

La nature de l'ordre public économique en droit marocain de la consommation : essai de qualification à partir du régime des clauses abusives

The Nature of Economic Public Order in Moroccan Consumer Law: An Attempt at Legal Qualification Based on
the Regime of Abusive Clauses

NAJIM Omar

Docteur en Droit Privé en langue française ; à l'Université Mohammed V de Rabat

(Faculté des Sciences juridiques ; Economiques et Sociales de Salé).

Enseignant de la langue française.

Résumé : L'article analyse la nature de l'ordre public économique en droit marocain de la consommation, à travers la loi n° 31-08 sur les clauses abusives. Il met en évidence sa double fonction : protection du consommateur et régulation du marché. La distinction entre ordre public de direction et de protection est discutée et adaptée au contexte consumériste. L'étude souligne l'articulation entre liberté contractuelle et impératifs d'ordre public. Enfin, elle propose une lecture synthétique de l'ordre public comme cadre normatif et protecteur.

Mots-clés : Ordre public économique, Consommateur, Clauses abusives, Régulation, Liberté contractuelle.

Abstract : The article examines the nature of economic public order in Moroccan consumer law through Law No. 31-08 on abusive clauses. It highlights its dual function: consumer protection and market regulation. The distinction between directive and protective public order is discussed and adapted to the consumer context. The study emphasizes the link between contractual freedom and public order requirements. Finally, it proposes a synthetic reading of public order as a normative and protective framework.

Keywords : Economic public order, Consumer, Abusive clauses, Regulation, Contractual freedom

Introduction :

L'essor du droit de la consommation, dans la seconde moitié du XXe siècle, a profondément bouleversé les fondements du droit des contrats. Si la liberté contractuelle a longtemps été considérée comme un principe sacré, reflet de l'autonomie de la volonté et de l'égalité formelle des parties, les pratiques économiques contemporaines en ont révélé les limites. Dans un marché de masse, marqué par la standardisation des contrats et la généralisation des conditions générales préétablies, l'illusion d'un équilibre entre contractants s'est rapidement dissipée. C'est précisément dans ce contexte que la notion de clauses abusives est apparue comme un instrument destiné à corriger les déséquilibres contractuels.

La lutte contre les clauses abusives a été consacrée en droit français par la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978, dite loi Scrivener, adoptée afin de remédier aux insuffisances du droit civil classique en matière de protection des

consommateurs et de faire face aux dérives résultant de la généralisation des contrats d'adhésion proposés par certains professionnels³⁶⁶⁰.

Dans le même esprit, le législateur de l'Union européenne est intervenu par l'adoption de la directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 relative aux clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs. Ce texte poursuit un double objectif : d'une part, garantir une protection effective du consommateur contre les stipulations contractuelles créant un déséquilibre significatif à son détriment ; d'autre part, prévenir les distorsions de concurrence entre vendeurs ou prestataires de services dans le cadre de la commercialisation de leurs biens et services au sein du marché intérieur³⁶⁶¹.

Dans une perspective de rationalisation et d'harmonisation des règles applicables, l'ordonnance n° 2016-301 du 4 mars 2016 a procédé, à droit constant, à une réorganisation des dispositions relatives aux clauses abusives au sein du Code de la consommation français, afin d'en améliorer la cohérence normative et la lisibilité³⁶⁶².

Dans l'ordre juridique marocain, le législateur est intervenu par l'adoption de la loi n° 31-08 édictant des mesures de protection du consommateur, dans le but d'assurer une protection accrue de ce dernier face aux déséquilibres contractuels susceptibles de résulter, notamment, du recours généralisé aux contrats d'adhésion³⁶⁶³. Ce texte constitue désormais le fondement normatif principal en matière de répression des clauses abusives, en consacrant juridiquement cette notion à travers le critère du déséquilibre significatif créé au détriment du consommateur³⁶⁶⁴. L'intervention du législateur trouve ainsi sa justification dans une exigence d'ordre public économique, entendue comme l'ensemble des règles destinées à garantir la loyauté des relations contractuelles, à rétablir l'équilibre entre les parties et à assurer la protection de l'acteur contractuel considéré comme le plus vulnérable dans les rapports de consommation.

L'ordre public économique est au cœur de la régulation. Assurer l'ordre public économique c'est assurer le bon fonctionnement du marché. Sa sauvegarde est l'objet même de la régulation économique. De même que l'ordre public est indissociable de la police, l'ordre public économique fait le lien entre la notion de police appliquée à l'économie et la notion juridique de régulation. L'ordre public est présenté comme appartenant à ces notions juridiques dont l'indétermination ne semble avoir d'égal que leur place centrale dans le fonctionnement du

(3660) La loi n° 78-23 du 10 janvier 1978, dite loi Scrivener, est un texte fondateur du droit français de la consommation. Cette loi constitue le point de départ de la construction moderne du droit de la consommation en France, avant son intégration progressive dans le Code de la consommation et son harmonisation avec le droit européen.

(3661) VOGEL-Joseph, VOGEL-Louis, les fondamentaux du droit de la consommation ; Ed. Lawlex/Bruylant 2020, P.108.

(3662) L'ordonnance n° 2016-301 du 4 mars 2016 est un texte de recodification du droit de la consommation en France. Elle a procédé, à droit constant, à une réorganisation complète de la partie législative du Code de la consommation afin d'en améliorer la cohérence, la lisibilité et l'accessibilité

(3663) La loi 31-18, promulguée par le Dahir n° 1-19-114 du 9 août 2019 et publiée au Bulletin officiel n° 6807 du 26 août 2019, modifie le Code des obligations et des contrats marocain

(3664) En fait la clause abusive est définie par l'article 15 de la loi 31.08 édictant les mesures de protection du consommateur entant que « toute clause qui a pour objet ou pour effet de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties au contrat

système juridique. L'ordre public économique n'échapperait pas à ce constat. Il s'agirait d'une notion juridique aussi floue qu'indispensable³⁶⁶⁵.

En droit privé, l'ordre public économique se décompose en deux branches : l'ordre public économique de direction et l'ordre public économique de protection. Du point de vue de cette distinction, le contexte particulier du droit de la consommation complexifie la situation.

Il est en effet difficile de rattacher cette matière à l'une des branches de l'ordre public économique plutôt qu'à l'autre. Relevant tout à la fois d'une police du marché et d'une protection des intérêts privés de la partie faible, elle peut être rattachée aux deux types d'ordre public. L'ordre public économique se présente alors comme un instrument efficace mais d'application subtile.

C'est dans ce contexte que se situe l'originalité de cette étude : elle propose une tentative de qualification systématique de la nature de l'ordre public économique en droit marocain de la consommation à partir d'un terrain précis, le régime des clauses abusives issu de la Loi n° 31-08 édictant des mesures de protection du consommateur. Alors que la doctrine se limite souvent à affirmer son appartenance à l'ordre public économique sans en préciser la portée, cette analyse examine sa fonction normative et sa finalité réelle. Elle met en lumière l'articulation, voire l'imbrication entre ordre public de protection et ordre public de direction, contribuant ainsi à clarifier la nature hybride de l'intervention législative en matière de régulation contractuelle.

Cette problématique présente un double intérêt. Sur le plan théorique, elle permet de dépasser la vision classique de l'ordre public comme simple limite à la liberté contractuelle et d'en montrer l'évolution vers un véritable instrument de régulation des marchés. Sur le plan pratique, elle éclaire les enjeux actuels du droit de la consommation : la lutte contre les clauses abusives devient un terrain d'observation privilégié des mutations de l'ordre public économique, entre protection individuelle et gouvernance systémique. L'examen de ce double visage constituera donc le cœur de la réflexion, articulée autour de deux axes : d'abord, la difficulté majeure consistant à qualifier un ordre public économique et à justifier la distinction entre ses deux branches (I) ; ensuite, la détermination de sa finalité à travers la réglementation des clauses abusives (II).

I) La qualification de l'ordre public économique et la justification de la distinction entre ses deux branches

S'il est plus facile de récupérer le mercure échappé d'un vieux baromètre que de saisir la notion d'ordre public dans une définition, il est encore plus ardu d'identifier l'une de ses subdivisions³⁶⁶⁶. C'est parce qu'il recouvre plusieurs réalités différentes et peut servir soit à interdire certaines stipulations contractuelles - on parle alors d'ordre public négatif - soit, au contraire, à imposer des clauses - on parle alors d'ordre public positif. Pour les étudier, la doctrine distingue traditionnellement l'ordre public politique et l'ordre public économique.

3665 <https://droit.cairn.info/revue-les-nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel-2015-4-page-43?lang=fr>

(3666) BERRI- Nouredine ; L'ordre Régulatoire : Essai sur l'émergence d'un concept. Revue Académique de la Recherche Juridique. Article reçu le 02/03/ 2015, expertisé le 06/04/2015, rendu publiable le 03/05/2015. Faculté de Droit et des Sciences Politiques Université A. Mira Bejaia 06000 Bejaia – Algérie.P.27.

L'ordre public politique contient les normes qui ont trait à la protection de l'État, de la famille et des personnes, donc des piliers de la société, des valeurs sociales. L'ordre public économique est quant à lui beaucoup plus récent, puisque l'expression a été créée en 1960 par le doyen Ripert et vise à caractériser, à l'intérieur de l'ordre public, les interventions impératives de l'État en matière économique. Cela repose sur l'idée que l'ordre public économique n'est pas naturel mais construit : l'ordre nouveau n'est plus spontané ; il est le résultat d'un effort conscient des hommes pour adapter les structures et harmoniser les relations.

Il n'est plus donné ; il est construit. Selon l'auteur, il est l'ensemble des règles obligatoires dans les rapports contractuels relatives à l'organisation économique, aux rapports sociaux et à l'économie interne du contrat³⁶⁶⁷.

Cette conception a conduit à une scission interne entre ordre public de direction, orienté vers l'organisation du marché et la protection de l'intérêt général, et ordre public de protection, destiné à corriger les déséquilibres contractuels en faveur de la partie faible³⁶⁶⁸. Dès lors, l'analyse de l'ordre public économique impose, d'une part, de mettre en lumière sa double finalité, oscillant entre organisation du marché et correction des déséquilibres contractuels (A), et, d'autre part, de s'interroger sur l'intérêt et la pertinence de la distinction classique entre ordre public de direction et ordre public de protection, dont la portée apparaît aujourd'hui discutée, notamment en droit de la consommation³⁶⁶⁹ (B).

A) La double finalité de l'ordre public économique : organisation du marché et correction des déséquilibres contractuels

Si le droit de la consommation est un droit du marché, alors il participe de l'ordre public économique, d'ailleurs, les qualificatives directions et protection deviennent assez superflus : il n'y a plus véritablement lieu de distinguer entre ce qui dirige *stricto sensu*, et ce qui dirige *lato sensu* par le prisme d'une protection érigée dans un tel dessein. Il correspond fort bien à la définition de ce dernier en créant « des obligations aux parties et n'hésite pas à aménager autoritairement le contenu de certains contrats afin d'orienter l'activité contractuelle dans un sens jugé favorable à l'économie.³⁶⁷⁰

L'ordre public de direction s'inscrit dans une logique du marché³⁶⁷¹ l'idée selon laquelle « l'État pouvait orienter la vie contractuelle dans une direction favorable à l'utilité sociale » s'est forgé au XXe siècle ; cet ordre public de direction permet à l'État d'orienter l'engagement des parties vers un comportement utile socialement.

La direction vers une utilité sociale n'est pas la seule finalité recherchée par l'ordre public économique ; il doit également intervenir dans les rapports contractuels mettant aux prises des parties de puissance économique inégale afin de protéger la partie faible³⁶⁷²

(3667) GUILLAUME-Richard ; L'ordre public économique ; généalogie d'une notion paradoxale. In l'ordre public économique. LGDJ-Lextenso. 2018.P.14.

(3668) V. en ce sens MEKKI-Mustapha ; L'intérêt général et el contrat ; Ouvrage précitée ; n° 1025.°P.603.

(3669) BROUILLAUD-Natacha. L'influence du Droit de la consommation sur le système juridique ; Ouvrage Précité. n°970.P. 980

(3670) MAUME-Florina ; Essai critique sur la protection du consentement de la partie faible en matière contractuelle ; thèse précitée. N°1085 ; P.538.

(3671) Ibidem.

(3672) SALVADOR-Marie-Line ; La gestion contractuelle du risque industriel ; thèse précitée. n°149 ; P.118.

Ainsi, l'ordre public de direction a pour effet la défense des intérêts supérieurs de la collectivité, il vise à organiser les rapports économiques, conformément à l'intérêt général, au besoin contre les intérêts particuliers ; il s'illustre notamment en droit de la concurrence ; il est alors conçu comme un ordre public interventionniste et dirigiste³⁶⁷³ L'ordre public de protection trouve ainsi son résumé en la fameuse citation de Lacordaire « *entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c'est la liberté qui opprime, et la loi qui affranchit* »³⁶⁷⁴. il a pour objet de protéger les intérêts d'un contractant contre ce que l'autre partie au contrat serait en mesure de lui imposer lors de la conclusion d'un contrat dont les stipulations ne sont pas librement négociées entre les parties. L'ordre public de protection suppose que la formation du contrat est soumise à des conditions de fond et de forme impérativement décidées par la loi notamment et dont l'inobservation est sanctionnée par la nullité à l'initiative du contractant en faveur duquel il intervient ; il suppose aussi que le contenu du contrat n'étant pas librement débattu entre les parties.

il appartient non seulement au législateur mais aussi à la jurisprudence de décider impérativement de ce que doit être ce contenu ; soit en interdisant telle stipulation ; soit en imposant telle autre qui sera implicitement intégrée au contrat dans le cas où elle n'aurait point été expressément reprise par les parties ; le terrain d'élection de ce protectionnisme contractuel est constitué par le contrat d'adhésion³⁶⁷⁵.

Il apparaît donc que l'ordre public de protection se manifeste dans les contrats où il existe une inégalité entre les parties. Il protège un intérêt particulier contre les atteintes qu'un autre intérêt particulier, au nom de la liberté contractuelle, pourrait lui infliger. Le droit de la consommation en est un exemple³⁶⁷⁶, et il se présente comme l'outil privilégié pour sanctionner les déséquilibres, renouvelant ainsi le rapport du législateur aux manifestations de l'illicéité contractuelle³⁶⁷⁷

B) L'intérêt de distinction

À l'issue de cette brève analyse, peut-on qualifier la loi n° 31-08, et plus particulièrement ses dispositions relatives aux clauses abusives, de loi d'ordre public de protection ou d'ordre public de direction ? Selon notre vision ; l'intérêt de distinction réside particulièrement fort dans la relativité du régime de sanction, c'est surtout lorsqu'il s'agit de déterminer si un contrat contrevenant à une règle d'ordre public doit être frappée de nullité relative ou absolue.

le caractère relatif de la nullité est donc des plus contestables et relève d'une mauvaise approche des mesures contenues dans la loi 31-08 lorsque à plusieurs reprises ; la loi confère aux règles qu'elle instaure un caractère

(3673) CHARDIN-Charidin ; le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté ; Ouvrage précité. n°280 ; P.217.

(3674) ZOUAOUI BRAHMI-Najet. L'ordre public économique de protection dans le nouveau droit des ventes au consommateur. Revue de la jurisprudence et de la législation ; N°5 .2001. .n°1.P.9

(3675) LARROUMET-Christian. Droit civil, Les obligations, le contrat, 1ère partie, conditions de formation, ouvrage Précité. n°123.107.

(3676) Protéger la partie faible et notamment le consommateur est devenu une préoccupation d'intérêt public ; pour le droit de la consommation ; cependant l'ordre public n'est pas un critère opératoire ; c'est un instrument privilégié de l'intérêt général par la hiérarchisation des intérêts qu'il opère par référence à un certain nombre de valeurs sociales jugées essentielles. L'ordre public contribue à l'intérêt général aussi bien par la protection d'intérêts publics que par la protection d'intérêts privés ; plus justement il en fait des intérêts supérieurs.

(3677) V. en ce sens JACOMINO-Faustine ; Le contrôle objectif de l'équilibre contractuel. Entre droit commun des contrats et droit des pratiques restrictives de concurrence ; thèse en Droit ; Université Côte d'Azur, 2018. n°422 ; P.313.

d'ordre public ; il ne s'agit pas seulement d'un ordre public de protection ; mais selon notre point de vue il s'agit d'un ordre public de direction.

Car il s'agit de dispositions destinées à réguler le marché des produits et services offerts à la consommation³⁶⁷⁸. Pour certains auteurs la distinction entre ordre public de direction et ordre public de protection est complexifiée par le contexte particulier du droit de la consommation ; il est en effet difficile de rattacher la matière à l'une de branches de l'ordre public économique plutôt qu'à l'autre ; relevant tout à la fois d'une police du marché et d'une protection des intérêts privés de la partie faible ; elle peut tout à fait être rattachée aux deux types d'ordre public. Il suffit ; pour s'en convaincre de tourner son regard vers le droit de l'union européenne ; ou le législateur assigne comme premier objectif à la matière le développement et le bon fonctionnement du marché ; et ou la CJUE rappelle que la protection de la partie faible fait partie des objectifs des textes³⁶⁷⁹.

Le critère habituel pour déterminer l'ordre public de protection de celui de direction concerne l'intérêt protégé, si la mesure protège un intérêt particulier, alors elle sera qualifiée d'ordre public de protection. Et dans le cas où la finalité de la règle réside dans l'intérêt général, alors elle relèvera de l'ordre public de direction.³⁶⁸⁰

une décision de de la cour d'appel a précisé l'ordre public de protection par ces termes « *la réglementation par l'ordonnance du 30 décembre 1958 ; des clauses d'indexation ne relève pas du domaine de l'ordre public économique de direction ; mais de l'ordre public économique de protection ; puisqu'elle tend non pas à préserver la valeur de la monnaie ; mais à maintenir l'équité et l'équilibre des prestations respectives dans les accords contractuels* »³⁶⁸¹

II) La détermination de la finalité de l'ordre public économique à travers la réglementation des clauses abusives : La légitimité de l'ordre public en droit de la consommation

Il convient de rappeler que la réglementation des clauses abusives ne saurait être appréhendée comme une simple technique contractuelle destinée à corriger certains déséquilibres ponctuels. Elle s'inscrit, en réalité, dans un cadre normatif plus large relevant de l'ordre public économique. En effet, face à l'inégalité structurelle qui caractérise fréquemment les relations de consommation, le législateur est intervenu afin d'instaurer un ensemble de règles impératives visant à rétablir l'équilibre contractuel et à protéger la partie réputée faible au contrat, à savoir le consommateur.

Cette intervention législative révèle l'émergence d'un ordre public consumériste de protection, qui constitue une déclinaison spécifique de l'ordre public économique. Celui-ci traduit la volonté du législateur de garantir le bon fonctionnement du marché tout en assurant une protection effective des consommateurs contre les pratiques contractuelles susceptibles de créer un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. Dès lors,

(3678) Pour trancher cette question v. Partie II ; Titre II ; Chapitre 2 ; infra n° 2840 et S. P.552 et S ;

(3679) Sur ce point V. POILLOT- Elise. Droit européen de la consommation et unification du droit des contrats. LGD ; 2006 ; P.37 et S. cité par SAUPHANOR-BROUIAUD-Natacha ; Les contrats de consommations. Règles communes ; ouvrage précité ; . n° 970.P.980

(3680) Fin-Langer FIN LINGER- Laurence ; l'équilibre contractuel ; thèse Précité ; n° 215. P. 151.

(3681) Ibidem.

l'étude de la finalité de l'ordre public économique à travers la réglementation des clauses abusives permet de mettre en lumière le fondement et la légitimité de l'intervention du législateur dans la sphère contractuelle. Il s'agit, en effet, de démontrer que cette réglementation s'inscrit dans une politique juridique visant à concilier la liberté contractuelle avec les exigences de protection du consommateur.

Dans cette perspective, la réglementation des clauses abusives ne peut être comprise qu'à la lumière de l'évolution doctrinale et législative ayant conduit à l'affirmation d'un ordre public spécifique en droit de la consommation. En effet, certains concepts juridiques, initialement élaborés par la doctrine afin d'expliquer les transformations contemporaines du droit des contrats, ont progressivement été consacrés par le législateur afin d'encadrer l'exercice de la liberté contractuelle dans les relations de consommation.

C'est précisément dans ce contexte que s'inscrit l'émergence d'un ordre public consumériste de protection, qui constitue une manifestation particulière de l'ordre public économique et qui vise à rétablir l'équilibre contractuel dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs. Ainsi, il convient d'examiner, d'une part, le rattachement de la protection du consommateur à un ordre public consumériste (A) et, d'autre part, la fonction de l'ordre public en tant que principe démonstratif dans la théorie de la liberté contractuelle (B).

A) Le rattachement de la protection du consommateur à un ordre public consumériste

Le droit de la consommation étant et il l'était du moins jusqu'à une date récente ; l'exemple classique de règles essentiellement protectrices d'un intérêt catégoriel³⁶⁸² l'ordre public assure une hiérarchisation des intérêts légitimée par référence à une table des valeurs sociales ; opérant ainsi une dialectique permanente entre l'ordre et la justice ; cette hiérarchisation est d'intérêt général ; l'ordre public est par principe variant ; en fonction de l'idée de droit dominante ; à un moment donné dans un espace donné. Cette question de la légitimité de l'ordre public en droit de la consommation ; on vient de la poser en introduisant une césure entre l'ordre public de direction et l'ordre public de protection³⁶⁸³ ; celui-ci est une forme d'ordre public économique³⁶⁸⁴ ; il est à la limite de la protection des intérêts privés des consommateurs.³⁶⁸⁵ désireux d'aménager autoritairement les effets de certains contrats ; jouant notamment un rôle prépondérant sur le plan des échanges de biens et de services ; l'ordre public de protection ou consumériste est surtout animé par le souci de protéger des catégories de contractants particulièrement défavorisés tels les consommateurs en élaborant un certain nombre de mesures spéciales destinées à rétablir entre les parties une juste égalité qui n'existait plus dans les relations contractuelles particulièrement entre profanes et professionnels. D'ailleurs cet équilibre interne du contrat ne se réalise que conformément à l'intérêt général nécessitant une justice contractuelle³⁶⁸⁶ ; et en imposant la suppression des conventions abusives sur le fondement

(3682) NDONG MBENG- Yorik ; Dualité de la notion d'ordre public en droit des sociétés de l'OHADA ; thèse Précité. n°283.P.213

(3683) V. Supra N P.40

(3684) La même idée est partagée par certains auteurs qui considèrent que l'une des formes que peut revêtir l'ordre public économique ; l'ordre public de protection en traduisant les mêmes incertitudes et hésitations. Pour une étude d'ensemble V. ZAOUAOUI BRAHIMI-Najet. Op.cit. n°3. P.10.

(3685) MEKKI-Mustapha ; L'intérêt général et el contrat. ; Ouvrage Précité. n°1025. P.603

(3686) HOCHART-Catherine. La garantie d'éviction dans la vente. LGDJ.Paris.P.91et S.n°120.1993.

de l'ordre public de protection³⁶⁸⁷. Selon Monsieur Y. Picod, la protection du consommateur est une question qui relève d'un ordre public de protection dans la mesure où il s'agit de « protéger certaines catégories de personnes dont les intérêts sont menacés du fait même de la situation d'infériorité dans laquelle elles se trouvent ». La plupart des dispositions du droit de la consommation s'inscrivent dans ce cadre, laissant une place résiduelle à l'ordre public économique de direction ; pour Messieurs J. Calais-Auloy et H. Temple, « le droit de la consommation est fait, pour sa majeure partie, de textes impératifs imposant des obligations aux professionnels et comportant des sanctions. Ces règles relèvent d'un ordre public de protection » ; une telle approche est représentative de la volonté de protéger les intérêts d'une catégorie de contractants présumés en état de faiblesse³⁶⁸⁸.

Ces affirmations soulignent que l'ordre public consumériste se compose d'un ensemble de règles et de dispositifs conçus pour servir l'intérêt général du consommateur en protégeant ses intérêts privés. Cette protection contribue à l'intérêt général en préservant les droits des individus. Pour résoudre les situations au cas par cas, il pourrait être nécessaire de privilégier la finalité prédominante et de faire la distinction avec l'ordre public de direction, qui vise essentiellement à enseigner. L'ordre public consumériste existe bel et bien et se concentre sur la défense impérieuse des intérêts particuliers, notamment ceux des parties considérées comme plus vulnérables, comme les consommateurs. Il se manifeste particulièrement dans les contrats où existe une disparité de pouvoir entre les parties, en protégeant ainsi un intérêt spécifique contre les éventuelles atteintes que pourrait lui porter un autre intérêt, souvent au nom de la liberté contractuelle. Le droit de la consommation en est un exemple significatif.

Le droit de la consommation, et en particulier les règles concernant les clauses abusives, s'inscrit dans un ordre public de protection du consentement du consommateur, ce qui constitue l'une des spécificités de ce droit.³⁶⁸⁹ Les rédacteurs de la loi 31-08 édictant des mesures de protection du consommateur marocain ont sans nul doute admis le principe de la liberté contractuelle tout en le subordonnant aux normes qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs³⁶⁹⁰. Un auteur a précisé que la liberté de contracter ne peut être limitée que par la justice, les bonnes mœurs et l'utilité publique³⁶⁹¹.

Ainsi, la possibilité de modeler le contenu contractuel n'est pas absolue mais atténuée par des dispositions relevant de l'ordre public. Tourné vers la protection du consommateur en tant que partie faible au contrat ; l'ordre public de protection trouve de nos jours particulièrement à s'installer dans la loi 31-08 édictant des mesures de protection du consommateur, où les moyens mis en œuvre pour assurer la protection du consommateur viennent s'ajouter à

(3687) IBARA- Rochfelaire. L'aménagement de la force majeure dans le contrat : essai de théorie générale sur les clauses de force majeure dans les contrats internes et internationaux de longue durée ; thèse précitée ; n°718.P.1696

(3688) Ibidem.

(3689) SAUPAHNOR-Nathalie ; L'influence du droit de la consommation sur le système juridique. Ouvrage précité ; n°8. P.6

(3690) Le législateur marocain en rédigeant les règles sur les clauses abusives ; a pris sans doute en considérations les principes qui limitent les contours de la liberté contractuelle et qui s'inscrivent dans un ordre public et ce conformément à l'article 6 du code civil qui prévoit que « on ne peut déroger ; par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ».

(3691) PORTALIS ; Discours préliminaires ; locré T.IVP.102 n°84 ; cité par HORCHAT-Cathrine. La garantie d'éviction dans la vente ;Ed ; LGDJ. Paris.75014. 1993.n°129.P.91.

la spécificité de la technique de l'ordre public économique pour constituer autant d'éléments caractéristiques de l'ordre public de protection.

La réglementation des clauses abusives relève d'un ordre public consumériste protecteur in stricto sensu, une telle corrélation est intimement liée à la raison d'être du droit de la consommation ; c'est en cette branche de droit que la notion de clause abusive a connu sa consécration légale.³⁶⁹²

Toutefois, la pratique montre que la libre détermination du contenu du contrat peut être gravement réduite par d'autres moyens reconnus juridiquement, comme c'est le cas dans les contrats de consommation ; l'ordre public consumériste s'impose à la libre détermination du contenu contractuel et le contenu contractuel que les parties fixent doit, selon notre point de vue, constituer une conciliation respectives des intérêts des parties. En fait, de manière générale, la législation sur les clauses abusives s'inscrit dans un cadre d'ordre public consumériste protecteur et a pour objectif de protéger le consommateur en tant que partie faible dans ses rapports contractuels, et elle est l'un des moyens d'assurer un certain équilibre du contenu contractuel.

B) La fonction de l'ordre public en tant que principe démonstratif dans la théorie de la liberté contractuelle

Le choix du recours au caractère d'ordre public des clauses abusives repose sur deux raisons principales ; d'une part, contribuer à établir l'aspect essentiel de ces mêmes règles ; elles sont attentatoires au principe de liberté contractuelle mais ne mettent pas en péril son existence. D'autre part rendre les règles qui forment leur réglementation indérogables.

Certes, l'ordre public peut apparaître comme un principe extérieur venant restreindre la liberté contractuelle des parties.³⁶⁹³ Il en constitue, à première vue, l'antithèse, dans la mesure où il impose des limites à la volonté individuelle. Son rôle fondamental est d'encadrer à la fois la structure objective (contenu du contrat) et subjective (qualité des parties) du contrat. Cependant, cette conception trouve également un fondement dans le principe de l'autonomie de la volonté, dans la mesure où celle-ci ne peut s'exercer pleinement que dans un cadre garantissant l'équilibre et la justice contractuelle. Dès lors, une question essentielle se pose : quel lien convient-il d'établir entre l'ordre public et la liberté contractuelle ? Plus encore, quelle articulation peut-on envisager entre l'ordre public et le principe d'autonomie de la volonté ?

La thèse concevant l'ordre public comme une antithèse de la liberté contractuelle et une limite aux initiatives individuelles, part de l'idée selon laquelle l'envahissement de l'ordre public dans les contrats participe à démentir la suprématie du principe de la liberté contractuelle. C'est pourquoi ; il est difficile de concevoir un ordre public en dehors de la loi, seul le législateur pouvait légitimer une telle atteinte à la liberté contractuelle, en outre limiter

(3692) V. Les articles de 15 à 20 de la loi 31-08 édictant des mesures de protection du consommateur.

(3693) G. FARJAT, L'ordre public économique, thèse, Dijon, LGDJ, 1963, p. 32, n° 22 ; cité par SALVADOR-Marie-Line ; La gestion contractuelle du risque industriel ; thèse Précitée ; n°149 ; P.119.

l'ordre public à l'intervention de la loi permettait d'instaurer une certaine prévisibilité et pouvait garantir un minimum de sécurité juridique.³⁶⁹⁴

Même si les commentateurs abandonnèrent une vision dite analytique pour une conception plus synthétique ; à la recherche d'un critère objectif ; la conception de l'ordre public demeurait limitée à celle de la loi ; l'ordre public était l'exception ; la liberté contractuelle est le principe. Aujourd'hui encore l'ordre public est généralement perçu comme une atteinte ; une barrière à la liberté contractuelle ; il en serait l'antithèse ; du reste la doctrine contemporaine aborde encore trop souvent l'ordre public comme une exception au principe de la liberté contractuelle³⁶⁹⁵. Mais quelle forme de liberté que l'ordre public cherche à délimiter en matière des clauses abusives ? C'est à propos de la liberté de détermination du contenu contractuel qu'apparaît nettement la direction de l'ordre public et plus précisément l'ordre public consumériste de protection.

Les parties sont généralement libres de fixer elles-mêmes le contenu de leur contrat ; cependant une limite s'impose à elles ; le contenu qu'elles fixent doit selon notre point de vue ; constituer une conciliation des intérêts respectifs des parties ; ainsi en matière des clauses abusives de nombreuses dispositions sont d'ordre public et aboutissent à assurer la conciliation des intérêts des parties.

Nonobstant ; cette antinomie entre l'ordre public et la liberté contractuelle n'est pas à la réflexion justifiée, on ne peut toutefois devant l'importance quantitative et qualitative de l'ordre public dans notre société néo-libérale se limiter à une confrontation aussi réductrice de l'ordre public et de la liberté contractuelle. Tout d'abord il est erroné de déceler un rapport conflictuel entre ordre public et liberté contractuelle ; l'ordre public est le cadre normal dans lequel la liberté contractuelle est encadrée ; une donnée sociale ; la règle du jeu sociale préexiste à la règle du contractuel.

Le néo-libéralisme actuel tentant d'ajuster entre la liberté individuelle et solidarité sociale ; est un contexte politique et sociale idéal pour mettre en exergue une telle combinaison harmonieuse de l'ordre public et de la liberté contractuelle.

Les expressions mettant en évidence cette fonctionnalité de la notion d'ordre public, orientée vers l'encadrement des libertés contractuelles sont nombreuses. En effet, comme l'a souligné Adeline JEAUNEAU dans sa thèse, on parle souvent d'*ordre public pris dans sa fonction d'encadrement de l'autonomie de la volonté* d'*ordre public pris dans sa fonction d'éviction de la loi étrangère* », ou encore d'*ordre public pris dans sa fonction de limitations des libertés publiques* ». Cette fonction d'encadrement des libertés est confirmée par FARJAT qui, estima que si l'ordre public constitue la limite majeure à l'expression de la liberté contractuelle, il n'implique pas de facto la suppression de cette dernière. De sorte que « cet ordre public est censé fixer le cadre dans lequel devrait s'épanouir la liberté contractuelle³⁶⁹⁶ »

(3694) LE GAC-PECH-Sophie ; la proportionnalité en Droit des contrats ; ouvrage précité. n°740 ; P.294.

(3695) CHARDIN-Nicole ; le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté ; ouvrage précité ; n°280 et S. P.217 et S....

(3696) NDONG MBENG- Yorik ; Dualité de la notion d'ordre public en droit des sociétés de l'OHADA ; thèse précitée ; ; 2020 ; Université D'AIX-MARSEILLE. n°25. P.16

La concentration économique et commerciale a alors suscité des rapports de force inégalitaires à travers lesquels la liberté contractuelle engendrait un déséquilibre prononcé, accentuant ainsi la suprématie du plus fort sur le plus faible. La protection accrue et le développement de statuts contractuels spéciaux, tels que ceux réservés aux consommateurs, aux salariés ou aux distributeurs, ont pleinement contribué à l'affaiblissement de la liberté contractuelle.³⁶⁹⁷

Ainsi la législation marocaine interdit la dérogation aux lois qui intéressent l'ordre public par le biais de conventions particulières; plus précisément elle limite la liberté de l'autonomie de la volonté, à toutes les matières qui intéressent l'ordre public. La raison d'être de la réglementation des clauses abusives allant dans le même sens, il respecte l'autonomie de la volonté des parties, à condition de ne pas porter atteinte à l'ordre public, et aux droits fondamentaux en particulier.

C'est ainsi que se résume le but poursuivi par le législateur dans la loi 31-08 et notamment la législation sur les clauses abusives: produire une législation indérogable par convention contraire³⁶⁹⁸. L'ordre public implique à cet égard la force la plus puissante de ses normes; mais se pose la question de savoir quels droits et quelles dérogations?

Une analyse synthétique des différentes formulations du législateur marocain dans la loi 31-08 édictant des mesures de protection du consommateur, notamment à travers l'article 18, met en évidence la volonté ferme du législateur de rendre impératives les normes auxquelles les parties ne peuvent déroger conventionnellement.³⁶⁹⁹

(3697) GRAS-Nicolas; Essai sur les clauses contractuelles; thèse Précitée; n°7.P.7

(3698) C'est ainsi que l'article 16 précise 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 »

(3699) L'article 18 de la loi 31-08 édictant des mesures de protection du consommateur dispose en effet que « sous réserve de l'application de législations spéciales et ou de l'appréciation des tribunaux, et de façon indicative et non exhaustive, peuvent être regardées comme abusives, si elles satisfont aux conditions prévues à l'article 15 ci-dessus, les clauses ayant pour objet ou pour effet :

- 1) dans les contrats de vente de supprimer ou de réduire le droit à réparation du consommateur en cas de manquement par le fournisseur à l'une quelconque de ses obligations ;
- 2) de réserver au fournisseur le droit de modifier unilatéralement les caractéristiques du produit, du bien à livrer ou du service à fournir. Toutefois, il peut être stipulé que le fournisseur peut apporter des modifications liées à l'évolution technique, à condition qu'il n'en résulte ni augmentation des prix ni altération de qualité et que la clause réserve au consommateur la possibilité de mentionner les caractéristiques auxquelles il subordonne son engagement ;
- 3) D'exclure ou de limiter la responsabilité légale du fournisseur en cas de mort d'un consommateur ou de dommages corporels causés à celui-ci, résultant d'un acte ou d'une omission du fournisseur ;
- 4) D'exclure ou de limiter de façon inappropriée les droits légaux du consommateur vis-à-vis du fournisseur ou d'une autre partie en cas de non-exécution totale ou partielle ou d'exécution défectueuse par le fournisseur d'une quelconque des obligations contractuelles, y compris la possibilité de compenser une dette envers le fournisseur avec une créance qu'il aurait contre lui ;
- 5) De prévoir un engagement ferme du consommateur, alors que l'exécution de l'engagement du fournisseur est assujettie à une condition dont la réalisation dépend de sa seule volonté ;
- 6) D'imposer au consommateur qui n'exécute pas ses obligations une indemnité d'un montant disproportionnellement élevé ou le cumul de plusieurs indemnités ;
- 7) D'autoriser le fournisseur à résilier le contrat de façon discrétionnaire si la même faculté n'est pas reconnue au consommateur, ainsi que de permettre au fournisseur de retenir les sommes versées au titre de prestations non encore réalisées par lui, lorsque c'est le fournisseur lui-même qui résilie le contrat ;
- 8) D'autoriser le fournisseur à mettre fin sans un préavis raisonnable à un contrat à durée indéterminée, sauf en cas de motif grave ;

Or, on le remarque peu, il est très soutenable que les nombreuses dispositions prohibant les clauses abusives relèvent de l'ordre public absolu », c'est-à-dire auquel on ne peut pas déroger. L'interdiction de déroger aux dispositions d'ordre public insérées dans la loi 31-08 protège le consommateur à travers la sauvegarde de principes fondamentaux desquels dépend l'équilibre contractuel.

Mais ce n'est pas toujours le cas, certains types de clauses pourraient être insérées dans l'ordre public ; règles supplétives y compris, ces règles, pour reprendre le terme utilisé dans les textes, « intéressent » l'ordre public au même titre que les règles impératives, Cette propension de ce corpus de règles à s'imposer « à l'encontre de la volonté individuelle » met au jour « une source supplémentaire de l'ordre public contractuel.³⁷⁰⁰ Un auteur soulignait que l'évolution vers une impérativité floue de l'ordre supplétif proposé par le droit de la consommation permettrait de mesurer à quel point la liberté de déterminer le contenu obligatoire du contrat est aujourd'hui en recul.³⁷⁰¹ Peut-on donc comprendre d'après la rédaction de la loi 31-08 que le mouvement du législateur marque la naissance d'une source supplémentaire de l'ordre public contractuel ; constituant ce qu'on pourrait appeler pour marquer son origine comme son paradoxe ; un ordre public supplétif ?

Conclusion :

En conclusion, l'ordre public économique en droit marocain de la consommation apparaît comme une notion hybride, combinant une fonction de protection du consommateur et une fonction de régulation du marché. La loi n° 31-08 relative aux clauses abusives illustre cette dualité en encadrant la liberté contractuelle tout en rétablissant l'équilibre entre parties, notamment dans les contrats d'adhésion. Cette législation traduit la volonté du législateur

9) De proroger automatiquement un contrat à durée déterminée en l'absence d'expression contraire du consommateur, alors qu'une date excessivement éloignée de la fin du contrat a été fixée comme date limite pour exprimer cette volonté de non-prorogation de la part du consommateur ;

10) De constater de manière irréfutable l'adhésion du consommateur à des clauses dont il n'a pas eu, effectivement, l'occasion de prendre connaissance avant la conclusion du contrat ;

11) D'autoriser le fournisseur à modifier unilatéralement les termes du contrat sans raison valable et spécifiée dans le contrat et sans en informer le consommateur ;

12) De prévoir que le prix ou le tarif des produits, biens et services est déterminé au moment de la livraison ou au début de l'exécution du service, ou d'accorder au fournisseur le droit d'augmenter leur prix ou leur tarif sans que, dans les deux cas, le consommateur n'ait de droit correspondant lui permettant de rompre le contrat au cas où le prix ou le tarif final est trop élevé par rapport au prix ou tarif convenu lors de la conclusion du contrat ;

13) D'accorder au fournisseur, seul, le droit de déterminer si le produit ou bien livré ou le service fourni est conforme aux stipulations du contrat ou de lui conférer le droit exclusif d'interpréter une quelconque clause du contrat ;

14) De restreindre l'obligation du fournisseur de respecter les engagements pris par ses mandataires ou de soumettre ses engagements au respect d'une formalité particulière ;

15) D'obliger le consommateur à exécuter ses obligations alors même que le fournisseur n'exécuterait pas les siennes ;

16) De prévoir la possibilité de cession du contrat de la part du fournisseur, lorsqu'elle est susceptible d'engendrer une diminution des garanties pour le consommateur sans l'accord de celui-ci ;

17) 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.

(3700) V. en ce sens. CHAOUEDT-Sibylle. Le déséquilibre significatif. Ouvrage précité ; n°316 et 317.P. 247

(3701) MUNCK STOFFEL-Philippe ; l'abus dans le contrat ; ouvrage précité ; n°447 et S ; P.355.

de concilier intérêt général et intérêts particuliers, renforçant ainsi la sécurité juridique et la loyauté des échanges. L'analyse démontre que la distinction traditionnelle entre ordre public de direction et ordre public de protection demeure pertinente, mais doit être adaptée au contexte spécifique du droit de la consommation. L'ordre public consommériste se révèle un instrument dynamique, permettant de corriger les déséquilibres contractuels tout en orientant l'activité économique. Il constitue ainsi un outil essentiel de régulation normative et pratique. Par ailleurs, la relation entre ordre public et liberté contractuelle montre que cette dernière ne peut s'exercer pleinement qu'à l'intérieur d'un cadre protecteur. L'étude souligne également l'importance d'une approche synthétique, dépassant l'antagonisme classique entre ordre public et autonomie de la volonté. Enfin, cette réflexion contribue à clarifier la nature normative de l'ordre public économique marocain et son rôle central dans la protection des consommateurs et la régulation des marchés. Elle invite à une lecture intégrée, garantissant justice et équité dans les relations contractuelles.

❖ Bibliographie :

I. Ouvrages

- BROUILLAUD, Natacha, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*.
- CHARDIN-Nicole ; le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté ; Préf. AUBERT-Jean Luc ; L.G.D.J ; Paris ; 1998 ;
- FARJAT, Gérard, *L'ordre public économique*, LGDJ, 1963.
- FIN LANGER-Laurence., *L'équilibre contractuel*, Préf ; THIBIERGE-Catherine, coll. Bibliothèque de droit privé, tome ; 366, L.G.D.J ; Paris ; 2002 ;
- GUILLAUME, Richard, *L'ordre public économique : généalogie d'une notion paradoxale*, in *L'ordre public économique*, LGDJ-Lextenso, 2018.
- HOCHART, Catherine, *La garantie d'éviction dans la vente*, LGDJ, Paris, 1993.
- LARROUMET, Christian, *Droit civil. Les obligations. Le contrat*, 1re partie, Conditions de formation.
- LE GAC-PECH- Sophie : la proportionnalité en Droit des contrats. Ed. L.G.D.J. .2000
- MEKKI-Mustapha ; l'intérêt général et le contrat ; contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé ; Préf. GHESTIN-Jacques ; Bibliothèque de droit Privé ; TOME 411 ; LGDJ ; Paris ; 2004 ;
- MUNCK STOFFEL, Philippe, *L'abus dans le contrat*.
- POILLOT, Elise, *Droit européen de la consommation et unification du droit des contrats*, LGDJ, 2006.
- SAUPHANOR-BROUILLAUD, Natacha, POILLOT, Elise, OUERDANEUBERT DE VINCELLES, Carole, BRUNAUX, Geoffroy : *Les contrats de consommation : règles communes*, Coll. Traité de droit civil ; Edition Alpha ; LGDJ-Lextenso, Paris, 2013 ;

- **VOGEL, Joseph ; VOGEL, Louis, *Les fondamentaux du droit de la consommation*, Lawlex/Bruylant, 2020.**

II. Thèses et mémoires

- **GRAS-Nicolas** ; Essai sur les clauses contractuelles ; thèse en Droit ; Université d'Auvergne - Clermont-Ferrand I, 2014.
- **IBARA-rochfelaire** ; L'aménagement de la force majeure dans le contrat : essai de théorie générale sur les clauses de force majeure dans les contrats internes et internationaux de longue durée ; thèse en Droit ; Poitiers ; Université de Poitiers, 2012.
- **JACOMINO-Faustine** ; Le contrôle objectif de l'équilibre contractuel. Entre droit commun des contrats et droit des pratiques restrictives de concurrence ; thèse en Droit ; Université Côte d'Azur, 2018

MAUME-FLORIAN ; Essai critique sur la protection du consentement de la partie faible en matière contractuelle ; thèse en Droit ; Université d'Evry-Vald'Essonne ; 2015 ;

- **NDONG MBENG- Yorik** ; Dualité de la notion d'ordre public en droit des sociétés de l'OHADA ; thèse précitée ; ; 2020 ; Université D'AIX MARSEILLE. n°25. P.16

III. Articles de doctrine

- **BERRI- Nouredine** ; L'ordre Régulatoire : Essai sur l'émergence d'un concept. Revue Académique de la Recherche Juridique. Article reçu le 02/03/ 2015, expertisé le 06/04/2015, rendu publiable le 03/05/2015. Faculté de Droit et des Sciences Politiques Université A. Mira Bejaia 06000 Bejaia – Algérie. P.27
- **ZOUAOUI BRAHMI-Najet**. L'ordre public économique de protection dans le nouveau droit des ventes au consommateur. Revue de la jurisprudence et de la législation ; N°5 .2001. .n°1.P.9

IV. Colloques / Contributions collectives

- **GUILLAUME, Richard**, « L'ordre public économique : généalogie d'une notion paradoxale », in *L'ordre public économique*, LGDJ-Lextenso, 2018.

V. Textes de loi

- 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
- Loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services.
(dite "loi Scrivener")
- Ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du Code de la consommation