue et unique pour tous les mineurs, celle-ci comporte différents degrés. Les dispositions du Livre V du Code de la famille établissent clairement la distinction entre: le mineur qui n'a pas atteint l'âge de discernement et qui est dépourvu de toute capacité (art. 217); le mineur qui, à 12 ans, a atteint l'âge de discernement mais pas celui de la majorité (art. 214), et enfin le mineur qui, à l'âge de 16 ans, peut demander au tribunal de lui accorder une émancipation (art. 218).

Il va de soi que pour le premier, les capacités de discernement sont totalement absentes, ou très réduites. Il ne s'agit même pas de savoir si l'enfant est habilité à évaluer la portée de son engagement, puisqu'il n'est même pas habilité à distinguer le bien du mal par lui-même⁹⁰. Cette faiblesse d'ordre physique, relative au développement de son cerveau, impose donc qu'il soit déclaré incapable, et qu'il soit privé d'une capacité d'exercice. Les actes concernant la gestion de ses biens se feront alors par le biais de son tuteur.

Pour le second, sa capacité d'exercice est seulement limitée. Il est à ce titre désigné comme une personne "non pleinement capable". Il est autorisé à prendre possession d'une partie de ses biens à titre d'essai, sur autorisation de son tuteur légal ou par décision du juge des tutelles (art. 226 C.F.), et les actes qu'il aurait contractés ne sont que d'une nullité relative. C'est parce que le législateur considère

⁹⁰ Le psychologue américain Lawrence Kohlberg, avait établi une échelle du développement moral chez les enfants. Il y constate qu'entre deux et sept ans, l'enfant ne fait de distinction entre le bien et le mal qu'en fonction de la réaction des adultes qui l'entourent. Selon que l'adulte approuve ou désapprouve son acte, celui-ci en conclura que son acte est bon ou mauvais. Il n'est donc pas encore habilité à distinguer de lui-même le mal du bien puisqu'il se réfère toujours à l'avis d'un adulte. Voir KOHLBERG (L.), *Essays on Moral Development*, Vol. I: The Philosophy of Moral Development, CA: Harper & Row, San Francisco, 1981 ; LELEUX (C.), « *Théorie du développement moral chez Lawrence Kohlberg et ses critiques (Gilligan et Habermas)* » in Jean-Marc Ferry et Boris Libois (dir.), *Pour une éducation postnationale*, Ed. de L'université de Bruxelles, 2003, pp.111-128 ; TITUS (C.S.), « *Le développement moral dans la psychologie morale de Lawrence Kohlberg et de Martin Seligman* », in *Revue d'éthique et de théologie morale*, H.S. n°251, Ed. du Cerf, 2008, p.31-50

que le mineur est doué de discernement à partir de cet âge, qu'il lui octroie une part de capacité, mais sans pour autant lui appliquer les règles spécifiques au majeur. Il demeure protégé contre les actes préjudiciables qu'il aurait lui-même contractés. L'article 225 du Code de la famille dispose à cet effet que « les actes du mineur, doué de discernement, sont soumis aux dispositions suivantes : 1) ils sont valables, s'ils lui sont pleinement profitables ; 2) ils sont nuls, s'ils lui sont préjudiciables ; 3) s'ils revêtent un caractère à la fois profitable et préjudiciable, leur validité est subordonnée à l'approbation de son représentant légal, accordée en tenant compte de l'intérêt prépondérant de l'interdit et dans les limites des compétences conférées à chaque représentant légal ». La loi présume donc implicitement que le mineur de cet âge peut disposer des facultés intellectuelles suffisantes pour contracter, mais demeure toujours en proie à une convention qui lui est préjudiciable. Il est peut être lucide, mais pas suffisamment avisé ou expérimenté pour discerner ce qui est dans son intérêt de ce qui ne l'est pas. Elle lui accorde alors une protection supplémentaire du fait de cette faiblesse.

Enfin, à partir de 16 ans, le mineur peut demander une émancipation auprès du juge afin de pouvoir accomplir certains actes, notamment pour pratiquer le commerce. Celui-ci acquiert désormais la pleine capacité d'exercice de ses droits patrimoniaux. Il peut dès lors disposer de ses biens et les gérer. Le tribunal n'impose comme condition à cet octroi de pleine capacité d'exercice que la constatation du "bon sens" du mineur (art. 218). Le terme n'est pas en soi explicite, mais l'on comprend qu'il revient au juge d'apprécier l'état de développement des facultés intellectuelles du mineur.

A l'analyse de la perception juridique de la faiblesse du mineur, deux constats sont à avancer. Tout d'abord, la minorité est une faiblesse présumée. Nul besoin d'apporter la preuve d'une lacune intellectuelle ou cognitive ; le mineur est préalablement reconnu comme une personne inexpérimentée et à la lucidité absente ou restreinte. La seule preuve de son âge suffit à le considérer comme faible, et à le faire bénéficier des dispositions protectrices du régime des incapacités. Ensuite, le législateur tient compte du fait que la faiblesse chez le mineur, bien que relative (en fonction de l'âge et du bon sens de l'enfant), est toujours présente. Elle est une tare constamment rattachée à sa personne qui peut, à tout instant, lui causer un préjudice. C'est la raison pour laquelle il admet que l'on puisse accorder au mineur doué de bon sens une capacité d'exercice, mais il prendra toujours son parti en cas de déséquilibre contractuel en sa défaveur. Le fait que sa faiblesse lui fasse courir le risque d'être atteint dans sa volonté ou dans ses droits, pousse le législateur à le protéger. L'on peut donc affirmer que la loi comme le juge, ont une sensibilité aigüe à l'égard des périls qui menacent le mi-

neur, quand bien même celui-ci aurait contracté indépendamment de son tuteur. Sa faiblesse présumée lui vaut d'être protégé de façon inconditionnelle ; il est alors de plein droit présumé partie faible au contrat.

2. La vieillesse

L'âge, comme facteur de faiblesse, ne concerne pas uniquement la minorité. Ses effets peuvent aussi se rencontrer dans la vieillesse. Cependant, la faiblesse du mineur n'est en rien comparable à celle qui peut, éventuellement, atteindre une personne âgée. Aussi, deux arguments soutiennent les raisons pour lesquelles le législateur n'a pas prévu de régime d'incapacité pour les personnes âgées.

En premier lieu, parce que la faiblesse due à l'âge est d'abord un phénomène physique, propre au corps humain. La perte ou la diminution de la force physique n'équivaut pas à une maladie, et encore moins à une altération des facultés mentales. Une personne âgée peut pâtir de sa faiblesse physique, mais celle-ci n'affecte en rien l'intégrité de son consentement ou ses capacités de jugement. Elle reste habilitée à prendre seule ses décisions et à distinguer ce qui est dans son intérêt de ce qui ne l'est pas.

En second lieu, et bien qu'étant universelle, la vieillesse ne débute pas à un âge spécifique, l'on ne saurait fixer un seuil à son commencement. Tout comme l'acquisition de la majorité à 18 ans est discutable⁹¹, la perte de la capacité à un âge prédéterminé est choquante. Rien, *a priori*, dans notre développement cérébral, ne programme la perte de nos capacités à un âge précis. Cette perte ne peut être due qu'à une pathologie ou un trouble médicalement constaté, mais jamais rattaché au critère objectif de l'âge. Il serait donc insensé de prévoir une présomption légale de faiblesse due à l'âge avancé, à l'instar de la présomption légale de faiblesse due à la minorité.

Ceci étant, il est des cas où la faiblesse due à l'âge nécessite une prise en considération de la part du législateur. Si celle-ci n'entraîne pas *de facto* une atteinte des facultés mentales, elle peut parfois se manifester dans d'autres circonstances contractuelles qui portent atteinte à la personne.

En effet, les personnes âgées sont souvent la cible d'arnaques téléphoniques ou sur internet, pour l'usurpation de leurs données bancaires. Dépassées par les avancées technologiques, isolées ou

⁹¹ Preuve en est avec la variabilité des majorités civiles dans le monde et à travers les époques: en France, jusqu'en 1974, la majorité était fixée à 21 ans. Il en était de même en Belgique jusqu'en 1990 et en Suisse jusqu'en 1996. Elle est toujours fixée à 21 ans en Argentine, au Bahreïn, en Egypte, et en Côte d'Ivoire, et dans d'autres pays africains, tandis qu'en Iran elle est fixée à 15 ans.

seules, certaines personnes âgées accordent trop vite leur confiance et manquent de vigilance. Elles se retrouvent alors parties à un contrat, parfois sans le vouloir, parfois sans le savoir.

En parallèle, elles peuvent aussi souffrir de pratiques discriminatoires. Que ce soit face à l'emploi, à la souscription d'un bail, ou d'un contrat d'assurance ; les personnes âgées subissent une discrimination due à leur âge. En France, l'Assemblée plénière de la Cour de Cassation constatait ces réalités en 2013: « En matière d'accès au logement, les personnes âgées doivent faire face (...) à des pratiques parfois discriminatoires de la part des bailleurs. » ; « L'accès aux biens et aux services peut être restreint pour les personnes ayant passé un certain âge, en matière d'emprunts bancaires, de contrats d'assurance et de mutuelle ou bien même de location de biens (location de véhicules, etc.). Les banques pratiquent souvent des politiques discriminatoires envers les personnes âgées, entraînant un accès difficile à l'emprunt. Concernant les assurances et les mutuelles, on constate une démutualisation progressive des âgés. » ; « En matière d'emploi, le plus grand nombre de discriminations liées à l'âge se relève dans les secteurs public et privé. L'âge constitue ainsi un critère important de saisines qui portent le plus souvent sur l'accès à l'emploi (critères de recrutement) ainsi que sur le déroulement de carrière »⁹². Les personnes âgées rencontrent plus d'obstacles à l'accessibilité de certains contrats que des personnes plus jeunes. Ces situations dénoncent une nouvelle forme de faiblesse dont le législateur ne tient pas forcément compte.

La faiblesse due à la vieillesse reste donc d'une appréhension difficile d'un point de vue juridique. D'abord parce qu'elle est éventuelle, et ensuite parce qu'elle peut se manifester de différentes façons. Celle-ci ne concerne pas uniquement les facultés mentales ou le consentement du contractant, elle peut aussi lui empêcher l'accès à certains contrats ou en rendre leur exécution plus strictement conditionnée. Le législateur marocain, sans avoir expressément ciblé ces cas de faiblesse, a tout de même prévu une protection contre l'abus de faiblesse (art. 878 D.O.C.), la maladie et les cas analogues (art. 54 D.O.C.), et la dernière maladie (art. 479 D.O.C.), qui peuvent profiter aux personnes âgées. C'est aussi dans cette perspective que s'inscrit l'article 44 du D.O.C.

b) L'altération des facultés mentales

Si la volonté des mineurs n'est pas libre en raison de leur jeune âge, de la même façon, la volonté n'est pas libre lorsqu'elle émane d'une personne qui, en raison de ses facultés mentales altérées, n'est pas en mesure d'apprécier la portée de ses actes. C'est « le défaut de conscience du contrac-

⁹² Assemblée plénière de la Cour de Cassation française du 27 juin 2013, *Avis sur l'effectivité des droits des personnes âgées*, J.O.R.F., n°0176, texte n°101, 31 juillet 2013.

tant, [qui] dans une telle hypothèse, affecte la liberté de son consentement, en raison de ce que cette liberté implique la possibilité d'effectuer un choix, de conclure ou de ne pas conclure un contrat [...]»⁹³.

En effet, la volonté consciente⁹⁴, est une condition *sine qua non* à la conclusion d'un contrat. Pour que l'expression d'une volonté devienne une volonté juridique, il faut que la personne qui l'exprime soit reconnue capable, et «l'on considère qu'un individu est capable de conclure un contrat lorsqu'il possède la conscience de s'engager »⁹⁵. Cette conscience consiste alors en une compréhension de l'engagement, et en une compréhension du contenu de l'engagement. Or, il s'avère que certaines personnes sont incapables d'une telle compréhension.

En ce sens, l'article 210 du Code de la famille dispose que « toute personne ayant atteint l'âge de la majorité, jouit de la pleine capacité pour exercer ses droits et assumer ses obligations, à moins qu'un motif quelconque établi ne lui limite ou ne lui fasse perdre cette capacité ». L'on remarque la latitude consacrée par l'expression « un motif quelconque », préférée à la référence expresse à une altération des facultés mentales⁹⁶. Cela est sans doute du au fait que l'incapacité du majeur peut se manifester de façon variée, et que celle-ci est censée envisager toutes les hypothèses d'une volonté consciente absente ou déficiente. Elle permet ainsi d'inclure le prodigue, qui n'est pas mentalement atteint. La loi reconnaît alors, à titre nominatif, des catégories de majeurs non pleinement capables (1.) et des majeurs incapables (2.). Aussi, la déclaration de leur incapacité par le juge est subordonnée à l'établissement d'une expertise médicale et de tous les moyens légaux de preuve (art. 222 C.F.).

1. Le majeur non pleinement capable

L'article 213 C.F. limite la capacité d'un individu lorsqu'il est « prodigue » ou « faible d'esprit ». Le fait que la loi limite leur capacité d'exercice au lieu de la leur retirer, suppose que leurs facultés

⁹³ LARROUMET (C.), *Droit civil, T.3, Les obligations, Le contrat*, 4^e éd., Paris, Economica, 1998

⁹⁴ L'auteur GODELAIN (S.), analyse dans son ouvrage « la volonté consciente et discernante » comme un « critère émis par la psychologie » et repris par les juristes pour définir la volonté capable; GODELAIN (S.), *La capacité dans les contrats*, thèse, Paris, L.G.D.J., Fondation Varenne, 2007, pp.56-57

⁹⁵ GODELAIN (S.), *Ibidem*, p. 59

⁹⁶ A titre de comparaison, l'article 425 du Code civil français est plus explicite dans la qualification de l'état de la personne incapable : « Toute personne dans l'impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts en raison d'une altération, médicalement constatée, soit de ses facultés mentales, soit de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté peut bénéficier d'une mesure de protection juridique (...) ».

mentales ne sont altérées que dans une certaine mesure. Elles sont en deçà de la norme, mais leur altération n'est pas suffisamment grave pour déclarer une absence totale de lucidité. Celles-ci sont toujours à même de leur permettre de contracter, et ce, dans la limite de l'autorisation qu'ils auront reçue du tribunal ou de leur tuteur légal⁹⁷. Ils obéissent d'ailleurs aux mêmes règles de protection prévues pour le mineur, à savoir une nullité relative de leurs actes selon qu'ils leur soient profitables ou préjudiciables (art. 225 C.F.). L'étude de leurs cas respectifs, permettra de mettre en exergue la spécificité de leur faiblesse, et les raisons de leur prise en considération par le droit.

α. Le prodigue

Selon l'article 215 C.F., « le prodigue est celui qui dilapide ses biens par des dépenses sans utilité ou considérées comme futiles par les personnes raisonnables, d'une manière qui porte préjudice à lui-même ou à sa famille ».

De telles dispositions interpellent quant à leur finalité. En l'espèce, le prodigue ne souffre pas d'une atteinte de son consentement : il sait ce qu'il veut, et est capable de manifester sa volonté. Celui-ci n'est pas mentalement atteint, seulement, il ne mesure pas les conséquences de ses décisions. Une dilapidation de ses biens peut advenir du fait de son manque de raison, ou de sa tendance à poursuivre ses passions.

Pourtant, il est curieux de voir que le droit intervienne pour protéger le prodigue contre sa propre déraison. L'on comprend qu'il importe de protéger les biens de la famille du prodigue, puisqu'elle est une victime collatérale de cette prodigalité, mais pourquoi vouloir empêcher un homme de dépenser son argent, qu'elle qu'en fut l'utilité qu'il en tire ?

DURANTON ⁹⁸ prêtait cette interdiction du prodigue à son « immoralité » et à son « inconduite sociale » ; il voyait en ses actes l'expression d'un « vice ». Il perçoit le prodigue comme une personne qui « ne sait pas toujours régler l'usage de la raison que [la nature] lui a départie. Excité par des besoins factices, entraîné par des désirs sans frein et des passions désordonnées, il se précipite en aveugle vers sa ruine, et échange contre les humiliations et le mépris justement attachés à la misère née du dérèglement, le patrimoine qu'un père économe et sage avait su lui conserver »⁹⁹. Les pas-

⁹⁷ Art. 226 C.F. : « L'interdit, autorisé à gérer une partie de ses biens, est considéré comme ayant pleine capacité pour agir dans la limite de l'autorisation qu'il a reçue et pour ester en justice ».

⁹⁸ DURANTON (A.), *Cours de Droit français suivant le Code civil*, Tome III, Paris, Alex-Gobelet, 1828

⁹⁹ DURANTON (A.), *Ibidem*, p. 665

sions, les désirs, et le goût de la démesure, seraient donc les raisons de la faiblesse du prodigue. Elles le contrôlent à un point tel qu'il ne saurait y résister de lui-même. Une faiblesse aussi avérée imposait, par principe, que l'on confiât la gestion des biens du prodigue à une autre personne, plus à même d'en préserver les intérêts.

Mais en plus d'être considérée comme un vice, la prodigalité est aussi un danger. Elle fait courir au prodigue le risque de se retrouver ruiné, et en condition d'indigence. Le droit tient donc compte du patrimoine du prodigue, en ce qu'il doit être préservé pour pourvoir à ses besoins. C'est là l'expression d'une volonté de protection de sa personne, au-delà de la volonté de protection de ses biens. Enfin, l'on constate que le législateur n'a pas établi de critères à la situation de prodigalité. Celle-ci reste tributaire de l'appréciation du juge.

β. Le faible d'esprit

L'article 216 C.F. dispose que « le faible d'esprit est celui qui est atteint d'un handicap mental l'empêchant de maîtriser sa pensée et ses actes ». La définition, somme toute élargie à toutes les déficiences mentales susceptibles d'interférer sur le comportement d'un individu, ne renseigne toutefois que très peu sur sa condition.

Le psychologue et psychiatre italien Sante DE SANCTIS, affirmait au début du XXe siècle, qu'il faut « distinguer entre le type d'insuffisance intellectuelle et le degré »¹⁰⁰, et s'étonnait même qu'à une époque, l'on n'ait pas fait de distinction entre les différents types de faibles d'esprit. Il est vrai que durant le XIXe siècle, les penseurs français considéraient la faiblesse d'esprit dans une mesure si large qu'elle entretenait des liens étroits avec la prodigalité et la folie¹⁰¹. Il faut dire que les valeurs de l'époque cantonnaient sous la même dénomination toutes les déviations mentales de l'homme.

Certains auteurs se sont essayés à quelque définition, notamment à celle de l'imbécilité : « [c']est cette faiblesse d'esprit qui, sans priver entièrement la personne de l'usage de la raison, ne lui laisse

¹⁰⁰ DE SANCTIS (S.), « *Type et degrés d'insuffisance mentale* », in *L'année psychologique*, Vol.12, 1905, p. 70

¹⁰¹ Selon un auteur, « la notion d'infirmité morale est en jeu, [...] tant dans les questions de faiblesse d'esprit que de prodigalité. On se trouverait ainsi en présence d'une même grande «famille» de la déviance », NOOTENS (T.), « *Fous, prodiges et faibles d'esprit : l'interdiction et le conseil judiciaire dans le Tribunal de Première Instance d'Angers 1820-1835, 1880-1883* », in *Déviance et Société*, Vol. 24, n°1, 2000, pp.47-67 , p. 53

toutefois que la faculté de concevoir les [idées] les plus communes et qui se rapportent presque toujours à ses besoins physiques et à ses habitudes. [Elle] le rend incapable de gouverner sa personne et ses biens »¹⁰².

Puis ils prirent pour fondement la nécessité de mettre une personne sous la protection d'un représentant pour définir la spécificité de cette faiblesse. Celle-ci résiderait dans l'état d'un « homme [qui], sans être absolument en démence, est néanmoins d'un caractère et d'une raison trop faibles pour conduire seul ses affaires et qu'il se trouve par conséquent exposé à des surprises ou entraîné à des actes qui consommeraient sa ruine... »¹⁰³.

Ainsi, le type d'insuffisance intellectuelle et son degré concrétisent bel et bien la détermination d'une faiblesse d'esprit, mais d'un point de vue juridique, la question importe peu. En effet, il suffit de constater médicalement que les facultés mentales de la personne se situent à un degré tel qu'elles l'empêchent de prendre une décision qui va dans le sens de ses intérêts. En s'appuyant sur une expertise médicale, et sur tous les moyens légaux de preuve, le juge a toute la latitude pour apprécier le degré de faiblesse d'esprit d'une personne pour déclarer son interdiction. Il est de ce fait habilité à constater de lui-même l'état des facultés mentales du faible d'esprit, sans craindre la restriction d'une définition légale. Il peut alors englober dans cet état tous les différents cas d'espèce de faiblesse intellectuelle qui pourront se présenter à lui.

2. Le majeur incapable

L'article 217-2 C.F. dispose que « ne jouit pas de la capacité d'exercice : [...] 2° Le dément et celui qui a perdu la raison ». L'on déduit que le législateur a dû estimer que l'atteinte des facultés mentales doit être suffisamment grave pour retirer la capacité d'exercice à un majeur. L'on remarquera, aux dispositions de l'article 217 C.F., que le législateur soumet le dément et celui qui a perdu la raison à des règles différentes. Alors que les actes du dément sont nuls et de nul effet, les actes de celui qui a perdu la raison peuvent être valides en période de lucidité.. Il importe donc distinguer la condition du dément de celle de celui qui a perdu la raison.

¹⁰² TOULLIER (C.-B.-M.), DUVERGIER (J.-B.), *Le droit civil français, suivant l'ordre du code*, Vol. I, T. II, Paris, F. Cotillon et Jules Renard et C^e, [1845], cité par NOOTENS (T.), *Ibidem*, pp.50-51

¹⁰³ *Ibid.*

La démence n'est pas juridiquement définie. Puisqu'il s'agit d'un trouble mental atteignant les fonctions cognitives d'un individu, le juge s'appuie sur une expertise médicale pour déclarer l'interdiction du dément.

Mais la démence peut se manifester sous des formes diverses et provenir de causes multiples¹⁰⁴. DURANTON soulignait cet aspect pluriel en ces termes : « [...] quoique parvenu à sa majorité, l'homme n'est pas toujours à l'abri des événements qui peuvent altérer et détruire sa raison: un accident, une maladie, de vifs chagrins supportés avec trop peu de courage, suffisent quelquefois pour en éteindre ou obscurcir le flambeau, et ne laisser en lui que l'homme physique et souffrant, incapable de se diriger et de se conduire ¹⁰⁵». La démence peut donc être innée chez un individu, comme elle peut subitement apparaître suite à des circonstances spéciales. Il en résulte en tout état de cause, une perte de raison.

Ce constat interpelle quant à la distinction de la démence vis-à-vis du statut de celui qui a perdu la raison, tel que prévu par le législateur. L'hypothèse même d'une perte de raison volontaire nous incite à rechercher des causes non pas subies, mais dues au propre chef de l'individu. Ainsi, la consommation volontaire de substances stupéfiantes entre-t-elle dans cette catégorie de perte volontaire de la raison. C'est d'ailleurs pourquoi la loi impose que celui-ci est tenu responsable de ses engagements en cas de perte volontaire de sa raison.

La loi rétablit alors la capacité de ces contractants dans deux cas d'espèce : lorsqu'ils recouvrent leur raison et sont habilités à exprimer leur consentement en parfait état de lucidité, la loi respecte leur volonté et leur permet de la mettre en œuvre. En revanche, lorsqu'ils ne perdent pas la raison du fait de circonstances indépendantes de leur volonté, ceux-ci sont tenus de répondre de leurs actes et engagements en pleine responsabilité.

¹⁰⁴ Philippe MALAURIE rapporte que les psychiatres contemporains constatent un « polymorphisme de l'aliénation mentale : toutes les nuances peuvent séparer les aliénations, les démences, les névroses, les psychoses (il est déjà difficile de distinguer le normal de l'anormal ; il est encore plus aléatoire de faire des classifications dans la pathologie mentale) », *op.cit.*, n°85, p.299

¹⁰⁵ DURANTON (A.), *op.cit.*, n°98, cité par NOOTENS (T.), « Fous, prodiges et faibles d'esprit : l'interdiction et le conseil judiciaire dans le Tribunal de Première Instance d'Angers 1820-1835, 1880-1883 », in *Déviance et Société*, Vol. 24, n°1, 2000, p.50

B. La faiblesse cognitive

Il est d'une grande importance d'évoquer ce qu'on appelle la faiblesse cognitive, c'est-à-dire celle qui est due à l'inégalité des connaissances en général. Il s'agit tout simplement de la situation du consommateur profane face au professionnel armé de connaissances juridiques, économiques et techniques, concernant la nature et l'objet du contrat. Toutefois, lorsqu'il contracte hors la sphère de sa fonction, il se trouve lui-même désarmé de ses compétences et des expériences que lui confère sa fonction, et au demeurant, dans la même situation de faiblesse du consommateur profane.

a) Le consommateur profane

La loi 31-08 est destinée à prémunir ce particulier qu'est le consommateur contre son irréflexion et son ignorance face au professionnel tenté d'abuser de sa spécialisation. Pour se faire une idée de la faiblesse du consommateur, on se tiendra à l'analyse des aspects de la faiblesse. Il apparaît de prime abord que c'est le défaut de connaissances relatif à la nature du contrat ou à son objet, qui provoque la faiblesse du consommateur.

La faiblesse du consommateur peut découler de son inaptitude à réaliser des conséquences des conditions du contrat ou de l'incompréhension même du contrat. Elle peut naître enfin, de l'inaptitude à saisir la portée intrinsèque du contrat. Autrement dit, l'ignorance du régime légal supplétif voir impératif dans lequel le consommateur s'inscrit ou dont il s'écarte. En conséquence, le consommateur profane, mal expérimenté, face au professionnel compétent et en présence des contrats types, accepte les stipulations principales du contrat, sans prendre garde aux pièges que constituent les clauses du contrat, parfois abusives. Celles-ci lui paraissent incompréhensibles, échappent à son intention, quand bien même aurait-il prit le temps de les lire. Le consommateur est donc partie faible toujours confronté aux abus des professionnels qui fait tout pour accélérer les décisions d'achat de biens et services. D'ailleurs, plus la décision de contracter est précipitée, moins la réflexion est à même de s'exercer. Aussi, si le professionnel est en mesure d'imposer au consommateur des conditions contractuelles préétablies à son avantage, c'est que le consommateur se trouvera par rapport à lui en situation de faiblesse.

Sa faiblesse se rattache à son ignorance de fait ou de droit. Elle peut porter sur l'existence même des conditions applicables au contrat ou sur le contenu de ses conditions. D'une manière générale, la faiblesse du consommateur ne provient pas de son niveau intellectuel mais elle est due à son inexpérience par rapport au professionnel et à son niveau de connaissances dans la matière du contrat

qu'il conclut. Il s'agit bien d'une faiblesse inhérente à la situation du consommateur profane face au professionnel avisé.

b) Le professionnel en infériorité cognitive

En général, le professionnel fait naître l'image d'une personne forte contre laquelle il convient de se protéger. Cependant, celui-ci peut se trouver en position de faiblesse cognitive comme le serait un consommateur. Pareille situation est courante lorsque le professionnel contracte en dehors de sa compétence pour ses propres fins ou même dans le cadre de son activité. Sa faiblesse est justifiée par le défaut de compétence ou d'expérience que lui attribue sa fonction. Il s'agit bien d'une faiblesse due à l'inégalité de connaissances à l'égard du contrat. Le professionnel contractant hors de son activité n'a pas plus d'avantage qu'un consommateur, et le droit ne doit pas lui tenir rigueur de sa profession. En d'autres termes, la question de la protection du professionnel contractant en dehors de son domaine de compétences. Le droit ne doit pas lui poser problème, or, la loi 31-08 ne semble concerner que le consommateur. *A priori*, le professionnel ne peut bénéficier de la protection que confère la loi 31-08 ou consommateur, alors que l'esprit de la loi 31-08 est de protéger le profane. Pourtant, lorsqu'un professionnel contracte en dehors de ses activités, il se trouve profane car désarmé car sa compétence et son expérience ne lui servent à rien. Sa situation de faiblesse est comparable à celle du consommateur et il doit être protégé dans la mesure où il ne dispose d'aucune compétence en particulière. La compétence est le seul critère particulier qui pose la frontière entre profane et consommateur. D'ailleurs, le profane désarmé n'est en effet qu'un consommateur et devrait donc, légitimement, bénéficier d'une protection légale.

Incontestablement, c'est le critère du « lien nécessaire » avec la profession qui décide de la solution accordée au professionnel. Celui-ci est puissant lorsqu'il contracte dans le domaine de sa profession, et il se trouve faible lorsqu'il contracte en dehors de son activité professionnelle. Dans le premier cas, il est armé de compétences et de l'expérience que lui confère sa profession. Dans le second cas, il est désarmé de toutes ses compétences. Au demeurant, il se trouve en situation de faiblesse. Le choix de ce critère permet parfois de déduire la situation de faiblesse du professionnel présumé expérimenté, véritablement profane. Le défaut de compétence chez le professionnel démontre efficacement sa situation de faiblesse, comparable à celle du consommateur. Protéger le professionnel, lorsque légitimement il ne peut utiliser les facteurs de supériorité que son activité lui fait acquérir, est une solution juste, conforme au fondement même du droit de la consommation qui tend à la protection du profane contre le contractant expérimenté. Reconnaître au professionnel la qualité de spécialiste ne revient pas à dire pour autant que cette qualité lui colle pour toujours. Il arrive

souvent que des circonstances économiques lui interdisent d'exploiter les avantages que lui procure sa spécialité. La compétence du professionnel ne doit pas être présumée de façon irréfragable, mais doit plutôt reposer sur l'idée d'une présomption simple de connaissances qui peut être renversée chaque fois que les faits auront prouvé qu'il a contracté désarmé de toute compétence. L'hypothèse d'une simple présomption de compétence, revient à reconnaître au professionnel des situations de faiblesse et respecter le caractère relatif de sa puissance présumée, et lui permettre ainsi, de bénéficier des dispositions protectrices accordées au consommateur.

Paragraphe 2. La faiblesse relative à la position des contractants

La seconde cause de faiblesse du contractant tient à sa position dans le contrat. Contrairement à la faiblesse inhérente, celle-ci n'est pas rattachée à sa propre personne, mais elle est due à la place qu'il occupe dans le contrat. Ainsi, lorsqu'il est salarié, assuré, ou consommateur, le contractant peut pâtir d'une faiblesse exclusivement due à son statut. Elle est indépendante de son état de connaissances ou de discernement, mais peut pourtant provoquer un déséquilibre initial des forces vis-à-vis de son cocontractant. En effet, cette position peut émaner d'une infériorité économique (ex : consommateur) ou d'une subordination (ex : salarié), dont la conséquence sera de réduire la marge de négociation du contractant faible. N'étant pas d'égale mesure que son cocontractant, celui-ci aura tendance à se plier aux exigences du contractant fort en toute connaissance de cause et en pleine compréhension de la portée de son engagement.

Souvent, cette position de faiblesse paralyse la partie faible dans la défense de ses intérêts et exclut toute négociation du contrat. Elle révèle alors non seulement une inégalité des parties, mais aussi un risque d'atteinte à la volonté du contractant faible.

A. Les aspects substantiels du déséquilibre

Les situations de subordination et de dépendance économique, émanent de divers facteurs dont l'étude appartient sans doute à une autre science que le droit. L'état de besoin, le manque de temps, la position dans une structure organisationnelle, ou encore la réputation ou le pouvoir d'influence, sont autant de causes sociales à l'existence d'un déséquilibre de positions entre les parties¹⁰⁶. Elles ne reçoivent que peu de reconnaissance dans la sphère juridique, mais ont pourtant une influence majeure sur la qualité de la négociation et l'équilibre du contrat. Elles se résument au final par un

¹⁰⁶ Sur ces différents facteurs de puissance, voir DE HOON (M.W.), « *Power Imbalances in Contracts : an Interdisciplinary Study on Effects of Intervention* », in Tisco Working Paper Series on Civil Law and Conflict Resolution Systems, Tilburg University, n°1, 7 may 2007, p. 12

déséquilibre des pouvoirs qui attribue, avant même la conclusion du contrat, une position dominante à l'un des contractants.

a) La subordination

Signalons tout d'abord que la subordination ne sera pas analysée comme un concept juridique spécifique à la relation de travail entre l'employeur et le salarié, mais plutôt comme un concept large, qui englobe toutes les relations contractuelles révélant l'état de celui qui obéit aux ordres d'une puissance supérieure. Il en est ainsi du salarié vis-à-vis de son employeur, mais aussi du patient vis-à-vis de son médecin, ou du fournisseur vis-à-vis d'un distributeur en situation de monopole. Tous se trouvent face à un cocontractant puissant dont dépend la pérennité du contrat.

Ainsi, le travailleur qui sollicite un emploi aura tendance à concéder une partie de ses intérêts face à son potentiel employeur, du simple fait de sa position qui limite sa marge de négociation. La crainte d'un refus d'embauche, ou plus tard, d'un licenciement, le rendra réticent à exprimer sa volonté librement, et souvent, sa faiblesse le poussera même à renoncer à certains de ses droits qu'il tient de la loi ou du contrat lui-même. On y voit certes l'expression d'une situation de besoin et de dépendance économique, mais la conséquence qui en dérive et que le salarié adhérera à son contrat de travail sans l'avoir pleinement négocié, mettant ainsi en péril l'expression de son consentement, et partant, l'équilibre du contrat lui-même.

Cependant, la subordination juridique garde toute sa légitimité lorsque le salarié accomplit les tâches qui lui sont imposées par son employeur. A moins d'un abus, ni la loi ni le juge ne sauraient s'immiscer dans la relation pour protéger le salarié. Cette situation de subordination n'équivaut pas automatiquement à un déséquilibre contractuel, et n'est donc pas de plein droit sujette à un rééquilibrage. L'on admet ainsi que puisse exister une situation de faiblesse qui n'atteint pas l'équilibre contractuel, ni les droits du salarié. Celle-ci ne doit être soulevée que lorsque le consentement du contractant est mis en péril, ou que la partie en position de force impose des charges trop lourdes ou des droits restreints, ou commet un abus qualifié.

Mais du fait que ces déséquilibres contractuels sont légion, la doctrine juridique s'est investie à défendre cette partie faible, principalement dans le droit du travail. Elle prend en compte les exigences de protection du salarié et intègre celle de ses intérêts dans les objectifs de la législation du travail. Des précautions sont prises pour que la subordination du travailleur soit limitée à la prestation de travail et pour que même dans l'exécution de son travail, le respect de la personne et de ses libertés inaliénables prévalent.

b) La dépendance économique

Apparue dès les prémises du XX^e siècle, la notion de dépendance économique signifiait pour la doctrine, que l'infériorité d'une partie au contrat se caractérise moins par le fait qu'elle est soumise à l'autorité de l'employeur que par le fait que sa subsistance dépend de lui¹⁰⁷. Plus récemment, en 2013, la Cour de cassation française adopte une définition claire de la dépendance économique, comme étant « l'impossibilité, pour une entreprise, de disposer d'une solution techniquement et économiquement équivalente aux relations contractuelles qu'elle a nouées avec une autre entreprise »¹⁰⁸. Les deux approches convergent vers la définition de la situation d'un contractant dont la pérennité économique dépend d'un autre contractant.

La Cour de cassation française avait établi en 2001 les critères de cette dépendance en ces termes : « l'existence d'un état de dépendance économique d'un distributeur par rapport à un fournisseur s'apprécie en tenant compte de la notoriété de la marque du fournisseur, de l'importance de sa part dans le marché considéré et dans le chiffre d'affaires du revendeur ainsi que de l'impossibilité pour ce dernier d'obtenir d'autres fournisseurs des produits équivalents »¹⁰⁹. Elle comprend tour à tour des critères de puissance économique, mais aussi de prédominance sur le marché, et de situation monopolistique ou oligopolistique du cocontractant. Mais en tout état de cause, il est un contractant dont la pérennité économique est directement tributaire de sa relation avec son cocontractant.

Une nouvelle fois, cette dépendance n'induit pas nécessairement l'existence d'un déséquilibre contractuel, et n'est d'ailleurs pas illégale ni même illégitime en soi. Néanmoins, la position de faiblesse de la partie dépendante l'empêchera de fait de discuter les modalités du contrat en toute liberté et latitude. C'est la conséquence directe de la loi de l'offre et de la demande, qui impose que celui qui dépend de son cocontractant se plie aux exigences qu'il lui impose.

¹⁰⁷ SAVATIER (R), Note au D.F., 1923, 1 et s.; LYON-CAEN (G), Les libertés publiques et l'emploi, documentation française, 1992, Traité du droit du travail, T.I., Paris, Dalloz, 1947 n° 206, p. 261

¹⁰⁸ C.Cass., com., 12 février 2013, pourvoi n°12-13603, inédit.

¹⁰⁹ C.Cass., com., 9 avril 2002, inédit.

La situation caractéristique d'une telle dépendance se trouve principalement dans les relations commerciales, notamment entre fournisseurs et distributeurs, mais elle apparaît aussi chez le consommateur lambda dans des domaines liés à sa vie quotidienne. A titre d'exemple, l'accès à l'eau et à l'électricité, dépassent même la situation de dépendance économique pour atteindre celle de la dépendance fonctionnelle, puisque ces domaines touchent aux besoins vitaux du contractant. Nul ne saurait se passer de ces services à l'heure actuelle, et ce sont pourtant ceux dans lesquels les contractants en négocient le moins, voire pas du tout, les clauses contractuelles.

Ainsi, le contractant dépendant se voit retirer la liberté de choix de son cocontractant, la liberté de négociation, mais aussi la liberté de se retirer du contrat puisqu'entièrement dépendant de celui-ci. N'étant pas réellement libre d'accepter ou de refuser, il se plie aux exigences qui lui sont imposées. Il en est ainsi du fournisseur, du consommateur, mais aussi du candidat à l'embauche qui pâtit tous d'une infériorité-contrainte qui est susceptible de se répercuter sur les modalités de conclusion du contrat et de sa mise en œuvre.

B. Conséquences de l'inégalité des parties

L'inégalité résultant de la position contractuelle des parties, peut engendrer des répercussions sur la négociation du contrat et sur le consentement de la partie faible. Les conditions de la conclusion du contrat tendent à faire douter de la licéité du consentement donné et de la validité des négociations entreprises.

a) Le consentement vicié

Il n'y a de volonté contractuelle que si le contenu du contrat correspond à ce que les parties ont voulu. Or, la condition d'infériorité de la partie faible laisse suspicieux quant à l'existence de sa volonté, et de ses caractères libre et éclairé.

1. La volonté n'est pas libre

Il est admis que la volonté n'est pas libre lorsqu'une personne consent à la conclusion d'un contrat sous l'effet d'une violence ou d'une menace exercée à son encontre. Pourtant, bien des contrats usuels sont quotidiennement conclus sous l'effet d'une contrainte qui, sans basculer dans la violence ou la menace, s'imposent tout de même contre la volonté de leur souscripteur. Nous sommes ainsi contraints d'assurer un véhicule dès son achat, ou de payer un tarif minimal pour les services d'eau et d'électricité même sans avoir utilisé ces services. Dans le premier cas, le contrat est imposé

et ne saurait être écarté, révélant ainsi l'absence d'une liberté de contracter ou non. Dans le second, l'absence de négociation des clauses contractuelles à l'avance fait qu'il offrira une contrepartie pécuniaire à un service qu'il n'aura pas utilisé, et ce, sans possibilité pour lui de réclamer la suppression de cette obligation.

En réalité, la contrainte existant dans ces types de contrats n'est pas suffisamment caractérisée pour être considérée comme un vice du consentement, et ces contrats imposés sont tellement vulgarisés de nos jours que peu se soucient de l'atteinte faite à la volonté de l'une des parties. D'un point de vue juridique, il s'agit pourtant bien d'une restriction à la liberté de contracter ou non, et à la liberté de négociation du contrat.

2. La volonté n'est pas éclairée

La volonté du contractant est considérée comme étant non éclairée lorsqu'elle n'est pas donnée en connaissance de cause. Face au langage hermétique existant dans certains domaines (notamment dans les assurances et les banques, mais aussi chez les garagistes, ou plus récemment, dans la vente d'applications téléphoniques), le contractant ne sait que partiellement ce pourquoi il s'engage. Il a souvent une idée claire de l'objet du contrat (ex : achat d'une application téléphonique) mais ne reçoit pas d'explications claires au sujet des conséquences rattachées à cet engagement (ex : la société qui propose l'application à la vente aura accès à toutes les données de l'utilisateur, y compris ses contacts, ses photos, ses consultations sur le web, etc.).

Il est couramment admis que les manœuvres dolosives destinées à tromper le contractant constituent un vice du consentement. Par définition, si le contractant avait prit connaissance des informations cachées relatives à l'objet du contrat, celui-ci ne se serait jamais engagé. Pourtant, sans pour autant être qualifiées de dolosives, certaines manœuvres limitent la connaissance du contractant de l'objet du contrat, car s'il avait eu pleinement connaissance des informations y rattachées, il n'aurait sans doute pas contracté. Ces informations sont souvent présentées sous forme d'un jargon technique, écrit en petits caractères, sur plusieurs feuilles, et lassent ainsi le contractant de leur lecture. Son consentement n'est alors réellement éclairé que sur une partie du contrat, tandis que l'autre ne lui a été soumise qu'à une lecture, qui d'ailleurs n'est pas appelée à être négociée...

Faute d'égalité de connaissances, la partie faible se soumet alors au contrat en ne comprenant qu'une partie de son engagement, et sans avoir une idée claire des restrictions qu'elle subit, ou de la portée de ses droits et obligations.

b) Une négociation faussée

L'atteinte du consentement du contractant passe aussi par l'atteinte de la négociation. C'est de l'existence et des conditions de celle-ci que dépend l'expression du consentement libre et éclairé du contractant.

1. L'accord sans discussion préalable

L'accord des volontés demeure la condition nécessaire, et en principe suffisante, à l'existence d'un contrat. Or, l'accord peut se former en un instant, sans discussion préalable. De nos jours, c'est le cas de la plupart des contrats de vente de biens de consommation courants, et force est de constater que la négociation préalable à l'accord est de plus en plus rare. Les contrats de gré à gré ne sont plus légion comme autrefois. Leur standardisation, ajoutée au pullulement des franchises, et à la célérité nécessaire aux transactions, fait que le contractant est plus souvent confronté à un contrat d'adhésion. Celui-ci est rédigé unilatéralement par le pollicitant, et est présenté sous la forme d'un contrat-type, donc non négociable¹¹⁰.

De ce fait, la négociation, qui joue un rôle fondamental dans l'expression d'une volonté libre et éclairée, fait souvent défaut. La loi n'oblige pourtant pas les contractants à négocier. Tout au plus peut-elle préserver le consentement éclairé du contractant en imposant à son cocontractant de lui accorder un délai de réflexion, ou une obligation d'information. Mais en aucun cas celle-ci ne peut imposer aux contractants de négocier les clauses. Il est donc tout à fait légal qu'un contrat soit à prendre ou à laisser, sans possibilité de négociation des clauses.

C'est pourtant là que le bât blesse. La liberté de négociation réduite ou quasi-inexistante, prévalant dans les contrats d'adhésion participe du risque du déséquilibre du contrat. Car en effet, la négociation demeure la seule arme dont dispose le cocontractant faible pour combler son manque de connaissances, de technicité, et l'état de besoin qui lui impose de s'engager au contrat. Retirer son pouvoir de négociation, c'est reconnaître qu'il s'engagera contre sa volonté, en partie viciée, sinon totalement. La jurisprudence française va même plus loin en reconnaissant que « taire et se taire » peut constituer un dol, même en l'absence de gestes positifs de tromperie¹¹¹.

¹¹⁰ Selon ROCHFELD (J.), *Cause et type de contrat*, Paris, L.G.D.J., 2000, p.24, « le contrat-type représente une formule préétablie de contrat, un prototype mis à la disposition des parties afin d'être repris lors de la conclusion de leur accord individuel ».

¹¹¹ Cass. Civ., mai 1927, D.H. 1927, p.416

Par ailleurs, une négociation n'a d'impact sur le consensualisme que si les contractants traitent de l'objet du contrat à armes égales. Or, l'inégalité initiale de leurs forces limite, sinon interdit, toute négociation de la partie faible. Celle-ci se trouve dans un état de besoin tel qu'elle ne peut prendre le risque de modifier ou de proposer de nouvelles clauses, auquel cas son cocontractant retirera son offre. Il en est du candidat à l'embauche, mais aussi du justiciable face à son avocat. La position dominante du cocontractant, en tant que pollicitant, fait que la relation contractuelle réduit les possibilités de négociation.

Enfin, peut-on réellement parler de négociation lorsque l'une des parties ne possède pas ou peu de connaissances sur le domaine auquel se rattache son contrat ? Quand bien même cette possibilité lui aurait été offerte, elle ne serait en aucun cas capable de défendre ses intérêts puisqu'étant partiellement ou totalement ignorante en la matière.

La véritable négociation, est celle qui est d'abord offerte aux contractants avec la possibilité réelle de modifier les clauses contractuelles. Elle doit aussi se faire entre des parties dont la prédominance de l'une n'empêche pas l'autre d'exprimer son avis sur les modalités du contrat. Elle doit, enfin, pouvoir se faire entre deux contractants d'un niveau de connaissances suffisant sur l'objet du contrat pour pouvoir être effective. A défaut de ces conditions, la négociation serait faussée, et risquerait d'engendrer un consentement vicié.

2. L'accord de l'adhérent

L'inégalité des parties peut enjoindre une personne à conclure un contrat désavantageux. Il est certain que dans une telle situation, la liberté du consentement est atteinte, puisque le contrat n'aurait pas été conclu, ou l'aurait été à des conditions différentes si le contractant faible avait eu la possibilité d'en discuter les clauses. S'il n'avait été de son état de nécessité, l'adhérent n'aurait sans doute jamais souscrit à un contrat désavantageux.

Pourtant, ce type de contractants ne peut réclamer la nullité de leur contrat sur le simple fondement de l'état de nécessité. D'abord parce qu'ils n'ont pas subi de contrainte illégitime, mais encore que les raisons pour lesquelles ils ont conclu un contrat ne sont pas prises en considération par le droit¹¹².

Par ailleurs, si cette adhésion est due à l'état de nécessité et à la position dominante du pollicitant, la situation de celui-ci n'est absolument pas condamnable. L'on ne peut reprocher par exemple à un

¹¹² A l'exception de la référence à la licéité de la cause, prévue à l'article 2 du D.O.C.

vendeur d'être dans une position plus favorable que son acheteur au contrat. Il se trouve que l'ordre juridique admet les situations inégalitaires dans un contrat. C'est *a fortiori* le jeu des puissances économiques et la loi de l'offre et de la demande qui déterminent la pérennité d'un marché, et ces inégalités de puissance sont tout à fait admises dans le monde des affaires et du commerce. De ce fait, la loi ne saurait sanctionner que les seuls abus. Mais les formes de pression exercées sur une personne pour la persuader de conclure un contrat ne constitue pas une contrainte ou une violence susceptible d'entraîner l'annulation du contrat. La raison en est qu'il est de bonne guerre entre contractants d'utiliser certains moyens de pression pour amener à la conclusion du contrat. Il est normal que dans la négociation d'un contrat une partie exploite les penchants de l'autre pour la convaincre de s'engager. La justice contractuelle n'exige pas une égalité absolue des parties, et tolère certaines pratiques propres au commerce tant qu'elles restent fondées sur la loyauté et la bonne foi.

Conclusion du Chapitre I

L'on ne peut que constater l'infinie variété des causes de la faiblesse que peut connaître une partie à un contrat. Une première série de causes peut être rattachée à la personne elle-même quant à sa condition physique et mentale. D'autres sont reliées à l'état de ses connaissances, ou peuvent découler de son inaptitude à comprendre les clauses du contrat et leur étendue. Une seconde série de causes est quant à elle liée à la position de la partie au contrat, créant une faiblesse relative à sa seule qualité de contractant (salarié, assuré, consommateur), indépendamment de sa personne. La difficulté du traitement de la faiblesse résulte donc de trois facteurs majeurs. D'abord, du fait de la variété de ses manifestations, la définition de la faiblesse est difficile d'appréhension. L'on ne peut englober sous un même article l'ensemble des situations de faiblesse que peut connaître un contractant.

Ensuite, parce que ces différentes situations de faiblesse tendent à se cumuler dans la pratique. Il est courant de trouver un consommateur profane et en situation de dépendance économique, comme l'on peut trouver un professionnel âgé et ignorant hors de son champ de compétences. L'on ne saurait alors trouver la raison exclusive qui justifierait la situation de faiblesse du contractant.

Enfin, la raison principale est que toutes les faiblesses ne créent pas forcément un déséquilibre du contrat, et n'imposent donc pas son annulation ou une protection légale de la partie faible. Certaines parties sont certes faibles face à leur cocontractant qui bénéficie d'une position dominante sur le marché, mais tant que celles-ci ne subiront pas un abus de la part de leur cocontractant, la loi ne saurait intervenir pour invoquer un rééquilibrage du contrat.

C'est la raison pour laquelle le droit marocain ne protège la partie faible qu'en fonction de sa qualité dans le contrat. Le paysage juridique marocain s'est donc transformé en droit des catégories, protégeant tour à tour le travailleur, l'assuré, le consommateur. Il n'a préservé de règle de protection générale à la partie faible au contrat que timidement à travers les dispositions de l'article 473 du D.O.C. Indépendamment de cet article, la législation marocaine n'appréhende la protection du faible que ponctuellement, et spécifiquement à sa position contractuelle. Elle ne laisse aucune place à un concept autonome. Elle met dès lors de côté tous les contractants profanes, subordonnés, économiquement dépendants, ignorants, en état de besoin, ou tout simplement adhérents, qui s'engagent chaque jour à des contrats déséquilibrés. Du fait qu'ils n'entrent dans aucun des régimes de protection prévus par la loi, ils ne peuvent alors bénéficier d'aucune disposition en leur faveur. Le professionnel en position de faiblesse économique peut subir les effets d'une clause abusive sans

que puissent lui être appliquées les dispositions de la loi 31-08, l'illettré à qui on a proposé un contrat désavantageux ne pourra se prévaloir de son ignorance pour faire annuler son contrat, et l'adhérent en pleine connaissance du caractère désavantageux du contrat auquel il a souscrit ne pourra se prévaloir de son état de besoin ou de la situation monopolistique de son cocontractant pour demander un rééquilibrage de son contrat. Toutes ces situations et bien d'autres encore révèlent une carence de la loi quant à la protection de la partie faible au contrat. Ces situations d'inégalité légitiment donc l'intervention de la loi et du juge pour la protection de la partie faible.

Chapitre II - Légitimité de la protection

La protection de la partie faible au contrat ne paraît pas, de prime abord, constituer un impératif de notre droit. Bien au contraire, celui-ci reste largement ancré au principe selon lequel chacun doit pouvoir veiller lui-même à ses intérêts. Cependant, la théorie de l'autonomie de la volonté, censée garantir la justice contractuelle, s'avère souvent démentie. Elle expose les liens contractuels à une grave fragilité: mal exécuté, le contrat doit disparaître à l'initiative de la partie forte; arrivé à terme, il doit s'effacer si l'un des contractants ne souhaite plus renouveler le contrat. Et lorsque les prestations réciproques sont inéquitables, la partie faible subit alors les fâcheuses conséquences d'une exécution devenue injuste pour elle. Autrement dit, du fait de l'absence avérée de justice contractuelle, le principe de l'autonomie de la volonté met en péril les intérêts du contractant faible.

Une telle précarité juridique du contrat impose dès lors une intervention pour la protection de la partie faible face à certains contrats nécessaires à la vie personnelle et professionnelle du contractant. Certains sont nécessaires à sa subsistance, puisque c'est d'eux que le contractant tire l'essentiel de ses revenus, tel le contrat de travail, ou le bail commercial. D'autres sont nécessaires à la mise en œuvre de ses droits extra-patrimoniaux, tel le contrat médical qui assure son droit à la santé. Ces contrats sont d'une telle importance qu'ils sont indissociables de l'insertion sociale de l'individu. L'atteinte faite à leur équilibre dénonce non seulement l'absence de justice contractuelle, mais aussi par conséquent, l'absence d'une justice sociale.

L'on perçoit dès lors la portée et l'importance d'une protection de la partie faible au contrat. Elle est légitime car devant garantir la justice contractuelle, mais elle est un devoir de la loi et du juge pour garantir les droits sociaux que tire la partie de son contrat. Car la portée d'un contrat ne s'arrête pas à l'engagement respectif des parties, elle se répercute sur leur vie et la pérennité de leur existence.

De plus, et au-delà même de ces considérations, comment peut-on rester indifférent face à des contrats iniques? Le droit et la morale imposent par principe qu'il soit fait justice au sein du contrat, et que soit protégée la partie pâtissant de cette iniquité. Il serait choquant que l'on puisse laisser profiter de l'inexpérience d'un contractant profane en l'engageant à un contrat désavantageux, ou en mettant ses intérêts en péril. Le droit ne tolère en aucune façon l'atteinte faite à la sécurité, à la santé, et d'une manière générale, à tous les droits personnels d'un contractant. Rien ne permet ni ne jus-

tifie l'exploitation d'un salarié en situation de faiblesse ou la lésion d'une victime d'accident dans ses droits à la réparation des dommages qu'elle a subis.

De ce fait, il est du rôle du droit de garantir aux contractants que leurs contrats ne pourront jamais être iniques en toute impunité. Dès lors que le droit donne au contrat force obligatoire, il doit protéger la partie faible qui n'est pas habilitée à défendre elle-même ses intérêts.

Pour illustrer ces propos, il convient de déterminer les domaines où se manifeste la faiblesse préjudiciable des contractants. Certes, celle-ci peut apparaître dans tous types de contrats, mais nous nous tiendrons à ceux dont la conclusion affecte les besoins vitaux du contractant. La sélection de ces contrats n'est pas arbitraire, mais justifiée par le souci de protéger certains droits fondamentaux tel le droit au travail, le droit à la santé, et le droit à la sécurité. C'est donc dans cette optique que nous aborderons le cas du contrat d'adhésion (Section 1), puis les aspects révélateurs du démenti de la théorie de l'autonomie de la volonté (Section 2).

Section 1. Le contrat d'adhésion ou la soumission en toute liberté

Le contrat d'adhésion suscite de nombreuses controverses quant à sa nature et son mode d'exécution. Et pour cause : celui-ci révèle une telle emprise et domination de l'un des contractants sur sa formation et sa mise en œuvre, que des auteurs ont même douté de son caractère synallagmatique, lui préférant le statut d'acte unilatéral¹¹³. Saleilles a démontré au début du XXe siècle, que l'adhérent n'exerce pas un véritable choix en faveur de la convention qu'il conclut, mais se borne à se soumettre à un statut tout entier, élaboré par son cocontractant, et qui est à prendre ou à laisser. L'utilisation des contrats-types et l'absence de négociation, sont sans doute les conséquences inévitables de la centralisation des pouvoirs de décision entre les mains de la partie rédactrice du contrat. De ce fait, le contrat d'adhésion est perçu comme étant attentatoire à la liberté contractuelle et dangereux pour l'équilibre contractuel.

Ceci étant, l'on se demande ce qui pousse les contractants à s'assujettir en toute connaissance de cause à un contrat d'adhésion ? Pourquoi se soumettre, souvent contre son propre gré, à un contrat

¹¹³ L'origine de l'expression « contrat d'adhésion » reviendrait à SALEILLES (R.), *De la déclaration de volonté : contribution à l'étude de l'acte juridique*, Paris, 1901, p. 229-230.

auquel l'on n'a pas participé à sa formation, parfois désavantageux, en se contentant d'en approuver les stipulations ? La réponse émane de deux facteurs spécifiques à notre époque : la contrainte du besoin (§1) et la contrainte du temps (§2).

Paragraphe 1. Les contrats conclus sous la contrainte du besoin

La contrainte du besoin joue un rôle important dans la création d'une faiblesse chez son titulaire, au point que certains la rapprocheraient de la notion de violence. La contrainte du besoin affecte le consentement du contractant et vicie son discernement en l'amenant à contracter en l'absence de volonté libre et éclairée. L'analyse du contrat du travail et du contrat de crédit de consommation démontre la véracité de ce constat.

A. Le contrat de travail

Le contrat de travail est souvent présumé comme étant équilibré du fait de l'hégémonie exercée par les législations sociales protectrices du salarié, qui ne laissent aujourd'hui que peu de place au déploiement de la volonté des parties. Pourtant, ce constat ne se vérifie qu'en partie. Bien que protégé par les dispositions de la loi 65-99 portant code du travail, et par les conventions sociales et les syndicats; le salarié se trouve en situation de faiblesse manifeste. Son seul statut de salarié le prédispose au risque de subir un déséquilibre contractuel, bien que celui-ci ne soit ni automatique, ni présumé. Cette prédisposition dérive de la nature du contrat de travail et de l'instabilité de l'emploi.

a) Nature du contrat de travail

Déterminer la nature du contrat de travail permet aisément de détecter le déséquilibre économique affectant ce domaine. Ce sont les situations de subordination et de dépendance économique qui caractérisent la situation de faiblesse du salarié.

La subordination se conçoit de façon générale par référence au pouvoir de l'employeur de diriger le travail du salarié et de surveiller son travail. Ce pouvoir existe presque dans tous contrats de travail, sauf exception¹¹⁴.

¹¹⁴ Comme le contrat de franchise, LYON-CAEN (G.), *Le droit du travail, une technique réversible*, Paris, Dalloz, 1995, p. 23-24; GROUTEL (H.), *Le critère du contrat de travail*, Mélanges CAMERLYNCK (G.H.), 1980, p.49; PICASSON (P.), *L'évolution du lien de subordination en Droit du travail et de la sécurité sociale*, Dr. soc., 1982, p.126 et s.

Cette subordination n'affecte en principe que l'exécution des tâches du salarié. Mais dans la pratique, elle se répercute sur la globalité de la relation contractuelle. Un salarié se trouve toujours réticent à exprimer un avis contraire à son employeur, à réclamer une augmentation, ou des congés, ou le refus d'exécuter des heures supplémentaires. Celui-ci est bien conscient que de cette subordination dépend toute la pérennité de sa relation avec son employeur, il ne peut de fait se risquer à vouloir rééquilibrer son propre contrat, bien que conscient de son iniquité.

Mais la deuxième caractéristique reste la plus significative de la situation de besoin. La dépendance économique du demandeur d'emploi lui impose d'accepter les conditions contractuelles de son futur employeur sans les négocier. Il cède aux modalités du contrat qui lui sont imposés par l'employeur. La volonté du salarié ne peut s'exprimer librement que dans les contrats entre parties d'égale compétence ou de spécialité identique; situation guerre fréquente dans les contrats de travail. Le plus souvent, l'inégalité des parties marque les contrats de travail et le rend déséquilibré. Cet état de besoin du salarié fait de lui une partie faible face à l'employeur qui lui ne perd rien à lui refuser la conclusion de son contrat. Nombre de candidats sollicitent le même poste, et celui-ci n'a donc que l'embarras du choix. Il prendra alors toute sa liberté dans la sélection de ses employés et dans l'instauration des conditions et qualités requises exigées chez le salarié. Le candidat à l'embauche devra, pour son intérêt, limiter les causes d'un éventuel refus de la part de l'employeur en minimisant la négociation du contrat.

Aussi, et une fois embauché, le salarié sera entièrement dépendant de la relation qui le lie à son employeur car pourvoyant les revenus nécessaires à sa subsistance. Il se doit dès lors d'écarter tous les risques pouvant porter atteinte, d'une manière ou d'une autre, à la pérennité de son contrat de travail. La situation n'est pas illégitime en soi, mais elle peut le devenir lorsque le salarié renonce à une partie de ses droits de peur de perdre son emploi, ou lorsqu'il subit les abus d'un employeur peu scrupuleux.

Enfin, il est à noter que le salarié se trouve en situation d'autant plus précaire lorsque l'entreprise dans laquelle il travaille essuie des problèmes financiers, ou risque la faillite. Il est regrettable de constater le peu d'intérêt porté par le Livre V du Code de commerce relatif au redressement de l'entreprise en difficultés à la situation des salariés. Bien que la législation prévoit un maintien des contrats en cours, rien n'oblige, par exemple, le nouvel acquéreur de l'entreprise via une procédure

de cession, à conserver les salariés. Aussi, et dans l'hypothèse où l'entreprise serait dissoute, les salariés n'arrivent qu'au quatrième rang des créanciers, et n'obtiennent souvent qu'une indemnité mineure, puisqu'une fois le tour arrivé, tous les biens de l'entreprises auront servi à l'apurement de son passif vis-à-vis de ses créanciers privilégiés.

Le salarié se trouve donc bel et bien en situation de faiblesse du fait de son besoin avant l'embauche, durant le contrat, et après sa rupture.

b) Instabilité de l'emploi

En matière d'emploi, l'offre est souvent supérieure à la demande. Un candidat à l'embauche se trouve initialement en position de faiblesse avant même de se présenter à son éventuel employeur, du simple fait de la conjoncture de l'emploi. En effet, la situation du marché du travail joue un rôle particulièrement important sur les droits du salarié. Son état de faiblesse le rend paralysé devant la négociation libre du contrat et l'oblige à s'abstenir de la défense de ses droits, et parfois de se passer de certains droits reconnus par la loi (indemnités, droits de congés...)¹¹⁵.

Cette situation d'infériorité, indépendante de la relation contractuelle, démontre bien que le contrat de travail est plus précaire qu'il ne le paraît aux yeux du législateur. La législation protectrice est certes utile, mais reste d'une portée limitée puisqu'elle ne peut imposer à un employeur l'embauche d'un salarié. Les rapports de travail sont le siège d'une perpétuelle épreuve de force dont le droit ne tient compte qu'en partie. Le droit du travail camoufle souvent de simples rapports de force. L'entreprise en position de force, fournisseur d'une denrée rare qu'est le travail, gère la stratégie du contrat et son exécution. La menace du chômage prive le salarié de toute éventuelle résistance¹¹⁶. Il est nécessaire à la réglementation de ces rapports d'instituer un équilibre toujours instable entre les prérogatives de l'entreprise¹¹⁷ et les revendications des droits de ceux qui travaillent pour elle. L'analyse du contrat de travail éclaire les aspects du déséquilibre qui règne dans le domaine et qui dévoile la précarité de l'emploi.

¹¹⁵LYON-CAEN (G.), *Le droit de travail, une technique réversible*, Paris, Dalloz, 1995, p.64-65.

¹¹⁶COUTURIER (G.), « *La réintégration des salariés non spécialement protégés, actualité prospective?* », Dr. soc., n°3, mars 1981, p.248

¹¹⁷ BONNEVAL (P.), PREBAY (D.), *Les éléments clés du droit du travail de la sécurité sociale et de la fiscalité*, Paris, éd. ESKA, 1997, p.35

Selon les cas, le contrat est à durée déterminée ou à durée indéterminée. Dans les deux situations, la stabilité de l'emploi est en péril. Certes, le travailleur peut, s'il le désire, quitter facilement son emploi pour s'engager ailleurs et en contrepartie, l'employeur a le droit de le licencier dans plusieurs situations (faute grave, crise économique, révision...). Sa fragilité est poussée à l'extrême par cette faculté de résiliation unilatérale. Le contrat de travail ne présente au salarié aucune garantie de stabilité¹¹⁸; le maintien du contrat de travail ne saurait en aucun cas être imposé à l'employeur, même par l'intervention judiciaire; il ne saurait davantage être fait abstraction des impératifs d'ordre public qui s'opposent à une stabilité complète de la main d'œuvre en situation de besoin. Seules les indemnités contre le licenciement abusif soulagent le salarié refoulé¹¹⁹.

Si la survie du contrat de travail ne peut en toute hypothèse être assurée contre la volonté de l'employeur, encore faut-il éviter que les conséquences fâcheuses de la rupture du contrat à durée indéterminée ne soient aggravées par la brusquerie de cette dernière. Une période de transition doit être aménagée. Tel est l'objet du délai de congé ou délai de préavis. En cas de brusque rupture du contrat, l'employeur doit verser une indemnité de délai de congé égale au montant du salaire qui aurait été perçu par l'intéressé si le préavis avait été observé. Donc, l'inobservation du délai de congé, sauf en cas de faute grave, n'a pour conséquence que d'avancer la date à laquelle le contrat prend fin. En l'occurrence, la dispense par l'employeur du travail pendant le délai de congé ne doit entraîner jusqu'à l'expiration de ce délai, aucune diminution des salaires et avantages que le salarié avait reçus s'il avait accompli son travail. Aussi, les indemnités versées au salarié licencié ne saurait en aucun cas être confondue avec les diverses indemnités auxquelles le salarié pourra éventuellement prétendre à titre de réparation du préjudice qu'il a subi du fait de son congédiement.

En résumé, la situation économique de l'entreprise permet la libre résiliation du contrat du travail et facilitera l'ajustement des effectifs. L'on ne saurait sous estimer l'influence que le droit du licenciement a sur la stabilité de l'emploi.

Autre aspect de l'instabilité du contrat de travail: la convention collective permet aux syndicats

¹¹⁸SINAY-CYTERNAM (A.), *Rigueur et ampleur du droit du travail*, Dalloz, DS 1994, p.552; WACQUET (Ph.), *La réintégration du salarié illégalement licencié*, DS 1991, p.30; COUTURIER (G.), *Les nullités du licenciement*, Dr.Soc. juin 1979, p.218; LYON-CAEN (G.), *La fraude à la loi en matière de licenciement*, Dr.Soc. avril 1978, p.68

¹¹⁹ T.P.I. Soc., Kénitra, 10 mars 2010, n°09/501/10, inédit; T.P.I. Soc., Kénitra, 24 février 2010, n° 09/501/516, inédit; T.P.I. Soc., Kénitra, 03 mars 2010, n°09/501/628, inédit; T.P.I. Soc., Kénitra, 19 mai 210, n° 09/501/742, inédit; T.P.I. Soc., Kénitra, 26 mai 2010, n°09/501/750 inédit; T.P.I. Soc., Kénitra, 26 mai 2010, n°09/501/752.

d'obtenir par la négociation de meilleurs avantages aux salariés. Mais lorsqu'elle est utilisée avec autant de savoir-faire par les employeurs, soit pour réduire entre eux la concurrence, soit pour obtenir des concessions de leur interlocuteur syndical en période de difficulté, elle ne garantit guère la stabilité du contrat¹²⁰.

Enfin, la restructuration (réorganisation) de l'entreprise remet à chaque à chaque instant la relation de travail en péril. La qualification du salarié, la détermination de celui qui définit sa fonction et lui donne des ordres; déphasent la représentation du personnel et atomise leurs revendications. De nos jours, même la substitution du capital au travail est une menace à la stabilité de l'emploi, tandis que l'optimisation des effectifs pour des raisons économiques, exerce une pression néfaste sur les salariés.

Un dernier aspect de la faiblesse concerne le droit de grève. Celui-ci est-il réellement dans l'intérêt du salarié?¹²¹ Le salarié peut-il être assuré à l'avance que son comportement au cours d'une grève ne sera pas préjudiciable à sa relation contractuelle? La grève permet aux salariés d'interrompre leur travail, elle n'empêche pas pour autant l'employeur de prendre contre un gréviste une sanction disciplinaire, bien qu'étant interdite par la loi. De telles constatations pratiques sont celles de nature à engendrer une précarité de l'emploi et nous ramènent à remettre en question l'efficacité des règles protectrices du salarié. Certes, le droit du travail a amélioré les conditions du travail. D'incontestables progrès ont été réalisés, mais les inégalités dans la relation salarié/employeur ne doivent pas pour autant être ignorées, ou leur importance minimisée. Notre code du travail comporte des lacunes qui se révèlent non profitables au salarié malgré les efforts constants du législateur à rétablir un équilibre dans ce type de contrats. La liberté de négociation est souvent méconnue, la stabilité de l'emploi n'est fréquemment qu'un désir non assouvi, malgré les réformes successives du droit de licenciement. Dans bien des cas, aucune suite contentieuse ne révélera au grand jour la violation du droit, car le salarié, victime d'un abus n'osera pas, dans la crainte d'un congédiement, exercer une action en justice contre son employeur. Et quand bien même le ferait-il, l'intervention judiciaire se limiterait à l'observation du respect des indemnités reconnues au salarié selon les situations du licenciement.

¹²⁰BONNEVAL (P.), PREBAY (D.), *op.cit.*, n°117, p.20; LYON-CAEN (G.), *Le droit du travail, op.cit.*, n°118, p.55 et s., POULAIN (G.), *Les conséquences de l'inégalité sur la situation juridique du travailleur*, Dr. Soc., 1981, p.180 et s.; L'auteur explique avec précision que les règles du droit du travail comportent toujours des avantages et des inconvénients quand elles visent la protection des entreprises, c'est toujours les droits des travailleurs qui sont en péril.

¹²¹LYON-CAEN (G.), *Le droit du travail, une technique réversible*, Paris, Dalloz, 1995, p.77 et s.

Cette constatation d'évidence nous conduit à affirmer l'instabilité propre au contrat de travail¹²². Au demeurant, le besoin est la cause d'infériorité du salarié. Cette situation de faiblesse se manifeste surtout chez le candidat à l'embauche. Pourtant, la loi lui accorde une protection vis-à-vis des atteintes que les techniques de recrutement sont susceptibles de porter à son droit à être recruté (si ses aptitudes sont conformes aux attentes de l'employeur).

Si la loi reconnaît à toute personne le droit au travail, elle doit en parallèle lui garantir le droit à une chance de recrutement qui ne soit pas entravée par l'atteinte de la libre négociation du contrat. Cette garantie constitue le moyen efficace de protection du contractant en état de besoin. Elle ne se limite pas au contrat de travail, mais s'impose aussi dans tout contrat conclu dans la contrainte du besoin, tel le contrat de crédit.

B. Le contrat de crédit

En pratique, le contrat de crédit est basé sur une égalité fictive des parties. Car en effet, il est un domaine où se manifeste fortement le déséquilibre entre le prêteur et l'emprunteur. Aussi, l'inégalité réelle de ces parties, pousse à l'analyse de la nature du contrat de prêt et de ses conditions de mise en œuvre. Elle admet, alors, la légitimité d'une protection légale de la partie faible.

a) Nature du contrat de prêt de consommation

C'est l'article 861 du D.O.C. qui a déterminé la nature du crédit de consommation. Il dispose que "le prêt de consommation transmet la propriété des choses ou valeurs prêtées à l'emprunteur, à partir du moment où le contrat est parfait par le consentement des parties et même avant la tradition des choses prêtées".

Il s'agit donc d'un contrat réel translatif de propriété. Le contrat est parfait dès que les parties ont convenues des clauses essentielles du prêt.

Du fait de l'inégalité avérée des parties, le législateur a adopté une pluralité de règles imposant un formalisme du contrat, sans doute destinées à protéger le souscripteur contre des stipulations inéqui-

¹²²CAMERLYNCK (G. H.), *Le contrat de travail*, t.I, Traité de droit du travail, Paris, Dalloz, 1988, p. 136 et s.; DESPAX (M.), *Les conventions collectives*, t. VII, Traité de droit du travail, 2e édition, Paris, Dalloz, 1989, p.85 et s.; LYON-CAEN (G.), *Les salaires* t.II, Traité de droit du travail, 1989, Paris, Dalloz, p.77et s.; PÉLISSIER (J.), *Le nouveau droit de licenciement*, Sirey, 2e édition, 1980, p.44 et s.; RIVERO (J.) et SAVATIER (J.), *Droit du travail*, Coll. Thémis, PUF, 10e édition, 1987, p.33.

tables. Ainsi l'article 871 du D.O.C. dispose-t-il que « [...] les intérêts ne sont dus que s'ils ont été stipulés par écrit »; un formalisme relativisé selon le statut du cocontractant, puisqu'il ajoute que « cette stipulation est présumée lorsque l'une des parties est un commerçant ». Dans le même sens, l'article 874 du D.O.C. dispose qu'« est nulle entre toutes parties la stipulation que les intérêts non payés seront, à la fin de chaque année, capitalisés avec la somme principale, et seront productifs eux-mêmes d'intérêts ». Ces dispositions, si elles ne s'établissent pas à titre explicitement protecteur, ont néanmoins l'avantage d'agir comme tel.

Par ailleurs, la capacité des parties contractantes est fondamentale pour la validité de ce contrat. La capacité que l'on requiert des parties n'est pas la même que la simple capacité civile: le prêteur doit être capable d'aliéner et l'emprunteur capable de disposer (art. 858 D.O.C.). En outre, le prêt de consommation n'est pas par essence gratuit. S'il est rémunéré, (prêt à intérêt) il ne devient pas un contrat de louage, car le louage ne peut porter sur des biens consommables, dès l'instant où le locataire doit restituer la chose-même qui a été mise à sa disposition. L'emprunteur dont le prêt de consommation doit être restitué dans les délais prévus par le contrat, (la somme d'argent prêtée et ses intérêts), laisse le droit au prêteur - en cas de défaillance de l'emprunteur - d'user des sûretés efficaces qui lui sont accordées¹²³.

Néanmoins, le libéralisme et l'état de besoin de l'emprunteur font du contrat de crédit, spécialement de consommation, un contrat déséquilibré. Le déséquilibre issu de la situation d'infériorité de l'emprunteur face à une forte puissance économique se manifeste clairement sous plusieurs aspects.

b) Aspects du déséquilibre

Le déséquilibre contractuel dans la relation prêteur/emprunteur se manifeste clairement au niveau des parties contractantes.

Le prêteur est d'abord en situation d'oligopole, voire de monopole¹²⁴. Celui qui prête à intérêt est un établissement de crédit, généralement les banques. Par contre, l'emprunteur est un particulier, résultat d'une stricte sélection: les banques sélectionnent les candidats emprunteurs et procèdent à une étude de dossier, évaluent le risque de ne pas être remboursé et peuvent refuser d'accorder le prêt si

¹²³GATSI (J.), *Les contrats spéciaux*, Paris, Armand Colin, 1998, p. 67 et s.

¹²⁴MAINGUY (D.), *Contrats spéciaux*, 4e édition, Paris, Dalloz, 2004, p.344

elles jugent les cautions de remboursement insuffisantes. La sélection s'appuie sur un traitement informatisé de diverses données: le crédit présente donc un fort caractère *intuitu personae*. C'est de la volonté du prêteur que dépend la conclusion ou non d'un contrat de crédit. L'emprunteur n'a pas voix au chapitre.

Par ailleurs, le taux d'intérêt peut être légal ou conventionnel. Dans le premier cas, il est fixé chaque année par décret du ministère de l'économie et des finances, mais lorsqu'il est conventionnel, sa fixation est libre. Néanmoins, il existe une limitation importante qui s'impose à l'emprunteur afin d'éviter les taux usuraires¹²⁵.

Le prêt est consenti pour une durée déterminée. La question de sa résiliation par l'une ou l'autre des parties révèle, avant l'adoption de la loi 31-08, un déséquilibre choquant: le prêteur ne peut en principe résilier de façon anticipée qu'en cas de faute grave de l'emprunteur. En revanche, l'emprunteur peut en principe effectuer un remboursement anticipé. Toutefois, le contrat peut aussi prévoir d'écarter cette possibilité ou de la permettre qu'en l'assortissant d'une pénalité sous forme d'indemnité, ou bien en maintenant le taux d'intérêts prévu dans le contrat.

Aujourd'hui, à travers l'article 103 de la loi 31-08, l'emprunteur peut toujours, à son initiative, rembourser par anticipation et sans indemnité le crédit qui lui a été consenti, et toute clause contraire est réputée nulle de plein droit. Lorsqu'il est convenu que les fonds empruntés seront affectés à une certaine fin, l'emprunteur est censé respecter cette destination.

En cas de retard de paiement, le prêteur a droit à une indemnité qui ne peut être supérieure à 4% des échéances échues impayées. Cependant, dans le cas où le prêteur accepte des reports d'échéances à venir, le montant de l'indemnité ne peut être supérieur à 2% des échéances reportées. En cas de défaillance de l'emprunteur¹²⁶, le prêteur pourra exiger le remboursement immédiat du capital restant dû, majoré des intérêts échus mais non payés, jusqu'à la date du règlement effectif; les sommes restant dues produisant les intérêts de retard dont le taux maximum sera fixé par voie réglementaire sans toutefois excéder 4% du capital restant (art. 104, loi 31-08).

¹²⁵MAINGUY (D.), *Ibidem.*, p.347-349; GATSI (J.), *Les contrats spéciaux*, *Ibidem.*, 1998, p.73-76

¹²⁶ Est considéré comme défaillant l'emprunteur qui n'a pas payé trois mensualités successives après leurs échéances et qui n'a pas répondu à la mise en demeure qui lui a été adressée, art.109 de la loi 31-08.

Aucune indemnité ni aucun coût, autres que ceux qui sont mentionnés aux articles 103 à 107 précédents ne peuvent être mis à la charge de l'emprunteur dans le cas de remboursement par anticipation ou de défaillance prévus par ces articles.

Une autre protection relève du formalisme. Le processus de formation du contrat est strictement encadré dans deux phases successives:

- **Pendant la phase précontractuelle.** L'offre de crédit est remise par le prêteur. C'est une promesse unilatérale de prêt. Deux conditions doivent être remplies: un écrit réglementé contenant un certain nombre de renseignements, notamment sur le montant du crédit et le taux d'intérêts, de manière à ce que l'emprunteur puisse apprécier la nature et la portée de l'engagement financier auquel il peut souscrire et les conditions d'exécution du contrat. L'offre doit être maintenue pendant une durée minimum de sept jours à compter de sa remise à l'emprunteur¹²⁷. L'offre préalable doit être présentée de manière claire et lisible pour permettre à l'emprunteur la bonne compréhension de ses clauses (art. 78, loi 31-08). D'autres mentions doivent aussi figurer dans l'offre tels l'identité des parties et le cas échéant, de la caution, ainsi que les modalités de paiement (art. 78, loi 31-08).

Si le prêteur ne précise pas dans l'offre préalable qu'il se réserve la prérogative d'accepter la demande de crédit de l'emprunteur, le contrat devient parfait dès l'acceptation de l'offre préalable par ledit emprunteur (art. 85, loi 31-08).

Toutefois, « le prêteur qui accorde un crédit sans saisir l'emprunteur d'une offre préalable satisfaisant aux conditions fixées [par la loi], est déchu du droit aux intérêts et l'emprunteur n'est tenu qu'au seul remboursement du capital [...] » (art. 89, loi 31-08).

- **Pendant la phase contractuelle.** Cette phase commence avec l'acceptation du prêt par l'emprunteur. Le candidat emprunteur bénéficie d'un délai de réflexion qui relève de l'obligation du prêteur de maintenir l'offre. Une fois l'offre acceptée, il peut dans un délai de sept jours, à compter de son acceptation, revenir sur son engagement. L'exercice de ce droit à la rétractation ne peut donner lieu à une indemnisation sur le dossier (art. 85, loi 31-08).

¹²⁷ Art. 77 de la loi 31-08; MAINGUY (D.), *op.cit.*, n°124, pp. 340-341

En définitive, le régime du prêt à la consommation est plutôt du côté du prêteur. L'obligation pour l'emprunteur de payer le capital et les intérêts, est soumise à un ensemble de dispositions sévères qui visent la protection du prêteur. Le défaut de paiement est sanctionné sévèrement.

Les garanties que présente la loi 31-08 en faveur de l'emprunteur ont un simple caractère préventif. Leur rôle se limite à informer l'emprunteur sur les clauses et les conséquences possibles du contrat. Hélas, l'emprunteur en situation de besoin ne prête pas suffisamment attention à leur gravité. L'obligation de répondre aux besoins de la vie (besoin de se faire soigner ou de porter secours à l'un de ses proches), paralyse son consentement et annihile sa réflexion. L'espoir de sortir d'une situation difficile le rend optimiste, il ne réalise les risques du contrat que lorsque, une fois arrivé à échéance, il ne parvient pas à payer ses dettes.

Sa défaillance est sanctionnée sévèrement, les règles concernant le défaut de paiement ont un caractère d'ordre public. Il en résulte la condamnation de toute clause exonérant l'emprunteur ou allégeant son obligation¹²⁸.

Ainsi, le statut des prêts de consommation témoigne significativement de la situation d'infériorité de l'emprunteur. L'économie du marché financier et précisément la loi qui réglemente les prêts, va dans le sens d'un renforcement des droits du prêteur.

Les articles 876 et 878 du D.O.C. qui comportent des dispositions en faveur de l'emprunteur, disposent que lorsque les intérêts stipulés dépassent le maximum indiqué, le débiteur a le droit de rembourser le capital après une année à compter de la date de la formation du contrat et toute clause contraire est sans effet (art. 875 D.O.C.).

Quant à l'article 878, il constitue la seule protection efficace de l'emprunteur. Il dispose que si le prêteur abuse de la faiblesse d'esprit ou de l'inexpérience d'une autre personne, se fait promettre pour consentir un prêt ou le renouveler à l'échéance des intérêts ou autre avantage qui excèdent notablement le taux normal de l'intérêt et la valeur du service rendu, selon les lieux et les circonstances de l'affaire peut faire l'objet de poursuites pénales, les clauses et conventions passées en contravention de l'article peuvent être annulées à la requête de la partie et même d'office. Le taux

¹²⁸MAINGUY (D.), *op.cit.*, n°124, p.354: l'auteur affirme que "le prêt à consommation fait l'objet d'un marketing débri-dé qui insiste sur la perspective de l'acquisition de bien de consommation et non sur le contrat de prêt qui servira à les financer ».

stipulé peut être réduit et le débiteur peut répéter comme indu ce qu'il aurait payé au-dessus du taux fixé par le tribunal. S'il y a plusieurs créanciers, ils seront tenus solidairement.

L'on doute pourtant de l'application effective de cet article car l'emprunteur surendetté ne peut se permettre les frais d'une poursuite en justice.

Les juridictions ne peuvent se mettre du côté de l'emprunteur au motif qu'elles porteront dérogation à la liberté contractuelle¹²⁹ et violeront des dispositions sanctionnant la défaillance de l'emprunteur, qui sont d'ordre public.

Cependant, elles ont penché vers une interprétation des contrats de crédit comme un acte commercial, quelque soit le statut de l'emprunteur et quelque soit la destination du crédit, ce qui implique automatiquement le pouvoir de tous les tribunaux sur les contrats de crédit¹³⁰.

La Cour suprême à son tour, a refusé l'excuse de l'emprunteur qui prétend ignorer les modalités du contrat qui a été rédigé en langue française, que l'emprunteur ne maîtrise pas¹³¹.

Dans d'autres arrêts, les juridictions marocaines ont déclaré que le taux d'intérêts, qu'il soit légal ou conventionnel, est déterminé antérieurement par le biais de lois impératives, que les juridictions ne peuvent modifier, contrairement à la clause pénale qui elle, peut être restreinte¹³². Dans un autre arrêt, le tribunal de commerce de Casablanca a déclaré l'entreprise d'assurance partenaire de l'emprunteur, responsable de la totalité du crédit en cas de défaillance de l'emprunteur, même si la mise en demeure lui a été adressée par la banque au lieu de l'emprunteur¹³³. Aussi, le tribunal de Commerce de Casablanca a jugé le retrait des échéances par la banque comme étant invalide du fait que le contrat de vente n'a pas été exécuté par le notaire, qui a gardé en sa possession la somme du prêt¹³⁴.

¹²⁹ C.A. Com., Casablanca, 14 mai 2014, n°1985 inédit. La cour a enjoint l'emprunteur au paiement des mensualités. En cas de défaillance, il sera soumis à la contrainte physique "matérielle".

¹³⁰ C.A. Casablanca, 06 mars 2012, n°1283, inédit.

¹³¹ C.S. Civ., 06 février 1996, n°760, inédit.

¹³² C.S. Com., 22 décembre 1999, n° 1877, inédit; C.A. Com. Casablanca, 11 février 2014, n° 592, inédit.

¹³³ T.P.I. Casablanca, 31 mars 2009, n° 3868, inédit.

¹³⁴ T. Com. Casablanca, 28 avril 2009, n°5244, inédit.

En conclusion, l'état de besoin dans lequel se trouve l'emprunteur qui s'engage dans un contrat de prêt à intérêts, démontre le déséquilibre qui marque la relation prêteur/emprunteur et auquel les juridictions ne peuvent apporter de remède. De nos jours, avec la multiplicité des crédits de consommation a engendré de nombreux incidents de remboursement. La loi 31-08 fondée sur la protection du consommateur, parvient difficilement, par le biais du délai de grâce, à venir en aide aux contractants à revenus modestes qui risquent de succomber aux tentations du crédit sans pouvoir par la suite assumer leurs charges financières. Accorder à l'emprunteur de bonne foi en état de défaillance un délai de grâce l'aidera sûrement à redresser sa situation, mais ce droit est malheureusement réservé aux seuls consommateurs, dès lors que les dettes sont privées et non professionnelles¹³⁵. La protection est donc destinée à soulager le contractant dont la situation est particulièrement digne d'être prise en compte. Sans doute les contraintes du temps mettent-elles les contractants dans la même situation d'infériorité.

Paragraphe 2. Les contrats conclus sous la contrainte du temps

La situation de faiblesse d'une partie contractante existe souvent dans les contrats conclus sous la contrainte du temps. D'ailleurs, plus la décision de contracter est précipitée moins la réflexion est à même de s'exercer. Or, les professionnels font tout pour accélérer les décisions de contracter. En d'autres termes, la personne hâtée de conclure un contrat est normalement dépourvue de la réflexion nécessaire à la défense optimale de ses intérêts, et c'est la partie forte qui en profite. Bien entendu, la multiplicité des contrats pré-rédigés ravivent davantage les cas de conclusion hâtive du contrat. Conclure un contrat hâtivement sans se permettre un délai de réflexion profite à la partie dominante en ce qu'elle se permet d'imposer les conditions et modalités du contrat. Le partenaire faible n'a pas voix au chapitre, et subit les conséquences nocives de sa hâte. Le contrat d'assurance et le contrat médical témoignent de cette situation de faiblesse.

A. Le contrat d'assurance

L'on ne peut raisonnablement nier le consentement mal éclairé de l'assuré qui se précipite, sous la contrainte du temps, à conclure un contrat d'assurance pour un visa, pour s'engager dans un contrat de bail d'habitation, l'achat d'une voiture, ou pour l'obtention d'un crédit. Le contractant dans la précipitation, manifeste sa volonté de bénéficier d'une prestation au prix fixé par l'assurance sans

¹³⁵ La bonne foi de l'emprunteur doit être approuvée aussi bien au moment de la conclusion du contrat qu'au moment de la défaillance.

prendre conscience des conditions dans lesquelles les prestations peuvent être obtenues et sans qu'il ait droit à la négociation des clauses du contrat. Sa volonté se limite à la possibilité d'adhérer au contrat ou non. Son consentement ne produit que l'existence du lien contractuel dont découle une présomption irréfragable de connaissance réelle des clauses, exemptes de tout vice¹³⁶.

Cependant, cette présomption repose faussement sur un accord. Produit dans la précipitation, l'assuré se voit présenter un contrat-type, dont il accepte les stipulations principales sans prendre garde aux chausse-trapes que constituent les clauses du contrat parfois abusives, et qui échappent à son attention lors de la lecture superficielle du contrat.

Les présentes conditions dans lesquelles se forme le contrat d'assurance illustrent fortement la situation d'infériorité de l'assuré face à l'assureur, partie dominante qui n'hésite pas exposer l'assuré à un abus de puissance économique qui se répercute sur les droits et obligations de l'assuré. Le tout aboutit à la conclusion d'un contrat déséquilibré¹³⁷.

a) Le rôle prépondérant de l'assurance dans la détermination des modalités d'un contrat pré-rédigé

La précipitation de l'assuré ne lui permet pas la négociation de ses clauses, parfois même, ne lui laisse pas le temps de lire le contrat attentivement. Une lecture en diagonale du contrat lui suffit le plus souvent à manifester sa volonté de contracter, et les clauses incompréhensibles, parfois abusives, échappent à son attention et lui paraissent inoffensives. En l'occurrence, l'assuré abstenu d'une mûre réflexion, se trouve dans une situation de faiblesse alarmante. Cette situation profite aux assureurs qui se montrent favorables à la couverture de certains sinistres, alors qu'ils savent d'avance que leur obligation ne sera pas tenue, faute de conditions nécessaires imposées par la loi, et que l'assuré ignore du fait qu'elles ne figurent pas sur le contrat lui-même. Ces pratiques révèlent assurément un abus de puissance économique que l'arrivée massive des contrats-types ravive.

Pour les assureurs, ces problèmes sont toujours considérés comme de simples malentendus dus à l'inobservation des conditions de la garantie par l'assuré.

Cette technique contractuelle conduit l'assureur à une mainmise sur le contrat, car conscient de la situation de l'assuré. Pour établir l'équité juridique, le législateur a prévu des portes de sortie au pre-

¹³⁶MANSOURI (L.) et HAMMICH (M.), *Précis de droit des assurances*, Rabat, Ed. Bouregreg, 2010, p.48; BENJELLOUN (B.), *Les assurances en questions*, Casablanca, Ed. Elit, 2008, p.7 à 13.

¹³⁷JACOB (N.), *Les assurances*, Paris, Dalloz, 1974, p. 39 et s.

neur d'assurance lésé¹³⁸.

Les techniques de protection mises en œuvre par le code des assurances sont préventives. Elles visent à redonner de la fiabilité au consentement de l'assuré¹³⁹.

Aux termes de l'article 10 du Code des assurances, l'assureur doit délivrer une information au preneur d'assurance, et utiliser les moyens adéquats pour assurer la compréhension du contrat par l'assuré. Le contrat, à cette fin, doit être rédigé en caractères apparents (art. 11 du code des assurances).

Le souscripteur a droit à l'information sur les conditions aussi bien générales que particulières du contrat, ainsi que sur les conventions spéciales applicables au contrat (art. 12 du Code des assurances). Toutefois, dans un domaine aussi vaste et complexe, l'assureur ne peut remettre à l'assuré une information complète sur ses droits et obligations. Seuls les résumés et des extraits sont fournis à l'assuré, et il est du devoir de l'assuré de lire attentivement son contrat. Mais hélas, sous la contrainte du temps, l'assuré ne lit presque jamais son contrat d'assurance dans son intégralité, et l'efficacité de ces règles préventives s'avère remise en question.

Tout preneur d'assurance est astreint par principe à la lecture de son contrat¹⁴⁰, mais l'assureur se contente souvent de lui délivrer un simple résumé. Et sous la contrainte du temps, celui-ci se contente d'une simple lecture superficielle. A quoi bon alors mettre en place une obligation d'information si le preneur néglige son devoir de lecture du contrat? Ou est-ce le caractère facultatif de cette mesure qui fait d'elle une simple prérogative?

Certes, l'obligation d'information est considérée comme garante des droits des assurés. D'ailleurs, tout comme la loi 31-08 relative à la protection du consommateur¹⁴¹, elle impose au professionnel de rédiger le contrat en langue arabe afin de permettre au consommateur sa compréhension. Mais ce but est loin d'être évident et la réalisation de cette garantie s'avère impossible: une tranche impor-

¹³⁸ JACOB (N.), *Ibidem.*, p.112.

¹³⁹ NASRI (Z.), *Le droit de l'assurance au Maroc*, éd. La porte, Rabat, 1984, p.174 et s.

¹⁴⁰ JACOB (N.), *op.cit.*, n°137, p. 116, BENJELLOUN (B.), *op.cit.*, n°136, p.28; LAMBERT (T.), FAIVRE (Y.), *Droit des assurances*, Paris, Dalloz, 1998, p. 160-161; GHELLAF (H.), *Le contrôle de l'Etat sur le secteur des assurances*, Arabian Al Hilal, Rabat, 1998, p.46-49; Le contrat d'assurance s'établit au moyen d'un écrit nommé police, qui doit obligatoirement contenir les engagements réciproques des contractants. Sa lecture par l'assuré est obligatoire.

¹⁴¹ Art. 206: «Tout acte rédigé dans une langue étrangère doit être obligatoirement accompagné de sa traduction en langue arabe ».

tante de la population n'est pas en mesure de comprendre l'exclusion ou la déchéance formulée dans une langue qu'elle ne pratique pas couramment, ou qu'elle ignore. Les assureurs soucieux de se créer un régime protecteur de leurs droits, s'abstiennent de choisir des formules protégeant claires et compréhensibles. Au demeurant, même la rédaction du contrat d'assurance en langue arabe ne met pas l'assuré à l'abri d'une incompréhension.

Pour toutes ces raisons, les rédacteurs du code des assurances, devant l'impossibilité d'intervenir au sein des clauses contractuelles, ont fortement insisté sur le principe de la bonne foi¹⁴². En fondant ce contrat sur l'exigence de la bonne foi, l'assuré pourra bénéficier des garanties¹⁴³ accordées par l'assureur en vertu du contrat, sans craindre de subir un déséquilibre. Ainsi, l'article 31 du Code des assurances dispose que "l'omission ou la déclaration inexacte de la part de l'assuré dont la mauvaise foi n'est pas établie n'entraîne pas la nullité de l'assurance". Le principe de la bonne foi constitue l'arme de protection la plus efficace pour la défense de l'assuré présumé partie faible dans un contrat qualifié d'adhésion¹⁴⁴. D'ailleurs, l'assuré ne fait qu'accepter l'offre générale qui lui est faite par l'assureur. Il se contente d'y adhérer sans avoir la possibilité de les négocier¹⁴⁵. Pour remédier à ce déséquilibre contractuel, lorsqu'il est avéré, l'assuré fait appel au juge.

b) L'intervention judiciaire pour la protection de l'assuré

Le principe de la bonne foi est mis en œuvre pour l'annulation de certaines clauses d'irresponsabilité, ou de l'inexécution de l'obligation de l'assureur, lorsque l'assuré manque à ses devoirs de fournir des informations exactes. Appuyés sur le régime de la preuve libre¹⁴⁶, les juges ont toute la latitude pour former leur conviction sur la bonne ou mauvaise foi de l'assuré. Les juges peuvent aussi déduire la mauvaise foi de l'assuré du fait de sa profession, afin de savoir s'il était capable de com-

¹⁴² Les articles 30, 31, 32, 41, 42 et 95 du Code des assurances font tous allusion au principe de la bonne foi en insistant tantôt sur les réticences et aux fausses déclarations intentionnelles et tantôt sur le caractère frauduleux, dolosif des erreurs ou omissions.

¹⁴³ MANSOURI (L.) et HAMMICH (M.), *op. cit.*, n°136, p.101 et s.

¹⁴⁴ MANSOURI (L.) et HAMMICH (M.), *Ibid.*, p.84.

¹⁴⁵ Le caractère synallagmatique du contrat d'assurance réside dans l'équivalence des prestations: chaque partie s'engage envers l'autre. L'obligation de l'assureur est de couvrir le sinistre et celle de l'assuré est de payer les cotisations ou la prime qui y correspond.

¹⁴⁶ La Cour Suprême a déclaré que "l'appréciation de la bonne foi du contractant est une affaire de fait qui échappe au contrôle de la Cour Suprême" ; C.S. Civ., 16 juin 1978, n°299, inédit.

prendre l'exacte portée de ce à quoi il s'engageait.

D'autres fondements constituent la base de la défense de l'assuré, tel l'utilisation de la voiture sans l'accord de son propriétaire par une personne qui ne possède pas de permis de conduire, qui ne justifie pas la déchéance de l'assurance¹⁴⁷. De la manière, le retrait du permis de conduire au conducteur par les autorités ne constituerait pas, pour la Cour suprême, une raison valable pour la déchéance de l'assurance¹⁴⁸.

Cependant, les juridictions marocaines, soucieuses de rétablir un équilibre dans les contrats d'assurance, s'attachent fortement à la lutte contre la déchéance de l'assurance. Lorsque l'assureur fournit de fausses réclamations, ou du fait que l'assuré ait été réticent à déclarer l'ensemble des risques qu'il connaît, de nombreuses décisions ont fait appel à la bonne foi de l'assuré et s'y réfèrent expressément. A cet égard, les tribunaux ont jugé qu'une assurance ne peut refuser d'exécuter ses obligations à raison des fausses déclarations du souscripteur. Celle-ci ne peut s'exonérer de ses obligations si l'assuré n'était pas de mauvaise foi¹⁴⁹.

Dans un autre arrêt, un assuré avait fait une déclaration de risques inexacte. L'assureur a alors invoqué la mauvaise foi de l'assuré. Mais le tribunal, à défaut de preuve de la mauvaise foi de l'assuré, a déclaré l'assureur responsable de la réparation des dommages causés par le sinistre de l'assuré¹⁵⁰. Toujours dans la même optique, les juridictions ont refusé la déchéance de l'assurance contre l'assuré qui n'a pas respecté le nombre d'assurés limité dans la police d'assurance¹⁵¹.

La protection de l'assuré, présumé partie faible, repose aussi sur la bonne foi de l'assuré dans l'exécution de certains actes qui lui sont interdit, tels le non respect du nombre des passagers pendant le

¹⁴⁷C.S.Pén., 02 juin 1992, n°4077, n°88/1545, inédit, C.S.Pén., 22 novembre 1978, n°1470, n°29353, inédit.

¹⁴⁸ C.S.Civ., 26 avril 1995, n°2337, 86/2938, inédit.

¹⁴⁹ C.S. Civ., 09 janvier 1976, n°23182, inédit; C.S. Civ., 16 juin 1978, n°299.

¹⁵⁰C.S., 04 juin 1970, n°705, inédit : En cas de fausses déclarations non intentionnelles, l'assuré est présumé de bonne foi. L'article 124 du code des assurances confirme que la déchéance qui ne met pas fin au contrat n'est pas recevable si l'assuré justifie d'un cas de force majeure ou d'un cas fortuit. En matière d'accidents du travail, les causes de déchéances ne sont pas applicables aux victimes ou à leurs ayants droits; nous remarquons que le législateur a voulu protéger l'assuré et a prévu dans le code des assurances des conditions de validité de la déchéance très strictes: - la clause de déchéance doit être spéciale, claire et précise; - la clause de la déchéance doit être mentionnée en caractères très apparents; - l'assureur ne peut invoquer la déchéance que s'il établit que la faute de l'assuré lui a causé un préjudice. Aussi, la connaissance, par l'assureur des faits omis ou inexactement déclarés peut être interprétée comme renonciation à se prévaloir des sanctions.

¹⁵¹ C.S. Civ., 28 novembre 1984, n°2243, inédit.

transport ou encore sur l'absence de mauvaise foi dans l'inexécution de certaines de ses obligations, comme le cas du salarié réticent qui ne déclare pas tous les risques encourus¹⁵². Dans d'autres arrêts, les juridictions ont lutté contre la déchéance de l'assurance qui refuse de répondre de ses obligations du fait que le véhicule a été conduit au moment de l'accident par une personne qui n'a pas son permis de conduire. Les tribunaux ont motivé leur décision par le fait que le permis de conduire ne constitue pas un document nécessaire pour la formation du contrat d'assurance. En l'occurrence, son défaut n'a pas d'effet sur l'obligation de réparation de l'assurance¹⁵³. Les juridictions ont même déclaré l'assurance responsable de la couverture des dommages à un accident de voiture provoqué par un conducteur mineur¹⁵⁴.

Constante dans la lutte contre la déchéance l'assurance, la jurisprudence a déclaré dans d'autres arrêts, l'assurance responsable de la couverture des dommages dus à un accident causé par un véhicule qui a été exploité pour un transport rémunéré, alors que la police d'assurance intéressait seulement le transport personnel. Les juridictions ont motivé tantôt leurs décisions par le fait que le comportement illégal du conducteur n'était pas une habitude chez lui mais occasionnel; tantôt par le fait que les passagers ont seulement cotisé aux frais de transport, et que les rémunérations délivrées au conducteur ne constituent pas en soi des frais de transport¹⁵⁵. Dans un autre arrêt, la cour suprême a retenu l'obligation de couverture d'un sinistre provoqué par la chute d'un passager d'un véhicule destiné au transport de marchandises en fondant sa décision sur le fait que le pick-up était équipé d'une barrière de sécurité¹⁵⁶.

En conclusion, on peut dire que le code des assurances reste fondé sur la volonté de rétablir l'équité juridique qui doit régner sans partage entre les contractants et au mépris total de leur inégalité éco-

¹⁵²L'assuré a le devoir de déclarer les aggravations des risques en cas de sinistre. Le défaut de déclaration d'une aggravation connue d'un risque aboutit à l'application de la règle proportionnelle à l'insuffisance d'assurance. Ceci dit, la loi fait la distinction selon que l'assuré est de mauvaise foi ou de bonne foi, pour sanctionner les réticences, les déclarations fausses ou inexactes; et il appartient à l'assureur d'apporter la preuve du fait reproché à l'assuré et sa mauvaise foi.

¹⁵³C.S.Crim., 22 juin 1978, n°1470, inédit; C.S.Civ., 26 avril 1995, n°2337 inédit; C.S.Crim., 6 mars 1980, inédit.

¹⁵⁴C.S.Crim., 29 mai 1986, n°84/4627, inédit; Le fait pour un mineur d'avoir conduit la voiture au moment du sinistre ne dispense pas l'assurance de ses obligations.

¹⁵⁵C.S., Civ., 7 avril 1982, n°230, inédit; C.S., Crim., 11 janvier 1982, n°2744, inédit; C.S., Crim., 21 avril 1992, n°2827, inédit; C.S., Soc., 08 mars 1983, n°175, inédit; C.S., 12 mai 1971, n°166, inédit.

¹⁵⁶C.S., Crim., 14 juillet 1989, n°1305, inédit.

nomique. Il permet aux juridictions par le biais de la bonne foi et le système de la preuve libre, de garantir la sécurité au souscripteur contre la déchéance des assurances, et les juges ne se privent pas de s'y référer; en témoignent les décisions précitées. Le désir d'assurer une réparation des dommages causés aux victimes orientant les juges et les poussent vers une lutte contre la déficience de l'assurance chaque fois qu'il leur est possible de le faire.

B. Le contrat médical

Le patient représente l'archétype de la partie faible au contrat. Celui-ci cumule faiblesse physique, caractère profane, état de besoin, et bien souvent, état d'urgence. Une telle situation de vulnérabilité porte à croire qu'il se trouve en proie à un déséquilibre contractuel.

Pourtant, le contrat médical arbore, *a priori*, les airs d'un contrat sans déséquilibre: le professionnel de santé n'est pas en situation d'intérêts opposés avec le patient, à l'image d'un commerçant face à son client. Bien au contraire, il prodigue un service à vocation humaniste, et s'estime lui-même comme étant le tuteur de son patient. Rien, donc, dans la relation médecin/patient, ne laisse présager un déséquilibre entre les parties. Même dans la commutativité de leurs prestations, le fait que le médecin soit soumis à une obligation de moyens et non de résultats, suppose que l'on ne puisse lui tenir rigueur de ses actes que lorsqu'une faute est commise.

Or, il existe malgré cet équilibre théorique des facteurs pratiques de déséquilibre contractuel qui peuvent survenir au sein du contrat médical. Ceux-ci interfèrent dans la réalisation de trois obligations nécessaires à la satisfaction du patient : l'obligation d'information et de conseil, l'obligation d'assistance, et enfin l'obligation de sécurité.

Ces trois catégories sont implicitement ciblées par le Code de déontologie régissant le corps médical. Cependant, le contrat médical n'obéit pas aux mêmes principes qu'un contrat lambda : lorsque l'une de ces obligations n'a pas été respectée, le patient ne reçoit aucune satisfaction à réclamer un remboursement de son paiement. Sa vie étant mise en danger, il convient d'apprécier le contrat médical d'un regard beaucoup plus sévère, et l'on constate que dans ce type de contrat, la liberté et l'égalité contractuelle font défaut, et que la responsabilité des médecins n'est que d'une portée limitée.

a) Nature du contrat médical

La liberté contractuelle et l'égalité sont considérées comme étant des conditions essentielles au contrat médical¹⁵⁷. Le patient doit pouvoir choisir son médecin et consentir à l'acte médical. Il s'agit-là d'un principe fondamental lié à la maîtrise par chacun de son corps, et de son intégrité.

Aussi, la liberté et l'égalité des parties au contrat médical sont-elles présumées. Elles relèvent du code de déontologie médicale qui détermine les droits et les obligations de chacune des parties (articles 23 à 34). Néanmoins, ces principes s'avèrent viciés dans certaines conditions. Car si le patient jouit du choix de son médecin, de son établissement de santé, et du choix du traitement qui lui sera appliqué, il s'avère parfois que cette liberté contractuelle dont il bénéficie en théorie, ne s'applique pas en pratique.

L'on pense ici aux situations durant lesquelles le malade ne peut exprimer sa volonté de consentir. A titre d'exemple l'on cite le mineur, le malade mental ou encore le malade inconscient. Ces catégories démontrent la situation de faiblesse des patients qui se présentent au médecin dans un état de nécessité, qualifié « d'urgence ».

En outre, le malade en état d'urgence ne peut produire sa volonté dans le choix du médecin, ni du centre hospitalier dans lequel il sera transporté. Ses proches ou représentants légaux n'expriment pas sa volonté, car dans la hâte de porter secours au malade, ceux-ci se trouvent obligés de faire appel au médecin d'urgence. Il leur est donc impossible de recueillir en temps utile le consentement du malade. Le plus souvent, c'est le médecin qui décide dans quel hôpital le malade sera transporté, parfois dans une clinique appartenant au médecin (ou dont il est coassocié), et peut même déléguer la prise en charge du patient à l'un de ses collègues.

Dans ce cas d'espèce, le Code de déontologie précise le comportement que doit adopter le médecin. L'article 25 dispose en ces termes: "Appelé d'urgence auprès d'un mineur ou autre incapable et lorsqu'il est impossible de recueillir en temps utile le consentement de son représentant légal, le médecin doit user immédiatement de toutes ses connaissances et de tous les moyens dont il dispose pour

¹⁵⁷DE FORGES (J.-M.), *Le droit de la santé*, Que sais-je ?, Paris, PUF, 2012, p. 13. Ce principe connaît des exceptions, la première concerne les établissements de soins : le patient ne choisit pas toujours les personnes qui seront appelées à le traiter. La deuxième exception porte sur la possibilité pour le législateur de réduire la liberté du choix. C'est en particulier le cas des bénéficiaires de l'aide sociale qui ne peuvent bénéficier de cette protection que dans les centres conventionnés avec l'Etat ou dans les hôpitaux publics.

parer au danger menaçant : il ne peut cesser ses soins qu'après que tout danger est écarté ou tout secours inutile ou après avoir confié le malade aux soins d'un confrère". Il est vrai que dans ces conditions le patient est atteint dans sa liberté contractuelle, mais son sauvetage prime son consentement. La valeur fondamentale à préserver en ces conditions reste la vie du patient.

Il s'avère pourtant dans la pratique que beaucoup de patients périssent du fait de n'avoir pas été pris en charge en temps opportun. L'affaire du juge Ahmed Majdoubi témoigna, le 9 novembre 1999, d'une infraction faite au devoir de porter secours au patient (art. 4 du Code déontologie). Ce juge, qui rendait visite à un malade en convalescence, fut soudainement pris d'un malaise caractéristique de la crise cardiaque. Mais les médecins refusèrent d'intervenir à moins d'obtenir de sa part un acompte. Le juge décède sur place, et la famille décide de poursuivre l'hôpital pour non assistance à personne en danger. En 2001, le tribunal de première instance de Rabat statuera sur la responsabilité d'un médecin et d'une employée sous ce chef d'inculpation, prévu à l'article 431 du Code pénal, en les condamnant à six mois d'emprisonnement avec sursis, et à une amende de 900 000Dh.

L'état d'urgence dans lequel se trouve le patient, implique donc deux constats: nul ne dispose d'une réelle liberté de choix face à une situation d'urgence, et cette situation de danger devrait dès lors faire redoubler d'importance la responsabilité des médecins face au patient dans l'urgence. Il devrait être prêté davantage attention au patient du fait que sa faiblesse émane d'un état d'urgence, qui annihile sa liberté et sa capacité à défendre ses intérêts.

Aussi, l'état d'urgence réduit la volonté du malade quant au choix de son traitement. Cette réduction de sa liberté concerne cette fois-ci les prescriptions des médecins. Il est courant à l'occasion d'un diagnostic hâtif, que le médecin prescrive l'hospitalisation du malade là où des analyses auraient suffi. Le malade n'a droit à aucune objection. En effet, ce dernier étant, sauf exception, un profane, ignore tout de sa situation personnelle, et accorde au médecin toute sa confiance du fait même de cette ignorance. Cet état profane nécessite *a fortiori* une plus grande importance de l'obligation d'information et de conseil incombant au médecin. La portée des risques, les moyens d'intervention alternatifs, et les conséquences des différents actes médicaux doivent tous être envisagés par le médecin et communiqués au patient. Seule une information complète permet dès lors de

l'éclairer suffisamment pour qu'il puisse consentir pleinement et valablement à l'acte médical¹⁵⁸. Cette possibilité n'existe pas dans les cas où le malade se présente en état d'urgence. Une telle situation de faiblesse engendre dès lors une plus grande responsabilité du médecin vis-à-vis de son patient.

Mais au-delà de l'obligation d'assistance, la liberté et l'égalité du patient se trouve aussi compromise en matière d'honoraires. Ceux-ci devraient en principe satisfaire aux deux parties du fait qu'ils tiennent compte des tarifs indicatifs fixés par les pouvoirs publics, et d'une entente directe entre le médecin et le patient. Seulement, le goût du lucre vient parfois entacher l'équité des prestations. Le médecin ne tient pas souvent compte de la situation sociale et économique d'un patient déjà diminué par la maladie. Certains augmentent les prix de certaines prestations, d'autres font faire des examens supplémentaires dont ils savent pertinemment l'inutilité (ex: alitement en clinique prolongé, analyses accessoires, etc.). Cette tendance ne saurait être généralisée; il existe des médecins consciencieux, intègres et dignes, qui ne peuvent se permettre de s'enrichir aux dépens des malades.

Mais une règle de principe voudrait que le contrat médical ne soit pas assimilé à un contrat commercial. Bien qu'il s'agit de la rémunération d'un service, ce lien contractuel ne pourrait être perçu comme commercial du fait même de la faiblesse du patient: car il serait immoral de mener un commerce (et donc, viser un intérêt pécuniaire) sur la souffrance des gens. L'article 10 établit clairement ce principe en disposant que "l'exercice de la médecine est un ministère; c'est une profession qui ne doit en aucun cas ni d'aucune façon être pratiquée comme un commerce"¹⁵⁹.

En définitive, le législateur doit intervenir pour la protection de la partie faible au contrat médical, pour la seule éventualité d'un abus pratiqué contre elle ; comme il convient de faire jouer la responsabilité du médecin à d'autres stades que celui de la faute médicale.

¹⁵⁸DE FORGES (J.-M.), *op.cit.*, n°157, p.29. L'auteur affirme dans son ouvrage que la règle de l'information du patient est le corollaire indispensable de la règle du consentement. Pour être valide, ce dernier doit être suffisamment éclairé. L'obligation d'information a toujours été secondaire, aujourd'hui au contraire elle est affirmée par les lois consensuelles. Son champ d'application est de plus en plus étendu, surtout en matière de chirurgie esthétique où l'information a toujours dû être complète. Voir GENICOT (G.) et LELEU (Y.-H.), *Le droit médical, Aspects juridiques de la relation médecin-patient*, Bruxelles, De Boeck Université, 2001

¹⁵⁹DE FORGES (J.-M.), *op.cit.*, n°157, p.32, Les codes de déontologie et les ordres professionnels considèrent la dignité des professions de santé comme un principe fondamental du droit de la santé. Ils y attachent un certain nombre de conséquences telles que l'interdiction de pratiquer la médecine comme un commerce, de recourir à la publicité, de partager les honoraires, de s'entendre avec les membres d'une autre profession de santé pour s'adresser mutuellement les clients (compérage). Ces principes sont énumérés au titre premier du Code de déontologie marocain.

b) Une responsabilité à portée limitée

Par principe, le médecin obéit à une obligation de moyens. Etant donné que l'exercice de la médecine ne comporte pas de certitude de guérison ni de risque zéro, l'on ne saurait obliger un médecin à une obligation de résultat, mais à la mise en œuvre de tous les moyens que l'état actuel des connaissances en médecine met à sa disposition, pour parvenir à la guérison d'un malade, à l'amélioration de son état de santé, ou tout du moins, à essayer d'y parvenir. Exceptionnellement, il est soumis à une obligation de résultat dans les cas où des résultats précis sont normalement attendus tels qu'une opération d'appendicite, l'extraction d'une dent, ou une circoncision¹⁶⁰. Le principal impact de cette distinction porte sur l'étendue de la responsabilité du médecin.

En effet, sur le fondement de cette obligation de moyens, la responsabilité d'un médecin ne peut être soulevée que lorsque celui-ci commet une faute. Cette dernière se distingue de l'erreur (le fait de se tromper) du fait qu'elle n'est pas due à un aléa, mais au manquement à un devoir. Il peut s'agir d'une négligence (ex : oubli d'un bistouri dans le corps du patient), ou du fait de n'avoir pas suivi la procédure imposée (ex : examens complémentaires). En tout état de cause, un médecin ne commet de faute que lorsqu'il manque à son devoir de sécurité et de précaution vis-à-vis des risques que peut encourir le patient¹⁶¹. Mais certains de ses devoirs ne sont pas seulement prescrits par le contrat médical, ils figurent au rang des règles éthiques de la profession. Pour les uns comme pour les autres, le patient se heurte à des écueils pour faire valoir ses droits.

Lorsqu'un patient est victime d'une faute médicale, c'est sur celui-ci que pèse la lourde charge de la preuve. Le médecin peut engager sa responsabilité civile mais il est souvent difficile d'apporter la preuve de l'existence d'un acte dommageable et d'un lien de causalité, pour un patient entièrement profane. Aussi, nombre de patients renoncent à se faire indemniser du fait de cette difficulté.

Il est vrai que le recours aux experts apporte une solution à ce problème, mais d'autres facteurs interfèrent dans l'efficacité de cette expertise : certains médecins refusent de formuler un avis

¹⁶⁰ Sur la distinction des obligations de moyens et de résultats, voir TUNC (A.), *La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence*, J.C.P., 1945, I 449 ; LARROUMET (C.), *Droit civil, Les obligations*, 4^e éd., 1998, p. 597 et s.

¹⁶¹ Le professeur GRAPIN définit la faute comme étant « *de ne pas prendre toutes les précautions pour limiter la fréquence et la gravité du risque* », GRAPIN (C.), « *La faute* », in : VAYRE (P.) et VANNINEUSE (A.), *Le risque annoncé de la pratique chirurgicale*, Paris, Springer-Verlag, 2003.

contraire à celui de leur confrère ; dans d'autres cas, c'est la capacité physique du patient à supporter l'opération qui est mise en doute (rejet d'une greffe, faiblesse corporelle trop avancée pour surmonter l'opération, etc.). Dans un domaine si étranger au patient et à la justice et si enclin aux aléas de la nature, l'on ne peut que constater la difficulté d'apporter la preuve d'une faute médicale.

Par ailleurs, les tribunaux ont même refusé d'appliquer les règles de la responsabilité délictuelle fondée sur l'article 88 du D.O.C., c'est-à-dire sur la responsabilité du fait des choses, notamment des instruments ou machines manipulées par le médecin. Pourtant, le recours à cet article permettrait de renverser le fardeau de la preuve pour être supporté par le médecin. Hélas, la jurisprudence marocaine reste très limitative du régime de responsabilité qui peut être soulevé pour responsabiliser un médecin.

Aussi, la responsabilité pénale du médecin peut être soulevée en cas de faute médicale, sur la base des articles 432 et 433 du Code pénal. Le premier dispose que « quiconque, par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou inobservation des règlements, commet involontairement un homicide ou en est involontairement la cause est puni de l'emprisonnement de trois mois à cinq ans et d'une amende de 250 à 1000 dirhams », et le second reprend les mêmes conditions pour les appliquer aux « blessures, coups ou maladies entraînant une incapacité de travail personnel de plus de six jours », en les sanctionnant de l'« emprisonnement d'un mois à deux ans et d'une amende de 200¹⁶² à 500 dirhams ou de l'une de ces deux peines seulement ». Mais là encore, la preuve reste d'un établissement difficile. De plus, l'on voit mal un patient à l'article de la mort, s'engager dans des poursuites longues, coûteuses et incertaines, lorsque son souci et celui de sa famille, est de recouvrer sa santé dans les plus brefs délais. Ainsi, la difficulté de l'établissement de la preuve et la lourdeur des procédures, constituent des écueils non négligeables au rétablissement de l'équité entre un patient et son médecin.

Pour palier ces lacunes, une action pourrait être effective dans trois domaines. Premièrement, dans celui de l'éducation et de l'information du patient. Pour générer un consentement éclairé, celui-ci doit connaître ses droits (ex : consultation de son dossier) et les risques de son traitement (ex : décès ou paralysie éventuels), tout comme son consentement doit émaner d'une décision partagée avec son médecin et non simplement imposée (ex : choix entre deux alternatives possibles). La protec-

¹⁶² Le minimum des amendes délictuelles est désormais porté à 200 dirhams, conformément aux modifications apportées par le dahir n° 1-81-283 du 11 rejeb 1402 (6 mai 1982) portant promulgation de la loi n° 3-80 modifiant certaines dispositions du code pénal, art. 2, (B.O. n° 3636 du 15 ramadan 1402 (7 juillet 1982)), p. 351.

tion du consentement du patient passe donc par l'obligation d'information et de conseil du médecin, mais aussi par la sensibilisation du citoyen à l'instruction, afin que son consentement soit réellement éclairé.

Deuxièmement, la protection contre la faute médicale pourrait davantage se faire par l'établissement de procédures relatives à chaque intervention médicale, afin de connaître l'état normal du déroulement d'un traitement ou d'une opération, et pouvoir le comparer à celui du médecin, pour pouvoir déceler un manquement ou une négligence de sa part.

Troisièmement, l'établissement d'un système de sécurité sociale qui conditionne les procédures à suivre pour un traitement, afin que celui-ci puisse être remboursé au médecin. Ainsi, si l'organisme de sécurité sociale estime qu'un examen n'était pas justifié, alors le médecin ne se verra pas remboursé. Cela enjoindra les médecins à ne pas surcharger les patients d'examens et d'hospitalisations inutiles si leur motivation est d'ordre pécuniaire, et cela protégera le patient dans l'équilibre de son contrat médical.

Enfin, il est du devoir de l'Etat de faire prendre conscience au corps médical de l'éthique dont il doit faire preuve vis-à-vis du patient, de se tenir informé des progrès scientifiques et techniques de la médecine, et de voir en la vie du patient une responsabilité personnelle de protection. Beaucoup de manquements et de négligences peuvent être évités par un comportement éthique du médecin, et la victime devrait pouvoir obtenir réparation de ces fautes chaque fois qu'elles sont constatées, quelque soit le moyen légal de son obtention.

Section 2. Démenti de la théorie de l'autonomie de la volonté

Les rédacteurs du Dahir des Obligations et des Contrats de 1913, ont fondé le contrat sur la théorie de l'autonomie de la volonté. Parce que libre de par sa nature, un contractant ne saurait être lié que par ce qu'il a voulu, et dans la mesure de ce qu'il a voulu. Son consentement est ainsi préservé en ce que nul ne peut lui imposer une obligation pour laquelle il ne se serait pas volontairement engagé. Aussi, et du fait même de cette liberté, les relations contractuelles doivent être abandonnées à la libre volonté des parties, et ni le législateur ni le juge ne sont habilités à y intervenir. La loi ne peut imposer à une personne de s'engager à un contrat si elle ne le souhaite pas, et personne ne peut se voir imposer un contrat ou une clause contre sa volonté. Le consentement librement donné est ainsi garant de l'équité du contrat, car nul ne s'engage contre ses intérêts.

Toutefois, la réalité a démenti l'étendue du rôle dévolu à la volonté, et a démontré qu'un contrat n'est pas nécessairement juste et équitable. Bien au contraire, il consacrerait souvent la domination du faible par le fort. La liberté contractuelle serait ainsi atteinte par l'inégalité des contractants : car lorsque deux contractants sont de forces inégales (économiques, sociales, intellectuelles, etc.), la partie la plus faible courbe l'échine vis-à-vis du contractant fort. Elle n'est plus libre d'exprimer sa volonté, car si elle contredit les attentes de la partie forte, cette dernière pourrait rompre les pourparlers et refuser de contracter. Cette inégalité des forces se répercute alors sur les contrats et leur mise en œuvre : la partie forte n'hésite pas à édicter les clauses et les conditions du contrat, tandis que la partie faible se contente d'y adhérer. Ainsi, pour que la liberté des contractants puisse créer un véritable consentement valide, il faudrait que cette liberté soit accompagnée d'une égalité des parties.

Paragraphe 1. Liberté et égalité des parties : deux postulats erronés

C'est parce que les individus sont considérés libres et égaux que l'on présume qu'ils sont en mesure de veiller à leurs propres intérêts, et qu'alors, les obligations auxquelles ils se sont engagés leurs sont équitables. S'il n'avait été de cette liberté et égalité des parties, la loi n'aurait pas accordé de validité au contrat.

Seulement, lorsque l'équité dans un contrat fait défaut, il est naturel de remettre en question les deux postulats censés garantir son existence. C'est ainsi que dès le début du XXe siècle, la doctrine juridique a consacré une critique au principe de l'autonomie de la volonté et à ses fondements sur l'égalité et la liberté des parties.

A. L'utopie de l'égalité des parties

Lorsqu'un contrat est formé par l'accord de deux parties, celles-ci sont considérées par la loi comme étant égales en droits. Cette conception repose toutefois sur un constat fondamentalement erroné. L'égalité initiale des parties est présumée, en ce qu'elle est censée assurer l'équilibre des négociations, et donc, la conclusion d'un contrat équitable. Or, les parties sont souvent initialement inégales, et cette inégalité déteint sur l'équilibre de leurs prestations respectives. Dès le XIXe siècle, De Tocqueville constatait que « l'égalité est une abstraction, [et que] c'est comme telle qu'elle gouverne car on n'a point encore vu de sociétés où les conditions fussent si égales, qu'il ne s'y rencontrât point de riches ni de pauvres ; et par conséquent, de maîtres et de serviteurs. Néanmoins, bien que la démocratie n'empêche point que ces deux classes d'hommes n'existe, elle

change leur esprit et leurs rapports »¹⁶³. C'est cette dernière conséquence de l'inégalité des parties qui a été ignorée par le droit.

En effet, la loi n'admet que de rares exceptions à la présomption de l'égalité des parties. Hormis le cas des incapables (mineurs ou aliénés), elle ne conçoit pas qu'un contrat puisse être contesté ou modifié pour une autre source de faiblesse. Ainsi ne tient-elle pas compte de l'ignorance, de l'analphabétisme de certains contractants. Ces derniers, bien que ne disposant pas du même degré de connaissances que leurs cocontractants, se voient appliquer la même règle que les contractants lettrés et plus avertis. Leur engagement aura force obligatoire bien que leur ignorance du moment les empêchait de comprendre clairement sa portée.

Par ailleurs, et jusqu'à l'adoption de la loi 31-08 relative à la protection du consommateur, la loi ne tenait pas compte de l'infériorité économique d'un contractant sur un autre. Et si le consommateur est aujourd'hui protégé contre les clauses abusives que pourrait inclure un professionnel dans le contrat, celle-ci ne tient pas compte des désavantages que subi le consommateur contre son gré. Du fait que celui-ci ne soit pas habilité à discuter les clauses contractuelles, il s'y engage contre son gré et à défaut de mieux, mais en parfaite connaissance de ces désavantages. La loi ne tient alors compte que de son acceptation, et repose sur celle-ci pour donner force obligatoire à son engagement. Elle ne prête pas attention au déséquilibre engendré du fait de l'inégalité des forces des parties contractantes.

Les contrats d'adhésion constituent en cela l'atteinte la plus significative à l'équilibre du contrat. Car lorsqu'il est conclu sans possibilité d'en négocier ou d'en modifier les clauses, le contrat d'adhésion comporte un risque de déséquilibre significatif. Or, ce déséquilibre trouve sa source dans l'inégalité des parties. Si celles-ci avaient pu négocier à bien leurs intérêts respectifs, sans restriction aucune, elles garantiraient alors l'équilibre de leur contrat, puisqu'émanant de leur volonté libre et éclairée. Il serait dès lors légitime de donner force obligatoire à leur engagement. Mais lorsque leur inégalité de forces enjoint l'une à dicter sa loi à l'autre, il est difficile de concevoir l'obligation faite à la partie adhérente d'exécuter son engagement, bien que contraire à sa volonté.

Pourtant, l'inégalité des parties est une réalité que l'on ne saurait évincer. La correction du déséquilibre ne doit donc pas concerner l'inégalité initiale des parties, mais doit en tenir compte de façon à

¹⁶³DE TOQUEVILLE (A.), *De la démocratie en Amérique*, Paris, Flammarion, 1935, p.221

ce que leurs engagements ne soient pas entachés d'un déséquilibre. Ainsi, l'inégalité des parties est un phénomène que « seule la loi, par la recherche d'une égalité formelle, peut corriger »¹⁶⁴.

B. Les limites à la liberté contractuelle

Est libre le contractant qui dispose d'un choix ; celui de son cocontractant, celui de son contrat, de son contenu, et enfin, celui de contracter ou non. Sur ces trois composantes de la liberté contractuelle apparaissent aujourd'hui des limites conséquentes quant aux droits du contractant, et à la qualité de son contrat.

La liberté contractuelle a d'abord été affaiblie par la standardisation des contrats. Les contrats-types consistent en des modèles contractuels pré-rédigés par des professionnels, que les cocontractants ne peuvent modifier ou négocier, et dont ils se contentent souvent d'en remplir les blancs. La pratique est si développée de nos jours que l'on doute encore de l'existence de contrats de gré à gré. La seule interdiction ou restriction faite à la liberté de déterminer le contenu du contrat, entache la liberté contractuelle. Un contractant n'est pas libre lorsqu'il s'engage à une convention dont les clauses lui déplaisent ou lui sont désavantageuses. Lui retirer cette faculté de discuter le contenu de son contrat, c'est porter une atteinte à l'intégrité de son consentement, et donc, au caractère équitable présumé de son contrat. Cette restriction à la négociation influe alors sur la qualité du contrat, puisque porté à connaître un déséquilibre. Pour que ce risque de déséquilibre soit évité, les clauses contractuelles doivent être pensées, discutées, rédigées, et voulues librement par l'une et l'autre partie. La convention n'aura alors légitimement de force obligatoire que lorsque les parties auront donné leur accord après avoir consenti mutuellement à ses modalités de mise en œuvre.

D'une façon plus sévère, la loi réduit aussi la liberté contractuelle. Il est des cas dans lesquels la conclusion d'un contrat est imposée, comme par exemple lors de l'achat d'une voiture qui impose à l'acquéreur la souscription à une assurance auto. Bien que cette imposition soit justifiée par la couverture des dommages susceptibles d'être causés en cas d'accident, il reste qu'une telle imposition constitue une limite à la liberté du contrat de souscrire ou non à un contrat.

Par ailleurs, le contractant ne choisit pas toujours son cocontractant. Les situations monopolistiques ou oligopolistiques, constituent une source de puissance qui permet aux contractants d'imposer

¹⁶⁴KULLMANN (J.), *L'influence de la puissance publique sur le contrat de droit privé*, thèse, Paris 1, 1987, p. 13 et s.

leurs conditions. Celles-ci demeurent légitimes mais le contractant qui s'engagera avec eux le fera non par conviction, mais à défaut de mieux.

Enfin, et à ces différents aspects de l'affaiblissement de la liberté contractuelle, s'ajoute le formalisme exigé par la loi pour certains contrats. La loi impose parfois la rédaction d'un acte authentique pour la validité d'un contrat (ex : vente immobilière). Celle-ci agit comme une protection pour les parties, mais constitue néanmoins une limite à la liberté des contractants que dans le but de protéger la plus faible.

En tout état de cause, la garantie d'un contrat équilibré ne repose plus sur la présomption de la liberté et de l'égalité des parties. Ces postulats se vérifient si peu en pratique qu'il paraît désormais illégitime de faire peser sur un contractant un engagement auquel il aurait souscrit contre son gré. L'attention doctrinale se concentre dès lors sur les moyens de rétablir le dogme de la volonté comme garant de l'équilibre contractuel.

Paragraphe 2. Le dogme de la volonté garante de l'équilibre contractuel

Nombre de juristes contemporains reprennent l'expression « qui dit contractuel, dit juste » de Fouillée, pour confirmer la corrélation existant entre l'accord de volontés et la création d'un contrat équilibré, et donc, juste. Pourtant, bien que l'expression ait été tronquée de son contexte¹⁶⁵, elle reste pertinente, du moins en principe. Il est dans la logique des choses qu'un contrat ne puisse créer que la justice entre contractants, car à l'inverse, elles ne s'y seraient pas engagées. Or, la pleine égalité et liberté n'existant pas dans la pratique, elles infirment cette théorie de la volonté garante de l'équilibre contractuel. Comment peut-on alors considérer un contrat juste lorsque l'on sait l'absence en pratique des postulats qui le fondent ?

Aujourd'hui, l'autonomie, ce « pouvoir de créer la norme privée¹⁶⁶ », est au mieux restreinte, au pire absente. C'est la raison pour laquelle il existe une discordance entre volonté réelle et volonté déclarée, et qu'il importe de garantir autrement l'équilibre contractuel.

¹⁶⁵ Le texte d'origine étant : « En définitive, l'idée d'un organisme contractuel est identique à celle d'une fraternité réglée par la justice, car qui dit organisme dit fraternité, et qui dit contractuel dit juste », FOUILLÉE (A.), *La science sociale contemporaine*, 2^e éd., Paris, Hachette, 1885, p.410. L'auteur SPITZ (J.-F.) , « “Qui dit contractuel dit juste” : quelques remarques sur une formule d'Alfred Fouillée », RTDciv., 2007, p. 281 et s., éclaire l'interprétation de cette expression en précisant qu'Alfred Fouillée « n'entend [...] pas dire que tout ce qui est formellement consenti crée un lien de droit et d'obligation, mais au contraire que seuls les accords authentiquement contractuels sont susceptibles de produire de tels effets », à savoir ceux dans lesquels les contractants disposent de « moyens de négociation qui [leur] permettent d'échapper à la dépendance où [les] jetterait au contraire l'impossibilité de refuser les conditions offertes par d'autres ».

¹⁶⁶SACCO (R.), *Liberté contractuelle, Volonté contractuelle*, R.I.D.C., Vol.59, n°4, 2007, pp. 743-760

A. La discordance entre la volonté réelle et la volonté déclarée

Les conditions particulières de formation du contrat d'adhésion ont posé le problème de savoir si l'adhésion pure et simple de l'un des partenaires aux conditions élaborées par le pollicitant, constitue bien l'expression d'une volonté réelle de contracter¹⁶⁷. Il semblerait que la théorie de Saleilles, selon laquelle la soumission d'une partie à la volonté unilatérale de l'autre, soustrairait le caractère contractuel au contrat d'adhésion, n'ait pas eu d'impact en droit positif. L'on considère que l'adhésion peut valoir consentement, du moment que l'acceptant a au moins eu connaissance des conditions du contrat, ce qui soumet ce dernier à des règles d'interprétation précises. Mais en dehors de la considération du contrat d'adhésion, celui-ci demeure régi par les règles d'interprétation et de protection des parties prévues par les règles traditionnelles du droit commun.

Il arrive souvent que l'adhérent se trouve face à un conflit résultant d'une discordance entre sa volonté exprimée et sa volonté réelle, principalement dans les contrats-types. Deux thèses s'opposent pour répondre à cette problématique.

La thèse traditionnelle soutient qu'il faut donner préférence à la volonté réelle, dès lors que l'on peut la prouver¹⁶⁸. Pour les partisans de cette thèse, le contrat ne serait pas qu'un simple instrument d'échange de biens ou de services entre les parties, il doit aussi servir la collectivité, ne pas être contraire à l'équité et à la bonne foi. Il serait donc légitime de permettre au juge d'interpréter le contrat lorsqu'il n'est pas clair de la même façon qu'il lui est permis d'interpréter la loi, a fortiori lorsque ledit contrat est d'adhésion, où il serait dérisoire de rechercher une intention commune des parties¹⁶⁹.

Par opposition, la thèse dite de la «volonté déclarée» semblerait, *a priori*, d'une application plus facile puisque la volonté exprimée reste la seule que l'on connaît avec certitude. Elle serait soutenue par une partie de la doctrine française et par la doctrine allemande du fait que l'on porterait atteinte à la stabilité des contrats si l'on devait attaquer une convention sous prétexte que la volonté décla-

¹⁶⁷SCHMIDT (J.), *Négociation et conclusion de contrats*, Paris, Dalloz, 1982, n°141, p.72

¹⁶⁸ *Droit civil, Obligations*, Paris, Librairie de la Cour de Cassation, n° 1142, p.370

¹⁶⁹ *Ibidem*

rée ne correspond pas à la volonté véritable¹⁷⁰.

C'est néanmoins la thèse traditionnelle qui prévaut en droit français et en droit marocain. L'on constate d'ailleurs la similitude entre l'article 1156 C.Civ. français¹⁷¹ et l'article 462 du Dahir des Obligations et des Contrats qui dispose: «Lorsqu'il y a lieu à interprétation¹⁷², on doit rechercher quelle a été la volonté des parties, sans s'arrêter au sens littéral des termes ou à la construction des phrases». Ainsi, abstraction faite des situations apparentes, le principe dans une législation consensualiste revient à trancher le conflit en recherchant la volonté réelle des contractants. Le contractant trouve alors une protection suivant les règles traditionnelles de recherche de la volonté réelle, que le contrat soit d'adhésion ou de gré à gré.

En effet, si le principe de l'autonomie de la volonté implique qu'on ne soit lié que dans la mesure exacte de ce qu'on a voulu, il est donc légitime de rechercher la volonté réelle des parties, quelle que soit la convention, plutôt que de s'en tenir à leur volonté déclarée, car au final, seul compte ce qui a été voulu. C'est ainsi que les obligations peuvent être annulées lorsqu'il a été prouvé que le consentement a été donné par erreur, du moins lorsque l'erreur est conforme aux conditions de résiliation prévues par la loi¹⁷³; il en est d'ailleurs de même pour les autres vices du consentement¹⁷⁴. La volonté de l'adhérent, même exprimée dans les conditions particulières du contrat d'adhésion, demeure protégée contre les vices du consentement comme le serait tout autre contractant.

De la prédominance ainsi attribuée à la volonté réelle, l'on déduit aussi que les tribunaux pourraient avoir la faculté d'exclure l'application des «clauses de style», c'est-à-dire celles qui ont été insérées au contrat par simple mimétisme, incluses habituellement dans les contrats de même nature, généralement empruntées à des contrats-types et auxquelles les parties n'ont pas prêté d'attention; car

¹⁷⁰ *Ibidem*

¹⁷¹ Art. 1156 C.Civ français: «On doit dans les conventions, rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes».

¹⁷² L'article 462 envisage trois cas qui ouvrent à interprétation : lorsque les termes ne sont pas conciliables avec le but de la convention; lorsqu'ils ne sont pas clairs en eux-mêmes; ou lorsqu'une incertitude résulte du rapprochement des différentes clauses. Cependant, l'art. 461 dispose que «lorsque les termes de l'acte sont formels, il n'y a pas lieu de rechercher quelle a été la volonté de son auteur».

¹⁷³ Sur les conditions d'ouverture à rescision pour erreur, v. art. 40 à 45 du D.O.C.

¹⁷⁴ Art. 39: «est annulable le consentement donné par erreur, surpris par dol [art.52 et 53], ou extorqué par violence [art. 46 à 51]». L'adhérent est tout aussi protégé contre la lésion (art. 55 et 56) et la maladie et autres cas analogues (art. 54).

elles n'auraient pas réellement été voulues par les contractants. Mais d'un autre côté, on ne saurait considérer comme non avenue toute clause au seul motif qu'elle est de «style». On doit seulement l'écarter lorsqu'elle en contredit une autre qui elle, exprime une volonté nette.

De la même manière, s'il arrive qu'une clause soit formée de termes susceptibles de deux sens, «on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet, que dans le sens avec lequel elle n'en aurait aucun» (art. 465 D.O.C.). Un précepte encore plus évident est édicté à l'art. 464 selon lequel il faudrait interpréter les clauses «les unes par les autres, en donnant à chacune le sens qui résulte de l'acte entier».

Par ailleurs, le fait de prescrire, dans le doute, l'interprétation du contrat contre le créancier et en faveur de l'obligé, consiste pour l'article 473 D.O.C. non pas seulement à favoriser le second de manière à restreindre l'atteinte portée par le contrat à sa liberté naturelle; il énonce aussi et surtout un procédé de recherche de la volonté. On considère, en effet, que si le créancier avait réellement voulu acquérir tel droit, et que le débiteur avait accepté de le lui conférer, celui-là n'aurait pas manqué de le stipuler dans l'acte. Enfin, l'usage aussi peut servir de moyen d'interprétation pour éclairer les termes obscurs, mais il peut aussi ajouter au contrat ce qui n'y figure pas mais qui semble néanmoins correspondre à la volonté des parties. C'est ainsi que l'article 463 D.O.C. dispose que l'on «doit suppléer les clauses qui sont d'usage dans le lieu où l'acte a été fait ou qui résultent de sa nature».

La recherche de la volonté réelle¹⁷⁵ des parties semble donc prévaloir comme principe régissant l'interprétation du contrat, ce qui a priori, pourrait alors bénéficier même au contrat d'adhésion. Si ce dernier n'échappe pas à l'interprétation des clauses ambiguës, il existe néanmoins des clauses claires et précises dans leur sens qui malgré leur clarté, n'engageront pas l'adhérent.

Dans les contrats d'adhésion, la jurisprudence française, douée d'une expérience plus développée en la matière, fait abstraction de certaines clauses au motif que l'adhérent à une convention préalablement rédigée ne les a pas lues et donc, n'y a pas consenti. Au Maroc, l'article 18 al.10 dispose que peuvent être regardées comme abusives, et donc réputées non écrites par le juge, les clauses dont l'adhérent n'a pas eu l'occasion de prendre connaissance. Elles ne sauraient donc l'engager

¹⁷⁵ Pour une étude plus détaillée des règles d'interprétation, v. notamment BÉNABENT (A.), *Droit civil, Les obligations*, 6e éd., Paris, Montchrétien, 1997, pp. 177s.

puisqu'effectivement, il n'y a pas consenti. Mais d'autres règles impératives visant la préservation de la volonté réelle du contractant se trouvent au travers du droit marocain.

En principe, c'est la signature¹⁷⁶ manuscrite des parties qui prouve la réalité du consentement, et fait foi de l'existence et de la connaissance du contenu de l'engagement jusqu'à preuve du contraire¹⁷⁷. Mais il s'est avéré que cette présomption de connaissance ne correspondait pas toujours à la réalité du contrat d'adhésion, car fréquemment rédigé de façon illisible ou inintelligible (tel que lorsque les clauses sont écrites en caractères minuscules, ou affichées dans des endroits non éclairés).

Le législateur est donc intervenu en imposant des règles de présentation de certains contrats afin d'en faciliter la prise de connaissance par le contractant. Il s'agit notamment des contrats d'assurance, pour lesquels «non seulement la police doit être rédigée en caractères apparents, mais encore que certaines clauses doivent être rédigées en caractères très apparents qui frappent le lecteur à première vue, soit par leur encre de couleur différente, soit par les caractères particuliers de leurs lettres: ce sont les clauses relatives aux nullités, aux déchéances, à la durée du contrat et aux exclusions»¹⁷⁸.

Ainsi, l'article 11 du Code des assurances dispose que le contrat d'assurance doit être rédigé en caractères apparents, et l'article 14 ajoute que « sous réserve des dispositions spéciales prévues pour les assurances de responsabilité, les clauses des contrats édictant des nullités prévues par le présent livre, des déchéances, des exclusions ou des cas de non assurance ne sont valables que si elles sont mentionnées en caractères très apparents».

De la même manière, la loi 31-08 insiste sur cet impératif de lisibilité des contrats dans son article 9 où elle dispose que «dans le cas des contrats dont toutes ou certaines clauses proposées au consommateur sont rédigées par écrit, ces clauses doivent être présentées et rédigées de façon claire et compréhensible pour le consommateur», et réitère cet impératif dans le cadre du crédit¹⁷⁹. L'ar-

¹⁷⁶ Comme en témoigne l'article 417-2 du D.O.C., (ajouté par l'article 4 de la loi n°53-05 promulguée par le dahir n°1-07-129 du 30 novembre 2007- 19 kaada 1428; B.O. n°5584 du 6 décembre 2007), «la signature nécessaire à la perfection d'un acte juridique identifie celui qui l'appose et exprime son consentement aux obligations qui découlent de cet acte».

¹⁷⁷SCHMIDT (J.), *op.cit.*, n°167, p.73

¹⁷⁸MANSOURI (L.) et HAMMICH (M.), *op.cit.*, n°136, pp.88-89

¹⁷⁹ Art. 78 al.1 de la loi 31-08.

ticle 9 élabore une règle d'interprétation qui dispose «qu'en cas de doute sur le sens d'une clause, l'interprétation la plus favorable au consommateur prévaut¹⁸⁰».

En outre, l'article 59 de la loi 31-08 semble aller plus loin en sanctionnant par la nullité « tout engagement né d'un abus de faiblesse ou de l'ignorance du consommateur, lequel se réserve le droit de se faire rembourser les sommes payées et d'être dédommagé sur les préjudices subis»; et ces infractions sont pénalement répréhensibles à l'article 184 de la même loi « d'un emprisonnement d'un mois à cinq ans et d'une amende de 1200Dh à 50 000Dh, ou de l'une des deux peines seulement».

Il ressort donc de cette analyse que la volonté individuelle reste le fondement de l'effet obligatoire du contrat; une volonté réelle que le législateur a cherché à protéger au moyen de normes impératives pour la connaissance et la compréhension des contrats, ainsi que par des règles d'interprétation favorables à la partie adhérente. Mais ces règles sont-elles bien suffisantes ?

Rares sont les contrats dont l'adhérant remet en question son consentement. Le fait qu'il soit dès le départ conscient qu'il s'engage à un contrat déséquilibré, le conduit intrinsèquement à ne jamais réclamer sa résiliation. Celle-ci n'est d'ailleurs pas dans son intérêt, puisqu'il se trouve en état de besoin. De plus, la loi ne devrait pas seulement intervenir en aval du déséquilibre contractuel, mais a pour devoir d'établir en amont l'équilibre contractuel. En d'autres termes, le contractant ne devait en aucun cas voir sa volonté déclarée contraire à sa volonté réelle. Sa véritable autonomie de la volonté consiste en son acceptation convaincue des termes du contrat avant de le conclure. C'est pourquoi la loi doit garantir au contractant que son contrat sera équitable, avant même qu'il n'y adhère. Car si la loi ne peut intervenir qu'en aval pour rééquilibrer le contrat, c'est qu'elle admet *de facto* l'échec de l'autonomie de la volonté, et permet au fort de dominer le faible. De ce fait, il devient nécessaire de garantir autrement l'équilibre contractuel.

B. Nécessité de garantir autrement l'équilibre contractuel

Plus qu'un constat, l'affaiblissement de la théorie de l'autonomie de la volonté est aujourd'hui une affirmation. Le laisser faire laisser passer, propre à l'économie libérale et à l'idéologie individua-

¹⁸⁰ Le même principe semble exister à l'article 1162 du Code Civil français, mais aussi en droit Suisse où «les clauses insuffisamment claires d'un contrat d'adhésion sont interprétées contre la partie qui les a stipulées»; ainsi qu'aux Etats-Unis où le contrat est à interpréter «most strongly against the party on whose behalf it was prepared»; NEUMAYER (K.), *Les contrats d'adhésion dans les pays industrialisés*, Genève, Librairie Droz, 1999, p.83 ; voir aussi LEVASSEUR (A.), *Le contrat en droit américain*, Paris, Dalloz, 1996, p. 39-41, sur la notion de «unconscionability », ou « iniquité ».

liste, a largement contribué à créer des contrats iniques. La volonté garante de la justice contractuelle prospérait autrefois du fait de la liberté des contractants dans leur choix de contracter ou non et dans la négociation du contenu de leur contrat, mais aussi du fait que les inégalités entre contractants n'étaient pas aussi criantes que de nos jours. Les conventions opposent désormais de simples particuliers à de puissantes personnes morales, des profanes à des professionnels, des contractants dans le besoin à d'autres qui en créent. Dorénavant, c'est la loi de l'offre et de la demande qui régit les contrats, et celle-ci a tendance à les déséquilibrer.

C'est pourquoi dès le début du XIX siècle, les juristes ont souhaité se détacher de la pensée libérale et individualiste pour rechercher un fondement plus à même de garantir la justice contractuelle. Un auteur rappelle à ce sujet que si la volonté demeure la condition *sine qua non* à la justice contractuelle, c'est le mécanisme de sa garantie qui doit être réformé¹⁸¹. L'on assiste dès lors à un florilège de fondements destinés à rééquilibrer les contrats.

A cet effet, Jacques GHESTIN élabore au début du XXe siècle, la théorie de l'utile et du juste¹⁸². Il fonde la force obligatoire sur la conformité du contrat aux principes d'utilité sociale et de justice sociale. Ainsi, un contrat n'acquerrait son entière validité et légitimité que s'il est utile entre les parties, et juste. Il s'agit en somme d'une conciliation entre, d'une part, le besoin social et économique, et d'autre part, la justice et son corollaire, la loyauté. Toutes deux dérivent du principe de la bonne foi, qui est la source d'un contrat équitable. L'auteur considère qu'il est plus envisageable de combattre l'iniquité d'un contrat en le conformant à ces critères d'utilité et de justice contractuelles.

Georges ROUHETTE développe en 1965 la théorie du positivisme contractuel¹⁸³. Celui-ci fait prévaloir le rôle de la loi, en ce que c'est elle et seulement elle qui devrait consacrer l'obligation contractuelle. Celle-ci n'agirait donc pas en considération des volontés des contractants, mais en tant que mécanisme externe, destiné à réguler la relation contractuelle des parties. L'approche est objective, et garde pour critère du contrat l'échange des consentements.

¹⁸¹SACCO (R.), *op.cit.*, n°166,p. 746 : « D'ailleurs, le thème de notre essai n'est pas l'étendue de l'autonomie. Notre thème est le mécanisme prévu pour exercer le pouvoir autonome. Si nous voulons l'autonomie, nous voulons le pouvoir de la volonté. Cela suffit-il pour dire que la volonté est toujours et sans réserve l'unique moyen pour l'exercice de notre pouvoir ? ».

¹⁸²GHESTIN (J.), *Traité de droit civil, Les obligations, Les effets du contrat*, L.G.D.J., Paris, 1992, p.120

¹⁸³ ROUHETTE (G.), « Contribution à l'étude critique de la notion de contrat », thèse, Paris, 1965

Un autre fondement fut trouvé en le solidarisme contractuel. Celui considère le contrat non plus comme l'accord de deux volontés égoïstes, mais comme l'œuvre d'une coopération entre les parties, basée sur la confiance qui doit régner dans le contrat. Loyauté, solidarité et bonne foi, fondent alors cette acception, qui exige des contractants une collaboration.

Nombre d'auteurs contemporains sont partisans de ce courant, longtemps ardemment critiqué¹⁸⁴. Lancé par Léon BOURGEOIS¹⁸⁵, et promu par René DEMOGUE¹⁸⁶ dans les années 1930, le concept faisait prévaloir « la primauté du social et la nécessité corrélative de concevoir le contrat comme une société où les contractants devraient s'entraider »¹⁸⁷. La paternité de l'expression « solidarisme contractuel » reviendrait à Yves LEQUETTE¹⁸⁸, et le chef de file du courant entre 1995 et 2005 était Christophe JAMIN¹⁸⁹, mais y figurent aussi le professeur Denis MAZEAUD¹⁹⁰, Catherine THIBIERGE¹⁹¹, et Jacques MESTRE.

Ce dernier expose l'esprit de la théorie en ses termes : « au souci contemporain d'équilibre contractuel, justifiant une intervention unilatérale de rééquilibrage au profit de la partie considérée en situation d'inégalité, pourrait bien, demain, se substituer un esprit de collaboration, plus riche parce que naturellement bilatéral ¹⁹²», et ajoute que « Le contrat est de moins en moins perçu comme un choc

¹⁸⁴v. LEVENEUR (L.), « *Le solidarisme contractuel, un mythe ?* », in *Le solidarisme contractuel, mythe ou réalité ?*, Paris, Economica, 2004, p.173 : « Le solidarisme contractuel ne repose pas sur un fond de réalité », « insécurité et imprévisibilités juridiques » ; Dans le même ouvrage, RÉMY (Ph.), « *La genèse du solidarisme contractuel* », p.3.

¹⁸⁵BOURGEOIS (L.), *Traité des obligations en général*, t.6, 1932, p. 3 : « les contractants forment une sorte de microcosme. C'est une petite société où chacun doit travailler dans un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis par chacun, absolument comme la société civile ou commerciale. Alors l'opposition entre le droit du créancier et l'intérêt du débiteur tend à se substituer à une certaine union ».

¹⁸⁶DEMOGUE (R.), *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, Ed. Arthur Rousseau, 1911

¹⁸⁷GRYNBAUM (L.), (dir.), « *L'actualité de la notion de solidarisme contractuel* », in *Le solidarisme contractuel, mythe ou réalité ?*, Paris, Economica, 2004

¹⁸⁸LEQUETTE (Y.), « *Bilan des solidarismes contractuels* », in *Etudes de droit privé*, Paris, Economica, 2008, p.247 et s., cité par MAZEAUD (D.), « *La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises...* », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, Paris, Dalloz, 2010, p.905

¹⁸⁹JAMIN (C.), « *Plaidoyer pour le solidarisme contractuel* », in *Le contrat au début du XXI^e siècle*, Etudes offertes à Jacques GHESTIN, Paris, L.G.D.J., 2001, p.441

¹⁹⁰MAZEAUD (D.), « *Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ?* », in *Mélanges TERRÉ*, Paris, Dalloz, 1999, p.603 et s.

¹⁹¹THIBIERGE (C.), « *Libres propos sur la transformation du droit des contrats* », R.T.D.C., 1997, p.357 et s.

¹⁹²MESTRE (J.), *RTDC.*, 1986, p.102.

de volontés librement exprimées, comme un compromis entre des intérêts antagonistes, âprement défendus. Il apparaît de plus en plus comme un point d'équilibre nécessaire, voire même comme la base d'une collaboration souhaitable entre les contractants¹⁹³ ».

Les partisans de cette théorie s'appuient sur les dispositions de l'article 1134 du Code civil français, et en particulier sur la notion de « bonne foi », exigée pour que les conventions tiennent lieu de loi entre les parties. Cependant, il s'avère que la bonne foi ait été négligée de par les juges et la doctrine, ces dernières ne lui ayant attribué qu'une importance limitée. Le solidarisme contractuel fonde alors l'idéal de justice contractuel sur la réhabilitation de la bonne foi dans les contrats.

La théorie du volontarisme social, défendue par AUBERT et SAVAUX, accorde, à l'instar des autres théories, la même importance à la volonté. Cependant, elle ne lui confère pas de pouvoir normatif autonome. Elle ne lui reconnaît qu'un pouvoir délégué par la loi aux sujets de droits. Selon Jean-Luc Aubert, elle se distinguerait des autres courants en ce qu'elle se fonderait sur la pratique pour créer la théorie, et non l'inverse. Elle serait alors plus réaliste, contrairement au volontarisme contractuel qui fut critiqué sur ce point.

D'une manière générale, si la doctrine classique, la théorie régissant le contrat, doit « avoir pour objet de privilégier la sécurité et la prévisibilité du contrat », tandis que « pour la doctrine solidariste, le droit des doit avant tout privilégier l'équilibre et la justice contractuelle¹⁹⁴ ».

Aux Etats-Unis d'Amérique et au Canada, c'est la « Doctrine of Unconscianability » qui prévaut pour garantir la justice contractuelle. Littéralement traduite par « la doctrine de l'iniquité », ou des « contrats iniques », elle consiste à faire intervenir le juge dans le rééquilibrage d'un contrat qu'il considère inéquitable. Cette règle trouve ses assises à l'article 2-302 du Uniform Commercial Code. Celui-ci dispose que si le tribunal constate que le contrat ou qu'une clause du contrat, a été inique (injuste ou déraisonnable) au moment de sa formation, il peut refuser l'exécution du contrat, ou imposer l'exécution du reste du contrat sans la clause inique, ou peut limiter l'application de toute clause inique afin d'éviter un résultat inique. Il ajoute que lorsqu'on invoque au tribunal, ou qu'il apparaît à celui-ci que le contrat ou qu'une clause peut être injuste ou inique, il doit être proposé aux parties une opportunité raisonnable de présenter une preuve quant à son contexte commer-

¹⁹³MESTRE (J.), « *L'évolution du contrat en droit privé français* », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Paris, PUF, 1986, p. 45.

¹⁹⁴GODELAIN (S.), *op.cit.*, n°94, p.21 et s.

cial, son objet, et son effet, afin d'aider le tribunal dans sa décision¹⁹⁵.

Des auteurs distinguent cette approche de la relation contractuelle dans la théorie classique des contrats, en constatant que dans les systèmes romano-germaniques, les dispositions protectrices visent un contractant non consentant. Cela apparaît à travers le dispositif mis en place dans les codes civils : seuls les vices du consentement sont justifiés à annuler un contrat. Tandis que dans la doctrine inique, ses règles s'appliquent lorsqu'une partie a, volontairement, et bien que sottement, accepté un contrat qui inclut des clauses abusives, ou lorsque la partie la plus forte exerce ses droits de façon dure et injuste.

Le remède dans la doctrine classique romano-germanique, consiste, lorsque l'erreur, la violence ou le dol sont établis, à annuler le contrat et à le mettre de côté, et à éventuellement l'accompagner d'une restitution pécuniaire. Mais dans un contrat inique, l'annulation ne satisfait pas le contractant lésé. Le véritable remède consiste à corriger le déséquilibre, qu'il soit du à la clause abusive ou à l'exercice contestable des pouvoirs de la partie la plus forte¹⁹⁶.

Enfin, d'autres auteurs ont opté pour la judiciarisation des besoins et des activités économiques. Telle est la conception du droit anglais où le contrat est avant tout un marché. Elle trouve son fondement dans l'efficacité économique, soit la fameuse théorie de l'« efficient breach ». Elle peut permettre aux contractants de ne pas exécuter leur contrat si l'inexécution est plus efficace sur le

¹⁹⁵ Uniform Commercial Code, article 2-Sales, part 3., General Obligation and Construction of Contract, §2-302 – Unconscionable contract or clause (1) : « If the court as a matter of law finds the contract or any clause of the contract to have been unconscionable at the time it was made the court may refuse to enforce the contract, or it may enforce the remainder of the contract without the unconscionable clause, or it may so limit the application of any unconscionable clause as to avoid any unconscionable result ». (2) « When it is claimed or appears to the court that the contract or any clause thereof may be unconscionable the parties shall be afforded a reasonable opportunity to present evidence as to its commercial setting, purpose and effect to aid the court in making determination ».

¹⁹⁶ANGELO (A.H.) et ELLINGER (E.P.), Unconscionable Contracts : A comparative Study of the Approches in England, France, Germany and The United States, International and Comparative Law Review, Vol. 14, n°3, 1992, p.459 et s. : «The comparative study conducted in this part of the article concentrates on the development of unconscionability concepts in the common and civil law systems. It does not discuss defenses of a general nature, such as duress, undue influence, and mistake, which are distinguishable from unconscionability both conceptually and practically. Conceptually, these defenses seek to protect a non-consenting party to a contract. Unconscionability rules, on the other hand, apply when a party willingly, though foolishly, accepts a bargain that includes oppressive terms, or where the stronger party exercises its rights under the contract in a manner that is harsh or unfair. The practical distinction relates to the remedy where duress, undue influence, or mistake are established, the contract is usually voided or set aside. A monetary remedy granted to either party would, therefore, be in tort or restitution. A contract tainted with unconscionability, however, need not be treated as void or set aside : once relief is granted against the oppressive term or against the objectionable exercise of powers by the stronger party, the contract may be left intact or made enforceable subject of variation ».

plan économique. Mais comme les autres, cette théorie comporte aussi ses détracteurs¹⁹⁷.

En tout état de cause, tous les flux doctrinaux s'accordent sur la nécessité d'une intervention judiciaire pour la protection de la partie faible au contrat. Le but étant d'assurer l'équité, et partant, la justice contractuelle. L'autonomie de la volonté demeure une condition *sine qua non* à la validité d'un contrat, mais devrait être mise en œuvre à travers un mécanisme davantage soucieux de la protection de la partie faible au contrat.

¹⁹⁷ Voir MARKOVITZ (D.) et SCHWARTZ (A.), *The myth of efficient breach*, Yale Faculty Scholarships series, paper 93, 2010.

Conclusion du Chapitre II

L'analyse plus approfondie de la relation contractuelle a révélé une réalité bien différente de l'appréhension théorique qu'en fait le Droit. La vérité est que le contractant est souvent enclin à une contrainte de temps ou un besoin imminent, du fait desquels sa volonté devient fragile. Une prise de décision hâtive (urgence médicale) ou sous le joug d'une pression sociale (crise de l'emploi), sont autant de situations propices à l'obtention d'une volonté, au pire, factice, au mieux, irréfléchie. Celles-ci sont d'autant plus alarmantes que le contractant faible semble être atteint dans ses contrats quotidiens, un risque de déséquilibre qui peut engranger un danger allant bien au-delà des limites dudit contrat, et pouvant nuire à ses droits extra-patrimoniaux.

Par ailleurs, l'on constate que le contrat d'adhésion est désormais une forme d'engagement répandue, voire même dominante, à tel point que les contrats de gré à gré se font plus rares dans le quotidien. Pour autant, son existence ne constitue pas un danger en soi, en ce que qu'il s'avère très pratique pour la célérité des transactions. C'est plutôt son contenu, et la technique de sa présentation à la conclusion qui peut porter préjudice au contractant faible. Aussi celui-ci devient-il une réalité à laquelle la loi et la pratique contractuelle devraient s'adapter, afin d'en optimiser les avantages, et d'en combattre les utilisations immorales. Le fait que son champ soit étendu aux assurances, au travail, et même à la santé, fonde suffisamment l'intérêt et la légitimité d'une protection de la partie faible contre ses dérives.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

A travers cet état des lieux, il est désormais apporté davantage d'éclaircissements quant à la situation de faiblesse, à la conception qu'a le droit de la partie faible au contrat, et aux enjeux de sa protection.

L'on constate que la faiblesse n'est que silencieusement et partiellement reconnue par notre droit. Seuls les articles d'abus de faiblesse et d'ignorance y font une référence explicite, mais elle ne trouve aucune définition expresse dans notre législation. La jurisprudence a ignoré l'octroi d'une définition mais s'attelle durement à protéger le faible chaque fois qu'il se présente à elle : l'assuré, le salarié, le consommateur ; sont autant de parties protégées par la loi et le juge, sans pour autant être nommément désignées comme faibles.

L'approche de la faiblesse en droit marocain est donc consciente et volontaire, mais encore timide et catégorielle. Sa confusion et ses lacunes, résultent de la multitude de facettes que peut connaître la faiblesse, et la réelle difficulté pour la loi de toutes les appréhender. Elle laisse donc nécessairement dans son sillage des interstices dans lesquels d'autres formes d'abus de faiblesse ou d'ignorance trouvent leur plein empire, et où les déséquilibres contractuels peuvent être douloureusement ressentis. Il en est des professionnels contractant dans un domaine étranger à leur fonction, de ceux qui subissent la puissance économique de leur partenaire, mais aussi des illettrés, que notre haute juridiction a déclarés lettrés du simple fait qu'ils aient apposé leur signature au contrat. Il en est aussi des détenus, ayant invoqué une situation de faiblesse due à leur séjour en prison, pour obtenir la rescision de leur contrat, et qui n'ont essuyé qu'un refus de la Cour Suprême d'attribuer à l'environnement pénitentiaire la qualification de contrainte illégitime.

Ces cas représentent bien les failles d'un régime protecteur limité à des catégories spécifiques de contractants, et à des conditions strictes. L'on ne peut dès lors que le qualifier d'inégalitaire et d'inéquitable. Car non seulement il n'englobe pas toutes les catégories de contractants, mais en plus il ne peut satisfaire leur requête qu'en annulant le contrat. Certes, la loi 31-08 apporte en cela une innovation capitale puisque première habilitée à détruire une clause abusive tout en maintenant le contrat entre les parties. Mais cette solution devrait pouvoir être appliquée même en l'absence d'un contrat de consommation, car rien ne justifie que seul le consommateur puisse bénéficier de cette protection. Celle-ci devrait acquérir une portée générale, indépendamment de la relation consommateur/professionnel.

Toute la réflexion porte désormais sur les moyens à même de rétablir l'équité entre les contractants et l'équilibre dans leurs relations contractuelles. Théoriquement, l'adoption d'une théorie concordante à celle de l'autonomie de la volonté mais davantage protectrice des intérêts des parties serait idéale, puisque visant la réalisation de la justice contractuelle.

Le constat d'un contrat inique devrait en principe permettre aux juges le rétablissement de l'équilibre entre les parties. Et d'ailleurs, la loi dispose déjà des moyens de le faire. L'article 54 du D.O.C. relatif à la maladie et cas analogues, attribue au juge un pouvoir souverain dans l'appréciation des cas analogues, et celui-ci pourrait disposer de cet outil efficace pour défendre la partie faible au contrat. Il est pourtant regrettable de constater que les juges n'en profitent pas, et ne lui donnent pas le développement qu'il mérite. Il serait en effet choquant que l'on puisse laisser profiter de la situation de faiblesse d'un contractant condamné à la peine capitale ou à perpétuité pour conclure avec lui un contrat qui met ses intérêts en péril. Ce type d'abus contrevient aux principes d'équité, de bonne foi, et de justice ; et le droit ne saurait rester silencieux face à de telles injustices.

L'emprisonnement affecte très certainement le discernement, la connaissance, et le moral du détenu ; et par conséquent, sa volonté peut être sinon viciée, du moins faussée par les circonstances. N'est-il pas alors légitime qu'une reconsidération de son contrat soit faite, qu'il soit libéré sous conditions, gracié, ou innocenté ? Ses ayant-droits n'ont-ils pas le droit d'être protégés contre le contrat inique auquel s'est engagé leur ascendant ? Toutes ces raisons pratiques, et de principe, justifient que l'on fasse justice en tous domaines, et pour tous les contractants.

Toutefois, et au terme de cette première analyse, nous ne voudrions pas rester sur une impression négative. La reconnaissance de l'existence d'une partie faible au contrat est déjà un grand pas en soi. La présomption de faiblesse implicitement accordée au consommateur, prouve bien que la loi peut user sagement de discrimination positive pour protéger le faible contre les abus du fort. L'idéal serait d'envisager une protection globale, qui regroupera toutes les situations de faiblesse sous l'égide d'un seul principe protecteur.

L'expérience acquise au niveau de la jurisprudence marocaine, ainsi qu'étrangère, a fourni des exemples suffisants qui amènent à reconsidérer le concept « d'obligé » figurant à l'article 473 du D.O.C., et celui de « consommateur » de la loi 31-08. Le législateur est censé établir les standards juridiques généraux et laisser aux juges le soin de les appliquer. C'est ainsi que la jurisprudence prendra une importance considérable et constituera une véritable source du droit, favorable à la protection de la partie faible au contrat.

Cette aspiration profitera au développement du régime de la protection dans son état actuel et dans ses perspectives (Seconde partie).

SECONDE PARTIE - LA PARTIE FAIBLE AU CONTRAT, QUELLE PROTECTION AU MAROC ?

L'acception individualiste du contrat, aura révélé que liberté et égalité des contractants ne sont que des idéaux, car très peu souvent vérifiés dans la réalité pour constituer les seuls piliers de l'autonomie de la volonté. Dès lors, il fallut aux juristes repenser le contrat en y intégrant un nouvel impératif : assurer une justice contractuelle entre les parties.

En effet, pour les rédacteurs du projet CATALA¹⁹⁸, la réforme du Code civil français se devrait désormais de tenir compte de cette nouvelle aspiration, en la comptant comme « l'une des idées directrices de la révision »¹⁹⁹. Et sans arguer de la similarité des systèmes juridiques français et marocain, la recherche de la justice contractuelle en droit marocain se justifie non par mimétisme, mais parce qu'elle est un principe fondamental longtemps ignoré par ces deux systèmes juridiques. L'objectif de la réalisation d'une justice exempte d'arbitraire et respectueuse de la liberté contractuelle, aura sans doute été la cause de la relégation au second plan de cette valeur primordiale. Mais dorénavant, elle est à placer au rang des principes gouvernant le droit des contrats. Elle constituerait en cela un fondement capital à la protection de la partie faible au contrat.

Aussi, c'est à la lueur de la réalisation de cette justice contractuelle que sera évalué le degré de protection de la partie faible en droit marocain. La question étant : l'état actuel de notre législation est-il à même d'établir la justice entre les contractants lorsque leur égalité et leur liberté fait défaut? Dans l'affirmative, la partie faible serait d'emblée considérée comme adéquatement protégée. Mais si à l'inverse, la partie faible ne reçoit qu'une protection restreinte ou inefficace, cela voudra dire qu'il faudra assurer la justice contractuelle par l'admission de nouveaux moyens de protection dans notre droit. Qu'en est-il alors ?

¹⁹⁸En 2005, à l'occasion du bicentenaire du Code civil français, des professeurs et praticiens du droit proposent un avant-projet de réforme du Code civil, sous la direction du professeur Pierre CATALA. Constatant que le code de Napoléon de 1804 n'exprimait plus la réalité du droit positif, ceux-ci rédigent des propositions de modifications du Livre III, en invoquant notamment la prise en compte de la bonne foi dans la force obligatoire du contrat. Le projet resta dans l'ombre jusqu'au 31 octobre 2014 où un projet de loi portant habilitation du gouvernement à réformer par voie d'ordonnance le droit des contrats, ait été déposé au Sénat. La réforme du droit des contrats, prévue pour 2016, tiendra compte des propositions envisagées par le projet CATALA mais aussi de celles émanant d'autres productions doctrinales telles que le projet TERRÉ.

¹⁹⁹CATALA (P.)(dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Rapport à Monsieur Pascal Clément, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, 22 septembre 2005, p. 20

Il s'avère que le régime juridique des contrats prévu par le D.O.C., conserve son fondement strict sur le principe de l'autonomie de la volonté. Les parties contractantes doivent pouvoir librement, et sans que la loi n'intervienne (sauf cas exceptionnels), conclure les conventions qu'elles désirent, sous l'unique garantie de leur consentement réciproque, valablement échangé. Les situations inégalitaires constatées par le législateur, l'ont poussé à adopter des règles davantage protectrices de la partie faible au contrat. Cependant, celles-ci révèlent l'existence d'un arsenal législatif lacunaire (Chapitre I.) qu'il faudra combler par l'adoption de remèdes au déséquilibre contractuel (Chapitre II.)

Chapitre I. Un arsenal législatif lacunaire

L'on peut dire que la protection de la partie faible au contrat est au centre de l'attention du législateur depuis 1913. Elle a connu une première consécration législative au sein du D.O.C. et n'a cessé de se développer, depuis lors, à travers d'autres lois spéciales. Dans le D.O.C., le régime des incapacités et celui des vices du consentement témoignent de cette approche protectrice du faible. D'autres articles éparpillés dans le même dahir, tiennent compte de cette protection sans pour autant constituer un régime juridique à part entière. Ils ne consistent qu'en de simples solutions ponctuelles et spécifiques à certains cas d'espèce, tels que la maladie et les cas analogues (art. 54 D.O.C.), la dernière maladie (art. 479 D.O.C.), ou encore l'interprétation du contrat en faveur de l'obligé (art. 473 D.O.C.).

Seulement, la condition du faible ne saurait se limiter à celle du mineur, du majeur incapable, ou du contractant au consentement vicié, et par conséquent, la protection paraît lacunaire car incapable de répondre aux différentes causes et manifestations de l'état de faiblesse du contractant. Celles-ci ne cessent d'apparaître et de se multiplier dans les contrats d'adhésion, les contrats de dépendance, les contrats de consommation, et bien d'autres encore. Aussi, si la loi 31-08 semble vouloir combler les lacunes du D.O.C., celle-ci n'englobe guère toutes les situations de faiblesse du contractant.

Force est de constater que le D.O.C. et la loi 31-08 ne consacrent qu'une protection lacunaire de la partie faible au contrat. Une hypothèse que la présente étude propose de démontrer à travers l'analyse de la protection au niveau du D.O.C. (Section 1.) puis au niveau de la loi 31-08 (Section 2.).

Section 1. La protection de la partie faible au niveau du D.O.C.

L'analyse des dispositions du D.O.C. révèle que la protection à l'égard de la partie faible se limite à des catégories spécialement présumées en état de faiblesse. Ces régimes protecteurs sont cependant conditionnés par la réalisation de certains critères, aussi, tous les contractants n'y sont pas éligibles. Et quand bien-même le seraient-ils, encore faudrait-il qu'ils remplissent toutes les conditions exigées par la loi pour bénéficier d'une protection, et apporter la preuve d'un déséquilibre contractuel à leur encontre.

Par ailleurs, le dahir déjà centenaire, ne répond plus -- pour partie -- aux nécessités de la vie moderne. Il fut adopté à une époque où, rappelons-le, la protection de la partie faible n'était guère ressentie comme une nécessité. Celle-ci ne prenait d'ailleurs pas d'autres formes que celles de la minorité, de l'incapacité, ou du consentement vicié. L'autonomie de la volonté laissait le champ libre à la liberté des contractants et la loi ne se préoccupait que des graves abus que pouvait provoquer une trop grande liberté contractuelle. Aussi, le législateur accordait-il davantage d'attention à la maladie et cas analogues (art. 54), ou à l'état de dernière maladie (art.479) qui représentent des cas de faiblesse inhérente au contractant, et partant, un risque de déséquilibre contractuel pour lui. Mais concernant les nouvelles manifestations de faiblesse, le terrain de protection prévu par le D.O.C. est quasi-vierge : il n'y est fait nulle part mention du contrat d'adhésion, ni même de la potentielle existence d'un contrat inique. A croire que l'on ne pouvait admettre d'autres sources de faiblesse pouvant induire un déséquilibre contractuel. Plus encore, le déséquilibre contractuel lui-même n'avait d'autre structure de rattachement à sa définition que la lésion, ou éventuellement l'imprévision.

Néanmoins, l'analyse des situations de faiblesse protégées par la loi, reste un passage obligé et utile pour deux raisons. D'abord, parce qu'elle établit le champ et les limites de la protection, renseignant alors les juristes sur l'étendue des cas d'espèce non protégés ou insuffisamment protégés. Ensuite, parce que l'étude de ces moyens de protection, ouvrira le champ de réflexion au juriste quant à l'apport des nouvelles solutions de protection. Selon que les moyens actuels soient efficaces ou non, étendus ou restreints, ils commanderont plus tard les potentielles réformes du droit des contrats.

L'étude portera alors succinctement sur le régime des incapacités (§1) puis sur le régime des vices du consentement (§2).

Paragraphe 1. Le régime des incapacités

Pour pouvoir valablement s'engager, une personne doit disposer de la capacité d'exercice. L'article 3 du D.O.C. résume cet impératif en ces termes : « La capacité civile de l'individu est réglée par la loi qui régit son statut personnel. Toute personne est capable d'obliger ou de s'obliger si elle n'est pas déclarée incapable par cette loi ». En d'autres termes, seules les personnes expressément déclarées incapables par la loi ne jouiront pas d'une capacité d'exercice. Or, à cet égard, il est important de faire remarquer que le régime des incapacités est la seule véritable considération de la faiblesse dans le D.O.C. Les majeurs incapables et les mineurs, sont les seuls types de contractants

dont la faiblesse inhérente est reconnue par le droit commun, et leur vaut l'application d'un régime extraordinaire. Ils sont à cet effet, les seules parties faibles présumées, protégées par le D.O.C. L'incapacité constitue alors l'épicentre de la notion de faiblesse dans le D.O.C., ainsi que dans le Code de la famille²⁰⁰ qui détermine les personnes visées et les mesures destinées à les protéger.

A ce titre, la protection peut prendre deux formes. Elle consiste soit en une représentation de l'incapable, qui agit comme une assistance ; soit comme une sanction de l'acte préjudiciable à l'incapable, à savoir la nullité.

Cependant, toutes les incapacités ne sont pas protégées. Il faut qu'elle trouve sa cause dans les défaillances physiques ou intellectuelles de l'individu, telles la minorité ou la faiblesse d'esprit, la prodigalité, la démence. Ne sont donc pas considérées incapables les personnes qui agissent sous le coup d'une forte émotion, ou d'une ivresse volontaire, celles-ci restent tenues de la responsabilité de leurs actes.

Toutes ces nuances de la protection méritent donc un approfondissement, à l'échelle de l'incapacité due à l'âge (A) et à celle tenant à l'altération des facultés mentales (B).

A. L'incapacité des mineurs

Comme nous l'avions constaté lors de l'analyse de la notion de faiblesse, la minorité constitue une présomption de vulnérabilité dont l'âge suffit pour seule preuve. Il est évident que cette incapacité s'impose pour le mineur de moins de 12 ans qui ne peut faire preuve de discernement et dont les parents sont chargés de pourvoir à ses intérêts personnels et patrimoniaux. En revanche, il est plus difficile de concevoir une incapacité totale d'exercice pour l'adolescent qui s'approche de l'âge de la majorité, raison pour laquelle le législateur a atténué l'incapacité du mineur doué de discernement qui s'approche de l'âge de majorité. Le discernement incomplet ou son absence est le critère déterminant l'étendue de la protection. Cette même raison fonde le droit d'émancipation prévu à l'article 217 du Code de la famille. L'on en déduit que la minorité est une source de faiblesse induisant une incapacité variable en fonction de l'âge.

a) Le mineur dépourvu de discernement

L'article 214 du Code de la famille dispose que « l'enfant est doué de discernement lorsqu'il atteint l'âge de 12 ans grégoriens révolus », âge en deçà duquel le mineur est considéré comme étant

²⁰⁰Dahir n°1-04-22 du 12 Hijja 1424 (3 février 2004), portant promulgation de la loi 70-03, portant promulgation du Code de la Famille, (B.O. n°5358 du 2 ramadan 1426 (6 octobre 2005)).

totalelement dépourvu de discernement. La liberté de son consentement faisant défaut, il en résulte que les actes passés par celui-ci seront « nuls et de nul effet » (art. 224 du Code de la famille). Parce que le mineur est incapable d'exprimer une volonté consciente, et du fait de son manque d'expérience manifeste, il se trouve dans un état de faiblesse tel que l'on ne saurait accorder de crédit à ses engagements. La loi le prive alors de la capacité nécessaire pour accomplir lui-même des actes juridiques, qui risqueraient fort de lui porter préjudice.

Aussi, et suivant les termes de l'article 224 précité, l'incapacité du mineur dépourvu de discernement serait reconnue de plein droit, sans qu'il y ait lieu d'intenter une action en justice à cette fin.

De ce constat l'on déduit que le législateur a non seulement cherché à protéger le mineur en son titre de partie faible au contrat, mais a aussi fait fi de la contradiction que suscite la confrontation des articles 224 C.F., 2 et 4 D.O.C²⁰¹. L'existence d'un contrat suppose un accord de volonté et il est, de ce fait, compréhensible que l'incapacité de conclure soit totale pour le mineur dépourvu de discernement. Mais si la loi a prévu la possibilité de valider les contrats qu'il conclut malgré son incapacité, ce n'est que la preuve que la volonté de protéger l'intérêt du faible surpasse la volonté de protéger l'intérêt général.

PLANIOL et RIPERT confirmaient cette logique en ces termes : « en droit civil, la plupart des incapacités visent à protéger l'incapable pour l'empêcher de se nuire par ses actes. Leurs sanctions frappent donc ses cocontractants, non l'incapable. L'organisation des nullités et des responsabilités encourues est entièrement tournée vers la sauvegarde de ce dernier »²⁰². La législation marocaine semblerait donc obéir davantage à une logique d'incapacité de protection que d'incapacité de défiance, qui elle, est censée protéger les cocontractants contre les agissements de l'incapable. L'auteur Sandrine GODELAIN explique la nuance en précisant que l'incapacité de défiance « n'a pas pour but de protéger l'incapable mais est au contraire dirigée contre l'incapable. L'individu est

²⁰¹ L'article 2 du D.O.C. dispose que « les éléments nécessaires pour la validité des obligations qui dérivent d'une déclaration de volonté sont : 1. La capacité de s'obliger ; 2. Une déclaration valable de volonté portant sur les éléments essentiels de l'obligation [...] ». Compte tenu de cet article, le contrat conclu par un incapable dépourvu de discernement devrait être considéré nul et d'une nullité absolue, puisqu'émanant d'une personne dont la volonté et la capacité fait défaut. L'article 4 du D.O.C. dispose quant à lui que « le mineur et l'incapable qui ont contracté sans l'autorisation de leur père, tuteur ou curateur, ne sont pas obligés à raison des engagements pris par eux, et peuvent en demander la rescision », et que « ces obligations peuvent être validées par l'approbation donnée par le père, tuteur ou curateur, à l'acte accompli par le mineur ou l'incapable ». Mais suivant le principe selon lequel les règles spéciales dérogent aux règles générales, ces dispositions deviennent désuètes car remplacées par celles du Code de la famille.

²⁰² PLANIOL (M.) et RIPERT (G.), *Traité pratique de droit civil français*, t.1, Les personnes : état et capacité, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1952, p.327

privé de l'exercice de ses droits dans un seul but : protéger les autres »²⁰³, ce qui n'est visiblement pas le mécanisme appliqué au Maroc vu que les intérêts du mineur dépourvu de discernement priment ceux de ses cocontractants. Reste à savoir ce qu'il en est des autres cas de minorité.

b) Le mineur au discernement limité

Les actes de l'enfant ayant atteint l'âge du discernement (12 ans), mais non celui de la majorité (18 ans), seront soumis aux dispositions de l'article 225 du Code de la famille comme suit : « 1. Ils sont valables s'ils lui sont pleinement profitables ; 2. Ils sont nuls s'ils lui sont préjudiciables ; 3. S'ils revêtent un caractère à la fois profitable et préjudiciable, leur validité est subordonnée à l'approbation de son représentant légal, accordée en tenant compte de l'intérêt prépondérant de l'interdit et dans les limites des compétences conférées à chaque représentant légal »²⁰⁴. Donc en théorie, le mineur doué de discernement ne peut conclure lui-même un contrat, c'est à son représentant de contracter à sa place. Toutefois, si le mineur contracte en l'absence de son représentant, son contrat sera considéré comme étant valable s'il lui est profitable, et nul s'il lui est préjudiciable. Et dans l'hypothèse où il lui serait à la fois profitable et préjudiciable, il reviendra à son représentant légal de le ratifier ou de le déclarer nul ; celui-ci jouant alors un rôle prépondérant dans l'advenir de la relation contractuelle sur laquelle le cocontractant ne dispose finalement d'aucun pouvoir.

Il est à noter cependant que la nullité des contrats conclus par le mineur doué de discernement, n'est pas de plein droit. Leur nullité est subordonnée à la preuve d'une lésion. A cet égard, l'on pourrait considérer que le mineur doué de discernement, bien que limité, ne devrait pas se plaindre du contrat qu'il aurait conclu lui-même s'il ne subit pas de préjudice. Ici encore, rappelons que le contrat est nul parce qu'il est préjudiciable, et non pas parce qu'il a été accompli par un incapable dont la volonté consciente fait défaut. Cela signifie que ce n'est pas le manque de discernement qui donne ouverture à nullité, mais le préjudice causé à l'incapable. Voilà pourquoi lorsque l'acte lui est profitable, le contrat reste valable. Donc, l'intérêt protégé par la loi à l'article 225 du Code de la famille est celui de l'incapable à qui revient seul le droit d'invoquer en justice la nullité du contrat,

²⁰³GODELAIN (S.), *La capacité dans les contrats*, thèse, Paris, L.G.D.J., Fondation Varenne, 2007, p.176

²⁰⁴Rappelons ici que les juridictions marocaines veillent au respect des normes concernant les compétences des représentants légaux. Aussi, la Cour Suprême a déclaré nul le contrat de vente conclu par le curateur d'un mineur sans l'accord du juge des tutelles : C.S.Com., 04 mai 2005, n°497, R.J.D., n°152, 2006, p.185. En revanche, la Cour Suprême a déclaré valide le contrat de vente d'un immeuble du mineur par son père sur la base des articles 149 et 158 de l'ancien Code du statut personnel, équivalents aux articles 229, 230 et 233 du Code de la famille, qui déclarent le père représentant de son fils et responsable de ses biens : C.S.Civ., 25 janvier 2006, n°290, R.J.C.S., n°67, 2007, p.42 ; C.S.Com., 10 septembre 2008, n°1111, R.J.D., n°157, 2010, p.175 ; C.A.Civ. Marrakech, 12 septembre 1989, n°639, R.C.A.M., n°19/20, 1991, p.788

à travers son représentant ; lequel peut aussi décider de renoncer à une telle sanction en ratifiant l'acte.

Plusieurs auteurs approuvent cette hypothèse en invoquant la nullité comme un moyen de protéger celui qui est privé de raison et qu'il ne serait pas admissible que tout intéressé _ et en particulier le cocontractant _ puisse prétendre faire valoir une nullité étrangère à la protection de ses intérêts²⁰⁵. En revanche, les juridictions peuvent soulever l'incapacité du contractant lorsque le litige qui leur est présenté concerne un contrat conclu par un incapable. Autrement dit, l'article 225 du Code de la famille sanctionne les actes de l'incapable doué de discernement par une simple nullité relative, dont l'incapable et son représentant peuvent se prévaloir. Par conséquent, le cocontractant de l'incapable ne peut opposer l'incapacité du mineur avec lequel il aurait contracté pour invoquer la nullité du contrat (art. 10 D.O.C.). Il ne lui est pas permis de soulever le défaut d'une condition de formation du contrat pour contester sa validité. Il est vrai que le processus de formation du contrat repose sur le principe de l'autonomie de la volonté et le consensualisme, lesquels impliquent qu'en règle générale, le contrat n'est conclu qu'à partir de l'échange de consentement des parties. Mais l'article 2 du D.O.C. ajoute comme condition *sine qua non* la capacité de contracter. Elle est donc indispensable à l'existence du contrat. Ce serait donc porter atteinte à une exigence d'ordre public que de faire produire effet à un contrat auquel il manque un élément essentiel à sa formation. Par conséquent, la nullité absolue qui sanctionne le défaut d'une condition d'ordre public devrait être la seule sanction possible du contrat conclu par un mineur au discernement dépourvu ou limité.

Une fois encore, la volonté de protéger les intérêts du mineur, partie faible au contrat, prime non seulement les intérêts de son cocontractant, mais encore les règles de principe régissant la validité des contrats. L'on pourrait évoquer une surprotection de l'incapable, car elle se fait au détriment des conditions de formation du contrat, qui sont pourtant d'ordre public. Mais cette surprotection reste justifiée. C'est dans le but de protéger le faible contre les autres et contre lui-même que l'on accepte qu'elle surplombe les conditions de validité du contrat.

Néanmoins, cette exception n'est pas sans limites. Si la faiblesse du mineur s'amenuise à mesure qu'il grandit, il a semblé légitime de faire correspondre l'évolution de cette maturité avec la

²⁰⁵MALAUURIE (Ph.), *Les personnes, La protection des mineurs et des majeurs*, 6^e éd., Paris, Defrénois, Lextenso, 2012, p. 266 ; MARIA (I.), *Les incapacités de jouissance, Etude critique d'une catégorie doctrinale*, thèse Saint-Etienne, 2006, p. 204 ; CATALA, (P.), « *Regard rétrospectif sur les incapacités établies par le code civil* », in *Le statut des majeurs protégés*, Colloque Caen, J.C.P.N., 2008, p.1267 ; TERRÉ (F.), FENOUILLET (D.), *Droit civil, Les personnes, La famille, Les incapacités*, Paris, Précis Dalloz, 7^e éd., 2005, p. 1200 et s. ; BATTEUR (A.), *Droit des personnes des familles et des majeurs protégés*, 5^e éd., Paris, L.G.D.J., 2010, p. 275 et s.

capacité de contracter. C'est pourquoi l'idée de laisser le mineur passer seul ses contrats est apparue à l'esprit du législateur dans le régime spécifique à l'émancipation du mineur, mais aussi dans celui de l'autorisation d'expérience.

c) Le mineur disposant de ses biens

Un mineur est-il capable de comprendre les clauses parfois complexes d'un contrat, et d'accepter avec entière lucidité les risques qui l'accompagnent ? La question se pose pour le mineur qui demande une autorisation d'expérience, et celui qui revendique une émancipation. Ces deux statuts font acquérir au mineur une capacité contractuelle, avec cependant des différences notoires dans sa portée selon le régime auquel le mineur est soumis. Aussi, les parents et le juge procèdent-ils d'abord à un examen des facultés intellectuelles du mineur et de sa lucidité, afin d'apprécier l'opportunité de l'octroi d'une émancipation ou d'une autorisation d'expérience.

1. Le mineur bénéficiant d'une autorisation d'expérience

Le législateur considère qu'à ce stade de développement, à savoir entre douze et seize ans, le mineur peut intervenir dans quelques types d'opérations et être à même de gérer une partie de son patrimoine. Cette autorisation d'expérience lui permet d'acquérir davantage d'expérience dans la gestion de son patrimoine et dans la conclusion des contrats. Cette première étape d'apprentissage n'est pas destinée à lui accorder la capacité juridique, mais seulement à l'autoriser à passer lui-même des conventions, afin qu'il acquiert progressivement sa capacité à mener raisonnablement ses affaires.

Ainsi en est-il de l'autorisation d'expérience octroyée au mineur à partir de douze ans, afin qu'il gère une partie de son patrimoine à titre d'expérience. Cet octroi est soumis aux conditions prévues par l'article 217 du Code de la famille, qui dispose que le mineur doit être doué de discernement. L'article 226 du Code de la famille dispose que « le mineur, doué de discernement, peut prendre possession d'une partie de ses biens pour en assurer la gestion, à titre d'essai ». Il ajoute qu'« une autorisation est accordée, à cet effet, par le tuteur légal ou par décision du juge chargé des tutelles, sur demande du tuteur testamentaire ou datif ou du mineur intéressé ». Le droit d'octroi de cette autorisation d'expérience est donc l'exclusivité des parents et du juge des tutelles, et la demande d'autorisation peut provenir du mineur comme elle peut provenir de son tuteur testamentaire ou datif. Il résulte de cette autorisation que le mineur sous autorisation d'expérience sera « considéré comme ayant pleine capacité pour agir dans la limite de l'autorisation qu'il a reçue et pour ester en

justice » (art. 226 C.F.). Notons toutefois que la loi n'apporte aucune précision sur les conséquences d'un dépassement de la limite autorisée.

Ceci dit, s'il s'avère que le mineur ne réussit pas dans la gestion de ses biens, « le juge des tutelles peut annuler l'autorisation de remise des biens, sur demande du tuteur testamentaire ou datif, du ministère public ou d'office, en cas de mauvaise gestion dûment établie, des biens autorisés » (art. 226 C.F.). De la même manière, « le tuteur légal peut retirer l'autorisation qu'il a accordée au mineur doué de discernement s'il existe des motifs qui justifient ce retrait » (art. 227 C.F.).

Ainsi donc, l'autorisation d'expérience n'affranchit pas le mineur de la tutelle, contrairement à l'émancipation dont la portée est plus étendue.

2. Le mineur émancipé

Une émancipation précoce peut être accordée au mineur qui atteint l'âge de seize ans sur autorisation du tribunal. La demande peut émaner soit du mineur lui-même, soit de son représentant légal. Mais en toutes hypothèses, l'octroi de cette émancipation précoce est conditionné par le constat du bon sens du mineur (art. 218 C.F.).

A la différence de l'autorisation d'expérience à l'âge de douze ans, le mineur émancipé à l'âge de seize ans, est autorisé à disposer de l'intégralité de ses biens, et pas seulement d'une partie de son d'entre eux. Il est totalement affranchi de la tutelle et quitus lui est donné par son tuteur. Il dispose à cet effet de la pleine capacité. Néanmoins, cette émancipation ne concerne que ses droits patrimoniaux à l'exclusion de l'exercice de certains droits extra-patrimoniaux tels que le droit au mariage ou le droit de vote, qui eux restent soumis aux dispositions légales qui les régissent.

Par ailleurs, et alors que les dispositions de l'article 227 du Code de la famille envisagent le retrait de l'autorisation d'expérience, l'émancipation, elle, n'est pas révocable.

B. L'incapacité des majeurs

La situation du majeur incapable constitue le deuxième pivot de la faiblesse telle qu'envisagée par le droit commun. Le législateur prête son attention aux contractants adultes dont le discernement est altéré du fait de l'atteinte de leurs facultés mentales, mais aussi à ceux dont la faiblesse peut leur porter préjudice, bien qu'étant sains d'esprit. Il restreint tout de même les personnes entrant dans cette catégorie des majeurs incapables en ne tenant compte que du faible d'esprit, de celui qui a perdu la raison, du dément, et enfin du prodigue (art.220 C.F.).

La nature de l'altération des facultés mentales n'est pas expressément définie, mais englobe tous les troubles psychologiques et psychiatriques susceptibles d'entraver le discernement, et dont il appartient au corps médical d'établir l'étendue de l'affectation du sujet. N'entre cependant pas dans cette catégorie le prodigue qui, sans souffrir de handicap mental, est cependant atteint dans ses facultés de jugement. Les juges du fond sont alors appelés à se fonder dans leur appréciation sur tous les moyens de preuve, (et non uniquement sur l'expertise médicale) afin de déclarer l'incapacité d'un majeur.

Rappelons cependant que cette incapacité est limitée à l'altération des facultés mentales sans englober les altérations corporelles. Pourtant, ces dernières sont tout aussi susceptibles de créer une atteinte du discernement. Leur condition pourrait donner lieu à l'application de l'article 54 D.O.C., dans la mesure où il n'est pas ici question de permettre l'adoption d'une mesure d'incapacité pour un individu dont les facultés corporelles sont altérées, mais de protéger son consentement dans l'hypothèse où son discernement aurait été atteint du fait de sa maladie. Seulement, la frontière n'est pas toujours aisée à établir, et les interrogations soulevées par F. RUELLAN sur le cas d'une personne non voyante qui demandait sa mise sous tutelle, témoignent de la difficulté dans laquelle se trouve parfois le juge²⁰⁶.

Aussi, selon le degré d'altération de ces facultés mentales, le législateur distingue deux catégories de personnes, qui obéit chacune à un régime spécifique. La première catégorie, les majeurs non pleinement capables, comprend le faible d'esprit et le prodigue, que la loi soumet à une capacité d'exercice limitée. Leur état ne détruit pas leur volonté, mais amenuise leurs capacités de jugement, d'où leur besoin d'être protégés. La seconde catégorie, les majeurs incapables, comprend le dément et celui qui a perdu la raison, dont l'atteinte des facultés mentales supprime toute volonté consciente. Ils sont à ce titre déclarés incapables. L'examen attentif des solutions protectrices que la loi leur confère, nous aidera à évaluer leur efficacité et leur opportunité.

a) Les majeurs non pleinement capables

La protection du majeur s'instaure comme une mesure exceptionnelle, qui ne peut se justifier que par un état de nécessité. L'altération des facultés mentales du dément ou de celui qui a perdu la raison, constitue à ce titre un justificatif de cette nécessité. D'abord, parce que son aliénation (innée

²⁰⁶ RUELLAN (F.), *A propos du régime de protection applicable au majeur dont les facultés corporelles sont altérées*, Paris, Dalloz, 1990, p.426

ou acquise, permanente ou intermittente²⁰⁷) le soustrait à toute capacité de raisonnement, de jugement, et de conscience, indispensables à l'expression d'une volonté contractuelle valable. Ensuite, parce que ce handicap mental fait de lui une personne dépendante, qui ne saurait répondre seule à ses besoins. Le dément et celui qui a perdu la raison, ont donc besoin d'une protection légale de leurs intérêts. Leur état de faiblesse les soumet au régime de représentation, et à l'instar du mineur, ils sont mis sous tutelle. L'article 220 du Code de la famille dispose que la personne qui a perdu la raison est frappée « d'interdiction par jugement du tribunal, à compter du moment où il est établi qu' [elle s'est retrouvée] dans cet état », et l'article 233 du même code ajoute que « le représentant légal exerce sa tutelle sur la personne et les biens du mineur, jusqu'à ce que celui-ci atteigne l'âge de la majorité légale. Il l'exerce également sur la personne qui a perdu la raison, jusqu'à la levée de son interdiction par un jugement. [...] ».

Ainsi, les actes du dément sont nuls et de nul effet (art. 224 C.F.). STARCK, ROLAND et BOYER rappellent la conséquence véritable de cette nullité : « [elle] n'est jamais automatique ; elle doit être prononcée par le tribunal à la demande de la partie qui a *qualité pour intenter l'action* [...]. Dans ces cas, le tribunal n'a pas de pouvoir d'appréciation ; si la nullité est demandée, il doit la prononcer dès lors que la cause de la nullité est établie »²⁰⁸. Or, une confusion réside quant à l'application de cette règle : d'abord, lorsqu'on la pose en parallèle avec l'article 4 du D.O.C. Dans son premier alinéa, celui-ci confirme le principe : « le mineur et l'incapable qui ont contracté sans l'autorisation de leur père, tuteur ou curateur, ne sont pas obligés à raison des engagements pris par eux, et peuvent en demander la rescision dans les conditions établies par le présent dahir ». Il ajoute cependant que « ces obligations peuvent être validées par l'approbation donnée par le père, tuteur ou curateur, à l'acte accompli par le mineur ou l'incapable. Cette approbation doit être donnée en la forme requise par la loi ». *Quid* alors de la nullité établie par l'article 224 du Code de la famille ? Si tant est que l'article 4 du D.O.C. puisse constituer l'exception à la règle, quel serait alors le fondement de cette ratification par le tuteur ? Car en principe, seuls les actes des personnes non pleinement capables peuvent recevoir une approbation par le représentant légal, fondée sur « l'intérêt prépondérant de l'interdit » (art. 225 C.F.).

²⁰⁷La démence n'étant pas seule cause d'incapacité, le législateur prévoit également le cas de celui qui aurait perdu la raison pour d'autres causes. Il en est de toutes les hypothèses de faiblesses séniles, notamment celles dues aux maladies neurologiques ou neuro-dégénératives, telles que la maladie d'Alzheimer, qui survient au cours de la vie du majeur et entraîne une perte progressive et irréversible de ses fonctions mentales. La multiplicité des causes éventuelles de pertes de raison explique le laxisme du législateur quant à sa définition, et permet ainsi au juge d'apprécier au cas par cas la situation mentale de l'individu nécessitant une déclaration d'incapacité.

²⁰⁸STARCK (B.), ROLAND (H.), et BOYER (L.), *Droit civil, Obligations, t. 2., Contrat*, 4^e éd., Paris, Lexis Nexis, 1993, n° 885, p.374

Mais une seconde hypothèse dans l'interprétation de l'article 4 du D.O.C. pourrait lever la confusion. Dans la version arabe _et donc initiale_ du texte, il est fait référence à l'incapable par l'expression littéralement traduite comme « celui qui manque de discernement (*naqis al ahliya*) ». Aussi, suppose-t-on que le législateur n'a voulu viser dans ce texte que les mineurs doués de discernement, et les majeurs non pleinement capables, à savoir le prodigue et le faible d'esprit. L'interprétation du texte dans ce sens irait alors en conformité avec l'article 225 C.F. qui n'accorde le droit d'approbation qu'aux mineurs doués de discernement et aux majeurs non pleinement capables, et n'entrerait donc pas en contradiction avec l'article 224 C.F. qui impose une nullité de plein droit aux actes de l'incapable. L'hypothèse est d'autant plus renforcée que le législateur du Code de la famille distingue le sort réservé aux contrats des incapables dans une section I, de celui réservé à ceux des majeurs non pleinement capables, dans une section II. Suivant ce raisonnement, nous sommes donc d'avis que les actes du dément et de celui qui a perdu la raison, sont nuls et de nul effet, sans qu'aucune approbation ne puisse être faite sur les actes qu'ils auraient conclus en l'absence de leur tuteur.

Ceci dit, il convient à présent de soulever une distinction notable entre la condition du majeur incapable protégé, et celle de celui qui ne l'est pas.

1. Le majeur incapable protégé

On parle de majeur protégé lorsqu'un jugement du tribunal déclare l'incapacité de l'individu, après que l'altération de ses facultés mentales eut été constatée et fondée sur « expertise médicale et sur tous les moyens de preuve » (art. 222 C.F.)²⁰⁹. L'interdiction est prononcée « à compter du moment où il est établi qu'ils se sont trouvés dans cet état » (art. 220 C.F.), et ce, sur la demande de « l'intéressé, du ministère public, ou de toute personne qui y a intérêt » (art. 221 C.F.).

La règle est toutefois nuancée par l'apport de l'article 217 C.F. qui précise que « la personne qui perd la raison de manière discontinue a pleine capacité durant ses moments de lucidité », en ajoutant que si cette perte de raison est volontaire (ex : consommation de stupéfiants), elle ne dégage pas de la responsabilité.

Mise à part cette exception, le dément et celui qui a perdu la raison demeurent régis par les mêmes dispositions que les mineurs dépourvus de discernement : leurs actes sont nuls et de nul effet (art.

²⁰⁹La Cour d'Appel de Rabat confirme dans un arrêt de 1993, que l'altération des facultés mentales du dément doit être déclarée judiciairement et non par simple certificat médical, pour que ses parents puissent exercer leur tutelle sur son patrimoine. C.A. Rabat, 02 mars 1993, n°92/738, R.J.C.S., n°64, 2005, p.173.

224), et sont mis sous tutelle (art. 211). Le représentant légal du dément exerce sa tutelle sur sa personne et ses biens jusqu'à la levée de l'interdiction (art. 220). En conséquence, les contrats conclus par le représentant du dément dans les formes établies par la loi ont la même valeur que ceux accomplis par le majeur maître de son droit. Aussi, l'article 12 du D.O.C. dispose que : « les actes accomplis dans l'intérêt du mineur, d'un interdit ou d'une personne morale, par les personnes qui les représentent, et dans les formes établies par la loi, ont la même valeur que ceux accomplis par les majeurs maîtres de leurs droits. Cette règle ne s'applique pas aux actes de pure libéralité, lesquels n'ont aucun effet, même lorsqu'ils sont faits avec autorisation requise par la loi, ni aux aveux faits en justice et portant sur des faits que le représentant du mineur n'a pu accomplir lui-même ». De plus, durant la période d'interdiction, tous les actes accomplis par le dément au mépris de son incapacité, sont nuls de plein droit, sans que l'on ai besoin de démontrer le préjudice qu'ils impliquent sur son patrimoine.

L'on déduit de ces articles deux constats importants. D'abord, que la faiblesse du dément est efficacement protégée lorsqu'il est judiciairement établi que ses facultés mentales sont atteintes. Jugement grâce auquel les actes qu'il aurait accompli en l'absence de son représentant légal n'engageront pas sa responsabilité.

Ensuite, notons tout de même qu'à la différence des personnes non pleinement capables (mineur doué de discernement, prodigue et faible d'esprit), le législateur n'a pas prévu de ratification possible de leurs actes lorsque ceux-ci leurs sont profitables. Du moins, c'est ce que nous a laissé paraître la lecture des articles 225 C.F. et 4 D.O.C. ; qui semblent tous deux converger vers la possibilité d'une ratification applicable uniquement au mineur doué de discernement et au prodigue et faible d'esprit (art. 228 C.F.); excluant de fait le dément et celui qui a perdu la raison. Ainsi, il ne pourra pas profiter des contrats qu'il aurait lui-même conclu, même s'ils sont non lésionnaires, ou profitables.

2. Le majeur incapable non protégé

L'incapacité du dément ne commence en principe qu'à partir du jugement déclarant l'interdiction. Cependant, la Cour Suprême a considéré que les actes du dément non protégé peuvent être annulés si l'aliénation du dément a été constatée au moment de la conclusion du contrat, ou dans le cas où son cocontractant était au courant de son aliénation²¹⁰. Aussi, dans le même sens, la Cour Suprême a

²¹⁰C.S., 06 février 1972, R.J.C.S., n°25, 1973, p.158

déclaré invalides les actes accomplis par le dément avant qu'il soit soumis à l'interdiction judiciaire, en arguant que son incapacité commence à partir du moment où ses facultés mentales sont altérées, et non à partir du jugement le déclarant interdit²¹¹.

En effet, il arrive que les tiers sachant que le dément est à la veille de recevoir une interdiction judiciaire, se hâtent de lui faire souscrire des engagements et cherchent à éluder la loi en rendant inefficace le système de protection qu'elle organise. Cependant, le dément non interdit n'est frappé que d'une incapacité de fait, modelée autour de la maladie, et par conséquent, permanente si la démence est continue, intermittente si la démence est entrecoupée d'intervalles lucides. Pour obtenir l'annulation des actes du dément, il suffit alors de prouver qu'ils ont été conclus sous l'empire de la démence²¹². Celle-ci pouvant être prouvée par tous les moyens, a reçu l'approbation de la justice quant à la validité de la preuve testimoniale du *lafif* confirmant la démence du contractant²¹³. La décision précise que la nullité frappant les aliénés est relative, car il serait en effet illogique de considérer que la nullité fût absolue. Seuls sont absolues les nullités qui sanctionnent l'inobservation des règles édictées dans un intérêt général. Or, s'agissant des personnes aliénées, l'intérêt général n'est pas en cause, seuls sont à considérer les intérêts personnels de l'aliéné. Il en résulte dès lors que la nullité est relative²¹⁴.

En revanche, la doctrine a prévu d'autres solutions protectrices des actes accomplis par le dément. Ainsi, Monsieur le Professeur Abdelaziz EL HILA envisage qu'une protection puisse se faire sur le fondement de leur pathologie : « [...] conçoit-on facilement que ces « incapables de fait » postulent une protection particulière au cas où ils contractent des engagements sous l'effet de leur état pathologique. Outre qu'ils conservent, bien entendu, la possibilité d'agir en rescision de l'obligation pour cause notamment de dol ou de lésion dans les conditions du droit commun, ils doivent disposer d'un moyen particulier leur permettant de se prévaloir de leur état de maladie, indépendamment de toute manœuvre dolosive ou lésionnaire, pour obtenir l'annulation du contrat ». Il ajoute que le Dahir des Obligations et des Contrats comporte déjà une base légale pouvant soutenir cette solution : « l'article 54 qui fait de la maladie (et autres cas analogues) un vice du consentement justifiant la rescision de l'obligation, et l'article 878 qui permet notamment à la personne faible

²¹¹C.S., 18 octobre 2000, n°3894, R.J.C.S., n°63, p.387

²¹²C.S., *ibid.*

²¹³C.S., 23 novembre 1999, n°5313, R.J.C.S., 2000, p.32 ; dans le même sens, voir C.S., 07 octobre 1998, n°6026, R.J.C.S., n°64, 2005, p.306

²¹⁴Sur ce point, voir MALAURIE (Ph.), *op.cit.*, n°205, p. 247

d'esprit qui contracte un prêt à un taux usuraire de demander la nullité de la convention ou la réduction du taux prévu et la répétition de ce qui a été payé indument. Bien qu'elles ne soient pas spécifiques aux contractants malades mentaux, ces dispositions méritent une attention, dans la mesure où l'on peut considérer que les personnes qui nous occupent y sont également visées et qu'elles peuvent donc en tirer parti »²¹⁵.

Ceci étant, l'on constate tout de même que les solutions prévues par la jurisprudence marocaine semblent plus souples, en ce qu'elles se dirigent toujours vers la protection du dément. Il suffit pour ce dernier ou sa famille d'apporter la preuve de son aliénation par tout moyen, pour que le juge déclare son contrat nul et de nul effet.

En comparaison, le droit français a prévu d'autres solutions quant à l'annulation des actes du dément non protégé après son décès. Selon Monsieur le Professeur Philippe MALAURIE, « la loi ne veut pas que les héritiers du majeur atteint d'une insanité d'esprit puissent librement contester les actes que leur auteur avait faits de son vivant ; [...] souvent, les héritiers auxquels nuit l'acte d'un mort son enclins à le taxer d'insanité ; par ailleurs, la démonstration de cette aliénation soulève, en fait, de grandes difficultés [...] »²¹⁶. Il ajoute que « après le décès de son auteur, la nullité d'un de ses actes ne peut être demandée pour insanité d'esprit que si l'acte litigieux en porte la preuve (art. 414-2, al.2 Code Civil Français), ce que l'on appelle la preuve intrinsèque. La preuve de l'insanité ne peut donc résulter que de l'incohérence de l'acte et il n'est pas permis d'utiliser d'une manière quelconque la preuve extrinsèque ²¹⁷ ». Toutefois, les restrictions apportées à l'exercice de l'action en nullité par les héritiers cessent de s'appliquer lorsque l'acte attaqué est un acte à titre gratuit ; la preuve de l'insanité étant dans ce cas libre (art. 901 du code civil français)²¹⁸.

Ces dispositions ne trouvent pas leur équivalent en droit marocain, de telles circonstances restent alors abandonnées à la seule appréciation du juge. Un manquement « regrettable, [...] Car c'est bien souvent que les héritiers désireux de déposséder de ses biens le parent en dernière maladie [...] ²¹⁹ ».

²¹⁵EI HILA (A.), *La protection juridique du malade mental*, thèse, Université Mohammed V- Agdal, Faculté des Sciences Juridiques, Economiques et Sociales Rabat, 1998-1999, p.239

²¹⁶MALAURIE (Ph.), *op.cit.*, n°205, p. 304

²¹⁷*Ibid.* p.305

²¹⁸STARCK (B.) ROLAND (H.) et BOYER (L.), *op.cit.*, n°208, p. 162-163

²¹⁹MOUNIR (O.), *Le nouveau droit de la famille au Maroc, Essai analytique, Le sort des mariages mixtes, Les marocains à l'étranger*, Ed. Cheminements, 2005, p.241-242

b) Le faible d'esprit

Comparativement à la situation du dément, la protection du faible d'esprit est sensiblement différente. Atteint dans ses facultés intellectuelles, celui-ci est diminué dans son intelligence et ses capacités de jugement, sans pour autant être totalement dépourvu de discernement. L'article 216 C.F. perçoit sa faiblesse comme un « handicap mental l'empêchant de maîtriser sa pensée et ses actes ». Et du fait que l'atteinte de ses facultés mentales soit de moindre gravité que celle du dément, la loi le considère comme non pleinement capable, en lui accordant une capacité d'exercice seulement limitée (art. 213).

Cette différence l'inscrit au rang des majeurs protégés par un régime de tutelle, au même titre que le mineur doué de discernement mais n'ayant pas encore atteint l'âge de la majorité. Aussi, les actes qu'il aurait conclus en dehors de l'assistance de son représentant légal, ne sont pas nuls de plein droit. Selon l'article 225 C.F. et 4 D.O.C., ses actes sont valables s'ils lui sont pleinement profitables, nuls s'ils lui sont préjudiciables, et subordonnés à l'approbation de son représentant légal s'ils comportent à la fois un caractère favorable et préjudiciable ; dispositions dont ne jouit guère le dément.

Il s'agit donc bien d'une protection rattachée à la qualité de la personne protégée. Le législateur lui prête une telle attention qu'il prévoit même sa protection à l'article 878 D.O.C., relatif à l'abus de faiblesse d'esprit dans un contrat de prêt à taux usuraires²²⁰.

Le régime prévu est donc en principe suffisant pour lutter contre les abus dont le faible d'esprit peut être victime ; l'action en nullité supposant que le cocontractant ait profité de son état de faiblesse pour le faire contracter. Aussi, l'annulation n'est possible que lorsque le contrat est préjudiciable (en tout ou en partie). Ce préjudice peut se manifester par un déséquilibre entre les conséquences qu'engendre le contrat conclu et les ressources ou les besoins du contractant faible d'esprit, indépendamment des obligations de l'autre partie. Le caractère préjudiciable du contrat est laissé à l'appréciation souveraine du représentant légal, qui doit cependant l'estimer en fonction de « l'intérêt prépondérant de l'interdit » (art. 225), à savoir en fonction de l'utilité de l'acte vis-à-vis du patrimoine du faible d'esprit. A noter que peu importe la cause ou le degré de ce déséquilibre, il ouvre la voie à la rescision dès lors qu'il existe, rien ne conditionnant le degré de préjudice

²²⁰Article 878 D.O.C. : « Celui qui, abusant des besoins, de la faiblesse d'esprit, ou de l'inexpérience d'une autre personne, se fait promettre, pour consentir un prêt ou le renouveler à l'échéance, des intérêts ou autres avantages qui excèdent notablement le taux normal de l'intérêt et la valeur du service rendu, selon les lieux et les circonstances de l'affaire peut être l'objet de poursuites pénales. [...] ».

nécessaire à l'annulation. Plus encore, la rescision est possible même pour les contrats ne comportant pas de déséquilibre, mais qui ne seraient pas dans l'intérêt de l'interdit. Ce défaut d'intérêt existe, par exemple, lorsque le bien acheté est trop cher par rapport aux ressources de l'incapable, ou lorsque le bien lui est inutile. C'est dire que la protection de l'intérêt du faible d'esprit prime la sécurité du contrat.

Néanmoins, l'on déplore que le faible d'esprit soit inscrit au rang des majeurs non pleinement capables. L'altération limitée de ses facultés mentales devrait lui préférer un régime plus similaire à celui de la sauvegarde de justice prévu en droit français. Plus organisée que l'absence de protection et moins sévère que la tutelle ou curatelle, la sauvegarde de justice a pour effet de protéger les actes de l'intéressé rétrospectivement. Celui-ci accomplit seul les actes de la vie civile, au même titre qu'un majeur capable de s'obliger. Ses actes ne pourront alors être annulés que lorsqu'ils comportent une lésion ou réduits en cas d'excès. Qui plus est, « les tribunaux prennent notamment en considération l'utilité ou l'inutilité de l'opération, l'importance ou la consistance du patrimoine de la personne protégée et la bonne ou mauvaise foi de ceux avec qui elle a contracté » (art. 435 C.Civ.F.). De telles mesures pourraient à la fois préserver la dignité du faible d'esprit en ce qu'il sera plus libre dans l'exercice de ses droits, et plus opportune quant à une meilleure justice contractuelle, car la rescision ne sera ouverte qu'en cas de lésion. Celui-ci pourra d'ailleurs conserver son droit d'invoquer la nullité du contrat qu'il aurait conclu sous l'empire de son trouble mental²²¹. Nous sommes cependant d'avis qu'il faille laisser au juge le choix du régime le plus opportun à la protection du faible d'esprit, en tenant compte du degré d'atteinte de ses facultés mentales.

c) Le prodigue

La prodigalité d'un individu est sans doute plus sensible et difficile à établir que l'incapacité du dément ou du faible d'esprit, en ce que la prodigalité n'est pas une maladie que l'on peut médicalement constater. Aucun certificat médical ne peut être admis à cet effet, et la preuve de la dilapidation du prodigue de ses biens, relèvera d'un examen de ses actes et de la manière dont il gère ses affaires. En général, un acte adoulaire suffit à la constatation de la prodigalité. Il reste que le prodigue s'aligne au rang du faible d'esprit puisque frappé d'une interdiction par jugement du tribunal (art. 220 C.F.), et considéré en cela, comme une personne non pleinement capable.

²²¹MALAUZIE (Ph.), *op. cit.*, n°205, p.312

Sa faiblesse impose une protection légale en raison du préjudice que créent ses comportements vis-à-vis de ses biens ou ceux de sa famille. Le code de la famille envisage dès lors de le protéger contre lui-même, mais aussi contre les contractants malhonnêtes qui n'hésiteront pas à exploiter sa faiblesse pour l'engager dans une convention en leur faveur et à son dépit.

A l'instar du faible d'esprit, il est soumis à un régime tutélaire, et ses actes sont régis par les dispositions protectrices de l'article 225 C.F. De la même façon, ses contrats sont valides s'ils lui sont favorables, invalides s'ils lui sont préjudiciables, et subordonnés à l'approbation de son tuteur s'ils lui sont à la fois favorables et préjudiciables. Auparavant, l'article 146 du Code du Statut Personnel, le considérait comme un incapable au même titre que le dément, en déclarant ses « actes de gestion sans effet »²²². Le Code de la Famille rétablit alors l'équité dans l'appréciation des actes du prodigue, en ne les déclarant pas nul de plein droit, mais passibles de rescision s'ils lui sont préjudiciables.

Notons toutefois que le prodigue ne profite de ces dispositions que lorsque sa prodigalité est établie par jugement du tribunal. *Quid* alors des personnes se trouvant en situation de prodigalité mais qui ne sont pas protégées par ce régime ? Nombreux sont pourtant ceux qui dilapident biens personnels et biens familiaux dans des jeux de hasard, crédits à outrance, et finissent par s'endetter à un point tel qu'ils ne peuvent subvenir seuls à leurs besoins. Est-il envisageable dans ces cas-là d'invoquer l'annulation de leurs contrats ? L'absence de jurisprudence marocaine en ce sens conforte l'idée que cet article n'ait jamais été utilisé pour la protection des prodiges souffrant d'une addiction, ou ayant contracté plusieurs crédits jusqu'à endettement.

Par ailleurs, les dispositions de l'article 225 C.F. seraient bien plus utiles au prodigue en ce que son préjudice résulte d'un moment de faiblesse qui l'induit à dilapider son argent dans des futilités, mais qui peut néanmoins recouvrer sa lucidité après coup. La règle instituée à cet article agit alors comme une protection *a posteriori* contre les préjudices émanant de sa faiblesse, ou de l'abus de ses cocontractants.

Ajoutons enfin, qu'au même titre que le faible d'esprit, le prodigue peut socialement souffrir de l'interdiction qui lui est faite, en ce que ses actes de la vie civile demeurent soumis à l'approbation de son tuteur. Celui-ci ne devrait pourtant recevoir cette approbation que pour les actes susceptibles de porter atteinte à son patrimoine. Aussi, et pour protéger le prodigue de manière efficace, faudrait-

²²²Article 146 du Code du Statut Personnel de 1976 : « Les actes de gestion conclus par le dément ou le prodigue sont sans effet lorsqu'ils ont été passés alors que leur auteur se trouvait en état de démence ou de prodigalité ».

il à notre sens, non pas le déclarer interdit, mais plutôt ne conditionner que les actes à risques préjudiciable à l'approbation d'un conseiller, curateur ou tuteur. L'utilisation de cette technique sera sans doute moins contraignante pour le prodigue qui ne se verra pas destitué de sa capacité d'exercice et sa dignité, mais simplement contrôlé dans les actes qu'il pourrait contracter à son dépit.

Reste à conclure que les différents régimes de protection des incapables et des personnes non pleinement capables, n'ont de chance d'être efficaces et profitables à leur sujet, qu'avec la mise en œuvre d'un contrôle judiciaire effectif.

En effet, l'article 235 C.F., rappelle qu'outre les responsabilités du représentant légal, celui-ci est soumis à un contrôle judiciaire : « [...] Le représentant légal doit informer le juge chargé des tutelles de l'existence de tous fonds, documents, bijoux et biens meubles de valeur appartenant au mineur²²³, faute de quoi sa responsabilité est engagée. Les fonds et les valeurs mobilières du mineur sont déposés, par ordonnance du juge, dans un compte du mineur ouvert auprès d'un établissement public, en vue de les préserver. Le représentant légal est soumis, dans l'exercice de ces missions, au contrôle judiciaire [...] ». Ce contrôle judiciaire est défini à l'article 265 C.F. : « Le tribunal assure le contrôle de la représentation légale, [...] ce contrôle a pour objet d'assurer la protection des intérêts des personnes incapables et des personnes non pleinement capables, d'ordonner toutes les mesures nécessaires en vue de préserver ces intérêts et de superviser leur gestion ». Il peut s'exercer préalablement à la représentation légale, sous les conditions de l'art. 240 C.F. : « Dans sa gestion des biens de l'interdit, le tuteur légal n'est soumis au contrôle judiciaire préalable et à l'ouverture de dossier de représentation légale que si la valeur des biens de l'interdit excède deux cent mille dirhams (200 000 DH) [...] »; mais il s'applique sans réserve à la gestion des biens de l'interdit, aux termes de l'art. 256 C.F. : « Le tuteur testamentaire ou datif doit, à tout moment, répondre à la demande du juge chargé des tutelles de lui fournir tout éclaircissement sur la gestion des biens de l'interdit ou de lui rendre compte à leur sujet », ce à quoi l'article 257 C.F. ajoute que : « le tuteur testamentaire est responsable des manquements à ses engagements concernant la gestion des affaires de l'interdit [...] Il peut, le cas échéant, répondre pénalement de ses actes ». L'article 270 permet au juge, dans ces conditions, d'« ordonner, selon les règles de droit commun, une saisie conservatoire sur les biens du tuteur ou les placer sous séquestre ou lui imposer une astreinte », tout

²²³L'article parle ici du « mineur », mais le contrôle judiciaire ne lui est pas spécifique. C'est ce que révèlent les articles suivants qui parlent de « l'interdit ».

comme il peut, « après avoir entendu ses explications, le décharger de sa mission ou le révoquer, soit d'office, soit à la demande du ministère public ou de toute personne intéressée ».

Ce contrôle judiciaire s'étend par ailleurs à la nature des actes que peut entreprendre le représentant légal, en conditionnant certains d'entre eux à une autorisation du juge chargé des tutelles. L'article 271 C.F. cite sept actes, parmi lesquels figure notamment la vente d'un bien meuble ou immeuble dont la valeur excède dix mille dirhams (10 000 DH) ou la création d'un droit réel sur ce bien, la participation par une partie des biens de l'interdit à une société civile ou commerciale ou leur investissement dans un but commercial ou spéculatif, ou encore, le désistement d'un droit ou d'une action de l'interdit. Enfin, l'article 275 C.F. confirme l'attention portée à la protection de l'interdit, en imposant que « tout partage d'un bien dont l'interdit est copropriétaire fait l'objet de partage présenté au tribunal qui l'homologue après s'être assuré, au moyen de l'expertise, qu'il ne porte préjudice aux intérêts de l'interdit ».

Le régime juridique relatif aux interdits agit dès lors comme une double protection : d'abord par le biais de la représentation légale, et ensuite par le contrôle judiciaire des actions du représentant légal. Le juge se présente ainsi comme un organe de contrôle fort important, puisque chargé de surveiller le tuteur et d'autoriser les actes patrimoniaux les plus importants²²⁴. L'institution judiciaire redouble d'importance, lorsqu'on sait le rôle protecteur qu'elle joue à l'égard des incapables dont les représentants légaux sont négligents ou malintentionnés. Car le tuteur, bien qu'étant de bonne foi, peut être profane ou inexpérimenté, et peut en cela mal gérer le patrimoine de l'incapable, en compromettant ses intérêts.

Paragraphe 2. Le régime des vices du consentement

Malgré l'ancienneté du régime, les vices du consentement continuent de constituer la base de droit commun de référence pour la protection contre l'injustice contractuelle. L'erreur, le dol et la violence²²⁵ agissent comme les garde-fous d'une autonomie de la volonté parfois défaillante, susceptible d'engendrer un consentement non éclairé ou atteint dans sa liberté. Cependant, ces derniers ne préservent pas contre le déséquilibre contractuel, mais seulement contre la conclusion

²²⁴COLOMER (A.), « *La tutelle des mineurs dans la moudawana ou code du statut personnel marocain* », in R.I.D.C., Vol.13,n°2, Avril-Juin 1961, pp.327-337

²²⁵L'article 39 D.O.C. dispose qu'« est annulable le consentement donné par erreur, surpris par dol ou extorqué par violence ». Considérés comme les vices traditionnels du consentement, ils ne seraient en réalité qu'au nombre de deux : l'erreur et la violence. Car selon le Professeur Jacques GHESTIN, « le dol, en effet, n'est pas lui-même un vice du consentement, puisque c'est l'erreur qu'il provoque qui atteint le consentement », *Rapport sur le Code civil du Québec, article 29, Obligations*, cité par GHESTIN (J.), *Traité de Droit civil, La formation du contrat*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 1993, p.454

d'un contrat contraire à la volonté de l'une des parties. Car en effet, et comme le souligne pertinemment Jean-Pascal Chazal dans sa thèse, « il peut très bien exister un vice du consentement sans qu'un déséquilibre entre les prestations en résulte, et inversement, un contrat peut être substantiellement déséquilibré sans pour autant que le consentement de la partie désavantagée ait été vicié ²²⁶ ». La théorie n'agirait alors que dans le sens de la protection du consentement et de son intégrité, indépendamment de la justice qui pourrait résulter du contrat.

Mais une partie de la doctrine reste convaincue que l'utilisation de la théorie des vices du consentement peut servir la justice contractuelle, notamment dans le rétablissement de l'équilibre au contrat par la commutativité des obligations²²⁷. Le professeur Jacques GHESTIN constate qu'en France, « dès le XIX^e siècle, la jurisprudence a sensiblement élargi la portée des dispositions du Code civil relatives aux vices du consentement », et trouve pour explication à cette tendance « l'accroissement contemporain des exigences de justice contractuelle et de bonne foi ainsi que le souci de tenir compte des aspects actuels des relations contractuelles, caractérisées notamment par de nouvelles formes d'inégalités, spécialement entre professionnels et profanes ou consommateurs »²²⁸.

Pour autant, J.-P. Chazal comme d'autres membres de la doctrine, pensent que « la théorie des vices du consentement, telle que le Code civil l'a organisée, s'est révélée d'un médiocre rendement social »²²⁹, qu'il « faut convenir que globalement, la théorie des vices du consentement n'est pas adaptée [au problème des clauses abusives] ²³⁰ », qu'elle fut notamment critiquée pour avoir été

²²⁶CHAZAL (J.-P.), *De la puissance économique en droit des obligations*, thèse Grenoble, Université Pierre Mendès France, 1996, p.388

²²⁷PÉROT-MOREL (M.A.), *De l'équilibre des prestations dans la conclusion du contrat*, Paris, Dalloz, 1961, p.167

²²⁸GHESTIN (J.), *op.cit.*, n°225, p.453

²²⁹MALAUZIE (Ph.), AYNES (L.), *Droit Civil, Les obligations*, 2e éd., in R.I.D.C., Vol.43, n°3, Juillet-Septembre 1991, pp.745-747 ; Idée partagée par Jacques GHESTIN, *op.cit.*, n°225, p. 453 : « Malgré cet élargissement des vices du consentement traditionnels, ceux-ci sont apparus cependant insuffisants pour assurer de façon adéquate la protection de la volonté et, à travers celle-ci, la justice contractuelle ».

²³⁰DE LAMBERTERIE (I.), RIEG (A.) et TALLON (D.), *Rapport Général*, in R.I.D.C. vol.43, n°3, Juillet-Septembre 1982, pp.1059-1106

instrumentalisée et dénaturée par la justice, dans l'intérêt de la partie faible²³¹, et qu'enfin, elle « protège indistinctement les économiquement puissants et les économiquement faibles »²³².

Il est vrai que sous bien des aspects, le régime est d'une relative inadaptation aux contrats d'adhésion, dont on constate l'atteinte faite au consentement²³³, sans pour autant pouvoir la faire correspondre aux caractères de l'erreur, du dol ou de la violence. Leurs conditions d'application sont d'autant plus rigoureuses et difficiles à prouver, en ce que le développement des formules contractuelles contemporaines empêche leur survenance (ex : conditions générales devant être lues et approuvées avant toute conclusion du contrat, obligation d'information et de conseil, laissant peu de risques d'erreur ou de dol; et alors même qu'il serait conclu contre notre gré, l'imposition d'un contrat ne saurait s'apparenter à de la violence).

Par ailleurs, le D.O.C. comporte d'autres outils qui, sans être assimilés aux vices du consentement, contribuent par leurs dispositions à vaincre le déséquilibre contractuel. Ainsi, la lésion (art. 55 et 56 D.O.C.), la maladie et les cas analogues (art. 54 D.O.C.), offrent-ils peut-être l'opportunité au juge d'une utilisation bénéfique à la partie faible au contrat, sans pour autant dénaturer leur destination.

Enfin, l'on se demande si l'adoption récente de la loi consumériste 31-08, aura une influence sur l'appréciation de ces différents vices selon la qualité du contractant. Ainsi, quelle interprétation fera le juge de l'erreur ou de la violence, selon que le contractant est consommateur ou professionnel ? Car par exemple, l'erreur du consommateur serait *a priori* plus excusable que celle du professionnel. Il en va de même lorsque l'action du profane est fondée sur l'existence d'un dol du spécialiste. Inversement, le professionnel, considéré comme contractant averti, aura sans doute plus de difficultés à faire admettre une erreur, ou encore un dol provoqué par son cocontractant (qui peut être un autre professionnel). Autant de raisons qui justifient l'analyse des vices du consentement à

²³¹« Les tribunaux, mus par le désir de moraliser le contrat, ont très vite malmené les textes du Code civil, s'arrogeant un grand pouvoir de contrôle et prononçant la nullité du contrat pour vice du consentement hors des limites étroites tracées par le législateur », MAZEAUD (H., L.) et CHABAS (J.), *Leçons de droit civil, Obligations*, t.II, vol. 1er, *Théorie générale*, Paris, Montchrétien, 1985, n°159, cité par CHAZAL (J.-P.), *op.cit.*, n°226, p.38, qui ajoute : « La jurisprudence a, depuis quelques décennies, considérablement dénaturé la notion de vice du consentement, en essayant de lui faire tenir une fonction qui n'est pas la sienne, à savoir protéger les contractants en situation d'infériorité contre les abus de puissance économique dont ils peuvent être victimes de la part de certains de leurs partenaires », p. 388

²³²CHAZAL (J.-P.), *op.cit.*, n°226, p.388

²³³Il s'agit dans la plupart des cas d'une contradiction entre la volonté réelle et la volonté déclarée du contractant faible.

la lumière de la loi 31-08, et de l'éventuelle influence de ses dispositions sur leur appréciation par le juge.

Nous verrons donc succinctement l'étendue du champ protecteur de la partie faible par les vices portant atteinte à la volonté (A), puis les critères influençant l'appréciation des vices du consentement (B).

A. Les vices portant atteinte à la volonté

Il ne suffit pas qu'un contractant jouisse de sa capacité et exprime sa volonté de conclure une convention, pour que celle-ci soit valide. Encore faut-il que son consentement ait été donné librement et de façon éclairée. L'atteinte de ce consentement par une erreur, un dol ou une violence, pourrait alors donner ouverture à rescision. Pourtant, et même avec la réunion de ces conditions, rien ne garantit que le contrat sera conclu aux normes de la justice contractuelle. Et si un consentement libre et éclairé est une condition *sine qua non* à la validité du contrat, rien dans le D.O.C. ne fait mention de l'équité comme condition de validité. Or, les litiges contemporains relèvent davantage de cette iniquité, que les tribunaux peinent encore à corriger faute de base légale les y autorisant.

L'on se demande, néanmoins, dans quelles mesures les dispositions relatives à l'erreur (a), au dol (b), et à la violence (c), peuvent conjurer l'iniquité dont est victime la partie faible au contrat.

a) La protection par le recours à l'erreur

L'erreur semble en apparence, l'outil le plus adéquat pour protéger le faible. Il paraît logique qu'une personne profane, analphabète, distraite, ou tout simplement trop timide pour questionner son cocontractant, soit sujette à une erreur. Sa faiblesse inhérente fait qu'elle peut se tromper, et ainsi se faire une fausse représentation de la réalité. Toutefois, accorder un droit de rescision chaque fois qu'un contractant commet une erreur, entraverait la sécurité et la stabilité des transactions. C'est la raison pour laquelle le recours à l'erreur est strictement conditionné. Il ne suffit donc pas de s'être trompé pour pouvoir demander l'annulation du contrat, ce qui rend difficile la protection de la partie faible qui aurait, en toute bonne foi, commis une erreur.

En effet, aux termes de l'article 40 du D.O.C., « l'erreur de droit donne ouverture à la rescision de l'obligation : 1° lorsqu'elle est la cause unique ou principale ; 2° lorsqu'elle est excusable », et conformément à l'article 41, l'erreur dans laquelle est tombé le contractant, doit avoir porté sur l'identité ou sur l'espèce, ou bien sur la qualité de l'objet qui a été la cause déterminante du consentement.

Concrètement, cette erreur doit avoir déterminé le consentement de la partie, sans laquelle le contractant ne se serait pas engagé. Celle-ci peut prendre des formes différentes selon les circonstances : « il peut s'agir de la substance matérielle de la chose, [son] authenticité, [ou encore] l'aptitude de la chose à remplir l'usage auquel on la destine ». L'erreur sur la personne peut également revêtir un caractère déterminant lorsque le choix du cocontractant est *intuitu personae* (art. 42 D.O.C.). Mais toujours est-il que « ce qui compte, c'est que l'erreur porte sur une qualité déterminante »²³⁴.

C'est le juge qui devra se prononcer sur ce caractère déterminant ou non, en procédant à une appréciation *in concreto* de l'espèce. Pour ce faire, l'article 44 du D.O.C. impose que « dans l'appréciation de l'erreur et de l'ignorance, soit de droit, soit de fait, les juges devront toujours avoir égard à l'âge, au sexe, à la condition des personnes et aux circonstances de la cause ». Ce sont ces critères qui estimeront la gravité de l'erreur et son caractère déterminant, mais aussi son caractère excusable, qui justifiera l'annulation du contrat. Dans ce contexte, M. Omar AZZIMAN ne manque pas de préciser que suivant des considérations tenant à l'équité, et alors même qu'il est « établi que l'erreur a déterminé le consentement, le juge hésitera à prononcer l'annulation dans deux hypothèses : lorsque la victime de l'erreur ne mérite pas d'être protégée (erreur inexcusable), lorsque le cocontractant de la victime de l'erreur mérite protection (erreur imprévisible) »²³⁵. Or, avec l'adoption de la loi 31-08, cette exigence de l'erreur excusable, connaîtra certainement un développement nouveau.

En effet, il est admis que l'erreur fautive est inexcusable. Aussi, les hypothèses de légèreté ou de timidité envisagées plus haut, seront irrecevables pour l'annulation du contrat. Mais l'appréciation de l'erreur excusable prend une toute autre dimension selon la qualité du contractant, et l'influence de la loi 31-08. A ce titre, le professionnel, et donc un spécialiste d'un domaine donné, est

²³⁴AZZIMAN (O.), *Le contrat*, Vol.1, Le Fennec, Casablanca, 1995, p. 123

²³⁵*Ibid.*, p. 125

incompatible avec l'existence d'une erreur excusable. La mobilisation des connaissances dont il dispose devrait normalement lui permettre d'être un contractant averti et connaisseur, prévenant, évitant de fait tout risque d'erreur. Qui plus est, en sa qualité de professionnel offrant des biens ou services, il doit adopter un comportement actif, et veiller convenablement à la défense de ses intérêts. Sa situation réduit alors ses chances d'annulation du contrat pour erreur.

A contrario, la qualité de consommateur, prédispose à une plus grande indulgence de la part des juges. Car depuis l'avènement des mesures protectrices du consommateur, celui-ci est tacitement présumé partie faible au contrat. Il aura ainsi plus de chances que le professionnel de se prévaloir d'une erreur, de sa simple qualité de consommateur. Notons cependant, que l'existence ou non de son erreur, est souvent recherchée dans l'acquittement du professionnel de son obligation d'information à l'égard du consommateur. En témoigne une jurisprudence française récente, qui se réfère à cette obligation du professionnel pour admettre ou non l'existence d'une erreur du consommateur²³⁶. Aussi, les demandeurs invoquent l'erreur non plus comme un vice de consentement, mais comme le résultat d'un manquement du professionnel à son obligation d'information du consommateur. Ils obtiennent alors une résolution de leur contrat pour inexécution, plutôt qu'une annulation du contrat pour vice de consentement. La qualité de ce dernier le privilégie d'autant plus qu'il incombe au professionnel d'apporter la preuve de l'acquittement de son obligation d'information vis-à-vis de son client.

Ceci étant, la condition du professionnel ne le condamne pas pour autant à ne jamais pouvoir se prévaloir de l'erreur viciant son consentement. Car bien que celle-ci se fasse rare du fait de sa compétence dans son domaine d'exercice, la doctrine rappelle que « la mauvaise foi de l'une des parties rend toujours l'erreur de l'autre excusable »²³⁷. En définitive, le recours par le professionnel partie faible au contrat à l'erreur pour annuler son contrat, sera d'une plus grande difficulté. Il devra

²³⁶C.A. Montpellier, 15 janvier 2015, n°12/00197, inédit : « Il appartenait en l'espèce à la société Ital Cucine, en application de l'article L. 111-1 du code de la consommation susvisé, de mettre en mesure les consommateurs de connaître les caractéristiques essentielles des biens et services qu'il leur proposait d'acquérir. [...] Or il n'est pas justifié par le vendeur qu'il ait donné connaissance aux consorts X... Y..., avant la signature du bon de commande constituant la signature du contrat de vente, de la portée juridique des articles des conditions générales de vente ci-dessus rappelés [...]. Il apparaît évident en l'espèce que si les consorts Y... X...avaient été pleinement informés des conditions juridiques et financières de leur engagement contractuel, qu'ils dénoncent dans leurs conclusions d'appel, ils n'auraient pas conclu cette vente dans de telles conditions et ils sont donc fondés à reprocher à leur vendeur son manquement à l'exécution de ses obligations légales d'information et de conseil ». La violation du professionnel de son obligation d'information entraîne alors la résolution du contrat selon les règles du droit commun, et non l'annulation pour vice de consentement.

²³⁷GHESTIN (J.), *op.cit.*, n°225, p.533

prouver soit l'erreur imprévisible²³⁸, soit la mauvaise foi de son cocontractant l'ayant induit en erreur.

Par ailleurs, une autre question relative à l'invocation de l'erreur vice de consentement demeure : peut-on consacrer une protection au contractant qui n'a pas compris les stipulations du contrat? En l'espèce, le contractant ne s'est pas trompé sur l'objet du contrat, mais il n'en connaissait pas toutes les caractéristiques, ou l'étendue réelle de son engagement. Il n'y a donc pas, à proprement parler, d'erreur au sens d'une discordance entre la volonté réelle et la volonté déclarée, mais un manque d'information du contractant. Nous avons vu plus haut que la jurisprudence française faisait reposer ce type d'erreur sur l'obligation d'information incombant au professionnel. En revanche, l'on s'étonne que la jurisprudence marocaine se soit montrée hostile à la protection des personnes illettrées.

Elle considère en effet qu'il suffit que le contractant ait déposé sa signature pour qu'il soit présumé lettré²³⁹. Cette position jurisprudentielle révèle une réalité choquante : l'appréciation de l'illettrisme du contractant aurait pu être vérifiée par d'autres moyens, notamment par une série de tests ou d'exercices, le niveau d'instruction, l'expertise d'un graphologue, ou tout simplement par preuve testimoniale. L'on déplore que la justice ce soit fondée sur le simple critère de la signature pour conclure à la compréhension complète des tenants et aboutissants du contrat par le contractant. De plus, l'erreur telle qu'actuellement conçue, n'est pas véritablement adaptée aux formules contractuelles contemporaines, caractérisées par l'absence de négociation préalable, des conditions générales chargées en jargon hermétique et parfois incompréhensibles, même pour un individu lettré.

La forme de la présentation des contrats, et la formulation complexe de leur contenu, ouvrent désormais naturellement la voie à l'erreur. Or, ironiquement, c'est la signature de ces mêmes formules contractuelles qui présumant la compréhension du contrat par le signataire, et partant, de son consentement exempt de vice. Aussi, faudrait-il désormais concevoir l'erreur, conformément à l'article 44 du D.O.C., en tenant compte des circonstances personnelles et contextuelles de la conclusion du contrat, en incluant l'intelligibilité de son contenu et le degré de compréhension de

²³⁸AZZIMAN (O.), *op.cit.*, n°234, p. 126 : « [...] il serait injuste d'opposer l'annulation (du contrat) à un vendeur qui n'a rien su des motivations de l'acheteur. [...] Ainsi, du fonctionnaire qui achète un appartement dans la ville où il entend être nommé mais où il ne sera pas nommé. Il est certain que le contrat n'aurait pas eu lieu s'il n'y avait pas croyance en une mutation ».

²³⁹C.S.Civ., 15 avril 1970, n°198, R.J.C.S., n°17, p.21

son adhérent. La jurisprudence tiendra compte de la clarté et de la langue de rédaction du contrat pour apprécier le caractère excusable de l'erreur.

Enfin, s'agissant de l'invocation de l'erreur sur la valeur de l'objet, elle n'est pas considérée par les juges comme une erreur substantielle puisqu'elle ne porte pas sur l'espèce ou sur la qualité de la chose, entendue comme l'une de ses qualités essentielles. Cependant, avec la multiplication des contrats types, et l'ambiguïté qu'impliquent parfois leurs clauses, ils pourraient exposer le contractant profane ou non expérimenté à une erreur sur la valeur de la chose. Les juridictions françaises ont pu faire bénéficier de la nullité le contractant profane pour son erreur sur la valeur de la chose. La Cour de cassation française a déclaré nul le contrat de crédit du fait de l'erreur qui a vicié le consentement du contractant qui croyait que le crédit serait à sa disposition à partir de la conclusion du contrat²⁴⁰.

En définitive, les conditions qui permettent l'invocation de l'erreur, en limitent grandement la portée protectrice pour la partie faible au contrat. Car à la difficulté probatoire s'ajoute celle de la réunion de la qualité déterminante et du caractère excusable de l'erreur. Pourtant, une meilleure exploitation des circonstances de la conclusion du contrat, et de la situation personnelle du contractant, pourrait admettre davantage d'erreurs excusables, notamment en cas d'illettrisme ou d'ignorance. Reste que les dispositions nouvelles de la loi 31-08 combleront peut-être les lacunes de l'erreur, en recherchant la part de responsabilité du professionnel dans son obligation d'information et de conseil.

b) La protection par le recours au dol

A l'inverse de l'erreur spontanée, le dol est une manœuvre intentionnellement déloyale, dont le but est d'induire en erreur. Sa condamnation en tant que délit civil, et comme source d'invalidité du contrat²⁴¹, se fonde sur l'inadmissibilité morale de la déloyauté entre contractants.

²⁴⁰C.Cass., 12 juillet 1958, cité par BERLIOZ (G.), *Les contrats d'adhésion*, Paris, L.G.D.J., 1973, p.101

²⁴¹Art. 52 D.O.C. : « Le dol donne ouverture à la rescision, lorsque les manœuvres ou les réticences de l'une des parties, de celui qui la représente ou qui est de complicité avec elle, sont de telle nature que, sans ces manœuvres ou ces réticences, l'autre partie n'aurait pas contracté. Le dol pratiqué par un tiers a le même effet, lorsque la partie qui en profite en avait connaissance ». Art. 53 D.O.C. : « Le dol qui porte sur les accessoires de l'obligation et qui ne l'a pas déterminée ne peut donner lieu qu'à des dommages-intérêts ».

Aussi, c'est parce que le dol suppose la mauvaise foi du contractant, qu'il soulève l'état de la moralité du contrat. RIPERT déclare à ce propos que « c'est surtout dans la théorie du dol qu'éclate le caractère moral de la théorie des vices du consentement. Ici, et par définition même, l'examen du juge porte beaucoup moins sur le consentement de celui qui a été trompé que sur l'acte coupable qui a trompé »²⁴². Car l'éthique des affaires impose tacitement la bonne foi des contractants²⁴³, or, dès lors que celle-ci est trahie, elle fait échec à toute la convention. La gravité d'un tel acte et ses conséquences, attire donc nécessairement l'attention sur son auteur supposé.

Seulement, nul n'est naturellement prédisposé à se prémunir contre un dol. L'acte dolosif est d'une telle malversation, qu'un contractant de bonne foi ne peut jamais le prévoir à l'avance, ni même s'en douter. Quelle que soit sa qualité, son degré d'instruction, son expérience ou sa vigilance, tout contractant peut un jour en être victime, pour peu qu'il soit de bonne foi. L'on en déduit que la souffrance d'un dol n'est pas l'apanage du faible. La position de faiblesse n'est donc pas une condition nécessaire pour qu'il y ait dol, même si elle contribue largement à sa survenance. Aussi, la protection légale contre le dol devrait englober tous les contractants, quelle que soit leur qualité ou leurs spécificités personnelles.

Ceci étant, la grande difficulté du dol est de le prouver. Bien que le législateur n'en ait pas limité le champ de manifestations (manœuvres frauduleuses, réticence ou silence, mensonge²⁴⁴), il est généralement difficile pour la victime d'apporter la preuve matérielle du dol, laquelle doit, de plus, induire directement une faute intentionnelle du cocontractant. Or, de nos jours, le consommateur est confronté à des conditions de formation du contrat qui peuvent l'induire à commettre une erreur (marketing exacerbé, clause d'apparence anodine mais aux effets conséquents, stipulations ou caractéristiques passées sous silence, etc.). Comment alors apporter la preuve que ces usages commerciaux ont été accomplis de mauvaise foi ? Car si les paroles s'envolent, les écrits restant ne prouvent rien. Ils sont préalablement étudiés pour éviter tout risque que le contractant résilie le contrat pour insatisfaction du produit ou du service. Autant dire que la seule solution revient à l'appréciation *in concreto* de l'espèce par le juge.

²⁴²RIPERT (G.), *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^e éd., Paris, L.G.D.J., 1949, p. 87

²⁴³L'islam accorde une importance majeure à l'honnêteté, et à la moralité des transactions. Il y est fait référence dans le Coran, en particulier dans la Sourate *Les Femmes* : « Ô les croyants! Que les uns d'entre vous ne mangent pas les biens des autres illégalement. Mais qu'il y ait du négoce (légal), entre vous, par consentement mutuel. Et ne vous tuez pas vous-mêmes. Allah, en vérité, est Miséricordieux envers vous ».

²⁴⁴Sur ces points, voir AZZIMAN (O.), *op.cit.*, n°234, p. 128

A titre d'exemple, l'appréciation du mensonge comme constitutif d'un dol, doit tenir compte de la nature du contrat, et de la relation qu'entretiennent les parties entre elles, incluant leur confiance réciproque. L'on pourrait aussi trouver une cause de nullité dans la réticence, à savoir le silence gardé sur un élément du contrat par l'une des parties et qui, s'il elle le connaissait, modifierait profondément ses intentions²⁴⁵. Car en effet, la réticence devient un acte fautif si l'une des parties a l'obligation d'informer son cocontractant et qu'elle ne le fait pas.

Un arrêt récent de la Cour d'appel de Paris confirme cette appréciation du silence : « le dol peut être constitué par le silence d'une partie dissimulant à son cocontractant un fait qui, s'il avait été connu de lui, l'aurait empêché de contracter ; Qu'en l'espèce, Mme X... était parfaitement informée par son acte d'acquisition du 10 septembre 1986 de la difficulté relative à la nature du sol de marbre de l'appartement,[...] Qu'il ne peut être soutenu que cette absence d'information envers les acquéreurs est due à une inadvertance de Mme X... alors qu'il est évident que sans cette manœuvre les époux Z... n'auraient pas contracté ; qu'en effet, ce défaut d'information a vicié leur consentement puisqu'ils ont ignoré la non-conformité du revêtement marbre [...] et qui allait les empêcher de jouir normalement de leur bien [...] ». En l'occurrence, l'induction de l'intention dolosive s'est fondée sur le fait que Mme X..., propriétaire initiale de l'appartement objet du litige, connaissait les problèmes résultant de son revêtement (nuisances sonores confirmées par expertise), et qu'elle n'en a pas fait part aux acheteurs²⁴⁶.

L'appréciation fautive de cette réticence dolosive, sera certainement davantage concrétisée à travers l'article 3 de la loi 31-08, qui dispose que « tout fournisseur doit mettre, par tout moyen approprié, le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du produit, du bien ou du service ainsi que l'origine du produit, ou du bien et la date de péremption, le cas échéant, et lui fournir les renseignements susceptibles de lui permettre de faire un choix rationnel compte tenu des ses besoins et de ses moyens. (...) ». L'article constitue aujourd'hui un fondement solide pour l'invocation de la nullité pour réticence dolosive sur le fondement de l'obligation d'information du professionnel. Car en sa qualité de spécialiste, il est supposé tenir un comportement loyal actif, en

²⁴⁵RIPERT (G.), *op.cit.*, n°242, p.89

²⁴⁶C.A. Paris, , 20 novembre 2014, n°13/10768, inédit.

ce qu'il est de son devoir de se renseigner, et de renseigner le consommateur²⁴⁷. La confiance qu'a le consommateur en le professionnel, qui le surpasse en savoir et en expérience, impose donc pour ce dernier une raison supplémentaire d'être loyal envers son client. En conséquence, il ne doit pas tromper la personne qui s'est fiée à lui, et est censé lui communiquer toutes les informations qui peuvent lui être utiles dans son choix. A défaut de l'acquittement de cette obligation, une action en annulation pour réticence dolosive se comprendrait alors aisément.

Néanmoins, alors que les manœuvres frauduleuses trouvent leur preuve matérielle dans des actions concrètes (ex : compteur de taxi trafiqué, kilométrage d'une voiture modifié), la réticence dolosive ne laisse pas de traces, elle est en cela impalpable. Elle résulte d'un facteur psychologique conjugué à une intention de nuire, or, ceux-ci ne vont pas toujours de paire. Un silence peut être du à une inadvertance (oubli non malveillant), à un manque de connaissances du professionnel sur l'objet du contrat (ex : défaut de montage sur un certain nombre de produits, ignoré par le vendeur), ou, enfin, à sa malveillance. Il est donc impossible de présumer avec certitude l'élément intentionnel du dol à la seule constatation d'une réticence. La malveillance ne peut être déduite par les juges que lorsque la réticence ne pouvait pas se justifier autrement que par une intention dolosive.

Encore que le professionnel est présumé connaître toutes les informations concernant l'objet du contrat et ses éventuels vices. Cette présomption est irréfragable, car par définition, un professionnel est celui qui maîtrise un domaine donné. Il est donc censé connaître tout ce qui se rapporte à l'activité qu'il exerce. Par opposition, sa connaissance à propos des aspirations de son client et de l'usage qu'il envisage pour la chose, ne relève que d'une présomption simple. Le professionnel peut donc apporter la preuve que le consommateur ne l'a pas éclairé sur l'usage qu'il comptait faire de la chose, ce qui ne lui a pas permis de l'informer sur les caractéristiques du produit qui l'intéressaient. Mais indépendamment de cette hypothèse, l'on présume que le professionnel connaît toutes les caractéristiques de son produit qui comportent un intérêt pour le client. Cette présomption est davantage renforcée lorsque le professionnel contracte dans son domaine, ou lorsqu'il existe une expérience des parties sur le type de contrat.

²⁴⁷DOMONT-NAERT (F.), « *Les relations entre professionnels et consommateurs en droit belge* », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, Paris, L.G.D.J., 1996, p.224 ; SINAY-CYTERMANN (A.), « *Les relations entre professionnels et consommateurs en droit français* », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, *idem*, pp.251-254

Retenons, enfin, qu'avec l'apport de la loi 31-08, la protection de la partie faible au contrat se fera plus favorablement en invoquant le défaut d'information, plutôt qu'en invoquant le dol. Car en cas de défaut d'information, le professionnel n'aura pas rempli son obligation et le consommateur sera légitimement en droit de réclamer une résolution du contrat. Le consommateur n'aura pas à prouver l'intention dolosive et la tromperie sans laquelle il n'aurait pas contracté, mais simplement l'inexécution de cette obligation d'information. Tandis qu'en invoquant le dol, d'autres conditions doivent être réunies : le dol doit porter sur l'objet principal du contrat et l'intention de tromper doit être prouvée. Le juge devra néanmoins tenir compte en toutes circonstances de la bonne foi des parties, sans laquelle la rupture du contrat ou son maintien, pourrait entraîner une injustice.

c) La protection par le recours à la violence

A la différence de l'erreur et du dol, le contractant victime d'une violence, sait dès le départ qu'il va conclure un contrat qui lui est préjudiciable, contre son consentement. Il est conscient de la portée de son engagement et de ses conséquences, mais sa volonté n'est pas libre. L'on irait même jusqu'à dire, qu'il ne s'agit pas d'un vice de consentement, mais d'une absence totale de consentement, puisque celui-ci ne veut pas s'engager, mais le fait contre son gré, au risque de subir de graves représailles. Ainsi, toute « contrainte exercée sans l'autorité de la loi, et moyennant laquelle on amène une personne à accomplir un acte qu'elle n'a pas consenti », constitue une violence (art. 46 D.O.C.).

Toujours comparativement à l'erreur et au dol, la violence est davantage à craindre pour la personne faible. Car en effet, c'est souvent la faiblesse de la personne qui l'expose au risque de subir une pression illégitime pour conclure un contrat. C'est pourquoi le législateur aborde les différentes manifestations de cette violence en citant : « les faits de nature à produire (...) soit une souffrance physique, soit un trouble moral profond, soit la crainte d'exposer sa personne, son honneur ou ses biens à un préjudice notable », et précise qu'il soit tenu compte de l'âge, du sexe, de la condition des personnes et de leur degré d'impressionnabilité (art. 47-2°).

L'analyse *in concreto* de la situation (personnelle et circonstancielle) du contractant, prend alors toute son importance, car c'est elle qui révélera la propension de la personne à être violentée, et à contracter contre son gré. Elle témoigne ainsi de l'intérêt que consacre le législateur à la situation

du contractant, en lui prévoyant un mécanisme de protection subjectif, en ce qu'il ne se focalise pas uniquement sur l'acte violent, mais analyse la propre faiblesse de la victime.

Il ajoute aux autres hypothèses « la crainte inspirée par la menace d'exercer des poursuites ou d'autres voies de droit [si] on a abusé de la partie menacée pour lui extorquer des avantages excessifs ou indus » (art. 48), et « la crainte révérencielle [lorsqu'elle est accompagnée de] menaces graves ou de voies de fait » (art. 51). Il envisage ses différents auteurs, en la condamnant « même si elle n'a pas été exercée par celui des contractants duquel la convention a été faite » (art.49), et « même lorsqu'elle a été exercée sur une personne avec laquelle la partie contractante est étroitement liée par le sang » (art. 50).

L'on peut donc en déduire que le législateur envisage un large champ de protection de la personne violentée. Le vice de violence paraît alors parfaitement adapté pour protéger efficacement le contractant en état de faiblesse. Mais dans quelles proportions ?

Il se trouve qu'à l'instar des autres vices du consentement, le champ d'application de du vice de violence est conditionné. Doivent être réunies des conditions précises, pour que la personne victime de violence puisse demander l'annulation de son contrat. La violence doit d'abord avoir été la cause déterminante de la conclusion du contrat, et ne pas avoir simplement influencé sa conclusion. Cela signifie que la victime doit prouver qu'elle n'avait d'autre choix que de conclure le contrat pour éviter la mise à exécution des menaces qui pesaient sur elle.

Ensuite, elle doit consister en des menaces à l'intégrité physique ou morale, ou doit faire craindre d'exposer sa personne, son honneur ou ses biens à un préjudice notable. Et c'est l'appréciation *in concreto* de l'intensité de ces menaces, et des caractéristiques spécifiques de la victime (âge, sexe et condition personnelle), qui déterminera sa situation et son degré d'impressionnabilité.

Enfin, la violence doit être illégitime, c'est-à-dire que la contrainte doit être exercée sans l'autorité de la loi. Aussi, toute contrainte ou pression exercée sur une personne pour conclure un contrat, ne constitue pas une violence susceptible d'entraîner son annulation. La raison en est qu'il est de bonne guerre entre contractants d'utiliser certains moyens de pression pour amener à la conclusion du contrat. De tous temps, le commerce s'est fondé sur l'habileté du vendeur à faire jouer la corde sensible de son client pour le pousser à acheter son produit. L'un puise dans les points faibles de l'autre la raison qui le poussera à contracter. Mais à la différence de la violence telle que

juridiquement caractérisée, le cocontractant s'engage en toute conviction. Son consentement existe, et son engagement ne résulte pas d'une crainte. Aussi, l'on ne saurait qualifier de déloyale l'utilisation raisonnable de la position de force face au cocontractant plus faible. Elle ne devient illégitime que lorsqu'elle exploite la faiblesse du contractant pour l'engager contre son gré à un contrat qui lui est préjudiciable, le tout en se servant de faits ou de menaces touchant à son intégrité physique, morale ou patrimoniale.

Dans la même optique, les juridictions marocaines ont été hostiles à l'annulation des contrats conclus dans une situation de contrainte légitime. Il en est du cas du détenu qui a déclenché une action en justice, réclamant la rescision de son contrat de vente du fait qu'il l'aurait conclu pendant son séjour en prison. Sa demande fut refusée car selon la Cour Suprême, l'incarcération constitue une contrainte légitime²⁴⁸.

En outre, s'est posée la question de savoir si l'existence de circonstances économiques ou sociales, ou la survenance d'un événement contre lequel on ne peut rien, lorsqu'ils poussent une personne à conclure un contrat désavantageux contre son gré, peuvent donner ouverture à rescision ? Autrement dit, « peut-on assimiler l'état de nécessité au vice de violence » et obtenir l'annulation du contrat²⁴⁹ ? En raison de ce que considère le D.O.C. comme violence illégitime, il ne paraît pas possible d'assimiler les deux notions l'une à l'autre. Car la violence impose qu'elle soit issue d'une personne, alors que l'état de nécessité provient de circonstances. Il n'émane pas du fait d'autrui, mais de la nature ou des transformations économiques ou sociales.

Or, force est de constater qu'aujourd'hui, les contractants sont très souvent confrontés à un état de nécessité, et contractent contre leur gré à des conventions désavantageuses du fait de cet état de nécessité. Pourtant, la loi ne lui a pas encore trouvé de solution. Seul subsiste l'article 306 du Code de commerce maritime qui dispose que « toute convention d'assistance et de sauvetage passée au moment et sous influence du danger [...] peut être annulée ou modifiée par le juge, s'il estime que les conditions convenues ne sont pas équitables »²⁵⁰. En dehors de ce cas, nombre de contrats d'adhésion sont conclus contre la volonté de leur contractant, du fait de leur état de nécessité.

²⁴⁸C.S.Civ., 7 décembre 2005, n°3241, R.J.C.S., n°51, p.55

²⁴⁹AZZIMAN (O.), *op.cit.*, n°234, p.134

²⁵⁰*Ibid.*

Seulement, aucune base légale ne tient compte de cet état, et pour cause : l'admission de la rescision pour engagement en l'état de nécessité, porterait atteinte à la sécurité contractuelle. C'est la raison pour laquelle les circonstances personnelles de la conclusion du contrat, ne sont généralement pas prises en compte par le droit. Hormis dans le cadre de la théorie de la cause, la conception qu'a le droit de la relation contractuelle est nécessairement restrictive et objective, dans le but d'assurer la sécurité des échanges économiques.

De fait, aussi protectrices que se veulent ces dispositions, elles ne seront que d'une utilité réduite, et ce pour trois raisons. D'abord, parce que le vice de violence se retrouve très rarement en pratique. Il n'intéresse donc qu'un infime pourcentage de contractants, dont la situation de faiblesse reste marginale. Dès lors, ne pourront en bénéficier que les personnes ayant réuni les conditions suffisamment graves de violence à cause desquelles elles se sont engagées contre leur consentement. Ensuite, parce qu'encore une fois, la preuve de la violence est difficile à apporter. Encore que la violence physique peut laisser des traces, mais la violence morale, issue d'une pression psychologique, est impalpable.

Enfin, parce que de nos jours, la situation la plus caractéristique de l'engagement vicié, est celle de l'état de nécessité, et non la violence telle que prévue dans le D.O.C. Il appartient donc au législateur d'apporter la solution au contrat à la fois injuste et conclu contre son consentement, du fait d'un état de nécessité.

En France, un arrêt audacieux²⁵¹ a remis en question la conception tripartite des vices du consentement, en admettant la rescision d'un contrat pour vice de consentement sans le qualifier : il n'entrait dans aucune des catégories de vices prévues par le législateur. En l'espèce, une femme remet en cause la validité de la convention d'honoraires qui la relie à son avocat pour vice de consentement. « L'accumulation d'un grand nombre de détails, relevé par l'arrêt, consolide la démonstration que la cliente était dans un état de faiblesse qui, parce qu'il était implicitement reconnu par l'avocat, pouvait caractériser, en l'espèce, un vice de consentement »²⁵². Par conséquent, il fut déclaré que l'état de faiblesse de la cliente a altéré son consentement, et la Cour conclut alors à l'existence d'un vice de consentement, sans pour autant le qualifier. Elle se base sur les « circonstances de la signature de la convention [qui] permettent d'estimer que le consentement

²⁵¹C.Cass., Civ.2ème, 5 octobre 2006, n°04-11179, inédit.

²⁵²BATTEUR (A.), *op.cit.*, n°205, p.80

de Mme X... n'a pas été libre ». Un argument proche de la violence, mais sans pour autant y être assimilé, puisqu'il s'agirait d'une « contrainte économique ».

Nul doute qu'une appréciation unitaire du vice de consentement, rendrait perplexe la communauté juridique, en ce qu'elle remettrait en question toute la théorie. Le juge pourrait constater un vice de consentement, mais le ferait d'un point de vue subjectif, et indépendamment de tout critère légal. Cependant, l'arrêt aura eu le mérite de souligner l'importance de la faiblesse et de ses effets sur la qualité du consentement donné. En prenant le risque de déclarer un vice de consentement pour cause de faiblesse, la justice française suscite la réflexion quant à la considération par la loi de la situation de faiblesse du contractant vis-à-vis des effets qu'elle pourrait avoir sur le contrat, et l'injustice qui peut en découler. De fait, l'analyse de la situation personnelle du contractant devient un critère nécessaire à l'appréciation du vice de consentement.

B. L'effet de la compétence sur l'appréciation des vices du consentement

L'appréciation des vices du consentement demeure stricte et subjective. Le juge doit, certes, s'en tenir aux conditions prévues par la loi, mais c'est son appréciation *in concreto* de l'espèce, qui peut faire basculer l'appréhension d'un vice de consentement.

Au demeurant, le D.O.C. n'a apporté pour cette appréciation que les critères reliés à l'âge, au sexe, et à la situation personnelle du contractant. Mais l'avènement de la loi consumériste apporte une nouvelle vision du contrat, en ce qu'elle crée dans l'esprit du juge, une distinction graduelle des forces du consommateur et celles du professionnel. Et tout comme la faiblesse du consommateur est déduite de son statut, d'autres contractants ont auparavant disposé de cette protection fondée sur leur qualité de contractant. Ainsi en est-il du locataire, de l'assuré, du salarié ou encore du patient, qui, sans être explicitement déclarés parties faibles au contrat, bénéficient pourtant d'une attention spéciale, que l'on ne retrouve pas chez leurs cocontractants bailleur, assureur, employeur ou médecin.

L'appréciation de l'espèce *in concreto*, gagnerait-elle alors à se fonder sur le critère de la qualité du contractant ²⁵³? Autrement dit, la théorie des vices du consentement serait-elle plus utile en tenant compte de la qualité du contractant ? Car après tout, la faiblesse issue de la position contractuelle

²⁵³Sur ce sujet, voir NOBLOT (C.), *La qualité du contractant comme critère légal de protection*, thèse, Paris, L.G.D.J., 2002, p.94 et s.

est une réalité connue mais jusqu'ici délibérément ignorée dans l'appréciation d'un vice de consentement. Quelles raisons s'opposeraient alors à sa prise en considération?

En réalité, l'on promeut de nos jours une importance particulière du savoir, et l'étendue des connaissances d'un individu peut grandement influencer sa position de force ou de faiblesse dans le contrat. Un second critère pourrait alors se conjuguer à celui de la qualité pour apprécier le vice de consentement, celui de la compétence du contractant. Ainsi, selon que le contractant soit spécialiste ou profane, l'on pourrait plus facilement apprécier l'existence d'un vice de consentement.

L'analyse de ces deux critères, à savoir la qualité et la compétence du contractant, nous permettra de savoir jusqu'où peut-être étendue la théorie des vices du consentement, en vue de protéger la partie faible au contrat.

a) L'effet de la compétence du contractant sur l'appréciation de l'erreur et du dol

La tendance actuelle du droit de la consommation, est de renforcer les obligations des professionnels en faveur des consommateurs ; telles l'obligation d'information²⁵⁴, de respect du délai de réflexion²⁵⁵ et de celui de rétractation²⁵⁶, mais aussi de loyauté²⁵⁷ et de bonne foi. Ces obligations sont d'autant plus sévères, qu'il est aujourd'hui plus facile pour un consommateur d'invoquer la nullité pour vice du consentement, en cas de manquement du professionnel à ses devoirs. En revanche, le professionnel ne pourra pas échapper à l'exécution de son contrat pour les mêmes vices du consentement, comme peut le faire le consommateur, car sa qualité de spécialiste constitue un obstacle déterminant à toute action fondée sur les vices du consentement.

Parallèlement, la situation du profane est toute autre. Le fait que son cocontractant soit un spécialiste, lui permet de se libérer plus facilement des engagements qu'il aurait stipulés avec son cocontractant professionnel. Sa faiblesse cognitive, face au professionnel expérimenté, le présume

²⁵⁴Titre II, Information du consommateur, de la loi 31-08 édictant des mesures de protection du consommateur, *op.cit.*, n°26.

²⁵⁵Articles 116 et 125 de la loi 31-08 édictant des mesures de protection du consommateur.

²⁵⁶Articles 85 et s., art. 94 et 97, art. 188 de la loi 31-08 édictant des mesures de protection du consommateur.

²⁵⁷Sur la publicité loyale, art. 74 et 76 de la loi 31-08.

tacitement partie faible au contrat, méritant la protection du législateur et celle des juges, qu'il s'agisse d'erreur, de dol, ou de violence morale²⁵⁸. Les deux types de contractants sont alors différemment perçus par le droit, selon leur qualité et compétences. De fait, l'appréciation de l'erreur, et du dol, a de grandes chances d'être influencée par la qualité du contractant.

En effet, et malgré la conception stricte de la notion d'erreur, il semblerait que la faiblesse d'une partie dans un contrat, soit mieux appréhendée par la loi consumériste. L'avènement de la loi 31-08 apporte un changement notoire, en ce qu'il prend en considération la qualité du contractant dans son champ de protection. La faiblesse du consommateur ne se retrouve pas dans sa définition initiale²⁵⁹, mais se déduit par opposition à la puissance qui caractérise le professionnel. La qualité de professionnel est rattachée à l'étendue de ses compétences, et celle de consommateur à l'exiguïté de ses connaissances. C'est en cela que le législateur oppose tacitement la considération d'un spécialiste face à un profane. Une considération qui ne manquera pas d'influencer l'appréciation du vice de consentement, en ce que la qualité du contractant renseigne désormais sur sa puissance ou sa faiblesse au contrat.

Cette influence est susceptible d'apparaître dans la notion d'erreur excusable. Alors que sous l'empire du droit commun, elle ne s'apprécie qu'à travers les critères de l'âge, du sexe, et de la condition de la personne ; avec la loi consumériste, elle s'admet plus facilement à travers la faiblesse du consommateur profane. Car c'est son état de connaissances limitées sur le produit, qui constitue sa faiblesse par rapport au professionnel, qui lui, est parfait connaisseur. En cette qualité, le consommateur a une grande propension à commettre une erreur, celle-ci devient alors plus facilement excusable²⁶⁰. Elle l'est d'autant plus lorsqu'une obligation d'information fait défaut²⁶¹. L'erreur excusable agit alors comme une sanction de l'inexécution du professionnel de cette obligation lui incombant. La qualité de consommateur facilite alors l'appréhension de l'erreur

²⁵⁸La violence morale est davantage à craindre par opposition à la violence physique, car c'est celle qu'il est le plus enclin à subir.

²⁵⁹Le législateur s'est contenté d'une définition économique du "consommateur" : « on entend par consommateur toute personne physique ou morale qui acquiert ou utilise pour la satisfaction de ses besoins non professionnels des produits, biens ou services qui sont destinés à son usage personnel ou familial » ; qui ne se conçoit que par opposition au "fournisseur", défini comme « toute personne physique ou morale qui agit dans le cadre d'une activité professionnelle ou commerciale » (art. 2, loi 31-08).

²⁶⁰GHESTIN (J.), *Les obligations, La formation du contrat*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 1993, p.481

²⁶¹C.S., Com., 24 mai 2006, n°535, R.J.C.S., n°61, Janvier 2007, p. 237-242

excusable, et permet à la victime de se prévaloir plus facilement d'un vice de consentement pour obtenir l'annulation du contrat.

A contrario, la qualité de professionnel inverse cette appréhension : pour lui, l'erreur est inexcusable par principe, excusable par exception. Considéré comme spécialiste, il dispose en cette qualité de plus nombreux moyens pour lui permettre de conclure un contrat de façon éclairée. Le cumul de ses connaissances et expériences en font un contractant averti, trop peu enclin à commettre une erreur. Sa compétence présumée, dérivée de sa qualité, lui interdit alors toute erreur. La recevabilité de sa demande en annulation risque donc de se heurter à l'obstacle de sa qualité. Car l'on admet mal qu'il puisse se tromper dans un domaine qu'il maîtrise. Sa compétence devrait normalement le protéger contre l'erreur sur une question relevant d'une technique qu'il est censé maîtriser pour l'exercice de sa profession, ou dont le devoir de se renseigner ne tolère pas la négligence, et par ailleurs, ne permet pas l'erreur. La compétence particulière présumée chez le professionnel, élimine toute probabilité d'erreur sur une chose relevant de son domaine d'activité. Ainsi, l'erreur du professionnel n'est concevable que dans la mesure où il contracte dans un domaine étranger à sa profession, désarmé de ses compétences et de son expérience.

L'appréciation *in concreto* de sa situation se fera alors selon l'étendue du domaine de sa compétence professionnel, et selon que le domaine dans lequel il a contracté est le sien ou non²⁶². Ainsi, la justice française fait-elle la différence entre le professionnel contractant dans son propre domaine, et celui contractant hors de son domaine de compétences. Une différence capitale, qui délimitera le critère d'appréciation de l'erreur excusable de celle qui ne l'est pas. Elle a recherché la distinction du professionnel et du non professionnel dans le critère de la spécialité exercée : s'il contracte hors de cette spécialité, les juges déduisent son état d'ignorance de son défaut de compétences²⁶³. L'erreur excusable serait, dans ce contexte, davantage concevable.

Le professionnel dans ce cas, se trouve dans une situation de faiblesse comparable à celle du consommateur, et en conséquence, son erreur est excusable du fait qu'il a contracté dans un moment où il était désarmé de ses compétences et de son expérience.

²⁶²BÉNABANT (A.), *Les obligations*, 11^e éd., Montchrétien, Paris, L.G.D.J., 2007, p.68 ; STARCK (B.), ROLAND (H.), BOYER (L.), *Les obligations*, *op.cit.*, n°208, p.183

²⁶³C.Cass. Civ., 28 avril 1987, n°85-13674, Bull. n°134, 1987, p.103. Les magistrats ont déduit l'état d'ignorance du fait d'une absence de compétences du professionnel qui agit en dehors de sa spécialité.

En revanche, dans le cas contraire, lorsqu'il contracte dans le domaine de sa profession, seule l'erreur invincible à laquelle nul ne peut normalement échapper, lui permettra de se libérer de ses engagements contractuels pour vice du consentement.

Cette erreur invincible, est concevable lorsqu'elle est similaire à l'apparence trompeuse, qui induit en erreur même les personnes les plus avisées telles que le professionnel. L'importance et la gravité de cette apparence trompeuse, constitue le fondement de l'annulation du contrat en faveur du professionnel ; car il n'est pas impossible qu'un professionnel soit aussi victime d'une erreur invincible, mais ses chances d'échapper à cette erreur sont plus élevées que pour un profane.

En raison de son expérience, une erreur même invincible, n'échappera pas en principe à son observation. Il est bien mieux placé que le profane pour détecter toute tromperie ou mensonge commercial.

A l'inverse, le profane est plus susceptible d'être victime d'une erreur, même dans les conditions les plus optimales ; loin de toute publicité mensongère, de pression déloyale, il peut tomber dans l'erreur de la simple réticence du professionnel, dès lors que le silence de celui-ci portait sur une qualité déterminante pour le contractant.

Par ailleurs, le silence entretenu par le professionnel sur une information déterminante pour le consommateur, doit donner ouverture à rescision. Le professionnel, en sa qualité de spécialiste, est présumé maîtriser les techniques de mise en valeur du produit qu'il présente, et il est supposé les communiquer au consommateur. Et pour assurer ce devoir, il est censé se renseigner auprès de son cocontractant au sujet de ses attentes, afin de lui assurer une meilleure information, incluant toute prévention contre les vices cachés, ou même les dangers possibles que peut invoquer la mauvaise manipulation du bien ou du service. D'ailleurs, dans l'appréciation des vices du consentement, et en particulier lorsqu'il s'agit des vices cachés, les juges se fondent sur ce que l'on peut légitimement attendre d'un professionnel de par sa compétence, pour déceler sa volonté d'induire le consommateur en erreur.

La jurisprudence marocaine en a tenu compte pour l'annulation d'un contrat pour manquement à une obligation d'information de la part d'un professionnel²⁶⁴. Les juges, considérant les

²⁶⁴C.S., Com., 24 mai 2006, n°535,R.J.C.S., n°61, Janvier 2007, p. 237-242

connaissances que le professionnel est présumé posséder en sa qualité de vendeur, le déclarent débiteur d'un devoir d'information concernant l'objet vendu à l'acheteur²⁶⁵.

Cette jurisprudence, bien qu'antérieure à la loi consumériste 31-08, participe à la tendance contemporaine du renforcement des obligations du professionnel vis-à-vis du consommateur, et par ailleurs, favorise le recours à l'annulation du contrat comme sanction au manquement du professionnel à son devoir d'information.

Cette solution répond aussi bien aux exagérations qu'aux réticences que peuvent commettre les professionnels dans leurs techniques de vente. Les juges ne se réfèrent évidemment pas à ce que l'on peut attendre d'un consommateur profane (veiller à ses propres intérêts et les défendre), mais à ce que l'on attend normalement d'un professionnel comme devoir imposé et exigé par la loi, tel le devoir d'information.

Ainsi, la qualité des contractants est prise en compte dans l'appréciation aussi bien de l'erreur que du dol. Le professionnel, dans sa maîtrise et son expérience, est considéré bien mieux placé que le profane pour discerner les mensonges de son cocontractant. Au demeurant, s'il invoque l'annulation du contrat pour erreur ou dol, sa demande sera rejetée, sauf en cas d'erreur invincible.

En revanche, la demande de rescision du profane fondée sur l'existence d'une erreur ou d'un dol, sera plus facilement acceptée que celle du professionnel. La loi 31-08 le présume partie faible, créancière d'un droit à l'information, et il en résulte que sa demande d'annulation pour erreur ou dol, sera plus facilement reçue lorsque son cocontractant aura manqué à son devoir d'information.

Cette solution s'impose davantage en cas de réticence dolosive. Le champ d'annulation du contrat pour ce vice, connaîtra certainement une forte extension avec la loi 31-08, qui impose au professionnel l'obligation d'informer le profane, et de lui communiquer les renseignements nécessaires pour lui éviter tout risque d'erreur ou de dol. Dans le cas contraire, l'annulation s'impose totalement. La solution peut se comprendre plus aisément car elle présente la sanction d'un manquement à un devoir d'information dont le professionnel est le seul détenteur. Il ne s'agit pas, dans cette hypothèse, de protéger seulement le profane, mais encore d'imputer une sanction au professionnel pour n'avoir pas rempli l'obligation dont il est débiteur.

²⁶⁵C.S., Com., 19 juillet 2006, n°825, R.J.J.M., n°113, Mars-Avril 2008, p.117-121

Le critère de la compétence du contractant, semble, par ailleurs, disposé à influencer l'appréciation de la violence morale.

b) L'effet de la compétence du contractant sur l'appréciation de la violence morale

Comme nous l'avions signalé précédemment, la violence physique entre contractants est très rare. Ceux-ci sont plus enclins à subir des pratiques similaires à de la violence morale. En effet, celle-ci peut prendre la forme de moyens de pression déloyaux, créant une contrainte pour le cocontractant, qui se voit forcé de s'engager contre son gré.

A la différence de l'erreur et du dol, la qualité de la victime ne constitue pas un obstacle à la recevabilité d'une demande en annulation pour violence morale, car il est admis que le particulier, comme le professionnel, sont tous les deux susceptibles d'être exposés à une violence morale²⁶⁶. Mais cela ne signifie pas non plus que la qualité de la victime n'a aucune incidence sur la demande d'annulation du contrat pour violence morale. Car le particulier peut plus facilement l'invoquer que le spécialiste, en raison de la position de force du professionnel.

En effet, Il est normal que le professionnel puisse utiliser certains moyens de pression pour amener son cocontractant à s'engager. Il ne lui est pas interdit d'exploiter les points faibles de son cocontractant *_ à savoir ses passions ou ses besoins _* ni d'utiliser les arguments qui lui sont favorables, pour l'encourager à s'engager dans des conditions moins avantageuses qu'il ne le souhaitait. Cependant, ces agissements ne peuvent être sans limites. La bonne foi et l'équité interdisent par principe, tout comportement déloyal vis-à-vis du cocontractant.

De nos jours, ces comportements s'apparentant à de la violence morale, se retrouvent dans les pratiques commerciales, mais aussi dans la conclusion du contrat de travail. La situation de faiblesse que connaît le demandeur d'emploi, l'expose souvent à s'engager dans une convention défavorable, contraint par le spectre du chômage. Or, le fait que le chômage ne soit pas une menace émanant de l'employeur, mais du à un élément extérieur à la relation contractuelle, se classe en état de nécessité. De ce fait, il ne peut être assimilé à de la violence, et sa victime ne peut l'invoquer à titre de vice de consentement. Sa qualité de demandeur d'emploi peut néanmoins profiter à

²⁶⁶ La jurisprudence française est allée jusqu'à fonder la violence morale sur le seul état de vulnérabilité du contractant: selon un arrêt du 13 janvier 1999, la Cour de cassation a retenu la vulnérabilité d'une femme, ancienne adhérente d'une secte, séparée de son époux et ayant ses enfants à charge, pour annuler le contrat de vente de sa maison, car victime de violence morale, Cass. civ. 3 , 13 janvier 1999 : Bull.civ. III, n° 10 ; D. 1999, Inf. rap. p. 38

l'employeur, qui n'hésitera pas à exploiter sa contrainte économique pour imposer un contrat déséquilibré.

Pour autant, l'appréciation *in concreto* de l'espèce, doit prendre en compte la qualité des contractants, en ce que leur position contractuelle est susceptible de favoriser ces pratiques déloyales. Partant de la loi 31-08, le juge doit prendre en compte aussi bien la qualité de la victime de la violence invoquant la nullité, que la qualité de l'auteur de la violence, qui est le plus souvent un professionnel. *A priori*, le professionnel peut moins facilement que le profane invoquer la violence comme vice de consentement impliquant la rescision du contrat. En revanche, le particulier peut bénéficier de l'annulation du contrat, dès lors qu'il apporte la preuve d'une violence qu'il a subie de la part du professionnel. Ainsi, la qualité des contractants devrait-elle influencer la décision du juge dans la déclaration de la nullité du contrat vicié pour violence morale.

Néanmoins, on notera qu'aux termes mêmes de l'article 49 du D.O.C., la violence donne ouverture à rescision de l'obligation, même si elle n'a pas été exercée par celui des contractants au profit duquel la convention a été faite. Ainsi, la violence donne ouverture à rescision même si elle émane d'un tiers, et pas seulement du contractant à qui profite la violence.

Ce qui implique l'obligation pour le juge de prendre aussi en considération l'intervention de cette tierce partie dans l'appréciation de la violence. Mais cette fois-ci, la qualité de ce tiers importe peu sur la recevabilité de la demande en rescision, car l'article 49 garantit l'annulation dès l'instant où la violence provient d'un tiers, indépendamment de sa qualité.

En conséquence, il est inutile pour les juges de se référer à la compétence de ce tiers pour déclarer ou refuser l'annulation du contrat pour vice de violence ; du simple fait que ce tiers n'est pas partie au contrat, bien que son intervention a joué un rôle sur la validité du contrat lorsque la violence émane de lui.

En conclusion, la protection offerte par le régime des vices du consentement, est restrictive et peu opportune à la partie faible au contrat.

Restrictive, car ses nombreuses conditions en limitent le champ d'application : en plus de la difficulté probatoire et de la nécessité de la qualité déterminante du vice, chacun comporte des caractéristiques spécifiques, à défaut desquelles il ne saurait être qualifié de vice de consentement, et ne pourrait alors donner ouverture à rescision.

Peu opportune, car elle ne répond pas aux nouveaux problèmes contractuels. L'état de nécessité, la contrainte économique, l'asymétrie de l'information²⁶⁷, ou encore les pratiques agressives, fréquemment présents dans les contrats d'adhésion ; sont autant de situations caractéristiques d'un consentement vicié, et dont ne tient pas compte le législateur. Dans la volonté d'englober ces situations, le juge ne peut qu'étendre l'interprétation des vices du consentement, au risque de les dénaturer.

Néanmoins, la loi 31-08 peut apporter une nouvelle appréhension des vices du consentement. Par la prise en compte de la qualité et des compétences du contractant, le juge pourra apprécier la propension du contractant à être victime d'une erreur, d'un dol ou d'une violence. Il sera ainsi plus facile pour un consommateur profane d'invoquer l'erreur ou le dol, car pour le juge, il est supposé n'avoir que des connaissances limitées sur l'objet de son contrat. Le professionnel, *a contrario*, est supposé *renseigné* (il doit connaître toutes les informations relatives au produit), *le renseigner* (il doit transmettre ces informations à son client), et *se renseigner* (auprès de son client pour connaître l'usage qu'il compte en faire). A défaut de l'exécution de cette obligation d'information du professionnel, le consommateur pourrait légitimement réclamer la rupture du contrat. Reste à savoir si la justice marocaine procédera à une *rescision* pour vice de consentement, ou à une résiliation, pour cause d'*inexécution* contractuelle.

Cependant, il reste que l'appréhension des vices du consentement selon la qualité du contractant, risque d'être arbitraire et inéquitable vis-à-vis du professionnel. En effet, ce dernier ne pourra que difficilement échapper à ses engagements, dans la mesure où la loi 31-08, ne consacre sa protection qu'au consommateur. Sa qualité de spécialiste constitue un obstacle déterminant à toute action fondée sur les vices du consentement. Alors qu'*a contrario*, la qualité de spécialiste permet au cocontractant profane de se libérer plus facilement de ses engagements : sa faiblesse cognitive face à l'expérience et aux connaissances du professionnel, le présume partie faible au contrat, méritant la protection de la loi et du juge. La situation du consommateur est en cela plus avantageuse à la comparer à celle du professionnel.

²⁶⁷Sur ce sujet, voir DARI-MATTIACI (G.) et HOUTCIEFF (D.), « *Vices du consentement et aléa moral à travers la jurisprudence de la réticence dolosive* », in *Droit et économie des contrats*, JAMIN (C.) (dir.), Paris, L.G.D.J., 2009, pp. 47 et s.

Ceci dit, rien n'empêche le juge de tenir compte de l'étendue des compétences du professionnel pour apprécier l'existence d'une erreur ou d'un dol. Seulement, la preuve des connaissances restreintes sur le produit, risque d'être difficile à apporter pour le professionnel, et difficile à accepter par le juge.

A ces failles s'ajoute, enfin, l'inconvénient majeur du recours aux vices du consentement pour protéger la partie faible : la solution adoptée est l'annulation du contrat²⁶⁸.

Section 2. La protection de la partie faible au niveau de la loi consomériste

C'est en se référant au régime, tel qu'il a été aménagé pour l'essentiel par la loi 31-08, issue de la tendance contemporaine renforçant les droits du consommateur, que l'on parvient à analyser la protection consacrée à la partie faible au contrat.

La loi, comme son intitulé l'indique, se préoccupe de protéger le consommateur, en veillant à l'équilibre contractuel par le biais de certaines dispositions concernant tantôt, les conditions précontractuelles, tantôt, le contenu du contrat, lorsqu'il comporte des clauses abusives.

La loi, est censée protéger la partie faible contre les clauses abusives. Cette qualification de clause abusive, s'est construite sur le rejet de l'autonomie de la volonté critiquée par la doctrine²⁶⁹ : une antinomie existe entre le principe de la liberté contractuelle, corollaire de l'autonomie de la volonté, et l'existence d'une inégalité entre les parties.

Pour que le contrat génère spontanément un équilibre entre les intérêts de chaque contractant, un ajustement équitable est nécessaire pour assurer la justice contractuelle entre des forces inégales. Autrement dit, il s'agit de contrer ce que la supériorité technique, intellectuelle, et économique, d'un contractant sur l'autre, peut créer comme abus et exploitation de la faiblesse. Le consommateur, partie profane, est susceptible d'être exposé à des abus du professionnel, générant un déséquilibre contractuel à son détriment.

Dès lors, une intervention est indispensable pour retrancher les clauses abusives du contrat. Il s'agit de protéger la partie faible en lui garantissant que le contrat auquel elle s'engagera sera toujours

²⁶⁸A l'exception du cas où le vice du consentement ne porte que sur un élément accessoire du contrat, ce qui permet le maintien du contrat.

²⁶⁹DOMONT-NAERT (F.), « *Les relations entre professionnels et consommateurs en droit belge* », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, Paris, L.G.D.J., 1996, p. 229 ; LAPOYADE DESCHAMPS (C.), *Droit des obligations*, Paris, Ellipses, 1998, p.25. Ces auteurs estiment que la liberté n'est pas la seule valeur à protéger, il y a aussi la sécurité et l'équité, que seule la loi peut assurer ; ce que traduit la phrase célèbre de LACORDAIRE : « entre le fort et le faible, c'est la liberté qui opprime et la loi qui libère ».

équilibré. Mais pour ce faire, deux questions s'imposent : qui doit-on protéger et contre quoi doit-on protéger ?

En simplifiant les choses, la loi semble, *a priori*, tardive et restrictive (paragraphe 1), et assure une protection inéquitable des contractants (paragraphe 2).

Paragraphe 1. Une prise de conscience tardive et arbitraire

Il aura fallu attendre le 17 avril 2011 pour consacrer au consommateur profane une protection légale contre les tromperies et les pièges du professionnel. Cependant, il convient de noter que cette protection, n'est pas à proprement parler, une nouveauté de la période contemporaine. Auparavant déjà, l'on pouvait relever diverses manifestations de cette protection : la loi 13-83 relative à la répression des fraudes²⁷⁰, la 77-03 relative à la communication audio-visuelle²⁷¹, la loi 06-99 relative à la liberté des prix et de la concurrence²⁷², qui a d'ailleurs eu le mérite de souligner tacitement le besoin de protéger le consommateur ; mais c'est de nos jours, avec le développement de la consommation et des contrats d'adhésion, que les interventions législatives se sont multipliées en vue d'assurer une protection au consommateur profane face au professionnel averti. C'est donc durant cette dernière décennie que la loi consumériste a vu le jour.

Des dispositions légales, dans leur majorité inspirées de la loi française, apportent au principe en vertu duquel le contrat légalement formé ne peut plus être révoqué que du consentement des parties contractantes (art. 230 D.O.C.). Une exception au principe se justifie par l'objet que la loi 31-08 poursuit, à savoir la protection du consommateur, partie présumée faible face au professionnel : plus que le nombre même des dispositions légales, c'est l'étendue de leur champ d'application (B) et la portée de leur efficacité (A), qui permettront de se prononcer sur l'utilité de cette loi.

²⁷⁰L'article 10 du dahir n° 1-83- 108 du 9 moharrem 1405(5 octobre 1984), portant promulgation de la loi n°13-83 relative à la répression des fraudes sur les marchandises (B.O. n° 3777 DU 20-3-1985), dispose qu' « est interdite toute publicité comportant allégation, indication ou présentation fausse ou propre à induire en erreur, sous quelque forme que ce soit, sur l'un ou l'autre des éléments ci-après : existence, nature, composition, qualité, teneur en principes utiles, espèce, origine, quantité, mode et date de fabrication, propriétés, prix, conditions de vente des biens ou services, conditions ou résultats de leur utilisation, motifs et procédés de la vente, livraison ou prestation, portée des engagements, identité, qualité ou aptitude des fabricants, revendeurs, promoteurs, annonceurs et prestataires ».

²⁷¹Dahir n° 1-04-257 du 25 Kaada 1425 (7 Janvier 2005), portant promulgation de la loi n°77-03, relative à la communication audiovisuelle, telle par la Chambre des représentants et la Chambre des conseillers (B.O. n° 5288 du 03 février 2005).

²⁷²Dahir n° 1-00-225 du 2 Rabii I 1421 (5 juin 2000) portant promulgation de la loi n° 06-99 sur la liberté des prix et de la concurrence (B.O. n°4810 du 06 juillet 2000).

A. Une protection à la portée confuse

C'est avec l'adoption de la loi 31-08 que l'on a pu mettre à la charge du professionnel certaines obligations au profit du consommateur. Cependant, l'inspiration consumériste domine, et l'on ne saurait nier son effet général de favoriser de façon tantôt préventive, tantôt corrective, l'équilibre contractuel, en agissant sur la qualité du consommateur réputé en état de faiblesse, par rapport au professionnel, homme de compétences économiques, juridiques, et surtout techniques, présumé partie puissante au contrat. Toutefois, la loi 31-08, par la formulation de ses dispositions, semble être une loi confuse, entachée d'imprécisions, de manière telle que le doute entrave les personnes bénéficiaires de sa protection (a) et même le régime protecteur relatif aux clauses abusives (b).

a) Une confusion relative aux personnes bénéficiaires de la protection

La détermination des personnes protégées pose une difficulté d'un ordre rarement évoqué : toute personne souhaitant conclure un contrat de consommation ne bénéficie pas automatiquement de la protection légale de la loi 31-08. L'objectif de la présente loi est bel et bien de protéger le consommateur, réputé faible, contre le professionnel réputé puissant ; seulement, la définition du consommateur telle que préconisée par le législateur (art. 2), est conçue de façon plus ou moins abstraite. Elle ne tient pas compte des multiples aspects pouvant se manifester chez les consommateurs. La loi retient dans son article 2 une définition étroite et restrictive²⁷³ : le législateur a limité la protection au particulier profane, personne physique ou morale, qui achète ou acquiert un bien ou un service pour son intérêt privé, ou pour les besoins de sa famille. A l'inverse, le fournisseur, c.à.d. celui qui achète ou acquiert ces biens et services pour les besoins de sa profession, n'est pas concerné par cette protection.

Deux critères justifient cependant la protection du consommateur. Le premier se rattache à la qualité du consommateur, comme partie profane et incompetente, tandis que le deuxième se lie à l'intérêt privé de l'acte conclu par le consommateur. Il faut donc que l'on soit en présence d'une

²⁷³Article 2 de la loi 31-08 : « La présente loi définit les relations entre le consommateur et le fournisseur. On entend par consommateur toute personne physique ou morale qui acquiert ou utilise pour la satisfaction de ses besoins non professionnels des produits, biens ou services qui sont destinés à son usage personnel ou familial. Le fournisseur est défini comme toute personne physique ou morale qui agit dans le cadre d'une activité professionnelle ou commerciale.

Les personnes de droit privé, délégataires de la gestion d'un service public, sont soumises aux obligations imposées au fournisseur par la présente loi. Les personnes morales de droit public sont soumises aux obligations imposées au fournisseur, sous réserve des règles et principes qui régissent l'activité de service public qu'elles gèrent ».

part, d'un consommateur qui contracte avec un professionnel, et d'autre part, il faut que ce consommateur contracte pour ses propres besoins et ceux de sa famille.

S'agissant du critère de l'incompétence du consommateur, déduit et fondé sur la qualité elle-même de consommateur, qui ne désigne rien d'autre qu'une personne inexpérimentée, ce critère paraît le plus évident pour une faiblesse du consommateur. En étant au bout de la chaîne de production, le consommateur peut demeurer ignorant des phases de production, des caractéristiques complexes du produit. Le degré de vigilance exigible d'une partie au contrat normalement, croît en fonction des expériences acquises, et le consommateur, faute de ces expériences, ne dispose pas des informations nécessaires pour s'engager en toute connaissance de cause. Il se trouve nécessairement en état de méconnaissance et d'infériorité par rapport au professionnel expérimenté. Ainsi, est justifiée la déduction du critère de l'incompétence. Ce critère réunit en son sein les caractères de la faiblesse du consommateur. Son ignorance, sa fragilité et sa position d'infériorité face au professionnel, imposent sa protection contre le professionnel²⁷⁴.

Le deuxième critère prévu dans la définition du consommateur, est celui de l'intérêt de l'acte. L'article 2 de la loi 31-08 précise que le consommateur est celui qui contracte pour son intérêt privé, ou pour celui de sa famille. Cependant, cet élément ne justifie pas la faiblesse, car contracter pour ses intérêts privés n'est pas une faiblesse en soi. Celle-ci résulte en revanche de la position du consommateur dans un contrat de consommation. Cette faiblesse présente l'avantage d'être strictement objective. Elle ne résulte pas de l'analyse personnelle de l'individu, mais de la position du consommateur face au professionnel. Définie objectivement, la faiblesse du consommateur n'est pas en soi condamnable. On ne peut reprocher à un professionnel d'avoir une position plus favorable que son cocontractant. L'ordre juridique admet les situations inégalitaires, et si ces situations sont admises en droit, leur utilisation abusive par certains contractants ne l'est pas. L'abus marque la limite entre ce qui est tolérable dans la relation contractuelle consommateur/professionnel, et ce qui ne l'est pas. Seulement, lorsqu'ils frappent des contractants profanes et incompetents, particulièrement vulnérables, ceux-ci sont réprimés.

²⁷⁴GHESTIN (J.) et MARCHESSAUX-VAN MELLE (I.), « *Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français et en droits européens* », in La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Comparaisons Franco-Belges, Paris, L.G.D.J., 1996, p. 9 ; LAPOYADE DESCHAMPS (C.), *op.cit.*, n°269, p. 29

Ainsi, la loi 31-08 protège le faible s'il y a abus au détriment d'une partie qui contracte pour son intérêt privé. Est-ce dire que le professionnel est supposé être exclu de ce domaine d'achats privés? Comment alors qualifier celui qui se présente comme professionnel averti sans l'être véritablement, dès lors qu'il contracte désarmé de son expérience et de ses connaissances ? La question est justifiée.

Une autre question concerne cette fois-ci le consommateur qui, tout en étant un simple particulier, contracte pour d'autres besoins que les siens ou pour ceux de sa famille ? Peut-il tout de même bénéficier de la protection de la loi 31-08 ?

A priori, par la définition qu'elle attribue au consommateur dans son article 2, ne semble pas prévoir cette probabilité.

Par ailleurs, la confusion de la loi 31-08 s'étend même à la définition du professionnel. La loi le désigne en se référant au vocable « fournisseur » (art. 2), alors que celui-ci ne représente qu'une seule catégorie de professionnels parmi d'autres. Il est néanmoins admis que le fournisseur est le professionnel qui agit pour les besoins de sa profession ; et c'est encore une fois le but de l'acte accompli qui définit la qualité de son auteur. Par conséquent, c'est le but de l'acte qui détermine les bénéficiaires de la protection prévue par la loi 31-08.

L'article 2 de la loi 31-08 semble écarter le fournisseur de son champ de protection. De la même façon, l'article 15 relatif aux clauses abusives, ne permet pas de déduire un champ plus large de protection, susceptible d'être appliqué à toute partie au contrat. Celui-ci ne fait référence qu'au consommateur et au fournisseur, sans prévoir le cas du professionnel qui contracte hors de son

domaine ; à l'inverse du législateur français qui lui s'y réfère à l'article 35 du Code de la Consommation²⁷⁵.

Faut-il pour autant en déduire que cette loi n'est pas applicable aux relations entre deux professionnels, lorsque l'un d'eux se trouve dans une situation comparable à celle du consommateur ? Dans l'état actuel des choses, la loi ne s'applique qu'aux contrats de consommation, « conclus entre fournisseurs et consommateurs » (art.15). Néanmoins, une solution incluant la protection des professionnels ne semble pas impossible. Car la logique impose la protection du professionnel, pour la simple raison que le fondement sur lequel repose la protection du consommateur est le même pour le professionnel qui contracte hors de son domaine de spécialisation.

Si la loi 31-08 vise par sa protection le consommateur partie faible au contrat, face au professionnel expérimenté, la justice contractuelle doit être établie à toute partie faible au contrat, nonobstant sa qualité de professionnel, dès lors qu'il s'avère que celui-ci a contracté désarmé des compétences que lui confère sa profession, et quelque soit l'intérêt de l'acte qu'il a conclu. Le professionnel, partie présumée forte, véritablement faible, doit en réalité profiter de la protection de la loi 31-08. Et s'il est vrai qu'un professionnel, quel qu'il soit, lorsqu'il contracte hors de son domaine de profession, n'est pas totalement dépourvu d'expérience quant à la protection de ses intérêts ; n'a toutefois pas nécessairement la possibilité d'en imposer le respect à son cocontractant professionnel. Et c'est de là que résulte le concept de la protection de la partie *la plus* faible.

²⁷⁵Article L.132-1 du code de la consommation français : « Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat. Un décret en Conseil d'Etat, pris après avis de la commission instituée à l'article L. 534-1, détermine une liste de clauses présumées abusives ; en cas de litige concernant un contrat comportant une telle clause, le professionnel doit apporter la preuve du caractère non abusif de la clause litigieuse. Un décret pris dans les mêmes conditions détermine des types de clauses qui, eu égard à la gravité des atteintes qu'elles portent à l'équilibre du contrat, doivent être regardées, de manière irréfragable, comme abusives au sens du premier alinéa. Ces dispositions sont applicables quels que soient la forme ou le support du contrat. Il en est ainsi notamment des bons de commande, factures, bons de garantie, bordereaux ou bons de livraison, billets ou tickets, contenant des stipulations négociées librement ou non ou des références à des conditions générales préétablies. Sans préjudice des règles d'interprétation prévues aux articles 1156 à 1161, 1163 et 1164 du code civil, 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 s'apprécie également au regard de celles contenues dans un autre contrat lorsque la conclusion ou l'exécution de ces deux contrats dépendent juridiquement l'une de l'autre. Les clauses abusives sont réputées non écrites. L'appréciation du caractère abusif des clauses au sens du premier alinéa ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert pour autant que les clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible. Le contrat restera applicable dans toutes ses dispositions autres que celles jugées abusives s'il peut subsister sans lesdites clauses. Les dispositions du présent article sont d'ordre public.

Aussi, l'un des objectifs de la loi consumériste est de rétablir l'équité entre les citoyens. Car pour renforcer la protection du consommateur, il faut que son cocontractant professionnel puisse bénéficier lui aussi de la même protection vis-à-vis de son fournisseur. Tout professionnel qui se trouve dans la même situation de faiblesse que le consommateur, devrait alors recevoir une protection.

Ainsi, s'il est admis que la loi 31-08 vise la protection du faible, la solution semble trop sévère à l'égard du professionnel en situation de faiblesse, délibérément ignoré. La confusion réside alors entre l'esprit de la loi et sa mise à exécution : la protection aurait du s'appliquer à tout contractant, qu'il soit consommateur ou professionnel, du moment que sa position de faiblesse lui fait subir un préjudice.

Cette confusion s'étant d'ailleurs même au régime concernant les clauses abusives.

b) Une confusion relative au régime des clauses abusives

La confusion de la loi 31-08 ne se limite pas aux parties bénéficiant de sa protection, elle s'étend aussi à son régime protecteur concernant les clauses abusives.

Le législateur s'est contenté de les déterminer en se référant au « déséquilibre significatif », et en édifiant une liste non exhaustive à l'article 18 de la loi. Il laisse cependant sans réglementation le mode d'appréciation de ces clauses abusives.

Par ailleurs, il importe peu que ces clauses figurent sur le contrat principal lui-même, ou dans un écrit annexe, qu'elles soient imprimées ou manuscrites. Aussi, si l'article 15 déclare expressément que le support et la forme du contrat qui abrite la clause abusive importe peu, cela signifie-t-il que le consommateur peu profiter de la protection contre ces clauses, sans être obligé d'apporter la preuve qu'il s'agit d'un contrat de consommation ? Autrement dit, si le support sur lequel figure la clause abusive peut revêtir n'importe quelle forme²⁷⁶, comment peut-on alors prouver qu'il s'agit d'un contrat de consommation ?

²⁷⁶Article 15 de la loi 31-08 : « Dans les contrats conclus entre fournisseur et consommateur, est considérée comme abusive toute clause qui a pour objet ou pour effet de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat. Sans préjudice des dispositions des articles 39 à 56 du dahir du 9 Ramadan 1331 (12 Août 1913) formant code des obligations et des contrats, ces dispositions sont applicables quels que soient la forme ou le support du contrat. Il en est ainsi notamment des bons de commande, factures, bons de garantie, bordereaux ou bons de livraison, billets ou tickets, contenant des stipulations négociées librement ou non ou de références à des conditions générales préétablies ».

Sans doute, l'imprécision de l'article 15 est-elle voulue, en ce qu'elle élargit le champ de protection. Mais pour autant, elle ne permet pas facilement la détermination de la nature du contrat de consommation, ce qui présente peut-être un obstacle dans l'application de la protection elle-même, surtout lorsque les utilisateurs des clauses abusives seront tentés par l'élaboration de ces clauses dans des écrits sans valeur juridique pour échapper au contrôle de la loi.

A ces contraintes, d'autres inconvénients s'ajoutent concernant l'appréciation des clauses abusives par le juge. Le législateur n'a pas précisé comment la clause abusive doit être appréhendée par celui-ci. Autrement dit, suffit-il qu'une clause soit abusive pour que le juge la condamne et la déclare non écrite, ou bien doit-il apprécier la clause par rapport aux autres stipulations contractuelles ? Car il est fort envisageable qu'un contrat contienne une clause défavorable au consommateur, et en parallèle, qu'il contienne une autre clause qui lui est favorable au détriment du professionnel. Dans ce dernier cas, l'adéquation permet-elle de maintenir les deux clauses, du moment que l'équilibre contractuel existe entre le professionnel et le consommateur ?

Par ailleurs, et s'agissant du déséquilibre significatif, il n'est pas certain que la référence à celui-ci soit d'ordre économique. L'article 15 parle d'un déséquilibre « entre les droits et obligations des parties au contrat », mais de quels droits s'agit-il ? Ce problème a également été soulevé par la doctrine française. Pour Jacques GHESTIN, le déséquilibre significatif ne peut être qu'économique. Ainsi, « l'avantage excessif que procure la clause abusive se traduit par une conséquence économique. Une clause ne peut paraître abusive à moins qu'elle réponde à une diminution des obligations financières de la partie faible »²⁷⁷. Une telle affirmation renvoie immédiatement au concept de la lésion, car en effet, s'il s'agit de rétablir un équilibre contractuel entre les prestations, une telle imprécision peut aboutir à un élargissement du champ d'application de la lésion, alors que celui-ci est normalement strictement limité²⁷⁸. L'on ne saurait alors l'élargir par le biais de cette conception de la clause abusive.

²⁷⁷ GHESTIN (J.), *Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français et en droit européen*, op.cit., n°274, p.2

²⁷⁸ Article 55 du D.O.C. : « La lésion ne donne pas lieu à la rescision, à moins qu'elle ne soit causée par le dol de l'autre partie, ou de celui qui la représente ou qui a traité pour elle, et sauf l'exception ci-après » ; article 56 D.O.C. : « la lésion donne ouverture à la rescision, lorsque la partie lésée est un mineur ou un incapable, alors même qu'il aurait contracté avec l'assistance de son tuteur ou conseil judiciaire dans les formes déterminées par la loi, et bien qu'il n'y ait pas dol de l'autre partie. Est réputée lésion toute différence au-delà du tiers entre le prix porté au contrat et la valeur effective de la chose.

Parallèlement, l'article 15 de la loi 31-08 dispose que « dans les contrats conclus entre fournisseurs et consommateurs, est considérée comme abusive toute clause qui a pour objet ou pour effet, de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties contractantes ». Cependant, si la volonté de parvenir à un équilibre du contrat est clairement exprimée grâce à la référence au déséquilibre significatif _ caractérisant la qualification de la clause abusive _ celui-ci est rencontré même en dehors du droit de la consommation. Il se retrouve en particulier en droit des obligations, notamment dans les articles relatifs aux abus, tels l'article 479 concernant la dernière maladie, ou l'article 878 concernant les contrats de crédit. Le déséquilibre significatif ne peut donc être considéré comme un critère spécifique à la clause abusive contenue dans un contrat de consommation, du moment qu'il peut exister dans des relations contractuelles n'incluant pas nécessairement un consommateur et un professionnel. Pourtant, l'article 15 vise la protection du consommateur en raison de sa position face au professionnel, alors qu'elle peut se retrouver indépendamment de ce type de relation. Cela signifie que si l'on venait à poursuivre l'esprit du législateur, le déséquilibre contractuel aurait pu s'étendre aux contrats entre deux professionnels.

Par conséquent, le problème de la définition de la clause abusive auquel s'expose le juge demeure un obstacle devant l'application de la sanction prévue à l'article 19²⁷⁹. Il serait même vain de désigner un ou plusieurs autres critères qui auraient vocation à lever toute ambiguïté lors de l'application de la protection de la loi 31-08. Quoiqu'on en dise, la confusion n'est pas dépourvue d'une portée pratique : son effet sur l'étendue de la protection est constaté.

B. Une protection à l'étendue limitée

Avec la confusion régnant dans ses dispositions relatives aux clauses abusives, et l'étroitesse de la définition du consommateur ; la loi 31-08 semble n'avoir qu'une étendue limitée. La preuve de ce champ d'application restreint, réside dans l'action en nullité à l'égard des clauses abusives, qui est réservée au seul consommateur (b) ; et dans cette sanction qui oscille entre la conception de « clause réputée non écrite », et de « clause nulle » (a).

²⁷⁹Article 19 : « Sont nulles et de nul effet les clauses abusives contenues dans les contrats conclus entre fournisseur et consommateur. Le contrat restera applicable dans toutes ses autres dispositions s'il peut subsister sans la clause abusive précitée ».

a) Une sanction oscillant entre la « clause non écrite » et la « clause nulle »

Si la loi 31-08 a développé de façon générale les conditions essentielles à la validité des conventions conclues entre professionnels et consommateurs, elle ne s'est, en revanche, pas attachée à déterminer de manière claire la nature de la sanction prévue lorsque ces conditions sont volontairement méconnues par le professionnel. Dans son article 19, il est disposé que « sont nulles et de nul effet les clauses abusives contenues dans les contrats conclus entre fournisseurs et consommateurs » ; et que « le contrat restera applicable s'il peut subsister sans la clause abusive précitée ». L'article 20 ajoute enfin que « les dispositions du présent titre sont d'ordre public ». Cependant, nul ne peut ignorer le fait que la loi 31-08 est consacrée à la protection du consommateur, soit, à la défense d'un intérêt privé.

Est-ce dire que la sanction prévue par le législateur est la nullité relative, limitée à la protection du consommateur ? Pourtant, l'article 20 affirme que les dispositions relatives aux clauses abusives sont d'ordre public, ce dont résulte en principe une nullité absolue.

Cette différence entre les intérêts protégés, désigne-t-elle la coexistence de deux types de sanctions ? Permet-elle de purger le contrat de ses clauses abusives de plusieurs façons ? Ou alors, se pourrait-il que la référence à la nullité absolue à l'article 20 ait été adoptée par le législateur, qui conçoit davantage la clause comme réputée « non écrite » ?

La question appelle à une réponse nuancée, selon l'intérêt violé par le vice, et la réponse sera recherchée chez la doctrine. En effet, les auteurs s'accordent sur le fait que lorsque le vice touche la violation des règles concernant l'ordre public, ils considèrent alors le contrat comme « mort-né »²⁸⁰. Le contrat se voit qualifier d'inexistant, et certaines législations l'apprécient comme étant « nul de plein droit »²⁸¹, ou nul de nullité absolue. Cette théorie de l'inexistence comporte d'importantes conséquences, en ce qu'il n'appartient pas au juge d'annuler ce qui n'existe pas, ce qui équivaldrait à un non-sens. Son rôle se limite alors au *constat* de la nullité et non pas à sa *prononciation*.

²⁸⁰LE TOURNEAU (Ph.), *L'évolution des rapports contractuels dans les transferts de technologie*, dans *Mélanges Pierre Azard*, Paris, Ed. Cujas, 1980, p.154

²⁸¹CAPITANT (H.), TERRÉ (F.), LEQUETTE (Y.), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t.2, 11^e éd., Paris, Dalloz, 2008, p. 154 et s.

Par ailleurs, la confirmation de l'acte ne peut non plus se concevoir. Car l'on ne parle de nullité absolue que dans la mesure où l'annulation est nécessaire pour l'intérêt général, et non pour un intérêt privé. Par conséquent, le juge peut constater la nullité, sans qu'une demande de la partie lésée ne soit nécessaire. Enfin, il n'est pas permis aux parties contractantes de valider le contrat malgré la présence du vice, car celui-ci est considéré comme rédhibitoire, et donc, mortel pour le contrat.

A l'inverse, lorsque la règle violée tend à la protection d'un intérêt particulier, les personnes concernées sont suffisamment garantes de la validité du contrat par le droit de critique qui leur est conféré, et qui leur permet d'ignorer la clause ou l'acte nul. Il importe peu pour l'intérêt général que l'acte soit effectivement annulé, il suffit qu'il puisse l'être. La nullité est alors relative²⁸². En conséquence, les règles relatives aux clauses abusives devraient en principe être sanctionnées par une nullité relative, du moment que c'est l'intérêt privé du consommateur qui est atteint. Le contrat subsisterait alors même si la clause abusive est nulle et de nul effet.

Cette solution est à l'endroit de la finalité protectrice du consommateur, à laquelle est censée répondre la loi 31-08, qui se consacre à la protection de ses droits privés.

L'on en déduit donc que la formule « nul et de nul effet », devrait désigner le système de la nullité relative. Pourtant, la solution n'est pas d'une grande utilité, car il subsiste une confusion, du fait que la loi 31-08 a opté pour l'expression « nul et de nul effet » pour consacrer la conception de la clause nulle, et non pas pour l'expression de la clause « réputée non écrite ». Or, chacune de ces deux acceptions a ses propres caractéristiques, et les conséquences découlant de la clause « réputée non écrite », différent de celles relatives à la « clause nulle ».

La distinction entre les deux solutions est d'une grande importance, car le critère de l'intérêt privé, est limité aux clauses déjà existantes, tandis que la clause réputée non écrite, est considérée comme inexistante par la force de la loi²⁸³. La volonté de la partie protégée n'a donc pas de rôle à jouer sur

²⁸²COTTEREAU (V.), *La clause réputée non écrite*, J.C.P., 1993 p. 319 ; LAPOYADE DESCHAMPS (Ch.), *Droit des obligations*, op.cit.n°269, p.87-88 ; v. BÉNABANT (A.), *Droit civil, Les obligations*, 11^e éd., Montchrétien, Paris, L.G.D.J., 2007, p.163

²⁸³KULLMAN (J.), op.cit.,n°164, p.63 ; v. LARROUMET (Ch.), *Droit civil, Les obligations*, t.3, 3^e éd., Paris, Economica, 2007,p.539 et s.

la nullité, ce qui implique que toute personne intéressée, notamment l'autre partie contractante, peut faire état du caractère non écrit de la clause²⁸⁴.

D'autres conséquences découlent du caractère « non écrit » de la clause, notamment s'agissant du rôle du juge : celui-ci diffère de celui qui est appelé à jouer en présence d'une clause nulle. Il n'est pas du rôle du juge de réputer la clause non écrite, puisque celle-ci l'est déjà par la force de la loi. Le juge sera alors tout au plus appelé à constater sa réfaction par la loi, et non à la déclarer nulle²⁸⁵. Enfin, une dernière conséquence s'attache à l'inaptitude de la personne protégée à confirmer la clause réputée non écrite. Alors que la nullité relative peut faire l'objet d'une confirmation, la renonciation par la partie protégée à la sanction d'une clause réputée non écrite, est inconcevable²⁸⁶.

Parallèlement, les conséquences découlant de la clause nulle diffèrent largement. H. De Page explique à cet égard que la situation que crée la nullité relative, peut être caractérisée comme suit : « l'acte irrégulier subsiste, l'intéressé ou son représentant estimant ne pas devoir s'en plaindre. Il vit à titre provisoire. Il n'est pas nul en soi, il n'est qu'annulable à la demande de celui qui peut en éprouver préjudice »²⁸⁷. Les créanciers de la partie faible protégée et les tiers, sont ici sans droit. De même, le juge ne peut soulever d'office le motif tiré de la nullité relative de l'acte. Même le cocontractant professionnel ne peut exciper d'un tel argument pour pouvoir faire disparaître l'acte ou la clause.

L'on déduit alors de ce qui précède que la conception de nullité de la clause, suppose l'existence d'une clause abusive, dont l'action en justice sera soumise à la règle de la prescription : la personne protégée doit faire appel aux juridictions dans les délais prescrits par la loi, sachant que le respect de ce délai est d'ordre public. Contrairement à la conception de « clause réputée non écrite », la clause dite nulle, obéit à une option de retrait du contrat, déclenchée et dépendante de la prescription ; tandis que la clause réputée non écrite échappe au jeu de la prescription extinctive du fait qu'elle n'existe pas. Le temps ne peut alors avoir d'effet sur une clause réputée inexistante par

²⁸⁴KULLMAN (J.), *Ibid.* ; LAPOYADE DESCHAMPS (Ch.), *op.cit.*, n°282, p.87.

²⁸⁵BÉNABANT (A.), *Droit civil, Les obligations*, 11^é éd., Montchrestien, Paris, L.G.D.J., 2007, p.169

²⁸⁶COTTEREAU (V.), *op.cit.*, n°282, p.319

²⁸⁷DE PAGE (H.), *Traité élémentaire de droit civil belge, t.2*, Bruxelles, Bruylant, 1964, p.147, n°98

la force de la loi. En conséquence, la personne protégée peut faire valoir, sans aucune limite de temps, le caractère non écrit de la clause.

Ainsi, si le législateur marocain avait opté pour la conception de la clause « réputée non écrite », le consommateur aurait bénéficié d'une meilleure protection. Car l'acceptation de la « clause nulle », n'assure pas une protection adéquate qui réponde aux attentes et aux besoins du consommateur.

Pour toutes ces raisons, une partie de la doctrine française a rompu avec la notion de « clause nulle » et a opté pour celle de « clause réputée non écrite », en considérant que le législateur dénie à la clause abusive toute existence, en la rayant de la convention, et ce, quelque soit la formulation prévue par la sanction²⁸⁸. La clause n'a d'ailleurs pas besoin d'être radiée par le juge, elle est plutôt considérée comme n'avoir jamais existé. Une telle interprétation renforce la protection de la partie faible au contrat, davantage préférée à l'acceptation « clause nulle », telle que prévue par la loi 31-08. Aussi, l'acceptation de la clause nulle a des effets sur les personnes titulaires du droit d'agir en nullité.

b) Les personnes titulaires du droit d'agir en nullité

L'acceptation de la clause nulle, prévue par l'article 19, suppose l'application d'une nullité absolue telle qu'elle a été confirmée par l'article 20, qui rappelle que les dispositions du titre sont d'ordre public. Il s'ensuit que, dans la mesure où l'annulation est d'ordre public, c'est l'intérêt général qui est en cause, et par conséquent, la nullité peut être invoquée par toute personne intéressée. Car la généralisation du droit de critique multiplie les chances d'annulation. En conséquence, le juge peut invoquer la nullité de son plein pouvoir, et les parties contractantes ne peuvent valider le contrat, car le vice concerne un intérêt général et non un intérêt privé.

A contrario, si le législateur n'avait pas déclaré les dispositions relatives à la clause abusive comme étant d'ordre public, la sanction aurait été toute autre. La protection serait pour la préservation d'un intérêt privé, et lorsque la règle violée tend à la protection d'un intérêt particulier, les personnes protégées sont suffisamment aptes à défendre leurs propres intérêts. Il n'est pas nécessaire dans ce

²⁸⁸ WERY (P.), *La nullité des contrats*, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 21-22, qui cite : KULLMANN (J.), *Remarques sur les clauses réputées non écrites*, Chron. XIV, p.59-66 ; COTTEREAU (V.), *La clause réputée non écrite*, J.C.P., 1993, pp. 315-321 ; VON KUEGELGEN (M.), « *Réflexions sur le régime des nullités et des inopposabilités* », in *Obligations contractuelles*, Bruxelles, Ed. Jeune Barreau, 2000, p.573 ; MAZEAUD (H., L., J.), et CHABAS (F.), *Leçon de droit civil*, Paris, Montchrétien, 1999, p.323

cas, pour l'intérêt général, que la clause abusive soit effectivement annulée. Il suffit qu'elle puisse l'être. La nullité est alors relative, et c'est au consommateur, partie concernée par cette loi, d'invoquer la nullité pour la clause abusive, ou de la valider, car la tare qui affecte la clause n'atteint pas l'ordre public, et n'aboutit pas automatiquement à la nullité du contrat. Le juge, par conséquent, ne peut invoquer d'office la nullité de son plein pouvoir, c'est à la partie protégée, qui perçoit la clause comme abusive, de mener une action en justice²⁸⁹.

Néanmoins, cette solution s'avère injuste à l'égard du professionnel qui ne peut contester la clause abusive. La solution l'exclut du cercle du droit de critique. Elle se justifie par la finalité même de la loi consumériste, établie pour la seule défense du consommateur, présumé partie faible au contrat ; alors que le professionnel est lui, présumé partie forte. De ce fait, il ne pourra pas bénéficier de la protection contre la clause abusive consacrée au consommateur.

Partant de la comparaison entre ces deux acceptions, la conception de la clause nulle prévue par les articles 19 et 20 de la loi 31-08, présente un régime protecteur inopportun pour le consommateur, dès lors que le délai de prescription pourra constituer un obstacle devant le consommateur qui négligera son droit d'invocation de la nullité pendant le délai prescrit par la loi, soit par ignorance, soit par crainte des dépenses que l'action en justice entraînerait.

En définitive, la conception de la clause réputée non écrite, présente le moyen adéquat pour la protection de la partie faible au contrat : le caractère non écrit permet à la personne protégée de se prévaloir de la protection conçue en vertu de l'article 19 contre la clause abusive à n'importe quel moment et sans limite dans le temps. La partie faible ne sera liée à aucun délai d'extinction. Cette hypothèse lui protège ses droits, car il suffit au professionnel, pour priver le consommateur du bénéfice de cette protection, d'attendre l'expiration du délai pour demander l'exécution de la clause abusive qu'il continue d'utiliser dans les contrats. Aussi, cette conception permet à toute personne intéressée, outre les parties et le juge, de faire état du caractère non écrit, et ce quelque soit sa qualité. Ainsi, le professionnel pourrait lui aussi se prévaloir de la clause abusive réputée non écrite, ce qui impliquerait une protection équitable vis-à-vis aussi des professionnels. Une solution adéquate serait alors apportée au régime protecteur, qui semble pour le moment inéquitable.

²⁸⁹GHESTIN (J.), *Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français et en droit européen*, op.cit., n°274, p.14 ; PLAISANT (J.), *Les nouveaux aspects de la lutte contre les clauses abusives*, Paris, Dalloz, Chron. XL, n°11, 1988, p.255

Paragraphe 2. Un régime protecteur inéquitable

A la lecture de la loi 31-08, il ne paraît pas envisageable de protéger le professionnel, sachant que seul le consommateur peut, pour l'heure, se prévaloir de ces dispositions protectrices. La loi semble en cela inéquitable vis-à-vis du professionnel, alors que sa protection, lorsqu'il agit dans un domaine étranger à sa fonction, reste logique et pertinente.

En effet, il serait injuste que l'on puisse imposer au professionnel des obligations renforcées (A), sans le faire bénéficier, en parallèle, d'une protection légale dans les situations où il contracte désarmé de son expérience et de sa compétence (B).

A. Les obligations de maîtrise du professionnel

Autant, les abus provoqués par les professionnels à l'égard du consommateur, révèlent-ils une situation de faiblesse de celui-ci ; autant, les obligations liées à la qualité de spécialiste du professionnel, sont-elles renforcées par la loi consumériste, pour palier ces abus.

Ces obligations ont fait l'objet de nombreuses réflexions doctrinales. Il suffit de citer les nombreux écrits de Philippe LE TOURNEAU sur les aspects de la responsabilité professionnelle, pour se persuader de leur importance²⁹⁰.

En sa qualité de spécialiste, le professionnel est tenu d'avoir une certaine maîtrise de sa profession, lui permettant d'assurer les obligations que la loi lui impose. Ces obligations sont bien connues et ont fait l'objet de nombreuses analyses²⁹¹. Elles constituent le seul moyen efficace d'assurer un équilibre contractuel dans la relation professionnel/consommateur, et une justice contractuelle équitable. Elles sont destinées à limiter les conséquences fâcheuses du « déséquilibre des compétences », et de prévision ; voilà pourquoi il est tenu à des diligences renforcées et d'une plus grande étendue. En contractant, il est censé mettre ses facultés particulières au service du consommateur envers lequel il s'engage. A cette fin, il doit s'assurer qu'il peut répondre aux

²⁹⁰LE TOURNEAU (Ph.), *Quelques aspects des responsabilités professionnelles*, Gaz. Pal. 1986, 2, doct. p. 616 et s. ; *Les professionnels ont-ils du cœur ?* D. 1990, chron. p. 23 et s. ; *Les obligations professionnelles*, dans Mélanges Louis Boyer, 1996, p. 365 et s. ; *L'évolution des rapports contractuels dans les transferts de technologie*, dans Mélanges Pierre Azard, éd. Cujas, 1980, p. 153 et s.

²⁹¹CATHIARD (A.), *L'abus dans les contrats conclus entre professionnels*, thèse P.U.A.M., 2006

attentes de celui qui se fie à lui ce qui l'oblige à connaître au préalable ce que désire exactement l'autre partie. Il est donc tenu de s'enquérir des besoins de son partenaire, bien qu'il revient en principe à chaque contractant de les préciser²⁹². Aussi, s'il estime que le projet demandé par son cocontractant ne peut être réalisé de façon satisfaisante, le professionnel doit avertir son client, en homme de compétences.

Le spécialiste est également un homme d'efficacité. Reconnaître au professionnel la qualité de spécialiste, c'est considérer d'abord qu'il dispose nécessairement de certaines connaissances, d'un savoir-faire et d'une technique particulière indispensable à la réalisation de son activité principale. Il doit utiliser ces techniques efficaces sur le plan pratique (ex : conservation des produits congelés en respectant la chaîne du froid). Il assure ainsi la satisfaction de son cocontractant. Il peut aussi indiquer à qui entre en relation avec lui, qu'il ne dispose pas des moyens suffisants pour le satisfaire²⁹³. Et s'il contracte, le seul fait pour lui de mettre en œuvre des moyens insuffisants ou inopérants, le rend fautif.

En plus des moyens techniques, le professionnel doit également utiliser les moyens juridiques²⁹⁴ protégeant les intérêts de son contractant, afin de lui éviter tous risques pouvant entraîner des poursuites pénales ou civiles²⁹⁵.

De cette faculté de maîtrise présumée chez le professionnel, découlent deux obligations principales. La première est l'obligation de renseignement (a), et la deuxième est l'obligation de bonne foi (b). Le professionnel est censé renseigner son cocontractant à propos de l'utilisation du produit ou du service qu'il présente. Il est également tenu d'adopter un comportement loyal qui prouve sa bonne foi. Ainsi, les conséquences de la compétence du professionnel, s'articulent autour de ces deux axes, intimement liés à la faculté de prévision et au professionnalisme du spécialiste.

²⁹²SINAY-CYTERMANN (A.), « *Les relations entre professionnels et consommateurs en droit français* », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, Paris, L.G.D.J., 1996, pp. 248 et s. ; VAN DER WIELEN (P.), « *Les relations entre services publics et usagers en droit belge* », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, Paris, L.G.D.J., 1996, p.313

²⁹³Sur le devoir de conseil, voir PERRON (X.), *L'obligation de conseil*, thèse Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Rennes, 1989, p.280 et s.

²⁹⁴A ce propos, il est logique que l'on ne tienne compte des connaissances juridiques du professionnel que dans la limite de leur rattachement à son activité. L'on ne saurait le tenir responsable d'un défaut d'information juridique sur un élément étranger à sa profession.

²⁹⁵v. STARCK (B.), BOYER (H.), et BOYER (L.), *Obligations*, 4^e éd., Paris, Litec, 1993, pp. 115-121

a) L'obligation de renseignement

Il est important de souligner que l'obligation de renseignement suppose qu'il y ait une nécessité d'information, *a fortiori* lorsque l'objet du contrat est une chose dangereuse ou complexe, et que le contrat s'établit entre un profane et un professionnel averti.

Partant de cette acception, deux obligations doivent être remplies : la première se rattache au devoir du consommateur de préciser au vendeur l'usage auquel il destine la chose, c.à.d., qu'il appartient au consommateur de déterminer ses besoins et les objectifs qu'il compte atteindre avec l'objet du contrat. Un dialogue doit s'instaurer entre le professionnel et le consommateur, tenu d'éclairer son contractant sur le but visé par l'utilisation du produit. Le manquement à cette information de la part du consommateur, exonère le professionnel de son devoir de renseignement, car le devoir du professionnel n'est critiquable que s'il est prouvé que l'utilisation attendue de l'objet, qui a été déterminante pour le consommateur, était connue du professionnel²⁹⁶.

La deuxième condition concerne le professionnel débiteur de l'obligation de renseignement, qui a aussi le devoir de s'informer. Il est censé prendre connaissance des caractéristiques de la chose, de son origine, et éventuellement de la date de péremption, et lui fournir les renseignements susceptibles de lui permettre de faire un choix rationnel (art.3 loi 31-08)²⁹⁷. De fait, sa qualité de professionnel lui interdit d'exciper de son défaut de connaissances pour se détacher de sa responsabilité. Il est censé informer le consommateur sur les qualités du bien ou du service qu'il offre. Ainsi, l'obligation d'information, incluant renseignement et mise en garde, incombe au professionnel. La tendance va même à exiger des professionnels un devoir de conseil, surtout à l'égard des clients profanes²⁹⁸. Le conseil consiste d'ailleurs, entre autres, à « déconseiller » le consommateur d'une opération inadéquate. Ces deux conditions sont suffisantes pour invoquer la

²⁹⁶STARCK (B.), ROLAND (H.), et BOYER (L.), *Ibid.*, p.115 et s. ; DOMONT-NAERT (F.), « *Les relations entre professionnels et consommateurs en droit belge* », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, Paris, L.G.D.J., 1996, pp. 223 et s.

²⁹⁷Article 3 de la loi 31-08 : « Tout fournisseur doit mettre, par tout moyen approprié, le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du produit, du bien ou du service ainsi que l'origine du produit, ou du bien et la date de péremption, le cas échéant, et lui fournir les renseignements susceptibles de lui permettre de faire un choix rationnel compte tenu de ses besoins et de ses moyens.

A cet effet, tout fournisseur doit notamment par voie de marquage, d'étiquetage, d'affichage ou par tout autre procédé approprié, informer le consommateur sur les prix des produits et biens et tarifs des services, et lui fournir le mode d'emploi et le manuel d'utilisation, la durée de garantie et ses conditions ainsi que les conditions particulières de la vente ou de la réalisation de la prestation, et le cas échéant, les limitations éventuelles de la responsabilité contractuelle.

Les modalités de l'information sont fixées par voie réglementaire ».

²⁹⁸BÉNABENT (A.), *Droit civil, Les obligations*, 11^e éd., Paris, Montchrestien, 2007, p.221

responsabilité du vendeur lorsqu'il manque à son devoir de renseignement. Son importance décuple dans les circonstances où se retrouve un dol ou une erreur, résultant du silence du professionnel. Des auteurs l'ont résumé ainsi : « nul ne peut être puni de s'être tu s'il n'était pas obligé de parler. La réticence dolosive ne se conçoit pas sans obligation d'information : elle est un fondement nécessaire à la réticence », et ajoutent que c'est grâce à l'existence de cette obligation d'information que la tromperie devient alors palpable²⁹⁹.

Aussi, l'obligation de renseignement apparaît comme étant une obligation précontractuelle, dont la violation entraîne la responsabilité de son auteur. Le professionnel doit renseigner le consommateur sur la fonction et l'usage prévisible du produit. La notion d'« usage prévisible » est plus large que celle de l'usage au sens habituel du terme, en ce qu'elle renvoie à l'attente légitime du consommateur de l'usage du produit. Néanmoins, le professionnel tiendra compte également de l'usage déclaré par le consommateur et du besoin d'information exprimé par celui-ci. Mais encore faut-il que le consommateur ne paralyse pas cette faculté en maintenant le silence sur l'usage envisagé du produit. Pour autant, si le bien ou le service peut créer des risques contraires aux attentes du consommateur, le professionnel est tenu à la prudence, et doit exploiter toutes les sources de sa compétence pour prévenir les atteintes possibles à la sécurité du consommateur³⁰⁰. Celui-ci doit tenir compte, non seulement des conséquences prévisibles de l'utilisation du bien, mais encore des réactions du consommateur, même les plus irrationnelles, dès lors qu'elles ne sont pas totalement imprévisibles. En conséquence, c'est son devoir de conseil qui lui permettra d'éviter les risques prévisibles de l'usage du produit³⁰¹.

En définitive, l'obligation de renseignement repose sur plusieurs fondements. Elle obéit d'abord au vieil adage « *qui vend le pot, dit le mot* », faisant alors incomber au vendeur une obligation d'information sur le produit qu'il offre à la vente. Elle permet ensuite, de mettre en application la théorie des vices cachés, en ce que l'information transmise au consommateur, révèle au grand jour leur existence, et lui permet de contracter ou non en connaissance de cause. De surcroît, l'obligation d'information découle du principe selon lequel le contrat oblige non seulement à ce qui est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa

²⁹⁹DARI-MATTIACCI (G.) et HOUTCIEFF (D.), *op.cit.*, n°267, p. 51

³⁰⁰DOMONT-NAERT (F.), *op.cit.*, n°296, p. 224 ; SINAY-CYTERMANN (A.), *op.cit.*, n°292, pp.251-254

³⁰¹STARCK (B.), ROLAND (H.), et BOYER (L.), *op.cit.*, n°295, pp.122-123

nature, comme en dispose l'article 231 du D.O.C. Enfin, elle n'est que la conséquence logique de la bonne foi du contractant. Car comme le soulignent Starck, Roland et Boyer, la réticence dolosive du professionnel n'est que la preuve de sa mauvaise foi, car il dissimule un fait pour amener son cocontractant à s'engager, alors que si ce fait avait été connu de lui, il n'aurait pas contracté. En consacrant la réticence dolosive, l'on consacre alors l'obligation de renseignement, et le silence d'un professionnel sur une information intéressant directement son partenaire, constituerait un dol³⁰².

Pour toutes ces raisons, l'obligation de renseignement s'impose non pas comme un fondement à la protection de la partie faible au contrat, mais comme un devoir de bonne foi préconisé par la morale et l'éthique des affaires. La bonne foi revête dès lors une importance telle, que le droit la consacre dans ses textes, et la doctrine en multiplie les exploitations.

b) L'obligation de bonne foi

L'obligation de renseignement dérive de l'obligation de bonne foi. Celle-ci, en plus de renforcer la garantie d'une exécution honnête de l'accord, sert de référence aux parties lorsqu'un litige survient.

Le principe de la bonne foi n'est pas une nouveauté en soi. Il est le pilier des engagements depuis que ceux-ci existent, et n'a cessé de redoubler d'importance chez la doctrine³⁰³ depuis sa consécration par les différents systèmes légaux³⁰⁴. A ce titre, l'on s'étonne que la loi 31-08 ne l'ait pas prévu dans ses textes, à l'heure où la majorité des législations étrangères rehaussent son

³⁰²Voir *infra*, p.171

³⁰³JALUZOT (B.), *La bonne foi dans les contrats, étude comparative de droit français, allemand et japonais*, thèse, Paris, Dalloz, 2001 ; TISSEYRE (S.), *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats*, P.U.A.M., 2012 ; JOURDAIN (P.), « *La bonne foi dans la formation du contrat* », in *La bonne foi*, Travaux de l'association Henri Capitant, t. XLIII, Paris, Litec, 1994, p.121 ; MALAURIE (Ph.), AYNES (L.), *Droit Civil, Les obligations*, 2^e éd., in R.I.D.C., Vol.43, n°3, Juillet-Septembre 1991, pp.745-747 ; CHAZAL (J.-P.), *Les nouveaux devoirs des contractants: est-on allé trop loin?*, article inédit ; HOUH (E.), « *The Doctrine of Good Faith in Contract Law: A (Nearly) Empty Vessel?* », in Faculty Articles and Other Publications, paper 103, 2005 ; MANWARING (J.A.), *Report on Amendment of the Law of Contract*, Ontario Law Reform Commission, Ministère du Procureur général, 1987, , in *Ottawa Law Review*, Vol. 22:1, 1990 pp.245-257 ; DARMAISIN (S.), *Le contrat moral*, Préf. Bernard Teyssié, Paris, L.G.D.J, 2000, p.368 ; LOIR (R.), *Les fondements de l'exigence de bonne foi en droit français des contrats*, Mémoire de DEA, Université Lille 2, 2001-2002, 149 pp. ; BENABOU (V.), *La confiance en droit privé des contrats*, Paris, Dalloz, 2008.

³⁰⁴La notion existait à ses prémisses aussi bien en droit musulman, qu'en droit romain et anglo-saxon : MCDUGALL (R.), *The Implied Duty of Good Faith in Australian Contract Law*, Supreme Court of South Wales, consulté en ligne : [http://www.lawlink.nsw.gov.au/lawlink/Supreme_Court/] ; WINKEL (L.), *Forms of imposed protection in legal history, Especially in Roman Law*, Erasmus Law Review, Vol. 3, Issue 2, 2010 ; FAUVARQUE-COSSON (B.), MAZEAUD (D.) (dir.), *European Contract Law, Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules*, Sellier, Munich, 2008 ; ZAINAL AZAM (A. R.), *Fraud and deceit: comparative law issues, Islamic Law of Contracts*, Phd program INCEIF, January 2013.

importance en s'y référant expressément³⁰⁵. Tout au plus peut-il être déduit de l'article 3 qui impose une obligation d'information. Le principe est toutefois consacré par le Dahir des Obligations et des Contrats dans son article 231³⁰⁶, et c'est aujourd'hui l'obligation d'information qui est la plus susceptible de renforcer son développement par la jurisprudence.

D'ailleurs, le devoir d'informer me contractant profane n'a de raison d'être que si l'information à fournir présente un intérêt pour lui. L'information à fournir par le professionnel, doit donc porter sur tout élément que le consommateur a un intérêt à connaître, et c'est de cette obligation que naît l'obligation de sécurité qui incombe également au professionnel. Les informations à fournir concernent toutes les caractéristiques du produit ou du service, son origine, ceci incluant les avertissements relatifs au mode d'emploi. Toutes ces informations doivent être *correctes* et *utiles*.

Parallèlement, la bonne foi générale impose aux parties contractantes de coopérer dans la conclusion du contrat. Le professionnel de bonne foi doit en sa qualité de spécialiste averti, indiquer au consommateur profane ou celui qui entre en relation avec lui, les moyens efficaces sur le plan technique, pour lui épargner toute mauvaise incidence³⁰⁷. Aussi, toute réticence d'information de la part du professionnel de mauvaise foi a pour conséquences : d'abord, d'amener une partie à manifester un consentement contrairement à son intérêt ; ensuite, d'exposer le contractant à des risques et dangers lors de l'utilisation du bien ou du service. Car si l'obligation d'information avait été respectée de bonne foi par le professionnel, le consommateur aurait reçu exactement ce qu'il en attendait, ou n'aurait pas subi de dommage. D'ailleurs, le propre de la bonne foi est d'éclairer le client. Le vendeur doit, par exemple, communiquer à son client le mode d'emploi de la chose, et l'avertir sur les risques d'une mauvaise manipulation³⁰⁸.

L'intérêt de la bonne foi réside ainsi dans l'information *exacte* et *utile* pour son destinataire. Elle « oblige son débiteur à une exécution honnête et complète de l'obligation promise, incluant le devoir de loyauté, de coopération ou plus largement d'une obligation de prudence. Le professionnel

³⁰⁵ Aux Etats-Unis d'Amérique, l'article 1-302 du Uniform Commercial Code dispose: « every contract or duty within the Uniform Commercial Code imposes an obligation of good faith in its performance and enforcement » ; l'article 2 du Code civil suisse réitère la même obligation: « chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi » ; à l'instar de l'article 1 al.2 du Code civil japonais : « l'exercice des droits et l'exécution des obligations doivent être faits de bonne foi et avec loyauté ».

³⁰⁶ Article 231 D.O.C. : « Tout engagement doit être exécuté de bonne foi, et oblige non seulement à ce qui est exprimé, mais encore à toutes les suites que la loi, l'usage ou l'équité donnent à l'obligation d'après sa nature ».

³⁰⁷ STARCK (B.), ROLAND (H.), BOYER (L.), *op.cit.*, n°295, p. 122

³⁰⁸ BÉNABENT (A.), *op.cit.*, n°298, p.223

doit fournir des efforts propres à assurer à son partenaire la satisfaction attendue. Le consommateur a d'ailleurs aussi le devoir de coopérer avec son cocontractant en se prononçant sur l'usage envisagé de la chose³⁰⁹. De plus, la bonne foi détermine le régime applicable en cas de méconnaissance de l'obligation de renseignement³¹⁰, et au demeurant, le simple silence peut parfois constituer un dol du professionnel.

Celui-ci, homme de compétence, est tenu d'adopter un comportement loyal, seul moyen d'expression de sa bonne foi³¹¹. Le manquement à cette obligation le rend responsable pour sa réticence dolosive, et son simple silence peut constituer la cause d'une action en nullité. Le contenu de la bonne foi n'est en cela, pas difficile à déterminer. Il existe un comportement loyal, basé notamment sur un souci de coopération, dont chaque individu a aisément conscience. On doit à l'autre partie tout ce que l'on estime être en droit d'attendre d'elle. « La bonne foi exige un minimum de révélation quant aux prestations offertes au consommateur, dès lors qu'il y a inégalité des parties provenant de la compétence du professionnel face au consommateur profane. La bonne foi contractuelle impose au professionnel un besoin de loyauté, d'honnêteté, de renseigner le consommateur sur tous les événements propres à l'intéresser, sans avoir à lui laisser le soin ou la chance de les découvrir lui-même en se référant au mode d'emploi ou au règlement appliqué au bien ou au service, objet du contrat »³¹². C'est d'ailleurs à ce comportement que se réfèrent les juges en cas de silence du professionnel impliquant des dommages au consommateur, en cherchant à déterminer comment aurait agi un autre professionnel dans de telles conditions.

Mais encore faut-il que la victime (consommateur ou professionnel) des conséquences indésirables dues au silence du professionnel, apporte la preuve de la mauvaise foi du spécialiste. Un grand nombre de décisions de justice a à ce jour été rendu à propos de la notion de bonne foi, et dont l'une d'entre elles emporte une véritable surprise sur le plan juridique. Un arrêt de la cour d'appel de Casablanca³¹³, a déclaré un vendeur professionnel, l'entreprise « Marocaine du carton », responsable de dommages-intérêts au profit de l'acheteur, aussi professionnel, que constituait

³⁰⁹BÉNABENT (A.), *op.cit.*, n°298,p. 224

³¹⁰*Ibid.*

³¹¹FONTAINE (M.), « *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels* », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, Paris, L.G.D.J.,1996, p. 637

³¹²STARCK (B.), ROLAND (H.), BOYER (L.), *op.cit.*,n°295,p.122

³¹³C.A.Com., Casablanca, 25 mars 2003, n°1165, inédit.

l'entreprise « Bouzerktoun » de congélation. Trouvant ce jugement trop sévère, le vendeur professionnel a tenté de faire casser la décision par la cour suprême, sans succès. Cette dernière, dans un arrêt rendu en 2006³¹⁴, a confirmé le jugement de la cour d'appel de Casablanca, en déclarant le vendeur « présumé de mauvaise foi », dès lors qu'il a gardé le silence malgré sa connaissance, présumée aussi, des vices cachés. Sa mauvaise foi a donc été *présumée*, et la cour suprême lui a appliqué les dispositions prévues pour le professionnel de mauvaise foi à l'article 540 du D.O.C.³¹⁵. Cependant, la question est de savoir s'il s'agit-là d'une simple présomption que le vendeur professionnel pourrait détruire par la preuve contraire, ou s'agit-il au contraire d'une présomption irréfragable ? La question a été tranchée par la décision de la cour suprême précitée : le vendeur professionnel ne peut faire la preuve de ce qu'il ignorait le vice. Aux dires mêmes de la cour suprême, « le vendeur est présumé de mauvaise foi lorsqu'il garde le silence. Sa connaissance des vices cachés est présumée, et au demeurant, sa mauvaise foi est présumée aussi. Par conséquent, sa demande est rejetée et il est tenu à garantie sur le fondement de l'article 556 du D.O.C. »³¹⁶. Toutefois, l'arrêt appelle à quelques remarques.

Premièrement, ramenée à une présomption irréfragable de mauvaise foi, la solution adoptée et confirmée par la cour suprême, a le grave inconvénient de heurter de front l'article 477 al-1, disposant que « la bonne foi du vendeur se présume toujours, tant que le contraire n'est pas prouvé ». C'est dire que la bonne foi du vendeur est en principe présumée, et c'est à celui qui allègue de sa mauvaise foi de prouver son existence. La responsabilité du vendeur ne pourra alors être engagée que si sa mauvaise foi est prouvée, et non pas présumée comme l'a établi la cour suprême, et la cour d'appel de Casablanca avant elle.

Deuxièmement, la décision n'a pas pris en considération le fait que la vente ait eu lieu entre deux professionnels. Et partant de cette hypothèse, « le vendeur n'est point tenu des vices apparents ni de ceux dont l'acheteur a eu connaissance ou qu'il aurait pu facilement connaître », comme en dispose l'article 569 du D.O.C. Or, dans cette affaire, l'acheteur est lui aussi un professionnel, qui pouvait

³¹⁴ C.S., 19 juillet 2006, n°825, R.J.M., n°113, mars-avril 2008, p.117-121.

³¹⁵ Article 540 D.O.C. : « Le vendeur de mauvaise foi doit rembourser à l'acquéreur de bonne foi toutes les dépenses, même volutaires ou d'agrément, que celui-ci a faites ».

³¹⁶ Article 556 D.O.C. : « [...] [L'acheteur] a droit aux dommages : a) Lorsque le vendeur connaissait les vices de la chose ou l'absence des qualités par lui promises et n'a pas déclaré qu'il vendait sans garantie : cette connaissance est toujours présumée lorsque le vendeur est un marchand ou un artisan qui vend les produits de l'art qu'il exerce ; b) lorsque le vendeur a déclaré que les vices n'existaient pas à moins qu'il ne s'agisse de vices qui ne se sont révélés qu'après la vente, ou que le vendeur pouvait ignorer de bonne foi ; c) lorsque les qualités dont l'absence est constatée avaient été expressément stipulées ou étaient requises par l'usage du commerce ».

aisément connaître les vices de la chose vendue. Il en résulte qu'il n'y aurait pas eu de vices cachés et qu'aucune garantie ne pèserait alors sur le vendeur. Par contre, lorsque l'acheteur n'est pas un professionnel, la solution mise en œuvre par la cour suprême à l'encontre du vendeur, doit garder son plein effet, à l'exclusion néanmoins de la présomption de mauvaise foi.

L'obligation de garantie revête ainsi un aspect différent selon qu'elle concerne un acheteur professionnel ou un simple consommateur profane. Et c'est dans ce dernier cas que le vendeur doit être tenu responsable des vices cachés.

L'on pourrait penser que si le juge a négligé cette hypothèse, c'est qu'il a pour cela de solides raisons, notamment celle de vouloir protéger l'acheteur de bonne foi pour qui il serait *a priori* difficile d'apporter la preuve de la mauvaise foi du vendeur professionnel. Et c'est cette situation de faiblesse que rencontre l'acheteur devant l'obligation d'apporter la preuve de la mauvaise foi du vendeur, qui a imposé la solution défendue par les juges. Dès lors, l'on peut affirmer que si la cour suprême a refusé de s'engager sur la voie de la distinction entre l'acheteur professionnel et l'acheteur non professionnel, et si elle a présumé la mauvaise foi du vendeur d'une façon irréfragable, c'est principalement par crainte que le vendeur de mauvaise foi ne se dérobe à ses engagements, surtout lorsque l'acheteur de bonne foi n'arrive pas à apporter la preuve de la mauvaise foi du vendeur. C'est donc la situation de faiblesse de l'acheteur qui se trouve derrière la solution préconisée par la justice, et la doctrine confirme même la tendance des juges à instrumentaliser la bonne foi afin d'équilibrer les rapports entre les parties³¹⁷.

Pour autant, le problème de la distinction entre acheteur professionnel et acheteur non professionnel, aurait pu être nettement mieux résolu si la loi 31-08 avait accordé sa protection légale aussi bien au consommateur qu'au professionnel.

B. Nécessité d'une protection des professionnels

A l'issue des analyses précédentes, il a été admis que seul le consommateur désireux de satisfaire un intérêt privé, peut bénéficier de la protection de la loi 31-08. Les articles 2 et 9 ne semblent considérer que le consommateur dans son opposition à la situation du professionnel. Cependant, cette opposition n'est pas éclairante, dès lors que la définition du professionnel est également discutée. N'est-il pas vrai que le professionnel est lui-même un consommateur, puisqu'il est aussi confronté à l'obligation de contracter pour ses propres besoins, ceux de sa famille, et de sa propre

³¹⁷DARI-MATTIACCI (G.) et HOUTCIEFF (D.), *op.cit.*, n°267, p.57

entreprise ? Pourtant, c'est la conception objective du consommateur qui devrait primer, c'est-à-dire celle qui le définit par référence à l'acte de consommation, car c'est le but non professionnel de l'acte qui constitue le critère déterminant la qualité de consommateur³¹⁸.

Ce critère, choisi par le législateur à l'article 2 de la loi, présente néanmoins un inconvénient majeur dans l'application de la protection au professionnel accomplissant un acte de consommation. Pourtant, l'esprit de la loi consumériste est de protéger la partie faible au contrat face à une autre partie puissante. Partant de cet objectif, il était alors tout à fait envisageable de protéger les professionnels lorsqu'ils se trouvent dans une situation de faiblesse identique à celle du consommateur, notamment lorsqu'ils concluent hors de la sphère de leur profession.

Dans ces situations, le professionnel se trouve dans un état d'infériorité comparable à celui du consommateur profane, du fait de l'asymétrie de l'information. Et de la même façon que cette faiblesse est corrigée par l'obligation d'information incombant au professionnel averti, et de la protection du consommateur profane contre les clauses abusives, la loi et le juge devraient se préoccuper de la protection du professionnel profane dans pareille situation.

Une telle aspiration suppose de lever les incertitudes de la loi 31-08 quant à son éventuelle extension à la protection du professionnel en situation de faiblesse. Pour le moment, l'interprétation littérale de l'article 2 implique explicitement l'exclusion des professionnels du domaine de la protection. La limiter au seul consommateur présente, certes, l'avantage de traiter les abus dont souffre la plus grande catégorie de contractants, à savoir les consommateurs. Mais cibler cette seule catégorie est injuste envers les autres contractants professionnels, qui sont tout autant exposés à des risques d'abus et d'exploitation de leur infériorité contractuelle.

C'est le critère matériel de l'intérêt de l'acte, servant de fondement à la catégorie de contractants protégée, qui constitue l'obstacle à la protection des professionnels par cette même loi. En définissant le consommateur comme celui qui contracte pour son intérêt privé, ou pour celui de sa famille, l'on dresse la frontière entre celui-ci et le professionnel qui contracte pour le besoin de sa

³¹⁸ Le Droit français a connu une jurisprudence fluctuante quant à la définition du consommateur: d'abord extensive, la Cour de cassation ayant conclu qu'une personne morale pouvait bénéficier de la protection si elle se trouvait dans le même état d'ignorance qu'un consommateur (Cass. 1re civ., 28 avril 1987, D. 1988.1 n. Delecbeque, JCP 1987.II. 20892 n. Paisant, RTD Civ. 1987, 548, obs. Mestre); puis restrictive, lorsque la Cour de cassation n'accorde le droit à la protection que lorsque l'acte n'a pas de lien direct avec l'activité du professionnel (Cass. 1re civ. >24 nov. 1993, D. 1994 som. com.p. 236, obs Paisant, Defrénois, 1994 p. 818 obs. D. Mazeaud, Cass. 1re civ. 21 fév. 1995, JCP 1995.II. 22502, n. Paisant, 5 nov. 1996 contrats, conc.consom. 1997 n°12). Mais depuis le 17 mars 2014, la loi Hamon (Loi n°2014-344) met fin au rôle de la jurisprudence française dans l'établissement de cette définition, en disposant dans son article 3 qu'«est considérée comme un consommateur toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale».

fonction. C'est le but, soit l'intérêt de l'acte accompli, qui détermine celui qui mérite la protection et celui qui ne la mérite pas. La théorie selon laquelle seul le consommateur mérite cette protection est toutefois contredite par la réalité du professionnel en position de faiblesse, qui se manifeste dans deux hypothèses.

La première, est lorsque le professionnel contracte dans un domaine étranger au sien, qui le met dans une situation d'infériorité semblable à celle du consommateur. Il subit l'asymétrie de l'information vis-à-vis de son cocontractant, tout en étant désarmé des compétences et expériences lui permettant de négocier à bien son contrat. La seconde, concerne le professionnel qui, bien que contractant dans son domaine, peut subir des clauses abusives dans son contrat, en connaissance de cause, et sans pouvoir les contrer du fait de sa position de faiblesse économique. Pour l'un comme pour l'autre, la protection légale doit être repensée.

Dans le cas du professionnel contractant hors de son domaine, une solution peut être envisagée dans l'introduction du critère du lien direct avec la profession, et la présomption simple des connaissances chez le professionnel. Le critère du lien direct est simple : si le contrat est directement rattaché à l'exercice de l'activité professionnelle, le professionnel ne peut invoquer à son profit les dispositions protectrices de la loi 31-08. Par contre, quand le professionnel contracte hors de la sphère de son domaine, la protection doit lui être profitable.

Cependant, si le principe de la protection est acquis par la doctrine, la loi 31-08 ne le permet pas, par sa définition étroite du consommateur. Pourtant, la jurisprudence marocaine s'est montrée favorable à la protection de la partie « *la plus faible* », lorsqu'il s'agit d'un contrat conclu entre deux professionnels. Il suffit de citer l'affaire entre l'Entreprise Marocaine du Carton et la société Bouzerktoun de congélation pour s'en rendre compte. En l'espèce, un litige opposait les deux professionnels au sujet de vices cachés : la société Bouzerktoun qui a conclu un contrat de vente concernant des emballages en carton pour des appareils de congélation, s'est aperçue que les boîtes en carton présentaient des vices, et a saisi la justice. La cour suprême a finalement déclaré le vendeur professionnel responsable des vices cachés de la chose qu'il a cédée à l'acheteur, aussi partie professionnelle au contrat³¹⁹. Cette jurisprudence traduit, selon nous, la reconnaissance d'une protection du contractant professionnel. Cependant, cette protection est basée sur l'obligation du vendeur de la garantie contre les vices cachés. Ce devoir imposé au vendeur professionnel, n'est pas fondé sur une présomption de compétence, mais sur le risque créé par la chose vendue, qui impose

³¹⁹C.S., 19 juillet 2006, n°825, *op.cit.*, n°314.

la responsabilité du vendeur de mauvaise foi, quelque soit la qualité de l'acheteur. La solution adoptée emporte une grande importance. Car se référer au critère de la compétence reviendrait à supposer que l'acheteur professionnel ne pouvait connaître l'existence du vice, ce qui conforte l'idée que la loi 31-08 puisse envisager la situation du professionnel incompetent dans un domaine qui lui est étranger.

Dans le cas du professionnel victime d'une clause abusive, celui-ci devrait être protégé indépendamment de sa qualité au contrat, car la clause est condamnable non par rattachement à la qualité de son auteur ou de sa victime, mais du simple fait de son caractère immoral. Au nom de quoi devrait-on alors refuser à un contractant le retrait de cette clause ? Même la qualité de professionnel ne justifie pas le maintien d'une clause immorale au contrat.

Pour l'heure, la loi 31-08 garde une formulation textuelle qui ne permet guère la l'inclusion du professionnel à la protection, contrairement à la législation française qui n'a pas ignoré la protection du professionnel³²⁰. Il convient dès lors d'analyser les cas respectifs du professionnel personne physique (a) et du professionnel personne morale (b), en envisageant les éventuels moyens de leur protection.

a) Le professionnel personne physique

Si la loi 31-08 a exclu le professionnel de son champ de protection, la loi consumériste française l'a pris en considération dans ses dispositions protectrices. Ainsi, l'article L.132-1, fait implicitement référence au professionnel contractant hors de son domaine afin de laisser la possibilité au juge d'étendre la protection à celui-ci, lorsque son activité n'a pas de lien direct avec l'objet du contrat qu'il a conclu.

Suivant l'objectif de protection de la partie profane, la législation française, ainsi que la doctrine, ont été favorables à la protection du professionnel qui se retrouve dans une situation qui n'est pas plus avantageuse que celle du consommateur³²¹. La loi emploie alors le vocable « non professionnel » pour désigner cette catégorie neutre de contractant, qui n'est ni consommateur ni professionnel. Elle englobe ainsi les actes du particulier *lambda*, tel que celui qui vend sa voiture,

³²⁰Art. L. 132-1 du Code de la consommation français : « Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat ».

³²¹STARCK. (B.), ROLAND (H.), BOYER (L.), *op.cit.*, n°295 ; CATHIARD (A.), *L'abus dans les contrats conclus entre professionnels*, thèse P.U.A.M., 2006 ; CRAMIER (P.), *Essai sur la protection du contractant professionnel*, LPA, 13 juin 2000.

ou souscrit à des valeurs mobilières³²². Elle englobe aussi le cas du professionnel qui ne contracte pas dans son domaine d'activité. Une jurisprudence abondante fait alors état de la protection du professionnel personne physique³²³, portée sur le critère du lien direct de son activité et du contrat auquel il a souscrit³²⁴.

Le législateur pousse la protection encore plus loin en adoptant une loi permettant de faire bénéficier les professionnels d'une protection contre les clauses abusives³²⁵ dans les contrats conclus entre professionnels. La jurisprudence l'a fait avant lui en sanctionnant les abus dus à la situation d'infériorité du cocontractant professionnel, notamment lorsqu'il s'agit d'une clause limitative de responsabilité. Elle sanctionne ainsi le déséquilibre contractuel, sans fonder le mérite de la protection sur la qualité du contractant.

Mais une telle solution ne peut trouver d'application en droit marocain, du fait de la conception restreinte qu'elle entretient de la notion de consommateur, de celle de professionnel, et de l'ignorance du cas du contractant non professionnel.

b) Le professionnel personne morale

Dans le même ordre d'idées, la protection du professionnel personne morale a été assurée par la jurisprudence française. Mais cette fois-ci, c'est essentiellement en matière de clauses abusives que les juges œuvrent à une protection, notamment en mettant sur un même pied d'égalité le professionnel personne physique et le professionnel personne morale³²⁶. Cette tendance n'est pas surprenante, car les juridictions visent la protection de la partie *la plus faible* lorsqu'un contrat est conclu entre deux professionnels, dont on sait que la position de force de l'un peut engendrer un déséquilibre contractuel pour l'autre.

³²²CALAIS-AULOY (J.) et STEINMETZ (F.), Droit de la consommation, Paris, Dalloz, 7^e éd., 2006, n° 178 ; PIZZIO (J.P.), « L'introduction de la notion de consommateur en droit français », D. 1982, chron., p. 91.

³²³C.Cass. Civ. 1^{ère}, 24 janvier 1995, 327, D., 1995 ; Civ. 1^{ère}, 30 janvier 1996, 228, D. 1996 ; Civ. 1^{ère}, 5 novembre 1996, D.1997, IR, 4 ; cités par LAPOYADE DESCHAMPS (Ch.), *Droit des obligations*, Ellipses, 1998, p. 29

³²⁴C.Cass., Civ. 1^{ère}, 22 mai 2002, D. 2002, 2052 ; civ. 1^{ère} 28 avril 1987, D. 1988, 1 ; Civ.1^{ère}, 25 mai 1998, Bull. Civ, I, n°162 ; Civ. 1^{ère}, 6 janvier 1993, Bull. Civ., I, n°4 ; cités par BÉNABENT (A.), *Droit civil, Les obligations*, 11^{ème} éd., Montchrétien, 2007, p.137

³²⁵Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, dite loi « LME ».

³²⁶C.Cass., Civ. 1^{ère}, 6 janvier 1993, C.C.C. 1993, 63 ; Civ. 1^{ère}, 23 mars 1999, Bull. civ., I, n°106 ; Civ. 1^{ère}, 27 septembre 2005, Défrénois, 2005, p.204 ; Civ. 1^{ère}, 5 mars 2002, R.T.D. civ., 2002, 291 ; Civ. 1^{ère}, 15 mars 2005, D. 2005, 887 ; cités par BÉNABENT (A.), *op.cit.*, n°324, p. 138

En plus de l'hypothèse du contractant professionnel qui contracte hors de son domaine, le cas typique qui invoque cette protection est celui du professionnel en infériorité économique. Celui-ci, à l'instar même du consommateur, est parfois contraint d'adhérer à un contrat sans le vouloir, susceptible de contenir une clause abusive et d'engendrer un déséquilibre entre les droits et obligations de chacun des professionnels. Face à une telle situation d'injustice, les tribunaux français n'ont pu qu'intervenir au nom de la justice contractuelle pour rétablir l'équilibre, en attendant que le législateur admette officiellement la protection du professionnel contre les abus au sein de la loi.

En droit marocain, la loi 31-08 prévoit que le consommateur qui contracte pour ses besoins non professionnels, peut être une personne physique comme une personne morale. Cependant, force est de se demander ce qu'a voulu entendre le législateur marocain en prévoyant l'hypothèse d'un consommateur personne morale, qui agit pour ses besoins non professionnels, car il est inconcevable qu'une société puisse contracter dans un but autre que la réalisation de son objet social. *Quid* alors de la portée de ces dispositions ?

Deux hypothèses sont envisageables : *soit*, le juge tient compte de l'interdiction pour une société de contracter pour des besoins personnels ou familiaux, et met alors en échec ces dispositions qui n'auront aucun sujet de droit, *soit* le juge admet leur interprétation étendue, et consacre par l'expression « besoins non professionnels », le cas du professionnel personne morale qui aurait contracté dans un domaine étranger à son activité mais dans l'intérêt de son entreprise (ex : une usine de fabrication de carton qui achète des ordinateurs pour ses bureaux). Partant de cette seconde hypothèse, la loi envisagerait alors l'existence d'un professionnel qui contracte pour les besoins de son entreprise, mais dont on ne tient pas compte de la qualité de professionnel, puisque son contrat n'est pas directement rattaché à son activité.

Bien que la première hypothèse soit plus plausible, nous sommes d'avis que la seconde serait bien plus avantageuse au contractant professionnel personne morale. Elle constituerait une base légale pour le juge désireux de protéger le professionnel personne morale partie faible à un contrat, l'opposant à un autre professionnel. Celui-ci pourrait bénéficier des dispositions protectrices contre les clauses abusives, et ce indépendamment de la prise en compte de sa qualité. Seul jouera le critère du déséquilibre significatif qu'a pu engendrer la convention au détriment de l'un des professionnels.

Conclusion du Chapitre I

L'état des lieux de la protection de la partie faible au contrat en droit marocain, aura révélé d'importants constats quant au degré d'efficacité et d'opportunité de la loi.

Au sein du D.O.C., la protection des incapables s'est avérée la plus efficace, en ce que l'incapacité constitue l'archétype de la faiblesse aux yeux du législateur, et donc la cause première justifiant son intervention. En revanche, le régime des vices du consentement reste d'un champ d'application restreint et lourdement conditionné, ce qui le rend insuffisant à la réalisation de cette protection, en plus de ne proposer qu'une solution inadéquate au contrat vicié, à savoir la nullité.

Quant à la loi 31-08, elle apporte un régime protecteur dualiste. Ses dispositions sont tantôt préventives, tantôt correctives. Elle constitue en cela une avancée majeure, puisqu'elle agit à l'échelle précontractuelle en protégeant le consentement du contractant (droit à l'information, à la réflexion, et à la rétractation), puis à l'échelle post-contractuelle, en permettant aux juges de retirer la clause abusive tout en sauvegardant le contrat. Une nouvelle sanction qui ne se limite donc plus à la nullité du contrat tout entier, mais au maintien de celui-ci lorsqu'il peut subsister sans la clause dénoncée.

Cependant, force est de constater que la loi 31-08 est aussi inéquitable. Sa protection ne concerne que les contrats de consommation, et ne vise que le seul consommateur. Elle écarte *de facto* le professionnel de son champ de protection, et le soustrait aux dispositions protectrices contre la clause abusive, dont il peut pourtant être victime.

L'arsenal législatif marocain reste donc insuffisant à la réalisation d'une protection globale, équitable, et efficace de la partie faible au contrat. La réflexion se tourne dès lors vers les remèdes qui pourront palier ces insuffisances.

Chapitre II – Les remèdes au déséquilibre contractuel

S'il est certain que le souci d'imposer le respect de l'engagement donné, a toujours surplombé, sans toutefois évincer, la défense de la volonté exprimée au contrat, la loi et la jurisprudence ne tiennent plus aujourd'hui à cette seule considération. Elles sont désormais contraintes d'aller au-delà de la simple observation de la volonté exprimée dans le contrat, dans le but de préserver l'équité entre les contractants. L'équilibre contractuel, qui était jadis recherché dans l'équivalence des prestations dans une acception quantitative, est désormais perçu plus largement : c'est l'observation de la moralité du contrat, du devoir de loyauté, de la proportionnalité des prestations, et d'une manière générale, de l'ensemble des éléments qui créent un rapport pondéré entre les contractants³²⁷.

La notion est d'une difficile appréhension³²⁸, mais elle peut être illustrée par le cumul d'une justice distributive et d'une justice commutative, telles que perçues par Aristote³²⁹ : la première consiste à donner à chacun ce qu'il mérite, en tenant compte des différences existant entre les individus, car traiter de manière égale des personnes inégales, constituerait une injustice. La seconde, concerne la commutativité des droits et obligations, en ce qu'elle vise l'équivalence des prestations. Il s'avère ainsi que la protection de la partie faible au contrat se trouve à la jonction de ces deux formes de justices : la loi et la jurisprudence cherchent à tenir compte de la faiblesse de l'un des contractants en lui accordant ce qu'il mérite, tout en veillant à la proportionnalité des charges et prestations des parties.

Et pour asseoir ces deux types de justice, diverses solutions ont été mises en œuvre et développées. L'attention du juriste a d'abord été portée sur les contrats source de précarité, tels que le contrat de travail ou le contrat de bail, dont la satisfaction est capitale à la réalisation des besoins vitaux d'un individu. Par la suite, elle s'est étendue à de nombreux autres rapports contractuels, et d'une manière générale, à tous ceux qui révèlent une situation de dépendance. C'est dans ce contexte qu'a été adoptée la loi 31-08 relative à la protection du consommateur, et qu'ont été envisagées des mesures ciblant désormais, une meilleure justice contractuelle.

³²⁷ LE GAC-PECH (S.), *La proportionnalité en droit privé des contrats*, Paris, L.G.D.J., 2000, p. 38

³²⁸ L'auteur Sophie LE GAC-PECH y consacre une analyse approfondie en recherchant les moyens de le définir à travers trois questions : « quel instrument ? Quelle mesure ? Quels éléments ? » ; et rappelle que l'équilibre contractuel est aussi variable selon trois temps : « la formation, l'exécution et l'inexécution » du contrat ; *op.cit.*, n°327, pp.39-40

³²⁹ ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, Traduction de Jules TRICOT, 1^{ère} éd. 1959, Paris, J.Vrin, 2007

Celles-ci interviennent à différents stades de la relation contractuelle : d'abord en amont par la protection du consentement du contractant, puis en aval par la sanction du déséquilibre contractuel, notamment lorsqu'il prend la forme d'une clause abusive. Aussi, l'ensemble de ces mesures se résume en une *protection préventive*, dont l'analyse se fera par une approche théorique (Section 1.), puis en une *protection corrective*, dont l'approche pratique permettra une critique des solutions envisagées par le législateur pour combattre le déséquilibre contractuel (Section 2.).

Section 1. La protection préventive

La prévention en amont des conséquences négatives de la faiblesse, a très vite révélé un enjeu majeur : la majorité du temps, l'injustice contractuelle résulte *soit* d'un consentement non éclairé, principalement du à l'ignorance ; *soit* à un consentement éclairé mais qui n'est pas libre, principalement du à l'absence de négociation et à l'état de besoin du contractant. Il était donc nécessaire d'intervenir au stade précontractuel pour préserver le consentement de la partie faible au contrat, et partant, pour conserver une justice contractuelle basée sur l'autonomie de la volonté. Seulement, il serait utopique de vouloir prévoir dans leur globalité, toutes les causes du déséquilibre contractuel, et plus encore, tous les moyens à adopter pour les contrer. Les situations de faiblesse divergent d'un cas d'espèce à un autre, et les risques de déséquilibre qu'elles engendrent sont aussi multiples qu'impalpables. Ainsi, la plus grande difficulté relative au déséquilibre contractuel, reste son imprévisibilité ; puisqu'il ne se révèle au grand jour qu'une fois le contrat inexécuté, ou insatisfaisant la partie faible dans son exécution.

Mais la communauté juridique s'est accordée sur un pilier essentiel à protéger, à savoir celui de l'information du contractant, car l'ignorance est le premier vecteur de déséquilibre, et l'on ne saurait reconnaître à l'autonomie de la volonté sa force obligatoire si cette volonté est aveugle, ou factice.

L'objectif des législations a donc d'abord été de prévenir le contractant au sujet des tenants et aboutissants de la convention, avant qu'il ne s'y engage. Une prévention qui permet à la partie faible d'être informée sur les conditions, l'étendue de l'objet du contrat, sa cause, et ainsi d'être en pleine connaissance de ce à quoi elle s'engage. La protection préventive s'articule dès lors autour du formalisme contractuel (§1), et des moyens de contrôle du contenu du contrat (§2).

Paragraphe 1. Un formalisme protecteur du consentement de la partie faible

En principe, aucune forme spéciale n'est requise par le D.O.C. pour la preuve des obligations contractuelles, si ce n'est lorsque la loi prescrit exceptionnellement une forme déterminée³³⁰. Il en est de même pour les pourparlers dont le déroulement n'est pas réglementé par le D.O.C. : aucun article n'organise la conduite des négociations, et le D.O.C. les soumet au seul principe de l'autonomie de la volonté. Or, le principe ne répond pas au besoin de sécurité qu'éprouve chaque contractant pendant cette période, car chacun d'entre eux souhaite faire confiance à l'autre et pouvoir compter sur sa bonne foi quant aux informations relatives à l'objet du contrat, et aux modalités de son exécution.

Eu égard à ces impératifs, le droit doit assurer son rôle d'harmonisateur des intérêts en présence, car si son premier souci est de sauvegarder la liberté contractuelle, son second doit être la sauvegarde de la sécurité des transactions. Cette dernière appelle alors à une déontologie de la négociation, soit un ensemble de normes qui doivent être respectées afin que le consentement des parties soit protégé. Ces droits précontractuels, ont été prévus à cette fin dans les dispositions de la loi 31-08 relatives à la protection du consentement du consommateur durant la période précédant la formation du contrat (A), parallèlement au droit à la transparence lors de la conclusion du contrat (B).

A. Les droits précontractuels visant la protection du consentement

De tous les échanges composant les pourparlers, ne prévaudront que ceux qui auront fait l'objet d'une acceptation du cocontractant. Celle-ci doit refléter sa volonté réelle, à défaut de quoi il se serait engagé contre son gré, en dépit de mieux. L'acceptation consacre alors l'aboutissement des pourparlers à la formation du contrat. C'est la réponse positive du cocontractant à l'offre initialement présentée par le pollicitant.

En théorie, l'acceptation du destinataire de l'offre, l'engage en toute conformité avec la justice contractuelle, puisqu'il aura lui-même participé au choix des conditions du contrat, rejetant celles qui ne lui conviennent pas et n'acceptant de s'engager qu'à l'issue d'une rencontre des volontés des deux parties sur un terrain d'entente. Or, la pratique est toute autre : le plus souvent, les conditions

³³⁰ Comme en dispose l'article 401 du D.O.C. : « Aucune forme spéciale n'est requise pour la preuve des obligations, si ce n'est dans les cas où la loi prescrit une forme déterminée. Lorsque la loi prescrit une forme déterminée, la preuve de l'obligation ou de l'acte ne peut être faite d'aucune autre manière, sauf dans les cas spécialement exceptés par la loi. Lorsque la loi prescrit la forme écrite pour un contrat, la même forme est censée requise pour toutes les modifications de ce même contrat ».

de l'offre n'émanent que d'une partie, et ne sont pas ouvertes à la négociation³³¹. L'ensemble du contrat est élaboré unilatéralement, et exclut la discussion de certains éléments, notamment les prix lorsqu'ils sont fixes. Les usages commerciaux actuels réduisent considérablement la part de négociation, lorsqu'ils ne la suppriment pas totalement... Ces contrats dits d'adhésion, faussent alors le jeu de l'offre et de l'acceptation, si bien que l'on se doute de la valeur juridique à attribuer à une acceptation donnée sans participation à l'élaboration du contrat. « La contractualisation de masse de la société sur laquelle repose l'unilatéralisme et les pouvoirs contractuels semble vider de sens l'exigence de l'intégrité du consentement »³³². Aussi, l'adhésion pure et simple à des conditions auxquelles le cocontractant n'a pas prit part, pose alors le problème de savoir si l'adhésion pure et simple à un contrat uniformisé et élaboré unilatéralement, constitue bien l'expression d'une volonté réelle de contracter ?

SALEILLES doutait du caractère consensualiste d'un tel acte, allant jusqu'à lui refuser la qualification de contrat³³³. Pourtant, la discussion préalable n'est pas une condition de formation du contrat : une convention peut être valide même en l'absence d'une négociation entre les parties. Le contrat d'adhésion, par définition, reste donc tout à fait légal, et le « oui » exprimé par l'acceptant, l'engage avec toutes les conséquences qu'implique le principe de l'autonomie de la volonté.

Seulement, les contrats d'adhésion contemporains sont d'une complexité telle que les adhérents s'y engagent sans grande compréhension de la portée de la convention, et des conséquences concrètes qu'elle engendre. C'est pourquoi le législateur est intervenu afin que l'acceptant ait, au minimum, effectivement connaissance des conditions du contrat et de leur portée. La loi 31-08 met ainsi en pratique l'adage « *on ne consent pas à ce qu'on ignore* », en reconnaissant au destinataire de l'offre des droits protégeant son consentement. Il s'agit du droit à l'information (a), et des droits à la réflexion et à la rétractation (b).

³³¹LAPOYADE DESCHAMPS (C.), *Droit des obligations*, op.cit., n°323, p.31 ; BÉNABENT (A.), *Droit civil, les obligations*, 11^e éd., Paris, Montchrétien, L.G.D.J., p. 221

³³²TABI TABI (G.), *Les nouveaux instruments de gestion du processus contractuel*, thèse Université de Laval, Québec, 2011, p.6

³³³SALEILLES (R.), *De la déclaration de volonté, Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, (art. 116 à 144), Paris, F. Pichon, 1901, p.229

a) Le droit à l'information et au conseil

La loi 31-08 continue de faire confiance à l'accord des volontés, mais elle intervient afin que ce consentement soit plus libre et plus conscient. C'est dans cette perspective que s'inscrit l'art.3 de la loi 31-08 qui dispose que « *tout fournisseur doit mettre, par tout moyen approprié, le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du produit, du bien ou du service ainsi que l'origine du produit, ou du bien et la date de péremption, le cas échéant, et lui fournir les renseignements susceptibles de lui permettre de faire un choix rationnel compte tenu de ses besoins et de ses moyens* ». L'article ajoute qu'à cet effet, « *tout fournisseur doit notamment par voie de marquage, d'étiquetage, d'affichage ou par tout autre procédé approprié, informer le consommateur sur les prix des produits et biens et tarifs des services, et lui fournir le mode d'emploi et le manuel d'utilisation, la durée de garantie et ses conditions, ainsi que les conditions particulières de la vente ou de la réalisation de la prestation et, le cas échéant, les limitations éventuelles de la responsabilité contractuelle (...)* ».

Les détails de mise en œuvre de ce droit à l'information³³⁴, révèlent l'importance de la protection du consentement réel du contractant faible, soit le consommateur profane. Elle est d'ailleurs née d'une interprétation large des articles 19; 486 et 535 du D.O.C.

L'article 19 dispose que « *la convention n'est parfaite que par l'accord des parties sur les éléments essentiels de l'obligation, ainsi que sur toutes les autres clauses licites que les parties considèrent comme essentiels* ». Dans le même sens, l'article 486 prévoit que « *la vente peut avoir pour objet une chose déterminée seulement quant à son espèce ; mais dans ce cas, la vente n'est valable que si la désignation de l'espèce s'applique à des choses fongibles suffisamment déterminées quant au nombre, à la quantité, au poids ou à la mesure et à la qualité, pour éclairer le consentement donné par les parties* ». Le droit à l'information se concrétise enfin, par l'article 535 qui dispose que « *l'éviction d'une partie déterminée de la chose équivaut à l'éviction du tout, si cette partie est de telle importance par rapport au reste que l'acquéreur n'eût point acheté sans elle. Il en est de même, si l'héritage se trouve grevé de servitudes non apparentes, ou autres droits sur la chose non déclarés lors de la vente* ».

³³⁴ Consacrés de plus par voie réglementaire à travers l'adoption ultérieure d'un décret d'application, spécifique aux modalités d'information du consommateur : Décret n°2-12-503 du 4 Kaada 1434 (11 septembre 2013), pris pour l'application de certaines dispositions de la loi 31-08 édictant des mesures de protection du consommateur (B.O. n° 6192 du 26 Kaada 1434 (3 octobre 2013)).

Les articles précités illustrent l'existence du droit à l'information au sein du D.O.C. Une obligation qui s'est développée sur la base de l'article 52 du D.O.C. relatif au dol, qui emporte conséquence d'un défaut d'information déterminant : *« le dol donne ouverture à rescision, lorsque les manœuvres ou les réticences de l'une des parties, de celui qui la représente ou qui est de complicité avec elle, sont de telle nature que, sans ces manœuvres ou ces réticences, l'autre partie n'aurait pas contracté »*.

L'objectif auquel tendent tous ces articles se retrouve aujourd'hui à l'article 3 de la loi 31-08 qui consacre l'obligation du contractant professionnel de fournir une information complète à son cocontractant profane. Elle permet à ce dernier qui n'a ni connaissances ni aptitudes spécifiques à l'objet du contrat, d'apprécier aussi précisément que possible l'utilité que doit lui procurer le contrat. Autrement dit, l'information doit permettre que le consentement donné le soit en pleine connaissance de cause, et de garantir que les prestations respectives des parties, correspondent à ce qu'elles attendaient initialement.

Le fait que l'offre non négociable émane le plus souvent du professionnel averti et compétent, justifie que pèse sur lui cette obligation d'information. Elle s'impose en toute logique pour contrebalancer le défaut de négociation du contrat par la partie faible, qui est censée en principe prendre part au choix des conditions contractuelles.

L'obligation d'information va même au-delà de cette application, en ce qu'on la retrouve chaque fois qu'un contractant ne peut que s'en remettre à l'autre pour connaître les éléments qui constitue l'étendue et l'utilité du contrat. Dès lors, tout contrat peut donner lieu à une obligation d'information, dont l'exécution a pour effet de permettre au créancier de donner son consentement en toute connaissance de cause³³⁵.

De son côté, la jurisprudence marocaine s'est montrée favorable à l'obligation d'information à l'égard de certains professionnels non commerçants, tels les médecins. Dans un arrêt de la cour suprême, les juges ont imposé au médecin l'obligation d'informer son patient sur tous les dangers qui peuvent survenir pendant l'opération chirurgicale, et de l'informer sur son pourcentage de réussite³³⁶. L'arrêt peut être perçu comme une avancée majeure dans la protection du consentement de la partie faible au contrat, en ce qu'il érige l'information comme un devoir incombant au médecin.

³³⁵MAZEAUD (H.L.), et CHABAS (J.), *Leçons de droit civil, Obligations*, t.II, vol. 1er, *Théorie générale*, Paris, Montchrétien, 1985, p.134 ; STARCK (B.), ROLAND (H.), BOYER (L.), *Obligations*, 2. *Contrat*, *op.cit.*, n°295, p.123

³³⁶ C.S., 25 octobre 2011, n°75, R.J.C.C., 2012, p.43.

L'obligation d'information diffère néanmoins de l'obligation de conseil. Alors que le devoir de renseigner se limite à communiquer au cocontractant les éléments relatifs au contrat, le devoir de conseil comporte un jugement de valeur, destiné à orienter la décision du cocontractant. Ainsi, l'obligation de renseignement est la communication d'informations objectives, en vue de permettre au cocontractant de contracter en connaissance de cause. Tandis que l'obligation de conseil indique les conséquences du contrat à l'autre partie, en lui précisant l'opportunité ou non de contracter³³⁷. Ainsi en est-il du médecin qui doit déconseiller une opération chirurgicale lorsqu'il sait que l'intervention n'aboutira pas à la guérison du patient.

L'objectif de l'obtention d'un consentement éclairé du cocontractant profane, a commandé la fusion de l'obligation de renseignement et de conseil qui s'imposent aujourd'hui aux professionnels. C'est la raison pour laquelle l'article 3 de la loi 31-08 combine l'obligation de renseignement concernant les « caractéristiques essentielles du produit », à l'obligation de conseil qui doit pousser le cocontractant à « faire un choix rationnel ».

La tendance à faire prévaloir le devoir de conseil, s'inscrit dans la concrétisation de l'obligation de bonne foi qui doit régner entre contractants. Elle ne se limite donc pas à la seule période des pourparlers, mais peut s'étendre à tout le processus contractuel. L'une de ses applications effectives consiste à remettre au préalable un exemplaire du contrat proposé³³⁸. Seulement, la plupart du temps les professionnels ne remettent pas cet exemplaire, ou n'en expliquent pas le contenu. Plus encore, la présentation du contrat sous la forme d'un cumul de conditions générales, étalées sur plusieurs pages, et rédigées dans un jargon hermétique, réduit les chances de lecture et de compréhension du cocontractant profane.

Notons toutefois que l'article 3 de la loi 31-08 n'a pas prévu de sanction en cas de violation de l'obligation d'information. Aussi se demande-t-on si un défaut d'information peut donner lieu à une annulation du contrat ? Le décret d'application de la loi 31-08 n'apporte pas plus de réponse à cette

³³⁷ STARCK (B.), ROLAND (H.), BOYER (L.), *op.cit.*, n°295, p. 115-117

³³⁸ Comme en disposent respectivement les articles 8, 9 et 11 de la loi 31-08 : « Lorsque la totalité ou une partie d'un contrat doit être rédigée par écrit, le fournisseur est tenu d'en faire établir autant d'exemplaires que nécessaire et d'en remettre au moins un au consommateur » ; « Dans le cas des contrats dont toutes ou certaines clauses proposées au consommateur sont rédigées par écrit, ces clauses doivent être présentées et rédigées 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 » ; « Tout fournisseur doit remettre à toute personne intéressée qui en fait la demande un exemplaire des conventions qu'il propose habituellement ».

question³³⁹. Seul l'article 34 de la loi 31-08 nous éclaire quant au contractant à qui incombe la charge de la preuve, en disposant qu'« en cas de litige entre le fournisseur et le consommateur, la charge de la preuve incombe au fournisseur notamment en ce qui concerne la communication préalable des informations prévues à l'article 29, leur confirmation et le respect des délais ainsi que le consentement du consommateur ». Hormis cette hypothèse, le contractant ayant subi une erreur ou un dol du fait d'un défaut d'information pourra toujours, en principe, demander la rescision de son contrat suivant les règles du droit commun³⁴⁰.

Toujours est-il qu'une prise de connaissance effective de la portée d[u] contrat, ne se limite pas au droit à l'information. La garantie d'un consentement éclairé passe aussi par le droit à un temps de réflexion et à la possibilité de se rétracter.

b) Le droit à la réflexion et à la rétractation

Le droit à la réflexion consiste à offrir au cocontractant un délai pendant lequel il pourra prendre connaissance du contenu du contrat et apprécier les effets de son engagement, afin qu'il y consente, ou au contraire, se rétracte, selon sa volonté. L'intérêt de ce délai de réflexion est d'éviter l'extorsion d'un consentement non éclairé. Il permet au cocontractant de bien s'informer sur la convention qu'il désire conclure, de la comparer à d'autres existant sur le marché, pour qu'enfin sa décision de contracter ou de se rétracter soit éclairée, et émane de sa volonté réelle.

Pour ce faire, le pollicitant est tenu de maintenir son offre pendant un délai déterminé par la loi, variable selon l'opération de l'offre³⁴¹, et permettant au cocontractant d'étudier l'offre hors de toute pression commerciale. L'article 36 impose que « Le consommateur dispose d'un délai :- de sept jours pour exercer son droit de rétractation ;- de trente jours pour exercer son droit de rétractation, si le fournisseur n'honore pas son engagement de confirmer par écrit les informations prévues dans les articles 29 et 32. Et cela, sans avoir à se justifier, ni à payer de pénalités, à l'exception, le cas échéant, des frais de retour ».

³³⁹ Décret n°2-12-53 du 4 kaada 1434 (11 septembre 2013), pris pour l'application de certaines dispositions de la loi 31-08 édictant des mesures de protection du consommateur (B.O. n°6192 du 3 octobre 2013).

³⁴⁰ LAPOYADE DESCHAMPS (Ch.), *Droit des obligations*, op.cit., n°323, p.32 ; BÉNABENT (A.), *Droit civil, les obligations*, op.cit., n°331, p.222

³⁴¹ D'après l'article 77 de la loi 31-08, « toute opération de crédit visée à l'article 74 doit être précédée d'une offre préalable de crédit écrite, de manière à ce que l'emprunteur puisse apprécier la nature et la portée de l'engagement financier auquel il peut souscrire et les conditions d'exécution de ce contrat. [...] La remise de l'offre préalable oblige le prêteur à maintenir les conditions qu'elle indique pendant une durée minimum de sept jours à compter de sa remise à l'emprunteur ». Aussi, l'article 120 relatif au contrat de crédit dispose que « l'envoi de l'offre à l'emprunteur oblige le prêteur à maintenir les conditions qu'elle indique pendant une durée minimale de quinze jours à compter de sa réception par l'emprunteur », et que « l'emprunteur et la caution ne peuvent accepter l'offre que 10 jours après qu'ils l'aient reçue ».

Dans les contrats conclus à distance, et qui font aujourd'hui fortune à l'ère d'internet, le droit à la réflexion redouble d'importance. Lorsque l'offre de vente par correspondance amène le consommateur à se décider rapidement (offres exceptionnelles, offres à l'expiration programmée, etc.), le consommateur s'engage sans avoir eu le temps d'exercer son pouvoir de comparaison, ou de réflexion raisonnée. L'achat à la hâte peut donc altérer son jugement et l'amener à regretter son acte. Voilà pourquoi le législateur impose par principe, et par dérogation aux règles du D.O.C., un délai de réflexion de sept jours, à l'issue duquel le consommateur peut se rétracter : « dans un délai maximum de sept jours à compter de la commande ou de l'engagement d'achat, le consommateur a la faculté de se rétracter par l'envoi du formulaire détachable au contrat par n'importe quel moyen justifiant la réception », et ajoute que « toute clause du contrat par laquelle le consommateur abandonne son droit de se rétracter est nulle et non avenue » (art.49 loi 31-08).

La protection du consommateur est même renforcée par l'interdiction faite au pollicitant d'obtenir de son cocontractant une acceptation, avant l'expiration du délai de réflexion. L'article 50 de la loi 31-08 dispose à cet effet qu'« avant l'expiration du délai de rétractation prévu à l'article 49, nul ne peut exiger ou obtenir du consommateur, directement ou indirectement, à quelque titre ni sous quelque forme que ce soit une contrepartie quelconque ni aucun engagement ni effectuer des prestations de services de quelque nature que ce soit ». Car en effet, octroyer un délai de réflexion sans l'assortir d'un droit à la rétractation serait vain.

Dans les contrats de crédit, la loi 31-08 accorde un délai de réflexion différent selon la nature du crédit. Ainsi, lorsqu'il s'agit d'un crédit à la consommation, l'article 77 attribue un délai de sept jours de réflexion à compter de la remise de l'offre préalable, de manière à ce que l'emprunteur puisse apprécier la nature et la portée de l'engagement financier auquel il veut souscrire et les conditions d'exécution de son contrat. Aucun engagement ne peut être valablement contracté par l'emprunteur vis-à-vis du prêteur, tant qu'il n'aura pas accepté l'offre préalable ; et le contrat sera résolu de plein droit, sans indemnités, si l'emprunteur a, dans le délai imparti, exercé son droit de rétractation. S'agissant du crédit immobilier, la loi accorde un délai de réflexion de quinze jours à compter de la réception par l'emprunteur de l'offre proposée par le prêteur (art. 120). Remarquons que ce délai est plus étendu rapport à celui du crédit à la consommation, du fait de l'importance de la somme empruntée, qui est nettement plus élevée.

Ces prescriptions légales totalement nouvelles, imposent non seulement un délai de réflexion fixé par la loi, mais encore un droit de rétractation à l'issue de ce délai, sans que cette rétractation ne puisse être préjudiciable au contractant, et sans qu'il puisse y renoncer par avance. La loi exonère le consommateur de toute pénalité en cas de rétractation, de sorte que cette gratuité garantisse l'efficacité de ce droit. D'ailleurs, si l'auteur de la rétractation est contraint à un versement indemnitaire, il y aurait là une entrave au libre exercice de ce droit. Voilà pourquoi la loi interdit toute sanction pécuniaire au droit de rétractation en lui assignant un caractère d'ordre public (art. 49 loi 31-08). De telles dispositions participent à la correction de l'asymétrie de l'information et du pouvoir économique existant entre les contractants, mais protègent-elles pour autant contre le déséquilibre contractuel ?

Tout au plus, le délai de réflexion peut-il faire prendre conscience au consommateur de l'utilité ou non de s'engager à la convention. S'il se rétracte, il aura alors évité la conclusion d'un contrat qui ne répond pas à ses attentes ; et s'il s'engage, il aura garanti à son cocontractant que son consentement est éclairé et que sa volonté est réelle. Et de cette affirmation tacite, le contractant est désormais perçu comme averti des risques encourus par la convention, et doit répondre de ses obligations contractuelles. Sera-t-il pour autant habilité à soulever l'existence d'un déséquilibre contractuel, après qu'il s'est volontairement engagé à la convention ?

La dénonciation de l'existence d'une clause abusive reste en principe possible, aux termes de l'article 19 de la loi 31-08³⁴², mais rien ne protège le contractant qui se serait engagé en connaissance de cause, mais avec une volonté réelle contraire à sa volonté déclarée. Ainsi en est-il de la catégorie de contractants qui, en ayant été informés de la portée de la convention, et après avoir disposé de leur délai de réflexion, s'engagent tout de même contre leur volonté, du fait de leur état de besoin et à défaut de mieux. Ceux-là ne sauraient invoquer une annulation de leur contrat pour consentement vicié, et c'est d'ailleurs en toute logique que la justice leur refusera la rupture de leur engagement. Pourtant, nombre d'entre nous s'engagent à contre gré à des conventions déséquilibrées, par besoin, ou dans l'urgence. Et les droits de réflexion et de rétractation sont insuffisants à garantir l'équilibre dans ces rapports contractuels. Il est donc essentiel de tenir compte de cette situation contractuelle, bien souvent présente en pratique, et trop peu souvent considérée par le droit.

³⁴² Art. 19 loi 31-08 : « Sont nulles et de nul effet les clauses abusives contenues dans les contrats conclus entre fournisseur et consommateur. Le contrat restera applicable dans toutes ses autres dispositions s'il peut subsister sans la clause abusive précitée ».

Ainsi, si le développement du commerce moderne, des techniques nouvelles de vente à distance, des facilités de crédit, permettent au consommateur d'acheter avec facilité, parfois sans même avoir épargné, et sans ressentir sur-le-champ le poids financier de son engagement, les formes d'incitations à la consommation rendent plus que nécessaire la valorisation du droit à la réflexion et à la rétractation. C'est pourquoi l'intervention du législateur pour la garantie de ces droits a eu pour objet d'éclairer le consentement du consommateur. Mais cette intervention serait inutile si les contractants s'engagent en connaissance de cause à un contrat qui les insatisfait. Quand bien même seraient-ils avertis et conscients de la portée de leur engagement, l'équilibre contractuel n'est pas garanti pour autant. Aux droits d'information, de réflexion et de rétractation, doivent donc être ajoutés d'autres moyens garantissant l'équilibre contractuel.

B. Le droit à la transparence lors de la conclusion du contrat

L'exigence de la transparence est une autre conséquence de la bonne foi des contractants. Car là où la loi interdit au juge d'intervenir pour contrôler le contenu d'un contrat, elle admet toutefois le contrôle en amont des formules contractuelles. C'est pour la réalisation de cette transparence que s'imposent l'obligation de clarté de l'écrit³⁴³ et la prohibition de la publicité mensongère³⁴⁴.

Le dispositif n'est qu'une application plus spécifique de l'obligation d'information. Ici encore, la valeur défendue n'est pas seulement l'équilibre des prestations réciproques, mais davantage l'intégrité du consentement, à travers la faculté offerte au consommateur de prendre conscience de la portée de ses engagements. Le moyen le plus adéquat pour cette fin, consiste à exiger un écrit ; les clauses du contrat devant être rédigées de façon claire et compréhensible, afin de renforcer l'existence d'un consentement éclairé. Il ne peut cependant pas y avoir de consentement valable lorsque l'acceptation a porté sur un document illisible ou incompréhensible dans sa rédaction³⁴⁵. L'article 78 de la loi 31-08 illustre parfaitement le recours à cette technique : la loi oblige la partie supposée

³⁴³ Art. 78 de la loi 31-08 : « L'offre préalable doit : 1. être présentée de manière claire et lisible ; 2. mentionner l'identité des parties et, le cas échéant, de la caution ; (...) ».

³⁴⁴ Art. 21 de la loi 31-08 : « Sans préjudice des dispositions des articles 2 et 67 de la loi n°77-03 relative à la communication audio-visuelle, est interdite toute publicité comportant, sous quelque forme que ce soit, des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur. (...) ».

³⁴⁵ Art. 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 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 ».

forte à renseigner le contractant faible sur le contenu exact de l'engagement futur en lui transmettant par offre préalable claire et compréhensible. L'écrit n'est pas toujours imposé, mais l'offre doit comporter certaines mentions impératives, qui elles, renseignent le cocontractant, telles la durée du contrat et tous les engagements qui incombent au destinataire de l'offre. Cette obligation traduit l'importance accordée par la loi à la protection du consentement réel de la partie faible au contrat. Cette protection ne se limite donc pas à l'exigence d'un écrit lisible et compréhensible (a)³⁴⁶, mais s'envisage aussi par l'a prohibition de la publicité mensongère (b).

a) Le droit à la clarté de l'écrit

Si le consensualisme a toujours été le principe régissant la conclusion des contrats, l'on constate une recrudescence du formalisme depuis les dernières décennies. Alors qu'en principe un contrat est valable du seul échange des consentements, le législateur a jugé nécessaire le revêtement d'une forme déterminée pour la validité de certains d'entre eux. L'auteur Hervé JACQUEMIN définit ce formalisme contractuel par « *l'ensemble des règles prescrites par un texte légal ou réglementaire qui déterminent la manière dont la volonté ou une information particulière doit s'extérioriser au cours du processus contractuel, sous peine de sanction en cas d'inobservation* »³⁴⁷. Au rang de ces mesures, figure principalement l'exigence d'un écrit, qui doit non seulement être clair et compréhensible, mais aussi comprendre certaines mentions obligatoires.

L'obligation d'un écrit n'est pas une fin en soi, mais c'est grâce à l'écrit que le contractant faible pourra bénéficier de son droit à l'information, et par conséquent, pourra maîtriser la portée de ses engagements. Le législateur est donc intervenu en imposant des règles de présentation de certains contrats afin d'en faciliter la prise de connaissance par le contractant. Il s'agit notamment des contrats d'assurance, pour lesquels «non seulement la police doit être rédigée en caractères apparents, mais encore que certaines clauses doivent être rédigées en caractères très apparents qui frappent le lecteur à première vue, soit par leur encre de couleur différente, soit par les caractères particuliers de leurs lettres: ce sont les clauses relatives aux nullités, aux déchéances, à la durée du

³⁴⁶VIGNAL (N.), *La transparence en droit privé des contrats, approche critique de l'exigence*, P.U.A.M., Faculté de droit et de Sciences Politiques, 1998, pp. 15 et s.

³⁴⁷JACQUEMIN (H.), *Le formalisme contractuel, mécanisme de protection de la partie faible*, préf. Etienne Montero, Bruxelles, Ed. Larcier, 2010, p.29

contrat et aux exclusions»³⁴⁸.

Aussi, l'article 11 du Code des assurances³⁴⁹, dispose que le contrat d'assurance doit être rédigé en caractères apparents, et l'article 14 ajoute que « sous réserve des dispositions spéciales prévues pour les assurances de responsabilité, les clauses des contrats édictant des nullités prévues par le présent livre, des déchéances, des exclusions ou des cas de non assurance ne sont valables que si elles sont mentionnées en caractères très apparents».

Le formalisme concerne aussi les mentions obligatoirement comprises dans le contrat. L'article 6 du dahir du 5 octobre 1984 relatif à la répression des fraudes sur les marchandises³⁵⁰, dispose dans son alinéa 2, que la mention de toutes les informations telles le nom, les spécificités, le mode d'emploi et de traitement et toutes autres informations essentielles à la garantie des ventes, doivent être rédigées dans un écrit d'une manière claire.

Le même dispositif est imposé aux notaires par l'article 42 de la loi 32-09³⁵¹, en ce qui concerne la langue de rédaction du contrat: « les actes et les écritures sont obligatoirement rédigées en langue arabe, sauf si les parties optent pour une autre langue. Les minutes et les copies des actes sont établies de façon lisible et indélébile sur un papier offrant une garantie totale de conservation ».

Par ailleurs, la loi 06-99 relative à la liberté des prix et de la concurrence, semble présenter la même mesure de protection du consentement, mais sous une autre forme. L'article 47 impose au vendeur de produit ou à tout prestataire de services, d'informer le consommateur par voie de marquage, d'étiquetage, d'affichage ou par tout autre procédé approprié, sur le prix et les conditions particulières de la vente ou de la réalisation de la prestation.

³⁴⁸MANSOURI (L.) et HAMMICH (M.), *Précis de droit des assurances*, Rabat, Editions et Impressions Bouregreg Communication, 1^{ère} éd., 2010, pp.88-89

³⁴⁹ Dahir n° 1-02-238 du 25 rejeb 1423 portant promulgation de la loi n° 17-99 portant Code des assurances, (B.O. n° 5054 du 7 novembre 2002).

³⁵⁰ Dahir n° 1-83-108 du 9 Moharrem 1405, portant promulgation de la loi n° 13-83 relative à la répression des fraudes sur les marchandises, du 5 octobre 1984, (B.O. n° 3777 du 20 mars 1985).

³⁵¹ Dahir n° 1-11-179 du 25 Hija 1432, portant promulgation de la loi n° 32-09 relative à l'organisation de la profession de notaire, (B.O. n° 6062 du 5 juillet 2012).

L'article présente d'autres moyens qui sont similaires à l'offre préalable mentionnée dans un écrit : que ces mentions soient inscrites dans une offre préalable ou une notice d'information, elles sont toutes destinées à prémunir le particulier contre son irréflexion et son ignorance. Ce formalisme protecteur éclaire le consentement du destinataire de l'offre, avant même qu'il ne formule son acceptation.

S'agissant de la loi consumériste, son article 78 explicite davantage les conditions de formes que doit respecter l'offre préalable du contrat de crédit. Celle-ci doit : « 1. Être présentée de manière claire et lisible ; 2. Mentionner l'identité des parties et, le cas échéant, de la caution ; 3. Préciser le montant du crédit et, éventuellement, de ses fractions périodiquement disponibles, la nature, l'objet et les modalités du contrat (...) ; 5. Indiquer le cas échéant, le bien ou produit, ou la prestation de service financier ; 6. Indiquer les dispositions applicables en cas de remboursement anticipé ou de défaillance de l'emprunteur, conformément aux dispositions de la section VI du présent chapitre ». L'article oblige ainsi la partie supposée forte à renseigner le contractant faible sur le contenu exact de l'engagement futur, en lui transmettant par écrit³⁵² son offre préalable. Cette obligation traduit l'importance accordée par la loi à l'intégrité du consentement du cocontractant, dont l'engagement doit se faire à la connaissance réelle des données contractuelles³⁵³.

L'article n'est pas isolé, d'autres mettent à la charge du professionnel l'obligation de transmettre au consommateur l'offre préalable dans un écrit clair et rédigé aussi bien en langue française qu'en langue arabe, pour permettre au consommateur la bonne compréhension du contenu du contrat. Ainsi, l'article 206 de la loi 31-08 dispose que tout acte d'une manière générale, rédigé dans une langue étrangère, doit être obligatoirement accompagné de sa traduction en langue arabe. La rédaction d'une offre préalable dans la langue choisie par le cocontractant présente des avantages certains pour la partie faible. Elle conduit à une meilleure compréhension du contenu du contrat, lorsque celui-ci en maîtrise la langue de rédaction.

³⁵² Comme en dispose l'article 77 de la loi 31-08 : « Toute opération de crédit visée à l'article 74 doit être précédée d'une offre préalable de crédit écrite, de manière à ce que l'emprunteur puisse apprécier la nature et la portée de l'engagement financier auquel il peut souscrire et les conditions d'exécution de ce contrat. Les opérations de crédit visées à l'article 74 doivent être conclues dans les termes de l'offre préalable, remise gratuitement en double exemplaire à l'emprunteur et, éventuellement, en un exemplaire à la caution. La remise de l'offre préalable oblige le prêteur à maintenir les conditions qu'elle indique pendant une durée minimum de sept jours à compter de sa remise à l'emprunteur ».

³⁵³ VIGNAL (N.), *op.cit.*, n°346 p.117

Suivant le même objectif, l'article 9 de la loi 31-08 dispose que « dans les cas des contrats dont toutes ou certaines clauses proposées au consommateur sont rédigées par écrit, ces clauses doivent être présentées et rédigées 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 ».

Ce formalisme attire l'attention du contractant, et l'incite à une réflexion plus poussée qui fait souvent défaut dans le simple consensualisme³⁵⁴. L'exigence d'une offre préalable écrite, permet d'éviter que le consentement ne soit donné sous la pression de manœuvres frauduleuses ou sans réflexion suffisante, et ceci d'autant plus que le professionnel, tenu d'un devoir d'information et de conseil, doit éclairer son partenaire sur la portée de ses engagements. Lorsque ce formalisme fait défaut, le contractant faible s'expose au risque de s'engager sans connaître le détail de l'objet du contrat, ou ses modalités d'exécution.

Parallèlement, la facilité sans cesse grandissante dans la conclusion des contrats, fait craindre pour l'intégrité du consentement donné par la partie faible. L'avènement d'internet accélère la conclusion des contrats à distance, en ce que le simple « clic » sur la bannière « acheter », conclut la transaction. L'ignorance de l'acheteur au sujet du produit, combinée à la hâte suscitée par le besoin ou la publicité, l'enjoint souvent à conclure sans qu'il ait pris le soin de comprendre la portée de l'engagement qu'il vient d'accepter. Aussi, le fait d'être confronté à un ordinateur et non à un être humain, réduit considérablement les chances de recevoir un conseil du vendeur. Voilà pourquoi la loi 53-05 relative à l'échange électronique de données juridiques³⁵⁵, impose dans son article 65-4 que : « quiconque propose, à titre professionnel, par voie électronique, la fourniture de biens, la prestation de services ou la cession de fonds de commerce ou l'un de leurs éléments met à disposition du public les conditions contractuelles applicables d'une manière permettant leur conservation et leur reproduction ». Le même aliéna ajoute que l'offre doit comporter : « 1. Les principales caractéristiques du bien, du service proposé (...); 2. Les conditions de vente du bien ou du service (...); les différentes étapes à suivre pour conclure le contrat par voie électronique et notamment les modalités selon lesquelles les parties se libèrent de leurs obligations réciproques ; (...) ; 7. Les moyens de consulter, par voie électronique, les règles professionnelles et commerciales auxquelles l'auteur de l'offre entend, le cas échéant, se soumettre. Toute proposition qui ne contient pas l'ensemble des

³⁵⁴ *Idem*, p. 193

³⁵⁵ Dahir n° 1-07-129 du 19 kaada 1428 portant promulgation de la loi n° 53-05 relative à l'échange électronique de données juridiques. (B.O. n° 5584 du 6 décembre 2007).

énonciations indiquées au présent article ne peut être considérée comme une offre et demeure une simple publicité et n'engage pas son auteur ».

Et pour parfaire la sécurité du consentement du cocontractant, l'article 65-5 de la même loi ajoute que pour que le contrat soit valablement conclu, « le destinataire de l'offre doit avoir eu la possibilité de vérifier le détail de son ordre et son prix total et de corriger d'éventuelles erreurs, et ce avant de confirmer ledit ordre pour exprimer son acceptation ».

Pourtant, fournir au profane un écrit dans lequel figurent ces mentions obligatoires ne suffit pas à éclairer son consentement : encore faut-il que le contrat soit lu par le consommateur et que ces mentions soient compréhensibles pour lui. Et c'est là que le bat blesse, car de nos jours, il semble difficile de croire que le développement des mentions obligatoires rend l'ignorant compétent à leur seule lecture. L'usage de la langue arabe ne garantit en rien l'information du consommateur lorsque les termes utilisés sont d'une grande technicité. L'utilisation d'un jargon hermétique, additionnée à la longueur des conditions générales, suffit à lasser le plus téméraire des consommateurs. Aussi, lorsqu'il lit l'intégralité du contrat, le consommateur ne fait qu'en survoler les dispositions, qu'il ne comprend qu'à moitié, et dont il ne peut, de toute façon, en contester la portée ou l'existence.

Et pourtant, les tribunaux s'affairent toujours à rechercher la compréhensibilité de l'écrit. Or, à aucun moment l'ignorance du contractant faible n'est examinée. Les magistrats appliquant strictement la loi, décident que lorsque le formalisme informatif a été respecté, le destinataire de celui-ci ne saurait se plaindre³⁵⁶. Dès lors, le formalisme ne saurait à lui seul protéger efficacement la partie faible, d'autres mesures doivent alors être envisagées pour lui permettre d'exprimer un consentement éclairé.

b) La protection contre la publicité mensongère

La publicité est l'un des moyens les plus influents sur le comportement du consommateur. Il n'est donc pas surprenant qu'elle soit traitée dans le cadre de la protection du consentement du contractant, car un consentement éclairé passe par une information honnête sur les qualités du produit mis en vente.

³⁵⁶ *Ibidem*, p. 298 et s.

En effet, le rôle de la publicité est d'une importance capitale pour les entreprises désireuses de faire la promotion de leur produit. Son but n'est pas seulement de faire connaître le produit, mais d'inciter le consommateur ciblé à l'acheter. Son impact est d'une ampleur telle, qu'il agit sur l'inconscient de l'individu pour le pousser à l'acte d'achat. L'on dit qu'elle crée le besoin, là où initialement il n'y en a pas. C'est ainsi que des personnes sans intention première de consommer un produit, sont amenées à l'acheter, car ayant eu l'impression d'en avoir besoin. Or, outre la remise en question de cet aspect incitatif à la consommation³⁵⁷, un véritable danger menace le consommateur lorsque la publicité est mensongère ou trompeuse.

Mais rappelons tout d'abord qu'aucune législation ne peut interdire la publicité, puisque la notoriété d'un produit passe nécessairement par sa réclame, et que le propre du commerce consiste à faire l'éloge du produit qu'il offre au public. La publicité fait donc partie intégrante de la pérennité du commerce, et son rôle a d'ailleurs été renforcé par la loi 06-99 relative à la liberté des prix et de la concurrence³⁵⁸.

La publicité a donc d'abord une fonction d'information, légitimement remplie lorsqu'elle diffuse des renseignements exacts. Mais lorsqu'elle diffuse des messages erronés, celle-ci devient nocive ; d'où la nécessité de l'intervention du législateur pour la répression des publicités mensongères ou trompeuses³⁵⁹.

La loi 31-08 a consacré son article 21 à la protection du consommateur contre la publicité mensongère ou trompeuse, disposant qu' «... est interdite toute publicité comportant, sous quelque forme que ce soit, des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur ». Les dispositions prévues par cet article ont pour objet de protéger en particulier le consommateur en état de faiblesse. Car du fait de son ignorance, celui-ci se fie aux informations qu'il reçoit, et peut

³⁵⁷MÉADEL (C.), « *L'impact de la publicité, de la manipulation à la médiation* », in *La communication*, Eric MAIGRET (dir.), La documentation française, Paris, 2003

³⁵⁸VIGNAL (N.), *op.cit.*, n°346, p.156

³⁵⁹ *Idem*, p. 157 et s; CAS (G.), *La défense du consommateur*, Paris, P.U.F., 1981

absorber les mensonges proférés par un commerçant, sans faire preuve du moindre esprit critique³⁶⁰. La publicité peut donc facilement influencer son consentement. Comment alors protéger le consommateur contre la publicité mensongère ?

En pratique, la publicité doit forcément mettre en valeur les bons aspects du produit ou du service qu'elle vise à faire consommer. Cependant, lorsqu'elle diffuse des informations contraires à la réalité (publicité mensongère), ou qu'elle use d'ambiguïté ou d'omissions pour induire le consommateur en erreur (publicité trompeuse), elle est susceptible d'altérer son consentement. Mais plus grave que l'altération du consentement, la publicité mensongère peut porter préjudice au consommateur. Ainsi, la crainte d'une interprétation dolosive de la part du consommateur, a conduit à élargir la prohibition du mensonge au message publicitaire, mais aussi à sa forme. Car en effet, le mensonge peut être incorporé dans un texte, une formule, ou un slogan. Mais il peut aussi prendre des formes plus subtiles, à travers des images, dessins ou photographies. Aussi, il n'est pas étonnant que la détection du caractère mensonger d'une formulation ou d'une image, soit implicitement laissée à la libre appréciation du juge. A cet effet, l'article 21 de la loi 31-08 cite tous les éléments sur lesquels peut porter le mensonge³⁶¹, mais sans préciser les conditions d'identification du caractère mensonger ou trompeur. Il se contente d'élargir le pouvoir d'appréciation du juge à travers l'interdiction de la publicité aux « allégations, indications ou présentations fausses », et celles « de nature à induire en erreur, sous quelque forme que ce soit ».

En effet, il est difficile de tracer une limite claire entre le mensonge et les exagérations ou omissions tolérées pour les besoins de la publicité. Aussi, se demande-t-on à partir de quel moment une image ou une allégation peut être considérée mensongère ou trompeuse ? Curieusement, la jurisprudence française a recherché la réponse à cette question non pas dans des critères relatifs à la publicité, mais dans des critères relatifs au consommateur et à son interprétation de la publicité. Ainsi, elle

³⁶⁰ L'article précise dans son second alinéa qu' « est également interdite toute publicité de nature à induire en erreur, sous quelque forme que ce soit, lorsque cela porte sur un ou plusieurs des éléments ci-après : existence, nature, composition, qualités substantielles, teneur en principes utiles, espèce, origine, quantité, mode et date de fabrication, propriétés, date de péremption, prix ou tarif et conditions de vente des biens, produits ou services objets de la publicité, conditions ou résultats de leur utilisation, motifs ou procédés de la vente ou de la prestation de services, portée des engagements pris par l'annonceur, identité, qualités ou aptitudes du fabricant, des revendeurs, des promoteurs ou prestataires ».

³⁶¹ « Est également interdite toute publicité de nature à induire en erreur, sous quelque forme que ce soit, lorsque cela porte sur un ou plusieurs des éléments ci-après : existence, nature, composition, qualités substantielles, teneur en principes utiles, espèce, origine, quantité, mode et date de fabrication, propriétés, date de péremption, prix ou tarif et conditions de vente des biens, produits ou services objets de la publicité, conditions ou résultats de leur utilisation, motifs ou procédés de la vente ou de la prestation de services, portée des engagements pris par l'annonceur, identité, qualités ou aptitudes du fabricant, des revendeurs, des promoteurs ou des prestataires » ; art. 21 de la loi 31-08.

apprécie *in abstracto* l'aptitude du consommateur moyen à éviter les tromperies. La première référence à la notion de consommateur moyen est apparue dans un arrêt de la Cour d'Appel de Bourges en 1999, qui estime qu'il ne peut plus être considéré comme l'homme avisé et diligent, tel que le percevait le Code civil (du temps de la référence au « bon père de famille ») ; mais le voit désormais comme un « être vulnérable, auquel doivent être présentés de façon claire tous les risques auxquels il s'expose »³⁶².

Néanmoins, si la jurisprudence française admet la faiblesse du consommateur et la nécessité de le protéger, elle ne le défend que proportionnellement à son état de vulnérabilité. Comme le rappelle le professeur Jean Pascal Chazal, « la loi ne protège pas les imbéciles. Le consommateur se doit d'être vigilant et prudent pour ne pas se laisser tromper par un message parodique ou emphatique ». Il ajoute qu'à titre d'exemple, « le slogan *«la pile Wonder ne s'use que si l'on s'en sert»*, bien qu'inexact, revêt un aspect caricatural qui n'est pas de nature à induire en erreur le consommateur moyen »³⁶³.

Au Maroc, l'intervention du législateur pour la protection des individus contre la publicité mensongère remonte au-delà de la loi 31-08. Il est d'abord intervenu à travers l'article 10 de la loi 13-83 relative à la répression des fraudes sur les marchandises, qui dispose qu'« est interdite toute publicité comportant allégation, indication ou présentation fausse ou propre à induire en erreur, sous quelque forme que ce soit, sur l'un ou l'autre des éléments ci-après : existence, nature, composition, qualité, teneur en principes utiles, espèce, origine, quantité, mode et date de fabrication, propriétés, prix, conditions de vente des biens ou services, conditions ou résultats de leur utilisation, motifs et procédés de la vente, livraison ou prestation, portée des engagements, identité, qualité ou aptitude des fabricants, revendeurs, promoteurs, annonceurs et prestataires ».

Par ailleurs, le législateur a confirmé sa position contre la publicité mensongère dans les dispositions de la loi 77-03 relative à la communication audiovisuelle³⁶⁴. L'article 2-e dispose qu'est interdite la publicité comportant : « sous quelque forme que ce soit, des indications de nature à induire

³⁶² C.A. Bourges, 5 octobre 1998, JCP E.1999, p.1417

³⁶³ Cass.Crim. 15 octobre 1985, Dalloz 1986 IR 397 obs. ROUJOU DE BOUBÉE, cité par CHAZAL (J.P.), « Vulnérabilité et droit de la consommation », in Colloque sur la vulnérabilité et le droit, organisé par l'Université MENDES-FRANCE (P.), Grenoble II, le 23 mars 2000.

³⁶⁴ Dahir n° 1-04-257 du 25 kaada 1425 (7 janvier 2005) portant promulgation de la loi n° 77-03 relative à la communication audiovisuelle. (B.O. n°5288 du 3 février 2005).

les citoyens en erreur ou à violer leur droit à la confidentialité des informations relatives à l'état de leur santé, ou comportant des indications mensongères sur la santé ou incitant à la pratique illégale de médecine ou de charlatanisme ». L'article 68 ajoute qu'« est interdite toute publicité audiovisuelle mensongère ou trompeuse comportant des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur », précisant que « la détermination du caractère prohibé est faite conformément à la législation et à la réglementation en vigueur ».

Aujourd'hui, la loi 31-08 érige la prohibition de la publicité mensongère en principe général dans son article 21, reprenant l'interdiction de la diffusion d'informations fausses ou celles susceptibles d'induire en erreur, de la même manière que les lois qui l'ont précédée. Aussi, l'article réitère la prohibition à toutes les formes que peut revêtir la publicité, car il semble englober aussi bien les textes écrits que les offres orales, les dessins, photographies ou films. L'objectif du législateur est donc d'interdire toute réclame contraire à la réalité, et ce, indépendamment du support utilisé pour véhiculer cette offre. A ce titre, l'article 115 de la loi 31-08, relatif au prêt, dispose que toute publicité qui, quel que soit son support, porte sur l'un des prêts mentionnés à l'article 113, doit être informative et honnête.

Par ailleurs, cette prohibition permet aussi un élargissement du champ d'application de la théorie de l'erreur, prévue à l'article 42 du D.O.C., s'agissant de toutes les clauses licites que les parties considèrent comme essentielles. Il en va de même pour le dol qui peut être constitué par certaines manœuvres publicitaires illicites qui amènent le consommateur faible à conclure un contrat pour lequel il n'aurait pas consenti si ces manœuvres n'avaient pas été entreprises (art. 59 D.O.C.).

Notons aussi que cette prohibition dérive de deux obligations principales de l'annonceur. La première est son obligation de loyauté et de bonne foi (art. 231 D.O.C.) qui s'impose *a fortiori* au professionnel lorsqu'il présente son offre. Celle-ci doit être honnête et non ambiguë, à l'inverse de quoi le juge retiendra la responsabilité de l'annonceur pour publicité mensongère ou trompeuse. Remarquons que les dispositions de l'article 21 de la loi 31-08 ont vocation à s'appliquer quelle qu'ait été la source du caractère trompeur de la publicité : qu'il résulte d'une faute intentionnelle ou d'une négligence³⁶⁵.

³⁶⁵ TCHOTOURIAN(I.), *Droit de la publicité et de la promotion des ventes en matière de presse écrite*, Paris, éd. Publibook, Droit et Sciences politiques, 2004, p.51

La seconde dérive de son obligation d'information³⁶⁶. L'article 3 de la loi 31-08 impose une information exacte et véridique de la part du professionnel à l'égard du consommateur³⁶⁷. L'obligation consiste à compenser la faiblesse du contractant due à son ignorance. Il s'agit alors de protéger l'intégrité du consentement en palliant aux failles du régime des vices du consentement, notamment quant aux difficultés d'apport de la preuve de dol ou d'erreur. Du fait de l'inégalité de savoir entre le consommateur et le professionnel et du risque de décision hâtive, il convient de protéger le consommateur par une meilleure information sur le contrat proposé.

Il est vrai que la tradition individualiste impose à chacun de veiller sur ses propres intérêts et oblige le contractant à être vigilant contre les ruses et les manœuvres dolosives ou trompeuses, en procédant à un minimum de vérifications. Mais désormais, ceux qui, malgré leur diligence, ne pouvaient échapper à l'erreur, ou prouver l'existence d'un dol, sont protégés par la loi contre la publicité mensongère.

En dehors même de la considération du consentement qui doit être protégé, la publicité mensongère reste une faute incombant au professionnel³⁶⁸, qu'elle soit intentionnelle ou due à sa négligence. Le risque qu'elle provoque une atteinte à la santé et à la sécurité de l'individu justifie son interdiction, mais aussi sa considération au rang des délits (punie de 200 dhs à 7200 dhs d'amende, ainsi que d'une cessation ou d'une rectification le cas échéant). Aussi, le législateur n'a pas déterminé comment la publicité mensongère devait être appréciée par les juges. Il n'est pas spécifié dans la loi que l'absence de volonté de tromper empêchait l'existence de la publicité mensongère. L'on en déduit que seul le constat du caractère mensonger ou trompeur de la publicité présente la mesure de l'interdiction, et ce, que l'annonceur ait été de bonne foi ou non.

Faut-il pour autant en déduire que l'effet de la tromperie doit être apprécié *in abstracto*, ou bien en se référant aux techniques d'appréciation de l'erreur, prévues à l'article 44 du D.O.C. ? Force est de constater que l'appréciation *in abstracto* permettra la protection de tout consommateur, quelle que

³⁶⁶VIGNAL (N.), *op.cit.*, n°346, p.99 ; PANSIER (F.-J.), *Le droit pénal des affaires*, Paris, 2^e éd., Que sais-je ?, Paris, PUF, p.107

³⁶⁷ « Tout fournisseur doit mettre, par tout moyen, approprié, le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du produit, du bien ou du service ainsi que l'origine du produit, ou du bien et la date de péremption, le cas échéant, et lui fournir les renseignements susceptibles de lui permettre de faire un choix rationnel compte tenu de ses besoins et de ses moyens ».

³⁶⁸ L'article 10 de la loi 13-83 dispose à cet effet que « l'annonceur pour le compte duquel la publicité est diffusée est responsable, à titre principal, de l'infraction commise. Si le contrevenant est une personne morale, la responsabilité incombe à ses dirigeants ».

soit sa compétence et quel que soit son niveau intellectuel. Présumé profane, le consommateur profitera de la protection prévue par la loi automatiquement et plus facilement que le professionnel qui, en sa qualité d'homme de compétences et de prévision, se voit exclu du domaine de la protection. Mais si l'on se réfère à la technique prévue par le législateur pour l'erreur, l'appréciation se fera *in concreto*. Les juges devront alors avoir égard à l'âge, au sexe, à la condition des personnes, et aux circonstances de la cause.

Pour ce faire, les juges se pencheront certainement aussi sur l'activité exercée par le consommateur. Certes, la profession présente un moyen efficace pour déduire le degré de compétence et d'expérience d'une personne, ainsi que son degré de diligence et de précaution. Cette façon d'apprécier permettra certainement la protection des faibles. Toutefois, notons qu'il serait préjudiciable de déclarer une publicité mensongère du fait qu'un consommateur isolé l'ait mal interprétée. Aussi, le critère d'appréciation du caractère mensonger ou trompeur gagnerait en équité vis-à-vis de l'annonceur s'il se faisait *in abstracto*, soit en référence à une norme. Si les juges français font référence à la notion de « consommateur moyen », les juges marocains disposent encore de la notion de « bon père de famille » figurant aux articles 713 et 945 du D.O.C., ainsi que d'autres notions plus spécifiques, pour apprécier le caractère honnête et réaliste de la publicité, telles que l'usage (art. 231 D.O.C.) ou encore le délai raisonnable.

Paragraphe 2. Le contrôle du contenu du contrat

Le contrôle du contenu du contrat est en principe la prérogative d'une seule autorité, celle du juge ; et ce contrôle ne peut avoir lieu qu'après l'occurrence d'un litige, que les parties contractantes auront décidé de soumettre à l'autorité judiciaire. Et bien que la conclusion des contrats les plus importants se fasse le plus souvent en la présence d'un notaire, il arrive qu'un déséquilibre contractuel survienne, et que l'équité du contrat soit donc remise en question. En plus des contrats de consommation dont le contenu est laissé au libre cours du commerce et de la concurrence, d'autres contrats usuels continuent d'être exposés au risque d'un déséquilibre au détriment de la partie faible. Ainsi en est-il du contrat de travail, mais aussi du contrat d'assurance, dont la rédaction est unilatérale et les clauses tributaires de la volonté de leur rédacteur. De par la position de force dont jouissent employeurs, assureurs, et autres professionnels, le risque qu'un déséquilibre contractuel existe dans leurs formules est avéré, sinon particulièrement craint. Pour autant, ce constat suffit-il à recommander un contrôle des formules contractuelles ? Et plus particulièrement celui du contenu du contrat ?

Cette hypothèse de solution au déséquilibre contractuel, se heurte à un dilemme qui oscille entre deux intérêts majeurs du droit des obligations : le premier est celui de la préservation de la liberté des parties au contrat, tandis que le second vise la protection du consentement de la partie faible lorsqu'elle adhère à un contrat qui est contre ses intérêts³⁶⁹. Aussi, faire intervenir une tierce personne dans le contrôle³⁷⁰ de la formule contractuelle et son contenu paraît comme une pratique controversée (A), mais dont l'utilité protectrice est avérée (B).

A. Une pratique controversée

Le contrat est avant tout un accord, soit une rencontre de volontés par laquelle les contractants s'obligent l'un envers l'autre. C'est donc cette autonomie de la volonté, à la base de la conclusion de l'accord, qui impose la force obligatoire du contrat, et partant, interdit qu'une personne autre que les contractants n'intervienne pour en modifier le contenu. Le contrat serait alors le fruit d'un accord de deux volontés libres, auquel le contrôle porterait atteinte³⁷¹.

Mais à partir du moment où les formules contractuelles sont rédigées unilatéralement, et où leurs clauses sont rarement négociables, le contrat ne se résume plus qu'à une obligation forcée pour la partie qui l'a conclu contre son gré. Il se referme alors comme un piège autour de la partie faible, que l'on ne peut désormais plus protéger, au nom du respect du principe de l'autonomie de la volonté et de ses corollaires.

Parallèlement, la volonté individuelle, qui fut un temps considérée comme la seule force créatrice d'obligations, n'est aujourd'hui plus leur unique base. Elle partage désormais sa légitimité avec des considérations d'ordre moral, destinées à réprimer les abus. Et bien que l'intervention légale au nom de ces considérations soit limitée, il reste que le droit ne peut défendre ce qui est foncièrement injuste. Or, un contrat déséquilibré constitue une atteinte à la justice entre contractants, cela donne alors à réfléchir quant au rôle de la loi et du juge face à cette injustice.

³⁶⁹BÉNABENT (A.), *Droit civil, Les obligations*, 11^e éd., Paris, Montchrestien, L.G.D.J., 2007, pp.22-23 ; STARCK (B.), ROLAND (H.), BOYER (L.), *Obligations, op.cit.*, n°295, p. 3-4 ; LAPOYADE DESCHAMPS (Ch.), *Droit des obligations, op.cit.*, n°331, p.23-24

³⁷⁰ Au sens où nous l'entendons, le contrôle ne se fait pas seulement dans le but de la conformité du contrat à la loi, mais aussi dans la conformité de ses clauses aux intérêts de la partie faible.

³⁷¹GHESTIN (J.), *Cause de l'engagement et validité du contrat*, Paris, L.G.D.J., Delta, 2006, p.64

Tout le dilemme repose sur l'opposition entre l'immutabilité du contrat conclu par la volonté des parties, et l'exercice d'un contrôle aux fins d'une meilleure justice contractuelle. Aussi se demande-t-on quels seraient les enjeux réels d'une limitation de la liberté contractuelle (a) et de la protection du consentement de la partie faible (b) par le contrôle du contenu du contrat ?

a) Les limites à la liberté contractuelle

Si la volonté individuelle était l'unique fondement du contrat, le droit se serait exclusivement affairé à protéger les intérêts privés des contractants, en leur permettant de s'accorder sur toutes les stipulations qui les arrangent. Mais à partir du moment où la somme de ces volontés individuelles engendre une atteinte à l'ordre public, aux bonnes mœurs, ou à l'intérêt général, la loi est impérativement intervenue pour en limiter la portée (ex : les contrats forcés en matière d'assurance automobile). De la même façon, il serait judicieux de reconsidérer la portée de la liberté contractuelle lorsque l'une des parties se trouve en position de faiblesse, et *a fortiori* lorsque celle-ci s'expose (ou subit) à un risque de déséquilibre contractuel avéré.

Certes, le principe de l'autonomie de la volonté est une garantie de la sécurité et de la prévisibilité des transactions, mais il n'est pas d'une sacralité absolue. C'est une garantie mise à disposition des parties pour la réalisation de leurs engagements réciproques. Mais quelle autonomie de la volonté peut-il bien y avoir dans un contrat dont la partie la plus faible sait le déséquilibre à son détriment ?

Nous nous trouvons ici face à une question importante : sur quelle base le droit peut-il intervenir pour contrôler le contenu d'un contrat, sachant que sa rédaction et son exécution dépendent de la libre volonté des parties ? *A priori*, rien, hormis les exigences de l'ordre public, ne prédispose la loi à une telle intervention. Pourtant, certaines législations étrangères ont imposé le contrôle de certains contrats, principalement en matière d'assurances³⁷².

En effet, l'article L.310-8 du Code des assurances français, prévoit que le ministre des finances peut exiger la communication des documents contractuels ou publicitaires d'assurance en vue de leur modification ou de leur retrait du marché, s'ils sont contraires aux dispositions législatives ou ré-

³⁷²KULLMANN (J.), « *Le contrôle des contrats d'assurance dans un contexte international* », in Risques, Les cahiers de l'assurance, L.G.D.J./Seddita, n°53, Janvier -Mars 2003

glementaires³⁷³. La loi institue même une Commission de contrôle des assurances, habilitée à recevoir les réclamations des parties au sujet des formules contractuelles. Elle agit en cela à titre d'instance de conciliation, et exerce un contrôle d'opportunité l'autorisant même à demander la rectification des clauses qui lui paraissent illicites.

Une intervention dans le contrôle du contenu du contrat d'assurance apparaît aussi en Allemagne, où l'article 81 de la loi sur l'assurance charge l'autorité de contrôle de veiller aux intérêts des assurés. Son rôle s'étend même au droit d'ordonner à l'assureur d'éviter ou de supprimer les irrégularités contractuelles³⁷⁴. Au Japon, l'obtention de l'agrément pour l'exercice de l'activité d'assurance, concerne aussi les conditions générales du contrat, qui sont soumises au contrôle du ministre des finances avant leur mise sur le marché, mais aussi en cas d'éventuelle modification de la part de l'assureur³⁷⁵. Enfin, en Belgique, l'Office de Contrôle des Assurances, est chargé de veiller à ce que les contrats d'assurance soient conformes à la loi, à l'équité et à l'intérêt des assurés. Il peut enjoindre les entreprises à se mettre en règle, à défaut de quoi il peut entreprendre des sanctions à leur encontre³⁷⁶.

Le fondement de cette pléthore d'interventions est certes d'abord d'ordre prudentiel, mais est aussi d'ordre préventif et protecteur à l'égard des assurés, partie profane au contrat d'assurance. Aussi,

³⁷³ Art. L.310-8, modifié par la loi n°2003-706 du 1^{er} août 2003 – art.22 JORF 2 août 2003, : « Le ministre peut exiger la communication des documents à caractère contractuel ou publicitaire ayant pour objet une opération d'assurance ou de capitalisation. S'il apparaît qu'un document est contraire aux dispositions législatives ou réglementaires, le ministre peut en exiger la modification ou en décider le retrait après avis du Comité consultatif du secteur financier. En cas d'urgence, l'avis du Comité consultatif du secteur financier n'est pas requis.

³⁷⁴ Act on the Supervision of Insurance Undertakings (Versicherungsaufsichtsgesetz – VAG), As published in the announcement of 17 December 1992 (BGBl. 1993 I, p. 2), Section 81 : « (1) The Supervisory Authority monitors all business operations of insurance undertakings within the framework of general legal supervision and specific financial supervision. It ensures that the interests of the insured are adequately safeguarded and the laws applicable to the operation of insurance business are observed. (...) ». « (2) The Supervisory Authority may issue any orders with respect to the undertakings, the members of their management boards and other managers, or persons controlling the undertaking, which are appropriate and necessary to prevent or remedy irregularities. An irregularity is any conduct by an insurance undertaking which conflicts with the supervisory objectives under subsection (1) above ».

³⁷⁵ Insurance Business Act (Act No. 105 of June 7, 1995), art. 3 ; 5 et 123, qui dispose: « (1) An Insurance Company shall obtain the authorization from the Prime Minister when it intends to modify the matters prescribed in the documents listed in Article 4, paragraph (2), items (ii) to (iv) inclusive (except matters specified by a Cabinet Office Ordinance as being not very likely to impair the protection of Policyholders, etc.).
(2) An Insurance Company shall, when it intends to modify the matters specified by a Cabinet Office Ordinance set forth in the preceding paragraph in the case where it intends to modify the matters prescribed in the documents prescribed in the same paragraph, give advance notification thereof to the Prime Minister. (Authorization of Change of Matters Prescribed in Statement of Business Procedures, etc.) »

³⁷⁶ Loi du 9 juillet 1975 relative au contrôle des entreprises d'assurances (Moniteur Belge, 29 juillet 1975), mise à jour par la loi du 19 avril 2014 (Moniteur Belge 17 juin 2014) , art. 81 et 82, renumérotés par l'article 31, §1er de l'arrêté royal du 12 août 1994 (Moniteur Belge du 16 septembre 1994)

les législateurs étrangers ont bien pris conscience de l'importance de limiter la liberté contractuelle dans le but de protéger un plus grand enjeu, celui de l'intérêt des assurés.

Cette réaction législative nous conduit à réfléchir quant à la possibilité de contrôler le contenu d'autres contrats usuels, chaque fois qu'un danger de déséquilibre ou d'iniquité menace le contractant faible.

La liberté de contracter quel que soit le prix, le cocontractant, ou les conditions du contrat, a montré qu'elle pouvait conduire à une atteinte des droits de la partie faible. Aussi, l'instauration de limites à cette liberté contractuelle a plus de chances de renforcer la sécurité et l'équité entre contractants que la loi du marché.

Certes, la volonté reste le fondement *sine qua non* du contrat, et conserver la liberté qui s'y rattache est recommandé. Toutefois, c'est aujourd'hui un luxe de faire primer cette liberté, lorsqu'on sait qu'elle est souvent utilisée à des fins d'abus et d'exploitation³⁷⁷. Car si la théorie de l'autonomie de la volonté connaît aujourd'hui un déclin, c'est aussi à cause des abus provoqués par les forts au détriment des plus faibles.

Doit-on pour autant en déduire que la justice contractuelle ne peut exister que par une restriction de la liberté contractuelle, et par son remplacement par des normes imposées par la loi? La réponse est ambivalente : il est clair que le contrôle préventif de certains contrats avant leur mise sur le marché, engendrera une limitation conséquente à la liberté contractuelle, mais au profit d'une meilleure protection de l'intérêt des parties. Néanmoins, ce serait tomber dans l'excès que d'imposer des normes contractuelles dans tous les domaines. Aussi, il suffirait qu'une instance soit habilitée à exercer un contrôle d'opportunité sur certains contrats, pour que les contractants forment d'eux-mêmes des conventions équitables. Dans tous les cas, la pérennité de la justice contractuelle reste tributaire de la bonne foi des contractants en position de force, qui doivent toujours veiller à ce que leur contrat ne soit pas déséquilibré au détriment de la partie faible.

Le droit marocain fait encore partie des législations peu enclines à intervenir dans la régulation des contrats, de crainte que cela ne crée une restriction trop étouffante de la liberté contractuelle, et par-

³⁷⁷STARCK (B.), ROLAND (H.), BOYER (L.), *op.cit.*, n°295, pp. 13-14 ; LAPOYADE DESCHAMPS (Ch.), *op.cit.*, n°331, p.27 ; BÉNABENT (A.), *op.cit.*, n°369, p.22-23 ; MAZEAUD (H.L, J.), et CHABAS (F.), *Leçon de droit civil*, 8^e éd, Paris, Montchrétien, E.J.A., 1991, pp. 98-114

tant, d'une plus grande rigidité du domaine des affaires. Pour autant, la liberté et la justice contractuelles sont des valeurs étroitement imbriquées, et toutes deux nécessaires à la pérennité du contrat. Toute la difficulté reste de savoir à quels moments l'on doit faire primer l'une sur l'autre pour asseoir l'équilibre contractuel.

b) La protection du consentement de la partie faible

L'intervention de la loi pour la protection du consentement de la partie faible au contrat, s'est jusqu'ici limitée aux vices qui pouvaient l'atteindre. L'erreur, le dol et la violence, ont en commun de pouvoir être identifiés lorsqu'ils existent, et de constituer un fondement légitime à la résiliation du contrat. Mais que faire lorsque le contractant faible s'engage en pleine connaissance de cause mais sans mesurer la portée réelle de son engagement ? Ou lorsque prit par le besoin, l'urgence, ou la lassitude d'une résistance trop longue à l'insistance du vendeur, il s'engage contre son gré ? Contrairement aux vices du consentement, ces diverses situations ne constituent pas un fondement valable à la demande d'une résiliation du contrat. Le Droit et la logique contractuelle vont à l'encontre de la défense d'un contractant qui réclame la résiliation d'un contrat auquel il s'est engagé sans l'exercice d'une contrainte extérieure. Pourtant, le contrat pour lequel il s'est engagé va à l'encontre de ses intérêts.

La difficulté vis-à-vis de cette situation contractuelle est double. D'abord, le cocontractant a émit son consentement sans en être forcé, ce qui en fait un consentement valable. Ensuite, ni la loi ni le juge, ne peuvent identifier de clause ou de manœuvre contractuelle abusives. Car ici, il ne s'agit pas d'un abus : le cocontractant en position de force a rempli son obligation d'information. Il s'agit au contraire d'un consentement obtenu dans des circonstances qui, si elles n'avaient pas existé, le cocontractant faible ne se serait pas engagé.

Cette situation trouve son explication dans l'évolution de l'environnement contractuel contemporain. Vu la multiplication du nombre de contrats quotidiens³⁷⁸, le risque est grand pour le contractant faible d'accorder son consentement sans être totalement d'accord avec les conditions que lui propose son cocontractant. La hâte, l'état de besoin imminent, et parfois même l'incompréhension de la portée de l'engagement (ex : l'acceptation des cookies), sont autant de circonstances qui

³⁷⁸ De nos jours, ceux-ci prennent une forme beaucoup subtile et moins solennelle que les contrats nommés, tels l'acceptation des conditions générales pour l'activation d'un téléphone *après son achat* (à défaut de quoi le téléphone est inutilisable), le téléchargement d'une application, ou le consentement accordé pour la consultation d'un site web et l'avertissement au sujet des cookies et de la possible utilisation des données personnelles de l'utilisateur, etc.

peuvent conduire à un consentement non éclairé, ou factice. De ce fait, il paraît nécessaire de prêter attention à ces nouvelles situations contractuelles licites, mais toutefois susceptibles de pousser la partie faible à accepter les conditions contre son gré.

Pour ce faire, la doctrine appelle à une moralisation du contrat³⁷⁹. En effet, la protection du consentement passe non seulement par sa lucidité et sa liberté, mais aussi par l'éthique du contrat, afin que même si le contractant faible ne conçoit pas la portée du contrat, ou qu'il s'y engage dans l'urgence ; celui-ci ne lui porte pas préjudice. La protection du consentement impose de ne pas tromper, mais encore de veiller à ce que le contrat, même lorsqu'il est incompris, ne soit pas déséquilibré au détriment de la partie faible. Aussi, il est du devoir du Droit d'assurer l'équité du contrat, car sa fonction idoine est de veiller à la justice, et plus particulièrement à la sécurité des contractants. L'auteur Stéphane DARMAISIN rappelle que la finalité *proxima* du Droit est de « répondre aux exigences du Bien et du Juste », et que, « dès qu'elle s'écartera de ces deux pôles, la règle de Droit perdra sa légitimité »³⁸⁰.

Cet objectif passe nécessairement par une approche moralisatrice du contrat, se traduisant par une limitation de la liberté contractuelle. A ce titre, l'article 231 du D.O.C.³⁸¹ pourrait constituer le fondement à cette exigence de moralité, par l'imposition de l'équité dans les contrats. L'article ne confère cependant pas un droit de regard à l'Etat ou à une instance externe sur les contrats, préalablement à leur mise sur le marché. Pour autant, ce contrôle préalable du contrat³⁸² gagnerait à être appliqué aux formules contractuelles complexes, ou aux contrats dont on sait l'importance des enjeux vis-à-vis de la partie faible. Cela permettrait alors d'assurer une protection préventive du consentement de la partie faible, mais aussi du cocontractant, qui aura reçu l'aval pour la validité de sa formule contractuelle.

³⁷⁹DARMAISIN (S.), *Le contrat moral*, Paris, L.G.D.J., 2000 ; GHESTIN (J.), *L'utile et le juste dans les contrats*, Paris, Archives de Philosophie du Droit, 1981 ; BEIGNER (B.), « Interrogations sur la déontologie », in *Morale et droit des affaires*, Paris, Montchrétien, 1996 ; CARLES (L.), *La moralisation du contrat*, thèse Université de Nice, 1998 ; VIRASSAMY (G.), *La moralisation des contrats de distribution par la loi Doubin du 31 décembre 1989 (art. 1^{er})*, J.C.P., 1990, éd., E, II.15809

³⁸⁰ DARMAISIN (S.), *op.cit.*, n°380, p.18

³⁸¹ Article 231 du D.O.C. : « Tout engagement doit être exécuté de bonne foi et oblige, non seulement à ce qui est exprimé, mais encore à toutes les suites que la loi, l'usage ou l'équité, donnent à l'obligation d'après sa nature ».

³⁸²HESS-FALLON (B.) et SIMON (A.-M.), *Droit civil*, 9^e éd., Paris, Dalloz, 2007, p.211 ; FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), *Les obligations*, 11^e éd., Paris, Montchrétien, L.G.D.J., 2007, p.22-23

B. Une utilité protectrice avérée

La validité d'un contrat est conditionnée par l'existence de quatre éléments prévus à l'article 2 du D.O.C. Mis à part la capacité de s'obliger et une déclaration valable de volonté, le législateur exige que le contrat contienne un objet certain pouvant former une obligation, et une cause licite de s'obliger.

L'exigence de l'existence et de la licéité de l'objet de la cause, constitue une autre limite à la liberté contractuelle, en ce que les contractants ne peuvent s'accorder sur une chose contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs ; tout comme ils ne peuvent s'accorder pour une contrepartie dérisoire ou factice.

Si les deux premières conditions ont été largement exploitées par la doctrine pour protéger la partie faible au contrat, les deux dernières n'ont donné que peu de matière à discussion. Ceci, avant que les juges n'utilisent la cause (a.) et l'objet (b.) pour protéger la partie faible au contrat.

a) La cause, moyen de protection de la partie faible

L'article 62 du D.O.C. dispose que l'obligation sans cause, ou fondée sur une cause illicite, est non avenue. La doctrine a longtemps débattu la définition et l'utilité de cette cause, pour en arriver à en distinguer deux catégories, et deux fonctions principales.

La cause protège d'abord les intérêts privés des contractants contre les déséquilibres structurels. Il s'agit du risque de s'engager pour du vent, sans rien en contrepartie. Ou encore, de s'accorder pour une contrepartie illusoire ou d'apparence seulement. Elle protège aussi la société et l'intérêt général, contre des contrats équilibrés mais illicites, en ce que leur intérêt est immoral³⁸³. La première fonction, qui vise la contrepartie de l'engagement, est dite objective, tandis que la seconde, qui vise l'annulation des contrats contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs, est dite subjective³⁸⁴.

³⁸³ Prépa Dalloz, « *Denis Mazeaud : La cause a-t-elle encore un avenir ?* » [Vidéo en ligne], Postée le 3 novembre 2015, via : <https://www.youtube.com/watch?v=pdEw8NFxvio> [Consultée le 13 novembre 2015].

³⁸⁴ Notamment par Marcel PLANIOL.

Après avoir été remise en question pour son utilité³⁸⁵, puis partiellement ignorée dans les conventions d'harmonisation du droit européen, la cause connaît aujourd'hui un regain d'attention de la part des juges français, qui voient en elle un moyen utile de protection. La jurisprudence française a d'ailleurs connu une effervescence en matière de cause objective. Elle a d'abord été utilisée pour lutter contre les déséquilibres structurels du contrat. Elle fut sollicitée ensuite pour protéger les contractants contre les clauses de responsabilité abusives³⁸⁶. Mais la cause a aussi servi à évincer les clauses limitatives de réparation, lorsque celles-ci étaient si dérisoires qu'elles contredisaient la raison pour laquelle le cocontractant s'était engagé. La Cour de Cassation française, est même allée jusqu'à protéger un contractant qui n'a pas pu remplir son obligation du fait d'un changement de circonstances de l'économie générale du contrat. Contre toute attente, celle-ci qualifia le contrat de caduc du fait de cette imprévision³⁸⁷, alors que traditionnellement, cette théorie était rejetée par la jurisprudence (arrêt du Canal de Craponne, 1872). Tous ces exemples ravivent l'intérêt de l'utilisation de la cause dans le rééquilibrage contractuel, et posent la question de savoir si la cause peut être utilisée comme moyen de protection de la partie faible au contrat. Nous verrons tour à tour l'incidence de l'existence et de la licéité de la cause sur l'avenir du contrat, et leur utilisation pour la protection de la partie faible.

Il est à noter tout d'abord que le législateur marocain, au Chapitre IV du D.O.C. relatif à la cause, n'a fait aucune référence explicite à la cause du contrat, qui est subjective, ni à la cause de l'obligation qui est objective. Les articles 62 à 65 du D.O.C. font tous référence implicite aux deux types de cause puisque lorsque l'on vise son existence, l'on recherche la cause de l'obligation, et lorsque l'on vise sa licéité, l'on recherche la cause du contrat. En d'autres termes, selon que le juge recherche la contrepartie ou les motifs personnels des contractants, il se référera tantôt à la cause ob-

³⁸⁵ On ne retrouve quasiment aucune trace de la cause dans les conventions européennes adoptées, à l'instar de l'avant-projet de loi Terré visant la réforme du Code civil français.

³⁸⁶ Il s'agit notamment de la jurisprudence Chronopost (Cass. Com., 22 octobre 1996). En 1996, la Cour de Cassation avait réputée non-écrite une clause de responsabilité limitée du transporteur, car en l'espèce, celui-ci avait manqué à son obligation essentielle, celle de livrer des plis dans un délai déterminé. La clause limitative de responsabilité fut écartée car elle contredisait la portée de l'obligation essentielle, la vidant alors de sa substance.

³⁸⁷ En l'espèce, les sociétés SEC et Soffimat, s'étaient accordées sur un contrat de maintenance pour une durée de 12 ans contre une redevance annuelle. Or, le coût de la maintenance ayant triplé, la redevance annuelle était devenue dérisoire. Du fait de ce changement économique, la société Soffimat refusa d'exécuter le contrat qu'elle considérait comme caduc. L'arrêt de la Cour d'Appel fut cassé par la Cour de Cassation au motif que la Cour d'Appel aurait dû rechercher si « l'évolution des circonstances économiques [...] n'avait pas eu pour effet [...] de déséquilibrer l'économie générale du contrat [...] et de priver de toute contrepartie réelle l'engagement souscrit par la société Soffimat ». La Cour de Cassation a donc constaté le déséquilibre dans le contrat du au changement des circonstances économiques qui ont privé le cocontractant de toute contrepartie réelle, et donc de toute cause.

jective pour la première, tantôt à la cause subjective pour les seconds³⁸⁸.

Henri CAPITANT envisageait la cause comme le but des parties³⁸⁹. Les motifs et mobiles déterminants étant à la base de la rencontre des volontés, il paraît logique de s'y référer lorsque l'équilibre contractuel est remis en question. C'est cette dernière acception qui permet aux juges de reconnaître une situation de déséquilibre contractuel : lorsque l'écart entre les motifs initiaux des parties et le résultat obtenu par l'accord est trop important, l'on peut supposer que la cause du contrat a été vidée de sa substance. Or, un contrat sans cause est un contrat caduc, qu'il convient d'annuler pour assurer une justice contractuelle, et partant, une protection de la partie faible.

Jacques GHESTIN évoque aussi l'importance de l'application de l'existence de la cause pour protéger la partie faible au contrat. Selon lui, la cause sert à l'annulation du contrat lorsque l'opération juridique n'atteint pas le but initialement fixé par les parties³⁹⁰. Considérant que l'absence d'une contrepartie équivaut à une absence de cause, le contrat ne peut être que déséquilibré au détriment d'une partie. Aussi, l'existence d'une cause s'avère nécessaire à la création d'obligations équitables. Lorsque la cause existe, elle empêche qu'une personne n'exprime un consentement contre son gré. C'est la garantie que les obligations nées de l'accord, se fondent sur une réciprocité équitable. L'existence de la cause agirait comme une protection des intérêts individuels des parties, et par conséquent, comme un moyen intrinsèque d'équilibre contractuel.

En jurisprudence, le contrôle de l'existence de la cause est intimement lié à la défense des intérêts de la partie faible au contrat. Car plus qu'un simple échange de consentements, le contrat est considéré comme un échange de prestations dans lequel doit nécessairement régner un équilibre, à défaut de quoi, il y aurait absence de cause, et par conséquent, une partie lésée. En ce sens, la Cour d'appel de Rabat a déclaré, dans un arrêt du 30 mars 1934, que le contrat d'assurance conclu avec un travailleur pour les risques d'appareils dangereux est sans cause, car le défaut de risque des appareils dangereux rend l'obligation des frais réclamés par l'assurance injustifiés. Le contrat étant désormais

³⁸⁸ Voir AZZIMAN (O.), *op.cit.*, n°234, p.161 et s.

³⁸⁹ CAPITANT (H.), *De la cause des obligations, (contrats, engagements unilatéraux, legs)*, Paris, Dalloz, 1923, p.2 : « Toute personne qui consent à s'obliger envers une autre est déterminée par la considération d'un but quelle se propose d'atteindre par la voie de cette obligation. La volonté de celui qui contracte une obligation est toujours nécessairement dominée par le désir d'arriver à une fin envisagée par lui. S'obliger sans but ne pourrait être que l'acte d'un fou ».

³⁹⁰ GHESTIN (J.), *op.cit.*, n°274, pp.50 et s.

sans cause, a été déclaré nul, en vertu des dispositions de l'article 62 du D.O.C³⁹¹. Le raisonnement est simple : vu l'absence de risque lié aux appareils, l'assureur compte soutirer un avantage pécuniaire sans rien donner en retour. Ici, l'abus consiste en l'absence de contrepartie qui octroie à l'assureur un avantage sans cause. Le principe a été confirmé par la Cour Suprême dans un arrêt du 4 novembre 1960³⁹² qui considère qu'un contrat d'assurance constitue un abus lorsqu'il est dépourvu de cause. Cette jurisprudence admet donc le lien entre l'absence de cause et l'existence d'un abus. Elle soutient que la cause est une condition essentielle à la validité des obligations, et que sans contrepartie, une seule obligation unilatérale dans un contrat synallagmatique, serait injuste.

Ce raisonnement gagnerait à être appliqué par les juges dans les contrats d'adhésion dans lesquels se manifeste un déséquilibre *inter partes*. La jurisprudence française s'est servie de la cause pour vérifier l'équilibre des prestations dans le contrat, et grâce à ce contrôle, a annulé les clauses qui conféraient à une partie un avantage excessif. Si la jurisprudence considère que l'absence de contrepartie équivaut à l'absence de cause, les juges pourraient annuler les clauses conférant un avantage excessif, ou celles constituant un obstacle à la réalisation des obligations de l'une des parties, ou encore les clauses limitatives de responsabilité lorsqu'elles sont contraires à la finalité du contrat.

Par ailleurs, la cause doit non seulement exister, mais aussi être licite (art. 63 du D.O.C.). L'article 62 du D.O.C. dispose à cet effet que « la cause est illicite quand elle est contraire aux bonnes mœurs, à l'ordre public, ou à la loi ». La prise en compte des motifs initiaux des contractants, permet là encore, d'étendre le contrôle du juge à la licéité de la cause. Ce contrôle, initialement axé sur la protection de la société et de l'intérêt général, pourrait dès lors servir à la protection de la partie faible à travers la moralisation du contrat³⁹³. Ainsi, la notion de cause immorale, permettrait d'annuler tout contrat ou clause contraires aux valeurs morales. Il peut s'agir de corruption, de trafic d'influence, d'ententes illicites, ou encore de maisons closes ou de réseaux de prostitution ; comme il pourrait s'agir de toute cause injuste, sciemment déséquilibrée, ou visant l'exploitation de la fai-

³⁹¹ C.A. Rabat, 30 mars 1934, n°592, R.J.M., p.179

³⁹² C.S., 4 novembre 1960, n°3536, R.J.D., p.238

³⁹³ Monsieur Omar AZZIMAN précise à ce propos que « la cause subjective joue comme un instrument de moralisation des contrats, l'objectif étant, non pas de protéger le contractant lésé, mais de protéger la société contre des contrats attentatoires à la morale et à l'ordre public », *op.cit.*, n°234, p.166. Nous sommes d'avis que la moralisation des contrats par le contrôle de la cause subjective peut aussi servir à protéger les intérêts individuels du cocontractant faible lorsque la cause subjective porte atteinte à une règle morale dont la victime est le cocontractant.

blesse du cocontractant. L'avantage est que les juges du fond peuvent élargir à toutes les valeurs morales susceptibles d'être atteintes pour déclarer une cause immorale, et partant, illicite.

Toutefois, le recours à la cause illicite pour la protection de la partie faible n'est pas sans limites. D'abord, la licéité des motifs est présumée, et il incombe au demandeur en annulation de prouver que la cause est fausse, et que le contrat cache une cause réelle illicite (art.65 D.O.C.)³⁹⁴. Or, il est difficile d'apporter la preuve factuelle d'un motif illicite, qui n'a d'autre d'existence que dans la volonté du cocontractant.

Ensuite, l'annulation pour cause illicite ne peut pas jouer dans tous les types de contrats. Dans les contrats à titre onéreux, le motif illicite doit avoir été connu des deux parties ; ce qui suppose que son utilisation ici ne servirait pas la partie faible, mais plutôt à sanctionner le comportement illicite des deux parties au contrat. Dans les contrats à titre gratuit, la jurisprudence marocaine a admis l'annulation de testaments consentis pour persuader une concubine de débiter une relation illégitime. Dans un arrêt du 4 février 1977, la Cour suprême a déclaré nul le testament car adopté en vue d'une liaison contraire aux bonnes mœurs³⁹⁵. Cette interprétation a été confirmée par la Cour suprême dans un arrêt du 14 septembre 1977 où elle déclare que le testament conclu au profit d'une femme dont la liaison avec le donateur était illégitime, contenait une cause illicite du fait que la relation entre le contractant et le bénéficiaire était contraire à l'ordre public³⁹⁶.

Ainsi, la détection d'une clause illicite n'est donc pas toujours facile à mettre en œuvre en vue de protéger la partie faible au contrat. Dans les contrats synallagmatiques, il arrive que le cocontractant soit de bonne foi, et rien ne justifie alors sa sanction. Dans les contrats à titre gratuit, la sanction de la cause illicite s'oppose même au contractant qui en ignorait l'existence. Sauf qu'à la différence du cocontractant partie à un contrat synallagmatique, le bénéficiaire d'une libéralité ne subit pas de préjudice, puisque le contrat ne l'engage en rien³⁹⁷.

³⁹⁴ Article 65 du D.O.C. : « Lorsque la cause exprimée est démontrée fausse ou illicite, c'est à celui qui soutient que l'obligation a une autre cause licite à le prouver ».

³⁹⁵ C.S., 4 février 1977, Rev. Al Mouhamat, n°13, 1977, p.107, cité par EL ARAARI (A.), *Théorie des Obligations*, op.cit., p.264

³⁹⁶ C.S., 14 septembre 1977, Rev. Al Mouhamat, n°14, octobre 1978, p.131, cité par El ARAARI (A.), *Ibid.*, p.264

³⁹⁷ HESS-FALLON (B.), SIMON (A.-M.), *Droit Civil*, 9^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2007, p.235

Ceci étant, force est de constater que la jurisprudence détient un outil efficace pour la moralisation des contrats et la tendance vers une meilleure justice contractuelle. Annuler un contrat à la cause illicite, c'est protéger le faible contre l'immoralité des contractants forts : mineurs, malades, prodigues, analphabètes et contractants profanes, sont autant de faibles susceptibles d'être exploités dans leur ignorance et état de besoin. La constatation d'une cause immorale à leur détriment, servirait au moins, à annuler un contrat qui leur est préjudiciable.

b) L'objet, moyen de protection de la partie faible

Au même titre que la cause, l'objet constitue l'une des conditions de validité du contrat prévues à l'article 2 du D.O.C. A la différence de la cause, l'objet n'a engendré que peu de divergences doctrinales ; la communauté juridique s'accordant sur la nécessité de son existence, de sa détermination, et de sa licéité. La jurisprudence française a d'ailleurs considéré son utilisation pour traiter les déséquilibres contractuels.

De prime abord, l'article 2 du D.O.C parle d'un « objet certain pouvant former objet d'une obligation ». L'existence de cet objet est conditionnée par l'absence d'incertitude le concernant. Car si l'objet n'existe plus (par sa cession ou sa destruction par exemple) au moment de la rencontre des consentements, le contrat est nécessairement dépourvu d'objet, et devient nul. Le maintien d'un tel contrat provoquerait un déséquilibre vis-à-vis de la partie appelée à remplir son obligation, alors que celle-ci ne reçoit pas de contrepartie en retour. Voilà pourquoi la vérification de l'existence de la chose objet du contrat avant sa conclusion, contribue à la protection de la partie faible. Généralement, cette vérification s'opère par la visite des lieux avant la signature du contrat de bail, ou encore par l'observation avisée de l'objet avant son achat.

Mais l'existence de l'objet n'engendre de contestations que lorsque celui-ci est futur. L'article 61 du D.O.C. envisage cette hypothèse en disposant que « l'obligation peut avoir pour objet une chose future et incertaine », sauf exceptions prévues par la loi. Cela renvoie à la détermination préalable de la chose, au moins quant à son espèce (art.58 D.O.C.) ; et à la possibilité de son existence (art. 59 D.O.C.)³⁹⁸.

Le législateur protège le cocontractant de bonne foi en sanctionnant par la nullité le contrat portant sur une chose impossible, et sanctionne le cocontractant de mauvaise foi en imposant à la « partie

³⁹⁸ Art. 59 du D.O.C. : « Est nulle l'obligation qui a pour objet une chose ou un fait impossible, physiquement ou en vertu de la loi ».

qui savait, ou devait savoir, au moment du contrat, que la prestation était impossible »³⁹⁹, des dommages intérêts envers l'autre partie. M. Omar Azziman analyse cette solution comme la volonté du législateur de sanctionner « l'attitude déloyale et fautive »⁴⁰⁰ du contractant de mauvaise foi. Et par la mention de « celui qui devait savoir que la prestation était impossible », le législateur étend la sanction à celui qui « ne savait peut-être pas, mais qui, par son expérience des affaires », était censé connaître ce caractère de l'objet⁴⁰¹. Cette règle renforce la protection de la partie faible au contrat, non seulement par l'annulation d'un contrat déséquilibré, mais surtout par sa sévérité envers le professionnel incompetent ou ayant fait preuve de légèreté, alors qu'il est supposé être averti et avenant envers son cocontractant profane.

De la même manière, le législateur sanctionne par la nullité le contrat dont l'objet n'a reçu aucune détermination quant à sa qualité ou à sa quantité, ou si celles-ci sont indéterminables. L'article 486 spécifique au contrat de vente, dispose à ce propos que « la vente peut avoir pour objet une chose déterminée seulement quant à son espèce, mais dans ce cas, la vente n'est valable que si la désignation de l'espèce s'applique à des choses fongibles suffisamment déterminées quant au nombre, à la quantité, au poids ou à la mesure et à la qualité, pour éclairer le consentement donné par les parties ». La détermination de l'objet est ici clairement rattachée au consentement éclairé des parties, et à la nécessité de protéger la volonté de l'acheteur. Une telle disposition peut jouer en faveur du consommateur profane qui, à défaut d'avoir obtenu une détermination précise de l'objet de son contrat, peut bénéficier de son annulation si la chose ne convient pas à ce pour quoi il s'était engagé. Cette disposition constitue un moyen efficace de lutte contre la détermination unilatérale de l'objet futur, du moins quant à ses caractéristiques, car le cocontractant mérite de recevoir une protection contre l'imposition d'un objet contraire à ses attentes initiales.

Par ailleurs, la détermination unilatérale du prix, constitue aussi un risque conséquent de déséquilibre contractuel. Au-delà du fait que le prix doit être déterminé (conformément à l'article 58 du D.O.C.), il ne peut être déterminé par un tiers, sauf à se référer à un tarif ou une moyenne pratiquées

³⁹⁹ Art. 60 du D.O.C. : « La partie qui savait, ou devait savoir, au moment du contrat, que la prestation était impossible, est tenue à des dommages intérêts envers l'autre partie. Il n'y a pas lieu à indemnité lorsque l'autre partie savait, ou devait savoir, que l'objet de l'obligation était impossible. On doit appliquer la même règle : 1° Au cas où, l'impossibilité étant partielle, la convention est valable en partie ; 2° Aux obligations alternatives, lorsque l'une des prestations promises est impossible ».

⁴⁰⁰ AZZIMAN (O.), *op.cit.*, n°234, p.145

⁴⁰¹ *Ibid.*

sur le marché (art. 487 du D.O.C.)⁴⁰². Mais lorsque le prix est fixé unilatéralement, et qu'il dépend de la volonté du cocontractant et non d'une norme objective, l'on craint pour l'équilibre entre les prestations. Seulement, rien ne fonde le législateur ni le juge à remettre en question le prix d'un contrat. En vertu de la loi sur la liberté des prix et de la concurrence, « les prix des biens, des produits et des services, sont déterminés par le jeu de la libre concurrence », sauf exceptions légales (art. 2 de la loi 06-99). De ce fait, l'intervention du juge ou du législateur est délicate, et ne saurait être tolérée sans la justification d'un déséquilibre criant entre les contractants, ou la fixation unilatérale abusive du prix.

Aussi, dans ce domaine, la jurisprudence française a-t-elle connu plusieurs rebondissements. La Cour de cassation a d'abord lutté contre l'imposition unilatérale du prix en 1971, dans les contrats de concession qui réservaient au concédant la liberté exclusive de fixer le prix, sur la base d'une clause d'exclusivité d'approvisionnement. Elle déclare en l'espèce que le prix dans ces contrats n'est ni déterminé ni déterminable, en se fondant sur les dispositions de l'article 1591 du Code civil⁴⁰³. En 1978, elle contourne les reproches dénonçant l'annulation de contrats qui n'étaient pas des contrats de vente, en fondant son jugement sur l'article 1129 du Code civil, déclarant que si l'un des objets du contrat n'est pas déterminé ou déterminable par avance, le contrat est nul⁴⁰⁴. Un auteur constate à ce sujet que « les juges se sont alors dotés d'une arme pour lutter contre le pouvoir de l'une des parties de déterminer unilatéralement la prestation de l'autre quel que soit le contrat »⁴⁰⁵. Mais suite à la critique de cette décision, qui mettait en danger les contrats de longue durée, la Cour de cassation, en 1991⁴⁰⁶, a limité cette règle aux contrats portant sur une obligation de donner, soit, aux contrats de vente. Finalement, elle parvient à distinguer en 1994⁴⁰⁷, la référence faite à un tarif qui est déterminable, et l'abus de l'exclusivité dans le but de tirer un profit illégitime : le premier est

⁴⁰² Art. 487 D.O.C. : « Le prix de la vente doit être déterminé. On ne peut en rapporter la détermination à un tiers ni acheter au prix payé par un tiers, à moins que le prix ne fût connu des contractants. On peut cependant s'en référer au prix fixé dans une mercuriale, ou tarif déterminé, ou à la moyenne des prix du marché, lorsqu'il s'agit de marchandises dont le prix ne subit pas de variation. Lorsque ce prix est variable, les contractants sont présumés s'en être référés à la moyenne des prix pratiqués ».

⁴⁰³ Cass. Com., 27 avril 1971, Bull. civ. IV, n°107 ; 5 novembre 1971, Bull. civ. IV, n°263. Art. 1591 Code Civil : « Le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties ».

⁴⁰⁴ Cass. Com, 11 octobre 1978, JCP G 1979, II, 19034, note LOUSSOUARN (Y.)

⁴⁰⁵ CANIN (P.), *Droit civil, Les obligations*, 6^e éd., Paris, Hachette, 2009

⁴⁰⁶ Cass. Com, 22 janvier 1991, D.1991, p.175

⁴⁰⁷ Cass. Civ, 1^{ère}, 29 novembre 1994

légitime tandis que le second est condamnable. C'est ainsi que depuis 1995, la Cour de cassation française ne contrôle plus la détermination du prix, mais *l'abus* dans la détermination du prix. Cette position jurisprudentielle s'est confirmée dans un arrêt rejetant la demande d'annulation d'un contrat de franchise, au motif que le franchiseur a offert la possibilité au franchisé de négocier le prix selon la loi du marché sans souffrir d'une position dominante arbitraire du franchiseur⁴⁰⁸.

On déduit de cette jurisprudence française, que le contrôle de la détermination du prix a eu pour effet de rétablir l'équilibre dans certains contrats, sans pour autant évincer la force obligatoire du contrat, et partant, sa sécurité. La Cour de cassation française a veillé à conserver la liberté des prix, et à n'invoquer une annulation ou des dommages intérêts que lorsque l'équilibre du contrat est en péril univoque pour la partie faible. L'appréciation de ce déséquilibre s'est faite à l'aune du caractère déraisonnable du prix imposé par le contractant en position de force, condamné alors sur le fondement de l'abus de droit.

L'atteinte à l'objet dans son existence ou sa détermination, peut donc être invoquée dans le but de rétablir l'équilibre contractuel ou pour annuler un contrat établi unilatéralement et de manière abusive au détriment de la partie faible. L'essentiel étant de veiller à ce que le contrôle de l'objet révèle clairement un abus ou un déséquilibre des prestations, issu de la mauvaise foi d'une partie. Le mieux serait que la loi dispose en amont de la nullité d'un contrat dont le prix abusif a été unilatéralement imposé, afin de viser davantage la prévention du déséquilibre contractuel plutôt que le rééquilibrage contractuel au stade judiciaire.

L'examen des moyens préventifs du déséquilibre contractuel révèle un résultat mitigé. La loi est, certes, parvenue à protéger davantage le consentement de la partie faible, à travers l'institution de plusieurs techniques (mentions obligatoires, délais de réflexion et de rétractation, et restrictions à la publicité mensongère) afin de permettre au contractant faible d'exprimer un consentement plus éclairé et réfléchi. Pour autant, ces moyens ne constituent pas la garantie d'un consentement satisfait⁴⁰⁹, ni d'un contrat équilibré. Ils participent seulement à limiter les risques liés à la mauvaise foi de la partie forte, mais sans jamais garantir un contrat équitable à la partie faible. Ces moyens pré-

⁴⁰⁸ Cass.Com, 21 janvier 1997

⁴⁰⁹ Dans le sens où la volonté déclarée est conforme à la volonté intrinsèque du contractant.

ventifs n'ont été institués que pour prévenir la partie faible des risques auxquels elle peut s'exposer : le manque d'information, un écrit flou, ou une contrepartie factice, sont autant de risques d'atteintes à l'équilibre du contrat et au consentement de la partie faible, qui doit désormais agir en contractant averti. Car si la loi impose des obligations contractuelles de plus en plus strictes dans la rédaction du contrat, elle ne saurait s'ingérer au point de contrôler tous les contrats, au risque de mettre en péril la liberté contractuelle et la fluidité des transactions. Elle met alors tacitement à la charge du cocontractant faible, une forme de responsabilité lorsqu'il est sur le point de s'engager. Le contractant en position de faiblesse est désormais averti de ses droits, et c'est à lui de veiller à les mettre en œuvre chaque fois qu'il doit s'engager.

De plus, on constate que cette prévention demeure insuffisante, car elle n'empêche pas la survenance du déséquilibre. A titre d'exemple, la législation sur la publicité mensongère est certes assortie d'une sanction, mais attend que le consommateur soit trompé, intoxiqué, ou sinistré, pour sanctionner le cocontractant responsable (si sanction il y a). Or, la prévention doit se faire avant que le sinistre ne se produise, à défaut de quoi il ne s'agit plus d'une protection, mais d'une simple mise en garde. L'Etat doit donc exercer lui-même un contrôle préalable à la mise sur le marché de certains produits, *a fortiori* lorsqu'ils touchent à la santé ou à la sécurité des citoyens.

Ceci étant, la protection préventive aura eu le mérite de moraliser davantage les contrats, car il est toujours plus sécurisant de s'engager à une convention conforme à des exigences légales, qu'à une autre uniquement tributaire de la volonté de la partie dominante. La loi agit en cela comme garde-fou du déséquilibre contractuel, et contribue à la sécurité des transactions. Et ce n'est que lorsque survient un litige que le rééquilibrage contractuel devient alors l'affaire du juge.

Section 2. La protection corrective

L'une des questions les plus problématiques du droit des obligations, est de savoir si le juge peut intervenir dans le contrat pour en modifier le contenu, en retarder l'exécution, ou encore la proscrire. Par principe, les partisans de l'autonomie de la volonté rejettent l'intervention du juge : en vertu de l'article 230 du D.O.C., « les obligations contractuelles valablement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites, et ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel ou dans les cas prévus par la loi ». Par conséquent, le juge doit respecter les termes du contrat et n'agir qu'en son simple serviteur, tandis que les parties elles-mêmes, ne peuvent se délier de leurs obliga-

tions respectives.

Pourtant, la première réponse que le droit ait donnée à l'injustice contractuelle, est l'intervention du juge en vue de rétablir l'équilibre entre les contractants. Le D.O.C. témoigne de la conscience du législateur qu'un contractant peut tirer avantage d'une situation de faiblesse, et engendrer un engagement contraire aux intérêts de la partie faible. C'est pourquoi de nombreux mécanismes légaux ont été prévus pour protéger la partie faible *après* la survenance du litige, car il est évident que le déséquilibre au contrat ne se manifeste qu'*a posteriori*. Aussi, là où le dispositif préventif a échoué ou n'a pas été mis en œuvre, le dispositif correctif intervient comme ultime remède au déséquilibre contractuel.

Le principe de l'autonomie de la volonté est alors supplanté par celui de la justice contractuelle, mais toujours sur le fondement de la moralité du contrat. Car de la même manière que la loi rejette la révision d'un contrat formé dans des circonstances légitimes, elle rejette aussi l'exécution de celui qui engendre un déséquilibre manifeste, et donc, immoral. Aussi, la nécessité de l'intervention du juge est désormais admise, mais toujours conditionnée. L'adoption de la loi 27-95 relative à la clause pénale, modifiant l'article 264 du D.O.C.⁴¹⁰, est d'ailleurs l'une des manifestations de cette nécessité.

Les mécanismes prévus pour palier ce déséquilibre sont divers. Les uns visent strictement la correction du déséquilibre provoqué au détriment de la partie faible au contrat (§1), d'autres s'étendent à la correction des comportements de la partie abusive (§2).

Paragraphe 1. Les mesures correctives du déséquilibre contractuel provoqué au détriment de la partie faible

La correction du déséquilibre contractuel n'est pas chose aisée. Conscients que le principe de l'autonomie de la volonté constitue un obstacle à toute modification ou annulation, les juges ne peuvent recourir qu'aux mécanismes législatifs préalablement en place pour rééquilibrer le contrat ou l'annuler, même si ces mécanismes ne sont pas initialement destinés au rééquilibrage contractuel. Des régimes distincts se sont développés avec le temps selon la nature du contrat ou la situation de faiblesse du contractant. Au sein du D.O.C., de nombreuses techniques ont servi la cause de la partie

⁴¹⁰ Dahir n°1-95-157 du 11 août 1995, 13 rabiil 1416, (B.O. n°4323 du 6 septembre 1995).

faible au contrat. Les abus manifestes faits à la situation de faiblesse inhérente au contractant, sont prévus par les articles relatifs à la maladie et cas analogues (art.54 et 479 D.O.C.),ou à l'abus de faiblesse (art.878 D.O.C.). D'autres techniques d'application initialement plus large, peuvent être mises à profit de la partie faible, notamment l'interprétation des contrats flous (art. 461 D.O.C.), ou encore l'octroi d'un délai de grâce, pour aider le débiteur faible à remplir son obligation. D'autres, enfin, visent essentiellement la clause responsable du déséquilibre. Il s'agit notamment de la révision de la clause pénale (art. 263 D.O.C.), la paralysie de la clause résolutoire (art. 763 du D.O.C.), et plus récemment, en dehors des règles du D.O.C., de la suppression de la clause abusive (art. 19 de la loi 31-08).

A l'analyse de ces différentes techniques, l'on constate que malgré la différence de leurs objectifs, elles se regroupent toutes autour d'un même élément fondamental : la moralité du contrat. Certaines la recherchent dans la protection de la faiblesse inhérente au contractant, tandis que d'autres la rétablissent dans la lutte contre les clauses à l'origine du déséquilibre. Enfin, la clause abusive apporte une innovation majeure en tenant compte, pour la première fois, de la qualité du contractant pour lui accorder une protection ciblée. Ainsi, la loi 31-08 laisse désormais au juge la possibilité de supprimer la clause à l'origine du déséquilibre, sans déclarer la nullité du contrat de consommation tout entier.

Aussi, deux grands moyens d'intervention sont à dégager de ces différentes techniques. Le premier, consiste pour le juge à ramener au licite (A), en permettant aux contractants de jouir d'une meilleure justice contractuelle dans l'exécution de leurs obligations. Le second, consiste à déceler les clauses responsables du déséquilibre, pour ensuite entreprendre la solution la plus adéquate : supprimer les clauses ou annuler le contrat. Le juge supprime alors l'illicite (B).

A. Le juge restaure l'équilibre en sauvegardant le contrat

Il s'agit faire état de l'ensemble des mécanismes judiciaires permettant de protéger la partie faible, tout en sauvegardant le contrat et ses clauses. Ces mesures décèlent et font disparaître l'anomalie du contrat à l'origine du litige. Parmi elles figure l'interprétation du contrat flou (a), l'octroi d'un délai de grâce au contractant en difficulté temporaire (b), ou encore le droit accordé aux juges de réviser la clause pénale (c).

a) L'interprétation du contrat flou

Lorsque le contrat n'est pas clairement exprimé, ou qu'il s'avère inconciliable avec son objet ou sa nature, les parties sollicitent les juridictions pour trouver une solution au litige qui les oppose. Le juge est alors contraint d'interpréter le contrat pour déterminer les obligations respectives qui en découlent. Cette règle de portée générale, peut constituer un excellent outil de rééquilibrage contractuel.

En effet, il est du rôle du juge de rétablir la clarté de l'écrit pour en permettre son exécution. Mais il est aussi de son devoir d'en combler les lacunes. Il suit, pour ce faire, les règles strictes d'interprétation prévues aux articles 461 à 473 du D.O.C., en recherchant la volonté commune des parties⁴¹¹.

En principe, dès qu'un contrat paraît obscur, ambigu ou contradictoire, il peut être admis à l'interprétation du juge. La loi n'exige pas l'existence d'une clause abusive ; elle habilite le juge à interpréter le contrat à la seule condition qu'il paraisse flou. En revanche, lorsque les termes du contrat sont clairs et univoques, ils ne donnent pas lieu à interprétation⁴¹². Notons que l'existence de cette règle de principe, limite grandement la portée de l'interprétation, en ce qu'elle empêche la révision des contrats clairs, quand bien même ceux-ci seraient contraires à la volonté de la partie adhérente. M. Omar AZZIMAN rappelle à juste titre que si le législateur marocain a permis la recherche de la volonté réelle des parties, celle-ci n'est possible que lorsque les termes du contrat suscitent un doute. Mais en aucun cas le juge n'est habilité à interpréter un écrit clair, au risque de le dénaturer, et d'engendrer une insécurité dans les transactions. Mais lorsque que le doute survient, l'interprétation du juge est justifiée. Il est alors contraint de rechercher la volonté réelle des parties au moment de la conclusion du contrat⁴¹³.

En effet, la recherche de la volonté commune des parties constitue un moyen efficace pour la protection de la partie faible au contrat flou. Elle permet de connaître l'objectif initial des parties au contrat, et de le confronter à son contenu, afin trouver le sens le plus probable aux clauses liti-

⁴¹¹ Art. 462 D.O.C. « [...] Lorsqu'il y a lieu à interprétation, on doit rechercher quelle a été la volonté des parties, sans s'arrêter au sens littéral des termes ou à la construction des phrases ».

⁴¹² Art. 461 du D.O.C. : « Lorsque les termes de l'acte sont formels, il n'y a pas lieu à rechercher quelle a été la volonté de son auteur ».

⁴¹³ AZZIMAN (O.), *op.cit.*, n°234, p.250

gieuses ; plutôt que d'en laisser l'interprétation à la partie la plus forte. Selon l'article 462-1 du D.O.C., le juge peut interpréter le contrat : « Lorsque les termes employés ne sont pas conciliables avec le but qu'on a eu en vue en rédigeant l'acte ». Les juridictions sont donc habilitées, grâce à leur pouvoir d'interprétation, à requalifier le contrat objet du litige, en lui modifiant la qualification qui lui a été injustement conférée par les parties.

Dans un arrêt du 20 avril 1996, la Cour suprême a déclaré que les juridictions sont censées prendre en considération le sens exact du contrat sans s'arrêter au sens littéral de ses termes ou à la construction de ses phrases, et en conséquence, a cassé et renvoyé la décision à la juridiction concernée, pour requalifier le contrat de société, objet du litige, en contrat de bail⁴¹⁴. Dans un autre arrêt du 7 juillet 1976, elle motiva sa décision par l'observation du fait qu'au moment de la conclusion du contrat, il n'y avait dans le local objet du litige, ni ouvriers ni marchandises, pour considérer l'engagement comme un contrat de gestion libérale d'un fonds de commerce, et qu'il ne s'agissait finalement que d'un contrat de bail commercial⁴¹⁵. La Cour suprême a ainsi confirmé sa position à l'égard de l'interprétation des contrats dont les termes sont inconciliables avec son but, conformément à l'art. 462 D.O.C.⁴¹⁶ L'on en déduit qu'un contrat clair donne matière à interprétation dès lors que ses termes révèlent une contradiction avec son but.

Par ailleurs, la loi permet une interprétation lorsque la confrontation des différentes clauses de l'acte fait naître un doute sur leur portée. Aux termes de l'article 462-3° du D.O.C., il y a lieu à interprétation lorsque « l'incertitude résulte du rapprochement des différentes clauses de l'acte qui fait naître des doutes sur la portée de ces clauses ». Il se peut donc que le contrat produise un effet, mais un effet différent de celui déclaré : le juge lèvera l'incertitude en interprétant les clauses du contrat les unes par les autres.

Toutes ces techniques d'interprétation sont dominées par la recherche de la volonté des parties. Cela signifie qu'en cas de doute, le juge est autorisé à aller au-delà de la volonté déclarée, pour rechercher la volonté interne des contractants. Cette méthode d'interprétation subjective, consiste en une

⁴¹⁴ C.S., 20 avril 1966, R.J.D. n°85, Janvier-Mars 1986, p.68

⁴¹⁵ C.S., 7 juillet 1976, Revue Al Miyar, n°1, 1978, p.47, cité par CHERKAoui (A.), *Le rôle du juge dans le rééquilibrage contractuel*, Rabat, Ed. Dar al Qalam, 2008, p.28. (ouvrage en arabe)

⁴¹⁶ Article 462 du D.O.C. : « Lorsqu'il y a lieu à interprétation, on doit rechercher quelle a été la volonté des parties, sans s'arrêter au sens littéral des termes ou à la construction des phrases ».

investigation psychologique, destinée à connaître la volonté initiale des contractants. Une telle méthode d'interprétation, permet à la partie faible de ne pas subir les effets d'un contrat ambigu, que la partie forte aurait interprété en sa faveur. Dans cette situation, le juge agit comme le défenseur de la partie n'ayant pas pris part à la rédaction du contrat, en l'interprétant à la lumière de ce que voulaient initialement les contractants. Ainsi, si la partie forte entendait introduire des clauses ambiguës dans l'intention de s'en prévaloir en cas de litige, le rôle du juge est d'empêcher la réalisation de cette injustice, en rétablissant à ladite clause, le sens qui lui aurait été communément attribué.

Mais si malgré tous les efforts accomplis par le juge, la recherche de la volonté des parties est infructueuse et que le doute demeure, la loi l'enjoint à interpréter le contrat en faveur de l'obligé. C'est ce dont dispose l'article 473 du D.O.C. : « dans le doute, l'obligation s'interprète dans le sens le plus favorable à l'obligé ». La même règle est reprise à l'article 9 de la loi 31-08 relative à la protection du consommateur : « [...] En cas de doute sur le sens d'une clause, l'interprétation la plus favorable au consommateur prévaut ». Grâce à ces deux articles, le juge peut interpréter le contrat en faveur de la partie faible. Son objectif est de faire prévaloir l'intérêt de l'obligé, qui en général, se trouve être le contractant adhérent, n'ayant pas prit part à la rédaction du contrat. Ce procédé est d'autant plus juste en faveur du consommateur ; ce dernier étant présumé en situation d'infériorité compte tenu de sa position de faiblesse économique et cognitive face au professionnel. Aussi, l'interprétation du contrat flou en sa faveur, permet de rétablir l'équilibre qui faisait défaut lors de la rédaction du contrat.

En France, comme aux USA ou au Canada, la protection de la partie faible va encore plus loin, puisqu'elle pousse le juge à interpréter le contrat obscur *contre* celui qui l'a rédigé. La règle dite « *contra proferentem* », fait peser sur l'auteur de la clause ambiguë la responsabilité de sa mauvaise formulation, qui en général, se trouve être le professionnel ou le contractant en position de force. Son but n'est donc pas uniquement le rétablissement de l'équilibre contractuel, mais la protection de la partie faible, qui n'a fait que subir le contrat prérédigé auquel elle a adhéré.

Cependant, si le principe établi par le législateur impose que seuls les contrats flous soient ouverts à interprétation, il est à noter que la jurisprudence marocaine a outrepassé cette règle en interprétant parfois des contrats clairs, dans le seul but de protéger la partie faible au contrat.

En effet, en se focalisant sur les principes généraux du droit tels que l'équité et la bonne foi, les tribunaux marocains sont parvenus à émettre des jugements davantage soucieux de venir en aide au

contractant faible, afin de le faire bénéficier d'une meilleure justice contractuelle. Puisque l'article 231 du D.O.C. dispose que « tout engagement doit être exécuté de bonne foi et oblige non seulement à ce qui est exprimé mais encore à toutes les suites que la loi, l'usage ou l'équité donne à l'obligation d'après sa nature », il est probable que les juges l'aient prit pour fondement juridique et moral pour l'interprétation de contrats clairs. Les exemples jurisprudentiels à ce sujet sont nombreux en matière d'assurances, où pour « remédier à ce déséquilibre contractuel, on assiste à l'intervention du juge [qui interprète] généralement les dispositions du contrat au profit des assurés »⁴¹⁷.

A titre d'exemple, lorsqu'un assuré fait une déclaration de risques inexacte, l'assureur ne peut se prévaloir de sa mauvaise foi pour refuser d'exécuter son obligation de garantie. Il ne peut faire grief aux juges de n'avoir pas mis en œuvre l'article 20 de la loi 17-99 portant Code des assurances, qui impose à l'assuré de faire des déclarations exactes au moment de la souscription à la police d'assurance⁴¹⁸. Ainsi, l'assuré qui connaissait le risque qu'il encourrait et maintenait un silence dolosif ou fournissait intentionnellement de fausses informations, ne peut être déchu de son droit à réparation que si l'assurance apporte la preuve de la mauvaise foi de l'assuré, et ce, *avant même* que le sinistre ne se produise. C'est ce qu'a déclaré la Cour suprême dans un arrêt de 1976 prenant pour fondement l'article 21 de l'arrêté viziriel du 28 novembre 1934⁴¹⁹, aujourd'hui abrogé.

Ainsi, même le contrat clair, reposant toutefois sur la dissimulation de la vérité ou de la déclaration fausse de l'assuré, a été interprété en faveur de la protection du sinistré. D'ailleurs, la Cour suprême a réitéré sa position dans plusieurs autres décisions, en arguant qu'elle ne pouvait se tenir à l'application rigoureuse de cet article qu'à condition que la mauvaise foi de l'assuré ait été apportée⁴²⁰.

⁴¹⁷ MANSOURI (L.) et HAMMICH (M.), *op.cit.*, n°136, p.84

⁴¹⁸ L'article 20-2 du Dahir n°1-02-238 du 25 rejab 1423, portant promulgation de la loi 17-99 portant Code des assurances (B.O. du 7 novembre 2002), dispose en ses termes : « L'assuré est obligé : [...] de déclarer exactement, lors de la conclusion du contrat, toutes les circonstances connues de lui qui sont de nature à faire apprécier par l'assureur les risques qu'il prend à sa charge ». L'article 31 de la même loi dispose que « l'omission ou la déclaration inexacte de la part de l'assuré dont la mauvaise foi n'est pas établie n'entraîne pas la nullité de l'assurance. Si ladite omission ou déclaration inexacte est constatée avant tout sinistre, l'assureur a le droit soit de maintenir le contrat moyennant une augmentation de prime acceptée par l'assuré, soit de résilier le contrat dix (10) jours après notification adressée à l'assuré par lettre recommandée, en restituant la portion de la prime payée pour le temps où l'assurance ne court plus. Dans le cas où la constatation n'a lieu qu'après sinistre, l'indemnité est réduite en proportion du taux des primes payées par rapport au taux des primes qui auraient été dues, si les risques avaient été complètement et exactement déclarés ».

⁴¹⁹ C.S. civ., 7 avril 1976, n°186, inédit.

⁴²⁰ C.S., 4 juin 1970, n°705 ; C.S., 5 mars 1970, n°392, inédit.

Dans le même sens, la Cour suprême a confirmé la nécessité de la preuve de la mauvaise foi de l'assuré pour annuler un contrat d'assurance⁴²¹. Selon elle, la solution est admissible à condition que la mauvaise foi de l'assuré n'ait pas été prouvée. Plus tard, la Cour suprême est allée plus loin dans la protection de l'assuré en imposant à l'assurance la couverture du sinistre, à partir du moment où la mauvaise foi de l'assuré n'a été prouvée qu'après la survenance du sinistre⁴²².

L'on ne peut donc que constater une jurisprudence constante dans la protection de l'assuré, réputé partie faible face à l'assureur. Un arrêt de 1978 confirme cette tendance de la Cour suprême : « l'assurance ne peut s'exonérer de son obligation de garantie en prétextant seulement la mauvaise foi de l'assuré, encore faut-il qu'elle apporte la preuve de cette mauvaise foi »⁴²³. Celle-ci sera alors laissée à la libre appréciation des juges.

Cependant, une autre interprétation des clauses du contrat d'assurance, relativement lourde de conséquences financières, a émané de la jurisprudence marocaine. En effet, la Cour suprême a méconnu dans un contrat, la clause stipulant que la police d'assurance relative au transport personnel, ne peut couvrir les risques résultant d'un transport rémunéré, comme le prévoit l'article 14 de l'arrêté viziriel du 25 janvier 1965, relatif aux conditions types du contrat d'assurance. Pour assurer la protection de l'assuré, la Cour suprême a jugé, sur la base d'une comparaison entre le trajet effectué par l'assuré et la somme versée par la personne bénéficiaire du transport, que cette somme n'est qu'une participation minime, et ne représente pas une rémunération relative aux frais de transport⁴²⁴.

Suivant le même objectif de protection, la Cour suprême a déclaré l'assurance responsable de la garantie du sinistre, même si l'assuré a utilisé le véhicule pour un transport rémunéré, alors que la police stipule que la garantie ne vaut que pour le transport à titre personnel, au motif que l'assuré n'utilisait pas son véhicule à cette fin pécuniaire de manière habituelle⁴²⁵.

⁴²¹ C.S., civ., 9 janvier 1976, n°23182, inédit.

⁴²² C.S., civ., 7 avril 1976, n°186, inédit.

⁴²³ C.S., civ., 16 juin 1978, n°299, inédit.

⁴²⁴ C.S., soc., 8 mars 1983, n°175, inédit.

⁴²⁵ C.S., 21 avril 1992, n°2827, inédit.

Dans le contexte d'un contrat d'assurance concernant un concours sportif, la Cour suprême a déclaré que l'assurance était tenue à la réparation des dommages causés par les concurrents, les organisateurs, mais aussi par un agent de sécurité présent lors de la compétition, lors de l'exercice de sa fonction. La Cour suprême a dès lors déclaré l'assurance fautive de s'être exonérée de son obligation de garantie du fait d'avoir exclu l'agent de sécurité du champ d'application de la police⁴²⁶.

Ainsi, la bonne foi de l'assuré a permis aux juges de protéger la partie faible au contrat. Aussi, il semblerait que les juges aient milité pour la protection de la partie faible, même là où leur interprétation risquait de dénaturer le contrat clair. Ils se conforment en cela à l'idée de Demogue, selon laquelle « grâce à l'interprétation, le juge dépasse la recherche de la volonté des contractants pour adapter le contrat au sens protégeant les intérêts du débiteur »⁴²⁷.

La Cour suprême est cependant allée un cran au-dessus en donnant_ par exemple_ son aval à l'arrêt de la Cour d'appel de Rabat du 19 juillet 1959, qui déclare l'assurance tenue à la garantie d'un incendie survenu, même si ce risque ne figurait pas initialement sur la police d'assurance⁴²⁸.

L'on en déduit que la lutte des juges contre l'état d'infériorité de l'assuré, s'est traduite par l'interprétation, même des contrats clairs, compte tenu de la position de faiblesse de l'assuré et des tiers, victimes du sinistre. Le principe de la bonne foi prévu dans la loi des assurances, a tôt fait d'être mis en œuvre par les juridictions pour annuler certaines clauses d'irresponsabilité des assureurs, qui déséquilibrent manifestement les rapports contractuels. D'innombrables décisions, comme nous l'avons démontré, en témoignent. Les juridictions se fondent sur la bonne foi et s'y réfèrent expressément pour interpréter le contrat, chaque fois que les clauses de la police d'assurance affectent la responsabilité ou restreignent l'étendue des obligations de l'assureur.

Ainsi, les juridictions marocaines ont sciemment visé la protection de la partie faible dans les contrats d'assurance par de multiples façons qui s'articulent autour du principe de la bonne foi. Le souci de dédommager la partie sinistrée, est derrière cette tendance jurisprudentielle. Aussi, la protection de la partie faible contre la déchéance de l'assureur, repose le plus souvent sur la bonne foi

⁴²⁶ C.S.,adm., 17 juin 1983, n°14, inédit.

⁴²⁷ Cité par GHESTIN (J.), *Traité de droit civil, Les obligations, Les effets du contrat.*, Paris, L.G.D.J., Paris, 1992, p. 21.

⁴²⁸ C.S., 21 janvier 1959, n°78, inédit.

de l'assuré dans l'accomplissement de certains actes qui lui sont interdits, ou sur l'absence de mauvaise foi dans l'inexécution de certaines de ses obligations. Cette technique assure, somme toute, une protection efficace de la partie faible. Permet-elle pour autant aux juges d'octroyer un délai de grâce au débiteur défaillant ?

b) L'octroi d'un délai de grâce

Il arrive parfois que le déséquilibre du contrat ne provienne pas d'un déséquilibre des forces ni des obligations respectives, mais plutôt de certaines conditions relatives à la situation du débiteur, qui l'empêchent d'exécuter son contrat au terme convenu. Cette situation a été envisagée par le D.O.C. qui a prévu d'accorder un délai de grâce au débiteur qui n'a pas pu répondre à temps à ses engagements.

Dans cette situation, la notion de faiblesse prend une toute autre dimension. Le cocontractant en difficulté n'était peut-être pas faible lors de la conclusion du contrat, mais s'est retrouvé en position de faiblesse à cause de circonstances extrinsèques, souvent indépendantes de sa volonté. Aussi, peut-il être considéré aux yeux du juge comme la partie faible au contrat, en ce qu'il ne se trouve désormais plus en position égale à celle de son cocontractant. L'octroi d'un délai de grâce, constituerait alors le moyen adéquat pour donner à la partie faible une autre chance d'exécuter son obligation, tout en évitant la rupture du contrat.

En effet, le délai de grâce repose certainement sur des fondements d'ordre humanitaire, en ce qu'il accorde une trêve au contractant qui n'est pas parvenu à exécuter son obligation à temps⁴²⁹. L'on se demande dès lors, si l'octroi d'un délai de grâce peut constituer un moyen juridique efficace pour protéger la partie faible au contrat.

L'article 243-2 du D.O.C. prévoit l'application de cette prérogative en faveur du débiteur en ces termes : « les juges peuvent, en considération de la position du débiteur, et en usant de ce pouvoir avec grande réserve, accorder des délais modérés pour le paiement, et surseoir à l'exécution des poursuites, toutes choses demeurant en l'état ». La décision du juge, prise en application de cet article, octroie un délai au contractant en difficulté de paiement, tout en veillant à ce que les procé-

⁴²⁹ Coran, Sourat Al Baqara, aya 280 : « A celui qui est dans la gêne, accordez un sursis jusqu'à ce qu'il soit dans l'aisance. Mais il est mieux pour vous de faire remise de la dette par charité! Si vous saviez! », « وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ »

dures de poursuites engagées contre lui par le créancier, soient suspendues.

Une solution semblable avait été admise par les dispositions relatives au redressement des entreprises en difficulté, en vertu de l'article 555 du Code de commerce⁴³⁰, par lequel le juge peut prononcer une suspension provisoire des poursuites engagées par les créanciers dont la créance a son origine antérieurement à ladite décision⁴³¹.

Un délai de grâce est aussi accordé par le juge au débiteur d'un crédit à la consommation ou immobilier par l'article 149 de la loi 31-08, lorsque le débiteur se trouve dans une situation de difficulté telle qu'elle l'empêche de payer les traites pour lesquelles il s'est engagé, notamment en cas de licenciement ou de situation sociale imprévisible. L'article ouvre même la possibilité au juge de décider que les sommes dues ne produiront pas d'intérêts durant le délai imparti. Plus encore, le juge peut déterminer les modalités de paiement des sommes qui seront exigibles au terme du délai, sans que le dernier versement puisse excéder de plus de deux ans le terme initialement prévu pour le remboursement du prêt⁴³².

Ainsi, le délai de grâce constitue un bon moyen juridique pour accorder au débiteur un répit, pouvant lui permettre de remettre ses affaires en ordre, et en fin de compte, de respecter ses engagements ; ce qui est aussi une façon de préserver le contrat contre sa rupture. La solution profite aussi bien au débiteur qu'au créancier, aussi, n'est-il pas étonnant que les règles relatives au traitement des difficultés de l'entreprise s'y réfèrent.

⁴³⁰ Art. 555 C.C. : « S'il estime qu'une suspension provisoire des poursuites serait de nature à faciliter la conclusion de l'accord, le conciliateur peut saisir le président du tribunal. Après avoir recueilli l'avis des principaux créanciers, ce dernier peut rendre une ordonnance fixant la suspension pour une durée n'excédant pas le terme de la mission du conciliateur. Cette ordonnance suspend et interdit toute action en justice de la part de tous les créanciers dont la créance a son origine antérieurement à ladite décision et tendant : 1. A la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent ; 2. A la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent. Elle arrête et interdit toute voie d'exécution de la part de ces créanciers tant sur les meubles que sur les immeubles (...) ».

⁴³¹ GHESTIN (J.), *op.cit.*, n°429, pp.181 et s. Voir aussi en ce sens : C.A. de commerce Casablanca, 24 novembre 1998, n°3/98/395 ; C.A. Com., Casablanca, 30 novembre 1992, n°310/99/11 ; C.A. Com., 25 janvier 2000, n°2000/18 ; C.A. Com., 10 janvier 2000, n°11/99/1681 ; C.A. Com., Casablanca, 16 mars 2000, n°11/99/2545 ; cités par HAQAT (M.), *La jurisprudence relative au redressement des entreprises en difficulté*, Mémoire de Licence, F.S.J.E.S. Rabat, 2003-2004, p.16 (ouvrage en arabe).

⁴³² Article 149 de la loi 31-08 : « Nonobstant les dispositions du 2^{ème} alinéa de l'article 243 du Dahir du 9 ramadan 1331 (12 août 1913) formant Code des Obligations et Contrats, l'exécution des obligations du débiteur peut être, notamment en cas de licenciement ou de situation sociale imprévisible, suspendue par ordonnance du président du tribunal compétent. L'ordonnance peut décider que, durant le délai de grâce, les sommes dues ne produiront point d'intérêt. En outre, le juge peut déterminer dans son ordonnance les modalités de paiement des sommes qui seront exigibles au terme du délai de suspension, sans que le dernier versement puisse excéder de plus de deux ans le terme initialement prévu pour le remboursement du prêt ; il peut cependant surseoir à statuer sur ces modalités jusqu'au terme du délai de suspension ».

En effet, il est à noter que l'octroi d'un délai de grâce est la principale mesure (en termes d'efficacité) qui puisse être prise pour résoudre le problème de l'inexécution du contrat, et ce, que ce soit dans le cadre du traitement des difficultés de l'entreprise, ou dans celui des crédits prévu par la loi 31-08.

Cependant, il est regrettable de constater que la loi 31-08 a limité ce dispositif aux contrats de crédit, alors qu'il aurait pu profiter à toutes les dettes contractées dans le cadre d'un contrat de consommation.

Néanmoins, la loi 31-08 a eu le mérite d'évoquer, dans son article 149, le cas de l'imprévision sociale comme cause justifiant l'intervention des juges pour la modification des contrats (quoique toujours limitée au contrat de crédit), alors que par ailleurs, le droit commun rejette encore la révision du contrat pour cause d'imprévision économique.

Ceci étant, si les conditions difficiles dans lesquelles se trouve le débiteur défaillant, justifient l'octroi d'un délai de grâce par le juge en sa faveur, ce dispositif rencontre quelques obstacles dans la pratique.

Le premier provient des conditions d'application de l'article 260 du D.O.C. relatif à la clause résolutoire⁴³³. En effet, le délai de grâce n'est possible que si le contrat ne prévoit pas une clause résolutoire⁴³⁴. Or, si une clause résolutoire est prévue conventionnellement, elle interdit l'application du délai de grâce. Pour le professionnel, le moyen d'éviter de voir l'exécution de son contrat suspendue par un délai de grâce en raison des difficultés de son débiteur, est d'insérer dans son contrat une clause résolutoire.

La partie faible souscrivant au contrat, ne s'y opposerait pas, même face à ce danger. L'article 260 du D.O.C. dispose que « si les parties ont convenues que le contrat sera résolu dans le cas où l'une d'elles n'accomplirait pas ses engagements la résolution du contrat s'opère de plein droit par le seul fait de l'inexécution ».

Le second obstacle à l'application de cette mesure protectrice, provient de la formulation même de l'article 243 du D.O.C., de l'article 555 du Code de commerce et de l'article 149 de la loi 31-08.

⁴³³ Art. 260 du D.O.C. : « si les parties ont convenues que le contrat sera résolu dans le cas où l'une d'elles n'accomplirait pas son engagement, la résolution s'opère de plein droit par le seul fait de l'inexécution ».

⁴³⁴ DELEBECQUE (Ph.) et PANSIER (F.-J.), *Droit des obligations*, 3^e éd., Paris, Litec, 2006, pp.214 et s.

Selon les termes de ces trois articles, les juges *peuvent* user de ce pouvoir ; sous-entendu qu'il s'agit d'une simple faculté accordée au juge, et non un devoir, ou un droit expressément destiné au débiteur défaillant. Néanmoins, les textes enjoignent les juges à davantage de recommandations pour user de ce pouvoir, notamment à celle de tenir compte de la position du débiteur.

En effet, alors que l'article 243 du D.O.C. invoque expressément une référence à la position du débiteur. L'article 149 de la loi 31-08 fait, lui, référence au licenciement du débiteur ou à sa situation sociale imprévisible. Quant à l'article 555 du Code de commerce, il ouvre la possibilité à l'octroi d'un délai de grâce au président du tribunal, s'il estime que cet octroi, et que la suspension des poursuites qui l'accompagne, serait de nature à faciliter la conclusion d'un accord (art. 555 C.C.).

Pour autant, la faiblesse du débiteur ne figure pas dans cet article, contrairement aux références explicites qui lui sont faites aux articles 243 du D.O.C. et 149 de la loi 31-08.

Techniquement, cela signifie que le législateur n'est pas enclin à faire bénéficier de cette mesure tout débiteur défaillant ; que sur ses recommandations, les juges ne pouvant l'octroyer qu'à raison d'un motif légitime touchant à la position du débiteur, ou la situation personnelle du contractant (tel que le licenciement cité à l'article 149 de la loi 31-08). Hélas, cela signifie que rien n'oblige les juges à lui octroyer un délai de grâce. L'octroi de cette mesure reste totalement tributaire de leur libre appréciation subjective.

Nul doute que de nos jours, les juridictions ne sauraient omettre d'évoquer la situation de faiblesse dont souffre le débiteur en cessation de paiement ou dans la difficulté d'exécuter son obligation contractuelle. Qu'il s'agisse d'une personne physique ou morale, son seul état de faiblesse incite les juges à en tenir compte pour octroyer un délai de grâce en sa faveur⁴³⁵.

Au final, la loyauté et la bonne foi du débiteur, devraient constituer la condition nécessaire à l'octroi d'un délai de grâce, afin que seul le débiteur de bonne foi puisse bénéficier de cette mesure, lorsqu'il se trouve dans l'impossibilité manifeste de faire face à ses dettes du fait d'événements indépendants de sa volonté, intervenus postérieurement à la conclusion de son contrat.

La généralisation du champ d'application du délai de grâce à tous les contrats, chaque fois qu'un débiteur de bonne foi se trouverait en difficulté dans l'exécution de son obligation, constituerait en

⁴³⁵ FLOUR (J.) et AUBERT (J.-L.), *Les obligations* 3., 2^e éd., Paris, Dalloz, 2001, p.175

cela une avancée majeure dans la protection de la partie faible au contrat, et partant, dans la réalisation d'une meilleure justice contractuelle.

c) La révision de la clause pénale

La crainte que le contrat ne devienne un instrument de domination, au lieu de demeurer un instrument d'échange, a incité le législateur à intervenir afin d'y assurer un certain équilibre, malgré l'inégalité de fait existant entre les contractants. Parmi ces interventions figure la possibilité d'une révision de la clause pénale.

En effet, la proclamation de ce pouvoir modérateur au juge dans la réduction et l'augmentation des clauses pénales manifestement excessives ou insuffisantes par la loi 27-95⁴³⁶ (art. 264), a ouvert une brèche dans le principe de la force obligatoire du contrat, afin de protéger, tantôt le débiteur, quand la clause pénale est démesurée, tantôt le créancier, quand la clause pénale est minorée.

Dans le cadre de cette étude, c'est la situation du débiteur défaillant qui attire notre attention. Car pour lui, la clause pénale constitue une peine privée, destinée à le sanctionner pécuniairement pour n'avoir pas exécuté totalement ou partiellement son obligation, ou en raison du retard apporté à son exécution. Elle se fonde sur l'idée que cette inexécution est susceptible d'engendrer un préjudice pour le cocontractant, qui est légitimement admis à recevoir des dommages intérêts en compensation.

Pour autant, l'on se demande dans quelles mesures la loi 27-95 protège-t-elle le débiteur en position de faiblesse contre les abus de son cocontractant par le biais de la révision de la clause pénale ? Et comment le juge parvient-il à apprécier le montant de la clause pour la réduire ou l'augmenter ?

Techniquement, la clause pénale prévoit une indemnité forfaitaire dont le caractère conventionnel explique le succès : elle évite au créancier les lenteurs et les difficultés liées à la fixation judiciaire des dommages intérêts, tout en lui procurant une pleine satisfaction sur le montant qu'il aura estimé nécessaire à son dédommagement. Son mode d'application n'est d'ailleurs pas sans rappeler l'as-

⁴³⁶ Dahir n°1-95-157 du 11 août 1995 – 13 rabii 1416, D.O. du 6 septembre 1995, portant modification de l'article 264 du D.O.C., relatif à la clause pénale.

treinte⁴³⁷, puisqu'elle comprend un effet comminatoire.

Aussi, la clause pénale ne constitue pas un danger en soi, ce sont les excès qu'elle peut engendrer qui sont à craindre. En raison des montants démesurés souvent constatés, la loi 27-95 a modifié l'article 264 du D.O.C. afin de permettre au juge d'y intervenir et d'en rééquilibrer le montant. Il peut réduire les dommages intérêts convenus s'ils sont excessifs, ou augmenter leur montant s'ils sont insuffisants. Il peut aussi réduire ce montant compte tenu du profit que le créancier en aurait retiré du fait de l'exécution partielle de l'obligation.

L'on remarque que l'article permet au juge d'intervenir aussi bien en faveur du débiteur quand la peine est excessive, qu'en faveur du créancier quand la peine est minorée. Il en résulte que l'article 264 du D.O.C. ne vise pas spécialement la partie faible en situation difficile. De ce fait, il est à double tranchant : comme il vise la défense du débiteur défaillant quand le montant est démesuré, il peut aussi condamner le débiteur à des dommages intérêts plus élevés si le juge estime qu'ils sont insuffisants. Dans cette hypothèse, l'article devient une arme consacrée en faveur du créancier et à l'encontre de la partie faible. D'ailleurs, dans la pratique, la clause est souvent insérée dans le but de profiter au créancier en cas de manquement de la part du contractant faible⁴³⁸.

Dans cette situation, il est vrai que le juge ne peut faire usage de son pouvoir ou de sa liberté d'appréciation que si le montant est dérisoire. Cette majoration, qui relève de son appréciation souveraine, dépendra de la disproportion constatée entre le montant convenu et l'importance du préjudice subi par le créancier. Mais lorsqu'il augmente le montant, en cas d'inexécution ou de retard du débiteur dans l'exécution de ses obligations, le juge met en péril la situation du débiteur faible, et sert les intérêts du créancier partie forte, qui a lui-même veillé à insérer cette clause dans le but de se protéger. Certes, il n'est pas illégal de vouloir se protéger contre la défaillance éventuelle de son débiteur, mais n'est-il pas préférable que le législateur vienne en aide à ce dernier, une fois admis que des circonstances indépendantes de sa volonté ont été à l'origine de sa défaillance ? La bonne foi du débiteur n'a-t-elle donc pas de rôle à jouer dans l'appréciation de cette clause imposée ? Le juge ne devrait-il pas octroyer un délai de grâce à ce débiteur défaillant, plutôt que de l'alourdir d'une sanction supplémentaire en augmentant le montant de ses dommages intérêts?

⁴³⁷ Voir EL BACHA (F.), *L'astreinte en droit marocain*, Mémoire pour l'obtention du diplôme d'études supérieures en droit, Université Mohammed V, F.S.J.E.S. Rabat-Agdal, 1984, pp.13-20 à propos de la distinction entre l'astreinte et les dommages-intérêts dans la jurisprudence.

⁴³⁸ JAMIN (Ch.), « Les sanctions unilatérales » in *L'unilatéralisme et le droit des obligations, Actes du Colloque du 9 janvier 1998*, Paris, Economica, 1999, p.85 ; FLOUR (J.) et AUBERT (J.-L.), *Les obligations, op.cit.*, n°437, p.155

Il est certes admis que la loi 27-95 a voulu corriger les relations contractuelles déséquilibrées et dirigées par un principe d'application aussi stricte⁴³⁹, en rétablissant, au nom de l'équité, une meilleure justice dans les conventions. Si l'on tient compte du fondement de l'article 264 du D.O.C. sur l'équité, la clause pénale ne devient un instrument de justice contractuelle que si le juge corrige le déséquilibre existant entre les parties⁴⁴⁰. Il est donc censé exercer son pouvoir modérateur sans négliger son rôle de garant de l'équité dans un contrat déséquilibré. Aussi, comment y parviendrait-il s'il lui est permis d'augmenter le montant des dommages intérêts d'un débiteur défaillant, déjà dans le besoin ?

En effet, abstraction faite de son rôle contraignant qui incitera le cocontractant à remplir ses engagements dans les délais fixés, la clause pénale représente un abus de puissance manifeste d'une partie sur une autre : elle est souvent rédigée par le contractant fort, qui lui donne une vocation unilatérale. Cela signifie que la partie faible, qui y aura adhéré sans pouvoir la négocier, sera la seule à la subir. Et si le contractant fort ne remplit pas ses engagements, elle n'aura pas vocation à s'appliquer.

Au vu de ce déséquilibre, l'application de la révision de la clause pénale ne devrait-elle pas être entendue selon la qualité ou la position de faiblesse du destinataire de la clause ? Car en effet, comment admettre que le créancier puisse invoquer l'article 264 pour augmenter la peine, alors que le débiteur, déjà incapable de remplir son obligation, invoque un délai de grâce pour se porter secours ?

D'autre part, la nature même de la clause pénale interpelle quant à sa licéité et à son avenir dans le paysage juridique.

En effet, il arrive que l'exercice d'un droit, pourtant stipulé au contrat, puisse être illicite, en ce qu'il inflige au cocontractant des charges disproportionnées qui lui sont préjudiciables⁴⁴¹. Dans ce

⁴³⁹ Dans son arrêt n°144 de 1983, la Cour d'appel de Casablanca a déclaré que la clause pénale est une convention définitive d'application stricte qui ne peut être modifiée, arrêt inédit cité par N. Khuldi, *La protection civile du consommateur contre les clauses abusives*, thèse F.S.J.E.S. Rabat-Agdal, 2004-2005, p.128, (ouvrage en arabe). Cette position de la Cour d'appel de Casablanca a été confirmée par une décision de la Cour suprême du 13 décembre 1989, condamnant l'arrêt de la Cour d'appel qui a diminué le chiffre des dommages-intérêts prévus au contrat ; v. C.S. Civ., 13 décembre 1989, n°83, inédit.

⁴⁴⁰ JAMIN (Ch.), *Les sanctions unilatérales*, *op.cit.*, n°440, p.86

⁴⁴¹ JALUZOT (B.), *op.cit.*, n°303, p.298 ; JAOUEN (M.), *La sanction prononcée par les parties au contrat, Etude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, Paris, Economica, 2013, p.125

cas, le droit stipulé au contrat devrait ne pas être exercé s'il apparaît injuste vis-à-vis du débiteur faible, surtout quand des mesures moins lourdes peuvent suffire à satisfaire le bénéficiaire de la clause pénale : le délai de grâce prévu aux articles 243 D.O.C., 555 C.C. et 149 de la loi 31-08, se veut l'instrument juridique désigné pour remédier à cette situation de déséquilibre.

En ce sens, d'autres articles adoptent des solutions lourdes de conséquences. L'article 18 al.6 de la loi 31-08 qui octroie au juge la faculté non pas de modifier, mais de supprimer une clause abusive, qui impute des indemnités disproportionnellement élevées, permettra sans doute la suppression catégorique de la clause pénale.

L'article 18, qui dresse à titre indicatif la liste des clauses considérées comme abusives, dispose dans son alinéa 6 que « peuvent être regardées comme abusives [les clauses qui imposent] au consommateur qui n'exécute pas ses obligations, une indemnité d'un montant disproportionnellement élevé ou le cumul de plusieurs indemnités ».

A travers ces dispositions, le législateur manifeste son inquiétude à l'égard des clauses pénales et de leur caractère abusif. Pour cette raison, il autorise désormais le juge à supprimer une peine conventionnelle considérée comme manifestement excessive, afin d'assurer la protection du consommateur. A terme, l'application de l'article 264 D.O.C. risque de disparaître dans les rapports entre professionnels et consommateurs, car ces derniers ont tout intérêt à invoquer le caractère abusif de la clause pénale chaque fois qu'une disproportionnalité révélera un déséquilibre contractuel. Au constat de ce déséquilibre et d'un abus du contractant fort, le juge la réputera non écrite. L'application de l'article 18 de la loi 31-08 aboutira certainement à la disparition de la clause pénale chaque fois qu'elle manifesterait un pouvoir excessif du créancier sur le débiteur faible.

Il y a là certainement un moyen efficace d'assurer l'équilibre contractuel, même au détriment du caractère conventionnel de la clause. Car on sait que l'un des abus les plus communs auquel la liberté contractuelle peut conduire, est la stipulation de dommages-intérêts excessifs à travers la clause pénale, dont la mise en œuvre est en outre organisée de la manière la plus favorable à celui qui entend s'en prévaloir. Et lorsque la défaillance du débiteur se cumule aux dommages-intérêts excessifs, la partie forte s'assure une véritable main-mise sur le contrat. Parfois, sa position lui permet même de spéculer sur la défaillance de son partenaire, laquelle, si elle se produisait, serait beaucoup plus lucrative pour le rédacteur de la clause que l'exécution de sa contrepartie au contrat.

Au vu des nombreux dangers potentiels de la clause pénale, la jurisprudence et le législateur ont réagi de façon à : soit, neutraliser totalement ou en partie, les effets de la clause pénale lorsqu'elle est démesurée, sans qu'elle ne soit éliminée du contrat⁴⁴² ; soit, en la supprimant du contrat quand elle s'avère abusive, sur le fondement de l'article 18 de la loi 31-08.

D'autres juridictions étrangères ont réduit le montant de certaines clauses pénales sur le fondement de la bonne foi, et plus étonnant encore, sur celui de l'atteinte à l'ordre public et aux bonnes mœurs⁴⁴³.

En définitive, l'application de la révision de la clause pénale, gagnerait à se limiter à la protection du débiteur en situation de faiblesse. Le juge devrait intervenir pour en diminuer le montant lorsqu'il est démesuré en se fondant notamment sur le critère de la bonne foi du débiteur ; et non pas l'augmenter en faveur du créancier fort et au détriment du débiteur faible.

B. Le juge supprime le déséquilibre

Précédemment, nous avons vu que lorsque le juge restaure l'équilibre, il le fait dans le but de sauvegarder la relation contractuelle, et ainsi, éviter la rupture du contrat. A l'inverse, lorsqu'il décide de supprimer le déséquilibre, il peut obtenir deux résultats différents : soit le maintien du contrat exempt de la clause à l'origine du déséquilibre, soit sa rupture. La différence entre la restauration de l'équilibre et sa suppression, se trouve donc dans le résultat obtenu pour l'avenir du contrat.

Pendant longtemps, les juges du fond ont été réticents à s'immiscer dans le contrat pour en corriger les abus ou en pallier les lacunes. Les seuls cas imposant une suppression du déséquilibre, consistaient en des abus lésionnaires choquants, tels que les vices du consentement, ou encore les contrats conclus pendant la maladie (art. 54 D.O.C.) ou la dernière maladie (art.479 D.O.C.). Mais aujourd'hui, la multiplication des contrats d'adhésion imposés au contractant en position d'infériorité, a poussé le législateur et le juge à reconsidérer la réticence des juridictions à intervenir dans le contrat, et à établir de nouvelles solutions pour protéger la partie faible.

⁴⁴² Sur la révision de la clause pénale par les juridictions marocaines, la Cour suprême a été favorable à son application : C.S. Civ., 2 mars 2006, n°822, inédit. Elle y déclare que la révision de la clause pénale conformément à l'article 264 D.O.C., bien que limitant le pouvoir de l'autonomie de la volonté, est une règle impérative d'ordre public, que les contractants ne peuvent abroger d'un commun accord.

⁴⁴³ Tribunal local de Tokyo, 26 octobre 1990, Hanji n°1394, p.94 et s. ; Tribunal local de Tokyo, 12 janvier 1994, Hanji n°1524, p.56, Henri Times, n°860, p.198 ; Tribunal local d'Osaka, 22 mars 1993 (H.S.), Hanri Times 820, p.108, cités par JAZULOT (B.), *op.cit.*, n°303, p.327

Parmi ces mesures, figure la faculté de suspension de la clause résolutoire, reconnue aux juges à l'article 756 du D.O.C. Plus récemment, la loi 31-08 leur octroie aussi celle de déclarer une clause abusive et de la supprimer (art. 18 et s.). Enfin, la doctrine comme la jurisprudence tendent à réexploiter la notion de lésion qualifiée comme fondement à l'existence du déséquilibre contractuel et à la nécessité de sa suppression.

Lorsque la clause dénoncée affecte l'équilibre ou la justice contractuels, la correction de la convention nécessite une amputation de la clause; ceci car le juge ne peut remplacer un quantum par un autre. Souvent, cette solution suffit à protéger la partie faible au contrat: la convention est alors maintenue mais exempte de son déséquilibre initial. Mais parfois, celle-ci s'avère insuffisante, en ce qu'elle n'est ni opportune pour la partie faible, ni réalisable en pratique. L'annulation du contrat s'impose alors comme remède ultime au déséquilibre.

a) La paralysie de la clause résolutoire

Il arrive souvent que les contractants stipulent dans leurs conventions une clause de garantie, sanctionnant l'inexécution du contrat. Sa fonction est de prévoir que la défaillance de l'une des parties, expose le contrat à sa résolution.

Cette clause est d'une portée générale et est approuvée par le législateur dans des cas variés. L'article 260 D.O.C. fonde cette règle de principe en ces termes: « si les parties ont convenues que le contrat sera résolu dans le cas où l'une d'elles n'accomplirait pas ses engagements, la résolution du contrat s'opère de plein droit par le seul fait de l'inexécution ». L'article 756 D.O.C. confirme cette possibilité octroyée aux contractants en disposant que « dans le louage de services, la clause résolutoire est de droit en faveur de chacune des parties lorsque l'autre contractant n'accomplit pas ses engagements, ou pour d'autres motifs graves dont l'appréciation est réservée aux juges », tandis que les articles 762 à 764 D.O.C. établissent les conditions dans lesquelles la résolution du contrat peut avoir lieu. Enfin, l'article 13 de la loi 31-08 édictant des mesures de protection du consommateur, admet la résolution du contrat lorsque, sept jours après délai de livraison prévu, et en l'absence de cas force majeure, le professionnel n'exécute pas son obligation. Dès lors, « le consommateur dispose, sans recours à la justice, de la faculté de résoudre de plein droit l'engagement le liant au fournisseur portant sur le bien non livré ou la prestation non exécutée, par tout moyen justifiant la ré-

ception ».

Par cette consécration légale, la clause résolutoire renforce la garantie du créancier, et lui évite les désagréments d'une résolution judiciaire. Elle a pour objectif d'évincer le recours au juge, tout en assurant l'application rigoureuse de l'extinction du contrat⁴⁴⁴. Car le principe régissant la clause résolutoire est son application de plein droit, imposant que le juge ne puisse refuser d'en constater l'exécution.

Néanmoins, l'existence d'une clause résolutoire ne dispense pas le créancier d'une action en justice, sauf quand la loi le prévoit expressément, comme à l'article 13 de la loi 31-08. Mais il est à noter que si le créancier acquiert de plein droit la faculté de déclarer le contrat résolu, il reste qu'une intervention du juge est nécessaire pour mettre en oeuvre les conséquences juridiques ou pécuniaires de cette résolution. Ainsi en est-il de l'obtention des dommages-intérêts, de la restitution de sa prestation, ou encore de l'expulsion d'un locataire. Le juge vérifie d'abord la légitimité de l'application de la clause résolutoire (à savoir le constat du retard ou de l'inexécution du débiteur de son obligation), puis respecte sa mise en oeuvre immédiate, car exerçant un moyen de pression sur le débiteur qui offre grâce à elle la garantie d'une exécution diligente⁴⁴⁵.

Ceci étant, la clause résolutoire connaît une part de dangerosité. Lorsqu'elle est imposée par la partie la plus forte, elle peut conduire à une sanction automatique qui peut se révéler excessive par rapport à la faute du débiteur défaillant⁴⁴⁶. A titre d'exemple, un retard dans le paiement de loyer peut conduire à l'expulsion sans délais du locataire. Aussi, cette rupture unilatérale du contrat⁴⁴⁷ ayant révélé quelques abus⁴⁴⁸, a conduit la Cour suprême marocaine à apporter des limites à son exécu-

⁴⁴⁴ GHESTIN (J.), *op.cit.* n°429, p.442

⁴⁴⁵ BÉNABENT (A.), *Droit civil, Les obligations*, 11^e éd., Paris, Montchrétien, L.G.D.J., 2007, p.260 et s.

⁴⁴⁶ PANCRAZI-TIAN (M.-E.), *La protection judiciaire du lien contractuel*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1996, p.184

⁴⁴⁷ JAMIN (Ch.), « *Les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat : trois idéologies en concurrence* », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Paris, éd. Economica, 1999, pp.81 et s.

⁴⁴⁸ A ce propos, une jurisprudence française récente (Cass., 19 novembre 2015, inédit) énonce l'obligation pour les juges du fond de rechercher si la mise en oeuvre d'une clause résolutoire n'a pas été établie de mauvaise foi. Voir à ce sujet: CORPET (C.), *Clause résolutoire d'un bail à construction mise en oeuvre de mauvaise foi par le bailleur*, Legal News, paru le 15 janvier 2016 sur Le Monde du Droit: <http://www.lemondedudroit.fr/droit-a-entreprises/contrats/213810-clause-resolutoire-dun-bail-a-construction-mise-en-uvre-de-mauvaise-foi-par-le-bailleur.html>, Consulté le 19 janvier 2016.

tion, notamment dans les contrats d'assurance et les contrats de bail⁴⁴⁹.

Parmi ces limites figure le contrôle judiciaire, qui trouve son fondement notamment à l'article 756 du D.O.C. relatif au louage de service. Celui-ci confère expressément aux juges un pouvoir d'appréciation de la clause résolutoire, lorsque le cocontractant n'accomplit pas ses engagements ou lorsque surviennent d'autres motifs graves.

L'article 763 du D.O.C. fait également une référence tacite à l'appréciation de la clause résolutoire par les juges lorsqu'il dispose que « la clause résolutoire est de droit en faveur du commettant, après sommation faite au locuteur : a) Lorsque le locateur d'ouvrage diffère plus que de raison et sans motif valable à entamer l'exécution de l'ouvrage ; b) Lorsqu'il est en demeure de le livrer.

Le tout s'il n'y a faute imputable au commettant ».

Ce contrôle vise bel et bien, de prime abord, la protection de la partie faible contre les abus éventuels de son créancier. L'intervention du juge est la seule garantie pour le défendeur dont la faiblesse, due à sa position contractuelle ou à son état de dépendance ou d'infériorité, l'empêche de défendre à bien ses intérêts. Elle permet en outre d'envisager un maintien du contrat lorsque c'est possible, et ce, dans l'hypothèse où l'intervention préalable des tribunaux n'est pas écartée par la loi, comme le prévoit l'article 13 de la loi 31-08.

Le contrôle judiciaire porte aussi sur l'opportunité de la résolution, ainsi que sur sa légitimité au regard du contenu de la clause. Le juge vérifie si les conditions de résolution prévues sont régulières et applicables. Pour ce faire, il est souvent contraint d'interpréter le contrat de façon restrictive⁴⁵⁰. Il doit vérifier si les faits de nature à engendrer une résolution se sont effectivement produits, pour déclarer la résolution du contrat acquise. Il doit aussi vérifier les circonstances dans lesquelles l'inexécution du contrat a eu lieu, afin de contrer toute résolution abusive de la part de la partie forte. A titre d'exemple, la pratique révèle que le manquement à une obligation contractuelle mineure, est souvent exploité par la partie en position de force pour enclencher la résolution du contrat⁴⁵¹. De la même manière, l'inobservation d'une condition d'un degré d'importance peu élevé, aboutit aussi à

⁴⁴⁹ C.A. Com. de Casablanca, 12 février 2013, n°2013-832, inédit.

⁴⁵⁰ GHESTIN J., *op.cit.*, n°429, p.446

⁴⁵¹ Une fausse déclaration des risques dans la police d'assurances donne souvent lieu à une rupture du contrat, contestée par les juridictions marocaines: C.S., 4 juin 1970, n°705, inédit.

une rupture unilatérale du contrat⁴⁵². La démarche des juridictions marocaines consiste donc en un contrôle non seulement de la validité de la clause résolutoire et de sa mise en œuvre, mais aussi un contrôle essentiellement subjectif de sa légitimité, selon la nature de l'obligation manquée et selon la situation du débiteur.

L'article 13 de la loi 31-08 prévoit la prise en compte du cas de force majeure dans l'appréciation de la mise en œuvre de la clause résolutoire. Suivant cette considération des circonstances de l'inexécution, les juges sont même habilités à se référer à la situation sociale imprévisible du débiteur ayant justifié son manquement, telle que prévue à l'article 149 de la loi 31-08⁴⁵³. Autrement dit, la seule inexécution de l'obligation n'est pas une condition suffisante pour déclarer la clause résolutoire acquise; les juges du fond doivent s'assurer que la résolution n'a pas été abusive. L'appréciation des circonstances de l'inexécution permettra alors de libérer le débiteur défaillant de la résolution si les juges constatent qu'il a été diligent dans l'exécution de son obligation⁴⁵⁴. Aussi, pour appliquer la clause résolutoire, il est important de distinguer l'inexécution volontaire de l'inexécution involontaire de l'obligation, cette dernière correspondant à la définition classique de la force majeure en droit marocain (art. 269 D.O.C.)⁴⁵⁵. De plus, les juges peuvent aussi prendre en considération le rôle qu'a joué le créancier dans l'inexécution du contrat, sachant que la clause résolutoire peut être paralysée si celui-ci a contribué à l'inexécution de l'obligation du débiteur (art. 763 D.O.C.)⁴⁵⁶.

⁴⁵² En l'espèce, l'absence de souscription à la Green Card fait échec au contrat d'assurance international: C.S., 25 mai 1992, n°1507, inédit.

⁴⁵³ C.A. Com. Casablanca, 20 mars 2013, n°845, inédit ; C.A. Com. Casablanca, 27 février 2013, n°3242, inédit ; C.A.-Com. Casablanca, 6 février 2013, n°1998, inédit.

⁴⁵⁴ GHESTIN (J.), *op.cit.*, n°429, p.445 ; LAPOYADE DESCHAMPS (Ch.), *Droit des obligations*, Ellipses, 1998, pp. 112 et s. ; BÉNABENT (A.), *Droit civil, Les obligations*, 11^e éd., Paris, Montchrétien, L.G.D.J., 2007, p.395

⁴⁵⁵ Art. 269 du D.O.C.: « La force majeure est tout fait que l'homme ne peut prévenir, tel que les phénomènes naturels (inondations, sécheresses, orages, incendies, sauterelles), l'invasion ennemie, le fait du prince, et qui rend impossible l'exécution de l'obligation.

N'est point considérée comme force majeure la cause qu'il était possible d'éviter, si le débiteur ne justifie qu'il a déployé toute diligence pour s'en prémunir. N'est pas également considérée comme force majeure la cause qui a été occasionnée par une faute précédente du débiteur ».

⁴⁵⁶ Art. 763 D.O.C.: « La clause résolutoire est de droit en faveur du commettant, après sommation faite au locuteur : a) Lorsque le locuteur d'ouvrage diffère plus que de raison et sans motif valable à entamer l'exécution de l'ouvrage ; b) Lorsqu'il est en demeure de le livrer. Le tout s'il n'y a faute imputable au commettant ».

Le moyen juridique que la Cour suprême met traditionnellement en oeuvre pour sanctionner le recours abusif à ce droit contractuel, est la recherche de la bonne foi du débiteur, notamment dans les contrats d'assurance. Il ressort de plusieurs arrêts que, sous couvert du contrôle de la bonne foi, elle tolère que les juges du fond puissent s'octroyer un pouvoir d'appréciation plus large de la clause résolutoire lorsque l'inexécution porte sur une obligation accessoire ou symbolique⁴⁵⁷.

La Cour suprême a aussi retenu qu'en dépit de l'absence de paiement de l'assuré des tarifs complémentaires liés aux augmentations prévues par les articles 61⁴⁵⁸, 63⁴⁵⁹ et 88⁴⁶⁰ du Dahir du 6 février 1963 relatif aux accidents de travail⁴⁶¹, l'assurance ne pouvait déclarer le contrat résolu⁴⁶².

En effet, la résolution du contrat ne saurait être constatée par le juge lorsque le débiteur est de bonne foi. D'une manière générale, le législateur cherche, notamment à travers l'article 20 de la loi 17-99 portant Code des assurances, à atténuer l'automatisme de la clause résolutoire et à la défense de la partie faible au contrat, en vérifiant sa bonne foi. Celui-ci dispose que: « [...] La déchéance résultant d'une clause du contrat ne peut être opposée à l'assuré qui justifie qu'il a été mis, par suite d'un cas fortuit ou de force majeure, dans l'impossibilité de faire sa déclaration dans le délai imparti ».

⁴⁵⁷ C.S. soc., 10 mai 2006, n°424, inédit. La Cour suprême a jugé que malgré la violation faite par l'assuré de son obligation de ne pas utiliser son véhicule pour un transport rémunéré, l'assureur ne pouvait résoudre le contrat d'assurance, au motif que le débiteur ne s'est pas permis cette violation de façon continue.

⁴⁵⁸ Art. 61 du Dahir du 6 février 1963: « L'indemnité journalière est égale à la moitié de la rémunération quotidienne pour les vingt-huit premiers jours et aux deux tiers à partir du vingt-neuvième jour ».

⁴⁵⁹ Art.63 du Dahir du 6 février 1963: « Si la victime n'a pas interrompu son travail, elle continue percevoir sa rémunération.

Si la victime s'absente pendant les heures de travail pour recevoir les soins prescrits par le médecin, la durée de ses absences donnera lieu, sauf convention contraire plus favorable, au paiement d'une indemnité égale à la moitié du salaire et payée en même temps que celui-ci.

Chaque absence d'une durée inférieure à une heure donne lieu au paiement du salaire entier ».

⁴⁶⁰ Art.88 du Dahir du 6 février 1963: « Les dispositions de l'article 83 s'appliquent, en cas d'accidents du travail successifs, lorsque l'incapacité globale obtenue par addition des différents taux d'incapacité dépasse 50%, après réduction de chacun d'eux proportionnellement à la capacité de travail de la victime après chaque accident, l'application ne portant que sur la partie du taux d'incapacité supérieure à 50% et afférente à l'accident considéré ».

⁴⁶¹ Dahir n° 1-60-223 du 12 ramadan 1382 (6 février 1963) portant modification en la forme du dahir du 25 hijra 1345 (25 juin 1927) relatif à la réparation des accidents du travail.

⁴⁶² C.S. civ., 7 avril 1982, n°230, inédit.

En revanche, le contrôle de la clause résolutoire par les juridictions étrangères (notamment française et allemande), repose plus souvent sur la détection d'un abus de droit, ce qui a pour conséquence de rendre l'exercice de la clause résolutoire illicite. En d'autres termes, si le juge constate que la résolution est résulte d'un abus de droit (par exemple lorsque la sanction est disproportionnée par rapport à la faute du débiteur), la résolution ne sera pas justifiée, et sera donc considérée comme illicite.

Pour apprécier la licéité de la clause résolutoire, les juges procèdent à un contrôle *in concreto*, au cas par cas, selon la nature du contrat et la condition résolutoire qui y figure. Les juridictions françaises se penchent même sur l'examen minutieux des motifs de la rupture pour déceler l'abus de droit, et partant, l'illicéité de la résolution contractuelle⁴⁶³. Toutefois, cet exercice présente la difficulté de reconnaître les critères admis à qualifier un abus de droit. L'on se demande quels faits pourront être considérés comme résultant d'un abus de droit? La doctrine et la jurisprudence françaises apportent une réponse casuistique à cette question: tout dépendra de la brutalité de la rupture (telle une résolution sans sommation⁴⁶⁴), ou du degré mineur de la gravité du préjudice causé par l'inexécution de l'obligation comparativement au degré de sévérité de la mise en œuvre de la clause résolutoire⁴⁶⁵. Ainsi, un retard de paiement d'un mois de loyer entraînant l'expulsion du locataire constituerait une sanction injuste puisse qu'elle dépasse largement les dommages subis par le créancier.

En définitive, l'abus de droit et la bonne foi, ont autant l'un et l'autre vocation à s'appliquer dans la vérification de la licéité de la clause résolutoire. Bien que la Cour de cassation française ait parfois fait primer l'abus de droit sur la bonne foi, le Professeur Denis MAZEAUD rappelle qu'« en décli-

⁴⁶³ La Cour de cassation française a contrôlé la légitimité des motifs de la rupture dans le cadre d'un contrat de concession exclusive conclu pour une durée indéterminée. Elle casse la décision de la Cour d'appel en considérant qu'un contractant qui résilie le contrat deux ans après sa conclusion commet un abus de droit, dans le mesure où les investissements exigés du concessionnaire nécessitaient qu'il bénéficie d'une exploitation de longue durée; Com. 20 janvier 1998, Bull. n° 40, cité par CÉDRAS (J.), *Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation*, Rapport annuel de la Cour de cassation, En ligne: https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2003_37/deuxieme_partie_tudes_documents_40/tudes_diverses_43/doctrine_devant_6260.html Consulté le 20 janvier 2016

⁴⁶⁴ L'une des armes du contrôle de la clause résolutoire choisie par le juge, est la sommation. La jurisprudence française exige, pour l'application des clauses résolutoires de plein droit, que le débiteur soit mis en demeure, afin d'éviter les abus qui peuvent avoir lieu du fait de la position de force du créancier. La finalité de la mise en demeure est de prévenir une résolution abusive, et son défaut lors de la rupture du contrat peut supposer un abus de droit, ou tout du moins, la mauvaise foi du créancier.

⁴⁶⁵ FLOUR (J.) et AUBERT (J.-L.), *Les obligations*, 2. *Le fait juridique*, 5^e éd., Paris, Armand Colin, 1991, p.127. Les auteurs affirment que « non seulement la jurisprudence en a toujours sanctionné l'abus, mais elle a défini celui-ci de façon large, en le considérant par toute faute, même non intentionnelle, tel le fait de rompre le contrat avec légèreté, sans souci des conséquences dommageables qui en résulteraient ».

nant la notion de bonne foi, on peut en effet considérer que les motifs erronés ou fallacieux avancés par l'auteur de la rupture, en dépit de l'absence de toute volonté de nuire, établissent la déloyauté de l'auteur de la rupture et est alors constitutif d'un abus dans la résiliation du contrat »⁴⁶⁶. Ces deux critères, développés par la jurisprudence, témoignent du rôle capital que joue le juge dans la suppression du déséquilibre contractuel, et dans la protection de la partie faible au contrat. Car à l'heure de la profusion des contrats pré-rédigés, seule une limitation des droits contractuels au moyen de la vérification de la bonne foi des contractants est à même de lutter contre les abus de la partie la plus forte. Reste à savoir si un contrôle similaire est applicable à la clause abusive.

b) La suppression de la clause abusive

Dès lors que le risque de rencontrer une clause abusive dans les contrats est aujourd'hui constant, il paraît nécessaire d'envisager sa suppression en vue de protéger la partie faible au contrat. Le législateur et le juge ont conjointement agi dans la réalisation de cet objectif.

Du côté législatif, le mouvement n'est pas tout à fait récent. Le législateur marocain avait déjà prévu, au sein du D.O.C., nombre d'articles liés de près ou de loin à la lutte contre les clauses abusives. Ceux-ci concernent des domaines variés, et divergent dans leurs fondements: pour les contrats de société, l'article 1034 D.O.C. rend nulle toute clause attribuant une part dans les bénéfices ou les pertes supérieure à la proportionnalité de la mise de l'associé⁴⁶⁷, et l'article 1035 D.O.C. rend nulle la société lorsqu'il y a réunion de tous les gains entre les mains d'un seul associé⁴⁶⁸. La protection de la faiblesse est déclinée au travers de plusieurs articles: l'article 878 D.O.C. relatif au contrat conclu par le faible d'esprit, l'article 54 D.O.C. relatif au contrat conclu pendant la maladie ou cas analogues, l'article 479 D.O.C. relatif au contrat conclu par une personne en l'état de dernière maladie, l'article 55 D.O.C. relatif à la lésion, et la liste est non exhaustive.

Ces procédés de droit commun sont pourtant, de par leur nature et leur champ d'application limités, insuffisants pour lutter contre tous les types de stipulations abusives. Et bien que les contrats

⁴⁶⁶Cité par JALUZOT (B.), *La bonne foi dans les contrats*, *op.cit.*, n°303, p.351

⁴⁶⁷ Art. 1034 D.O.C.: « Est nulle, et rend nul le contrat de société, toute stipulation qui attribuerait à un associé une part dans les bénéfices, ou dans les pertes supérieure à la part proportionnelle à sa mise. L'associé lésé par une clause de ce genre a recours contre la société jusqu'à concurrence de ce qu'il a touché en moins, ou payé en plus, de sa part contributive ».

⁴⁶⁸ Art. 1035 D.O.C.: « Lorsque le contrat attribue à l'un des associés la totalité des gains, la société est nulle, mais n'annule pas le contrat ».

d'adhésion soient les plus susceptibles d'en contenir, d'autres librement négociés peuvent comprendre des stipulations dont l'objectif est d'empêcher que les obligations contractuelles soient équilibrées de parts et d'autres.

Jusqu'ici, le mode traditionnel de protection de la partie faible s'est fait à travers l'utilisation des articles précités, au coup par coup, selon chaque type de contrat. Mais depuis 2011, le législateur marocain à l'instar de beaucoup de systèmes juridiques, est intervenu pour la généralisation⁴⁶⁹ de la lutte contre les clauses abusives. Désormais, les articles 15 à 20 de la loi 31-08 édictant des mesures de protection du consommateur, ciblent les différents types de clauses abusives, et reflètent la prise de conscience du législateur vis-à-vis des abus des professionnels dans les contrats de consommation.

En vertu de la loi 31-08, le juge est habilité à intervenir dans le contenu du contrat, pour en supprimer les clauses lorsqu'elles sont abusives. La protection instituée par cette loi ne désigne pas de clause spéciale, mais permet de déceler d'une façon générale, toute clause pouvant être jugée abusive. L'article 15 de la loi dispose qu'«est considérée comme abusive toute clause qui a pour objet ou pour effet de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat ». Aussi, la nullité s'applique à toute stipulation pour laquelle une partie est avantagée de manière excessive par rapport à l'autre⁴⁷⁰.

Néanmoins, il est évident qu'on ne peut, au risque de ruiner le principe de la force obligatoire des conventions valablement formées affirmé à l'article 230 du D.O.C., autoriser le juge à déclarer nulle toute clause, sous prétexte qu'elle serait abusive. Cette législation est restreinte par des limites précises. L'analyse de l'article 15 de la loi 31-08 révèle qu'un élément est nécessaire à la qualification d'une clause abusive: l'existence d'un déséquilibre significatif. Ainsi, pour déclarer une clause abusive, le juge doit d'abord s'assurer de l'existence d'un avantage excessif entre les droits et obligations des contractants. Autrement dit, ce n'est pas l'inégalité des contractants qui rendra la clause suspecte, mais l'abus engendré par cette inégalité.

⁴⁶⁹ Bien que le champ d'application de la loi 31-08 soit limité aux contrats de consommation, la généralisation s'entend du dépassement du règlement au coup par coup des effets de la clause abusive, tels que classiquement traités à travers les règles éparses du droit commun. Désormais, le fondement et la sanction sont unifiés, et s'appliquent au modèle contractuel le plus répandu et le plus exposé aux clauses abusives, à savoir le contrat de consommation.

⁴⁷⁰ Art. 19 de la loi 31-08: « Sont nulles et de nul effet les clauses abusives contenues dans les contrats conclus entre fournisseur et consommateur. Le contrat restera applicable dans toutes ses autres dispositions s'il peut subsister sans la clause abusive précitée ».

Cette qualification de la clause abusive a soulevé des difficultés dans son application, et ce, pour plusieurs raisons⁴⁷¹. La première est que le déséquilibre significatif est un critère imprécis. Il peut être de nature uniquement pécuniaire (à savoir lorsqu'il touche les prestations réciproques) et donc facile à déceler et démontrer, comme il peut être de diverses autres natures, telles la charge des obligations, l'exclusion de responsabilité, la limitation des droits du consommateur, etc. Tous ces types de clauses (cités à l'article 19 à titre indicatif et non exhaustif), nécessitent un examen attentif du juge avant de pouvoir être déclarés abusifs, à défaut de quoi le contrat sera déclaré à tort, déséquilibré.

La seconde difficulté découle directement de la première: le déséquilibre significatif doit-il résulter d'une seule clause ou de plusieurs à la fois? L'article 16 de la loi 31-08 apporte en partie une réponse à cette question en disposant 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 s'apprécie également au regard de celles contenues dans un autre contrat lorsque la conclusion ou l'exécution de ces deux contrats dépendent juridiquement l'un de l'autre ». En d'autres termes, cela signifie que pour juger l'abus, le déséquilibre doit être analysé par rapport à l'ensemble des stipulations contractuelles⁴⁷². Toutefois, cette appréciation reste délicate pour le juge: une clause paraissant abusive au détriment de la partie faible peut être contrebalancée par une autre clause jouant en sa faveur; le contrat trouverait alors un équilibre. Mais il est difficile de mesurer le degré de compensation d'une clause par une autre: une exonération des frais de transports comblerait-elle une limitation de la durée de garantie d'un produit? Comme l'ont souligné B. Starck, H. Roland et L. Boyer, « une telle question est d'espèce, et dépend donc de la sagesse du juge »⁴⁷³, à qui reviendra la lourde tâche de distinguer de ce qui relève de l'abus de ce qui n'en relève pas.

En somme, c'est encore la définition du caractère abusif qui pose problème. La réflexion doctrinale s'était déjà penchée sur la question, notamment en ce qui concerne l'abus de droit, pour lequel Ripert retient que: « rien n'est plus mal fixé que le sens profond et la portée d'application de la théorie

⁴⁷¹LARROUMET (Ch.), *Droit civil*, Tome 3, *Les obligations*, 3^e éd., Economica, pp.401 et s.

⁴⁷²STARCK (B.), ROLAND (H.), BOYER (L.), *op.cit.*, n°295, pp.284-285

⁴⁷³ *Idem*, p.285

d'abus. La théorie comporte une grande confusion »⁴⁷⁴. Il admet néanmoins que « les droits en effet, ne doivent pas être considérés comme absolus. Quand on constate qu'il y a abus, c'est que le titulaire est sorti des limites légales fixées pour l'exercice de son droit »⁴⁷⁵. Ceci étant, il reste difficile d'établir des critères à l'abus de droit et à sa correction.

Mais l'on peut palier cette difficulté en ayant recours à l'article 231 du D.O.C.⁴⁷⁶. En décidant que les conventions doivent être exécutées de bonne foi, celui-ci apporte un appui à la théorie de l'abus, en ce qu'il désigne l'équité comme critère à la réalisation de la justice contractuelle⁴⁷⁷. Dans le même sens, l'on a également pu admettre la résolution de certains contrats par l'application de l'article 540 du D.O.C. lorsque le contractant professionnel a manqué à son obligation générale d'agir de bonne foi⁴⁷⁸. Dans cette hypothèse, la mauvaise foi du créancier tient de sa volonté d'outrepasser le droit que lui octroie le contrat, pour exploiter son cocontractant. Il en résulte un acte de nuisance considéré comme illicite, car le créancier fait croire à l'application respectueuse de la loi, alors que celui-ci l'instrumentalise pour violer son devoir moral envers son cocontractant. En conséquence, un tel acte est constitutif d'abus⁴⁷⁹. Aussi, le juge devra cerner le devoir moral des contractants l'un envers l'autre, pour pouvoir juger s'il y a abus de droit ou non.

Un autre critère de référence est celui du caractère *raisonnable* de la clause ou du contrat. Il consiste en ce que l'exercice du droit prévu au contrat ne sera considéré comme valide, que si celui-ci répond à des exigences de rationalité, mais encore à d'autres aspirations telles que l'usage ou le bon sens. Par extension, Le raisonnable est ce qui est conforme à la « pratique, modéré, mesuré, qui se tient dans une juste moyenne », tel que le *délai raisonnable*. Mais dans le contexte de la clause

⁴⁷⁴ RIPERT (G.), *La règle morale, op.cit.*, n°242, p.161

⁴⁷⁵ *Idem*, p.164

⁴⁷⁶ Rappelons que l'article 231 du D.O.C. impose aux contractants le respect de leurs obligations contractuelles de bonne foi, mais aussi le respect de trois autres normes, à savoir les suites de: la loi, de l'usage, et de l'équité.

⁴⁷⁷ Art. 231 D.O.C.: « tout engagement doit être exécuté de bonne foi, et oblige, non seulement à ce qui est exprimé, mais encore à toutes les suites que la loi, l'usage ou l'équité donnent à l'obligation d'après sa nature ».

⁴⁷⁸ L'article 540 du D.O.C. dispose que « le vendeur de mauvaise foi doit rembourser à l'acquéreur de bonne foi toutes les dépenses, même voluptuaires ou d'agrément que celui-ci a faites ».

⁴⁷⁹ RIPERT (G.), *La règle morale, op.cit.*, n°242, pp.178 et s.

abusive, il s'agirait davantage de ce qui est « équitable, naturel, normal »⁴⁸⁰. L'exemple le plus significatif du recours à cette notion est le concept des *unconscionable contracts, soit contrats déraisonnables*, principalement développé par la jurisprudence anglo-saxonne. Il s'agit notamment de l'Unfair Contract Terms Act, adopté par le Parlement Britannique en 1977, en vue de permettre au juge de déclarer la nullité d'une clause considérée comme déraisonnable. La référence à cette notion à l'avantage d'une grande souplesse: contrairement aux droits français et marocain qui dressent une liste (bien qu'à titre indicatif et non exhaustif) des clauses pouvant être regardées comme abusives; les juges britanniques, américains et canadiens, ont la possibilité de déclarer abusive toute clause qui paraît non conforme à la loi, ou déraisonnable. En somme, ils disposent d'une plus grande latitude dans le contrôle de l'équité. Toutefois, une méthode aussi souple suppose un plus grand risque, car l'appréciation relèvera du pouvoir discrétionnaire du juge⁴⁸¹.

Au Maroc, l'adoption d'une liste de clauses pouvant être regardées comme abusives, est plus opportune. Car à la différence du système anglo-saxon qui se fonde sur les précédents jurisprudentiels, le système romano-germanique dépend encore largement d'une législation préalablement établie, destinée à guider le juge dans son appréciation des clauses contractuelles. Et du fait que l'adoption d'une loi relative aux clauses abusives est une première, l'article 18 de la loi 31-08 facilitera donc la tâche au juge, en lui permettant de s'en inspirer dans son appréciation du caractère abusif ou non des clauses du contrat. Dès lors qu'il lui apparaîtra qu'une clause crée un déséquilibre significatif entre les droits et les engagements des parties au détriment du consommateur, il devra la déclarer nulle et de nul effet (art. 19 loi 31-08).

Il va de soi que la suppression de la clause abusive est la solution la plus adéquate à ce déséquilibre. Car si la loi 31-08 a investi le juge d'un pouvoir de contrôle et de la faculté de déclarer une clause abusive, c'est qu'elle vise explicitement la protection de la partie faible au contrat. L'objectif n'est pas d'obtenir la rupture de la relation contractuelle (qui lui serait préjudiciable), mais de conserver le contrat tout en l'amputant de sa clause nocive. Elle agit en cela comme un frein au risque d'abus

⁴⁸⁰CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, 7^e éd., Paris, PUF, 2005, p. 743; Un auteur ajoute: « Si le "raisonnable" est assimilable à un standard juridique, alors ce terme pourrait être comparé à celui de "normal", "commun", "suffisant", "sérieux", "légitime", "proportionné", "régulier", "diligent", "décent", "moral", "ordinaire", "essentiel", et donc, au final, peut être identifié à une situation *normale*. De ce point de vue, le "raisonnable" est le "normal" », MAINGUY (D.), *Le raisonnable en droit (des affaires)*, in *Les concepts émergents, en droit des affaires*, Paris, L.G.D.J., 2010, p. 307; tandis qu'un autre perçoit le raisonnable comme à la fois un modèle et une directive du comportement du contractant, RAMPARANY-RAVOLOLOMIARANA (H.), *Le raisonnable en droit des contrats*, Thèse Université de Poitiers en cotutelle avec l'Université de Madagascar, 2008

⁴⁸¹ LARROUMET (Ch.), *op.cit.*, n°473, pp.406 et s.

du contractant fort sur le contractant faible.

L'interventionnisme judiciaire apporte ainsi des limites à la liberté contractuelles pour la protection des faibles. RIPERT disait à ce propos que « la liberté contractuelle n'est reconnue que parce que l'échange des produits et des services nous apparaît comme la plus juste et la plus facile organisation des rapports sociaux. Si dans certains cas cette liberté aboutit à l'exploitation injuste des faibles par les forts, il faut la briser »⁴⁸². Aussi, un véritable rééquilibrage contractuel dans cette hypothèse, ne peut pas passer que par la suppression des clauses abusives.

Il reste néanmoins la possibilité donnée au juge de déclarer la nullité totale du contrat. Aux termes de l'article 19 de la loi 31-08, « le contrat restera applicable dans toutes ses autres dispositions s'il peut subsister sans la clause abusive précitée ». On en déduit que s'il ne peut perdurer sans ladite clause abusive, il sera déclaré entièrement nul et de nul effet. Cette hypothèse reste exceptionnelle, dans la mesure où la clause abusive serait absolument nécessaire à la réalisation du contrat, et ne saurait être remplacée par d'autres dispositions, même par référence à l'équité, à l'usage, ou à la bonne foi. Le juge n'aura alors d'autre solution que de déclarer le contrat nul.

D'ailleurs, conscient de l'importance de ce pouvoir accordé au juge, le législateur le soumet à des règles strictes d'application qui doivent impérativement être respectées. D'un côté, l'article 15 de la loi 31-08 donne une définition de la clause abusive, de l'autre, les articles 16 et 17 de la même loi en déterminent le mode d'appréciation par le juge. Enfin, l'article 20 de la loi souligne que les dispositions relatives à la clause abusive sont d'ordre public. Il appartiendra à la Cour de cassation de contrôler l'application qu'en font les juges du fond, tandis que leur violation de ces règles pourra entraîner la cassation ou l'annulation de leurs décisions.

Enfin, rappelons que si la loi 31-08 est d'une adoption récente, quelques décisions de justice en faveur de la protection de la partie faible ont vu le jour. Elles révèlent toutes le strict respect des règles d'application de la loi, notamment quant au bénéficiaire qui se trouve être un consommateur qui acquiert un bien ou a recours à un service pour son propre intérêt ou pour celui de sa famille,

⁴⁸² RIPERT (G.), *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^e éd., Paris, L.G.D.J., 1949, p.161

comme disposé à l'article 2 de la loi 31-08⁴⁸³.

Aussi, le seul regret quant à la suppression des clauses abusives, reste son champ d'application strictement limité. Il aurait été préférable, eu égard au déséquilibre *inter partes* que veut corriger la loi, que celle-ci puisse s'appliquer aux contrats entre professionnels; sachant qu'eux aussi peuvent contenir une clause abusive, et une partie faible au contrat.

c) L'annulation des contrats lésionnaires

S'il est admis que la protection de la partie faible contre les abus des contractants puissants nécessite l'intervention du juge, l'existence de contrats lésionnaires l'impose tout autant. En effet, cette intervention n'est pas sans fondement: elle agit contre la disproportion choquante entre les prestations, qui révèle une atteinte à la justice commutative entre les contractants. Elle résulte de l'idée désormais reconnue selon laquelle tous les contractants ne peuvent assurer seuls la défense de leurs intérêts, et confirme que la partie faible peut être lésée lors son engagement. De ce fait, on ne peut prétendre au maintien d'un contrat lésionnaire au seul nom du respect de l'autonomie de la volonté, lorsqu'on sait que ce contrat nuit gravement à l'une des parties.

Par définition, un contrat lésionnaire est celui qui crée une injustice envers l'une des parties, en ce qu'elle n'en tire pas les avantages correspondant à la prestation qu'elle a effectué⁴⁸⁴. Cette définition se confirme à l'article 56 du D.O.C. qui dispose qu'est réputée lésion « toute différence au-delà du tiers entre le prix porté au contrat et la valeur effective de la chose ». La lésion est donc un déséquilibre initial d'ordre économique, et suppose l'existence d'un contrat synallagmatique onéreux.

L'exclusion des contrats unilatéraux et à titre gratuit s'entend du simple fait que ceux-ci ne peuvent comprendre de déséquilibre entre les prestations. Toutefois, notons que les contractants ou leurs ayant droits peuvent invoquer une rescision du contrat s'ils estiment avoir subi un préjudice.

Parallèlement, la doctrine et la jurisprudence ont élaboré la théorie de la lésion qualifiée. A la diffé-

⁴⁸³ CA. Com. Casablanca, n°2013/114 du 8 janvier 2013, inédit ; CA. Com. Casablanca, n°2013/3326 du 18 juin 2013, inédit ; CA. Com. Casablanca, n°2013/3596 du 2 juillet 2013, inédit ; CA. Com. Casablanca, n°2013/4407 du 15 octobre 2013, inédit ; CA. Com. Casablanca, n°2013/2051 du 9 avril 2013, inédit ; CA. Com. Casablanca, n°2013/1747 du 26 mars 2013, inédit ; CA. Com. Casablanca, n°2013/1459 du 12 mars 2013, inédit ; CA. Com. Casablanca, n°2013/876 du 13 février 2013, inédit.

⁴⁸⁴ GRYMBAUM (L.), *Droit civil, Les obligations*, Paris, Hachette Supérieur, 2007, p.74

rence de la notion de lésion classique, cette théorie suppose l'existence de deux éléments: d'abord, l'exploitation d'une personne en situation de faiblesse; et ensuite, l'existence d'un déséquilibre excessif entre les parties. En somme, il y a lésion qualifiée lorsqu'un contrat est excessivement déséquilibré, et que ce déséquilibre résulte de l'inégalité des contractants. Ainsi, l'exploitation d'un état de dépendance ou de vulnérabilité qui engendre un bénéfice démesuré pour l'un des contractants, et un bénéfice dérisoire pour l'autre, peut donner ouverture à rescision. Dans l'optique de la protection de la partie faible au contrat, un fort courant doctrinal défend le recours à cette théorie⁴⁸⁵, tandis qu'un autre la rejette⁴⁸⁶.

Bien que les deux notions, lésion traditionnelle et lésion qualifiée, permettent la protection de la partie faible contre les abus de son cocontractant puissant, on relève cependant une différence d'approche dans leur définition. La lésion classique, érigée dans le D.O.C., n'est pas traitée comme un vice de consentement de la victime, mais comme un comportement immoral de la part du bénéficiaire de l'acte. Toutefois, le législateur l'a strictement conditionnée sur la base des articles 55 et 56 du D.O.C. Lorsque la victime est une personne majeure, sa lésion doit obligatoirement être accompagnée d'un dol. Lorsqu'elle est mineur ou incapable, le législateur fait fi de cette condition pour élargir sa protection, étant donné la faiblesse manifeste de ces deux catégories de contractants. Mais dans les deux cas de figure, une différence de plus du tiers entre le prix et la valeur de la chose, est nécessaire à l'existence d'une lésion.

Pour la lésion qualifiée, l'acception est beaucoup plus large. Le législateur ne cite pas de minima quantitatif à l'existence d'une lésion qualifiée, ni même la nécessité d'un dol. Il estime que dès lors qu'un contractant se permet d'exploiter une personne en situation de faiblesse pour l'amener à conclure un contrat qui lui est préjudiciable, vis-à-vis de ses intérêts ou de ceux de ses héritiers, c'est qu'il a adopté un comportement immoral, admis à être sanctionné par l'annulation du contrat.

⁴⁸⁵ AL GOUZBARI (M.), *La théorie des obligations à la lumière du droit des obligations et des contrats marocains*, Tome I, 1974, p.123 (ouvrage en arabe).

CHOUKRI SOUBAI (A.), *La théorie des contrats en droit civil marocain, la doctrine islamique, et le droit comparé*, (1987, p.291 (ouvrage en arabe

ABDELLAOUI (M.I.), *La lésion entre droit positif et doctrine islamique*, *Revue Marocaine de Droit Comparé*, n°5 et 6, p.6 (ouvrage en arabe

ALAMEDDINE (I.), *Conditions du droit civil*, Tome I, *La théorie des obligations*, 1977, p.247

⁴⁸⁶ DRIOUECH (A.), *L'effet de la maladie sur le contrat de vente : réflexions autour de l'application judiciaire des articles 54 et 479 du D.O.C.*, Collection La connaissance juridique 2., 1996.

Aussi, que la victime soit majeure, mineure, ou incapable, elle est admise à invoquer une annulation de son contrat du simple fait d'avoir été exploitée dans sa faiblesse pour procurer un bénéfice excessif à son cocontractant.

Cette condamnation du caractère immoral de l'exploitation d'une faiblesse dans l'intention d'acquiescer un avantage excessif, a été relevée dans d'autres articles du D.O.C.: l'article 479 relatif au contrat de vente pendant la dernière maladie, l'article 54 relatif à tout acte conclu en l'état de maladie ou cas analogues, les articles 1034 et 1035 relatifs au contrat de société⁴⁸⁷, l'article 878 relatif au contrat de crédit conclu par un faible d'esprit ou personne inexpérimentée⁴⁸⁸, ou enfin, l'article 1091 relatif au contrat de partage⁴⁸⁹.

En parallèle, la loi 31-08 confirme la sanction par la nullité l'exploitation de la faiblesse dont résulte une lésion qualifiée, en vertu de l'article 59 qui vise la protection du consommateur contre les abus du fournisseur. Celui-ci dispose: « est réputé nul par la force de la loi tout engagement né d'un abus de faiblesse ou de l'ignorance du consommateur, lequel se réserve le droit de se faire rembourser les sommes payées et d'être dédommagé sur les préjudices subis ».

⁴⁸⁷ Pour rappel, la part de chaque associé dans les bénéfices et dans les pertes, doit être proportionnelle à son apport; une règle considérée d'ordre public. Aussi, toute clause qui viendrait avantager ou désavantager un associé en lui accordant une part non proportionnelle à sa mise, sera nulle et rendra nul le contrat de société.

L'article 1034 du D.O.C. ajoute que l'associé lésé par une telle clause peut former un recours contre la société jusqu'à concurrence de ce qu'il a touché en moins ou payé en plus de sa part contributive. Cette règle semble sanctionner l'atteinte faite à la proportionnalité, et partant, à l'équité. A ce titre, elle peut être considérée comme une application particulière de la lésion qualifiée, car exempte de la nécessité de prouver le dol.

⁴⁸⁸ Art. 878 D.O.C.: « Celui qui, abusant des besoins, de la faiblesse d'esprit ou de l'inexpérience d'une autre personne, se fait promettre, pour consentir un prêt ou le renouveler à l'échéance, des intérêts ou autres avantages qui excèdent notablement le taux normal de l'intérêt et la valeur du service rendu, selon les lieux et les circonstances de l'affaire peut être l'objet de poursuites pénales. Les clauses et conventions passées en contravention du présent article peuvent être annulées, à la requête de la partie et même d'office ; le taux stipulé peut être réduit, et le débiteur peut répéter, comme indû, ce qu'il aurait payé au-dessus du taux fixé par le tribunal. S'il y a plusieurs créanciers, ils sont tenus solidairement ».

⁴⁸⁹ Art. 1091 D.O.C.: « La rescision du partage, pour les causes établies par la loi, remet chacun des copartageants dans la situation de droit et de fait qu'il avait au moment du partage, sauf les droits régulièrement acquis, à titre onéreux, par les tiers de bonne foi.

Il ne peut être rescindé que pour les causes qui vicient le consentement, telles que la violence, l'erreur ou le dol ou la lésion.

L'action en rescision doit être intentée dans l'année qui suit le partage, elle n'est pas recevable après ce délai. La rescision pour cause de lésion n'a lieu que dans le cas prévu par l'article 56 ».

L'application de cet article relatif au contrat de partage, a donné lieu à de nombreux arrêts : C.S., 21 juillet 1987, n°836, Revue du Barreau n°28, 1988, p.91 ; C.S., 10 novembre 1987, n°1157 ; C.S., 13 octobre 1987, n°1053 ; C.S., 20 septembre 1988, n°1098 ; C.S., 30 mai 1995, n°1007; arrêts inédits, cités par DRIQUECH (A.), *L'effet de la maladie sur le contrat de vente : réflexions autour de l'application judiciaire des articles 54 et 479 du D.O.C., op.cit.*, n°488, p.117, (ouvrage en arabe).

Dans la plupart des cas, ces articles répriment l'exploitation du cocontractant dans des contrats déterminés, à condition qu'ils frappent un contractant vulnérable, du fait de sa position d'infériorité ou en raison de sa faiblesse, de son ignorance, de ses besoins, ou de sa maladie manifestes. La condamnation porte donc sur l'exploitation de cette vulnérabilité qui a eu un effet déterminant sur l'objet du contrat, qui accuse une disproportion flagrante entre les prestations réciproques des contractants, ou un favoritisme manifeste d'un contractant sur l'autre.

Ceci-dit, il reste à savoir comment les juges du fond procèdent pour corriger ce déséquilibre initial des prestations, engendré à la faveur d'une exploitation de faiblesse. En d'autres termes, à quels critères les juges doivent-ils se référer pour déclarer un contrat lésionnaire?

Les règles en matière de lésion classique sont connues. Les juridictions s'en tiennent au strict respect des conditions imposées par le législateur, à savoir la différence au-delà du tiers entre le prix et la valeur effective de la chose, et la nécessité d'un dol pour les personnes qui ne sont ni mineures ni incapables. La Cour suprême marocaine a confirmé cette donne en rejetant la rescision d'un contrat de partage conventionnel à une personne majeure, du fait qu'il n'y avait pas eu de dol, et que le contractant s'était engagé en pleine connaissance de cause⁴⁹⁰. Cette distinction entre le majeur d'une part, et le mineur et l'incapable d'autre part, se justifie par le fait que le premier ne souffre pas d'une faiblesse présumée, mais bien au contraire, est considéré comme étant apte à défendre à bien ses intérêts. Une présomption de « *force* » dans la négociation, bien vite contredite par les faits.

C'est l'une des raisons pour lesquelles la théorie de la lésion qualifiée a été développée. Son application se justifie lorsque les conditions des articles 55 et 56 du D.O.C. ne peuvent être réunies pour protéger la partie faible exploitée dans le contrat; mais aussi lorsque ledit contrat n'est pas synallagmatique, ni onéreux. Rappelons que l'un des avantages de la lésion qualifiée, est son champ d'application plus large, puisqu'il permet de protéger toute personne partie à un contrat, même unilatéral ou à titre gratuit, tels la donation ou le testament. Dans ce contexte, une jurisprudence particulière attire l'attention du juriste.

Dans un arrêt rendu le 31 mai 2011, la Cour de cassation marocain a refusé la demande d'annulation d'un contrat de donation pour lésion. La victime est une personne majeure, sans incapacité.

⁴⁹⁰C.S., 26 février 1997, n°1293, R.J.C.S., n°53-54, p.96

Celle-ci fonde sa demande d'annulation sur les manœuvres dolosives mise en œuvre par son ex-mari qui lui avait promis de l'épouser en l'échange de la donation de certains biens. La victime affirme que sans ces manœuvres, elle n'aurait jamais conclu ledit contrat. La juridiction a rejeté la demande d'annulation au motif de l'absence de preuve de dol. A partir de là, l'arrêt impose deux remarques essentielles.

Tout d'abord, la donation est un contrat unilatéral à titre gratuit, qui de par cette nature, ne saurait correspondre aux dispositions de l'article 56 du D.O.C. spécifique aux contrats synallagmatiques. De plus, le juge ne devrait imposer la preuve d'un dol que lorsqu'il s'agit d'un contrat onéreux. Aussi, la donation étant un contrat unilatéral et à titre gratuit, n'a pas vocation à se voir appliquer les dispositions des articles 55 et 56 du D.O.C.

Ensuite, il est à noter que cette jurisprudence révèle une confusion entre la lésion classique, strictement conditionnée par les articles 55 et 56 du D.O.C., et la lésion qualifiée, dont le champ d'application regroupe aussi bien les contrats unilatéraux qu'à titre gratuit. Aussi, à notre sens, le litige aurait pu être résolu sur la base de l'article 54 du D.O.C. relatif à la maladie et cas analogues.

En effet, bien que l'espèce ne corresponde pas à un état de maladie, il reste que les cas analogues peuvent trouver à s'y appliquer, dans une certaine mesure. L'expression est vague et n'a pas reçu de définition explicite du législateur, ce qui a causé une méfiance des juges quant à son application, *a fortiori* lorsque l'on sait que l'article 54 vise à établir un équilibre entre l'exercice d'un droit et le souci de moraliser le comportement des individus bénéficiaires de ce droit.

Aussi n'est-il pas étonnant que M. Omar AZZIMAN ait conféré à cette expression une interprétation large, pouvant englober « toutes les situations d'affaiblissement qui seraient dues à une cause interne ou à une cause externe, telle un état dépressif, un manque d'endurance, une baisse de capacité de résister, la volonté affaiblie par le besoin, par la nécessité, ou par les circonstances. Bref, toute situation d'affaiblissement de la volonté, menant le contractant à conclure un contrat qu'il n'aurait jamais conclu sans cet état de faiblesse »⁴⁹¹.

Aussi, il serait regrettable que la jurisprudence marocaine n'exploite pas cette notion comme moyen de protection de la partie faible lésée dans ses biens, alors que la loi le permet aisément. Plus encore, l'appréciation des circonstances relatives aux cas analogues et à la maladie reste une question

⁴⁹¹ AZZIMAN (O.), *op.cit.*, n°234, p.138

de faits, laissée à la libre latitude du juge, qui échappe même au contrôle de la Cour de cassation. Si l'on admet l'intervention du juge pour la protection de la partie faible au contrat pour une annulation des contrats lésionnaires, une solution adéquate dans de telles situations serait peut-être d'envisager une interprétation extensive de cet article 54 du D.O.C. La jurisprudence s'est d'ailleurs montrée très méfiante vis-à-vis de l'application de cet article⁴⁹². Pourtant, la justice contractuelle l'impose plus que jamais: négliger la protection de la partie faible reviendrait à encourager les contractants de mauvaise foi ou peu scrupuleux dans la conclusion d'actes lésionnaires.

L'on comprend dès lors que le traitement des contrats lésionnaires est possible par les articles 54 et 476 du D.O.C. Seulement, la jurisprudence connaît là encore des confusions. Des tribunaux ont par exemple exigé la présence d'un dol, même pour la rescision d'un contrat de vente conclu durant la dernière maladie. Pourtant, l'article 479 relatif à ce sujet, ne prévoit aucunement ce critère comme condition à la rescision. Mais le reproche le plus sévère que l'on peut lui adresser, est qu'elle confond la maladie, régie par l'article 54 D.O.C., et l'état de dernière maladie, régi par l'article 476 D.O.C.⁴⁹³; alors que la différence entre les deux est notable par référence respective à ces deux articles. M. Omar AZZIMAN a bien insisté sur le fait que la première fait partie du dispositif de protection du contractant, tandis que la seconde vise à protéger les héritiers. D'autres auteurs, notamment MM. A. KACHBOUR et A. DRIQUECH⁴⁹⁴, soulignent un autre critère de différenciation, celui du champ d'application. Alors que la maladie peut être invoquée dans tous les types de contrats, la dernière maladie est limitée au contrat de vente, comme disposé à l'article 479 du D.O.C.

Un arrêt traduit significativement la confusion qu'a notre jurisprudence à l'égard de la maladie de l'article 54, et la dernière maladie de l'article 479 D.O.C.: en l'espèce, des ayant droits réclament l'annulation d'une donation. La Cour suprême se fonde sur l'état de dernière maladie du *de cuius* en se reportant à son certificat médical, sans prêter attention au fait que la dernière maladie, régie par l'article 479 D.O.C., est spécifique aux contrats de vente uniquement, et ne peut donc s'appliquer

⁴⁹² On rencontre rarement une jurisprudence déclarant la rescision d'un contrat pour état de maladie du vendeur. En ce sens, voir l'arrêt de la C.S., 7 juin 2006, n°1902, Revue de Jurisprudence de la Cour Suprême, n°69, p.15

⁴⁹³ C.S. Civ., 7 juin 2006, n°1902, Revue de Jurisprudence de la Cour Suprême, n°69, p.15 ; dans le même sens, C.S., Civ., 21 mai 2008, n°283, Revue de Jurisprudence de la Cour Suprême, n°, p.79. L'objet du contrat dans les deux arrêts étant une donation, ne peut être régi par l'article 479 du D.O.C. relatif à la vente pendant la dernière maladie.

⁴⁹⁴ DRIQUECH (A.), *op.cit.*, n°488; KACHBOUR (M.A.), *La vente effectuée pendant la dernière maladie, lecture de l'arrêt de la Cour suprême du 24 juin 1997*, pp.104-106

aux donations, objet du litige en cause⁴⁹⁵.

Dans un arrêt similaire, des ayant droits réclament l'annulation d'un testament. La Cour d'appel de Casablanca statue, une fois encore, sur le fondement de l'état de dernière maladie du *de cujus* en faisant référence à son certificat médical⁴⁹⁶. Or, le testament, objet du litige, n'entre pas dans le champ d'application de l'article 479 D.O.C. relatif à la dernière maladie, qui vise uniquement les contrats de vente. Aussi aurait-il fallu que la Cour se fonde sur la maladie prévue à l'article 54 D.O.C., qui englobe tous les types contrats, et même les actes unilatéraux tels que le testament.

Outre la définition de son champ d'application, la maladie doit, de plus, revêtir un certain degré de gravité, engendrant une faiblesse telle que le malade n'est plus « en mesure de veiller moralement à ses intérêts et gérer normalement ses affaires »⁴⁹⁷.

Une autre difficulté apparaît donc quant à l'exploitation de ces articles pour la rescision des contrats lésionnaires: c'est le degré de faiblesse nécessaire à l'admission de la rescision. Ainsi, toutes les maladies ne sont pas susceptibles d'ouvrir la voie à l'annulation du contrat, la doctrine et la jurisprudence ayant même débattu de la nécessité ou non de l'atteinte des facultés mentales du contractant. Pour la maladie, telle que citée à l'article 54, elle ne serait pas mentale, « et il n'est pas nécessaire à l'application de l'article 54 que la maladie ait provoqué des troubles mentaux »⁴⁹⁸. Pour la dernière maladie, c'est la Cour suprême qui s'est chargée de la définir comme « la maladie dangereuse impliquant le décès de sa victime et cela quel que soit son effet sur les capacités mentales du malade »⁴⁹⁹. De là, on déduit que doctrine et jurisprudence s'accordent sur l'état de faiblesse pouvant atteindre le malade et admissible à fonder une rescision, sans que celui-ci ne soit atteint dans ses facultés mentales. Pourtant, il est arrivé que la jurisprudence impose la nécessité de ce critère.

Dans un arrêt du 25 décembre 1982, la Cour suprême a rejeté la demande en rescision présentée par les héritiers du *de cujus* qui a conclu un contrat de vente pendant sa dernière maladie, au motif que

⁴⁹⁵ C.S. Civ., 7 juin 2006, n°1902, R.J.C.S., n°69, p.15 ; Dans le même sens, C.S. Civ., 21 mai 2008, n°283, R.J.C.S., n°75, p.79

⁴⁹⁶ C.A. Casablanca, 30 juin 1986, n°399, Gazette des Tribunaux du Maroc, n°47, p.82

⁴⁹⁷ AZZIMAN (O.), *op.cit.*, n°234, p. 137

⁴⁹⁸ *Idem*, p.136

⁴⁹⁹ C.S., 21 mai 2008, n°283, Revue de Jurisprudence de la Cour Suprême, n°75,p.79

l'acte adoulaire qui atteste de la vente, stipule que le vendeur était, au moment de la conclusion, en parfaite connaissance de ce qu'il faisait⁵⁰⁰, ce qui engendra une déduction jurisprudentielle constante selon laquelle l'altération des facultés mentales est nécessaire à la rescision d'un contrat conclu durant la dernière maladie⁵⁰¹.

Ceci étant, et quelles que soient les failles de cette jurisprudence, il est clair que l'intervention du juge pour la protection de la partie faible contre les contrats lésionnaires est une nécessité, et pour ce faire, le juge dispose de moyens législatifs d'un grand potentiel. Outre les articles 55 et 56 spécifiques à la lésion, l'utilisation de l'article 54 du D.O.C. pourrait englober une plus grande partie des contractants en situation de faiblesse physique ou psychologique, et ce dans tout contrat autre que la vente. Une large voie est ouverte au juge par cet article, qui a l'avantage de ne pas être limité dans son champ d'application, et de laisser son appréciation à la liberté du juge. Une application moins timide de cet article apportera richesse à cette protection. Pour autant, la timidité des tribunaux dans l'utilisation de cet article pour la protection des faibles contre les déséquilibres contractuels criants, peut faire craindre à un déficit dans cette protection, et à un risque de négligence à l'encontre de la justice contractuelle. Certes, une part de la doctrine craint que cette utilisation de l'article 54 ne provoque une instabilité des contrats⁵⁰², mais nous sommes d'avis que ce risque est quasi-inexistant face à un contrat au déséquilibre flagrant des prestations, qu'il serait injuste de maintenir.

Reste à savoir si l'adoption d'un texte général sanctionnant le déséquilibre excessif des prestations, acquis par voie d'exploitation d'une partie faible, ne serait pas le remède ultime à la lésion qualifiée.

L'analyse des moyens correctifs du déséquilibre contractuel nous rappelle qu'il existe de nombreuses exceptions au principe de la force obligatoire du contrat, et que l'utilisation de ces moyens en la faveur de la partie faible au contrat apporterait une meilleure justice contractuelle. Certains aboutissent à une simple correction du contenu du contrat (interprétation du contrat flou, octroi d'un délai de grâce, révision de la clause pénale), tandis que d'autres imposent l'annulation d'une ou de

⁵⁰⁰ C.S., 25 décembre 1982, n°809, Revue de Jurisprudence de la Cour Suprême, n°31, p. 45

⁵⁰¹ C.A. Civ., Casablanca, 30 juin 1986, n°399, Gazette des Tribunaux du Maroc, n°47, p.82 ; C.S. Civ., 14 septembre 1983, Gazette des Tribunaux du Maroc, n°32, p.31 ; dans le même sens, voir C.S., 18 juillet 1989, cité par Driouech A., *op.cit.*, n°488, p.111

⁵⁰² Notamment MM. Moulay Idriss ABDELLAOUI et MOUHYI EL DINE Alamedine, *op.cit.*, n°487.

plusieurs clauses telles la clause abusive, la paralysie de la clause résolutoire, ou encore, dans les cas extrêmes, l'annulation du contrat lésionnaire tout entier.

Aussi, la correction du déséquilibre contractuel gagne à être complétée par la correction du comportement abusif des contractants.

Paragraphe 2. Les mesures visant la correction des auteurs de l'abus

La correction des auteurs de l'abus participe de la nécessaire moralisation des contrats. Car pour venir à bout des pratiques abusives ou lésionnaires, il faut veiller à ce que les contractants peu scrupuleux ne perdurent pas dans la réalisation de ce type de contrats. Aussi, deux actions ambitieuses et radicales viennent compléter l'apport de la loi et du juge: il s'agit d'une part, du rôle joué par les associations spécialisées dans la protection du consommateur, et d'autre part, des sanctions civiles et pénales qu'encourent les contractants abusifs.

L'action des associations de consommateurs revêt ce caractère ambitieux du fait des différents rôles protecteurs qu'elles peuvent jouer en faveur du consommateur, et son accompagnement en cas de litige (A). Quant aux sanctions civiles et pénales, c'est leur efficacité à terme qui leur donne un caractère radical, car elles participent des changements des pratiques commerciales et concurrentielles (B).

A. Le rôle des associations dans la défense de la partie faible

L'un des obstacles majeurs auxquels font face les contractants victimes d'un cocontractant abusif, est la difficulté à réclamer leurs droits. Dans maintes situations, la partie faible se trouve dans un état de dépendance tel qu'il l'empêche de manifester sa lésion, ou son exploitation. Il en est par exemple des salariés et locataires, pour qui la seule signalisation d'un déséquilibre dans leur contrat risquerait d'engendrer sa rupture. Dans d'autres cas, c'est le manque d'information, de soutien, ou l'ignorance pure et simple de leurs droits, qui poussent les victimes de contrats déséquilibrés à ne pas réclamer de rééquilibrage. Enfin, la cause suprême de la réticence des contractants à obtenir une correction de leur contrat, est le coût élevé des procédures judiciaires, sans que leur cause soit d'avance garantie d'une réussite. Aussi, les rôles de la loi et du juge auraient été inefficaces sans un soutien supplémentaire apporté à la partie faible victime d'un contrat déséquilibré.

De ce fait, l'intervention d'un organisme de soutien est plus que recommandée. En adoptant la loi 31-08, le législateur institue une nouveauté majeure dans le droit de la consommation, celle de l'habilitation des associations de consommateurs reconnues d'utilité publique, à agir en faveur des

consommateurs lésés. L'article 157 de la loi 31-08 fonde cette nouvelle règle en ces termes: « La fédération nationale et les associations de protection du consommateur reconnues d'utilité publique conformément aux dispositions de l'article 154 peuvent former des actions en justice, intervenir dans les actions en cours, se constituer partie civile devant le juge d'instruction pour la défense des intérêts du consommateur et exercer tous les droits reconnus à la partie civile relatifs aux faits et agissements qui portent préjudice à l'intérêt collectif des consommateurs ». Depuis lors, des groupements de consommateurs se sont formés pour pallier la faiblesse du consommateur lorsque celui-ci est touché par une inexécution ou une exécution abusive du contrat par le professionnel⁵⁰³.

Pour arriver à cette fin, deux moyens collectifs de protection sont mis à disposition de ces associations: le règlement amiable, et l'action judiciaire.

a) Le règlement amiable

La conciliation directe est le premier moyen non juridictionnel offert au consommateur pour régler son litige. Il présente directement sa revendication à son cocontractant en espérant parvenir à un accord sur le rééquilibrage du contrat. Pratique commerciale oblige, le cocontractant trouve souvent un moyen de contenter son client, notamment à des fins de préservation de sa renommée. Les services après vente sont aujourd'hui légion et spécifiquement destinés à recevoir les réclamations des clients et d'y répondre⁵⁰⁴. Mais il arrive que cette mesure ne parvienne pas au rééquilibrage du contrat, et que les cocontractants ne trouvent pas de terrain d'entente. Dans cette hypothèse, le consommateur peut recourir à l'entremise d'un tiers pour le règlement amiable du litige.

Ce règlement amiable a pour avantages évidents la gratuité de la procédure (sauf désignation d'un avocat comme médiateur), et la résolution du litige en un temps plus court que par voie judiciaire. Aussi, le coût et la durée de la procédure sont deux facteurs essentiels au consommateur, qui aura le choix entre une médiation ou un arbitrage. Ces deux procédures extra-judiciaires sont régies par les dispositions de la loi n°08-05⁵⁰⁵.

⁵⁰³ En 2012, le Maroc enregistre 30 000 plaintes déposées auprès des associations de protection des consommateurs, dénonçant notamment « la qualité du service, les problèmes de facturation et de surfacturation, la qualité des produits ou encore l'absence d'information sur les clauses abusives des contrats », Journal *La vie éco*, paru le 12 décembre 2012.

⁵⁰⁴ CALAIS-Auloy (J.), STEINMETZ (F.), *Droit de la consommation*, 5^e éd., Paris, Dalloz, 2000, p.519

⁵⁰⁵ Dahir n° 1-07-169 du 19 kaada 1428 (30 novembre 2007) portant promulgation de la loi n° 08-05 abrogeant et remplaçant le chapitre VIII du titre V du code de procédure civile, B.O. n° 5584, 6 décembre 2007.

1. La médiation

La médiation, ou conciliation⁵⁰⁶, consiste pour le contractant à demander l'entremise d'un tiers pour la résolution du litige. A la différence de l'arbitrage, le médiateur ne tranche pas le litige, il agit uniquement dans le but d'aider les contractants à trouver un terrain d'entente. Elle peut avoir été conventionnellement prévue (clause de médiation), ou convenue après la naissance du litige (compromis de médiation). Mieux encore, les parties peuvent interrompre une procédure judiciaire déjà entamée si elles s'accordent sur une médiation (art. 327-59 loi 08-05). Le médiateur aura pour mission de proposer aux parties, au terme de la procédure, une transaction.

Encore faut-il, cependant, que les parties acceptent de se soumettre à ce mode de règlement. C'est là un premier écueil. Un second tient à une réalité que l'on tend à oublier: les parties, initialement inégales à la conclusion du contrat, continuent de l'être en cas de litige. Aussi, il serait utopique de penser qu'une simple demande de médiation puisse rehausser le niveau du consommateur face au professionnel dans la négociation: ce dernier reste toujours en position de force, et n'accepte que rarement une renégociation des termes du contrat ou un dédommagement à la hauteur du préjudice du consommateur.

La loi n°08-05 contribue en ce sens, au respect de l'exécution par la partie forte de la clause de médiation, en imposant au juge de déclarer l'irrecevabilité de toute saisie au sujet du litige pour lequel les parties ont prévu une convention de médiation, jusqu'à épuisement de cette procédure ou son annulation (art. 327-64). De plus, lorsque le médiateur parvient à trouver une transaction, et que les parties s'accordent sur son application, celle-ci acquiert l'autorité de la chose jugée, et peut même recevoir la mention d'exequatur du président du tribunal compétent (art. 327- 69).

Notons toutefois qu'en pratique, la médiation ne permet pas de régler tous les types de litiges, et que le consommateur en situation de faiblesse peut accepter un accord pour lequel il ne se trouve pas entièrement convaincu, dans le simple but d'éviter une procédure plus longue et plus coûteuse, qui s'avérera au final bien plus chère que l'objet du litige en lui-même.

La médiation apparaît en cela comme une procédure souple, accessible, gratuite et peu chronophage, mais au champ d'application limité en pratique. Celle-ci ne peut être réellement efficace que

⁵⁰⁶ CALAIS-AULOY (J.), STEINMETZ (F.), *op.cit.*, n°506, p.520 : « Il existe théoriquement une différence entre médiation et conciliation, le médiateur propose la solution, alors que le conciliateur se borne à oeuvrer au rapprochement des parties de façon que celles-ci trouvent elles-mêmes la solution. Mais la différence est tenue et l'on passe insensiblement de la conciliation à la médiation, de sorte qu'en pratique, les deux termes désignent globalement la même réalité ».

dans les affaires aux modestes enjeux, pour lesquels la partie forte accepte de faire quelques concessions. Aussi, pour les affaires d'un degré d'importance supérieur, leur résolution nécessite le recours à un arbitre qui tranchera le litige.

2. L'arbitrage

La procédure d'arbitrage est beaucoup plus conditionnée que la médiation. La loi 08-05 relative à la protection du consommateur impose le respect de règles strictes touchant à quasiment toutes ses composantes. Elle doit d'abord être préalablement prévue par les parties soit sous la forme d'une clause d'arbitrage, soit par compromis d'arbitrage, qui comportent le tribunal d'arbitrage désigné en cas de survenance d'un litige. La clause ou le compromis d'arbitrage sont tous deux soumis à des règles de forme et de contenu précisées par la loi, sous peine de nullité (art. 317 loi 08-05).

Ensuite, la loi en limite aussi le champ d'application, en ce que l'arbitrage ne peut avoir lieu que pour des litiges d'ordre commercial, à l'exclusion des droits des personnes. Le dispositif de règlement amiable reste toutefois similaire à celui de la médiation, à la seule différence capitale que c'est à l'arbitre que revient la décision finale, qu'il impose aux parties; contrairement à la médiation où les parties s'accordent elles-même sur une solution, avec l'aide d'un conciliateur qui n'a aucun pouvoir décisionnel. La sentence arbitrale acquiert l'autorité de la chose jugée par une ordonnance d'exequatur établie par le tribunal de commerce compétent.

Le législateur a aussi veillé à l'impartialité des arbitres, qu'ils soient unique ou en collégialité, par une série de mesures spécifiques. La loi 08-05 prévoit ainsi des conditions de récusation (art. 322 et s.), mais aussi des conditions équitables de désignation des arbitres lorsque cette décision n'a pas été prise au sein de la clause compromissoire. Ainsi, l'article 327-5 dispose que si le tribunal arbitral est composé d'un seul arbitre, c'est le président du tribunal compétent qui le désigne, à la demande de l'une des parties. S'il est composé au contraire de trois arbitres, chacune des parties en désigne un, et ce sont ces deux arbitres qui désignent le dernier.

Le seul risque de partialité⁵⁰⁷ à craindre est celui de l'arbitre désigné unilatéralement par la partie forte au contrat, et pour lequel le consommateur n'a pas eu son mot à dire. Là encore, l'adhésion comporte un danger, celui que la clause d'arbitrage soit dissuasive. Il arrive par exemple, que des contractants professionnels désignent unilatéralement comme arbitre, un tribunal situé sur un continent autre que celui du consommateur, ou statuant dans une langue non maîtrisée par le

⁵⁰⁷ En France, on signale l'interrogation qui plane au sujet de l'indépendance des arbitres, et de l'existence de ce que la doctrine appelle « les arbitres-partisans ».

consommateur, ou qui engendre des frais considérables, que le consommateur n'est pas à même de payer. Le contractant en position de force, impose le recours à cet arbitrage, et le consommateur n'a alors d'autre choix que de s'y plier (sachant que les tribunaux étatiques ont pour obligation de déclarer l'irrecevabilité d'une saisine si la procédure d'arbitrage n'est pas épuisée ou annulée (art. 327 loi 08-05)), ou de renoncer à son droit de contestation.

Ce caractère abusif de la clause d'arbitrage, a été redouté par certaines législations. En France, la loi n° 2005-67 du 28 janvier 2005, modifiant l'annexe q) de l'article L. 132-1 du Code de consommation, dispose que les clauses qui imposent au consommateur de «passer exclusivement par un mode alternatif de résolution des litiges » et celles qui obligent les consommateurs «à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales», son abusives⁵⁰⁸.

Au Maroc, l'article 18 de la loi 31-08 prévoit certes que peut être regardée comme abusive toute clause ayant pour objet ou pour effet de « supprimer ou d'entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur, en limitant indûment les moyens de preuves à la disposition du consommateur ou en imposant à celui-ci une charge de preuve qui, en vertu du droit applicable, devrait revenir normalement à une autre partie au contrat ». Mais l'application de cet article à la contestation d'une clause d'arbitrage a peu de chances d'aboutir, au vu de son champ limité.

Il reste à retenir qu'avec la médiation, l'arbitrage reste sans doute un moyen rapide, confidentiel, et efficace de résolution des litiges. Certains penseurs le préfèrent même à un recours à la justice, car selon eux, « l'arbitre vise à l'équité, le juge à la loi »⁵⁰⁹. Ajouté à cela, les arbitres désignés sont souvent spécialistes du domaine, et assurent au litige une issue optimale pour les deux parties, garantie par leurs compétences et leur technicité. Au final, « l'analyse montre que si l'arbitrage peut être une arme d'oppression procédurale, il peut aussi devenir un outil favorisant l'accessibilité à la justice des parties faibles »⁵¹⁰.

⁵⁰⁸MC CONAUGHEY (E.), *Le rôle du juge national en matière de clause d'arbitrage abusive insérée dans un contrat de consommation*, Les blogs pédagogiques de Paris Ouest, 15 mars 2010, En ligne: <http://blogs.u-paris10.fr/content/le-rôle-du-juge-national-en-matière-de-clause-darbitrage-abusive-insérée-dans-un-contrat-de-> ; Consulté le 31 janvier 2016 ; Arrêt Avena-Robardet V., annulation d'une sentence arbitrale en cas de clause abusive dans la convention arbitrale, Rec.Dalloz Jur., 2006, p.2910

⁵⁰⁹ ARISTOTE, *Rhétorique*, Tome II - Livre II, trad. M. DUFOUR., C.U.F., Les Belles Lettres, 1938, 1374 b.

⁵¹⁰ DE FONTMICHEL (M.), *Le faible et l'arbitrage*, Paris, Economica, 2013

b) L'action judiciaire

L'action en justice reste le recours ultime de la partie faible victime d'un contrat déséquilibré. Seule face à son adversaire, et aux juridictions, c'est dans ces conditions difficiles que l'intervention des associations de défense du consommateur prend toute son importance. La loi 31-08 autorise aux associations reconnues d'utilité publique, à « former des actions en justice, intervenir dans les actions en cours, se constituer partie civile devant le juge d'instruction pour la défense des intérêts du consommateur et exercer tous les droits reconnus à la partie civile relatifs aux faits et agissements qui portent préjudice à l'intérêt collectif des consommateurs » (art. 157).

Aussi, et pour la première fois au Maroc, la loi habilite ces associations reconnues d'utilité publique à ester en justice pour défendre des consommateurs victimes d'un même fournisseur. L'article 158 de la loi dispose à cet effet: « lorsque plusieurs consommateurs, personnes physiques identifiées ont subi des préjudices individuels causés par le même fournisseur et qui ont une origine commune, [ces associations] peuvent agir en réparation devant toute juridiction au nom de ces consommateurs, si elle a été mandatée par au moins deux des consommateurs concernés ». En d'autres termes, la loi institue l'action de groupe, une procédure collective permettant aux consommateurs victimes du préjudice d'un même professionnel de se réunir pour obtenir réparation. L'analyse de cette procédure révèle des avantages essentiels.

Tout d'abord, son pragmatisme évident permet de réunir toutes les victimes et de former une seule demande, avec un seul dossier et un seul avocat, dans le cadre d'un seul procès; permettant ainsi d'alléger les tribunaux en nombre de plaintes et de faciliter le traitement des dossiers. Du point de vue du consommateur, cette procédure est plus simple et moins coûteuse. Elle renforce sa capacité à se défendre et à obtenir gain de cause, en ce qu'il est soutenu par l'association de défense des consommateurs, mais aussi parce qu'accompagné de nombre d'autres contractants victimes du même préjudice⁵¹¹. Le regroupement des victimes agit en cela comme l'exercice d'un contre-pouvoir, car si la plainte d'une seule victime peut ne pas avoir d'incidence, la plainte d'un groupe de victimes créera un retentissement certain. Ainsi, même si le dommage causé est infime, il vaut la peine d'être déclaré car la réparation profitera à toutes les autres personnes victimes de ce dommage.

⁵¹¹ « D'après une étude Eurobaromètre de 2011, 79% des consommateurs européens sont davantage disposés à défendre leurs droits s'ils pouvaient s'associer à d'autres personnes qui ont subi le même préjudice », Rapport du Centre Européen de la Consommation, *L'action de groupe en France: une volonté européenne*, 2014, p.5

L'article 162 de la loi 31-08 souligne à ce propos que « la fédération nationale ou l'association de protection du consommateur visée à l'article 157 peut demander à la juridiction statuant sur l'action civile ou sur l'action accessoire d'enjoindre au défendeur ou au prévenu, de cesser les agissements illicites ou de supprimer dans le contrat ou le contrat-type proposé ou adressé aux consommateurs une clause illicite ou abusive ». Il ajoute que « l'injonction émanant de la juridiction est assortie d'une astreinte fixée par la juridiction et de l'exécution provisoire ». Cette mesure est essentielle pour la correction de l'abus, car elle permet d'assainir tous les contrats-types comportant un déséquilibre du à une clause abusive, et participe de ce fait, à la moralisation des contrats. Lorsqu'on sait le caractère répétitif de ces atteintes, il paraît nécessaire d'encourager l'action judiciaire dans le but de faire cesser les comportements abusifs⁵¹². Un doute demeure cependant sur la portée de cette disposition: la décision de justice qui enjoint le professionnel à supprimer les clauses abusives de ses contrats, s'appliquera-t-elle aux contrats en cours ou sera-t-elle étendue aux futurs contrats du professionnel? En d'autres termes, a-t-elle vocation à supprimer les clauses abusives sur les autres contrats-type proposés aux consommateurs par le professionnel? Sur cette question, deux remarques essentielles sont à soulever.

A première vue, l'article ne précise pas si la cessation de l'abus doit s'appliquer uniquement aux contrats en cours, ou aux futurs contrats du professionnel. Mais l'utilisation succincte des termes « contrat ou le contrat-type proposé ou adressé aux consommateurs », suppose que la sanction concerne à la fois les contrats pour lesquels les consommateurs se sont déjà engagés, mais aussi les contrats-types proposés par le professionnel à sa clientèle, même si celle-ci ne s'y est pas encore engagée. Analysé de cette manière, le texte se conforte dans une certaine logique: on ne peut réellement éradiquer une clause abusive que lorsque celle-ci est supprimée définitivement des contrats dans lesquels elle figure, qu'ils soient déjà conclus, ou proposés au public. Aussi, la correction de l'abus du professionnel aurait été partielle si elle s'était arrêtée aux seuls contrats en cours.

Par ailleurs, les dispositions de l'article 163 confirment celles de l'article 162 en ce qu'elles envisagent une autre hypothèse dans laquelle les clauses abusives sont amenées à être supprimées des futurs contrats-type. Celui-ci énonce que « lorsque le défendeur ou le prévenu exprime son désir de faire cesser les agissements illicites ou de supprimer dans le contrat ou le contrat-type proposé ou adressé au consommateur une clause illicite ou abusive, la juridiction applique les dispositions de l'article précédent et donne à l'intéressé un délai ne dépassant pas trente jours renouvelable en une

⁵¹² FERRIER (D.), *La protection des consommateurs*, Paris, Dalloz, 1996 p.71

seule fois. L'astreinte s'applique immédiatement après l'expiration du délai fixé par la juridiction et elle est recouvrée lors du prononcé du jugement ». Ainsi, lorsque la correction de l'abus émane du professionnel lui-même, la suppression du comportement ou des clauses abusifs s'applique à titre prospectif, aux futurs contrats proposés.

Enfin, et pour parfaire l'efficacité du jugement rendu en vue de faire cesser les abus du professionnel, la juridiction saisie peut ordonner sa publication par tous les moyens qu'elle détermine (art. 165 loi 31-08). Cette mesure est importante dans la mesure où elle informe les éventuels futurs cocontractants du professionnel, de son obligation de supprimer les clauses abusives ou illicites du contrat. Grâce à cette publicité, le professionnel sera davantage enclin à respecter la cessation d'abus ordonnée par le juge, et le consommateur informé pourra contester la validité d'une clause abusive si l'on venait à la lui proposer dans son contrat. Accessoirement, elle peut aussi agir à titre d'exemple dissuasif pour l'ensemble des professionnels usant de clauses ou de comportements abusifs similaires dans leurs contrats, les incitant à les modifier en conséquence afin d'éviter une condamnation identique. Cette suite de mesures possède donc, du moins en théorie, les règles opportunes à l'assainissement des contrats.

Parallèlement à son efficacité, la procédure s'analyse aussi quant à son accessibilité. Il est à noter que la loi octroie aux associations un droit de représentation des consommateurs, mais ne leur permet pas d'exercer les actions en justice à leur place. En effet, l'article 158 de la loi 31-08 précise que l'association doit être mandatée par les consommateurs. Elle peut, « lorsque plusieurs consommateurs, personnes physiques identifiées ont subi des préjudices individuels causés par le même fournisseur et qui ont une origine commune, agir en réparation devant toute juridiction au nom de ces consommateurs, si elle a été mandatée par au moins deux des consommateurs concernés ». Cela signifie qu'elle n'est pas habilitée à prendre d'elle-même l'initiative pour exercer une action en justice au nom des consommateurs lésés, elle n'agit qu'à titre de représentant, de mandataire. L'article va encore plus loin en ajoutant que « le mandat ne peut être sollicité par voie d'appel public télévisé ou radiophonique, ni par voie d'affichage, de tract ou n'importe quel moyen de communication à distance. Le mandat doit être donné par écrit par chaque consommateur ».

Ces dispositions tracent la différence majeure existant entre l'action collective prévue par le droit marocain et en Europe⁵¹³, et la *class action* telle que conçue aux Etats-Unis. Originnaire du Royaume Uni, cette action de groupe s'est particulièrement développée aux Etats-Unis, et se définit comme l'action « par laquelle une personne est habilitée à représenter en justice un groupe de personnes, sans avoir obtenu au préalable leur accord exprès »⁵¹⁴. La procédure est dite « opt-out », soit comme intégrant par défaut toutes les victimes potentielles du professionnel, à elles ensuite de décider de se retirer de l'action en justice si elles le désirent. Au Maroc comme en Europe, le législateur a été clair: c'est aux consommateurs concernés de donner leur accord exprès pour l'introduction d'une action en justice, faisant d'elle une procédure « opt-in ». L'article 161 de la loi 31-08 dispose d'ailleurs que « tout consommateur peut retirer le mandat visé à l'article 158 à tout moment » et que « l'action suit son cours quel que soit le nombre de consommateurs au nom desquels elle est intentée ». Aussi, même si les *class action* ont eu un franc succès aux Etats-Unis, les législateurs communautaires et nationaux européens ont tiré la sonnette d'alarme quant à leurs dérives, que les Etats devraient éviter par la mise en place d'actions de groupe plus strictement réglementées.

En effet, la première crainte soulevée a été vis-à-vis de l'utilisation abusive de l'action en justice pour exercer un chantage aux professionnels. Ces derniers, sous l'impact de l'opinion public et le risque d'être atteints dans leur renommée, tenteront la plupart du temps un arrangement à l'amiable, même s'ils ne sont responsables d'aucun dommage, seulement pour éviter une dépréciation de leur image. L'action de groupe se transformerait alors en un moyen de pression, à l'inverse d'un moyen de réparation. Autre crainte y rattachée, celle de réclamer des dommages-intérêts, au pire punitifs, au mieux très élevés. S'ils étaient envisagés, ces dommages-intérêts condamneraient le professionnel à la faillite. Voilà pourquoi la loi marocaine, entre autres législations, a limité la marge d'action des consommateurs et des associations qui les défendent, afin de préserver un rapport équilibré entre les parties.

L'adoption de loi 31-08 reste toutefois trop récente pour tirer des conclusions sur son efficacité et accessibilité. En théorie, elle comporte des éléments pensés pour à la fois renforcer la partie faible

⁵¹³ Le 11 juin 2013, la Commission européenne adopte un projet de directive et une recommandation invitant les Etats membres à se doter d'un système national de recours collectif qui soit respectueux des intérêts des consommateurs, et suivant l'approche européenne. Cette dernière consiste pour l'essentiel à éviter les recours abusifs ou fantaisistes, constatés en Amérique du Nord, par la mise en place d'une procédure plus équitable, prohibant notamment les dommages intérêts punitifs, Rapport du Centre Européen de la Consommation, *L'action de groupe en France: une volonté européenne*, 2014, p.3

⁵¹⁴FISH (M.), *American journal of comparative law*, 1979, P.51, (traduction de BORE (L.)): « The right of one member of a group of persons to sue for all without the prior consent of each ».

au contrat pour qu'elle puisse ester en justice, et corriger l'abus émanant des professionnels. Si la procédure s'avère opportune en termes de célérité, de coût, et de rééquilibrage contractuel, l'on gagnerait alors à l'étendre au-delà du cadre de la consommation pour en faire bénéficier d'autres contractants lésés, notamment dans le milieu sanitaire ou médical. L'affaire des huiles frelatées de Meknés en 1959 restera un exemple phare des dommages de masse, pour lequel la justice avait entrepris une démarche répressive à l'encontre des responsables, allant jusqu'à les sanctionner pénalement par voie rétroactive. Aussi est-il naturel qu'en marge de la volonté de rééquilibrer le contrat litigieux, la justice prévoie des sanctions pénales et civiles pour corriger l'auteur d'un abus contractuel.

B. La sanction des comportements abusifs

Jusqu'ici, les sanctions prévues étaient principalement d'ordre contractuel, envisageant suppression de clauses abusives, ou annulation du contrat. Mais l'assainissement des contrats a dû passer par la correction des abus de leurs auteurs, notamment par l'adoption de décisions judiciaires les enjoignant à modifier leurs conventions proposées aux clients. Cette dernière mesure est pourtant encore limitée au domaine des contrats de consommation, et n'a pas vocation à s'appliquer dans d'autres types de contrats, notamment dans les baux, ou les contrats de travail. Aujourd'hui, nous assistons à une dichotomie entre une liberté des prix et du commerce encourageant une concurrence croissante, et *a priori* bénéfique, et un sens de l'honnêteté et de la bonne foi dans les affaires, qui non sans décroître, reste tout de même peu fréquent. Pour espérer atteindre une norme contractuelle qui satisfasse à la fois les intérêts de la partie forte et ceux de la partie faible, il faudra adopter bien d'autres mesures protectrices.

Mais s'il est un devoir idoine au Droit, c'est celui de la protection des faibles contre le préjudice des plus forts. Dans l'hypothèse d'une déloyauté flagrante motivée par la volonté de tirer profit du préjudice d'un cocontractant, l'intervention de la justice pour la correction de l'abus doit aller au-delà de la simple régulation des affaires, pour sanctionner l'auteur d'un tel abus. Ces actes ne sont d'ailleurs plus considérés comme de simples abus de droit, mais sont érigés au rang des délits, tels l'abus de faiblesse prévu à l'article 552 du Code pénal. Aussi, pour que les règles correctives de l'abus puissent être efficaces, elles doivent être accompagnées de sanctions pour assurer leur respect, ne serait-ce qu'à titre dissuasif.

Parallèlement, si la loi prévoit une répression des abus, elle vise aussi le dédommagement de la partie faible ayant subi un préjudice. La seule sanction pénale du cocontractant déloyal ne saurait entiè-

rement satisfaire la partie faible lésée, encore faut-il que cette dernière perçoive les sommes qui lui ont été injustement soutirées. Voilà pourquoi la sanction civile participe aussi pour beaucoup à la réalisation de la justice contractuelle.

a) La sanction pénale

Lors de son instauration, le droit des obligations et des contrats avait pour principal but d'assurer la liberté contractuelle, ne gardant que très peu de marges d'interventions dans le contrat, qui relève du domaine privé des contractants. Un arsenal législatif conséquent s'est donc établi pour assurer cette liberté, mais a fini par servir les intérêts des plus forts. La multiplication des comportements déloyaux préjudiciables aux faibles a donc nécessité une intervention répressive, notamment celle des fraudes et falsifications, de la publicité mensongère, ou encore des ventes agressives.

En effet, bien que l'annulation des contrats lésionnaires soit une sanction évidente, elle ne suffit pas au rétablissement de la justice. Il serait injuste de constater un acte immoral et de se contenter d'en annuler les effets, alors qu'une répression de son auteur s'impose par principe. Par ailleurs, la sanction pénale a toujours eu une vocation dissuasive, et semble parfois la seule susceptible de faire suffisamment pression sur l'auteur de l'abus pour aboutir à la cessation de son comportement immoral, et par ricochet, de ceux qui adopteraient un comportement similaire.

Cependant, l'idée de vouloir renforcer la protection de la partie faible par l'instauration de mesures répressives s'est heurtée à des méfiances et réticences. Certains auteurs pensent qu'« il est toujours dangereux de vouloir greffer des mesures à caractère pénal sur des rapports de pur droit privé, car c'est introduire un corps étranger qui ne parvient pas à s'assimiler »⁵¹⁵. Mais à comparer cette crainte aux conséquences d'une éventuelle absence de sanctions pénales aux comportements immoraux des contractants, le choix de la répression paraît raisonnablement plus protecteur. Car en effet, l'efficacité d'une règle impérative se mesure souvent à la sanction pénale qui l'accompagne. On en veut pour preuve l'existence même du droit pénal des affaires dont on ne peut en contester les effets positifs, tant à un degré préventif que correctif.

Ajouté à cela, le droit pénal reste le garant de l'ordre public, et ne saurait rester indifférent aux préjudices graves commis contre les personnes ou les biens, même si ceux-ci ont lieu dans le cadre d'un rapport de droit privé. Le constat d'abus quotidiens dans le domaine de la consommation, et la

⁵¹⁵ PERROT (R.), note D. 1955, cité par GHESTIN (J.), « *Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en Droit français et en Droits européens* », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, Paris, L.G.D.J., 1996, p. 58

mise en danger potentielle de la santé des consommateurs, suffisent à convaincre de l'importance d'une sanction pénale sévissant contre les auteurs d'atteintes graves à leur cocontractant.

Aussi, l'un des premiers comportements contractuels immoraux sanctionnés pénalement, fut celui de l'abus de faiblesse et d'ignorance, prévu d'abord à l'article 552 du Code pénal⁵¹⁶, puis plus tard à l'article 184 de la loi 31-08 édictant des mesures protectrices du consommateur. Le premier dispose en ces termes: « quiconque abuse des besoins, des passions ou de l'inexpérience d'un mineur de vingt et un ans⁵¹⁷ ou de tout autre incapable ou interdit, pour lui faire souscrire à son préjudice, des obligations, décharges ou autres actes engageant son patrimoine, est puni de l'emprisonnement de six mois à trois ans et d'une amende de 200 à 2000 dirhams ».

De son côté, l'article 184 de la loi consumériste dispose: « sans préjudice des dispositions de l'article 552 du code pénal, les infractions aux dispositions de l'article 59⁵¹⁸, sur l'abus de faiblesse ou de l'ignorance d'un consommateur, sont punies d'un emprisonnement de 1 mois à 5 ans et d'une amende de 1200 à 50.000 dirhams ou de l'une de ces deux peines seulement. Si le contrevenant est une personne morale, il sera puni d'une amende de 50.000 à 1.000.000 dirhams. La peine d'emprisonnement est d'un à cinq ans et l'amende de 250 à 3.000 dirhams si la victime était placée sous la garde, la surveillance ou l'autorité du coupable ».

Dans le cadre de cette analyse, le choix de ces deux articles à titre d'exemple de l'utilisation de la sanction pénale dans le domaine des contrats, s'explique pour une raison simple: alors que d'autres infractions telles que la publicité mensongère ou la vente agressive peuvent porter atteinte à tout type de contractant, l'abus de faiblesse ou d'ignorance reste spécifique à une catégorie de contractants particulière, celle qui de par son infériorité, n'est pas habilitée à se défendre elle-même. Là où le contractant *lambda* est à même de se défendre seul et de parer les tentatives d'escroquerie, le contractant faible ne dispose pas de cette faculté, et se trouve alors davantage exposé au risque d'être abusé dans ses droits ou son patrimoine. Aussi, c'est en toute logique que dans le cadre de la

⁵¹⁶ Dahir n° 1-59-413 du 28 jourmada II 1382 (26 novembre 1962) portant approbation du texte du Code pénal, B.O. n° 2640 bis du 12 moharrem 1383 (5 juin 1963), version consolidée.

⁵¹⁷ Etant donné que la majorité est aujourd'hui fixée à 18 années grégoriennes révolues, l'on suppose que le juge tiendra compte de cette mise à jour lors de l'application de cet article.

⁵¹⁸ Art. 59 de la loi 31-08: «Est réputé nul par la force de la loi tout engagement né d'un abus de la faiblesse ou de l'ignorance du consommateur, lequel se réserve le droit de se faire rembourser les sommes payées et d'être dédommagé sur les préjudices subis ».

protection de la partie faible au contrat, s'analyse la sanction pénale destinée à protéger le contractant faible ou ignorant.

1. Les éléments constitutifs de l'abus de faiblesse ou d'ignorance

L'article 552 du Code pénal sanctionne la personne abusant de l'état de faiblesse du mineur et de l'incapable, soit les deux catégories de contractants présumées faibles. L'article vise l'exploitation faite par le contractant des « besoins », « passions », ou « inexpérience » de son cocontractant, sans préciser davantage la portée de ces notions. A l'article 223-15-2 du Code pénal français, le législateur s'est approfondi sur la nature de ces vulnérabilités en précisant qu'elles pouvaient émaner de l'âge, de la maladie, de l'infirmité, d'une déficience physique ou psychique, d'un état de grossesse, ou de sujétion physique ou psychologique résultant de l'exercice de pressions graves ou réitérées ou de techniques propres à altérer son jugement, pour conduire ces personnes à un acte ou à une abstention qui leur est préjudiciable⁵¹⁹. C'est dire les multiples états de faiblesse dans lesquels peut se trouver un contractant susceptible de subir un préjudice, et pour lesquels toute exploitation de la part du cocontractant serait considérée comme abusive et condamnable. Ainsi, le premier élément matériel constitutif de l'infraction est, pour l'auteur de l'abus, de savoir l'état de faiblesse dans lequel se trouve son cocontractant et de vouloir en abuser.

Ceci étant, l'un comme l'autre législateurs, se sont abstenus de préciser l'acte non équivoque constitutif du délit, soit, le second élément matériel. Il semblerait que celui-ci soit laissé à l'appréciation du juge sur la base de son libre pouvoir discrétionnaire. D'ailleurs, cette abstention volontaire est judicieuse: au vu de l'évolution des méthodes commerciales, et de l'imagination sans bornes du marketing, les moyens d'exploitation paraissent inépuisables. Dans l'hypothèse où la loi aurait adopté un acte précis constitutif du délit, elle aurait éventuellement permis au contractant malhonnête de l'éluder pour en mettre en oeuvre un autre n'ayant pas été prévu par la loi.

Ajouté à cela, il reste difficile de définir un acte matériel qui aurait, sans équivoque, prouvé l'exécution d'une exploitation abusive du cocontractant. Car au final, abuser, c'est profiter d'une situation

⁵¹⁹ Art. 223-15-2 du Code pénal français, loi n°92-683 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions générales du code pénal, modifié par la loi n°2009-526 du 12 mai 2009 : « Est puni de trois ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse soit d'un mineur, soit d'une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de son auteur, soit d'une personne en état de sujétion psychologique ou physique résultant de l'exercice de pressions graves ou réitérées ou de techniques propres à altérer son jugement, pour conduire ce mineur ou cette personne à un acte ou à une abstention qui lui sont gravement préjudiciables. Lorsque l'infraction est commise par le dirigeant de fait ou de droit d'un groupement qui poursuit des activités ayant pour but ou pour effet de créer, de maintenir ou d'exploiter la sujétion psychologique ou physique des personnes qui participent à ces activités, les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 750 000 euros d'amende »

pour en tirer des avantages indus, et un tel acte n'a parfois pas de manifestations explicites. Ainsi, il semble judicieux d'apprécier l'abus *in concreto*, en tenant notamment compte des circonstances de l'acte qui, selon les cas, peuvent confirmer ou infirmer l'existence d'un abus de faiblesse.

Dans la majorité des cas, l'abus se manifeste par la tromperie, facilitée par la situation de faiblesse de la victime. Ainsi, l'acte qui en temps normal n'aurait pas trompé une personne expérimentée, prudente et diligente, serait préjudiciable à une personne vulnérable. Mais l'abus n'impose pas nécessairement l'inconscience de la victime vulnérable. Il arrive que la partie faible soit consciente du préjudice qu'elle subit, et qu'elle y consente malgré tout par contrainte ou lassitude du fait du comportement de son auteur. Dès lors, l'abus ne consiste pas en l'exploitation subreptice uniquement de l'ignorance, mais de la faiblesse d'une manière générale, que la victime soit consciente de son exploitation ou non. C'est sur ce point essentiel que repose l'infraction, et suivant lequel le législateur a consacré un article spécial à l'abus de faiblesse, afin de le distinguer de l'escroquerie (art. 540 C.P.)⁵²⁰.

Toutefois, l'abus de faiblesse comme l'escroquerie, sont des infractions intentionnelles. L'élément moral apparaît à l'article 552 en ces termes: « quiconque abuse des besoins [...] *pour lui faire souscrire à son préjudice* des obligations, décharges ou autres actes engageant son patrimoine, est puni de l'emprisonnement [...] ». L'article vise la mauvaise intention de l'auteur de l'acte, à savoir celle de tirer un avantage indu ou d'engendrer un préjudice à la partie faible dans son patrimoine. Ajouté à cela, il n'est pas nécessaire que le résultat escompté se réalise, vu que le législateur sanctionne la simple intention de porter préjudice, ce qui fait de l'abus de faiblesse ou d'ignorance une infraction formelle.

Par ailleurs, il n'est pas requis aux articles 552 du Code pénal et 184 de la loi 31-08 que l'acte ou l'abstention soient gravement préjudiciables. A titre de comparaison, l'abus de faiblesse ne nécessite pas de déséquilibre contractuel significatif, tel qu'envisagé pour la suppression d'une clause abusive. Au contraire, il suffit juste que l'acte ou l'abstention de la personne mal intentionnée ait eu pour but de porter préjudice à la partie faible; celui-ci étant sanctionné par la loi même si le dom-

⁵²⁰ Art. 540 C.P.: « Quiconque, en vue de se procurer ou de procurer à un tiers, un profit pécuniaire illégitime, induit astucieusement en erreur une personne par des affirmations fallacieuses, ou par la dissimulation de faits vrais, ou exploite astucieusement l'erreur où se trouvait une personne et la détermine ainsi à des actes préjudiciables à ses intérêts pécuniaires ou à ceux d'un tiers, est coupable d'escroquerie et puni de l'emprisonnement d'un à cinq et d'une amende de 500 à 5000 dirhams.

La peine d'emprisonnement est portée au double et le maximum de l'amende à 100 000 dirhams si le coupable est une personne ayant fait appel au public en vue de l'émission d'actions, obligations, bons, parts ou titres quelconques, soit d'une société, soit d'une entreprise commerciale ou industrielle ».

mage est insignifiant. Cette position du législateur reste judicieuse, en ce que s'il avait apporté des conditions au degré de gravité du dommage subi, elles auraient constitué une limite conséquente à l'application de ces deux textes, et n'aurait permis que la sanction des comportements les plus graves. Les comportements malhonnêtes d'une moindre gravité auraient échappé à la sanction, laissant alors leurs auteurs libres d'en commettre à répétition, en toute impunité. De plus, la sanction agit principalement dans le but de punir la faute intentionnelle de l'auteur de l'abus, indépendamment des gains qu'il aurait obtenus.

L'on s'interroge cependant sur la nature du préjudice condamnable: ces textes incriminent-ils à la fois le préjudice matériel et moral? A première vue, aucun d'eux n'y fait de référence explicite. Pour autant, l'infraction est classée parmi celles relatives aux appropriations illégitimes, soit celles qui portent exclusivement atteinte aux biens des personnes. Cela signifie-t-il pour autant qu'elle ne sanctionne que le préjudice matériel à l'exclusion du préjudice moral? Cette hypothèse tomberait sous le sens puisque l'infraction n'est réellement constituée que si elle touche au patrimoine de la victime. Mais quand bien-même, il peut résulter de cette atteinte patrimoniale d'autres conséquences immatérielles, dont il est tout à fait légitime de considérer la nature de préjudice moral. Aussi, et vu le silence du législateur sur ce point, il semblerait que rien n'interdise au juge de tenir compte à la fois du préjudice matériel et du préjudice moral causé à la partie faible pour statuer. D'ailleurs, un arrêt de la Cour de cassation française confirme la prise en compte du préjudice moral dans la sanction de cette infraction, pour laquelle le juge a asséné 5000 euros de dommages-intérêts au titre du préjudice moral subi par la victime de l'abus de faiblesse⁵²¹. En tout état de cause, il reste que la partie faible peut toujours se constituer partie civile au procès et obtenir des dommages-intérêts sur le fondement des règles de responsabilité civile.

2. La mise en œuvre de l'abus de faiblesse ou d'ignorance

La première condition essentielle à la mise en œuvre de la sanction de l'abus de faiblesse ou d'ignorance, est la nécessaire appartenance de la victime à l'une des catégories désignées par le législateur. Ainsi, seuls sont concernés les mineurs, incapables, et plus récemment, les consommateurs, du fait de leur statut reconnu par la loi. De ce fait, la sanction pénale de cet abus n'est envisageable que lorsque la victime est présumée faible par le législateur. Pourtant, d'autres personnes tout aussi vulnérables sont susceptibles de subir l'abus de faiblesse, sans que celles-ci puissent en être protégées, car leur faiblesse n'est pas légalement reconnue. Aussi aurait-il peut-être fallu élargir le champ

⁵²¹ Cass. Civ.2, 8 mars 2012, n°11-13832, inédit.

d'application de l'article en incluant d'autres sources de faiblesse telles que la maladie, la grossesse, ou l'état de sujétion, afin de protéger d'autres types de vulnérabilités contre l'abus des contractants mal intentionnés. L'article gardé en l'état ne permettrait alors qu'une mise en œuvre limitée de la sanction, en ce que d'autres personnes faibles pourront subir l'abus de faiblesse sans que leur vulnérabilité ne soit reconnue, et partant, admise à être protégée.

S'agissant de la sanction prévue par le législateur à l'article 552 du Code pénal, elle est d'une peine d'emprisonnement allant de six mois à trois ans, et d'une amende de 200 à 2000 dhs. La peine est plus sévère lorsque la victime était placée sous la garde, la surveillance ou l'autorité du coupable, rehaussée dès lors à un an, jusqu'à cinq ans d'emprisonnement, et d'une amende de 250 à 3000 dhs. Dans le cadre de la loi protégeant le consommateur, le législateur envisage une sanction tout aussi rigoureuse en édictant une peine allant d'un à cinq ans d'emprisonnement et d'une amende de 1200 à 50 000 dhs, ou l'une de ces deux peines seulement. Et « si le contrevenant est une personne morale, il sera puni d'une amende de 50 000 à 1 000 000 dhs ». Sans doute le législateur s'est-il montré plus sévère vis-à-vis de la protection des consommateurs, car les professionnels et, *a fortiori* les personnes morales, bénéficient d'une position économique favorable ainsi que de divers moyens pour amener le consommateur profane à contracter contre ses intérêts.

Le cumul de ces deux articles peut faire croire à une redondance du dispositif répressif. Hélas, l'absence de décisions de justice relatives à l'un comme l'autre textes, témoigne de la difficulté de leur mise en œuvre. Outre la contrainte de la preuve de l'abus, la victime n'est souvent pas à même d'enclencher une action en justice en raison même de sa faiblesse ou de son ignorance. L'on imagine mal un mineur ou un incapable constater de lui-même l'abus de sa faiblesse, puis mener une action en justice contre la personne lui ayant porté préjudice, à plus fortes raisons lorsque celle-ci se trouve être son tuteur. En revanche, la situation du consommateur appelle à davantage d'optimisme, et ce pour deux raisons majeures. D'abord, parce que la faiblesse du consommateur n'est pas inhérente à sa personne comme le mineur ou l'incapable, mais est due à sa position dans le contrat. De ce fait, celui-ci est habilité non seulement à constater l'abus du professionnel, mais aussi à former une action en justice. Ensuite, parce qu'il peut recevoir le soutien des associations protectrices des consommateurs pour mener cette action, et ainsi, avoir plus de chances d'obtenir gain de cause.

b) Les sanctions civiles

La sanction pénale agit principalement à titre répréhensif et dissuasif. *A contrario*, la sanction civile a pour but de réparer le dommage causé. Aussi paraît-elle particulièrement opportune à la résolution des litiges contractuels, qui pour la plupart, consistent en des atteintes au patrimoine de la partie faible. Cette dernière serait davantage satisfaite de la réparation de son dommage que de la sanction pénale de l'auteur de l'abus, puisque sa première priorité est d'être remboursée sur sa perte, accessoirement à l'annulation des effets du contrat préjudiciable.

Dans cette optique, l'abus de faiblesse ou d'ignorance constaté ouvre droit à des sanctions civiles au profit des consommateurs victimes, en raison du préjudice matériel qui leur a été causé. L'article 59 de la loi 31-08 dispose à ce titre qu'« est réputé nul par la force de la loi tout engagement né d'un abus de faiblesse ou de l'ignorance du consommateur, lequel se retrouve dans le droit de se faire rembourser les sommes payées et d'être dédommagé sur les préjudices subis ».

Trois sanctions civiles sont donc prévues à l'encontre du professionnel coupable d'abus d'ignorance ou de faiblesse: d'abord la nullité de son contrat, et ensuite le remboursement et le dédommagement de la victime.

1. La nullité de l'engagement né d'un abus de faiblesse ou d'ignorance

L'article 59 de la loi 31-08 prévoit la nullité de tout engagement né d'un abus de faiblesse ou d'ignorance, en disposant, par cette terminologie spéciale, qu'un tel engagement « est réputé nul par la force de la loi »⁵²².

Mais la constatation de l'abus de faiblesse n'entraîne pas automatiquement la nullité du contrat. Encore faut-il que cette nullité soit déclarée par le juge, imposant au consommateur d'avoir recours aux juridictions pour l'invoquer⁵²³.

Et pour ce faire, d'autres conditions doivent être réunies pour que les dispositions de l'article 59 de la loi 31-08 aient vocation à s'appliquer: il doit d'abord s'agir d'un contrat de consommation, soit

⁵²² Rappelons à ce propos que l'article 306 du D.O.C. dispose que « l'obligation nulle de plein droit ne peut produire aucun effet, sauf la répétition de ce qui a été payé indument en exécution de cette obligation. L'obligation est nulle de plein droit : 1. Lorsqu'elle manque d'une des conditions substantielles de sa formation; 2. lorsque la loi édicte la nullité dans un cas déterminé ».

Suivant les articles 307 à 310 du D.O.C., la nullité frappe l'engagement tout entier, soit l'obligation principale et ses obligations accessoires. La nullité concerne le contrat dans son ensemble, à moins qu'une partie de l'obligation puisse subsister indépendamment de celle atteinte de nullité.

⁵²³ L'article 259 du D.O.C. dispose que la résolution du contrat n'a pas lieu de plein droit, mais doit être prononcée en justice.

une relation entre un professionnel et un consommateur. En d'autres termes, il faut apporter la preuve qu'un contrat a véritablement été passé entre le consommateur et le professionnel mis en cause. Ensuite, il faut démontrer non seulement l'occurrence d'un abus de faiblesse ou d'ignorance, mais aussi que le dommage subi par la partie faible est la résultante de cet abus.

La nullité comme sanction civile agit ici dans la réalisation de deux buts distincts: d'abord, faire cesser les effets du contrat déséquilibré, qui est préjudiciable à la partie faible. Ensuite, parce que la nullité s'entend comme la sanction directe de la mauvaise foi du professionnel⁵²⁴, elle est perçue comme la conséquence logique de son comportement abusif. Aussi, paraîtrait-il injuste, voire-même absurde, de maintenir un contrat dont on sait le caractère déséquilibré. Son annulation est donc nécessaire pour faire échec à ses effets, et ainsi corriger l'abus engendré par son auteur.

Se pose toutefois la question de savoir à partir de quel degré de gravité la nullité d'un contrat né d'un abus de faiblesse ou d'ignorance doit être prononcée. A première vue, le législateur n'a établi aucun seuil à partir duquel la nullité doit être déclarée. Bien au contraire, l'infraction étant formelle, a vocation à être soulevée et sanctionnée même en l'absence de dommage. Aussi est-il logique que le législateur n'ait pas prévu de seuil, mais qu'en plus l'appréciation de l'abus de faiblesse ait été laissée au juge⁵²⁵. Il n'est donc pas nécessaire que le dommage soit d'une gravité élevée, ni même qu'il ait eu lieu. La simple existence d'un abus de faiblesse de la part du professionnel suffit à engendrer la nullité de son acte lorsque cet abus est constaté.

2. Le remboursement des sommes payées par le consommateur et son dédommagement sur les préjudices subis

Remboursement et dédommagement du consommateur sont les deux autres sanctions civiles prévues par le législateur à l'article 59 de la loi 31-08. Le remboursement consiste en principe en la restitution des sommes versées; le but étant de permettre au consommateur abusé de recouvrer l'argent que le professionnel aurait injustement perçu de sa part. Quant au dédommagement, il est prévu pour indemniser ledit consommateur au titre du préjudice matériel ou moral qui lui a été causé par le professionnel. Cependant, alors que le remboursement est le résultat quasi-automatique de l'annulation du contrat (la nullité agissant à titre rétroactif), ce n'est pas le cas du dédommagement.

⁵²⁴ Selon RASSAT (M.L.), *La responsabilité civile*, 4e éd., Que sais-je?, Paris, PUF, 1998, p.3 et s.; la faute doit être appréciée non seulement à l'aide de critères techniques, mais aussi d'éléments moraux.

⁵²⁵ En référence à l'article 878 du D.O.C., le législateur considère comme abus l'existence d'un avantage excessif au profit du contractant fort. Aux termes de cet article, sont considérés comme abus « les intérêts ou autres avantages qui excèdent notablement le taux normal de l'intérêt et la valeur du service rendu, selon les lieux et les circonstances de l'affaire ».

En effet, il est à noter que le consommateur ne peut obtenir de dédommagement que s'il prouve que le dommage qu'il a subi résulte bien de l'abus de faiblesse ou d'ignorance exercé par le professionnel⁵²⁶. Cette condition probatoire qui, il est vrai, peut être difficile à obtenir par le consommateur, reste fondée. En admettant que la seule faute du professionnel puisse valoir préjudice en soi, elle ne saurait être retenue comme fondement à un dédommagement. Car en effet, la réparation impose l'existence - au moins éventuelle - d'un dommage matériel ou moral, à défaut duquel les règles de la responsabilité civile ne trouveraient à s'appliquer⁵²⁷. Le dommage doit nécessairement consister en le résultat matériel ou moral néfaste de l'abus de faiblesse ou d'ignorance. Mais la preuve de l'existence de ce dommage est aujourd'hui devenue plus accessible pour le consommateur, en ce que le législateur fait désormais expressément référence au déséquilibre contractuel, cité à l'article 15 de la loi 31-08⁵²⁸. Aussi, un déséquilibre entre les prestations peut-il être considéré par le juge comme un dommage matériel, qui plus est conforme aux caractéristiques traditionnellement exigées pour celui-ci, à savoir un dommage actuel, direct, et certain. Ce qui signifie que sur la seule base du déséquilibre des prestations, le juge peut constater un dommage matériel et l'apprécier, même dans l'hypothèse où celui-ci serait futur, à partir du moment où ses conséquences sont certaines.

S'agissant du préjudice moral, celui-ci serait peut-être plus difficile à démontrer. Il en est certains dont la preuve matérielle est accessible, telle l'obtention d'un certificat médical constatant l'aggravation d'une dépression préexistante, mais encore faut-il que le juge admette l'existence d'un lien direct entre cet état de faits et l'abus engendré par le contractant. D'ailleurs à ce propos, il arrive que la personne réclamant le dédommagement d'un préjudice moral ne soit pas le contractant partie faible lui-même mais ses héritiers. En France, la justice a admis la recevabilité de l'action en justice des proches de la victime, et même leur constitution partie civile au procès⁵²⁹. Dans le même esprit, deux arrêts antérieurs de la Cour de cassation française ont admis la recevabilité de l'action des héritiers en réparation du préjudice moral subi par la victime, alors même que celle-ci n'aurait pas en-

⁵²⁶ CALAIS-AULOY (J.) et STEINMETZ (F.), *Droit de la consommation*, 5e éd., Paris, Dalloz, 2000, p.321

⁵²⁷ Art. 77 D.O.C.: « Tout fait quelconque de l'homme qui, sans l'autorité de la loi, cause sciemment et volontairement à autrui un dommage matériel ou moral, oblige son auteur à réparer ledit dommage, lorsqu'il est établi que ce fait en est la cause directe. Toute stipulation contraire est sans effet ».

⁵²⁸ Art. 15 de la loi 31-08: « Dans les contrats conclus entre fournisseur et consommateur, est considérée comme abusive toute clause qui a pour objet ou pour effet de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat. [...] ».

⁵²⁹ Cass. Crim., 3 novembre 2009; Cass., Crim. 10 novembre 2009, inédits.

gagé l'action de son vivant⁵³⁰. Ces deux arrêts ont pour fondement le fait qu'une infraction au patrimoine habilite son titulaire à former une action en justice. Or, les héritiers étant dorénavant touchés dans leur patrimoine du fait de l'infraction commise contre leur *de cujus*, se trouvent eux-mêmes victimes de l'acte préjudiciable, et par conséquent, son admis à réclamer un dédommagement de ce préjudice, qu'il soit matériel ou moral.

En tout état de cause, l'indemnisation de la victime demeure nécessaire à la réalisation de la justice contractuelle, au titre des « dommages [qui] sont la perte effective que le créancier a éprouvée et le gain dont il a été privé ». Ce même article 264 du D.O.C. ajoute d'ailleurs que le dédommagement se fait au cas par cas, en disposant que « l'appréciation des circonstances spéciales de chaque espèce est remise à la prudence du tribunal : il doit évaluer différemment la mesure des dommages-intérêts, selon qu'il s'agit de la faute du débiteur ou de son dol ». Il revient donc au juge d'estimer la hauteur des dommages-intérêts propres à corriger le dommage subi par le contractant faible, et ainsi, rétablir la justice entre les contractants.

⁵³⁰ Cass. Ch. Mixte, 30 avril 1976, Bull. crim., 1976, n° 135, pourvoi n° 73-93.014 ; Cass. Ch. Mixte, 30 avril 1976, Bull. crim., 1976, n° 136, pourvoi n° 74-90.280

Conclusion du Chapitre II

La protection préventive a jusqu'ici ciblé le consentement éclairé du cocontractant, suivant la logique qu'un esprit éclairé ne peut s'engager que si sa volonté est satisfaite. Les règles de formalisme ont sans doute aidé à cet objectif, mais se sont heurtées à une réalité contractuelle qui diminue de leur efficacité: un contractant éclairé s'engage bien souvent contre son gré. De nos jours, il ne suffit plus que notre appréciation du contrat soit éclairée pour que notre consentement soit sincère, car l'on se retrouve bien souvent à s'engager à un contrat qui nous insatisfait, faute de mieux. Ainsi, la prévention par l'information aura-t-elle trouvé ses limites, car faire savoir à une partie faible que le contrat dont elle a besoin comporte un déséquilibre, ne revient qu'à doubler la responsabiliser de son engagement. Le formalisme seul, n'est donc pas à même de rétablir l'équilibre au contrat, il ne fait qu'informer le cocontractant de ce à quoi il s'engage.

Aussi, l'idée d'un contrôle du contenu du contrat paraît-elle plus envisageable à l'aune de cette analyse. Les notions de cause et d'objet ont en commun de veiller à la licéité des transactions, mais aussi à leur moralité. Le recours à ces deux moyens, déjà prévus par le D.O.C., pourrait alors jouer un rôle majeur dans le rétablissement de l'équilibre contractuel, avec l'avantage qu'elles sont indépendantes de la qualité des contractants et de leur position contractuelle. Elles ne visent que la réalisation de concepts abstraits, et objectivement définis: respect de l'ordre public et des bonnes moeurs; qui sont _somme toute_ à rattacher au concept de moralité. Car au final, protéger le contractant faible, c'est surtout lui assurer en amont, le droit à un contrat moral.

En parallèle, la protection corrective aura révélé une action diffuse du droit à l'égard du déséquilibre contractuel. Celle-ci agit sur tous les fronts: de l'intervention judiciaire pour la suppression des clauses provoquant le déséquilibre, à la sanction civile ou pénale des ses auteurs, la correction de l'abus et des auteurs de l'abus, est une nécessité encore mal appréhendée. Le juge dispose de nombreuses bases légales pour restaurer l'équilibre ou annuler le contrat, mais celles-ci restent éparses, et strictement conditionnées. La parcellisation des moyens de recours est à la fois la preuve d'une richesse législative, mais aussi de difficulté pour trouver le fondement opportun à la protection de la partie faible au contrat.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

Force est de constater que seule la jonction d'une protection préventive en amont et d'une protection corrective en aval, est à même d'aboutir à une protection optimale de la partie faible au contrat. L'arsenal législatif marocain regorge de moyens efficaces pour contrer le déséquilibre contractuel, et il revient au juge de mettre en oeuvre les mécanismes mis à sa disposition afin de réaliser la justice contractuelle, chaque fois que celle-ci fait défaut. Pour autant, il semblerait que les tribunaux soient encore timides dans le recours à ces moyens pour rééquilibrer les contrats ou les annuler. La rareté de leur utilisation peut même être due aux parties lésées elles-mêmes, qui craignent d'invoquer des moyens trop risqués, susceptibles de ne pas leur obtenir gain de cause; ou encore trop peu connus pour être revendiqués (tels la lésion qualifiée, ou la cause illicite). Autant de raisons qui poussent à croire que les carences dans la protection de la partie faible ne sont pas dues à un déficit législatif, mais à une méconnaissance de leur efficacité et à une crainte d'y recourir.

Pour autant, l'analyse de ces mécanismes révèle une tendance optimiste, en ce que leur variété et la largesse de leur champ d'application (notamment lorsque l'appréciation des faits pour leur qualification revient au juge) encourage à leur mise en oeuvre. Certes, il faut admettre qu'à chaque cas d'espèce peut convenir un mécanisme optimal, reste au défenseur de la partie faible de le rechercher et de l'invoquer auprès du tribunal. Mais l'attribution récente du pouvoir de représentation aux associations de protection de consommateurs, développera peut-être le recours à ces moyens de défense.

Bien entendu, l'existence de sanctions civiles et pénales renforcent l'arsenal juridique déjà en place et confortent l'idée que la réalisation de la justice contractuelle passe non seulement par la correction de l'abus, mais aussi par la correction de l'auteur de l'abus. Aussi demeurent-elles nécessaires à la dissuasion des contractants mal intentionnés et à l'éradication des comportements contractuels immoraux.

CONCLUSION GÉNÉRALE

L'issue de cette étude nous a sans doute davantage éclairés sur la réalité théorique et pratique du contrat au XXI^e siècle. La relation contractuelle n'est plus à réduire à la simple exécution de la parole donnée, et la volonté des contractants n'est plus à considérer comme seule maîtresse incontestée. Elle s'amenuise désormais au profit de l'appréhension d'autres réalités, celles des enjeux sociaux et économiques qu'engendre un simple accord de volontés. L'équilibre contractuel devient alors une nécessité. Le contrat est la pierre angulaire de la société, et lorsque celui-ci contient un déséquilibre, l'on ne peut s'étonner que ses retombées puissent atteindre l'individu dans sa vie quotidienne, bien au-delà des limites de sa convention.

Jusqu'ici, la personne juridique fut à tort considérée par le droit comme une personne libre et avisée, capable de défendre seule ses intérêts face à son cocontractant. Il en résulte que les rares interventions du droit en sa faveur sont strictement conditionnées, et qu'à défaut d'avoir une faiblesse inhérente et reconnue par la loi (mineurs, majeurs incapables, ou consommateurs), la partie faible au contrat ne saurait invoquer sa faiblesse comme cause du déséquilibre du contrat auquel elle a souscrit. Aux yeux de la loi, le contractant est un Homme fort, et non un être en proie à des faiblesses, exploité dans ses besoins, son ignorance, ou sa position économique. En considérant le contractant comme il devrait être, et non comme il est, le droit échoue certainement à rétablir l'équilibre contractuel là où il fait défaut. Cette considération révèle ainsi qu'en droit marocain, il n'existe pas de partie faible au contrat, à l'exception des rares catégories qu'il a nommément désignées et protégées.

L'adoption en 2011 de la loi consumériste 31-08, avait donné l'espoir d'une meilleure prise en compte de la faiblesse. Le législateur y tient compte pour la première fois, et de manière explicite, de la faiblesse d'un majeur capable, et instaure un système de protection contre les clauses abusives dont il peut être victime. Hélas, la loi ne vise que le consommateur, à l'exclusion du professionnel, et se limite aux seuls contrats de consommation, à l'exclusion de tous les autres types de contrats où existe une partie faible (ex: contrat de travail, contrat de bail, contrat médical, etc.). Cette protection est alors limitative, et exceptionnelle. Elle fait échec à l'égalité des droits, et devient arbitraire, en ce que le professionnel qui se voit exploiter par un autre, ne peut recourir aux règles protectrices contre le déséquilibre contractuel. Ceci étant, cette loi peut servir comme base au juge pour une meilleure interprétation des vices du consentement, dont la théorie classique s'avère inadaptée aux

nouveaux déséquilibres contractuels. Ainsi, l'erreur, le dol et la violence, seraient-il plus faciles à appréhender selon cette loi, en ce qu'elle présume le consommateur en état de faiblesse. Une fois cette faiblesse reconnue, les juges n'auront plus à s'attarder sur les conditions classiques nécessaires à la déclaration d'un vice de consentement.

Par ailleurs, il serait hâtif de condamner le fondement des normes civilistes sur la liberté et l'égalité des contractants. Car en effet, la liberté des contractants est capitale à l'expression d'une volonté légitime, et leur égalité, sans être parfaite, existe dans la mesure où les besoins de l'un trouvent satisfaction dans l'offre de l'autre, ce qui fait des contractants des parties complémentaires. Cette liberté et égalité doivent seulement recevoir, comme complément au fondement d'un contrat valable, un équilibre contractuel.

Au Maroc, l'appréhension du déséquilibre contractuel révèle un bilan mitigé. D'un côté, la législation comporte des moyens efficaces de recours pour la résiliation ou le rééquilibrage des contrats inéquitables par voie judiciaire; mais de l'autre, l'on constate que le recours à ces moyens est plutôt rare. A titre d'exemple, nombre de contrats déséquilibrés gagneraient à être rééquilibrés ou annulés sur le fondement de l'article 54 D.O.C. relatif à la maladie et cas analogues qui connaît une application timide, de l'article 2 D.O.C. relatif à la cause lorsque celle-ci est illicite, sur l'absence de bonne foi lorsque celle-ci est constatée (art. 231 D.O.C.), etc. La lutte contre le déséquilibre, ne saurait avoir lieu sans la mise en application de ces principes essentiels à la validité morale du contrat. L'espoir est porté sur les juges marocains, et leur action en faveur de la partie faible, chaque fois qu'ils constatent un déséquilibre contractuel à son détriment. Ces moyens existant déjà, il suffit que les juges y apportent une plus large interprétation, afin d'en faire bénéficier la partie faible.

Sans doute, certains penseront que le recours à ces moyens risquerait d'engendrer des jugements arbitraires, et une surprotection de contractants malintentionnés, car désireux de tirer profit de leur position de faiblesse. A cela, nous répondons deux choses: d'abord, que le juge agit encore comme serviteur de la loi; de ce fait, il ne fait qu'appliquer les dispositions légales, sans omettre de motiver sa décision. Et à défaut d'une conciliation entre l'esprit des textes et l'utilisation qui en a été faite, la Cour de cassation se chargera d'annuler ladite décision. Ensuite, n'oublions pas que la raison qui motiverait le juge à recourir à ces moyens, n'est autre que le constat d'un déséquilibre flagrant et préjudiciable à l'une des parties (ou parfois, à ses ayants-droits). S'il lui apparaît qu'un tel déséquilibre existe, et qu'il ne peut recourir à aucune règle spécifique pour le dénoncer, il serait alors in-

juste et blâmable de se contenter de le constater sans le supprimer. Voilà pourquoi nous sommes d'avis que la protection de la partie faible au contrat, reste une résolution casuistique du litige, et que c'est au juge que reviendra la charge de rétablir l'équité entre les contractants. D'ailleurs, cette fin ne concerne pas seulement la protection de la partie faible, mais la protection de l'essence-même de la convention, qui ne peut être juste que si elle est équilibrée.

Ceci dit, l'intervention du juge dans le rééquilibrage contractuel, serait nettement plus efficace si des dispositions spécifiques lui permettaient cette faculté. L'annulation des clauses abusives lui est désormais permise, mais hélas, dans le seul cadre des contrats de consommation. Aussi, et à défaut de pouvoir transposer ces dispositions aux autres types de contrats, le législateur devrait envisager leur introduction au sein du D.O.C., afin d'en élargir la portée. De telles dispositions devraient pouvoir s'appliquer à toutes les conventions, indépendamment de la qualité des contractants et de la nature de leur contrat. C'est donc parmi les règles du droit commun qu'elles devraient trouver leur place.

S'agissant du principe de l'autonomie de la volonté, il s'avère qu'il demeure encore essentiel à tout système juridique, car l'on ne saurait concevoir un contrat sans l'accord des parties. Quant au postulat de leur égalité, il gagnerait à être perçu comme relatif et non absolu, afin de ne plus faire reposer la force obligatoire du contrat uniquement sur la volonté des parties, mais la contrebalancer par la nécessité d'une équité au contrat.

Enfin, nous sommes convaincus qu'à terme, la réalisation de la justice contractuelle permettra davantage de justice sociale, en ce que le contrat est la clef de voûte du devenir économique et social de tout individu. A ce titre, ramener l'équilibre au contrat de travail, de location, ou de consommation, équivaldra à ramener la justice dans ces relations, et partant, à atténuer l'inégalité socio-économique existant entre les parties.

BIBLIOGRAPHIE

- ABDELLAOUI (M.I.)**, *La lésion entre droit positif et doctrine islamique*, *Revue Marocaine de Droit Comparé*, n°5 et 6.
- AL GOUZBARI (M.)**, *La théorie des obligations à la lumière du droit des obligations et des contrats marocains*, Tome I, 1974, p.123 (ouvrage en arabe).
- ALAMEDDINE (I.)**, *Conditions du droit civil, Tome I, La théorie des obligations*, 1977
- ANGELO (A.H.) et ELLINGER (E.P.)**, *Unconscionable Contracts : A comparative Study of the Approches in England, France, Germany and The United States*, *International and Comparative Law Review*, Vol. 14, n°3, 1992
- ARISTOTE**, *Ethique à Nicomaque*, Traduction de Jules Tricot, 1^{ère} éd. 1959, Paris, J.Vrin, 2007
- ARISTOTE**, *Rhétorique*, Tome II - Livre II, trad. M. Dufour., C.U.F., Les Belles Lettres, 1938, 1374 b.
- AUBERT (J.-L.)**, « *Les relations entre bailleurs et locataires en droit français* », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Comparaisons Franco-Belges*, Paris, L.G.D.J., 1996
- AZZIMAN (O.)**, *Le contrat*, Vol.1, Le Fennec, Casablanca, 1995.
- BATTEUR (A.)**, *Droit des personnes des familles et des majeurs protégés*, 5^e éd., Paris, L.G.D.J., 2010
- BEIGNER (B.)**, « *Interrogations sur la déontologie* », in *Morale et droit des affaires*, Paris, Montchrétien, 1996.
- BÉNABANT (A.)**, *Droit civil, Les obligations*, 11^e éd., Montchrétien, Paris, L.G.D.J., 2007.
- BÉNABENT (A.)**, *Droit civil, Les obligations*, 6^e éd., Paris, Montchrétien, 1997.
- BENABOU (V.)**, *La confiance en droit privé des contrats*, Paris, Dalloz, 2008.
- BENJELLOUN (B.)**, *Les assurances en questions*, Casablanca, Ed. Elit, 2008.
- BERLIOZ (G.)**, *Le contrat d'adhésion*, Paris, L.G.D.J., 1973.
- BONNEVAL (P.)**, **PREBAY (D.)**, *Les éléments clés du droit du travail de la sécurité sociale et de la fiscalité*, Paris, éd. ESKA, 1997.
- BOURGEOIS (L.)**, *Traité des obligations en général*, t.6, 1932.
- BOURRIER (C.)**, *La faiblesse d'une partie au contrat*, Bruxelles, Bruylant-Académia, 2003.
- BRICKS (H.)**, *Les clauses abusives*, Paris, L.G.D.J., 1982.

- CALAIS-AULOY (J.) et STEINMETZ (F.)**, *Droit de la consommation*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 1996.
- CALAIS-AULOY (J.) et STEINMETZ (F.)**, *Droit de la consommation*, 5^e éd., Paris, Dalloz, 2000M
- CALAIS-AULOY (J.) et STEINMETZ (F.)**, *Droit de la consommation*, 7^e éd., Paris, Dalloz, 2006
- CALAIS-AULOY (J.)**, *L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats*, *Revue trimestrielle du droit civil*, 1994, p.239 et s.
- CAMERLYNCK (G. H.)**, *Le contrat de travail*, t.I, *Traité de droit du travail*, Paris, Dalloz, 1988
- CANIN (P.)**, *Droit civil, Les obligations*, 6^e éd., Paris, Hachette, 2009
- CAPITANT (H.)**, *De la cause des obligations, (contrats, engagements unilatéraux, legs)*, Paris, Dalloz, 1923
- CAPITANT (H.)**, **TERRÉ (F.) et LEQUETTE (Y.)**, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 2, 11^e éd., Paris, Dalloz, 2008,
- CARBONNIER (J.)**, *Droit civil, Les obligations*, 21^e éd., Paris, Thémis, PUF, 1998
- CARBONNIER (J.)**, *Droit civil, Les obligations*, 20^e éd., Paris, PUF, 1996
- CARLES (L.)**, *La moralisation du contrat*, thèse Université de Nice, 1998
- CARMET (O.)**, « *Réflexions sur les clauses abusives au sens de la loi du 10 janvier 1998* », in *Revue trimestrielle du Droit commercial*, 1982
- CAS (G.) et Ferrier (D.)**, *Traité de droit de la consommation*, Paris, P.U.F., 1986
- CATALA (P.)**(dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Rapport à Monsieur Pascal Clément, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, 22 septembre 2005
- CATALA, (P.)**, « *Regard rétrospectif sur les incapacités établies par le code civil* », in *Le statut des majeurs protégés*, Colloque Caen, J.C.P.N., 2008
- CATHIARD (A.)**, *L'abus dans les contrats conclus entre professionnels*, thèse P.U.A.M., 2006
- CHAZAL (J.-P.)**, *De la puissance économique en droit des obligations*, thèse Grenoble, Université Pierre Mendès France, 1996
- CHAZAL (J.-P.)**, *Les nouveaux devoirs des contractants: est-on allé trop loin?*, article inédit
- CHAZAL (J.-P.)**, *Vulnérabilité et droit de la consommation*, Colloque sur la vulnérabilité et le droit, Université Pierre Mendès-France, Grenoble II, le 23 mars 2000

- CHÉNEDÉ (F.)**, « *De l'autonomie de la volonté à la justice commutative, du mythe à la réalité* », in *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, n°4, 2012, pp.155-181
- CHERKAoui (A.)**, *Le rôle du juge dans le rééquilibrage contractuel*, Rabat, E. Dar al Qalam, 2008
- CHOUKRI SOUBAI (A.)**, *La théorie des contrats en droit civil marocain, la doctrine islamique, et le droit comparé*, 1987 (ouvrage en arabe)
- COLOMER (A.)**, « *La tutelle des mineurs dans la moudawana ou code du statut personnel marocain* », in *R.I.D.C.*, Vol.13,n°2, Avril-Juin 1961
- COMBALUZIER-VAUDE (A.)**, *Contribution à la définition de la partie faible dans les contrats*, thèse, Université de Montpellier I, 2008, p.98-99
- CORNU (G.)**, *Vocabulaire juridique*, 7^e éd., Paris, Puf, 2005
- CORPET (C.)**, *Clause résolutoire d'un bail à construction mise en oeuvre de mauvaise foi par le bailleur*, *Legal News*, *Le Monde du Droit*, 15 janvier 2016
- COTTEREAU (V.)**, *La clause réputée non écrite*, *J.C.P.*, 1993
- COUTURIER (G.)**, « *Les relations entre employeurs et salariés en droit français* » in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Comparaisons Franco-Belges*, Paris, L.G.D.J., 1996
- COUTURIER (G.)**, *Les nullités du licenciement*, *Dr.Soc.*, juin 1979
- CRAMIER (P.)**, *Essai sur la protection du contractant professionnel*, *LPA*, 13 juin 2000
- DARI-MATTIACI (G.) et HOUTCIEFF (D.)**, « *Vices du consentement et aléa moral à travers la jurisprudence de la réticence dolosive* », in *Droit et économie des contrats*, Jamin (C.) (dir.), Paris, L.G.D.J., 2009
- DARMAISIN (S.)**, *Le contrat moral*, Paris, L.G.D.J., 2000
- DAVID-CONSTANT (S.)**, *Contrat-type et contrat d'adhésion en droit belge*, Rapport belge au VIII^e congrès international de droit comparé CIDC, Bruxelles, 1970
- DE FONTMICHEL (M.)**, *Le faible et l'arbitrage*, Paris, Economica, 2013
- DE FORGES (J.-M.)**, *Le droit de la santé*, Que sais-je? Paris, PUF, 2012
- DE HOON (M.W.)**, « *Power Imbalances in Contracts : an Interdisciplinary Study on Effects of Intervention* », in *Tisco Working Paper Series on Civil Law and Conflict Resolution Systems*, Tilburg University, n°1, 7 may 2007

- DE LAMBERTERIE (I.), RIEG (A.) et TALLON (D.),** « *Rapport général* », in *Revue Internationale de Droit Comparé*, Vol. 34, Juillet-Septembre 1982, p. 1167
- DE LAROCHEFOUCAULD (F.)** *Réflexions ou sentences et maximes morales*, (1664), Ed. 1714, Paris, Hachette Livre, 2012
- DEMOGUE (R.),** *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, Rousseau, 1911, Réédition Paris, La Mémoire du Droit, 2001
- DE PAGE (H.),** *Traité élémentaire de droit civil belge, t.2*, Bruxelles, Bruylant, 1964
- DE SANCTIS (S.),** « *Type et degrés d'insuffisance mentale* », in *L'année psychologique*, Vol.12, 1905, p. 70
- DE TOQUEVILLE (A.),** *De la démocratie en Amérique*, Paris, Flammarion, 1935
- DELEBECQUE (Ph.) et PANSIER (F.-J.),** *Droit des obligations*, 3^e éd., Paris, Litec, 2006
- DEMOGUE (R.),** *Les notions fondamentales du droit privé*, Ed. Arthur Rousseau, 1911
- DEMOGUE (R.),** *Traité des obligations en général*, t. III, Paris, Gallica, 1931
- DEMOLOMBE (C.),** *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, T.II, Paris, Hachette, 1869
- DESPAX (M.),** *Les conventions collectives*, t. VII, *Traité de droit du travail*, 2^e édition, Paris, Dalloz, 1989
- DION (N.),** *Le juge et le désir du juste*, D. 1999, p.195
- DOMONT-NAERT (F.),** « *Les relations entre professionnels et consommateurs en droit belge* », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Comparaisons Franco-Belges*, (FONTAINE (M.) (dir.)), Paris, L.G.D.J., 1996
- DRIOUECH (A.),** *L'effet de la maladie sur le contrat de vente: réflexions autour de l'application judiciaire des articles 54 et 479 du D.O.C.*, *Collection La connaissance juridique 2.*, 1996
- DUPICHOT (J.),** « *Pour un retour aux textes : défense et illustration du "petit guide-âne" des articles 1156 à 1164 du Code civil* », in *Etudes offertes à Jacques Flour*, Paris, Répertoire du Notariat Defrénois, 1976, p.179
- DURANT (I.),** « *Les relations entre bailleurs et locataires en droit belge* », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Comparaisons Franco-Belges*, Paris, L.G.D.J., 1996
- DURANTON (A.),** *Cours de Droit français suivant le Code civil*, Tome III, Paris, Alex-Gobelet, 1828

DUTHEIL-WAROLIN (L.), *La notion de vulnérabilité de la personne physique en droit privé*, thèse, Université de Limoges, 2004

EGÉA (V.), « *L'interprétation des contrats : regards sur l'actualité des articles 1156 et suivants du Code civil* », in Colloque en ligne pour le bicentenaire du Code civil, Institut de Droit d'Expression Française, Paris, 2004, p.11

EL BACHA (F.), *L'astreinte en droit marocain*, Mémoire pour l'obtention du diplôme d'études supérieures en droit, Université Mohammed V, F.S.J.E.S. Rabat-Agdal, 1984

EI HILA (A.), *La protection juridique du malade mental*, thèse, Université Mohammed V- Agdal, Faculté des Sciences Juridiques, Economiques et Sociales Rabat, 1998-1999

FAUVARQUE-COSSON (B.), **MAZEAUD (D.)** (dir.), *European Contract Law, Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules*, Sellier, Munich, 2008

FERRIER (D.), *La protection des consommateurs*, Paris, Dalloz, 1996

FIECHTER-BOULVARD (F.), La notion de vulnérabilité et sa consécration par le droit, article inédit.

FISH (M.), American journal of comparative law, 1979, P.51

FLOUR (J.) et **AUBERT (J.-L.)**, *Les obligations, 2. Le fait juridique*, 5^e éd., Paris, Armand Colin, 1991

FLOUR (J.), **AUBERT (J.-L.)**, *Les obligations*, 11^e éd., Paris, Montchrestien, L.G.D.J., 2007

FONTAINE (M.), « La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Rapport de synthèse », in La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Comparaisons Franco-Belges, Paris, L.G.D.J., 1996

FOUILLÉE (A.), *La science sociale contemporaine*, 2^e éd., Paris, Hachette, 1885

GATSI (J.), *Les contrats spéciaux*, Paris, Armand Colin, 1998

GAUTRAIS (V.), *Le contrat électronique international*, Bruxelles, Bruylant Academia / Bruylant, 2002

GEMEL (H.), « *Les clauses abusives dans les droits des pays arabes* », in Les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe, Table ronde organisée le 12 novembre 1990 par le Centre de droit des obligations de l'Université de Paris I (Panthéon Sorbonne)

- GENICOT (G.) et LELEU (Y.-H.)**, *Le droit médical, Aspects juridiques de la relation médecin-patient*, Bruxelles, De Boeck Université, 2001
- GHELLAF (H.)**, *Le contrôle de l'Etat sur le secteur des assurances*, Rabat, Arabian Al Hilal, 1998
- GHESTIN (J.)**, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, Paris, L.G.D.J., Delta, 2006
- GHESTIN (J.)**, *L'utile et le juste dans les contrats*, Paris, Archives de Philosophie du Droit, 1981
- GHESTIN (J.)**, *Le contrat*, Paris, L.G.D.J., 1988, n°587 et s.
- GHESTIN (J.)**, *Les obligations, La formation du contrat*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 1993
- GHESTIN (J.)**, *Traité de droit civil, Les obligations, Les effets du contrat*, Paris, L.G.D.J., Paris, 1994
- GHESTIN (J.) et MARCHESSAUX-VAN MELLE (I.)**, « *Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français et en droits européens* », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Comparaisons Franco-Belges*, Paris, L.G.D.J., 1996
- GODELAIN (S.)**, *La capacité dans les contrats*, thèse, Paris, L.G.D.J., Fondation Varenne, 2007
- GOUNOT (E.)**, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, étude critique de l'individualisme juridique*, Dijon, 1912
- GRAPIN (C.)**, « *La faute* », in : **VAYRE (P.) et VANNINEUSE (A.)**, *Le risque annoncé de la pratique chirurgicale*, Paris, Springer-Verlag, 2003
- GRIDEL (J.-P.)**, *Remarques de principe sur l'article 35 de la loi du 10 janvier 1978*, D. 1984, chron.183
- GROUTEL (H.)**, *Le critère du contrat de travail*, Mélanges Camerlynck (G.H.), 1980
- GRYMBaum (L.)**, *Droit civil, Les obligations*, Paris, Hachette Supérieur, 2007, p.74
- GRYNBaum (L.)**, (dir.), « *L'actualité de la notion de solidarisme contractuel* », in *Le solidarisme contractuel, mythe ou réalité ?*, Paris, Economica, 2004
- GRYNBaum (L.)**, *Le contrat contingent, L'adaptation du contrat par le juge sur habilitation du législateur*, Paris, L.G.D.J., 2004
- GUILLEMARD (S.) et ONGUENE ONANA (D.E.)**, *Le contrat d'adhésion: actualités et droit international*, in *Les cahiers de droit*, vol. 48, n°4, 2007, pp.635-680
- GUYEN THANH BOURGEGAI (N.)**, *Les contrats entre professionnels et l'ordre public dans les lois Scievner*, D. 1984, chron.91
- HESS-FALLON (B.) et SIMON (A.-M.)**, *Droit civil*, 9^e éd., Paris, Dalloz, 2007

- HOUH (E.)**, « *The Doctrine of Good Faith in Contract Law: A (Nearly) Empty Vessel?* », in Faculty Articles and Other Publications, paper 103, 2005
- HUET (J.)**, « *Clauses relatives à la garantie* », J.C.L. civil, art. 1641 à 1649, Fasc. 60, Vente, 1994, n°34
- JACOB (N.)**, *Les assurances*, Paris, Dalloz, 1974
- JACQUEMIN (H.)**, *Le formalisme contractuel, mécanisme de protection de la partie faible*, préf. Etienne Montero, Bruxelles, Ed. Larcier, 2010,
- JALUZOT (B.)**, *La bonne foi dans les contrats, étude comparative de droit français, allemand et japonais*, thèse, Paris, Dalloz, 2001
- JAMIN (C.)**, « *Plaidoyer pour le solidarisme contractuel* », in *Le contrat au début du XXIe siècle*, Etudes offertes à Jacques Ghestin, Paris, L.G.D.J., 2001
- JAMIN (Ch.)**, « *Les sanctions unilatérales* », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations, Actes du colloque du 9 janvier 1998*, Paris, Economica, 1999
- JAOUEN (M.)**, *La sanction prononcée par les parties au contrat, Etude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, Paris, Economica, 2013
- JOURDAIN (P.)**, « *La bonne foi dans la formation du contrat* », in *La bonne foi*, Travaux de l'association Henri Capitant, t. XLIII, Paris, Litec, 1994
- KACHBOUR (M.A.)**, *La vente effectuée pendant la dernière maladie, lecture de l'arrêt de la Cour Suprême du 24 juin 1997*
- KOHLBERG (L.)**, *Essays on Moral Development*, Vol. I: The Philosophy of Moral Development, CA: Harper & Row, San Fransisco, 1981
- KULLMANN (J.)**, « *Le contrôle des contrats d'assurance dans un contexte international* », in *Risques*, Les cahiers de l'assurance, L.G.DJ./Seddita, n°53, Janvier -Mars 2003
- KULLMANN (J.)**, *L'influence de la puissance publique sur le contrat de droit privé*, thèse, Paris 1, 1987
- LABORDES (V.)**, *Les contrats déséquilibrés*, Thèse, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2000
- LAMBERT (T.)**, **FAIVRE (Y.)**, *Droit des assurances*, Paris, Dalloz, 1998
- LAMBERTERIE (I.)**, **RIEG (A.)** et **TALLON (D.)**, « *Rapport général* », in *Les clauses abusives et le consommateur*, Rev. Internationale de droit comparé, 1982, n°9, p.1063.

- LAPOYADE DESCHAMPS (C.)**, *Droit des obligations*, Paris, Ellipses, 1998
- LARROUMET (C.)**, *Droit civil, T.3, Les obligations, Le contrat*, 4^e éd., Paris, Economica, 1998
- LE GAC-PECH (S.)**, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, Paris, L.G.D.J., 2000
- LE TOURNEAU (Ph.)**, *L'évolution des rapports contractuels dans les transferts de technologie*, dans *Mélanges Pierre Azard*, Paris, Ed. Cujas, 1980
- LE TOURNEAU (Ph.)**, *Les obligations professionnelles*, dans *Mélanges Louis Boyer*, 1996
- LE TOURNEAU (Ph.)**, *Les professionnels ont-ils du coeur ?* D. 1990, chron. p. 23
- LE TOURNEAU (Ph.)**, *Quelques aspects des responsabilités professionnelles*, Gaz. Pal. 1986
- LELEUX (C.)**, « *Théorie du développement moral chez Lawrence Kohlberg et ses critiques (Gilligan et Habermas)* » in Jean-Marc Ferry et Boris Libois (dir.), *Pour une éducation postnationale*, Ed. de L'université de Bruxelles, 2003
- LEQUETTE (Y.)**, « *Bilan des solidarismes contractuels* », in *Etudes de droit privé*, Paris, Economica, 2008
- LEVASSENT (A.)**, *Le contrat en droit américain*, Paris, Dalloz, 1996
- LEVENEUR (L.)**, « *Le solidarisme contractuel, un mythe ?* », in *Le solidarisme contractuel, mythe ou réalité ?*, Paris, Economica, 2004
- LITTY (O.)**, *Inégalité des parties et durée du contrat: étude de quatre contrats usuels*, Paris, L.G.D.J., 1999
- LLUELLES (D.)**, « *Les règles de lecture forcée « contra proferentem » et « contra stipulatorem » : du rêve à la réalité* », R.J.T. n°37, 2003, pp. 234-263
- LOIR (R.)**, *Les fondements de l'exigence de bonne foi en droit français des contrats*, Mémoire de DEA, Université Lille 2, 2001-2002
- LYON-CAEN (G.)**, *La fraude à la loi en matière de licenciement*, DS avril 1978
- LYON-CAEN (G.)**, *Le droit du travail, une technique réversible*, Paris, Dalloz, 1995
- LYON-CAEN (G.)**, *Les salaires t.II*, Traité de droit du travail, 1989, Dalloz
- LYON-CAEN (G.)**, *Les libertés publiques et l'emploi*, documentation française, 1992, Traité du droit du travail, T.I., Paris, Dalloz, 1947
- MAILLET (A.)**, *Les remparts de Québec*, Montréal, Hexagone, 1990

- MAINE DE BIRAN** (P.), *Journal*, (Février 1814-Décembre 1816), Neuchatel, Ed. De La Baconnière, 1954
- MAINGAIN** (B.), « *Les relations entre employeurs et salariés en droit belge* », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Comparaisons Franco-Belges*, Paris, L.G.D.J., 1996
- MAINGUY** (D.), *Contrats spéciaux*, 4e édition, Paris, Dalloz, 2004
- MAINGUY** (D.), *Le raisonnable en droit (des affaires)*, in *Les concepts émergents, en droit des affaires*, Paris, L.G.D.J., 2010
- MALAURIE** (Ph.), **AYNES** (L.), *Droit Civil, Les obligations*, 2^e éd., in *R.I.D.C.*, Vol.43, n°3, Juillet-Septembre 1991
- MALAURIE** (Ph.), *Les personnes, La protection des mineurs et des majeurs*, 6^e éd., Paris, Defrénois, Lextenso, 2012
- MALINVAUD** (Ph.), *La protection des consommateurs*, D., 1981, chron. P. 60
- MANSOURI** (L.) et **HAMMICH** (M.), *Précis de droit des assurances*, Rabat, Editions et Impressions Bouregreg Communication, 1^{ère} éd., 2010
- MANWARING** (J.A.), *Report on Amendement of the Law of Contract*, Ontario Law Reform Commission, Ministère du Procureur général, 1987, , in *Ottawa Law Review*, Vol. 22:1, 1990 pp. 245-257
- MARIA** (I.), *Les incapacités de jouissance, Etude critique d'une catégorie doctrinale*, thèse Saint-Etienne, 2006
- MARKOVITZ** (D.) et **SCHWARTZ** (A.), *The myth of efficient breach*, Yale Faculty Scholarships series, paper 93, 2010
- MAZEAUD** (D.), « *La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises...* », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, Paris, Dalloz, 2010
- MAZEAUD** (D.), « *Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ?* », in *Mélanges Terré*, Paris, Dalloz, 1999,
- MAZEAUD** (H., L., J.), et **CHABAS** (F.), *Leçon de droit civil*, Paris, Montchréstien, 1999
- MAZEAUD** (H., L.) et **CHABAS** (J.), *Leçons de droit civil, Obligations*, t.II, vol. 1er, *Théorie générale*, Paris, Montchréstien, 1985
- MAZEAUD** (H.L., J.), et **CHABAS** (F.), *Leçon de droit civil*, 8^e éd, Paris, Montchréstien,, E.J.A., 1991

- MC CONAUGHEY (E.)**, *Le rôle du juge national en matière de clause d'arbitrage abusive insérée dans un contrat de consommation*, Les blogs pédagogiques de Paris Ouest, 15 mars 2010
- MC DOUGALL (R.)**, *The Implied Duty of Good Faith in Australian Contract Law*, Supreme Court of South Wales, consulté en ligne : [http://www.lawlink.nsw.gov.au/lawlink/Supreme_Court/] ;
- MÉADEL (C.)**, « *L'impact de la publicité, de la manipulation à la médiation* », in *La communication*, Eric Maigret (dir.), La documentation française, Paris, 2003
- MESTRE (J.)**, « *L'évolution du contrat en droit privé français* », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Paris, PUF, 1986
- MESTRE (J.)**, RTD. Civ. 1986, 100
- MILL (J.S.)**, *L'utilitarisme (1861)*, Paris, Flammarion, 1988
- MOUNIR (O.)**, *Le nouveau droit de la famille au Maroc, Essai analytique, Le sort des mariages mixtes, Les marocains à l'étranger*, Ed. Cheminements, 2005
- NASRI (Z.)**, *Le droit de l'assurance au Maroc*, éd. La porte, Rabat, 1984
- NEUMAYER (K.)**, *Les contrats d'adhésion dans les pays industrialisés*, Genève, Librairie Droz, 1999,
- NOBLOT (C.)**, *La qualité du contractant comme critère légal de protection*, thèse, Paris, L.G.D.J., 2002
- NOOTENS (T.)**, « *Fous, prodiges et faibles d'esprit : l'interdiction et le conseil judiciaire dans le Tribunal de Première Instance d'Angers 1820-1835, 1880-1883* », in *Déviance et Société*, Vol. 24, n°1, 2000, pp.47-67
- PAISANT (G.)**, *Les nouveaux aspects de la lutte contre les clauses abusives*, D. 1988, Chr. 253.
- PANCRAZI-TIAN (M.-E.)**, *La protection judiciaire du lien contractuel*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1996
- PANSIER (F.-J.)**, *Le droit pénal des affaires*, Paris, 2^e éd., Que sais-je ?, PUF, 1992
- PÉLISSIER (J.)**, *Le nouveau droit de licenciement*, Sirey, 2^e édition, 1980
- PÉROT-MOREL (M.A.)**, *De l'équilibre des prestations dans la conclusion du contrat*, Paris, Dalloz, 1961
- PETON (P.)**, *Le contrat médical, Cours de médecine*, Université de Reims, 2006
- PIZZIO (J.-P.)**, *L'introduction de la notion de consommateur en droit français*, D. 1984, chron.XIV, n°9.

- PLANIOL (M.) et RIPERT (G.)**, *Traité pratique de droit civil français*, t.1, Les personnes : état et capacité, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1952
- POULAIN (G.)**, *Les conséquences de l'inégalité sur la situation juridique du travailleur*, Dr. Soc., 1981
- RASSAT (M.L.)**, *La responsabilité civile*, 4^e éd., Paris, Que sais-je? 1998
- RAMPARANY-RAVOLOLOMIARANA (H.)**, *Le raisonnable en droit des contrats*, Thèse Université de Poitiers en cotutelle avec l'Université de Madagascar, 2008
- REGRAGUI (M.)**, *Le contrat d'adhésion et la protection du consommateur*, Mémoire de Master en Droit Privé, Université Mohammed V, F.S.J.E.S. Rabat-Agdal, (Pr. Farid El Bacha dir.), 2012
- RÉMY (Ph.)**, « *La genèse du solidarisme contractuel* » in *Le solidarisme contractuel, mythe ou réalité ?*, Paris, Economica, 2004
- RÉMY (Ph.)**, *Droit des contrats : questions, positions, propositions*, in *L'évolution contemporaine des contrats*, Journées Savatier, 1985
- RIEG (A.)**, *Contrat-type et contrat d'adhésion*, in *Etudes de droit contemporain*, Travaux et recherches de l'Institut de droit comparé de Paris, t.XXXIII, 1970
- RIPERT (G.)**, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^e éd., Paris, L.G.D.J., 1949
- RIVERO (J.) et SAVATIER (J.)**, *Droit du travail*, Coll. Thémis, PUF, 10^e édition, 1987
- ROCHFELD (J.)**, *Cause et type de contrat*, Paris, L.G.D.J., 2000
- ROLAND (L.)**, « *Qui dit contractuel dit juste* » (*Fouillée*)... *en trois petits bons à reculons*, Texte inspiré d'une communication faite au IX^e Congrès de l'Association Internationale de Méthodologie Juridique, Les principes généraux de droit, Tunis, Novembre 2005, 51 R.D. Mc Gill 765, 2006
- ROUHETTE (G.)**, « *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat* », thèse, Paris, 1965
- ROUHETTE (G.)**, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, in *Etudes Rodières*, Paris, Dalloz, 1981
- RUELLAN (F.)**, *A propos du régime de protection applicable au majeur dont les facultés corporelles sont altérées*, Paris, Dalloz, 1990
- SACCO (R.)**, *Liberté contractuelle, Volonté contractuelle*, R.I.D.C., Vol.59, n°4, 2007
- SALEILLES (R.)**, *De la déclaration de volonté, Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand, (art. 116 à 144)*, Paris, F. Pichon, 1901
- SCHMIDT (J.)**, *Négociation et conclusion de contrats*, Paris, Dalloz, 1982

- SERLOOTEN** (C.), *La standardisation en droit des contrats*, Thèse, Université Toulouse 1, 2008
- SINAY-CYTERMANN** (A.), « *Les relations entre professionnels et consommateurs en droit français* », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Comparaisons Franco-Belges*, FONTAINE (M.) (dir.), Paris, LGDJ, 1996
- SINAY-CYTERMANN** (A.), *Rigueur et ampleur du droit du travail*, Dalloz, DS, 1994, p.552
- SINAY-CYTERNAM** (A.), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 2, Dalloz, 2008
- SMORTO** (G.), *La justice contractuelle*, in R.I.D.C., Mars 2008, pp.583-602
- SPITZ** (J.-F.) , « “Qui dit contractuel dit juste” : quelques remarques sur une formule d’Alfred Fouillée », RTDciv., 2007, p. 281 et s.
- STARCK** (B.), **BOYER** (H.), et **BOYER** (L.), *Obligations*, 4^e éd., Paris, Litec, 1993
- STARCK** (B.), **ROLAND** (H.), et **BOYER** (L.), *Droit civil, Obligations, t. 2., Contrat*, 4^e éd., Paris, Lexis Nexis, 1993
- TABI TABI** (G.), *Les nouveaux instruments de gestion du processus contractuel*, thèse Université de Laval, Québec, 2011
- TCHOTOURIAN** (I.), *Droit de la publicité et de la promotion des ventes en matière de presse écrite*, Paris, éd. Publibook, Droit et Sciences politiques, 2004
- TERRÉ** (F.), **FENOUILLET** (D.), *Droit civil, Les personnes, La famille, Les incapacités*, Paris, Précis Dalloz, 7^e éd., 2005
- THIBIERGE** (C.), « *Libres propos sur la transformation du droit des contrats* », R.T.D.C., 1997
- TISSEYRE** (S.), *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats*, P.U.A.M., 2012
- TITUS** (C.S.), « *Le développement moral dans la psychologie morale de Lawrence Kohlberg et de Martin Seligman* », in *Revue d’éthique et de théologie morale*, H.S. n°251, Ed. du Cerf, 2008
- TUNC** (A.), *La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence*, J.C.P., 1945, I 449
- VAN DER WIELEN** (P.), « *Les relations entre services publics et usagers en droit belge* », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Comparaisons Franco-Belges*, (FONTAINE (M.) (dir.)), Paris, L.G.D.J., 1996
- VAYRE** (P.) et **VANNINEUSE** (A.), *Le risque annoncé de la pratique chirurgicale*, Paris, Springer-Verlag, 2003

- VIGNAL (N.)**, *La transparence en droit privé des contrats, approche critique de l'exigence*, P.U.A.M., Faculté de droit et de Sciences Politiques, 1998
- VIRASSAMY (G.)**, *La moralisation des contrats de distribution par la loi Doubin du 31 décembre 1989 (art. 1^{er})*, J.C.P., 1990, éd., E, II.15809
- VON KUEGELGEN (M.)**, « *Réflexions sur le régime des nullités et des inopposabilités* », in *Obligations contractuelles*, Bruxelles, Ed. Jeune Barreau, 2000
- WACQUET (Ph.)**, *La réintégration du salarié illégalement licencié*, Dr.Soc. 1991
- WERY (P.)**, *La nullité des contrats*, Bruxelles, Larcier, 2006
- WINKEL (L.)**, *Forms of imposed protection in legal history, Especially in Roman Law*, Erasmus Law Review, Vol. 3, Issue 2, 2010
- ZAINAL AZAM (A. R.)**, *Fraud and deceit: comparative law issues, Islamic Law of Contracts*, Phd program INCEIF, January 2013.

Table des matières

REMERCIEMENTS	4
LISTE DES ABREVIATIONS	5
SOMMAIRE	7
INTRODUCTION	8
Première partie – La partie faible au contrat, une victime à protéger	17
Chapitre I. Une volonté de protection déclarée mais confuse	18
Section 1. Définition de la partie faible au contrat	20
Paragraphe 1. Définition du législateur	21
A. L'appréhension de la faiblesse dans le droit commun	21
a) L'obligé au sens de l'article 473 du D.O.C.	22
b) La partie faible au sens de l'article 1162 du Code Civil français	23
B. L'appréhension de la faiblesse dans la loi consumériste	25
a) La partie faible au sens de l'article 9 de la loi 31-08	25
b) Un nouveau concept de la faiblesse au sens de l'article 15 de la loi 31-08	30
Paragraphe 2. Une qualification timide de la partie faible par la jurisprudence	32
A. La jurisprudence marocaine	33
B. La jurisprudence étrangère	37
a) La jurisprudence française	38
b) La jurisprudence européenne et orientale	40
Section 2. Complexité de la faiblesse	41
Paragraphe 1. La faiblesse inhérente à la personne du contractant	43
A. La faiblesse physique et mentale	43
a) L'âge	44
1. La minorité	44
2. La vieillesse	47
b) L'altération des facultés mentales	48
1. Le majeur non pleinement capable	49
α. Le prodigue	50
β. Le faible d'esprit	51
2. Le majeur incapable	52
B. La faiblesse cognitive	54
a) Le consommateur profane	54
b) Le professionnel en infériorité cognitive	55
Paragraphe 2. La faiblesse relative à la position des contractants	56
A. Les aspects substantiels du déséquilibre	56
a) La subordination	57
b) La dépendance économique	58
B. Conséquences de l'inégalité des parties	59
a) Le consentement vicié	59
1. La volonté n'est pas libre	59
2. La volonté n'est pas éclairée	60
b) Une négociation faussée	61
1. L'accord sans discussion préalable	61
2. L'accord de l'adhérent	62
Conclusion du Chapitre I	64

Chapitre II - Légitimité de la protection 66

Section 1. Le contrat d'adhésion ou la soumission en toute liberté 67

Paragraphe 1. Les contrats conclus sous la contrainte du besoin 68

A. Le contrat de travail 68

a) Nature du contrat de travail 68

b) Instabilité de l'emploi 70

B. Le contrat de crédit 73

a) Nature du contrat de prêt de consommation 73

b) Aspects du déséquilibre 74

Paragraphe 2. Les contrats conclus sous la contrainte du temps 79

A. Le contrat d'assurance 79

a) Le rôle prépondérant de l'assurance dans la détermination des modalités d'un contrat pré-rédigé 80

b) L'intervention judiciaire pour la protection de l'assuré 82

B. Le contrat médical 85

a) Nature du contrat médical 86

b) Une responsabilité à portée limitée 89

Section 2. Démenti de la théorie de l'autonomie de la volonté 91

Paragraphe 1. Liberté et égalité des parties : deux postulats erronés 92

A. L'utopie de l'égalité des parties 92

B. Les limites à la liberté contractuelle 94

Paragraphe 2. Le dogme de la volonté garante de l'équilibre contractuel 95

A. La discordance entre la volonté réelle et la volonté déclarée 96

B. Nécessité de garantir autrement l'équilibre contractuel 100

Conclusion du Chapitre II 106

Conclusion de la première partie 107

Seconde Partie - La partie faible au contrat, quelle protection au Maroc ? 110

Chapitre I. Un arsenal législatif lacunaire 112

Section 1. La protection de la partie faible au niveau du D.O.C. 112

Paragraphe 1. Le régime des incapacités 113

A. L'incapacité des mineurs 114

a) Le mineur dépourvu de discernement 114

b) Le mineur au discernement limité 116

c) Le mineur disposant de ses biens 118

1. Le mineur bénéficiant d'une autorisation d'expérience 118

2. Le mineur émancipé 119

B. L'incapacité des majeurs 119

a) Les majeurs non pleinement capables 120

1. Le majeur incapable protégé 122

2. Le majeur incapable non protégé 123

b) Le faible d'esprit 126

c) Le prodigue 127

Paragraphe 2. Le régime des vices du consentement 130

A. Les vices portant atteinte à la volonté 133

a) La protection par le recours à l'erreur 133

b) La protection par le recours au dol 137

c) La protection par le recours à la violence 141

B. L'effet de la compétence sur l'appréciation des vices du consentement 145

a) L'effet de la compétence du contractant sur l'appréciation de l'erreur et du dol	146
b) L'effet de la compétence du contractant sur l'appréciation de la violence morale	151
Section 2. La protection de la partie faible au niveau de la loi consommériste	154
Paragraphe 1. Une prise de conscience tardive et arbitraire	155
A. Une protection à la portée confuse	156
a) Une confusion relative aux personnes bénéficiaires de la protection	156
b) Une confusion relative au régime des clauses abusives	160
B. Une protection à l'étendue limitée	162
a) Une sanction oscillant entre la « clause non écrite » et la « clause nulle »	163
b) Les personnes titulaires du droit d'agir en nullité	166
Paragraphe 2. Un régime protecteur inéquitable	168
A. Les obligations de maîtrise du professionnel	168
a) L'obligation de renseignement	170
b) L'obligation de bonne foi	172
B. Nécessité d'une protection des professionnels	176
a) Le professionnel personne physique	179
b) Le professionnel personne morale	180
Conclusion du Chapitre I	182
Chapitre II – Les remèdes au déséquilibre contractuel	183
Section 1. La protection préventive	184
Paragraphe 1. Un formalisme protecteur du consentement de la partie faible	185
A. Les droits précontractuels visant la protection du consentement	185
a) Le droit à l'information et au conseil	187
b) Le droit à la réflexion et à la rétractation	190
B. Le droit à la transparence lors de la conclusion du contrat	193
a) Le droit à la clarté de l'écrit	194
b) La protection contre la publicité mensongère	198
Paragraphe 2. Le contrôle du contenu du contrat	204
A. Une pratique controversée	205
a) Les limites à la liberté contractuelle	206
b) La protection du consentement de la partie faible	209
B. Une utilité protectrice avérée	211
a) La cause, moyen de protection de la partie faible	211
b) L'objet, moyen de protection de la partie faible	216
Section 2. La protection corrective	220
Paragraphe 1. Les mesures correctives du déséquilibre contractuel provoqué au détriment de la partie faible	221
A. Le juge restaure l'équilibre en sauvegardant le contrat	222
a) L'interprétation du contrat flou	223
b) L'octroi d'un délai de grâce	229
c) La révision de la clause pénale	233
B. Le juge supprime le déséquilibre	237
a) La paralysie de la clause résolutoire	238
b) La suppression de la clause abusive	244
c) L'annulation des contrats lésionnaires	250
Paragraphe 2. Les mesures visant la correction des auteurs de l'abus	258
A. Le rôle des associations dans la défense de la partie faible	258
a) Le règlement amiable	259

1. La médiation	260
2. L'arbitrage	261
b) L'action judiciaire	263
B. La sanction des comportements abusifs	267
a) La sanction pénale	268
1. Les éléments constitutifs de l'abus de faiblesse ou d'ignorance	270
2. La mise en œuvre de l'abus de faiblesse ou d'ignorance	272
b) Les sanctions civiles	274
1. La nullité de l'engagement né d'un abus de faiblesse ou d'ignorance	274
2. Le remboursement des sommes payées par le consommateur et son dédommagement sur les préjudices subis	275
Conclusion du Chapitre II	278
Conclusion de la seconde partie	279
Conclusion générale	280
BIBLIOGRAPHIE	283