

## 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 nul<sup>167</sup>.

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 avenue<sup>168</sup>. 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

---

<sup>167</sup> Cass.com., 13 février 2007, Bull.civ. IV, n° 43.

<sup>168</sup> 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*<sup>169</sup> selon laquelle nul ne pourra bénéficier de sa propre immoralité ou erreur ou turpitude<sup>170</sup>.

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).

---

<sup>169</sup>il 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.

<sup>170</sup>Civ. 1<sup>ère</sup> 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 foi<sup>171</sup>.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.

---

<sup>171</sup> 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 parties<sup>172</sup>, 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 à 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 à 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)<sup>173</sup>..

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 »<sup>174</sup>.

## 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)<sup>175</sup>, le prêt à usage (art 833)<sup>176</sup> et le gage (art 1188)<sup>177</sup> ; et dans ces trois cas, la remise matérielle de la chose apparaît comme un élément constitutif du contrat.

---

<sup>172</sup>Le 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.

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

<sup>174</sup> Ajouté 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

<sup>175</sup> 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 à 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 importante<sup>178</sup>. 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 société<sup>179</sup> 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 4<sup>180</sup> 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

---

<sup>176</sup>L'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 ».

<sup>177</sup> 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 ».

<sup>178</sup>Voir M. Moutik, Le formalisme en droit commercial (Thèse Rabat).

<sup>179</sup> 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 ".

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

procuration 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 preuve<sup>181</sup> 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.

---

<sup>181</sup>Articles 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)<sup>182</sup>. 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)<sup>183</sup>.
- 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 "décevant" 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<sup>184</sup> dans son article 3 précise que : « les baux d'immeubles ou de locaux à usage

<sup>182</sup> 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

<sup>183</sup> 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.

<sup>184</sup> 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 »...