



La nullité partielle : « Une entrave au pouvoir du juge »

« Partial nullity : an obstacle to judicial power »

Meriam Zarrou

Doctorante chercheuse, Faculté des Sciences Juridiques et Politiques, Université Ibn Tofail- Kénitra

Université : Ibn Tofail

Faculté des Sciences juridiques et politiques –Kénitra-

Laboratoire : Etudes et recherches en sciences Juridiques et Judiciaires

Résumé

Cette étude comparative examine le mécanisme de la nullité partielle en confrontant les solutions des droits marocain et français. Conçue comme un outil de sauvetage face à la nullité intégrale, cette mesure permet d'éliminer les seules clauses irrégulières ou abusives, à condition qu'elles n'aient pas été impulsives du consentement.

L'analyse s'appuie sur un examen croisé du DOC, de la loi n°31-08 sur la protection du consommateur et du Code des assurances au Maroc, mis en perspective avec les dispositions correspondantes des codes civil, de la consommation et des assurances en France. L'accent est mis sur l'office du juge, confronté à la délicate mission de distinguer les clauses impulsives et déterminantes des stipulations accessoires pour maintenir l'équilibre de la convention.

L'analyse conclut que l'efficacité de la nullité partielle, en tant que vecteur de justice contractuelle, reste conditionnée par un encadrement strict du pouvoir souverain des juges

Abstract

This comparative study confronts Moroccan and French contract law to explore the mechanics of partial nullity. Designed to prevent the outright collapse of an agreement, this mechanism isolates and strikes down unlawful or unfair terms while keeping the remainder of the contract intact, provided those terms were not the driving force behind the parties' consent.

The analyses evaluates this approach across a dual legislative framework, examining the Moroccan DOC, law n°31-08 on consumer protection, and the Insurance Codes, alongside their equivalents in the French civil, Consumer, and Insurance Code. Central to this discussion is the judicial role, the study dissects how judges identify essential clauses to maintain contractual equilibrium. Ultimately, while partial nullity shields vulnerable parties and preserves commercial relationships, it inevitably tests the boundaries of judicial overreach and party autonomy. The study concludes that while partial nullity is a vital instrument for contractual fairness, its success hinges on clearly delineating the limits of judicial intervention

INTRODUCTION

La nullité constitue l'une des sanctions clés en droit des contrats, car elle force l'acte juridique à respecter les règles de validité fixées par la loi. Longtemps, érigée en sanction absolue provoquant l'extinction totale du contrat, elle s'est orientée vers des solutions tempérées, au premier chef de la nullité partielle. Cette dernière, guidée par une logique de sauvegarde du lien contractuel, consiste à expurger les seules clauses entachées de nullité, en conservant les dispositions valides lorsque l'économie générale le permet.

Néanmoins, cette transformation n'échappe pas à certaines opacités. Conçue pour fortifier la sécurité des relations juridiques et protéger les parties, y compris les plus exposées, la nullité partielle investit le juge d'un rôle arbitral décisif, l'obligeant à trancher sur la nature substantielle ou incidente des stipulations litigieuses. Se pose dès lors une problématique essentielle : jusqu'à quel point la nullité



partielle assure-t-elle la protection de l'équilibre contractuel sans entraver le pouvoir judiciaire ni, à l'opposé, sans empiéter sur l'autonomie contractuelle des parties ?

C'est sous cette question que s'inscrit la présente analyse, qui scrute la nullité partielle en tant que dispositif de maintien du contrat et facteur d'antagonisme entre volonté des parties et autorité judiciaire. Elle débutera par l'étude de la nullité partielle en droit marocain, couvrant le droit commun et les régimes spéciaux, pour ensuite aborder son cadre en droit français, en dégagant les assises légales, les avancées jurisprudentielles et les débats doctrinaux sur la marge d'intervention du juge.

I- Le régime juridique de la nullité partielle en droit marocain

Nous décortiquerons d'abord la nullité partielle, en analysant successivement (1), les dispositions de droit commun, puis (2) les dispositions de la loi 31-08, et enfin (3), les dispositions relatives à la loi 17-99.

1- Les articles 60 et 307 du D.O.C : une lacune législative controversée

Le Dahir des obligations et des contrats ne reconnaît pas expressément le terme de nullité partielle, dans le sens où l'article 307 prévoit la nullité immédiate du contrat dans son entièreté sans possibilité de donner lieu à nullité à ou aux clauses réputées nulles uniquement, et, maintien de la ou des clauses valables, ce qui traduit la sévérité du législateur en matière de validité des contrats.

Cependant, le recours à l'article 60 du même Dahir,¹⁴²² est indispensable, à partir du moment où le législateur traite de l'obligation d'indemnisation de l'autre partie en cas d'impossibilité partielle d'exécution, sauf si l'autre partie connaissait aussi l'impossibilité. Le législateur souligne ainsi, la possibilité de maintenir le contrat et, est valable en partie, ce qui est, à première vue, totalement contradictoire avec les dispositions des articles 307 et 308 du D.O.C. Une telle disposition soulève une interrogation importante : *comment l'article 307 du D.O.C aborde-t-il la situation où un contrat est partiellement valide en raison d'une impossibilité d'exécution, tout en tenant compte de la possibilité offerte par l'article 60 de préserver la partie exécutable du contrat ?*

L'article 60 permet aux parties d'un contrat de poursuivre son exécution, même si certaines clauses deviennent impossibles à réaliser. Cette possibilité est soumise à l'indemnisation de la partie concernée, qui doit être informée par l'autre partie de l'impossibilité d'exécution. En d'autres termes, lorsqu'une partie prend conscience de l'incapacité à remplir une ou plusieurs obligations contractuelles, elle peut choisir de ne pas mettre fin au contrat, à condition de compenser la partie affectée par cette situation. Cette disposition vise à maintenir l'équilibre contractuel en préservant les engagements des parties tout en garantissant une réparation adéquate pour les dommages subis par celle qui ne peut pas recevoir la prestation initialement convenue.

Cependant, l'article 60 soulève un autre problème, qui mérite une attention particulière en raison de ses implications sur le cours du contrat, et qui se manifeste, en l'indemnisation en cas d'impossibilité d'exécution d'une ou de certaines clauses du contrat en question, l'indemnisation prévue dans ce cas paraît paradoxale, puisque la partie fautive, en connaissance de l'impossibilité d'exécution, aurait agi en mauvaise foi en ne divulguant pas cette information à l'autre partie. Dès lors, il est légitime de s'interroger ; pourquoi une indemnisation serait accordée si l'une des parties savait qu'elle ne pouvait pas exécuter sa prestation ? Cela soulève des interrogations sur la mauvaise foi et remet en question la logique qui sous-tend l'indemnisation dans ce contexte.

¹⁴²² L'article 60 du D.O.C énonce : « la partie qui savait, ou devait savoir, au moment du contrat, que la prestation était impossible, est tenue à des dommages 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



Cette approche semble affaiblir le principe fondamental de la bonne foi qui est important pour la formation des contrats. En effet, lorsqu'une partie dissimule intentionnellement son incapacité à exécuter une prestation, elle enfreint clairement son obligation d'honnêteté et de loyauté.¹⁴²³ Autoriser ce contrat à produire des effets, même partiellement, en prévoyant une indemnisation, pourrait être interprété comme une forme de tolérance envers la mauvaise foi.

La bonne foi devrait être un principe directeur dès le départ.¹⁴²⁴ Dans ce contexte, la sanction appropriée serait la nullité totale du contrat comme le prévoit l'article 307 susmentionné et ce, pour empêcher que la partie agissant de mauvaise foi ne bénéficie d'un quelconque avantage. Limiter les conséquences à une simple indemnisation pourrait inciter certains à adopter des comportements opportunistes, en concluant des contrats en sachant qu'ils ne pourront pas les honorer, tout en comptant sur une compensation financière qui serait moins contraignante qu'une annulation complète.

Ainsi, le choix de privilégier l'indemnisation plutôt que la nullité soulève des interrogations sur l'équité. En optant pour des dommages-intérêts, le législateur semble ignorer les conséquences pour l'autre partie, qui est liée par un contrat vicié dès son origine, cette partie subit un préjudice matériel et moral résultant d'une perte de confiance dans la relation contractuelle. De plus, une indemnisation peut être insuffisante pour rétablir l'équilibre initial entre les parties, surtout si les dommages-intérêts ne couvrent pas l'intégralité des pertes subies. A l'inverse, la nullité aurait permis d'annuler rétroactivement les effets du contrat, garantissant ainsi une protection réelle pour la partie de bonne foi.

Cette disposition présente une incohérence par rapport aux principes généraux de validité des contrats. En effet, si une prestation est objectivement impossible au moment de la signature du contrat, cela devrait normalement conduire à sa nullité pour défaut d'objet ou de sa cause licite et possible. Cependant, le législateur semble ici proposer une approche hybride : l'impossibilité connue à l'avance ne remet pas en cause la validité du contrat, mais ouvre seulement droit à une indemnisation. Cette situation crée une tension entre les principes traditionnels du droit des obligations et cette nouvelle approche, qui, bien que pragmatique semble moins cohérente sur le plan théorique.

L'article ne traite pas de manière explicite les cas où les deux parties étaient conscientes de l'impossibilité d'exécution. Bien qu'il soit prévu qu'aucune indemnisation n'est due si l'autre partie était au courant ou aurait dû être au courant de cette impossibilité, cette règle ne répond pas complètement à la question de la validité du contrat dans ces situations. En permettant la survie partielle d'un contrat affecté par une impossibilité connue des deux parties, le législateur semble éviter d'aborder le problème central : ce contrat aurait-il dû être établi en premier lieu ? L'absence d'une nullité automatique pourrait entraîner la persistance de contrats non viables, reposant sur une entente tacite mais déséquilibrée entre les parties.

Pour résumer, cette règle, bien qu'elle ait pour objectif de compenser le préjudice lié à la mauvaise foi, suscite des critiques significatives. Elle remet en question des principes essentiels du droit des contrats, notamment ceux relatifs à la bonne foi, à l'équité et aux conditions de validité. En optant pour une indemnisation plutôt que pour une annulation, elle semble privilégier une approche pragmatique, mais cela se fait au détriment de la cohérence théorique et de l'équité contractuelle. Une réforme qui viserait à harmoniser cette disposition avec les principes traditionnels du droit des obligations pourrait s'avérer nécessaire pour résoudre ces tensions et assurer une meilleure protection des parties agissant de bonne foi.

¹⁴²³ B. Lefebvre, « La bonne foi : notion protéiforme », *revue de droit* de l'Université de Sherbrooke, vol 26, n°1996, p.328

¹⁴²⁴ *Idem*



2- La loi 31-08 : une réponse aux lacunes du D.O.C sur la nullité partielle

L'article 19 de la loi 31-08 prévoit : « 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 ». Cela signifie que si la clause abusive est essentielle au contrat, celui-ci sera annulé dans son intégralité.

En effet, lorsque la volonté des parties démontre que le contrat ne peut exister sans cette clause, sa déclaration de nullité entraîne automatiquement celle du contrat tout entier. Ainsi, pour le consommateur, il existe un lien indissociable entre la partie valide et celle déclarée nulle ; sans cette dernière, il n'aurait pas consenti à l'accord.

C'est à la partie contractante de démontrer que la clause nulle a été déterminante dans sa décision de conclure le contrat. Elle doit également prouver que le contrat forme un tout indivisible, de sorte que la nullité d'une de ses dispositions entraîne la nullité de l'ensemble des clauses. Cette situation repose sur l'idée que toutes les clauses du contrat sont liées entre elles, et qu'une clause invalide peut compromettre la validité du contrat dans son ensemble. L'impact de cette clause abusive sur la conclusion du contrat et sur l'objectif visé est donc crucial. Dans ce contexte, cette clause est considérée comme un élément fondamental du contrat, essentiel à la raison d'être de l'engagement pris.

Pour que le juge puisse établir si une clause est essentielle pour l'une des parties, il doit procéder à une interprétation du contrat. Si le juge estime que la clause nulle revêt une importance significative pour l'une des parties, sa nullité entraînera celle du contrat dans son intégralité. Dans ce cas, il est nécessaire que le juge justifie dans sa décision les motifs qui l'ont amené à considérer l'importance de la clause abusive et, par conséquent, à évaluer les conséquences de son annulation sur l'ensemble du contrat.

En résumé, on peut dire que le législateur prévoit deux types de sanctions en cas d'insertion d'une clause abusive : la nullité de la clause elle-même, qui dit, nullité partielle, ou la nullité complète du contrat, qui dit, nullité totale.

Afin d'illustrer l'application concrète de la nullité partielle des contrats clauses abusives, plusieurs arrêts rendus ont permis de clarifier les critères et les conséquences de cette invalidation partielle, soulignant ainsi le rôle des juges dans la protection des parties les plus fragiles. A cet effet, on retient l'arrêt rendu par la première chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 21 mars 2013,¹⁴²⁵ qui concerne une affaire impliquant une société de crédit immobilier et touristique et deux emprunteurs. Le différend concernait des sommes non réglées liées à un contrat de prêt, certaines dispositions de ce contrat étant contestées par les emprunteurs en raison de leur nature, considérées comme abusives.

Le conflit a surgi en raison des conditions contractuelles établies par la société de crédit. Les emprunteurs ont fait valoir que certaines dispositions du contrat de prêt, en particulier celles concernant les taux d'intérêt et les pénalités en cas de retard, engendraient des deux parties, ils ont argumenté que ces clauses les désavantageaient de manière excessive et qu'elles contrevenaient aux principes essentiels de l'équité contractuelle.

Cette contestation a conduit l'affaire devant la Cour d'appel de Casablanca, qui a examiné les clauses du contrat, et à jugé que certaines de ces dernières étaient effectivement abusives. Elle a mis en lumière que les taux d'intérêt appliqués étaient excessifs, dépassant les seuils légaux et créant ainsi, une situation injuste pour les emprunteurs. En conséquence, la Cour a procédé à l'annulation des clauses relatives aux taux en question et, a ajusté les montants dus.

La société a formé un pourvoi en cassation, estimant que la Cour d'appel avait mal interprété la loi et qu'elle avait excessivement réduit les montants dus, mais la Cour de cassation a rejeté le pourvoi et

¹⁴²⁵ Com. 1^{re} Cass. 21 mars 2013, n°109/01 doss. com. n°1186/3/1/2011



confirmé la décision de la Cour d'appel. Elle a estimé que cette dernière avait correctement appliqué les règles en vigueur, notamment en ce qui concerne l'interdiction des clauses abusives.

En outre, la Cour a validé l'ajustement des taux d'intérêt et des montants dus, soulignant que l'équité et la protection des parties faibles étaient des principes fondamentaux à respecter dans ce type de contrat.

Une autre espèce nécessite d'être citée, à savoir la décision rendue par la Cour d'appel de commerce de Fès, 1426 qui concerne un litige entre la Banque Populaire de Oujda et un emprunteur au sujet du remboursement d'un prêt préalablement accordé. Le différend a commencé lorsque l'emprunteur a arrêté de payer ses mensualités après avoir souscrit à un emprunt auprès de la banque. En conséquence, cette dernière a décidé d'entamer une procédure judiciaire pour récupérer le montant dû, ainsi que les intérêts légaux et les frais supplémentaires.

En effet, la Banque Populaire a fait appel à une clause d'attribution de compétence territoriale incluse dans le contrat de prêt. Cette clause précisait que tout différend entre les parties devait être tranché par une juridiction spécifiquement désignée, qui était probablement celle où, la banque avait son siège ou un autre lieu de son choix. La banque soutenait que la juridiction appropriée pour examiner l'affaire devait être celui mentionné dans cette clause, ce qui aurait entraîné un transfert du dossier vers une juridiction différente de celle initialement choisie.

La Cour a rejeté l'argument de la banque par application des dispositions de l'article 18 de la loi 31-08, notamment la dix-septième clause abusive, qui supprime ou entrave l'accès des consommateurs à la justice. La Cour a souligné que la clause d'attribution de compétence territoriale, permettant à la banque de désigner une juridiction éloignée du consommateur, représentait une restriction injustifiée au droit d'accès à la justice de ce dernier.

En rejetant la demande de la banque, la Cour a validé le jugement de première instance, qui avait déjà déclaré la clause d'attribution de compétence comme étant invalide, et, a accordé la possibilité de maintenir la validité du reste du contrat, ce qui explique l'admission de la nullité partielle, par le législateur, quand il s'agit de contrats d'adhésion.

De notre part, on pense que les décisions en question apportent des contributions significatives en la matière. L'arrêt de la Cour de cassation souligne l'importance de la lutte contre les clauses abusives, en annulant celles qui imposaient des taux d'intérêt excessifs et des pénalités jugées disproportionnées. Cela consacre les principes d'équité et de protection des parties faibles dans les contrats de prêt, tout en affirmant que la nullité partielle peut être appliquée pour maintenir le contrat lorsque seule une partie est affectée.

De son côté, la Cour d'appel de commerce de Fès participe également à cette protection en invalidant une clause d'attribution de compétence territoriale considérée comme abusive. En se fondant sur l'article 18 de la loi 31-08, elle assure aux consommateurs un accès équitable à la justice, confirmant que ces clauses ne doivent pas limiter leurs droits fondamentaux. Ces deux arrêts renforcent donc les mécanismes de contrôle judiciaire concernant les clauses abusives et illustrent l'équilibre possible entre nullité partielle et maintien du contrat.

A contrario, ces décisions suscitent des critiques. En rejetant un taux d'intérêt jugé excessif et en établissant un nouveau, la Cour de cassation interroge la frontière entre l'intervention judiciaire et la liberté contractuelle. Bien que cette intervention vise à protéger les parties faibles, elle peut être perçue comme une menace pour la sécurité juridique et l'autonomie des contrats.

Par ailleurs, la nullité d'une clause d'attribution de compétence territoriale décidée par la Cour d'appel de commerce de Fès, bien qu'elle soit en faveur du consommateur, pourrait désavantager les

1426 8201/14/650 عدد، 07 يونيو 2015، قرار صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بفاس، بتاريخ 20 رمضان 1436 الموافق ل 07 يونيو 2015



entreprises, les contraignant à se défendre dans des juridictions éloignées, ce qui augmenterait leurs coûts et délais.

De plus, l'absence de critères clairs pour identifier les clauses abusives pourrait créer une incertitude juridique, laissant aux juges une large latitude d'appréciation et compromettant ainsi la prévisibilité des décisions des consommateurs et le respect des principes fondamentaux au droit contractuel.

3- L'article 35 de la loi 17-99 à l'épreuve de la nullité partielle

Le contrat d'assurance, en tant que contrat d'adhésion, est susceptible de créer un déséquilibre contractuel significatif au détriment de l'assuré. Conscient de cette situation, le législateur marocain est intervenu à travers plusieurs dispositions protectrices, notamment l'article 35 de la loi n°17-99 portant Code des assurances, afin de préserver l'équilibre contractuel et d'assurer la stabilité des relations entre les parties. A cet effet, certaines clauses jugées abusives sont frappées de nullité sans que cela n'affecte la validité du contrat dans son ensemble. Il s'agit, d'une part, de la nullité des conditions relatives à la violation des lois et des règlements (a), d'autre part, de la nullité de la clause de déchéance en cas de retard de l'assuré dans la déclaration du sinistre aux autorités compétentes ou dans la transmission des documents nécessaires (b), et enfin, de la nullité des clauses visant à priver l'assuré de son droit d'agir en justice (c).

a- La nullité des conditions relatives à la violation des lois et des règlements

L'article 35 établit un principe fondamental de protection de l'assuré concernant les clauses de déchéance de droit. Le législateur a explicitement posé une règle qui limite la capacité de l'assureur à invoquer la déchéance des droits de l'assuré en cas de violation des dispositions législatives et réglementaires. Cette disposition comporte une nuance importante : la déchéance n'est possible que si la violation constitue un crime ou un délit. Autrement-dit, les simples infractions réglementaires ne peuvent pas entraîner une privation totale du droit à indemnisation.

Les doctrinaires marocains, *Belouch*¹⁴²⁷ et *Choukri*,¹⁴²⁸ analysent cette disposition comme une protection essentielle contre les pratiques potentiellement abusives des assureurs. L'objectif est d'empêcher que des clauses contractuelles ne viennent anéantir la finalité même du contrat d'assurance, qui est de garantir une protection effective.

Cette problématique est particulièrement sensible dans certaines branches d'assurance, notamment l'assurance responsabilité civile automobile, où la survenance d'un sinistre peut fréquemment s'accompagner d'une infraction aux réglementations. Sans cette disposition protectrice, l'assuré pourrait se retrouver systématiquement privé d'indemnisation, visant ainsi le contrat de sa substance et de son utilité sociale.

b- La nullité de la clause de déchéance en cas de retard de l'assuré dans la déclaration du sinistre aux autorités compétentes ou dans la transmission des documents à l'assuré

L'article 35, dans son deuxième alinéa, prévoit la nullité de toute clause entraînant la perte du droit à indemnisation de l'assuré en raison d'un simple retard dans la déclaration d'un accident aux autorités compétentes ou dans la transmission des documents requis à l'assureur est nulle, sauf si ce retard cause un préjudice à l'assureur, dans ce cas, l'assureur peut demander une réparation proportionnelle au dommage subi, mais la clause de déchéance demeure sans effet.

Cette disposition illustre le principe de nullité partielle : seule la clause relative à la déchéance est annulée, sans compromettre l'intégralité du contrat. Elle vise à protéger les droits de l'assuré, qui ne

¹⁴²⁷ الحسين بلوش " شرح مدونة التأمينات"، مكتبة قرطبة أكادير، الطبعة الأولى 2013، ص 333

¹⁴²⁸ محمد شكري سرور، "سقوط الحق في الضمان: دراسة في عقد التأمين البري"، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، 1979، ص 99



doit pas être privé de son droit à indemnisation pour un retard qui ne résulte pas d'une faute grave ou intentionnelle de sa part.

En revanche, si l'assuré choisit délibérément de ne pas déclarer l'accident ou retarde cette déclaration sans justification valable, la clause de déchéance s'applique, entraînant ainsi la perte de son droit à indemnisation. Il est important de souligner que l'évaluation de la validité du motif empêchant l'assuré de déclarer l'accident ou de fournir les documents nécessaires relève du pouvoir discrétionnaire du juge. La Cour de cassation a d'ailleurs affirmé que « *la question de l'excuse acceptable relève des faits soumis à l'appréciation du juge, lequel les évalue conformément à son pouvoir d'appréciation* ». ¹⁴²⁹ Cette approche permet d'équilibrer la protection des droits de l'assuré tout en garantissant une protection raisonnable des intérêts de l'assureur.

c- La nullité des clauses visant à priver l'assuré de son droit d'agir en justice

Parmi les conditions qui peuvent limiter les droits de l'assuré, il existe une, qui empêche ce dernier d'exercer son droit d'intenter une action en justice. L'article 19 de la loi 17-99, dans son dernier alinéa, en vertu duquel, il est interdit d'inclure toute clause qui empêcherait l'assuré ou ses ayants droit d'engager une action contre l'assureur ou de le poursuivre en garantie lors du règlement des sinistres. ¹⁴³⁰

La nullité de cette clause vise à protéger l'intégrité du contrat d'assurances. En effet, interdire à l'assuré ou à ses ayants droit d'agir en justice contre l'assureur revient à exonérer ce dernier de sa responsabilité et de son obligation de couvrir le risque assuré, matérialisée par le versement de l'indemnité due. Pour défendre les droits de l'assuré face aux abus potentiels de l'assureur et pour garantir le principe d'équité contractuelle, le législateur annule toute clause qui empêche d'intenter une action en justice ou de demander une garantie. ¹⁴³¹

Le dernier alinéa de l'article 35 ajoute l'interdiction de toute clause d'arbitrage, autrement-dit, si l'assuré n'a pas donné son accord explicite pour une telle clause, celle-ci sera considérée comme nulle. Cette disposition vise à s'assurer que l'assuré ne soit pas contraint à recourir à l'arbitrage sans avoir clairement consenti, respectant ainsi le principe du consentement libre et éclairé. L'annulation de cette clause n'affecte pas l'ensemble du contrat, mais se limite uniquement à la clause d'arbitrage. Ainsi, l'assuré conserve le droit d'accéder aux tribunaux compétents pour régler les litiges. Les autres dispositions du contrat restent valides, permettant ainsi de préserver les relations contractuelles entre l'assuré et l'assureur, en dehors des questions liées à l'arbitrage.

En somme, l'article 35 de la loi 17-99 met en avant le principe de nullité partielle dans les contrats d'assurance, en permettant la nullité de certaines clauses. Ce mécanisme vise à éliminer les dispositions jugées abusives ou contraires à l'ordre public, tout en préservant la validité des autres éléments du contrat. Dans le secteur des assurances, cela assure une protection pour l'assuré, évitant ainsi que des clauses problématiques n'affectent l'ensemble du contrat. ¹⁴³²

De notre part, bien que cet article protège fortement les droits de l'assuré contre tout abus de la part de l'assureur, il n'échappe pas à certaines critiques qui nécessitent d'être relevées :

D'abord, la première disposition qui aborde la question de la nullité des clauses entraînant la déchéance de l'assuré en cas de non-respect de textes législatifs ou réglementaires. Cette clause mérite

¹⁴²⁹ قرار محكمة النقض عدد 2864 بتاريخ 2/11/95، الملف المدني عدد 4443/93

¹⁴³⁰ Le 2^{ème} al. De l'article 19 de la loi 17-99 portant Code des assurances prévoit : « ...est prohibée toute clause par laquelle l'assureur interdit à l'assuré ou à son représentant de le mettre en cause ou de l'appeler en garantie à l'occasion du règlement des sinistres »

¹⁴³¹ محمد الهيني، "الحماية القانونية للطرف الضعيف في عقد التأمين البري" رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، فاس، السنة الجامعية 2005/2006، ص 178

¹⁴³² محمد الهيني، مرجع سابق، ص 178



une attention particulière, car elle fait une distinction essentielle entre les violations accidentelles et celles qui sont intentionnelles. En limitant son application aux crimes ou délits commis de manière intentionnelle, le texte reconnaît qu'il existe des différences dans les comportements des assurés. Cette approche équilibrée permet de sanctionner les actes frauduleux délibérés tout en protégeant les assurés contre des déchéances qui pourraient être excessives en raison d'erreurs ou de violations non-intentionnelles.

Ensuite, la deuxième disposition concerne les retards dans la déclaration des sinistres. Cette disposition vise à protéger l'assuré qui se trouve souvent dans une position de faiblesse face à des contrats d'adhésion rédigés par les assureurs, mais cette protection peut sembler excessive, surtout lorsque le retard entraîne un préjudice réel pour l'assureur. Bien que la règle permette à l'assureur de demander une indemnisation proportionnelle au dommage cause par le retard, cette option soulève des difficultés pratiques.

En effet, évaluer ce préjudice peut s'avérer complexe et conduire à des litiges prolongés, ce qui va à l'encontre de l'objectif de simplification et de sécurité juridique qui vise le contrat d'assurance. Par ailleurs, cette disposition pourrait inciter certains assurés à adopter un comportement négligent, sachant qu'un simple retard ne met pas en péril leurs droits, ce qui pourrait nuire à la gestion efficace des sinistres par les assureurs.

Enfin, la troisième disposition relative à la nullité de toute clause d'arbitrage à laquelle l'assuré n'a pas donné son accord explicite lors de la souscription du contrat s'inscrit dans une démarche visant à protéger contre les abus potentiels des assureurs.

En outre, ces clauses peuvent restreindre l'accès de l'assuré aux tribunaux ordinaires comme le prohibe le deuxième alinéa de l'article 19 précédemment mentionné, et l'obliger à suivre une procédure qu'il n'a pas clairement acceptée au moment de signer. Cette mesure cherche à améliorer la transparence des contrats et à s'assurer que l'assuré comprend bien ses droits et obligations. Cependant, elle pose des questions sur la complexité administrative et la faisabilité d'obtenir un accord explicite pour chaque clause d'arbitrage, surtout dans le cadre de contrats standardisés. De plus, cette règle pourrait décourager les assureurs d'intégrer des mécanismes d'arbitrage, qui sont souvent efficaces pour résoudre rapidement les différends, ce qui pourrait finalement nuire aux intérêts des deux parties.

II- Le régime juridique de la nullité partielle en droit français

Nous analyserons d'abord, la nullité partielle au regard du droit commun (1), avant d'entamer son régime spécifique tel qu'il résulte des dispositions du Code des assurances (2), pour enfin, pencher sur son encadrement particulier en droit de la consommation, à travers les dispositions du Code de la consommation (3).

1- La nullité partielle au regard de l'article 1184 du Code civil

L'article 1184, alinéa 1^{er}, du Code civil français précédemment cité, énonce une règle fondamentale suivant laquelle ; lorsqu'une cause de nullité ne concerne qu'une ou plusieurs clauses d'un contrat, la nullité ne concerne qu'une ou plusieurs clauses de ce contrat, la nullité de l'acte dans son ensemble n'est prononcée que si ces clauses ont constitué un élément déterminant de l'engagement des parties, ou de l'une d'elles. Ce texte établit une présomption en faveur de la nullité partielle, se limitant à la seule clause illicite, dans le but de préserver le contrat,¹⁴³³ ce qui explique, ainsi, que le législateur ne

¹⁴³³ L'article 3.116 des principes *Unidroit* précise : « l'annulation se limite aux seules clauses du contrat, visées par la cause d'annulation, à moins que, eu égard aux circonstances, il ne soit déraisonnable de maintenir les autres dispositions du contrat ». L'article 4.116 du droit européen des contrats dispose de sa part : « lorsqu'une cause d'annulation n'affecte



fournit pas une définition expresse de la nullité partielle, dans le sens où il se limite à la nullité de l'une ou des clauses jugées nulles à condition qu'elles n'aient pas le caractère déterminant donnant lieu à nullité totale du contrat.

La doctrine française¹⁴³⁴ soutient l'idée que la règle prévue par l'article précité, consacre une solution établie par la jurisprudence, à partir du moment où le Code civil de 1804 présentait une approche nuancée concernant les conditions de validité des actes juridiques. Les rédacteurs de ce dernier avaient élaboré des mécanismes différenciés selon la nature des contrats, privilégiant une analyse contextuelle plutôt qu'une règle uniforme.

Pour les actes à titre gratuit, la jurisprudence optait pour une solution souple : les conditions problématiques étaient simplement considérées comme non existantes, ou « *réputées non écrites* »¹⁴³⁵ avec préservation de l'intention initiale. Dans les conventions onéreuses, en revanche, la logique était plus contraignante,¹⁴³⁶ avec une nullité potentielle de l'ensemble de l'acte en cas de condition nulle.¹⁴³⁷

Ces dispositions, qui paraissent rigides, étaient en réalité ancrées dans des contextes historiques aujourd'hui dépassés. La jurisprudence a fait preuve d'une interprétation à la fois habile et audacieuse, en élargissant le champ d'application des textes existants à toutes les clauses susceptibles d'être nulles dans les conventions. De plus, elle a réussi à harmoniser les différentes approches concernant les diverses catégories d'actes. S'agissant des actes à titre gratuit, les juges ont défini un critère distinctif clair : seules les clauses et conditions qui n'ont pas exercé une fonction de « cause impulsive et déterminante » peuvent être considérées comme non écrites. En d'autres termes, il s'agit de celles qui n'étaient pas véritablement essentielles à l'intention des parties. En revanche, si une clause nulle se révèle déterminante, c'est-à-dire que son absence aurait conduit le disposant à abandonner son projet de libéralité, la conclusion est sans appel : la libéralité doit être annulée dans son intégralité.

Le raisonnement appliqué aux actes à titre onéreux est similaire : une clause affectée de nullité ne peut entraîner la nullité de l'acte dans son ensemble que si celle-ci est réellement essentielle à l'acte, agissant comme une « condition impulsive et déterminante », en d'autres termes, une clause qui a joué un rôle décisif dans l'intention des parties.¹⁴³⁸

Il est évident que, dans ces deux domaines, la recherche de l'intention des parties devient le fil conducteur. La logique est la suivante : si la clause représente un élément essentiel aux yeux des contractants, si elle incarne leur « cause » ou leur « condition impulsive et déterminante », alors l'acte est frappé de nullité totale. A l'inverse, si la clause revêt un caractère secondaire, à tel point que les parties auraient vraisemblablement contracté même en connaissant sa nullité, l'acte mérite conservation.

Ce point d'équilibre, résultant d'une évolution jurisprudentielle complexe et progressive, s'intègre parfaitement dans la logique du système. Dans un cadre consensualiste, la force obligatoire des conventions repose sur la volonté des parties. Il est donc logique de se référer à cette même intention pour évaluer l'étendue d'une nullité lorsque certaines parties de l'acte sont affectées.

que certaines clauses du contrat, l'annulation se limite à moins qu'eu égard aux circonstances de la cause il ne soit déraisonnable de maintenir les autres dispositions du contrat »

¹⁴³⁴ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénédy, « Droit civil : les obligations », Dalloz 9^{ème} éd. Paris 2005 p.644

¹⁴³⁵ Art. 900 du Code civil de 1804

¹⁴³⁶ L. Fin-Langer, « L'équilibre contractuel », L.G.D.J, 2002, p149

¹⁴³⁷ Art. 1172 du Code civil de 1804

¹⁴³⁸ C. Thibierge, « Nullité, restitution et responsabilité », *Th.* Paris I, 1992, n°490



La Cour de cassation¹⁴³⁹a confirmé une décision de la Cour d'appel de Paris, ayant refusé d'annuler un contrat de bail dans son ensemble, malgré l'existence d'une clause d'indexation¹⁴⁴⁰illicite. La Cour s'est appuyée sur les motifs des juges du fond, qui ont estimé que même si la clause en question devait être annulée, cela ne signifiait pas que l'ensemble du contrat devait également être annulé. Ils ont, en effet, jugé que cette clause ne constituait pas une condition déterminante pour la société bailleuse au moment de la conclusion du contrat et que sa nullité ne mettait pas en péril l'équilibre contractuel. Les deux normes s'ajoutent pour prévenir une nullité totale du contrat. Une critique récurrente concernant le caractère impulsif et déterminant d'une clause réside dans la difficulté d'établir la volonté des parties. Cette question échappe au contrôle de la Cour de cassation. Par ailleurs, l'intention des parties est souvent sujette à interprétation, voire absente, ce qui rend ce critère particulièrement incertain.

De plus, des risques de fraude peuvent se présenter,¹⁴⁴¹car les parties peuvent inclure une clause d'indivisibilité¹⁴⁴² prévoyant que chaque clause est essentielle au consentement, excluant ainsi en principe toute possibilité de nullité partielle, ce qui est légitime conformément au principe de liberté contractuelle, mais l'interrogation importante qui se pose est : le juge est-il tenu de respecter la clause d'indivisibilité ?¹⁴⁴³La Cour de cassation¹⁴⁴⁴répond par l'affirmative, et ce dans plusieurs décisions, on retient à ce titre, une espèce où elle a cassé un arrêt rendu par la Cour d'appel d'Aix-en-Provence,¹⁴⁴⁵ dans lequel cette dernière avait décidé de la nullité d'une clause d'indexation jugée illicite dans un contrat de location-gérance, alors que ce dernier contenait une clause d'indivisibilité, raison pour laquelle la Cour de cassation a jugé illicite de donner lieu à nullité de la clause d'indexation, et ce, en vue d'éviter toute dénaturation possible de la part du juge.

Par dérogation à la règle générale admise par l'alinéa 1 de l'article 1184, le deuxième alinéa du même article, prévoit la possibilité de maintien du contrat « lorsque la loi répute la clause non écrite, ou lorsque les fins de la règle méconnue exigent son maintien ». Autrement-dit, ces deux hypothèses se recoupent : lorsque le législateur choisit de considérer une disposition comme réputée non écrite, c'est parce qu'il estime que la nullité irait à l'encontre de l'objectif visé par la loi.¹⁴⁴⁶

Le mécanisme de maintien dans la mesure du possible, permet de conserver le contrat en éliminant uniquement les clauses jugées illicites ou irrégulières, sans remettre en question l'ensemble du contrat. La Cour de cassation française a régulièrement souligné que le contrat peut perdurer tant que son but fondamental est conforme à l'ordre public et que la nullité des dispositions problématiques ne compromet pas sa cohérence générale.¹⁴⁴⁷

Un exemple illustratif est l'arrêt *Faurecia II*,¹⁴⁴⁸qui a établi qu'une clause limitative de responsabilité peut être écartée si elle va à l'encontre d'une obligation fondamentale, sans pour autant entraîner l'annulation complète du contrat en question. Cette décision démontre la volonté des juges d'établir un équilibre entre la rigueur du droit et le pragmatisme dans les relations contractuelles.

¹⁴³⁹ Civ. 3^{ème} Cass. 08 octobre 1974, n°73-11.036, 73-12.464

¹⁴⁴⁰ La clause d'indexation signifie qu'en cas de changement d'un indice de référence, le prix de la prestation sera ajusté automatiquement, voir dans L.F Langer, *op.cit.* p.346

¹⁴⁴¹ L. F. Langer, *op.cit.* p.150

¹⁴⁴² La clause d'indivisibilité signifie l'idée suivant laquelle toutes les clauses acquièrent le caractère déterminant, ce qui écarte la nullité partielle

¹⁴⁴³ Ch. Lachière, « Droit des contrats », Ellipses 5^{ème} éd. 2020, p182

¹⁴⁴⁴ Com. Cass. 27 mars 1990, n° de pourvoi 88-15092

¹⁴⁴⁵ C. App. Aix-en-Pce, 8 janvier 1988

¹⁴⁴⁶ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *op.cit.* p.646

¹⁴⁴⁷ C.A de Vincelles et J.F. Hamelin, « Droit des obligations », *Tome I, Dalloz*, 2020, p.46

¹⁴⁴⁸ Com. Cass. 29 juin 2010, n°08-19.673



Un autre cas mérite d'être mis en lumière, dans lequel la Cour de cassation¹⁴⁴⁹ a validé un contrat de bail commercial, même si une clause relative à la répartition des charges locatives était jugée illicite. Bien que cette clause ait été déclarée non écrite en raison de son incompatibilité avec des dispositions d'ordre public, le contrat dans son ensemble a été considéré comme valide, préservant ainsi la relation contractuelle tout en respectant les exigences légales.

2- L'article L.113-11 du Code des assurances : une protection particulière de l'assuré

L'article L.113-11¹⁴⁵⁰ du code des assurances établit une liste de clauses considérées comme nulles en raison de leur caractère jugé abusif ou disproportionné, dans le but de protéger les assurés, et sans recours à nullité totale du contrat en question.

Ainsi, comme on l'a déjà vu en droit marocain, le législateur français prévoit également trois types de clauses susceptibles d'être frappées de nullité :

Tout d'abord, les clauses générales qui prévoient une perte de droits en cas de non-conformité aux lois ou règlements sont jugées nulles, sauf si la violation constitue un crime ou un délit intentionnel. Cette disposition vise à protéger l'assuré en annulant certaines clauses qui pourraient le priver de couverture pour des infractions mineures ou involontaires aux lois, sans intention frauduleuse.

Ensuite, le deuxième alinéa prohibe les clauses qui peuvent priver l'assuré de son droit à indemnisation en raison d'un simple retard dans la déclaration d'un sinistre ou dans la transmission des documents justificatifs. Toutefois, cette nullité ne fait pas obstacle à ce que l'assureur demande une compensation proportionnelle au préjudice réellement subi à cause de ce retard. Cette disposition vise à établir un équilibre entre le respect des obligations contractuelles et la protection de l'assuré contre des sanctions jugées excessives.

La Cour de cassation a eu l'occasion de traiter plusieurs cas d'espèces relatifs aux retards de déclaration du sinistre, à cet effet, on retient une décision¹⁴⁵¹ qui concerne un litige entre le syndicat des copropriétaires d'un immeuble et une société ayant effectué des travaux de ravalement. Des désordres sont apparus après l'achèvement des travaux, ce qui a conduit à la désignation d'un expert et à l'introduction d'une action en justice par le syndicat contre la société qui était assurée auprès d'une compagnie d'assurances, la S.M.A.B.T.P

Le différend principal réside dans le retard de la société à informer son assureur du sinistre, et la question de savoir si ce retard rendait l'expertise judiciaire inopposable à l'assureur. L'assureur a refusé de couvrir le sinistre en invoquant la non-communication des pièces relatives à l'expertise dans les délais imposés par la police d'assurance.

La Cour d'appel de Paris¹⁴⁵² avait jugé que l'expertise n'était pas opposable à l'assureur en raison du retard, mais la société a contesté cette décision. Elle a argué que l'assureur, malgré le retard, avait manifesté une volonté de renoncer à se prévaloir de cette déchéance, ce qui aurait dû rendre l'expertise opposable.

¹⁴⁴⁹ Civ. 3^{ème} Cass. 14 mars 2019, n°18-10.093

¹⁴⁵⁰ L'article L.113-11 du Code des assurances prévoit : « sont nulles :

1° toutes clauses générales frappant de déchéance l'assuré en cas de violation des lois ou des règlements, à moins que cette violation ne constitue un crime ou un délit intentionnel ;

2° toutes clauses frappant de déchéance l'assuré à raison de simple retard apporté par lui à la déclaration du sinistre aux autorités ou à des productions de pièces, sans préjudices du droit pour l'assureur de réclamer une indemnité proportionnelle au dommage que ce retard lui a causé ;

3° toutes clauses frappant de déchéance l'assuré en cas de non-respect des dispositions prévues aux articles L.142-1 et L.142-2 du Code de la construction et de l'habitation

¹⁴⁵¹ Civ. 1^{ère} Cass. 20 mars 1984, n°82-16.653

¹⁴⁵² C. App. Paris, *ch 19 B*, 22 septembre 1982



La Cour de cassation, dans cet arrêt, casse la décision de la Cour d'appel de Paris, estimant qu'un simple retard dans la production des pièces ne justifie pas l'inopposabilité de l'expertise, sauf en cas de fraude ou d'ignorance de l'assureur de l'instance. Elle rappelle que l'article L.113-11 du Code des assurances prévoit que seul le retard ayant causé un préjudice à l'assureur peut entraîner des dommages-intérêts, mais pas la déchéance de la garantie.

Ainsi, l'affaire est renvoyée devant la Cour d'appel d'Amiens pour un nouvel examen, conformément à la décision de la Cour de cassation.

Dans une autre décision rendue par la Cour de cassation¹⁴⁵³ également, et qui concerne la validité d'une clause de déchéance dans un contrat d'assurance. Elle rappelle que, conformément à l'article L.113-11, alinéa 2 du Code des assurances, une clause qui prive l'assuré de son droit à garantie en raison d'un retard dans la production des pièces nécessaires à la déclaration de sinistre est nulle.

En l'espèce, M. X, après avoir été placé en arrêt de travail, a informé son assureur de son incapacité de manière tardive. L'assureur a refusé de prendre en charge les échéances d'emprunt correspondant à la période du retard, invoquant la clause du contrat qui prévoit qu'une déclaration tardive prive l'assuré de ses droits. La Cour d'appel avait validé cette suspension de droit à indemnisation, mais la Cour de cassation a cassé cette décision, en jugeant que la clause de déchéance était nulle en vertu de l'article L.113-11 du Code des assurances, qui interdit de telles clauses pour les retards dans la déclaration de sinistre.

Cet arrêt souligne l'importance de la protection de l'assuré contre des clauses trop strictes dans les contrats d'assurance, notamment celles qui peuvent priver un assuré de son droit à indemnisation en raison d'un simple retard administratif, ce qui pourrait constituer une injustice.

Enfin, l'alinéa 3 du même article annule les clauses contractuelles qui imposent une déchéance en cas de non-respect des obligations établies par les articles L.142-1 et L.142-2 du Code de la construction et de l'habitation. Ces articles sont essentiels, car ils traitent de la garantie décennale des assurances obligatoires liées aux travaux de construction. La garantie décennale est une obligation légale pour tous les professionnels du bâtiment, prévue par les articles 1792 et 1792-2 du Code civil. Elle couvre les dommages pouvant affecter la solidité d'un ouvrage ou le rendre impropre à sa destination pendant une période de dix ans après la réception des travaux. Cette garantie vise à protéger le maître d'ouvrage, c'est-à-dire le client, contre les malfaçons majeures qui pourraient survenir après la fin des travaux.

De plus, les articles L.142-1 et L.142-2 précisent que tout constructeur doit souscrire une assurance responsabilité civile décennale avant le début des travaux. Cette assurance est cruciale pour garantir que les réparations nécessaires en cas de sinistre seront couvertes, protégeant ainsi à la fois le client et le professionnel. La nullité des clauses de déchéance renforce la sécurité juridique tant pour les consommateurs que pour les professionnels. Cela signifie que si un constructeur ne respecte pas certaines obligations, il ne peut être automatiquement pénalisé par une déchéance de ses droits ou obligations contractuelles, ce qui pourrait autrement nuire à sa capacité à faire face à des réclamations légitimes.

Cette disposition protège les consommateurs en leur garantissant que leurs droits ne seront pas annulés en raison de manquements techniques ou administratifs mineurs. Elle assure également que les professionnels peuvent continuer à exercer leur activité sans craindre des conséquences disproportionnées en cas de non-respect d'obligations spécifiques, tant qu'ils agissent de bonne foi. Pour les professionnels, cela signifie une plus grande stabilité dans leurs relations contractuelles, leur permettant de se concentrer sur la qualité de leur travail sans craindre des pertes financières dues à des clauses restrictives qui pourraient être déclarées nulles.

¹⁴⁵³ Civ 2^{ème}, Cass. 30 juin 2004, n°03-14.254



En somme, la nullité des clauses prévoyant la déchéance en cas de non-respect des obligations liées aux articles L.142-1 et L.142-2 contribue à établir un cadre juridique plus équilibré et protecteur pour toutes les parties impliquées dans le secteur de la construction, favorisant ainsi un environnement propice à la confiance et à la collaboration.

La Cour de cassation a eu l'occasion de trancher des litiges relatifs à cet aspect à plusieurs reprises. Un exemple marquant est l'arrêt¹⁴⁵⁴ rendu par cette dernière où elle a jugé qu'une telle clause ne peut être opposable que si elle a été explicitement portée à la connaissance de l'assuré et acceptée par celui-ci. Dans cette affaire, l'assureur avait invoqué une clause de déchéance pour non-respect des obligations de sécurité, mais la Cour et à l'appui de l'article L.112-2 du code des assurances, a annulé cette déchéance en raison du défaut d'information préalable concernant la clause en question, et en raison de nullité de toute clause frappant de déchéance l'assuré en cas de non-respect des dispositions prévues aux articles L.142-1 et L.142-2 du même code.

3- L'article L.212-1 du Code de la consommation: un rempart contre les déséquilibres contractuels

Dans ce développement consacré à l'article L.212-1 du Code de la consommation, il s'agira d'abord d'analyser la sanction de la nullité des clauses abusives prévue par ce texte (a), avant d'aborder le rôle du juge dans l'application de cette nullité, un pouvoir qui fait l'objet de débats(b).

a- La sanction de la nullité des clauses abusives au regard de l'article L.212-1

L'invalidité des clauses abusives en droit français constitue une question essentielle de la protection du consommateur. Conformément aux dispositions de l'article L.212-1 du Code de la consommation, dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs, les clauses qui visent ou entraînent un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, au détriment du consommateur sont abusives,¹⁴⁵⁵ et sont réputées non écrites, comme le souligne l'article L.241-1¹⁴⁵⁶ du Code de la consommation, ainsi que l'article 1171 du Code civil.¹⁴⁵⁷

Cette sanction a suscité de vifs échanges durant les discussions préparatoires à la loi du 10 janvier 1978.¹⁴⁵⁸ Certains des rédacteurs plaidaient pour une nullité totale du contrat, mais une telle option risquait d'inciter à la mauvaise foi chez le consommateur, c'est pourquoi l'option du « réputé non écrit » s'est révélée être une solution pertinente, dans le sens où elle permet de conserver le contrat tout en évitant les conséquences négatives d'une nullité totale.¹⁴⁵⁹

Si l'on examine l'origine de l'expression « clause réputée non écrite », on peut, à première vue, comprendre sa signification ; la clause est considérée comme n'ayant jamais existé. Le contrat est donc perçu comme s'il avait été conclu sans cette clause contestée. Cela implique que ni les parties impliquées, ni un tiers, ni même un juge ne devraient avoir accès à cette clause, puisqu'elle est censée

¹⁴⁵⁴ Civ. 2^{ème} Cass. 15 septembre 2022, n°21-11.234

¹⁴⁵⁵ Nous soulignons que cet article remplace l'ancien article L.132-1 du Code de la consommation, tel que modifié par l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats (art. 2)

¹⁴⁵⁶ L'article L.241-1 du Code de la consommation dispose : « les clauses abusives sont réputées non écrites... »

¹⁴⁵⁷ L'article 1171 du Code civil dispose : « dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite... »

¹⁴⁵⁸ Appelée également loi *Scrivener*, est considéré comme étant une loi significative en matière de protection des consommateurs, même s'il y a eu plusieurs textes législatifs bien avant en 1905, en 1972 et en 1973, mais la loi du 10 janvier 1978, a introduit un cadre plus structuré pour l'information et la protection des consommateurs.

¹⁴⁵⁹ O. Carmet, « Réflexion sur les clauses abusives au sens de la loi 78-23 », *RTDcom*. 1982, p.24



n'avoir jamais été formulée. En d'autres termes, personne n'est censé pouvoir en prendre connaissance.¹⁴⁶⁰

En outre, en se penchant sur la définition de « clause réputée non écrite » proposée par le Vocabulaire juridique de l'association *Henri Capitant*, on découvre qu'elle fait référence à une clause illicite dans un acte juridique. Selon cette définition, « *la nullité de cette clause n'entraîne pas celle de l'acte qui la contient, et il est donc considérée que la clause annulée n'a jamais existé* ». ¹⁴⁶¹

Cependant, saisir pleinement la notion de clause réputée non écrite et son fonctionnement peut être délicat. Bien que cette clause soit considérée comme n'ayant jamais existé, elle est pourtant présente dans le contrat. Pour clarifier ce paradoxe, il est nécessaire de se référer à la fiction juridique, ¹⁴⁶² comme le souligne Audrey. ¹⁴⁶³

Monsieur *Kullmann* souligne que « *réputer une clause non écrite correspond à la fiction : la clause réellement écrite n'est pas écrite. Elle est inexistante* ». ¹⁴⁶⁴ En réalité, même si une clause réputée non écrite peut être lue, son caractère illicite la rend non écrite dès qu'elle est inscrite. Cela revient à dire que, dès son apparition sur le document, la clause illicite est effacée par cette fiction juridique. En conséquence, étant considérée comme « non écrite », elle ne peut produire aucun effet juridique. ¹⁴⁶⁵ En l'absence d'une définition légale, la jurisprudence a joué un rôle clé dans l'élaboration de la notion de clause réputée non écrite et de son régime spécifique. Dans un arrêt rendu le 9 mars 1988, la Cour de cassation a examiné une demande de nullité partielle d'un règlement de copropriété, fournissant ainsi une première ébauche de définition en affirmant qu'une clause réputée non écrite est considérée comme n'ayant jamais existé. Cela signifie que les textes qui qualifient une clause de non écrite lui retirent toute existence. ¹⁴⁶⁶

Dans un autre arrêt, la Cour de cassation a également précisé qu'une clause réputée non écrite « est censée n'avoir jamais été rédigée ». Cette affirmation renforce l'idée que la clause n'apparaît pas dans le contrat et ne peut être lue ni appliquée. Par ces formulations, la Cour de cassation conteste l'idée que les parties aient pu inclure la clause contestée dans le contrat et lui refuse ainsi toute valeur juridique. ¹⁴⁶⁷

Un autre arrêt significatif qui éclaire le concept de clause réputée non écrite prévoit que « *les clauses réputées non écrites par l'article 42 de la loi de juillet 1965 sont non avenues par le seul effet de la loi...* ». ¹⁴⁶⁸ Cet arrêt montre que lorsqu'une clause est déclarée non écrite par la loi en raison de son contenu jugé inacceptable, elle devient automatiquement « non avenue » si elle figure dans un contrat. En d'autres termes, cette clause disparaît d'elle-même du contrat en raison de son caractère illicite, sans qu'il soit nécessaire d'intervenir pour l'annuler.

De plus, il est présumé que les parties n'ont jamais convenu d'un accord concernant cette clause et son contenu. Comme le souligne *Kullmann*, « c'est à ce stade que la fiction juridique révèle toute son importance : les contractants ne pourront jamais affirmer avoir eu l'intention d'inclure cette

¹⁴⁶⁰ C. Audrey, « Le caractère non contraignant des clauses abusives », M2 droit des affaires, droit de la consommation et des pratiques commerciales, Université Cergy Paris 2021, p.37

¹⁴⁶¹ Vocabulaire juridique, « Association Henri Capitant », coll. Quadrige 7^{ème} éd. 2005

¹⁴⁶² La fiction juridique est un procédé de technique juridique, un artifice utilisé par la loi. Le législateur déforme volontairement une catégorie juridique. L'idée est d'inclure dans catégorie juridique une entité qui n'est pas censée y être incluse. Il fait « comme si » une situation existait. (voir dans www.aideauxtd.com)

¹⁴⁶³ C. Audrey, *op.cit.* p.37

¹⁴⁶⁴ J. Kullmann, « Remarques sur les clauses réputées non écrites », *D* 1993, p.59

¹⁴⁶⁵ C. Audrey, *op.cit.* p.38

¹⁴⁶⁶ Civ. 3^{ème} Cass. 9 mars 1988, n°86-17.289 (*dans C. Audrey, op.cit.*)

¹⁴⁶⁷ Civ. 3^{ème} Cass. 02 décembre 1987, n°86-10.793 (*idem*)

¹⁴⁶⁸ Civ. 3^{ème} Cass. 1^{er} avril 1987, n°85-15.010



stipulation dans leur accord ». Par conséquent, les parties ne pourront jamais revendiquer cette clause.¹⁴⁶⁹

Il est important de comprendre que, en réalité, les parties ont effectivement donné leur consentement et se sont mises d'accord sur le contenu de la clause, qui figure bien dans le contrat. Cependant, grâce à la fiction juridique, cette clause perd toute validité et ne produira jamais d'effet. Comme l'a souligné un arrêt de la Cour d'appel dans le cadre d'une demande visant à déclarer une clause abusive réputée non écrite, « les clauses abusives sont réputées non écrites », ce qui signifie qu'elles ne peuvent pas être opposées au professionnel ou au consommateur. L'inopposabilité constitue d'ailleurs une sanction visant à marquer l'absence de consentement, garantissant ainsi que l'acte ou la clause inopposable n'aura pas d'impact sur les relations entre les parties.¹⁴⁷⁰

Dans le même ordre d'idées, certains doctrinaires rapprochent la sanction du « réputé non écrit » de la nullité partielle,¹⁴⁷¹ d'autres confondent les deux termes, comme Aubert, qui souligne qu'il est fréquent que la loi, lorsqu'elle établit une règle dont le non-respect entraîne immédiatement la nullité qui est seulement partielle. On utilise souvent l'expression selon laquelle la clause concernée est « réputée non écrite ». ¹⁴⁷²

Mais la question qui se pose est la suivante : pourquoi avoir opté pour une notion différente ? Cette distinction pourrait suggérer que ces deux sanctions, bien qu'elles soient similaires, reposent sur des mécanismes différents. Plusieurs arguments viennent étayer cette hypothèse. Tout d'abord, les modalités d'application varient : les personnes habilitées à agir ainsi que l'objet de l'action sont différents. De plus, contrairement à la nullité, les notions de prescription et de confirmation ne semblent pas pouvoir éteindre le droit de faire valoir le « réputé non écrit ». Enfin, il est impossible d'appliquer à cette sanction la distinction entre nullité absolue et relative.

D'un autre côté, les conséquences du « réputé non écrit » présentent quelques différences par rapport à celles de la nullité partielle. Cette sanction repose sur une fiction juridique prévoyant que la clause est considérée comme n'ayant jamais existé, ce qui signifie qu'elle n'a pas d'effet rétroactif. En pratique, si cette clause a déjà été mise en œuvre, il n'est possible de compenser la situation que par le biais de dommages-intérêts. Par ailleurs, contrairement à la nullité partielle, le « réputé non écrit » entraîne une substitution automatique : le juge applique alors des règles impératives ou supplétives, sans avoir besoin d'intervenir spécifiquement pour combler un vide juridique.

Un autre aspect qui distingue le « réputé non écrit » est l'impossibilité pour le juge d'annuler complètement le contrat dans ce cadre. En matière de nullité, plusieurs critères déterminent l'étendue de effets, de la loi de 1978 se limitait à la suppression de la clause abusive sans toucher au contrat dans son ensemble. Cependant, depuis la loi du 1^{er} février 1995, il est désormais possible d'étendre cette sanction à l'ensemble du contrat. Cela dit, la volonté des parties ne semble pas pouvoir justifier une telle extension.

En fin de compte, la sanction du « réputé non écrit » s'avère être un instrument essentiel pour remédier aux déséquilibres contractuels. En éliminant la clause abusive, elle favorise un rééquilibrage réel du contrat, grâce au pouvoir de substitution accordé au juge. Ce mécanisme est donc particulièrement efficace pour protéger les intérêts des parties tout en maintenant la cohérence du contrat.

Derrière des sanctions comme la nullité d'une clause se trouve souvent un réel pouvoir de révision du contrat, facilité par les mécanismes de substitution que les juges peuvent utiliser. En ce qui concerne la nullité partielle, ce pouvoir, bien qu'il soit exceptionnel, commence à se développer au fil des

¹⁴⁶⁹ J. Kullmann, *op.cit*

¹⁴⁷⁰ C. Audrey, *op.cit*. p.39

¹⁴⁷¹ O. Carmet, *op.cit*. p.24 et s.

¹⁴⁷² J.L. Aubert, « Le contrat, droit des obligations », *Dalloz*, connaissance du droit, 3^{ème} éd. 2006, p 94



décisions judiciaires. Pour le « réputé non écrit », l'absence d'un cadre légal strict permet une certaine flexibilité, ce qui aide à préserver non seulement le contrat lui-même, même aussi son équilibre. Cette réflexion souligne une évolution où la distinction entre les mécanismes visant à supprimer un déséquilibre et ceux cherchant à restaurer l'équilibre devient de plus en plus floue. Elle laisse également entendre que la nullité totale n'est pas toujours la sanction la plus adéquate ou efficace. Il est nécessaire d'approfondir cette idée pour mieux comprendre ces dynamiques.

b- Le juge et la nullité des clauses abusives : un pouvoir controversé

Le rôle du juge est fondamental en matière des clauses abusives. Pour garantir une véritable protection des consommateurs, il est essentiel que le juge intervienne de manière proactive.¹⁴⁷³

In principio, la doctrine soulignait que, dans certains cas, le juge pouvait remplacer une clause annulée par une clause licite afin de combler le vide laissé par cette annulation. Un exemple illustratif¹⁴⁷⁴ est fourni par la jurisprudence concernant les clauses d'indexation. Plusieurs décisions ont ainsi reconnu que les juges avaient la capacité de substituer un indice illicite par un indice conforme à la législation, en se fondant sur l'intention commune des parties. Cette solution vise à maintenir l'équilibre souhaité entre les contractants, comme le soulignait Madame *Fin-Langer*.¹⁴⁷⁵

En effet, lorsqu'un indice avait été jugé illicite, cela entraînait généralement la nullité de la clause d'indexation. Toutefois, cette clause, convenue par les parties, était essentielle pour préserver l'équilibre contractuel durant l'exécution de l'accord. Elle garantissait la valeur des prestations face aux variations économiques. En remplaçant l'indice, le juge agissait en faveur de la volonté des parties et du respect de cet équilibre. Il convient de noter que ce pouvoir de révision et par conséquent de substitution n'avait pas toujours été nécessaire, et cela dépendait des spécificités de la clause concernée.

Par exemple, la nullité partielle avait été envisagée pour certaines clauses de perpétuité dans les contrats de bail. Une réflexion similaire s'appliquait aux clauses qui pouvaient entraver le droit au renouvellement selon l'article 35 du décret du 30 septembre 1953.¹⁴⁷⁶ Cependant, cette approche interventionniste a laissé place à une conception plus rigoureuse de l'autonomie contractuelle, où le juge national¹⁴⁷⁷ n'est plus investi d'un pouvoir de révision des clauses, et par le biais du fameux arrêt *Banco Español de Crédito*,¹⁴⁷⁸ rendu le 14 juin 2012, qui établit un principe fondamental interdisant la révision des clauses contractuelles, prévoyant ainsi que le juge doit simplement écarter les clauses abusives.

Dans cette affaire, un consommateur espagnol avait souscrit en 2007 un prêt de 30 000€ pour l'achat d'un véhicule, avec un taux d'intérêt de 7,950%, un TAEG de 8,890% et un taux des intérêts moratoires fixé à 29%. Après sept mensualités non réglées, le juge a déclaré d'office la clause des intérêts moratoires nulle en raison de son caractère abusif. En plus de cette déclaration, il a ajusté le taux à 19% et a demandé à la banque de recalculer les intérêts dus pour la période concernée. La banque a alors fait appel, arguant que le juge ne pouvait pas modifier la clause. La Cour de justice a

¹⁴⁷³ J.D. Pelier, « Retour sur l'obligation pour le juge de relever les dispositions protectrices des consommateurs », Dalloz actualité, 22 avril 2020

¹⁴⁷⁴ Com. Cass. 7 janvier 1975, n°18167

¹⁴⁷⁵ L. Fin-Langer, *op.cit.* p.336

¹⁴⁷⁶ J. Monerger, note sous civ. 3^{ème} 19 février 1992, JCP 1993, éd. E. II, 429, n°9 et s.

¹⁴⁷⁷ Notamment avec l'unification des dispositions relatives aux clauses abusives par la directive 93/13, dans les pays européens

¹⁴⁷⁸ CJUE, 12 juin 2012, aff. C-618/10, *Banco Espanol de Credito*



alors été saisie d'une question préjudicielle : le juge national peut-il compléter un contrat en révisant une clause jugée abusive après avoir constaté sa nullité ?¹⁴⁷⁹

La Cour a précisé que, conformément au libellé du paragraphe 1 de l'article 6, les juges nationaux n'ont pour mission que d'écarter l'application d'une clause contractuelle abusive afin qu'elle ne produise pas d'effets contraignants pour le consommateur, sans avoir la possibilité de modifier son contenu. Ainsi la Cour interdit aux juges de réviser une clause abusive et limite leur intervention à sa simple nullité. Ils ne peuvent pas réécrire la clause pour en supprimer le caractère abusif. La Cour justifie cette interdiction en soulignant que le contrat peut, en principe, demeurer valide sans nécessiter la révision d'une clause, et qu'une telle révision ne se limite pas à une simple nullité, mais implique en réalité une modification de la clause.

En exigeant que le juge élimine entièrement la clause du contrat, il n'est plus possible, comme l'avait fait le juge espagnol, de réduire le montant d'une clause pénale à un niveau acceptable. Cette position a été réaffirmée dans plusieurs décisions, notamment dans les arrêts *Asbeek Brusse* et de *Man Garabito*.¹⁴⁸⁰

De plus, dans l'affaire *Unicaja Banco* et *Caixabank* du 21 janvier 2015, il est précisé que « si la clause est abusive, le juge doit supprimer les intérêts moratoires, même si la législation nationale permettrait une réduction au-delà d'un certain seuil ». ¹⁴⁸¹ La Cour de justice a également réitéré que l'article 6§1 s'oppose à une règle de droit national permettant au juge national de modifier le contrat en révisant le contenu d'une clause abusive.¹⁴⁸²

Si l'on envisageait de réviser une clause abusive, cela signifierait qu'elle conserverait une certaine forme de contrainte. En d'autres termes, le consommateur resterait partiellement engagé par cette clause. Selon la jurisprudence européenne, une telle clause est supposée n'avoir jamais existé. Modifier cette clause reviendrait donc à reconnaître son existence et à lui conférer des effets qu'elle n'aurait jamais dû avoir en raison de son caractère non valide. Par conséquent, une telle modification compromettrait l'application effective de l'article 6 de la directive.¹⁴⁸³

En outre, comme le soulignent Monsieur *Chantepie* et Madame *Sauphanor-Brouillaud* « l'enjeu est crucial, car il concerne le caractère dissuasif de la sanction ». ¹⁴⁸⁴ En effet, les professionnels pourraient en tirer un bénéfice considérable, ce qui renforcerait le déséquilibre dans la relation contractuelle, en contradiction avec l'objectif de la directive qui vise à rétablir cet équilibre, l'effet dissuasif de la sanction étant déjà limité, si la clause était modifiable, cela signifierait que le professionnel ne subirait aucune conséquence. L'avocat général a d'ailleurs souligné dans ses conclusions concernant l'affaire *Banco Español de Crédito* que cette possibilité de révision « contribuerait à réduire l'effet dissuasif sur les professionnels, qui pourraient être incités à continuer d'utiliser ces clauses, en sachant que même si elles étaient annulées, le contrat pourrait être ajusté par le juge national pour protéger leurs intérêts ». ¹⁴⁸⁵

Une autre problématique relative au pouvoir du juge, et plus précisément au pouvoir du relevé d'office même, qui a généré de nombreux paradoxes jurisprudentiels, mérite également notre attention et soulève des interrogations profondes sur l'évolution de la jurisprudence. Dans un arrêt rendu le 10

¹⁴⁷⁹ C. Audrey, *op.cit.* pp.54/55

¹⁴⁸⁰ CJUE, 30 mai 2013, aff. C-488/11, *Asbeek Brusse* et de *Man Garabito*, pt 59

¹⁴⁸¹ G. Chantepie et N. Sauphanour-Brouillard, « Déséquilibre significatif », Répertoire de droit commercial, mai 2019 actualisation, février 2021, pt.90

¹⁴⁸² CJUE, 03 mars 2020, aff. C-125/18, *Gomez del Moral Guasch*. Pt 59

¹⁴⁸³ C. Audrey, *op.cit.* pp. 56/57

¹⁴⁸⁴ G. Chantepie et N. Sauphanour-Brouillard, « Déséquilibre significatif », Répertoire de droit commercial, mai 2019 (actualisation en février 2021), p.90

¹⁴⁸⁵ Conclusions de l'avocat général, aff. C-618/10, *Banco Español de Crédito*



juillet 2002, la Cour de cassation française a critiqué le juge pour avoir soulevé d'office une disposition du Code de la consommation. La Cour a cassé l'arrêt en affirmant que « *la méconnaissance des exigences des textes susvisés, même d'ordre public ne peut être opposé qu'à la demande de celui que ces dispositions ont pour objet de protéger* ». ¹⁴⁸⁶ Dans cette affaire, le consommateur concerné n'avait pas comparu ni en première instance ni en appel. Cet arrêt établit donc une interdiction pour le juge de relever d'office les règles du Code de la consommation. Certains auteurs interprètent cette décision comme un refus par la Cour de cassation de permettre aux juges du fond de soulever d'office les règles du Code, évoquent ainsi une notion d'« objectivité procédurale ». ¹⁴⁸⁷

Cependant, cette position semble contradictoire avec la jurisprudence *Océano Grupo Editorial et Salvat Editors*, qui autorisait le relèvement d'office des clauses abusives, puisque les pays européens ont transposé la directive 93/13 par leur Codes de la consommation.

En réponse à cette situation, le législateur français a introduit, par la loi *Chatelle*, ¹⁴⁸⁸ l'article L.141-4 du Code de la consommation, qui a été abrogé et remplacé par la suite par l'article R.632-1 ¹⁴⁸⁹ et qui prévoit que le juge « peut relever d'office toutes les dispositions du présent code dans les litiges nés de son application ». Cela a permis au droit français d'être aligné avec le droit de l'Union européenne et même d'aller au-delà en élargissant la possibilité de relever d'office à des situations autres que celles impliquant uniquement des clauses abusives.

Il est à noter qu'au départ, la Cour de justice de l'Union Européenne n'avait accordé au juge national que la possibilité de soulever d'office le caractère abusif d'une clause, lui permettant ainsi de l'annuler. Elle a indiqué que cette capacité d'examen d'office était cruciale pour atteindre l'objectif fixé par l'article 6 de la directive, ¹⁴⁹⁰ qui vise à protéger les consommateurs contre les clauses abusives. De plus, cela contribuait à l'objectif de l'article 7, ¹⁴⁹¹ car un tel examen pouvait avoir un effet dissuasif sur les professionnels. ¹⁴⁹²

Cette intervention d'office est d'autant plus justifiée que les consommateurs manquent souvent d'informations sur leurs droits.

Quelques années après, la Cour a consolidé la protection accordée aux consommateurs en obligeant les juges nationaux de relever d'office le caractère abusif des clauses contractuelles. Ainsi, le juge doit désormais déclarer une clause abusive, même si le consommateur ne l'a pas expressément demandé. Ce n'est plus une simple faculté, mais une véritable obligation qui incombe au juge. Cette exigence renforce également l'effet dissuasif de la sanction, car le professionnel ne peut plus espérer échapper à une condamnation en comptant sur l'ignorance ou l'inertie du consommateur.

C'est en 2006, avec l'arrêt *Mostaza Claro*, que la Cour de justice, et pour la première fois, a imposé aux juges nationaux de soulever d'office la présence de clauses abusives dans les contrats de consommation. Elle a estimé que « la nature et l'importance de l'intérêt public (de la directive)

¹⁴⁸⁶ Civ, Cass. 10 juillet 2002, n°00-22.199

¹⁴⁸⁷ J. Mestre et B. Fages, « Variations autour de l'ordre public », *RTD civ.* 2003, p.85

¹⁴⁸⁸ Loi n°2008-3 du 03 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs

¹⁴⁸⁹ Décret n°2016-884 du 29 juin 2016 relatif à la partie réglementaire du Code de la consommation

¹⁴⁹⁰ L'article 6§2 de la directive 93/13 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs dispose : « les Etats membres prennent les mesures nécessaires pour que le consommateur ne soit pas privé de la protection accordée par la présente directive du fait du droit d'un pays tiers comme droit applicable au contrat, lorsque le contrat présente un lien étroit avec le territoire des Etats membres »

¹⁴⁹¹ L'article 7§1 de la directive 93/13 prévoit : « les Etats membres veillent à ce que, dans l'intérêt des consommateurs ainsi que des concurrents professionnels, des moyens adéquats et efficaces existent afin de faire cesser l'utilisation des clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs par un professionnel... »

¹⁴⁹² *CJUE*, 27 juin 2000, aff. C-244/98, *Océano Grupo Editors*, pt. 28 (dans C. Audrey, *op.cit.* p.76)



justifient que le juge national soit tenu d'examiner d'office le caractère abusif d'une clause contractuelle ».1493

Cet arrêt confirmé en 2009 par la décision *Pannon GSM*. Dans cette affaire concernant une clause de compétence, la Cour de justice a souligné qu'il serait inacceptable, conformément à l'article 6§1, de considérer que seule une demande explicite du consommateur puisse conduire à l'absence d'effet d'une clause contractuelle abusive. La Cour a clairement réaffirmé l'obligation pour les juges de relever d'office les clauses abusives, en précisant que « le rôle attribué au juge national (...) inclut également l'obligation d'examiner d'office cette question, dès qu'il dispose des éléments de droit et de fait nécessaires ». Depuis lors, la Cour de justice rappelle constamment ce devoir qui incombe aux juges nationaux.1494

En d'autres termes, cela donne au juge la possibilité de déclarer une clause comme inexistante, tout en maintenant la validité des autres dispositions du contrat.1495

La Cour de justice exige que le juge procède à un relevé d'office lorsque celui-ci dispose des éléments juridiques et factuels nécessaires. Ce processus est en accord avec le principe du contradictoire, qui prévoit que le juge ne peut fonder sa décision que sur des éléments présentés au cours des débats. En droit français, ce principe est énoncé à l'article 16 du Code de procédure civile. Toutefois, la Cour a élargi cette exigence en demandant aux juges nationaux de prendre d'office des mesures d'instruction pour établir ces éléments, même s'ils n'ont pas été abordés dans le débat.1496

De plus, la Cour de justice précise que le relevé d'office peut intervenir à n'importe quel moment de la procédure. Dès que le juge a accès aux éléments nécessaires pour déterminer si une clause est abusive, il peut en tirer toutes les conséquences, peu importe le stade de la procédure. Il a ainsi été établi que ce relevé d'office peut se faire in *limine litis*, en appel, et même lorsque la décision a déjà force de chose jugée.1497

Comme le notent certains spécialistes, la Cour de justice a conféré au juge national des « pouvoirs exceptionnels, lui permettant de dépasser son droit national pour évaluer d'office le caractère abusif d'une clause à n'importe quel moment de la procédure ».1498

En 2020, la Cour de justice a clarifié l'étendue du relevé d'office. Le juge est désormais uniquement tenu d'examiner les clauses qui sont directement liées au litige. Dans un arrêt rendu le 11 mars, la Cour a affirmé que « l'effectivité de la protection que le juge national est censé offrir au consommateur par une intervention d'office ne doit pas ignorer ni dépasser les limites de l'objet du litige tel que défini par les parties dans leurs prétentions. Ainsi, le juge national n'est pas obligé d'élargir ce litige en examinant individuellement toutes les autres clauses d'un contrat ».1499

Dans cette affaire, il s'agissait d'un contrat de prêt hypothécaire en devise étrangère, qui comportait une clause permettant au professionnel de modifier unilatéralement les termes du contrat. Le consommateur souhaitait faire annuler cette clause en invoquant le caractère abusif de certaines dispositions. La juridiction nationale s'est alors interrogée sur l'obligation d'examiner le caractère

1493 CJUE, 26 octobre 2006, aff. 168/05, *Pannon GSM* (dans A. Audrey, op.cit. p.76)

1494 CJUE, 14 juin 2012, aff. C-618/10, *Banco Español de Crédito*, 30 mai 2013, aff. C-488/11, *Asbeek Brusse et de Man Garabito*

1495 R. Martin, « Le consommateur abusif », *D* 1987, chr. 150, n°12

1496 CJUE, 9 novembre 2010, aff. C-137/08, *VB Pénzugyi Lizing*, pt 56, également en ce sens : 11 mars 2020, aff. C-511/17, *Lintner*, 4 juin 2020, aff. C-495/19, *Kanceleria Medius*

1497 CJUE, 26 janvier 2017, aff. C-421/14, *Banco primus*, pt. 54

1498 G. Chantepie et N. Saupahnour-Brouillaud, *op.cit.*, p 54

1499 CJUE, 11 mars 2020, aff. C-511/17, *Lintner*, pt.30



abusif de toutes les clauses présentes dans le contrat de crédit. La Cour de justice a répondu que ce n'était pas nécessaire.

En effet, si tel était le cas, le juge risquerait de se prononcer au-delà des demandes des parties, ce qui irait à l'encontre du principe selon lequel le procès civil appartient aux parties. Le juge doit donc se limiter à statuer sur les demandes formulées par celles-ci et ne pas dépasser ce cadre.

Le juge est tenu de se prononcer d'office uniquement sur les clauses qui sont en rapport avec le litige, même si elles n'ont pas été mentionnées par le demandeur. En revanche, il n'est pas nécessaire d'examiner séparément les clauses qui ne sont pas liées à l'objet du litige. Cependant, la Cour de justice rappelle que le juge doit prendre des mesures d'instruction d'office afin d'évaluer les clauses qui ont un lien avec le litige en question. De plus, la Cour laisse la porte ouverte aux Etats membres pour instaurer un contrôle d'office plus large conformément à l'article 8 de la directive.¹⁵⁰⁰

La Cour a finalement opté pour une approche qui vise à établir et à trouver un terrain d'entente. Selon Monsieur, *Piedelievre*, cette solution se veut être un compromis réfléchi.¹⁵⁰¹

Parallèlement à la problématique précédente, une autre question s'ajoute à la liste des interrogations entourant l'étendue du pouvoir du juge, et qui concerne essentiellement l'obligation de suppression totale de la clause abusive. Selon l'arrêt *Abanca Corporación Bancaria*, du 26 mars 2019,¹⁵⁰² le juge n'est pas autorisé à procéder à une suppression partielle de la clause concernée. Cela signifie qu'il doit éliminer la clause dans son intégralité, sans conserver de partie, car toute suppression partielle équivaudrait à maintenir une partie de la clause en vigueur, ce qui serait incompatible avec l'objectif de protection des consommateurs.

Dans l'affaire mentionnée, il s'agissait d'un contrat de crédit avec garantie hypothécaire entre une consommatrice et une banque. Celle-ci, considérant que certaines clauses étaient abusives, a demandé leur annulation. La juridiction a accédé à sa demande, ce qui a conduit *Abanca Corporación Bancaria* à faire appel, allant jusqu'à la Cour de cassation. La juridiction de renvoi, incertaine quant à la possibilité de déclarer une clause contractuelle partiellement abusive selon l'article 6§1, a alors soumis une question préjudicielle à la Cour de justice.

La juridiction nationale souhaitait en effet retirer une partie contestée de la clause tout en conservant l'autre. Elle a estimé que la disposition prévoyant une échéance anticipée dès le premier défaut de paiement d'une mensualité était abusive. En revanche, la partie stipulant une échéance anticipée en cas de non-paiement de plusieurs mensualités n'était pas considérée comme abusive. La juridiction a donc posé la question à la Cour de justice pour savoir si, lorsqu'une clause d'échéance anticipée dans un contrat de prêt hypothécaire est jugée abusive, il est possible de conserver une partie de celle-ci en supprimant uniquement les éléments problématiques. Selon la juridiction nationale, « l'élimination abusive d'une clause contractuelle tout en maintenant le reste de son contenu, qui n'est pas abusif, ne constitue pas une révision ou un remplacement du contenu contractuel ». ¹⁵⁰³

Après avoir rappelé le principe et les raisons qui sous-tendent l'interdiction de réviser une clause, la Cour de justice a clairement indiqué que la suppression partielle est équivalente à une révision, ce qui va à l'encontre des articles 6 et 7 de la directive concernée. Dans son point 55, elle affirme que « la simple suppression de l'élément d'échéance qui rend les clauses en question abusives reviendrait, en fin de compte, à réviser leur contenu en altérant leur substance. Par conséquent, le maintien partiel de ces clauses ne peut être accepté, car cela porterait atteinte à l'effet dissuasif mentionné dans le

¹⁵⁰⁰ CJUE, 26 novembre 2020, aff. C-807/19, *DSK Bank et Frontfx International*, pt. 52

¹⁵⁰¹ S. Piedelievre, « Office du juge et clauses abusives », *Gaz. Pal.* Septembre 2020, n°386n7, p 35

¹⁵⁰² CJUE, 26 mars 2019, aff. C-70/17, *Abanca corporación Bancaria*, pt. 25

¹⁵⁰³ C. Audrey, *op.cit.* p.58



point précédent de cet arrêt ». Ainsi, il est établi que la suppression d'une clause abusive doit être totale. Ce principe a été réaffirmé quelques mois plus tard dans l'affaire *Bankia*.¹⁵⁰⁴

La Commission européenne, dans ses orientations de 2019 sur l'interprétation de la directive 93/13, a soulevé des interrogations concernant la délimitation des clauses contractuelles. Certaines clauses peuvent être divisibles, ce qui permettrait une suppression « partielle ». La Commission mentionne qu'une clause qui semble unique pourrait en réalité être composée de plusieurs stipulations distinctes au sens de l'article 3, paragraphe 1. Cela s'applique notamment lorsque la clause contient plusieurs dispositions pouvant être séparées, permettant ainsi d'en retirer une tout en maintenant les autres claires et compréhensibles.

*Le 29 avril 2021, la Cour de justice a statué sur cette question dans le cadre d'un contrat de prêt hypothécaire libellé en zloty polonais mais indexé sur le franc suisse. La juridiction a demandé si la partie jugée abusive pouvait être supprimée. La Cour a répondu que « ce n'est que si l'élément d'indexation du prêt hypothécaire constitue une obligation contractuelle distincte des autres stipulations, susceptible d'être examinée individuellement pour son caractère abusif, que le juge national pourrait le retirer ».*¹⁵⁰⁵ Il est donc essentiel d'évaluer la divisibilité des obligations contractuelles. Si celles-ci sont distinctes, une suppression « partielle » devient envisageable, bien que cela implique en réalité deux clauses distinctes.

Dans cette affaire, la Cour a déjà établi que les dispositions concernant les intérêts ordinaires et celles relatives aux intérêts moratoires doivent être clairement différenciées. La suppression de l'une de ces dispositions ne doit pas entraîner la suppression de l'autre, chacune devant être soumise à un examen pour déterminer si elle est abusive.¹⁵⁰⁶ La Cour souligne, dans le point 74 de l'arrêt *Bank BPH*, que peu importe la manière dont les clauses sont formulées, qu'elles soient séparées ou regroupées, elles correspondent à deux obligations distinctes qui peuvent être jugées abusives et annulées indépendamment l'une de l'autre. Ainsi, conformément à l'article 6 de la directive, il est possible de supprimer une partie d'une clause lorsqu'elle contient deux obligations contractuelles distinctes.

CONCLUSION

L'examen comparé de la nullité partielle en droit marocain et français révèle une tendance commune à une vision pragmatique des contrats, axée sur la préservation de l'acte dès que c'est faisable. En invalidant précisément les clauses illégales ou abusives, les textes visent à marier sécurité du droit, équité des échanges et performances économique, tout en protégeant mieux les contractants vulnérables comme le consommateur ou l'assuré.

Cela dit, ce virage n'évite pas reproches. En admettant la nullité partielle, on donne au juge une marge d'appréciation large pour juger si une clause est cruciale ou secondaire, et même pour retoucher indirectement l'équilibre des obligations. Cette flexibilité, nécessaire pour une justice contractuelle effective, risque toutefois de heurter la liberté de contracter et la certitude des décisions.

La nullité partielle se profile donc comme un outil à double tranchant : protecteur d'un côté, générateur de débats doctrinaux et jurisprudentiels de l'autre. Elle reflète le renouvellement du droit des contrats, qui délaisse la sanction globale au profit d'un arbitrage équilibré et d'une justice de fond. Reste au législateur et aux juges de calibrer ce dispositif pour qu'il serve la stabilité des contrats et la foi des parties en le système juridique.

¹⁵⁰⁴ CJUE, 03 juillet 2019, aff. C-92/16, *Bankia*

¹⁵⁰⁵ CJUE, 28 avril 2021, aff. C-19/20, *Bank BPH*, 71

¹⁵⁰⁶ CJUE, 7 août 2018, aff. C-96/16 et C-94/17, *Banco Santander et Escobedo Cortes*, pt. 76



Références

- Article 3.16 des principes relatifs aux contrats du commerce international (*Unidroit*)
 Article 4.116 du droit européen des contrats
 B. Lefebvre, « La bonne foi : notion protéiforme », *revue de droit* de l'Université de Sherbrooke, vol 26, n°1996
 C. App. Aix-en-Pce, 8 janvier 1988
 C. App. Paris, *ch 19 B*, 22 septembre 1982
 C. App de Vincelles et J.F. Hamelin, *Droit des obligations, Tome I, Dalloz*, 2020
 C. Audrey, *Le caractère non contraignant des clauses abusives*, M2 droit des affaires, droit de la consommation et des pratiques commerciales, Université Cergy Paris 2021
 C. Thibierge, *Nullité, restitution et responsabilité*, Thémis Paris I, 1992
 Cass. Civ. 10 juillet 2002, n°00-22.199
 CJUE, 27 juin 2000, aff. C-244/98, *Océano Grupo Editors*, pt. 28 (dans C. Audrey, *op.cit.* p.76)
 CJUE, 26 octobre 2006, aff. 168/05, *Pannon GSM* (dans A. Audrey, *op.cit.* p.76)
 CJUE, 09 novembre 2010, aff. C-137/08, *VB Pénzugyi Lizing*, pt 56, également en ce sens : 11 mars 2020, aff. C-511/17, *Lintner*, 4 juin 2020, aff. C-495/19, *Kanceleria Medius*
 CJUE, 12 juin 2012, aff. C-618/10, *Banco Espanol de Crédito*
 CJUE, 14 juin 2012, aff. C-618/10, *Banco Español de Crédito*, 30 mai 2013, aff. C-488/11, *Asbeek Brusse et de Man Garabito*
 CJUE, 30 mai 2013, aff. C-488/11, *Asbeek Brusse et de Man Garabito*, pt 59
 CJUE, 26 janvier 2017, aff. C-421/14, *Banco primus*, pt. 54
 CJUE, 07 août 2018, aff. C-96/16 et C-94/17, *Banco Santander et Escobedo Cortes*, pt. 76
 CJUE, 26 mars 2019, aff. C-70/17, *Abanca corporación Bancaria*, pt. 25
 CJUE, 03 juillet 2019, aff. C-92/16, *Bankia*
 CJUE, 03 mars 2020, aff. C-125/18, *Gomez del Moral Guasch*. Pt 59
 CJUE, 11 mars 2020, aff. C-511/17, *Lintner*, pt.30
 CJUE, 26 novembre 2020, aff. C-807/19, *DSK Bank et Frontfx International*, pt. 52
 CJUE, 28 avril 2021, aff. C-19/20, *Bank BPH*, 71
 Ch. Lachière, « Droit des contrats », Ellipses 5^{ème} éd. 2020
 Civ 3^{ème} Cass. 08 octobre 1974, n°73-11.036, 73-12.464
 Civ. 1^{re} Cass. 20 mars 1984, n°82-16.653
 Civ. 3^{ème} Cass. 1^{er} avril 1987, n°85-15.010
 Civ. 3^{ème} Cass. 2 décembre 1987, n°86-10.793
 Civ. 2^{ème} Cass. 30 juin 2004, n°03-14.254
 Civ. 3^{ème} Cass. 14 mars 2019, n°18-10.093
 Civ. 2^{ème} Cass. 15 septembre 2022, n°21-11.234
 Civ. 3^{ème} Cass. 9 mars 1988, n°86-17.289
 Code civil français de 1804
 Code civil français
 Code de la consommation français
 Code des assurances français
 Com. Cass. 07 janvier 1975, n°18167
 Com. Cass. 27 mars 1990, n° de pourvoi 88-15092
 Com. Cass. 29 juin 2010, n°08-19.673
 Com 1^{ère}, Cass. 21 mars 2013, n°109/01 doss. com. n°1186/3/1/2011
 Conclusions de l'avocat général, aff. C-618/10, *Banco Español de Crédito*
 Dahir formant Code des obligations et des contrats (B.O 12 septembre 1913)
 Dahir n°1-02-238 du 03 octobre 2002 portant promulgation de la loi n° 17-99 portant Code assurances
 Décret n°2016-884 du 29 juin 2016 relatif à la partie réglementaire du Code de la consommation



Directive 93/13/ CEE du Conseil du 05 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs

F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, « Droit civil : les obligations, Dalloz 9^{ème} éd. Paris 2005

G. Chantepie et N. Saupahnour-Brouillaud, *Déséquilibre significatif*, Répertoire de droit commercial, mai 2019 (actualisation en février 2021), pt. 54

J.D. Pellier, *Retour sur l'obligation pour le juge de relever les dispositions protectrices des consommateurs*, Dalloz actualité, 22 avril 2020

J.F. Hamelin, *Droit des obligations, Tome I*, Dalloz, 2020

J. Kullmann, *Remarques sur les clauses réputées non écrites, D 1993*

J.L. Aubert, *Le contrat, droit des obligations*, Dalloz, connaissance du droit, 3^{ème} éd. 2005

J. Mestre et B. Fages, « Variations autour de l'ordre public », *RTD civ.* 2003

J. Moneger, note sous civ. 3^{ème} 19 février 1992, *JCP* 1993, éd. E. II, 429, n^o 9 et s.

L. Fin-Langer, « L'équilibre contractuel », *L.G.D.J.*, 2002

Loi n^o2008-3 du 03 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs

O. Carmet, *Réflexion sur les clauses abusives au sens de la loi 78-23, RTDcom.* 1982

R. Martin, *Le consommateur abusif, D 1987*, chr. 150, n^o12

S. Piedelievre, *Office du juge et clauses abusives, Gaz. Pal.* Septembre 2020

Vocabulaire juridique, *Association Henri Capitant*, coll. Quadriges 7^{ème} éd. 2005

www.aideauxtd.com

الحسين بلوش، شرح مدونة التأمينات، مكتبة قرطبة أكادير، الطبعة الأولى 2013
 محمد الهيني، الحماية القانونية للطرف الضعيف في عقد التأمين البري، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص،
 جامعة سيدي محمد بن عبد الله، فاس، السنة الجامعية 2005/2006
 محمد شكري سرور، سقوط الحق في الضمان: دراسة في عقد التأمين البري، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى 1979
 قرار صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بفاس، بتاريخ 20 رمضان 1436 الموافق ل 07 يونيو 2015، عدد، 8201/14/650
 قرار محكمة النقض عدد 2864 بتاريخ 2/11/95، الملف المدني عدد 4443/93