

SECTION 4 : LA CAUSE

L'article 2 du DOC fait de la cause un élément indispensable pour la validité de l'obligation ; non seulement la cause doit exister mais aussi elle doit être licite. Selon certains auteurs, « la cause est la justification, la limite et la garantie du pouvoir autonome de la volonté. Elle en est la justification, expliquant pourquoi la volonté engage : une obligation même voulue, n'est pas obligatoire, si elle est sans cause ou a une cause illicite.

Une cause licite de s'obliger figure parmi les conditions exigées pour la validité des obligations contractuelles (article 2) et l'article 62 du DOC le rappelle l'obligation doit exister et être licite: « **L'obligation sans cause ou fondée sur une cause illicite est non avenue** ».

La cause c'est la raison pour laquelle une personne s'engage. L'existence et la licéité de la cause donnent à la cause un double sens.

Dans un premier sens lié à l'existence de la cause la cause est la contrepartie. Dans un contrat synallagmatique, une vente par exemple : *le vendeur s'oblige à transférer la propriété parce qu'en contrepartie il perçoit le prix.* c'est la définition objective de la cause.

Dans tous les contrats de vente, la cause est la même. Exiger la cause comme condition de validité revient à veiller à ce que chaque contractant reçoive la contrepartie promise. Un contrat sans contrepartie, sans cause, est un contrat déséquilibré. L'exigence d'une cause montre ainsi le souci du législateur de veiller à l'équilibre contractuel.

Dans un second sens lié à la licéité de la cause la cause se ramène à la raison, aux motifs ayant déterminé les parties à s'engager. C'est la définition subjective de la cause qui s'intéresse aux raisons personnelles qui animent les contractants. Ces motifs vont varier. Dans un même contrat, la cause ne sera pas la même.

Ces motifs doivent être licites. *Un contrat de location conclu pour exploiter une maison de tolérance* sera annulé pour motif illicite: contraire aux bonnes mœurs, à l'ordre public ou à la loi. La cause subjective vise donc à veiller à la moralité, à la licéité et à la conformité des contrats aux bonnes mœurs et à l'ordre public.

L'ordre public est une notion imprécise. Il s'agit de règles impératives qui limitent le libre jeu des volontés individuelles. Dans l'optique du principe de l'autonomie des volontés, le domaine de l'ordre public doit rester limité, le contrat étant affaire de volontés et non de lois.

Le développement actuel de l'ordre public, qui perturbe le schéma classique du contrat, vise plusieurs objectifs essentiels: tantôt il s'agit de défendre l'Etat, la famille et la morale. C'est « **l'ordre public politique** ». Tantôt il s'agit de diriger l'économie, de la réguler.

En effet, dans une économie de marché, le rôle du droit est de servir de cadre juridique au fonctionnement régulier de ses mécanismes, de ses acteurs, d'assurer l'effectivité de la compétition économique, d'arbitrer la partie que joue les compétiteurs, de réguler ce jeu et donc de limiter l'espace livré à ce jeu lorsque les effets de la compétition se révéleraient insupportables, porteraient une atteinte grave à l'économie du pays et à l'intérêt des consommateurs. C'est « **l'ordre public de direction** ».

Parfois il s'agit de limiter la liberté des parties par des règles impératives qui visent à protéger les contractants en situation de faiblesse (salariés, consommateurs...). C'est « **l'ordre public de protection** ». Cet objectif de protection développe, dans certaines disciplines, des règles originales qui impriment à la hiérarchie des normes un aspect particulier.

Ainsi en droit du travail, un contrat peut aller contre la loi si c'est dans l'intérêt du salarié. L'article 11 de la loi n° 65-99 relative au code du travail a prévu clairement dans ce sens que: « Les dispositions de la présente loi ne font pas obstacle à l'application de dispositions plus favorables consenties aux salariés par les statuts, le contrat de travail, la convention collective de travail, le règlement intérieur ou les usages ».

A- Conditions de validité de la cause du contrat

Deux conditions sont exigées par la loi : la cause doit exister et elle doit être licite et morale.

- **Existence de la cause**

La cause doit exister dans une obligation contractuelle sous peine de nullité de cette obligation ; cette règle est prévue dans l'article 62 du DOC. La cause serait le but immédiat et direct qui conduit le débiteur à s'engager.

La cause est appréciée objectivement dans la mesure où elle représente la réponse à la question « pourquoi le débiteur exécute-t-il son obligation ? » ; ainsi, dans un contrat de vente, la cause de l'obligation du vendeur est de livrer la chose vendue, tandis que pour l'acheteur, c'est le paiement du prix. Elle est appréciée **objectivement** puisqu'elle est la même pour tous les contrats classés dans la même catégorie. Récemment, l'absence de cause est définie de manière extensive par référence à la notion d'« économie du contrat » ; ainsi, dans l'arrêt *Chronopost* rendu par la Cour de cassation française, la société *Chronopost* s'était engagée, d'une part, à une livraison rapide des colis moyennant une majoration du prix de livraison et, d'autre part, elle oblige ses clients à adhérer à un contrat prévoyant une clause limitative de responsabilité en cas de retard dans la livraison. Si on admet la validité de cette clause, la majoration du prix sera sans cause et par conséquent nul¹⁶⁷.

La cause peut être appréciée **subjectivement** et ainsi serait le motif déterminant poussant une partie dans un contrat à s'engager contractuellement. C'est la recherche du mobile et de l'intention réelle des parties à vouloir s'engager ; la cause selon cette appréciation subjective ne sera pas forcément la même pour les parties même s'agissant de contrats de même nature. Un vendeur vend sa maison par exemple pour raison de mutation tandis qu'un autre vendeur peut vendre pour besoin d'argent ou pour investir le produit de la vente dans un projet.

- **Licéité et moralité de la cause**

L'obligation fondée sur une cause illicite est non avenue¹⁶⁸. L'alinéa 2 de l'article 62 du DOC précise que « La cause est illicite quand elle est contraire aux bonnes mœurs, à l'ordre public ou à la

¹⁶⁷ Cass.com., 13 février 2007, Bull.civ. IV, n° 43.

¹⁶⁸ Article 62 du DOC.

loi ». Les tribunaux se basent généralement sur l'illicéité de la cause pour déclarer l'annulation des contrats exerçant ainsi un contrôle sur la moralité des contractants ; ainsi, une libéralité faite à une concubine sera déclarée nulle pour cause illicite ; de même, la location d'un local pour y exercer une activité interdite et réprimée par la loi tel le trafic de drogue, sera aussi déclarée nulle car le but poursuivi à travers l'exploitation de ce local est contraire à la loi et comporte une cause illicite même si l'objet du contrat est licite à savoir la location d'un local.

B- Sanctions de non respect des conditions de validité de la cause

En cas d'absence de cause ou de fausse cause, la sanction prévue par la loi est la nullité absolue du contrat.

Il n'y a pas lieu d'évoquer la nullité relative en cas d'erreur sur la cause ou de fausseté de la cause de l'obligation dans la mesure où même en cas d'erreur de ce genre, il sera question d'une erreur obstacle portant sur un élément essentiel du contrat et par conséquent entraînant la nullité absolue.

La nullité absolue frappe aussi le contrat dont la cause est immorale ou illicite ou contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public et ce en application de l'article 62 du DOC.

Certaines questions très importantes doivent être posées à l'occasion de l'application de la sanction de la nullité absolue. La conséquence directe est la possibilité pour la partie invoquant la nullité du contrat de ne pas s'exécuter si ce contrat n'est pas encore exécuté ou s'il est partiellement exécuté ; de même, d'autres conséquences juridiques sont produites : une partie peut parfaitement réclamer la répétition de l'indu. Cette dernière sanction n'est pas envisageable lorsque la nullité du contrat est provoquée à la suite de l'établissement de la preuve de l'existence d'une cause immorale ; les tribunaux appliquent la règle *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*¹⁶⁹ selon laquelle nul ne pourra bénéficier de sa propre immoralité ou erreur ou turpitude¹⁷⁰.

Consentement, capacité, objet et cause constituent ainsi les quatre conditions de fond exigées pour la validité du contrat. Le DOC n'ajoute pas une condition supplémentaire de forme (un écrit par ex). Le respect d'une formalité n'est pas une condition de validité du contrat. C'est le consensualisme, par opposition au formalisme, qui est une conséquence du principe de l'autonomie de la volonté. Aucune forme spéciale n'est donc requise pour la preuve des obligations, si ce n'est dans les cas où la loi prescrit une forme déterminée. (**Article 401**)

Ce principe connaît de nombreuses limites dont la portée doit être précisée à travers l'analyse des conditions de forme.

SECTION 5 : LES CONDITIONS DE FORME

Un contrat est en théorie valablement formé par le simple échange des consentements sans formalisme particulier (un contrat peut ainsi être formé oralement).

¹⁶⁹il s'agit d'une expression latine qui peut se traduire par : « nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude », le terme « turpitude » signifiant négligence, faute, comportement illégal ou fraude.

¹⁷⁰Civ. 1^{ère} civ. 15 févr.1967, Gaz.Pal. 1967.1.270.

Ce principe de **consensualisme** est indirectement consacré par l'art 2 du D.O.C qui ne mentionne pas la forme parmi les «conditions essentielles pour la validité d'une convention».

Si le consensualisme présente les avantages de la rapidité, de la souplesse et d'un coût limité propres à favoriser le commerce, de même qu'il réduit le risque de désistement d'une partie au motif d'une irrégularité de forme, il présente l'inconvénient de favoriser les engagements pris à la légère et rend difficile la preuve de l'accord.

Quoique le consensualisme demeure le principe, en pratique, notre droit est marqué par **l'importance croissante du formalisme** qui se manifeste à plus d'un titre.

Vu l'insécurité du consensualisme, qui est fondé sur la confiance mutuelle des parties contractantes, on assiste, aujourd'hui, à une certaine prise de conscience de la formalisation des rapports contractuels en raison de la multiplication des risques due au manquement à la bonne foi¹⁷¹. Une telle méfiance est tantôt dictée par des impératifs d'ordre légal, tantôt, stipulée par des stipulations à caractère conventionnel.

I) LE FORMALISME DIRECT

Il s'agit des contrats non consensuels ou formalistes. Pour ces contrats, la forme est nécessaire à la validité sinon à l'existence même du contrat. On parle de **formalisme de validité**.

En droit marocain, le consensualisme constitue sans doute le principe, tandis que le formalisme est l'exception. Cependant, on assiste à l'heure actuelle, à une renaissance accrue du formalisme, notamment par la modification de certains textes relatifs aux actes authentiques d'une part, et par le développement considérable du formalisme « informatif ».

Le droit commun a subordonné la validité de plusieurs contrats jugés particulièrement importants au respect de certaines formalités, à savoir la remise d'une chose ou la rédaction d'un acte notarié.

A- LE FORMALISME DE VALIDITE DANS LE D.O.C

Le D.O.C. connaît les deux principaux types de formalisme de validité : celui qui fait dépendre la formation du contrat de la rédaction d'un écrit (contrats solennels) et celui qui fait dépendre la formation du contrat de la remise de la chose (contrats réels).

1- CONTRATS SOLENNELS

Un contrat solennel est un contrat qui, en plus de l'échange des consentements, requiert l'accomplissement d'un formalisme de solennité afin d'être valide. La forme imposée est le plus souvent la rédaction **d'un écrit**, selon les cas notarié ou sous seing privé.

¹⁷¹ Tant le consensualisme que le formalisme présentent des avantages et des inconvénients, ainsi, si le consensualisme oblige, du point de vue moral, à respecter la parole donnée, le formalisme permet, en revanche de la renier au prétexte d'une irrégularité de forme. De plus, le consensualisme présente l'indicateur de la liberté et la rapidité. Tandis que le formalisme permet d'attirer l'attention de celui qui s'engage sur l'impératif de la sécurisation de son engagement : la rédaction d'un écrit, voir le passage devant le notaire permettent d'éviter de se lier à la légère, d'être victime des manœuvres de son cocontractant.

Ainsi, si la **vente** se suffit en principe de l'accord des parties¹⁷², il suffit pour s'en convaincre de se référer à l'art 488 qui dispose que : la vente est parfaite entre les parties dès qu'il y a consentement entre les parties, l'un pour vendre, l'autre pour acheter, et qu'ils sont d'accord sur la chose, le prix et les autres clauses du contrat.

La vente qui porte sur «des immeubles, des droits immobiliers ou autres choses susceptibles d'hypothèque» est soumise a une exigence de forme supplémentaire et «doit être faite par écriture ayant date certaine. (article 489 D.O.C.) L'écrit exigé ici par la loi joue le rôle d'un élément constitutif du contrat.

De même, si **l'échange** se présente comme un contrat consensuel qui se suffit du consentement des parties (article 620 D.O.C.), l'échange qui «a pour objet des immeubles ou autres objets susceptibles d'hypothèque se trouve soumis à la même exigence de forme que la vente portant sur des immeubles.

(L'article 620 alinéa 2, D.O.C. renvoie aux dispositions de l'article 489 relatif a la vente d'immeubles). On retrouve donc ici la même exigence d'un écrit (notarié, adoulaire ou sous-seing privé) qui vient s'ajouter à la volonté des parties pour conditionner la validité du contrat.

Tel est aussi le cas **de la vente d'immeuble en l'état futur d'achèvement** (la VEFA) devant faire l'objet d'un contrat préliminaire qui doit être conclu, sous peine de nullité, soit par acte authentique, soit par acte ayant date certaine dressé par un professionnel appartenant à une profession légale et réglementée autorisée à dresser ces actes, par la loi régissant ladite profession.(article 618-3 du DOC)¹⁷³..

A l'instar des contrats établis sur support papier, **les contrats électroniques** ne sont valables que via le respect des exigences dictées par l'article 417-1 du DOC, qui prévoit que : « L'écrit sur support électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier. L'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité »¹⁷⁴.

2- LES CONTRATS RÉELS

Outre l'accord de volontés, la formation du contrat réel est parfaite seulement par **la remise de la chose objet du contrat**. Tant que la chose n'est pas remise, il n'y a qu'une promesse de contrat réel dont le non-respect est sanctionné par des dommages et intérêts.

Le D.O.C. connaît les trois exemples classiques de contrats réels : le dépôt (art787)¹⁷⁵, le prêt à usage (art 833)¹⁷⁶ et le gage (art 1188)¹⁷⁷ ; et dans ces trois cas, la remise matérielle de la chose apparaît comme un élément constitutif du contrat.

¹⁷²Le seul consentement des parties, le contrat est né et il est parfaitement valable. On ne relève l'exigence d'aucune autre condition notamment de forme.

¹⁷³ Loi n° 44-00 complétant le DOC relative à la vente d'immeuble en l'état futur d'achèvement.

¹⁷⁴Ajouté par l'article 4 de la loi n° 53-05 promulguée par le dahir n° H1-07-129H du 30 novembre 2007 - 19 kaada 1428 ; B.O. n° 5584 du 6 décembre 2007

¹⁷⁵ L'article 787 D.O.C. dispose que : «le dépôt est parfait par le consentement des parties et par la tradition de la chose*. Il est donc clair que l'accord des volontés ne suffit pas a former le contrat de dépôt, et qu'il faut en plus qu'il y ait remise de la chose objet du dépôt».

B- LE FORMALISME DE VALIDITE EN DEHORS DU D.O.C

Ce formalisme concerne divers domaines dont on retiendra ici quelques illustrations significatives :

En matière commerciale, le formalisme occupe une place importante¹⁷⁸. Sans même parler du formalisme inhérent aux **effets de commerce** (chèques, lettres de change, billets à ordre), on relèvera que la formation de certaines **sociétés** commerciales se trouve subordonnée à la rédaction d'un écrit. Le contrat de société¹⁷⁹ doit être écrit, cet écrit est appelé statuts. Les statuts peuvent être rédigés soit par acte authentique soit par acte sous seing privé.

La loi 39-08 portant code des droits réels mérite d'être citée aussi, Cette loi comprend une multitude de nouveautés en matière de législation des droits détenus sur des biens immeubles. Dans la pratique, les droits réels ont jusqu'à présent été régis par le DOC, par la jurisprudence... L'une des nouveautés les plus déterminantes du nouveau code des droits réels : l'obligation d'établir des actes authentiques lors de toutes les opérations portant sur les droits réels, qu'il s'agisse de biens immatriculés ou pas, alors qu'un acte sous seing privé était suffisant auparavant. Ainsi, toute constitution de ces droits, leur cession, modification ou extinction ne peut désormais se faire qu'en vertu d'un acte authentique. Dans le même souci de sécurisation des droits réels, le nouveau code introduit des possibilités de passerelles afin de faire passer les biens non enregistrés dans le domaine immatriculé et profiter de la protection et des avantages que celui-ci procure.

Le nouveau régime pour la procuration immobilière (recours aux notaires, adouls et avocats est obligatoire pour faire une procuration immobilière)

La procuration intègre le cercle fermé des actes authentiques. C'est-à-dire des documents établis par des juristes autorisés à le faire par la loi: notaires, adouls et avocats habilités à plaider devant la Cour de cassation.

Telle est la nouveauté consacrée par le code des droits réels qui régit l'hypothèque, les droits de propriété, d'usage, d'usufruit... Son article 4¹⁸⁰ impose, «sous peine de nullité», de recourir à ces praticiens lorsque le mandat à rédiger vise un transfert de propriété notamment. Les autres droits réels ne sont pas exclus. Qu'il s'agisse de leur transfert, de leur modification au profit d'une autre personne par exemple ou de leur annulation.

Ainsi, le droit de jouissance d'une propriété (terrain agricole, immeuble...) est également soumis à cette formalité. Même traitement pour le bail immobilier à longue durée (40 ans) ou emphytéose. «Une

¹⁷⁶L'article 833 du D.O.C énonce que : « Le prêt à usage est parfait par le consentement des parties et par la tradition de la chose à l'emprunteur ».

¹⁷⁷ L'article 1188 du D.O.C rajoute que : « Le gage est parfait : 1° Par le consentement des parties sur la constitution du gage ; 2° Et en outre, par la remise effective de la chose qui en est l'objet au pouvoir du créancier ou d'un tiers convenu entre les parties. Lorsque la chose se trouvait déjà au pouvoir du créancier, le consentement des parties est seul requis ; si elle est au pouvoir d'un tiers qui possède pour le débiteur, il suffit que ce dernier notifie la constitution du gage au tiers détenteur, à partir de cette notification, le tiers détenteur est censé posséder pour le créancier, encore qu'il ne se fût pas obligé directement envers ce dernier ».

¹⁷⁸Voir M. Moutik, Le formalisme en droit commercial (Thèse Rabat).

¹⁷⁹ L'article 982 du dahir formant code des obligations et des contrats définit le contrat de société: " la société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes mettent en commun leurs biens ou leur travail ou tous les deux à la fois, en vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter ".

¹⁸⁰ Il s'agit de la loi n°69.19 complétant l'article 4 de la loi 39.08 portant Code des droits réels.

procuracion doit obligatoirement faire l'objet d'un **acte authentique** dans la mesure où l'emphytéose crée un droit réel. Les autres types de baux, qu'ils soient commerciaux ou d'habitation, ne sont pas concernés.

II) LE FORMALISME D'EFFICACITÉ (ATTÉNUÉ OU INDIRECT)

Le formalisme de validité intéresse la formation du contrat. Il existe néanmoins des exigences de forme qui, sans affecter la validité du contrat, en conditionnent certains effets. Ce formalisme dont dépend la pleine efficacité du contrat est appelé formalisme d'efficacité. On distingue ici le formalisme d'opposabilité et le formalisme probatoire.

A- FORMALISME D'OPPOSABILITÉ

L'efficacité du contrat et son opposabilité aux tiers se trouvent ainsi subordonnées à l'accomplissement de certaines formes dont les plus courantes sont des formalités de publicité et des formalités d'ordre fiscal.

1. FORMES DE PUBLICITÉ

Il s'agit-là d'exigences de forme qui n'affectent pas la validité du contrat mais en conditionnent l'efficacité et, plus précisément, l'opposabilité aux tiers. Entre les parties le contrat est donc valablement formé mais il ne produit tous ses effets et ne devient opposable aux tiers que si les formes exigées par la loi sont accomplies.

- Exemples tirés du droit foncier :

Tout droit réel relatif à un immeuble n'existe à l'égard des tiers que par le fait et du jour de son inscription par le conservateur de la propriété foncière, sur le titre foncier. Il en résulte qu'un contrat qui transfère ou modifie un droit réel portant sur un immeuble immatriculé n'est opposable aux tiers que par son inscription sur le titre foncier.

- Exemples tirés du droit commercial :

On trouve aussi des règles de publicité concernant les sociétés commerciales : la constitution des sociétés, la publication des actes qui interviennent dans les ventes de fonds de commerce etc...

Il est aussi important de traiter des mentions informatives destinées à la protection du consommateur. Il s'agit d'un formalisme de type nouveau destiné à l'information des contractants et en particulier aux plus faibles d'entre eux (contrats de crédit ; contrat d'assurance-vie ; du contrat de travail à durée déterminée ; vente de fonds de commerce ; mandat donné à un agent immobilier ; cautionnement...)

2. FORMALITÉS FISCALES

La législation fiscale assujettit un grand nombre de contrats à la formalité de l'enregistrement pour permettre au trésor public de percevoir des taxes sur de nombreuses transactions.

B- FORMALISME PROBATOIRE

Il s'agit là d'exigences de forme dont ne dépend ni l'existence ni la validité ni l'opposabilité du contrat mais dont dépend la preuve du contrat.

La question de la preuve se situe en dehors des éléments constitutifs du contrat en ce sens que si l'écrit exigé à titre probatoire n'est pas rédigé, le contrat n'en existe pas moins. Reste cependant que le demandeur qui ne fournit pas la preuve requise par la loi aura bien du mal à obtenir la consécration judiciaire de ses droits et risquera de se voir débouté faute de preuve. C'est pourquoi, et bien que n'intéressant pas la formation du contrat, le problème de la preuve a une importance pratique indéniable.

La preuve¹⁸¹ constitue un aspect fondamental dans l'application du droit. En effet, comment le juge pourrait-il trancher un litige si la preuve ne lui était pas rapportée des éléments sur lesquels les plaideurs fondent leurs prétentions antagonistes.

En vertu de l'article 399 du D.O.C « la preuve de l'obligation doit être faite par celui qui s'en prévaut ». Le fardeau de la preuve incombe au demandeur d'après les principes généraux du droit.

L'article 404 du D.O.C rajoute que : « Les moyens de preuve reconnus par la loi sont :

- 1° L'aveu de la partie ;
- 2° La preuve littérale ou écrite ;
- 3° La preuve testimoniale ;
- 4° La présomption ;
- 5° Le serment et le refus de le prêter ».

La règle générale du formalisme probatoire se trouve énoncée par l'article 401 du D.O.C selon lequel : « aucune forme spéciale n'est requise pour la preuve des obligations si ce n'est dans le cas où la loi prescrit une forme déterminée ... ».

Mais l'article 443 D.O.C. réduit considérablement la portée de la règle en exigeant la preuve écrite pour toute convention qui excède la somme de 10.000Dh. Il en résulte donc que, du point de vue probatoire, il n'est pas permis de prouver autrement qu'au moyen d'un écrit lorsque la somme en jeu excède 10.000Dh .

Ledit article dispose expressément que : « Les conventions et autres faits juridiques ayant pour but de créer, de transférer, de modifier ou d'éteindre des obligations ou des droits et excédant la somme ou la valeur de dix mille dirhams ne peuvent être prouvés par témoins. Il doit en être passé acte authentique ou sous seing privé, éventuellement établi sous forme électronique ou transmis par voie électronique ».

Ainsi, la preuve des actes juridiques n'est pas libre. Pour tout acte portant sur un objet d'une valeur supérieure à 10.000 Dh. Il faut une preuve écrite. C'est une règle de preuve et non de validité. L'acte conclu oralement est donc valable mais ne peut être prouvé.

- A défaut d'écrit, l'existence de l'acte ne peut être prouvée. Les témoignages présomptions ou indices ne pourront être admis pour se substituer à l'écrit manquant.

¹⁸¹Articles 399 à 460 du D.O.C.

- Si un écrit est produit, il ne peut être prouvé outre et contre cet écrit par un mode de preuve autre qu'un écrit.

Ainsi un témoignage ou une présomption seront irrecevables pour démontrer que les stipulations de l'écrit qui fait l'objet de la contestation sont fausses ou incomplètes.

La rigueur de l'article 443 D.O.C. se trouve néanmoins tempérée par de nombreuses **exceptions** :

- La règle de l'écrit n'est pas d'ordre public: les parties peuvent y déroger.
- L'aveu qui dans la hiérarchie des preuves occupe la première place devant la preuve littérale (article 404 D.O.C.), dispense de la preuve par écrit et s'y substitue quel que soit l'intérêt en jeu. Mais peut-on fonder de grands espoirs sur l'aveu qui renvoie en définitive la loyauté du contractant ?
- La preuve testimoniale est admise par dérogation à la règle générale énoncée par l'article 443 D.O.C. Il en est ainsi lorsque l'écrit a été perdu à la suite d'un vol ou d'un événement de force majeure (article 448, alinéa 1)¹⁸². Il en est de même lorsqu'il n'a pas été possible au créancier de se procurer un acte écrit soit en raison d'une impossibilité matérielle, soit en raison d'une impossibilité morale (article 448, alinéa 2)¹⁸³.
- Impossibilité matérielle : un événement de force majeure ou le fait d'un tiers (pas un fait personnel) ont rendu impossible sa production.
- Impossibilité morale: la rédaction d'un acte n'a pas été "décentement" possible du fait de relations de famille, de liens d'affection, d'un lien de subordination ou en raison des usages.
- Les actes de commerce entre commerçants même d'un montant peuvent être prouvés par tout moyen (la preuve est libre).
- Un tiers à l'acte peut en faire la preuve par tout moyen (la preuve est libre).
- En droit commercial, le principe est la liberté de la preuve. C'est-à-dire que dans les affaires qui opposent les commerçants, il n'est pas nécessaire d'établir la preuve par écrit, la preuve testimoniale suffit. Ce qui s'explique par le fait que les commerçants s'occupent plus de la rapidité de la réalisation de leurs transactions que du formalisme.

L'art. 334 du code de commerce dispose en effet qu'en matière commerciale la preuve est libre. Cependant, si une disposition législative ou une clause conventionnelle l'exigent, la preuve doit être rapportée par écrit (par ex : la loi exige un écrit en matière de vente et de nantissement du fonds de commerce, des contrats de sociétés, des effets de commerce, **la nouvelle loi 49-16 relative aux baux commerciaux**¹⁸⁴ dans son article 3 précise que : « les baux d'immeubles ou de locaux à usage

¹⁸² Article 448 : La preuve testimoniale est recevable, par exception aux dispositions ci-dessus : 1° Toutes les fois que la partie a perdu le titre qui constituait la preuve littérale de l'obligation ou de la libération en conséquence d'un cas fortuit, d'une force majeure, d'une soustraction frauduleuse ; le cas des billets de banque et des titres au porteur est soumis à des règles spéciales

¹⁸³ 2° Lorsqu'il n'a pas été possible au créancier de se procurer une preuve littérale de l'obligation, tel est le cas des obligations provenant des quasi-contrats et des délits ou quasi-délits et celui où il s'agit d'établir une erreur matérielle commise dans la rédaction de l'acte, ou des faits de violence, simulation, fraude ou dol dont l'acte est entaché, ou bien, entre commerçants, dans les affaires où il n'est pas d'usage d'exiger des preuves écrites. L'appréciation des cas où il n'a pas été possible au créancier de se procurer une preuve écrite est remise à la prudence du juge.

¹⁸⁴ **La nouvelle loi 49-16 relative aux baux commerciaux** a institué en faveur des commerçants un véritable droit au renouvellement du bail et à défaut une indemnité d'éviction, pour les protéger contre les prétentions du bailleur. Elle s'applique aux baux des immeubles dans lesquels un fonds de commerce est exploité.

commercial, industriel ou artisanal doivent être conclus par écrit à la date certaine. Lors de la remise du local, un état descriptif des lieux doit être établi, pour servir de preuve entre les parties »...

CHAPITRE 2 : LA SANCTION DE L'INOBSERVATION DES CONDITIONS DE FORMATION DU CONTRAT : LES NULLITES

Un contrat n'est valablement formé que si certaines conditions (capacité consentement, cause, objet...) sont remplies. A défaut, le contrat n'est même pas formé, malgré une possible apparence contraire. Le contrat est nul. **La nullité**¹⁸⁵ sanctionne donc un défaut qui empêche la création même du contrat. Elle intervient ainsi après coup, pour anéantir rétroactivement le contrat irrégulièrement formé. **Elle se distingue d'autres sanctions:**

- **Résiliation** **فسخ رضائي/résolution قضائي**: le contrat a été valablement formé mais au stade de son exécution, il est soit anéanti rétroactivement (résolution) par un événement imputable à l'une des parties (inexécution du contrat) ou détruit seulement pour l'avenir (résiliation) si le contrat a déjà produit des effets irréversibles (contrat à exécution successive).

La résiliation : fin anticipée du contrat pour l'avenir seulement

Il s'agit du moyen le plus courant et (en théorie) le plus simple de mettre fin au contrat. On met fin à un contrat qui a produit des effets, soit pour convenance personnelle, soit parce que l'un des cocontractants a manqué à l'une de ses obligations.

Exemples :

- *Je résilie mon assurance habitation parce que je déménage.*
- *Je résilie mon abonnement Internet parce que le service connaît de nombreuses perturbations.*
- *Mon assureur résilie mon assurance auto parce que j'ai effectué une fausse déclaration.*

La résolution : sanction du défaut d'exécution d'une obligation

Dans le cadre de la résolution, il est mis un terme au contrat, généralement de façon rétroactive et par le juge, sans qu'il ait produit ses effets parce que l'un des cocontractants n'a pas rempli l'une des obligations principales.

(Étant précisé que La résolution sera relatée en détail dans le sous-titre II intitulé l'inexécution du contrat-chapitre III).

- **La caducité** : un événement indépendant de la volonté des parties et postérieur à la bonne formation du contrat anéantit le contrat pour l'avenir, sans effet rétroactif.

La nullité ne doit pas être confondue avec la caducité. Tandis que la nullité sanctionnerait l'absence d'une condition de validité d'un acte juridique lors de sa formation, la caducité s'identifierait, quant à elle, à l'état d'un acte régulièrement formé initialement, mais qui, en raison de la survenance d'une circonstance postérieure, perdrait un élément essentiel à son existence.

Exemples :

- Le testament est caduc si le légataire meurt avant le testateur.

¹⁸⁵ Articles 306 à 318 du DOC

- une donation faite en faveur du mariage, mais finalement le mariage n'a pas lieu donc la donation est caduque
- Un contrat de prêt fait l'objet d'un rachat anticipé avec un nouveau prêt remplaçant l'ancien, qui devient par conséquent caduc.
- Une promesse synallagmatique de vente devient caduque si l'une des conditions prévues n'est pas satisfaite (exemple : défaut d'obtention d'un prêt immobilier etc....).

-L'inopposabilité : Contrat existant entre les parties mais non reconnu comme tel à l'égard de certaines personnes auxquelles il est inopposable (en cas de défaut de publicité par ex.)

L'inopposabilité¹⁸⁶ n'affecte pas la validité du contrat mais autorise les tiers à en ignorer l'existence et les effets.

Il y a une théorie classique qui est entrain de reculer

-La théorie classique : La théorie classique¹⁸⁷ considère que le contrat peut être apparenté à un organisme vivant. Il se trouve qu'un organisme vivant peut être malade. Parmi les maladies, il y a des maladies incurables et d'autres susceptibles de guérison. Un contrat peut être atteint d'une maladie incurable ou d'une maladie susceptible d'une guérison.

- ✚ La maladie du contrat est **incurable** lorsqu'une condition de validité qui est essentielle à la vie du contrat fait défaut (ex : le contrat ne peut pas être sauvé lorsque son objet ou sa cause font défaut. C'est dans cette hypothèse que les auteurs classiques pensent qu'il y a **nullité absolue**).
- ✚ La maladie **peut être guérie** lorsque les éléments essentiels sont présents mais qu'ils sont affectés d'un défaut. Tel est le cas lorsque les parties ayant consenti au contrat, le consentement de l'une d'entre elles est affecté d'un vice, erreur, dol ou violence. Dans cette hypothèse les auteurs pensent que dans ce cas il y a **nullité relative (rescision en droit marocain)**.

Cette théorie classique fait place à une 3ème notion qui est **l'inexistence**. Il y a inexistence du contrat lorsque que le vice de formation de consentement est si grave qu'il n'y a pas apparence du contrat (ex : cas où les parties ne se sont pas rencontrées parce qu'il y a eu **erreur obstacle**).

Selon cette théorie classique il y a inexistence et cela se distingue de la nullité en ce que qu'elle n'a pas besoin d'être prononcée en justice. Elle est donc imprescriptible et peut toujours être constatée quel que soit le délai.

Il se trouve que cette théorie est impraticable car il est artificiel de faire des distinctions au sein des causes de nullité en fonction de leur gravité. Les causes de nullité sanctionnent des conditions de validité. Or toutes les conditions de validité ont une importance identique à partir du moment où leur absence ou leur défaut est de nature à entraîner une conséquence identique à savoir l'anéantissement du contrat.

¹⁸⁶ Ex : -Le défaut de publicité de la vente d'immeuble à la conservation foncière.

-Le défaut de publicité des procès-verbaux des délibérations au registre de commerce.

¹⁸⁷ La doctrine du XIX^e siècle voyait la nullité comme un état du contrat : le contrat peut être sain, il peut être malade et il peut être mort-né. Quand il est malade le contrat existe, il produit des effets et il peut guérir par confirmation. Mais tant qu'il est malade, il est annulable en ce sens que certaines personnes peuvent le faire déclarer nul : c'est la nullité relative. Par contre, quand il est mort-né, le contrat n'existe pas et parce qu'il n'existe pas, il ne peut produire aucun effet comme il ne peut être sauvé par confirmation. Le contrat mort-né est donc nul de nullité absolue.

-La théorie moderne : cette théorie rejette la notion d'inexistence¹⁸⁸et reformule la distinction entre nullité absolue et relative (rescision).

Selon la théorie moderne, la nullité se définit comme un droit de critique que l'on peut exercer contre un contrat qui ne remplit pas une condition de validité. A partir de là se pose la question de déterminer les conditions où ce droit de critique peut s'exercer.

Pour le savoir, selon la théorie moderne, il faut se référer à la finalité, au **but de la règle** qui impose la condition de validité :

→ Si cette règle est destinée à protéger **un intérêt privé**, la nullité applicable est relative. Cela entraîne 3 conséquences :

- d'abord la nullité relative (rescision en droit marocain) ne peut être invoquée que par la personne dont les intérêts privés étaient protégés par la règle violée.
- Cette personne peut renoncer à la protection qui lui a été accordée, et ceci par voie de confirmation du contrat.
- La prescription est assez brève.

→ Si la règle qui imposait une condition de validité est destinée à protéger **l'intérêt général**, alors la nullité absolue est applicable, ce qui justifie 3 conséquences :

- D'abord tous les tiers intéressés peuvent agir en nullité.
- La prescription doit être longue.
- Le contrat ne peut pas être confirmé.

La règle violée ayant transgressé l'intérêt général, il s'agit de multiplier les chances d'annulation.

Autant le critère classique de distinction n'est pas praticable, autant ce critère moderne est beaucoup plus clair et fiable.

Il comporte un inconvénient : il n'est pas toujours évident de déterminer si une condition de validité est édictée pour protéger l'intérêt privé ou l'intérêt général, en ce sens que les deux objectifs peuvent coexister, donc s'entremêler.

Ces idées ont certainement exercé une certaine influence sur les rédacteurs du D.O.C. qui, contrairement au code civil français, ont consacré un titre à la question de la nullité. (Titre cinquième: de la nullité et de la rescision¹⁸⁹ des obligations chapitre premier : de la nullité des obligations : articles 306 à 318 du DOC)

Outre les influences enregistrées par la doctrine et la jurisprudence françaises de l'époque sur les rédacteurs du DOC, il y a lieu de noter également l'influence du code civil allemand.

¹⁸⁸ Cette théorie de la nullité a été fortement critiquée notamment par Japiot et Gaudemet qui ont rejeté la théorie de l'inexistence ainsi que l'idée d'un contrat-organisme vivant.

¹⁸⁹ Le mot rescision est utilisé en droit français pour l'action en rescision pour lésion, tandis qu'en droit marocain il englobe tous les cas dans lesquels l'intérêt privé est en jeu.

SECTION 1 : LA RESCISION الإبطال

A. Domaine de la rescision

le D.O.C. ne parle pas de nullité relative mais de rescision (articles 311 à 318). En droit marocain la rescision désigne donc la nullité relative et les deux expressions peuvent être considérées comme synonymes.

Le mot rescision est utilisé en droit français pour l'action en rescision pour lésion, tandis qu'en droit marocain il englobe tous les cas dans lesquels l'intérêt privé est en jeu.

En se référant à l'art 311¹⁹⁰ on déduit que la rescision sanctionne **le défaut de capacité, les vices du consentement et la lésion**. On peut donc considérer que la rescision sanctionne la violation des règles de formation du contrat destinées à protéger les contractants (les incapables, les victimes d'un vice du consentement, les victimes d'une lésion). C'est pourquoi on dira que la rescision joue quand la règle violée protège des intérêts particuliers (par opposition à l'intérêt général).

- Titulaires du droit d'agir :

La rescision (nullité relative) sanctionnant la violation d'une règle protégeant **un intérêt particulier** ne profite qu'à l'intéressé, son représentant légal et ses héritiers¹⁹¹.

✓ Motifs:

- Incapacité d'exercice (action en nullité par l'incapable).
- défaut/vice du consentement : par la partie dont le consentement est vicié.
- la lésion : par la victime de la lésion.
- Aux causes de rescision énumérées par l'article 311 (**incapacité, vice du consentement et lésion**), on devrait pouvoir ajouter **la maladie et les cas analogues** prévus à l'article 54 D.O.C. En effet, l'article 54¹⁹² protège le contractant (malade et personnes assimilées) et non l'intérêt général, il parle expressément de la rescision (qui signifie nullité relative) et il entre dans la catégorie des «autres cas déterminés par la loi » expressément réservée par l'article 311 D.O.C.
- Aux causes de rescision énumérées par l'art 311, on devrait pouvoir ajouter la maladie et les cas analogues prévus à l'art 54 du D.O.C, d'autant plus que celui-ci parle expressément de rescision.

On remarque cependant qu'on ne trouve pas dans le D.O.C une liste exhaustive des cas d'application de la rescision. D'ailleurs, on se pose souvent en pratique la question de savoir quelle est la sanction de l'inobservation d'un formalisme prescrit pour un contrat donné ou une obligation déterminée ?

¹⁹⁰ L'Article 311 du DOC dispose expressément que : « L'action en rescision a lieu dans les cas prévus au présent dahir, articles 4, 39, 55, 56, et dans les autres cas déterminés par la loi. Elle se prescrit par un an, dans tous les cas où la loi n'indique pas un délai différent. Cette prescription n'a lieu qu'entre ceux qui ont été parties à l'acte »

¹⁹¹ La règle se trouve consacrée par l'article 313 D.O.C. selon lequel : «l'action en rescision se transmet aux héritiers pour le temps qui restait à leur auteur...»

¹⁹²L'article 54 du DOC précise que : « Les motifs de rescision fondés sur l'état de maladie, et autres cas analogues, sont abandonnés à l'appréciation des juges».

La réponse est que lorsque cette forme particulière est exigée, il faut rechercher si elle vise la protection de l'intérêt privé ou celle de l'ordre public. Ce travail appartient au juge, mais en règle générale, on constate que le formalisme est prévu surtout dans l'intérêt des parties.

B. L'exercice de l'action en rescision

L'exercice de l'action en rescision est réservé **au seul contractant** dont la nullité tend à protéger ses intérêts. (L'action en nullité relative ne peut être exercée que par la partie que la règle violée entend protéger). Seul par exemple, le mineur ou son représentant peuvent invoquer la nullité relative fondée sur l'inobservation d'une règle concernant la capacité. Seule la victime du dol, de l'erreur ou de la violence peut invoquer la nullité pour vice de consentement (Art. 311 D.O.C.). Le même droit est octroyé au contractant lésé si la rescision se fonde sur la lésion, au malade et aux personnes assimilées si la rescision est demandée en vertu de l'article 54 D.O.C.)

Cette solution restreint considérablement le champ d'application de la rescision¹⁹³. Le contractant protégé se trouve en droit d'invoquer la violation de la règle qui le protège, comme il est seul en droit de renoncer à cette protection en confirmant l'acte nul (Art. 317 D.O.C.¹⁹⁴) ou en laissant passer les délais de prescription.

La nullité relative sanctionnant la violation d'une règle protégeant un intérêt particulier ne profite qu'à l'intéressé, son représentant légal et ses héritiers (Art.313 du D.O.C.). même celui dont le consentement est valable ne peut demander la nullité du contrat en se fondant sur l'erreur, le dol ou la violence dont a été victime son cocontractant.

C. La prescription -confirmation

De ce qui précède on déduit que l'action en rescision appartient au contractant dont le consentement a été vicié ou qui était incapable, à celui qui a été lésé ou encore celui qui était malade ou dans un cas similaire. Par ailleurs, et selon les dispositions de l'art 313, l'action en rescision se transmet aux héritiers pour le temps qui restait à leur auteur.

1- La prescription de l'action en rescision

Toute possibilité de réclamer un droit en justice s'éteint au bout d'une durée de temps appelée prescription.

↳ Le D.O.C prévoit une **prescription d'un an pour l'action en rescision** sauf le cas où la loi prévoit un délai différent mais il ne s'agit là que de la voie d'action. Il faut, en effet, distinguer deux modalités procédurales : la voie d'action et la voie d'exception.

¹⁹³ Seul le contractant que la règle violée entendait protéger peut donc se prévaloir de la nullité relative à l'exclusion de toute autre personne y compris le cocontractant. (Celui dont le consentement est valable ne peut demander la nullité du contrat en se fondant sur l'erreur, le dol ou la violence dont a été victime son cocontractant).

¹⁹⁴ Article 317 précise que : « La confirmation ou ratification d'une obligation contre laquelle la loi admet l'action en rescision n'est valable que lorsqu'elle renferme la substance de cette obligation, la mention du motif qui la rend annulable, et la déclaration qu'on entend réparer le vice qui donnerait lieu à la rescision ».

Dans le premier cas, le contrat a été exécuté et la partie qui invoque la rescision a découvert une cause de celle-ci, par ex un vice, elle introduit donc une action.

Dans le deuxième cas, l'exécution n'a pas eu lieu et le motif de rescision est invoqué pour échapper à l'exécution. Il s'agit du cas dans lequel l'une des parties demande à l'autre l'exécution et celle-ci lui oppose une cause de rescision. On dit ici que la rescision est invoquée par voie d'exception.

Aux termes de l'article 311 D.O.C., l'action en rescision se prescrit par le délai d'un an ce qui veut dire que le droit d'invoquer la nullité s'éteint par l'expiration du délai d'un an. Ce délai, qui peut paraître très court, est plus long qu'il ne paraît du fait que le point de départ n'est pas le jour de la « formation » du contrat. En effet, l'article 312¹⁹⁵ vient différer le point de départ du délai de prescription en allongeant les délais de prescription de la manière qui suit :

- ✚ Lorsqu'il s'agit de la **violence**, le délai ne court qu'à partir du **jour où elle a cessé** :
- ✚ Lorsqu'il s'agit de **l'erreur ou du dol**, le délai ne court qu'à compter du **jour où ils ont été découverts** ;
- ✚ Lorsqu'il s'agit de **la minorité**, le délai ne court **qu'à partir de la majorité** :
- ✚ Lorsqu'il s'agit de **la lésion entre majeurs**, le délai ne court qu'à partir du **jour de la prise de possession de la chose objet du contrat**.
- ✚ A l'égard des actes faits par les **interdits et les incapables**, du **jour où l'interdiction est levée ou du jour de leur décès**, en ce qui concerne leurs héritiers, lorsque l'incapable est mort en état d'incapacité

En retardant ainsi le point de départ du délai de prescription, l'article 312 allonge les délais mais pour éviter de maintenir indéfiniment la menace d'une action en nullité, l'article 314 du D.O.C. prévoit qu'en tout état de cause. L'action en nullité relative ne peut être intentée au-delà d'un délai de 15 ans à partir de la date de formation du contrat. Ainsi, la prescription va être acquise par l'arrivée de l'un ou de l'autre des deux délais. En somme, **le délai d'un an se déploie à l'intérieur du délai de 15 ans**¹⁹⁶.

2- La renonciation au droit d'agir en rescision et confirmation

Les personnes protégées par la loi ou leurs représentants ont le droit de **renoncer à la rescision** en confirmant l'acte dans la mesure où cela est conforme à leurs intérêts¹⁹⁷.

Cette confirmation peut être tacite ou expresse.

¹⁹⁵ L'article 312 dispose que : « Ce temps ne court, dans le cas de violence, que du jour où elle a cessé ; dans le cas d'erreur ou de dol, du jour où ils ont été découverts ; à l'égard des actes faits par les mineurs, du jour de leur majorité ; à l'égard des actes faits par les interdits et les incapables, du jour où l'interdiction est levée ou du jour de leur décès, en ce qui concerne leurs héritiers, lorsque l'incapable est mort en état d'incapacité ; en cas de lésion, lorsqu'il s'agit de majeurs, du jour de la prise de possession de la chose qui fait l'objet du contrat ».

¹⁹⁶ Article 314 rajoute que : « L'action en rescision est prescrite, dans tous les cas, par le laps de quinze ans à partir de la date de l'acte ».

¹⁹⁷ L'article 317 du DOC subordonne la confirmation à certaines conditions : le contrat à confirmer doit être annulable (nullité relative) : l'auteur de la confirmation doit avoir une parfaite connaissance du vice qui rend le contrat annulable ; l'auteur de la confirmation doit avoir l'intention non équivoque de réparer le vice.

- La confirmation **tacite** peut résulter de l'exécution volontaire de l'obligation alors que l'on a connaissance de la cause de la rescision.
- La confirmation **expresse** apparaît quant à elle comme un acte juridique unilatéral par lequel celui qui est en droit d'invoquer la rescision renonce à son droit de critique faisant ainsi disparaître le vice ou l'irrégularité.

Ex: L'acte fait par un incapable ou un mineur ne peut être confirmé qu'une fois devenu capable, de même l'acte fait sous l'empire d'un vice de consentement ne peut être confirmé qu'après la disparition du vice. Si l'incapacité ou le vice de consentement subsiste, la confirmation elle-même serait dépourvue de validité.

D. Les effets de la rescision

La rescision développe un effet rétroactif prévu à l'art 316 en vertu duquel la rescision de l'obligation remet les parties au même et semblable état où elles étaient au moment où l'obligation a été constituée. Les parties doivent alors se restituer réciproquement tout ce qu'elles ont reçu l'une de l'autre en vertu ou en conséquence de l'acte annulé.

En ce qui concerne les droits régulièrement acquis par les tiers de bonne foi, on suit les dispositions spéciales établies par les différents contrats particuliers.

SECTION 2 : LA NULLITÉ ABSOLUE البطلان

A- Domaine de la nullité absolue

Le domaine de la nullité est délimité par l'art 306 qui considère que l'obligation est nulle de plein droit :

- 1- Lorsqu'elle manque d'une des conditions substantielles de sa formation ;
- 2- Lorsque la loi en édicte la nullité dans un cas déterminé.

Le débat peut s'engager sur le contenu substantiel d'autant plus qu'il s'agit d'une question trop importante pour qu'elle soit laissée à l'appréciation du juge¹⁹⁸.

La nullité tend ainsi à sanctionner **les règles de formation du contrat visant à protéger**, non pas l'intérêt particulier d'un contractant, mais **l'intérêt général de la société**¹⁹⁹.

La nullité absolue est entraînée par l'absence d'un élément essentiel de validité du contrat, absence de consentement, absence de cause, absence d'objet, absence de forme dans les contrats solennels.

B- Exercice de l'action en nullité absolue

Par opposition à la rescision qui ne peut être invoquée que par la partie victime d'une des causes de rescision, la nullité peut être invoquée par les deux parties contractantes.

¹⁹⁸ En combinant l'article 306 et l'article 311 on parvient à délimiter ne serait-ce que grossièrement le domaine de la nullité absolue. La nullité absolue devra alors sanctionner le défaut d'objet et l'objet illicite, la cause illicite ainsi que tout contrat contraire à l'ordre public.

¹⁹⁹ La sanction de la nullité vise ici à préserver l'intérêt général contre les initiatives individuelles qui lui seraient contraires.

La nullité absolue peut être invoquée par tous ceux qui ont intérêt à voir déclarer la nullité du contrat. C'est d'ailleurs la raison de la dénomination de ces nullités « absolues ». **Tout intéressé** peut agir, la nullité existe au profit de toute personne qui entend, s'en prévaloir, dès lors que celle-ci peut faire **état d'un intérêt** matériel ou moral. Elle pourra aussi être invoquée par les héritiers de l'une ou l'autre des parties contractantes, par les ayants cause à titre particulier, l'autorité judiciaire peut invoquer la nullité absolue. D'un côté, le juge peut soulever d'office la nullité d'un contrat au cours d'un procès. D'un autre côté, le ministère public est habilité à agir, par voie d'action, pour demander la nullité d'un contrat contraire à l'ordre public.

C- Prescription

Le droit d'invoquer la nullité absolue n'est pas soumis à des délais particuliers de prescription. Il s'éteint donc par la prescription de **15 ans** conformément au droit commun (art. 375 D.O.C) Il n'y a **pas de confirmation**. En matière de nullité absolue ; car la confirmation d'une obligation nulle de plein droit n'a aucun effet (art. 310 D.O.C).

SECTION 3 : LES NULLITÉS CONTROVERSÉES

La distinction entre nullité absolue et nullité relative repose sur deux règles : les règles qui tendent à assurer la défense de l'intérêt général et celles qui tendent à protéger les intérêts particuliers.

Or, en fait, la frontière n'est pas toujours bien nette entre les règles d'intérêt général et les règles d'intérêt privé. D'où d'inévitables difficultés de mise en œuvre de cette distinction.

Il n'est pas facile de déterminer la nature de la nullité dans certains cas tels : (la nullité pour absence de consentement, la nullité pour absence ou insuffisance de cause, la nullité pour inobservation de l'ordre public de protection, la nullité pour inobservation du formalisme de validité).

A- Nullité pour absence de consentement

La nullité pour vice du consentement est une nullité relative qui protège la partie dont le consentement a été vicié et qui est prévue à l'article 311 D.O.C. Mais quid de la nullité pour absence de consentement tel le cas de l'erreur obstacle qui empêche la rencontre des volontés ? Le consentement étant une condition substantielle de formation du contrat, on pourrait pencher pour l'article 306 et donc pour la nullité absolue.

On pourrait aussi songer à la nullité relative d'autant que le D.O.C. assimile l'erreur obstacle à l'erreur vice du consentement et que l'article 41 D.O.C. considère que d'erreur donne ouverture à rescision lorsqu'elle tombe sur l'identité de la chose».

B- Nullité pour absence ou insuffisance de cause

Il s'agit ici de la cause objective et l'absence de cause désigne l'absence de contrepartie. Si l'on s'en tient au critère de distinction entre nullité absolue et relative, la nullité sanctionnant l'absence de cause devrait être une nullité relative.

Or, l'article 311 qui détermine le domaine de la nullité relative ne fait aucune allusion à l'absence de cause pas plus qu'il ne renvoie à l'article 62 du D.O.C. ; alors que l'article 306, qui définit le domaine de la nullité absolue, intègre expressément le défaut d'une condition substantielle de formation du contrat et la cause constitue bien une condition substantielle. Il en résulte donc que la nullité pour absence de cause sera une nullité absolue

C- Nullité pour violation de l'ordre public de protection

L'ordre public social ou ordre public de protection tend à assurer la protection de certains contractants contre les abus pouvant être commis par la partie en position dominante. On pourrait être tentés de sanctionner l'inobservation des règles d'ordre public social par la nullité relative

Reste cependant que l'ordre public social n'est qu'un volet de l'ordre public qui, lui, poursuit un but d'intérêt général dont la violation est sanctionnée par la nullité absolue.

D- Nullité pour inobservation des règles de forme

Quelle est la sanction de l'inobservation des formalités exigées pour la validité du contrat (formalisme de validité) ?

La réponse est délicate car les règles de forme peuvent poursuivre une finalité d'intérêt privé (formalisme protecteur du consentement, mentions obligatoires...) comme elles peuvent poursuivre une finalité d'intérêt général (la rédaction, la conservation et la publicité des actes servent l'intérêt des tiers et donc de la société).

Des lors, on devrait procéder au coup par coup pour déterminer la nature de la nullité.

SECTION 4 : LES EFFETS DE LA NULLITE

Les nullités absolue et relative (rescision en droit marocain) produisent exactement les mêmes effets. Une fois prononcées par le juge, les nullités relative (rescision) et absolue, produisent des effets qui résident dans la destruction totale ou partielle mais toujours rétroactive du contrat.

A- Etendue de la destruction

Tout d'abord, il y a lieu de signaler que **la nullité de l'obligation principale** entraîne celle des obligations accessoires et donc l'anéantissement total du contrat...

Par contre, **la nullité de l'obligation accessoire** n'entraîne point la nullité de l'obligation principale. (307 D.O.C)²⁰⁰

De même, **la nullité d'une partie de l'obligation** annule l'obligation pour le tout, à moins qu'elle puisse valablement survivre (art 308 DOC)²⁰¹.

²⁰⁰ L'article 307 du DOC dispose que : « La nullité de l'obligation principale entraîne la nullité des obligations accessoires, à moins que le contraire ne résulte de la loi ou de la nature de l'obligation accessoire la nullité de l'obligation accessoire n'entraîne point la nullité de l'obligation principale ».

²⁰¹ L'article 308 du DOC rajoute que : « La nullité d'une partie de l'obligation annule l'obligation pour le tout, à moins que celle-ci puisse continuer à subsister à défaut de la partie atteinte de nullité, auquel cas elle continue à subsister comme contrat distinct ».

En deuxième lieu, et contrairement à la rescision dont la cause peut être ratifiée et confirmée, la nullité de plein droit ne peut être ni confirmée ni ratifiée. Autrement dit, les parties n'ont pas le pouvoir de considérer une telle obligation comme valable et opposable nonobstant la nullité dont elle est frappée dans la loi.

En matière de vices du consentement, la nullité n'est obtenue que si le vice du consentement a été déterminant. Des lors, la nullité sera totale car elle porte nécessairement sur un élément qui a joué un rôle déterminant dans la conclusion du contrat.

Par contre, si un contrat de travail contrevient à telle ou telle règle d'ordre public, la clause irrégulière sera nulle réputée non écrite sans qu'il y ait nécessairement anéantissement du contrat (ce qui permettra au salarié de conserver son emploi)

B- L'effet rétroactif de la destruction

Quand la nullité est relative (rescision en droit marocain) ou absolue, les conséquences sont les mêmes. Le principe est le suivant : si le contrat est annulé il est réputé n'avoir jamais été conclu ; tout doit être remis dans l'état antérieur au contrat c'est le principe de la rétroactivité.

- **Conséquence entre les parties :**

La restitution : si le contrat n'a pas été exécuté, les contractants sont libères de leurs engagements ; si le contrat a été exécuté, il y aura lieu à restitution. Mais dans certains cas la restitution est impossible :

- cas des contrats successifs (la nullité d'un bail peut, à la limite, s'accompagner de la restitution des loyers mais le locataire ne peut restituer la jouissance des lieux loués ; la nullité d'un contrat de travail peut, à la limite, entraîner la restitution des salaires perçus par le salarié, mais l'employeur n'a pas la possibilité de restituer le travail fourni..).
- perte de la chose

Les dommages et intérêts : le contractant qui a subi un dommage en raison de l'annulation du contrat peut obtenir des dommages et intérêts s'il apporte la preuve de la faute de son cocontractant

- **Conséquences envers les tiers** : En principe, la nullité du contrat est opposable aux tiers.

TABLEAU RECAPITULATIF : RESCISION ET NULLITE ABSOLUE

	RESCISION	NULLITE ABSOLUE
Critère de distinction	Règle violée protège un intérêt particulier	Règle violée protège un intérêt général (l'ordre public, bonnes mœurs)
Domaines d'application	Vice consentement- -Sanction de la non observation des règles relatives aux incapacités d'exercice et de jouissance - formes habilitantes (autorisation...)	Absence totale de consentement -formes solennelles (absence d'acte authentique quand il est obligatoire) - défaut d'objet ou objet illicite -défaut de cause, cause illicite ou immorale
Recours en justice	Le recours en justice est obligatoire -si le contrat a été exécuté : action en nullité -si le contrat n'a pas été exécuté : exception de nullité	Le recours en justice est obligatoire -si le contrat a été exécuté : action en nullité -si le contrat n'a pas été exécuté : exception de nullité
Qui peut avoir recours en justice	L'action en rescision est réservée au seul contractant (ne peut être exercée que par la partie que la règle violée entend protéger) le mineur ou son représentant, la victime du dol, de l'erreur ou de la violence, au contractant lésé pour cause de lésion ou de maladie et aux prs assimilées (art54)	Tout intéressé : l'un des contractants, les héritiers, les créanciers, et même un tiers qui aurait intérêt
Confirmation de l'acte nul	La confirmation est possible	La confirmation est impossible
Ratification de l'acte nul	La ratification est possible	La ratification est impossible