



COURS DE LA THEORIE GENERALE DES OBLIGATIONS

Imane HILANI

Professeur à la faculté de droit de Casablanca

A l'usage des étudiants de l'ensemble 1

- Filière Droit privé section française -

(Semestre 2)

INTRODUCTION

Le droit des obligations représente la pierre angulaire en droit privé dans la mesure où le droit tout entier repose sur des rapports d'obligations dont les règles de base sont contenues dans le code des obligations et des contrats¹ (le DOC)².

La théorie des obligations est à l'origine non seulement du droit civil, mais du droit tout entier : le droit commercial, le droit administratif, le droit international privé ou public, sont à base de rapports obligatoires et il n'est nullement exagéré de dire que le concept « obligationnel » constitue l'armature et le substratum du droit et même, d'une façon plus générale, de l'ensemble des sciences sociales ; ainsi, le contrat de société puise ses conditions essentielles de formation dans les règles de validité des contrats prévues dans ce code ; de même, le contrat de travail pour sa validité ne saurait méconnaître ces mêmes règles...³

Les exemples sont très nombreux du recours au droit des obligations pour régir des situations en faisant appel aux règles générales prévues dans le DOC. Le droit des sociétés fait référence très souvent au DOC dans des situations particulières, ainsi, la cession des parts sociales dans une société à responsabilité limitée peut être subordonnée aux exigences similaires à celles prévues dans l'article 195 DOC : la cession d'une part sociale à un tiers doit être notifiée à l'autre associé ou acceptée par lui⁴. Dans ces conditions, le droit des obligations, du point de vue didactique, précède les autres branches de droit privé ; il en résulte donc, qu'il est indispensable de maîtriser ce droit avant de verser dans des droits beaucoup plus spécifiques.

Le droit civil est la discipline la plus ancienne et la plus importante du droit privé en particulier et du droit en général. C'est aussi le droit commun en ce sens qu'en l'absence des règles spéciales établies pour des situations particulières, ce sont les règles du droit civil qui s'appliquent. D'ailleurs, toutes les autres branches du droit sont nées à partir du droit civil et se sont éloignées de lui pour devenir autonomes.

La théorie générale des obligations est le fondement commun. Dès qu'il y a lacune de la loi particulière, un retour au DOC est nécessaire. Une bonne compréhension du droit commun des obligations permet de comprendre les règles particulières car elles ont comme objectif de compléter ou de déroger au droit commun. Il faut donc partir de l'origine qu'on a voulu modifier.

Le champ d'application de la théorie générale des obligations (TGO) qui était extrêmement vaste a tendance actuellement à se rétrécir. Ce texte du 12 août 1913 constitue le texte de base réglementant le droit

¹ Le texte fondateur du droit civil marocain est le Dahir des obligations et des contras, scellé à Marrakech le 12 août 1913, promulgué et mis à exécution le 30 août 1913 et publié au bulletin officiel du royaume du Maroc le 12 septembre 1913

² Pour plus d'informations sur les origines historiques du D.O.C.. Voir en particulier F.P. Blanc, *code annoté (Introduction)* ; J. Moneger, « Biographie du D.O.C. », *Revue Marocaine de droit et d'économie du Développement* n°7, 1984. p.15 et s. A. Driouch, *Origines du Dahir formant code des obligations et contrats. Etude des origines doctrinales et historiques*. thèse de Doctorat, Rabat, 1992 (en arabe).

³ Article 15 du code de travail : « La validité du contrat de travail est subordonnée aux conditions relatives au consentement et à la capacité des parties à contracter ainsi qu'à l'objet et à la cause du contrat, telles qu'elles sont fixées par le code des obligations et contrats. En cas de conclusion par écrit, le contrat de travail doit être établi en deux exemplaires revêtus des signatures du salarié et de l'employeur légalisées par l'autorité compétente. Le salarié conserve l'un des deux exemplaires ».

⁴ Article 195 du DOC: « Le cessionnaire n'est saisi à l'égard du débiteur et des tiers que par la signification du transport faite au débiteur, ou par l'acceptation du transport faite par ce dernier dans un acte ayant date certaine ».

des obligations (l'un des textes les plus anciens dans le corpus juridique du Royaume dépassant les cent années).

Ce pilier du droit positif marocain, régissant le contrat, la responsabilité, les contrats spéciaux, les quasi-contrats et le régime général des obligations est la colonne vertébrale du droit privé marocain. Héritage du protectorat français, le texte a subi quelques modifications au fil du temps, mais la grande réforme n'est toujours pas à l'ordre du jour. Pourtant, de nombreux textes du début du siècle dernier ont subi un toilettage et une mise à jour, notamment le code du commerce et le code du travail.

Ce texte fondamental comprend 1250 articles. Il est divisé en livres : Le livre premier « des obligations en général » est composé de sept titres traitant respectivement : les causes des obligations, leur transfert et modalités, leurs effets, les nullités (nullité et rescision des obligations), l'extinction des obligations et leur preuve.

Quant au second livre, il est consacré aux « différents contrats déterminés et quasi-contrats qui s'y rattachent ». Il comprend douze titres traitant respectivement la vente, l'échange, le louage de choses et de services, le dépôt et séquestre, le prêt, le mandat, les quasi contrats, l'association, les contrats aléatoires, la transaction, le cautionnement et le nantissement.

Le DOC contient les règles de base et les principes généraux relatifs à la formation des contrats et aux effets juridiques produits par ces mêmes contrats ; il en est de même pour les règles qui gouvernent la mise en œuvre des obligations volontaires arrêtées entre les parties ainsi que les obligations extra contractuelles.

Les principaux contrats du droit civil sont également régis par le DOC (contrat de bail, contrat de vente, contrat de dépôt, la transaction, le cautionnement).

Avec le temps plusieurs lois spéciales sont venues rétrécir le champ d'application du DOC; ainsi les règles gouvernant les relations de travail sont désormais réglementées par le code du travail de 2004, de même le contrat de bail à usage d'habitation est prévu dans des textes spéciaux dans le plus récent date de 2013. sans oublier les textes relatifs à la protection du consommateur qui sont également prévues par des lois spéciales.

Le DOC contrairement au code civil français ne régit pas les questions relatives au statut personnel qui sont réglementées au Maroc par le code de la famille ; ainsi toutes les questions relatives au mariage, au divorce, à la représentation légale, aux successions sont soumises au droit de la famille selon les règles prévues dans le code de la famille. La raison en est très simple : ce code est largement inspiré des règles issues du droit musulman.

Le DOC et les différentes lois régissant le foncier entretiennent des liens très étroits dans la mesure où ils se rapportent à la matière civile ; le foncier a été depuis toujours soumis au droit civil. Le Dahir du 22 novembre 2011 relatif au code des droits réels dispose expressément dans son article premier que les dispositions du DOC s'appliquent à tout ce qui n'a pas été prévu par le code des droits réels . Le même texte prévoit qu'en l'absence de texte, il conviendra de se référer au droit musulman et plus précisément aux prescriptions du rite malékite. Deux textes de base en matière foncière doivent être retenus : le code de l'immatriculation foncière du 12 août 1913 largement amendé et complété par le Dahir du 22 novembre 2011 et le code des droits réels pris la même date à savoir le 22 novembre 2011.

Quant aux contrats civils innomés, ils restent soumis aux règles générales prévues dans le DOC et aux règles convenues librement entre les parties conformément à l'art 230 du DOC.

La jurisprudence assume également une fonction complétive et créatrice pour pallier les limites du droit issu du DOC et l'adapter à l'évolution économique et sociale. De nombreux codes du début du siècle ont été réformés et modernisés. (Code du commerce, code du travail...). La réforme du DOC n'est toujours pas à l'ordre du jour. Les tribunaux peuvent contribuer à cette réforme mais la marge de manœuvre des juges est limitée. Il a fallu par exemple l'intervention du législateur pour autoriser les magistrats à réviser les clauses pénales excessives ou dérisoires. Il a fallu également l'intervention du législateur pour limiter le recours à la contrainte par corps en matière civile.

Cette permanence du droit des obligations, qui semble résister au temps et à l'évolution économique et sociale, a suscité un large débat doctrinal qui a tenté d'en saisir les raisons. Il faut en retenir que si les concepts et les institutions du droit des obligations (notions de contrats, de quasi contrats, de responsabilité ...) restent dans leur dimension technique insensibles à l'évolution, l'esprit du droit et de ses mécanismes a beaucoup évolué. Les exigences accrues de sécurité et de justice, le développement des nouvelles technologies de l'information et de la communication l'ampleur prise par les accidents de toute nature, le développement de l'assurance, commandent aujourd'hui une nouvelle vision du contrat et de la responsabilité civile.

Historiquement, les obligations sont nées avec la naissance de la société composée de personnes entretenant entre elles des relations juridiques ; c'est dire que toute société organisée a besoin de régir les rapports juridiques qui existent entre les Hommes composant une société déterminée.

Les romains ont donné à l'obligation la définition suivante : c'est un lien de droit qui nous astreint à une prestation envers autrui⁵. Cette définition a l'inconvénient de ne mettre en relief que l'aspect passif de l'obligation dans la mesure où elle met en évidence uniquement les obligations qui incombent au débiteur sans se préoccuper de l'aspect actif dont est bénéficiaire le créancier de l'obligation. L'obligation est, en effet, aussi un élément de richesse pour le créancier⁶. C'est ce constat juridique qui fait que le droit de propriété ne porte pas seulement sur les choses corporelles mais également sur les créances. Partant de cette remarque, l'obligation revêt trois caractères :

1. L'obligation est un lien de droit ;
2. L'obligation a une nature pécuniaire ;
3. L'obligation existe entre des personnes.

Etant un lien de droit, l'obligation crée à la charge du débiteur une contrainte vis-à-vis de son créancier, celui-ci avait un droit absolu sur la personne du débiteur défaillant pouvant l'emprisonner (ligatus) ou même le mettre à mort⁷. Aujourd'hui, cette situation est un peu atténuée, le recours à la contrainte par corps n'existe que dans quelques cas bien précis.

⁵ Obligation est juris vinculum quo necessitate adstringimur alicujus solvendae rei.

⁶ Henri, Léon et Jean Mazeaud et François Chabas, leçons de droit civil, Obligations, théorie générale, 9^{ème} édition, Ed. Montchrestien et Delta, 2000, n° 4, p. 5.

⁷ Henri, Léon et Jean Mazeaud et François Chabas, ibid. n° 9, p. 7.

L'obligation a une nature pécuniaire, en ce sens que c'est un droit qui peut être évalué en argent. Cette évaluation s'il n'est pas faite par les parties d'un commun accord, elle peut être parfaitement fixée par le juge.

L'obligation existe entre des personnes et ainsi elle représente un droit personnel par opposition au droit réel portant sur une chose.

La question des sources d'inspiration du D.O.C. est controversée⁸ et le débat a porté sur l'influence respective exercée par le droit musulman⁹, le droit français, et les autres législations civiles européennes. Il s'est largement inspiré du droit musulman et d'autres systèmes juridiques tels que : (code tunisien 1906, code civil français 1804, du BGB allemand de janvier 1900).

Le droit des obligations tel qu'il est aujourd'hui prévu dans le DOC garde des traces de l'ancien droit d'origine romaine, islamique et européenne. Il convient de signaler au passage l'histoire de la constitution du droit civil moderne imprégné par des sources différentes ; une véritable mosaïque de droits et de traditions. « La matrice du code (DOC) est plus européenne que française. Le contenu du code est un savant amalgame de divers systèmes européens et du droit malékite, parfois teinté de hanéfisme, mais en tout cas, en ayant les plus grands égards pour la doctrine traditionnelle de l'Islam »¹⁰.

Le texte du DOC est certes le fruit de l'histoire de l'époque où il a été adopté ; la France instituant un Protectorat sur le Maroc ne pouvait purement et simplement transplanter le droit français au Maroc et radier des siècles de droit musulman et de traditions pratiqués dans un « empire chérifien » qui était à des moments de l'histoire très puissant, elle devait prendre en considération la spécificité du Maroc de l'époque et compter avec sa civilisation ancestrale sans ignorer les rivalités existantes en Europe de la fin du 19ème siècle. Le DOC reflète non seulement une mosaïque de droits mais aussi représente l'image d'une histoire très mouvementée en Europe provoquant une année après une guerre des plus meurtrières en Europe.

Abstraction faite de ces considérations relevant de l'histoire, le DOC a gardé les principes de base régissant le droit des obligations ; l'obligation en droit civil a une force très liée à un pouvoir de contrainte. Elle est juridiquement sanctionnée par le biais des tribunaux étatiques ; c'est une notion juridique et non romantique selon les termes des professeurs Delebecque et Pansier¹¹.

Au préalable, une obligation pour pouvoir s'imposer, elle doit obéir à des conditions de forme et de fond. Trois étapes majeures caractérisent la vie d'une obligation : une naissance, une vie et une fin ; formation, mise en œuvre et extinction de l'obligation seront les étapes essentielles de la vie d'une obligation et caractériseront, de façon générale, le plan du cours.

⁸ Pour plus de précisions voir :

- Ch. Chetata. Théorie générale de l'obligation en droit musulman Hanafite. Sirey 1969, p. 41 et s., 167 et s., 180 et s.
- Abdelrazzak El Sanhoury, *Le droit musulman comme élément de refonte du code civil*, Recueil E. Lambert, T.2, p.261.

⁹ La référence au fiqh -notamment malékite- n'est nullement étrangère au DOC ex : les dispositions concernant la nullité des contrats conclus entre musulmans et portant sur des choses déclarées hors commerce par la loi religieuse, l'interdiction du prêt à intérêt entre musulmans, les conséquences prévues par le code en cas de dernière maladie etc....

¹⁰ Voir dans ce sens, le remarquable article de Joel Monéger, Biographie du code des obligations et contrats, de la réception à l'assimilation d'un code étranger dans l'ordre juridique marocain, revue marocaine de droit et d'économie du développement, n° 7- 1984, journées d'études sur DOC et société, soixante dix ans après, p. 29.

¹¹ Philippe Delebecque et Frédéric-Jérôme Pansier, Droit des obligations, régime général, Litec, 5^{ème} édition, n° 1, p. 1.

I. LA NOTION D'OBLIGATION DANS LE DOC

Le mot obligation revêt plusieurs sens. **Dans un sens général** ce terme est synonyme de devoir, imposé par la société, par la religion, par la vie mondaine.

Dans cette perspective, on dira d'une personne qu'elle s'acquitte de ses obligations religieuses, qu'elle satisfait à ses obligations morales, qu'elle respecte ses obligations de conscience ou qu'elle manque à ses obligations mondaines (obligations qu'imposent les convenances, la courtoisie...).

Ce sens très large, où l'obligation est synonyme de devoir (religieux, moral, social, de conscience...), n'est pas le sens technique recherché.

Dans un sens plus juridique, le mot obligation désigne des devoirs résultant d'une règle de droit, dont l'inobservation est sanctionnée.

Dans un sens juridique plus précis L'obligation est un lien de droit (vinculum juris)¹² qui met en rapport le créancier (creditor)¹³ au débiteur (debtor)¹⁴ ; elle est assortie d'une sanction à l'aide de la force publique ce qui distingue les obligations juridiques ou civiles des autres obligations ayant seulement une valeur morale ou religieuse. L'obligation peut avoir un aspect passif, elle est alors une dette (debt) ; si elle revêt un aspect actif, elle est considérée comme étant une créance. L'obligation a une valeur patrimoniale. Elle désigne le lien d'ordre patrimonial unissant les personnes juridiques entre elles¹⁵. Au sens technique l'obligation ne doit concerner que les droits patrimoniaux sachant que ces derniers se divisent en deux catégories : les droits réels (real rights) qui portent sur une chose et les droits personnels (personal rights) liant deux personnes.

Dans cette relation entre les deux personnes, l'objet de l'obligation est la prestation due par le débiteur; cet objet peut être soit un fait positif ex : (paiement d'une somme d'argent ou livraison d'une chose) soit un fait négatif ex : (une obligation de non concurrence). Dans tous les cas, ces différentes obligations sont évaluables en argent¹⁶.

L'objet de l'obligation peut consister en un **transfert de propriété d'un bien** (le vendeur est tenu de transférer la propriété de la chose vendue), **le paiement d'une somme d'argent** (celui qui cause un dommage à autrui est tenu de le réparer). **L'accomplissement d'un travail** (l'employé est tenu d'accomplir la tâche qui lui est impartie) ou en **une simple abstention** (le locataire est tenu de ne pas modifier la destination des lieux loués).

¹² La définition de l'obligation donnée par les romains, selon l'Institutes de Justinien, livre III, titre XIII, est la suivante : « Obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus solvendae rei, secundum nostrae civitatis jura ». L'obligation est un lien de droit qui nous astreint à la nécessité de faire un paiement selon les lois de notre cité.

¹³ Du latin credere, faire confiance. Le créancier fait confiance en créant un lien de droit et une obligation dans son rapport avec le débiteur.

¹⁴ Du latin debere qui veut dire devoir.

¹⁵ Alain Bénabent, Droit civil, les obligations, 11^{ème} édition, Montchrestien, n° 1, p. 1.

¹⁶ Ne pas confondre cependant l'objet de l'obligation et l'objet de la prestation. L'objet de l'obligation est constitué par la prestation, et l'objet de la prestation est constitué par la chose elle-même (l'objet de l'obligation du vendeur est la prestation du vendeur : la délivrance de la chose vendue. L'objet de la prestation est la chose elle-même).

Ces exemples montrent clairement que l'obligation se trouve ainsi à la base de tout échange économique de biens et de services et que le droit des obligations est la discipline qui a pour objet les mécanismes juridiques qui régissent les échanges économiques. C'est pourquoi l'obligation trouve naturellement sa place au sein des droits à caractère économique ou droits patrimoniaux et se distingue, en conséquence, des droits qui échappent à une évaluation économique ou droits extra patrimoniaux.

L'obligation peut être définie comme le lien de droit en vertu duquel une ou différentes personnes peuvent contraindre une ou différentes autres personnes à « donner », à « faire » ou à « ne pas faire quelque chose ».

A- LA DEFINITION DE L'OBLIGATION : POLYSEMIE DU TERME

C'est donc un lien de droit entre deux personnes au minimum. Différents schémas sont possibles



C'est un lien de droit c'est à dire qu'une personne est tenue à ses obligations et le créancier peut l'y contraindre en ayant recours aux tribunaux. Est associé au lien de droit, le pouvoir de contrainte.

Quels types d'exécution ?

- ✓ DARE □□ donner obligation de constituer un droit réel, de transférer un droit réel (ou idem pour un droit de créance) (ex. constitution d'un usufruit, droit de propriété : vente, échange, donation, cession d'usufruit...)
- ✓ FACERE □□ faire ex. travail intellectuel ou matériel
- ✓ NON FACERE □□ ne pas faire (obligation de ne pas faire de concurrence)

En conclusion, nous pouvons dire que le terme « obligation » est polysémique en ce qu'il désigne à la fois les liens du droit, le lien de droit entre deux personnes, ou plus rarement, pour désigner le droit du créancier (c'est-à-dire son droit d'exiger du débiteur l'exécution de son obligation) ou plus fréquemment cela désigne la charge qui pèse sur le débiteur, cette dette étant un élément négatif de son patrimoine contrairement au créancier où cet élément est positif vu qu'il ne grève pas son patrimoine.¹⁷

Le DOC ne définit pas expressément la notion d'obligation mais il offre les éléments d'une définition Il s'agit d'un rapport en vertu duquel une personne (créancier) est en droit d'exiger de

¹⁷M. VANWIJCK, théorie générale des obligations rédaction de Jean-Christophe werenne, année académique 2001-2002, p.3.

l'autre (débiteur) l'accomplissement d'une prestation Vue du côté du bénéficiaire, l'obligation est appelée créance et du côté de celui qui est tenu elle est appelée «dette».

Pour mieux appréhender la notion, il convient d'en préciser les caractères.

B- LES CARACTERES DE L'OBLIGATION

Essentiellement, l'obligation présente trois caractères :

Caractère Patrimonial	L'obligation est un droit pécuniaire, évaluable en argent. Elle fait partie-du patrimoine, qui comprend un actif et un passif. Pour le créancier l'obligation est une créance qui figure à l'actif ; pour le débiteur, il s'agit d'une dette figurant au passif. L'obligation, quel que soit son objet, a une valeur. Elément du patrimoine, l'obligation est un droit patrimonial qui se distingue des droits extra patrimoniaux qui restent en dehors du patrimoine. Elément du patrimoine, l'obligation est un droit cessible (peut être cédé entre vifs) et transmissible (produit effet à l'égard des héritiers en cas de décès). Voir dans ce sens les articles 194 et 229 du DOC Lorsque les héritiers refusent d'accepter la succession, ils ne peuvent y être contraints et ils ne sont nullement tenus des dettes héréditaires les créanciers ne peuvent, dans ce cas, que poursuivre leurs droits contre la succession. En droit français, les héritiers peuvent être tenus au-delà de l'actif successoral Les héritiers sont des continuateurs de la personne du défunt (décujus). C'est pourquoi ils peuvent refuser la succession ou ne l'accepter que sous bénéfice d'inventaire. En droit musulman, les héritiers sont des héritiers quant aux biens Ils ne peuvent refuser la succession, malgré les dispositions de l'article 229 alinéa 2.
Caractère Personnel	Les obligations n'engagent que ceux qui les ont contractées : Il s'agit du principe de la personnalité des obligations Elles ne peuvent avoir d'effet à l'égard des tiers : c'est le principe de la relativité des obligations. Cependant ces deux principes subissent des exceptions (ex cas de la succession)
Caractère Obligatoire	Son étymologie nous renseigne : du latin obligo, are (obliger, lier) dérivé de ligo, are (lier en vue de), l'obligation est un lien qui oblige le débiteur à exécuter l'obligation qu'il a souscrite, sous peine que le créancier l'y contraigne en exerçant une voie de droit. L'obligation civile se distingue clairement de l'obligation naturelle (analysée comme une sorte de devoir de conscience) dont l'exécution est insusceptible d'être poursuivie en justice.. L'exécution forcée peut être exigée en justice par le biais de la force publique. La contrainte peut consister ici : - En une exécution en nature forcée : (revendication d'une chose dans le patrimoine du débiteur). - En exécution par équivalence : Dommages et intérêts ex : destruction de la chose. - Le pouvoir de contrainte peut également exister bien qu'il n'y ait pas de dette (cas de la caution qui paye la dette d'autrui).

II. LES CLASSIFICATIONS DES OBLIGATIONS

Les parties disposent de la plus grande liberté pour contracter, elles ont la possibilité de créer des obligations ayant des objets divers.

Contrairement aux droits réels dont le nombre est limité, les obligations sont illimitées et variées. Par conséquent, il est impossible de les recenser. On peut cependant les classer.

A cet égard, on remarquera que les obligations sont susceptibles d'être classées selon **leur nature** (A), **leur objet** (B), **leur intensité** (C) ou **leurs sources**(D).

Bien que d'importance inégale, ces classifications ne manquent pas d'intérêts. Aussi importe-t-il de les connaître.

A- CLASSIFICATION FONDÉE SUR LA NATURE DE L'OBLIGATION

Dans l'**obligation civile**, il est possible de recourir au juge ; lorsque quelqu'un ; c'est à dire le débiteur refuse d'exécuter volontairement sa prestation ; ne fait pas ce qu'il doit faire; pour obtenir satisfaction. La satisfaction du créancier peut être obtenue judiciairement avec coercition

On distingue l'obligation civile de l'**obligation naturelle**¹⁸. Celle-ci est dépourvue de sanction, c'est à dire que son exécution ne peut être ordonnée par le juge. Il ne faut toutefois pas confondre l'obligation naturelle avec l'obligation purement morale.

L'**obligation morale** est celle qui relève de la conscience individuelle, et dont l'exécution forcée ne peut être obtenue devant les tribunaux. On emploie alors parfois le terme « devoir » plutôt qu'« obligation » pour marquer l'absence de sanction juridique.

¹⁸Le D.O.C connaît, sans la nommer, l'obligation naturelle et les dispositions de l'article 73 permettent d'en délimiter le champ d'application.

DISTINCTION : OBLIGATIONS JURIDIQUES, MORALES ET NATURELLES

	OBLIGATION MORALE	OBLIGATION NATURELLE	OBLIGATION JURIDIQUE /CIVILE
FONDEMENT	La conscience du bien et du mal	L'honneur et la conscience (obligation en dehors du droit, d'un engagement unilatéral de volonté qui repose sur la liberté de l'individu).	La loi ou / et le contrat, quasi contrat...
EXEMPLE	Faire de la charité	Verser une pension alimentaire à un cousin qui est dans le besoin n'est pas légalement obligatoire	-Verser une pension alimentaire à son enfant est une obligation légale - Payer les cotisations dues à la CNSS
ANALYSE JURIDIQUE	Donation	Paie ment	Paie ment
SANCTION JURIDIQUE	Non	Non	Oui
POSSIBILITE DE SE FAIRE RESTITUER CE QUI A ETE PAYE	Non	Non	Oui, pénalités, recouvrement

B- CLASSIFICATION FONDEE SUR L'OBJET DE L'OBLIGATION

Cette classification se fonde sur l'objet de l'obligation, ce à quoi le débiteur est tenu envers le créancier: transférer la propriété d'un bien, verser une somme d'argent pour s'acquitter du prix, rémunérer un service ou réparer le préjudice causé à autrui, effectuer le travail ou le service promis, s'abstenir d'accomplir certains actes... Mais bien que le nombre des obligations soit illimité, leur objet se ramène toujours soit à « donner », soit à « faire » ou à « ne pas faire ».

1. Obligations de donner, de faire et de ne pas faire¹⁹

Le droit romain est la source de cette classification entre obligation de donner (*dare*), faire (*facere*) et ne pas faire (*non facere*)²⁰.

¹⁹Pour plus d'informations sur cette classification v°. PIGNARRE, L'obligation de praestare, RTD Civ. 2001, p. 41 M. FABRE MAGNAN, Le mythe de l'obligation de donner, RTD Civ. 1996, p. 85 ; J. HUET, Des différentes sortes d'obligations et plus particulièrement de l'obligation de donner, la mal nommée, la mal aimée, Mélanges Ghestin, 2001, p. 426 ; G. PIGNARRE, A la redécouverte de l'obligation de praestare - Pour une relecture de quelques articles du code civil, RTD Civ. 2001, p. 41.

²⁰ V. Gazzaniga, Introduction historique au droit des obligations, PUF, coll. « Droit fondamental », n°6.

Le débiteur tenu d'une obligation de donner (*dare*) est obligé d'effectuer un transfert de droit réel ainsi, le vendeur est tenu de remettre la chose vendue en vertu de l'obligation de délivrance qui pèse sur lui²¹.

L'obligation de faire oblige le débiteur à accomplir un fait précis (*factum*) tel par exemple accomplir un travail ou une prestation déterminée. Elle est différente de l'obligation de donner (*dare*).

L'obligation de ne pas faire (*non facere*) contraint le débiteur à ne pas accomplir un fait précis tel pour le vendeur d'un fonds de commerce de ne pas réinstaller un commerce similaire ou une activité concurrente dans un rayon déterminé en vertu d'une obligation de non concurrence.

D'autres obligations se rattachant à cette classification tripartite ont été proposées telle l'obligation de garantie ou l'obligation de praestare.

L'obligation de garantie serait une obligation de couvrir le risque en cas d'incident survenu à l'occasion de l'exécution du contrat et de procéder au règlement des différentes indemnités dues en réparation du dommage subi²².

L'obligation de praestare (principalement c'est le fait de « prêter » quelque chose à quelqu'un) consiste à mettre à la disposition d'autrui un bien. Il semble que l'obligation de praestare recouvre les trois termes déjà évoqués à savoir donner, faire et ne pas faire.

Obligation de faire, de ne pas faire et de donner	La classification fondée sur l'objet de l'obligation est très ancienne. Elle remonte au droit romain ▪ Obligation de faire (facere) est l'obligation d'accomplir un fait positif (livrer une marchandise, réaliser une construction...) Les obligations de faire sont très nombreuses en raison de la multiplication des prestations de service. (art 261 DOC) ▪ Obligation de ne pas faire (non facere) le débiteur est tenu d'une abstention, d'une prestation négative. (obligation de non concurrence qui pèse sur le vendeur d'un fonds de commerce, obligation de non-concurrence des salariés en cas de rupture du contrat de travail). (art. 262 du DOC) ▪ Obligation de donner (dare) Signifie l'obligation de transférer la propriété d'un bien ; il ne s'agit pas de donation mais de transfert de propriété.
--	---

De cette classification il faut retenir une conséquence énoncée par les articles 161 et 162 du DOC selon lesquels les obligations de faire et de ne pas faire présentent un caractère commun. Ni l'une, ni l'autre n'est susceptible d'exécution forcée. ex : *on ne peut pas contraindre matériellement le débiteur à exécuter son obligation, l'artisan à fabriquer le meuble qu'il a promis à son client. Le débiteur défaillant sera simplement condamné à une indemnité envers son créancier.*

²¹Article 499 du DOC : « La délivrance a lieu lorsque le vendeur ou son représentant se dessaisit de la chose vendue et met l'acquéreur en mesure d'en prendre possession sans empêchement ».

²²N. Kanayama, de l'obligation de « couverture » à la prestation de « garantie », Et. Mouly, Litec, 1998, t.2, 375 et s.

Les intérêts de la distinction sont traditionnellement placés sur le terrain de l'exécution forcée. Ainsi l'obligation de donner dans la mesure où elle est perceptible-peut faire l'objet d'une exécution forcée, Alors que les obligations de faire et de ne pas faire se résolvent en dommages intérêts en cas d'inexécution (articles 261 et 262 D.O.C). Le débiteur défaillant ne sera donc pas condamné à exécuter (exécution forcée) mais à réparer le préjudice subi par le créancier du fait de l'inexécution du contrat. Ce point sera vu en détail dans le titre consacré à la mise en œuvre du contrat.

2. Obligations monétaires, en nature, patrimoniale ou extrapatrimoniale

L'obligation monétaire (pécuniaire) ou en nature	▪ L'obligation monétaire se décrit comme l'obligation de transférer la propriété d'une somme d'argent (variété de l'obligation de donner). Elle est soumise aux incidences de la dépréciation monétaire et pose le problème de la révision du contrat en cas d'imprévision économique. ▪ L'obligation en nature est celle où il n'y a pas de transfert d'argent, en principe cette obligation est insensible aux variations monétaires.
L'obligation patrimoniale ou extrapatrimoniale	▪ Les obligations patrimoniales : sont des obligations qui concernent les droits qui sont dans le patrimoine Exemple : <i>droit de propriété</i> ▪ Les obligations extrapatrimoniales : sont des obligations qui concernent des droits qui ne sont pas dans le patrimoine Exemple : droit au nom, droit de la personnalité

3. Obligation pécuniaire, obligation en nature et dette de valeur

L'obligation pécuniaire consiste à transférer la propriété d'une somme d'argent à une autre personne avec les incidences économiques et juridiques qui s'en suivent. En d'inexécution contractuelle de la part du débiteur, le créancier pourra exercer tous les recours possibles y compris la saisie des biens du débiteur et les actions tendant à contraindre la personne défaillante à s'exécuter²³. Les obligations pécuniaires ayant pour objet une certaine quantité de monnaie peuvent être rattachées à des clauses d'indexation pour se prémunir contre les risques d'inflation monétaire.

L'obligation en nature les obligations en nature sont des obligations de donner dont l'objet est un corps certain ou des obligations de faire ou de ne pas faire mais qui ne sont pas de nature pécuniaire. S'il est possible de forcer le débiteur d'une obligation de donner à l'exécution, dans les obligations de faire ou de ne pas faire, le débiteur peut parfaitement refuser de s'exécuter et il est impossible forcer l'exécution ; dans ce cas, l'exécution du contrat se résout en l'octroi des dommages et intérêts.

La dette de valeur se situe entre l'obligation pécuniaire et l'obligation en nature. Elle a pour objet le versement d'une somme d'argent sauf que le montant de ce versement réel et définitif à l'échéance est déterminé le jour de l'exécution. L'exemple en est donné lorsqu'il s'agit d'obligation alimentaire (pension alimentaire en droit marocain), le débiteur dans ce cas verse une pension alimentaire à une échéance déterminée mais la valeur de cette dette est variable suivant le coût de la vie²⁴

²³Sousi, la spécificité juridique de l'obligation de somme d'argent, RTD civ. 1982.514.

²⁴Jacques Flour, Jean Luc Aubert et Eric Savaux, op.cit.n° 48, p.34.

C- CLASSIFICATION DES OBLIGATIONS SELON LEUR INTENSITE

Ce critère de l'intensité (ou encore de la teneur) de l'obligation permet de distinguer **les obligations de résultat** (parfois appelées obligations déterminées) **des obligations de moyen**²⁵ (parfois appelées obligations générales de prudence et de diligence).

Cette classification d'origine doctrinale est ignorée du D.O.C. mais parfaitement connue de la jurisprudence marocaine. Dans son principe, la distinction est simple. L'obligation de résultat est strictement déterminée : le débiteur promet un résultat précis et il est tenu de l'atteindre. Simple dans son principe, la distinction des obligations de moyens et de résultat n'est pas toujours facile à mettre en œuvre. Le critère le plus pertinent est probablement celui de l'aléa quant au but poursuivi. Quand le but poursuivi est hasardeux et aléatoire on en déduira que le débiteur n'a pu contracter qu'une obligation de moyens.

Lorsque le débiteur de l'obligation est tenu de réaliser un résultat en raison même de la nature et des circonstances de l'exécution de l'obligation, ce débiteur doit atteindre le résultat objet du contrat ; son obligation est alors une **obligation de résultat (*obligation of result*)** ; ainsi, le transporteur de personnes ou de marchandises ne saurait échapper à la réparation du dommage en cas d'inexécution contractuelle en invoquant seulement qu'il a entrepris la diligence nécessaire pour éviter le dommage.

Si le débiteur est tenu de faire diligence et de prendre les précautions nécessaires pour atteindre le résultat escompté, son obligation est alors une **obligation de moyen (*obligation of diligence*)** ; ainsi, le médecin est seulement tenu de faire preuve de diligence pour atteindre le résultat qu'est la guérison de son patient. Il doit néanmoins pratiquer la médecine conformément aux règles de base de la science de la médecine ; en d'autres termes, il ne faut pas qu'il y ait une faute professionnelle à la base de la survenance du dommage.

L'intérêt de la distinction entre obligation de résultat et de moyens est important sur le plan de la preuve. Le débiteur d'une obligation de résultat pour échapper à la responsabilité doit prouver que la faute ne lui est pas imputable ou que le dommage a pour source une cause étrangère telle la survenance d'un cas de force majeure. Si l'obligation qui pèse sur le débiteur est une simple obligation de moyens, le créancier est tenu de prouver que ce débiteur n'a pas fait preuve de prudence et de diligence nécessaire pour atteindre le résultat escompté ; entre les deux types d'obligations, il y a déjà un renversement de la charge de la preuve.

La Cour de cassation française ajoute à cette classification, une obligation sous entendue qu'est l'obligation de sécurité ; le créancier d'une obligation, dans certains contrats spécifiques, est tenu d'assurer la sécurité de l'autre cocontractant²⁶. L'obligation de sécurité est considérée dans certains cas comme se rattachant à une obligation de résultat (ex dans le cas du contrat de transport ; dans d'autres cas, cette obligation est seulement identifiée à une obligation de prudence et de diligence)²⁷.

²⁵ Cette classification est proposée par Demogue, Traité des obligations en général, T.V, n° 1237.

²⁶ Civ. 1^{ère} civ. 31 mars 1965, D. 1965.554. ; Civ. 1^{ère}, 31 janv. 1973, JCP 1973.II.17450 et note B.Starck ; Civ. 1^{ère}, 1^{er} fév. 1983, JCP 1984.II.20129, note F.Chabas.

²⁷ Civ. 1^{ère}, 28 avril 1969, JCP 1970.II.16166, note Rabut.

Cette classification ne se conçoit que pour les obligations de faire qui se subdivisent de facto entre obligations de résultat et obligations de moyen. Pour les autres obligations de donner et de ne pas faire, les obligations sont de résultat et le débiteur de ces obligations est tenu de respecter l'objet de son engagement²⁸.

Cette distinction, d'origine doctrinale, a été reprise et consacrée par les tribunaux

L'obligation		
Obligation de moyen		Obligation de résultat
Faute à prouver		Faute présumée possibilité exonération (Arts 268 et 269 du DOC)

Obligation de résultat : On dit d'un débiteur qu'il est tenu d'une obligation de résultat lorsqu'il est tenu d'atteindre un résultat déterminé (exemple *l'acheteur s'engage à payer le prix; le transporteur à amener le voyageur sain et sauf*). Ayant promis un résultat, le débiteur est responsable si le résultat n'est pas atteint. Pour se libérer il devra prouver qu'il n'a pas commis de faute et que le dommage est dû à un cas fortuit ou de force majeure.

Obligation de moyen : Le débiteur tenu d'une obligation de moyen ne promet pas un résultat déterminé, il ne peut pas le promettre. Il promet de mettre en œuvre tous les moyens dont il dispose pour atteindre le résultat. Dès lors si ce résultat n'est pas atteint, la victime de l'inexécution ne pourra engager la responsabilité du débiteur qu'en prouvant qu'il n'a pas correctement utilisé les moyens dont il disposait, qu'il ne s'est pas comporté comme il aurait dû le faire, qu'il a commis une faute. (*cas du médecin, de l'avocat...*).

Cette distinction est fondée sur l'intensité des obligations incombant au débiteur et son intérêt pratique est considérable puisqu'elle permet de régler le problème de la charge de la preuve dans la mise en œuvre de la responsabilité civile contractuelle.

- La faute est une condition de mise en œuvre de la responsabilité civile dans les contrats qui ne créent qu'une obligation de moyen.
- L'existence d'un dommage et du lien de causalité suffisent à la victime de l'inexécution d'une obligation de résultat pour engager la responsabilité du contractant défaillant et obtenir réparation.

²⁸ Jacques Flour, Jean Luc Aubert et Eric Savaux, Droit civil, les obligations, L'acte juridique, Ed. Sirey, 15^{ème} édition, n° 45, p.32.

L'OBLIGATION DE RÉSULTAT	L'OBLIGATION DE MOYEN
L'OBLIGATION QUI INCOMBE AU TRANSPORTEUR : Puisque celui-ci doit amener le voyageur sain et sauf à destination, et si ce résultat n'est pas atteint, l'obligation est considérée comme n'avoir pas été exécutée. La même règle est valable pour le transport des marchandises qui doivent être livrées par le transporteur en bon état à l'arrivée.	L'OBLIGATION QUI INCOMBE AU MANDATAIRE : Il résulte en effet de l'art 903 du D.O.C que le mandataire est tenu d'apporter à la gestion dont il est chargé, la diligence d'un homme attentif et scrupuleux. Le mandant qui n'a pas obtenu le résultat escompté ne peut mettre en cause la responsabilité de son mandataire qu'en cas de faute commise par celui-ci dans l'accomplissement de la mission qui lui a été confiée.
LES OBLIGATIONS DE L'ARCHITECTE ET DE L'ENTREPRENEUR : L'un et l'autre sont tenus de la réalisation d'un résultat : la construction d'un édifice ou ouvrage qui doit durer au moins 10 ans après sa remise au maître de l'ouvrage. Pendant cette période l'ouvrage ne doit ni s'écrouler totalement ou partiellement ni présenter un danger évident de s'écrouler par le défaut des matériaux, par le vice de la construction ou par le vice du sol. Si ce résultat n'est pas atteint la responsabilité de l'entrepreneur et de l'architecte qui a dirigé les travaux sera engagée par le maître de l'ouvrage.	L'OBLIGATION DE SOINS INCOMBANT AU MÉDECIN : Le médecin ne garantit pas à la personne qu'il soigne la guérison. Il doit seulement lui fournir des soins diligents, consciencieux et conformes aux données acquises à la science médicale. En d'autres termes il doit utiliser tous les moyens pour parvenir à la guérison sans la garantir. Il importe de préciser que certains auteurs proposent de limiter l'obligation de moyens aux actes médicaux et chirurgicaux proprement dits et de considérer le médecin tenu à une obligation de résultat quant au fonctionnement des appareils et instruments qu'il utilise pour l'accomplissement de sa mission, car il s'agit de mécanique et non de médecine.

Comme l'obligation de résultat, l'obligation de moyen peut être non seulement contractuelle comme le montrent les exemples précédents, mais aussi extra contractuelle. Ainsi, l'obligation imposée par les arts. 77 et 78 du D.O.C est une obligation de moyen. Tout homme doit se conduire prudemment en toutes circonstances mais contractuelle ou extra contractuelle, l'obligation de moyen n'entraîne pour son inexécution la responsabilité du débiteur que si celui-ci n'utilise pas les moyens nécessaires pour satisfaire le créancier. Et c'est du reste l'intérêt le plus important de la distinction.

Il convient de signaler que certaines obligations sont aujourd'hui appelées **obligations de moyens renforcées ou aggravées**. On assiste souvent, en effet, à des contrats médicaux qui se rapprochent de ceux comprenant des obligations de résultat en matière de chirurgie esthétique. Celle-ci a pour but de réduire ou d'améliorer un état que la nature a défavorisé, il n'y a pas en général urgence médicale ni nécessité de soin, et le patient souhaite simplement obtenir un résultat qui améliore ou change radicalement l'aspect de son corps qui est soumis à cette chirurgie. Il est évident que ce patient sera plus exigeant et que le praticien sera plus sévèrement jugé.

D- CLASSIFICATION DES OBLIGATIONS PAR LEURS SOURCES

La source de l'obligation c'est le fait immédiat qui lui donne naissance. Le Dahir des obligations et contrats²⁹ semble retenir le critère de la source des obligations pour distinguer les différentes obligations qui incombent aux sujets du droit civil.

L'article premier dispose déjà que : « **Les obligations dérivent des conventions et autres déclarations de volonté, des quasi-contrats, des délits et des quasi-délits** ».

Le DOC³⁰ adopte cette summa divisio fondée sur la distinction entre obligations contractuelles et quasi contractuelles, et obligations délictuelles et obligations quasi délictuelles. La volonté ou l'absence de volonté est l'élément majeur qui permet de distinguer ces différentes obligations ; elle joue un rôle capital dans les contrats et les délits et elle est absente dans les quasi contrats (quasi-contract) et dans les quasi délits (quasi-delict).

L'article premier du DOC ajoute la déclaration de volonté comme étant une source des obligations volontaires qui peut concerner la situation dans laquelle l'engagement est volontaire mais il est unilatéral.

Cette classification a été critiquée par la doctrine dans la mesure où il existe des obligations civiles qui sont créées par la loi et qui ne peuvent faire l'objet de cette classification ; quant aux quasi contrats, ils semblent mal s'adapter à cette classification en raison de leur nature spécifique.

La classification proposée n'explique pas toutes les différences qui existent entre les obligations classées sur la base de l'existence ou de l'absence de volonté³¹.

²⁹ Dahir du 9 ramadan 1331 (12 août 1913) formant code des obligations et contrats, BO du 12 septembre 1913.

³⁰ C'est l'abréviation que nous utiliserons désormais pour indiquer le Dahir des obligations et contrats.

³¹ Gomaa, Théorie des sources des obligations, LGDJ, 1968 ; Henri, Léon et Jean Mazeaud et François Chabas, leçons de droit civil, T.II, 1^{er} volume, Obligations, théorie générale, n° 17, p. 12.

- **C'est la classification retenue par le DOC {article 1}: contrat, quasi contrat, délit, quasi délit.**
Une classification plus moderne établie une distinction entre acte et fait juridique.

LA CLASSIFICATION RETENUE PAR LE DOC

CLASSIFICATION DU DOC	القانون La loi	العقد والاتفاق Les contrats Les conventions	شبه العقد Les quasi-contrats	الجرم Les délits	شبه الجرم Les quasi-délits
	Impose des obligations devant être respectées par tous les individus Fait naître des obligations en dehors de toute volonté privée Comme la pension alimentaire, l'obligation du tuteur	Formés par la volonté des contractants Exemples : contrats de vente, de bail, de travail	Formés sans la volonté des parties ; ont ensuite des effets semblables à un contrat Exemples : gestion d'affaires, enrichissement sans cause	Fait volontaire et illicite (faute) causant un dommage : fait intentionnel Exemples : coups et blessures volontaires, acte de concurrence déloyale	Fait illicite causant un dommage : fait non intentionnel Exemple : blessures causées Involontairement au cours d'un accident

La source de l'obligation c'est l'événement qui lui donne naissance : un contrat, un fait dommageable....

Article premier - Les obligations dérivent des conventions et autres déclarations de volonté, des quasi-contrats, des délits et des quasi-délits.

- Conventions et autres déclarations de volontés sont des sources volontaires d'obligation.

A la base de l'obligation, il y a la manifestation d'une volonté (*déclaration*) ou de plusieurs volontés (*convention*).

La convention est un accord entre deux ou plusieurs personnes destinées à créer des effets de droit (*ex type le contrat*). Les autres déclarations de volonté se ramènent à l'acte juridique unilatéral (*manifestation d'une seule volonté: offre de contracter; testament ...*).

La convention est plus vaste que le contrat mais ils sont soumis pratiquement aux mêmes règles juridiques. Un contrat a pour effet de créer des obligations alors que la convention peut créer, transmettre, éteindre des obligations. Ainsi, la remise de dette apparaît comme une convention parce qu'elle suppose le concours de deux volontés (la volonté du créancier de renoncer à sa créance et l'acceptation du débiteur ou du moins l'absence de refus de sa part (articles 340 et 343 du D.O.C.)³² ; mais elle n'est pas un contrat parce

³² L'article 340 dispose que : « L'obligation est éteinte par la remise volontaire qu'en fait le créancier capable de faire une libéralité. La remise de l'obligation a effet tant qu'elle n'a pas été refusée expressément par le débiteur ». Et l'article 343 rajoute que : « La remise de l'obligation n'a aucun effet lorsque le débiteur refuse expressément de l'accepter. Il ne peut refuser : 1° Lorsqu'il l'a déjà acceptée ; 2° Lorsqu'elle a été donnée à la suite de sa demande ».

qu'elle a pour effet, non pas de créer une obligation, mais de la faire disparaître. Aussi, est-il permis de dire que : « *tout contrat est une convention, mais que toute convention n'est pas un contrat* ».

A proprement parler, c'est donc le contrat qui est source d'obligations (parce que le propre du contrat est de faire naître des obligations) alors que la convention est une notion plus large qui recouvre le contrat mais aussi des accords de volonté qui ne sont pas générateurs d'obligations. Il faut cependant observer que les deux termes sont souvent utilisés l'un pour l'autre et que les rédacteurs du D.O.C. ont souvent utilisé le terme convention pour désigner l'espèce particulière de convention qu'est le contrat³³.

- Le quasi contrats, les délits et les quasis délits sont des sources involontaires d'obligation.

Le DOC ne donne pas de définition du **quasi-contrat** mais se contente d'en réglementer trois cas :

L'enrichissement sans cause, la gestion d'affaires et le paiement de l'indu. IL s'agit de mécanismes qui régissent les situations d'enrichissement injustifiées d'une personne au détriment d'une autre. L'enrichi doit restituer, il est tenu d'une obligation de restitution qui puise sa source dans la loi et non dans la volonté des contractants.

En effet en vertu de **l'article 66** du DOC: Celui qui a reçu ou se trouve posséder une chose ou autre valeur appartenant à autrui, sans une cause qui justifie cet enrichissement, est tenu de la restituer à celui aux dépens duquel il s'est enrichi. C'est l'enrichissement sans cause.

Article 68 du DOC - « Celui qui se croyant débiteur, par une erreur de droit ou de fait a payé ce qu'il ne devait pas, a le droit de répétition contre celui auquel il a payé ». C'est la répétition de l'indu, celui qui reçoit indûment un paiement est obligé de restituer. Celui qui paie le solvens a une action en restitution contre l'accipiens (celui qui a reçu le paiement)

Article 943 - Lorsque, sans y être autorisé par le maître ou par le juge, on gère volontairement ou par nécessité les affaires d'autrui, en son absence ou à son insu, il se constitue un rapport de droit, analogue au mandat,

Article 949 - Si l'affaire est administrée dans l'intérêt du maître et d'une manière utile, le maître a tous les droits et il est tenu directement envers les tiers de toutes les obligations que le gérant a contractées pour son compte. Il doit décharger le gérant des suites de sa gestion et l'indemniser de ses avances, dépenses et pertes, d'après les dispositions de l'article 914.

Les délits constituent des faits illicites et volontaires causant un dommage à autrui et obligeant leur auteur à réparation. Ils constituent donc une source involontaire de l'obligation bien qu'il y ait intention de causer le dommage mais pas intention de le réparer.

Le quasi-délit est un fait illicite mais involontaire ayant causé un dommage à autrui. Il entraîne également une obligation de réparation à la charge de l'auteur. Ni le dommage ni la réparation n'ont été voulus.

³³C'est notamment le cas de l'article 1 qui énumère les sources des obligations et qui cite la convention au lieu du contrat. Ce n'est pas totalement inexact puisque le contrat est une espèce qui appartient au genre des conventions, mais le choix du législateur manque de rigueur et de précision puisque dans la catégorie des conventions seuls les contrats sont générateurs d'obligations.

Après avoir critiqué cette présentation de l'article 1^{er} du DOC, la doctrine a suggéré une synthèse, largement admise aujourd'hui.

On a en effet reproché au DOC de placer sur le même pied d'égalité les conventions et autres déclarations de volonté qui n'ont pas la même importance pratique et qui sont soumis au même régime juridique. On lui a également reproché de distinguer les délits des quasi-délits, une distinction sans grand intérêt en droit civil puisque les deux faits engendrent responsabilité et réparation.

En droit civil, ce qui compte, ce n'est pas l'intention de causer le dommage (préoccupation d'ordre pénal) mais **l'importance du dommage**. On y a vu une survivance de la confusion historique entre la responsabilité civile et pénale. Cette critique doit être nuancée car juridiquement l'intérêt demeure et le droit ne traite pas de la même manière celui qui cause involontairement un dommage et celui qui a voulu le causer. En effet, l'article 98 du DOC fait obligation au juge d'« évaluer différemment les dommages, selon qu'il s'agit de la faute du débiteur ou de son dol », c'est à dire selon qu'il s'agit d'un délit ou d'un quasi-délit.

La doctrine a synthétisé cette classification de l'article 1^{er} en distinguant les actes juridiques des faits juridiques :

- ✚ **Les actes juridiques** constituent des sources volontaires d'obligation et intègrent les conventions et autres déclarations de volonté
- ✚ **Les faits juridiques** englobent les délits, les quasi-délits et les quasi-contrats.

➤ *La classification retenue par le droit moderne est fondée sur la distinction entre les faits juridiques et les actes juridiques*

LA CLASSIFICATION RETENUE PAR LE DROIT MODERNE

ACTES JURIDIQUES التصرفات القانونية			FAITS JURIDIQUES الوقائع القانونية			
CLASSIFICATION MODERNE	Les actes juridiques unilatéraux	Les conventions et les contrats	Les quasi-contrats	Les délits	Les quasi-délits	Tout fait indépendant de la volonté : naissance, décès ...

Cette classification qui distingue entre fait juridique et acte juridique est plus vaste que celle du DOC.

L'acte juridique suppose un événement créateur d'obligation, voulu par une seule personne ou par plusieurs personnes.

L'acte juridique est une manifestation de volonté dont les effets (ou conséquences) juridiques sont voulus par l'auteur de cette manifestation de volonté.

Les effets juridiques de l'acte peuvent être la création, la constatation, la modification, la transmission, l'extinction d'un droit ou d'une obligation.

Exemples d'actes juridiques :

- ❖ **Le contrat** : il crée des droits et des obligations pour les parties contractantes
- ❖ **Le testament** : il a pour effet juridique la transmission d'un droit ou d'un bien successoral,
- ❖ **La remise de dette** : elle a pour effet juridique l'extinction totale ou partielle d'une dette.

Le fait juridique est un événement volontaire ou involontaire dont les conséquences sont imposées par la loi.

Le fait juridique est un événement ou un comportement dont les effets juridiques résultent de la loi et non de la volonté de l'auteur du fait.

Les effets juridiques du fait sont ceux de l'acte juridique, à savoir : la création, la constatation, la modification, la transmission, l'extinction d'un droit ou d'une obligation.

Exemples de faits juridiques :

- ❖ **Le décès d'une personne** : il a pour effet la transmission du patrimoine du défunt à ses héritiers,
- ❖ **Un accident de la circulation** : il a pour effet l'obligation de réparer le préjudice causé à la victime,
- ❖ **L'infraction** : elle a pour effet des sanctions pénales et civiles à l'encontre de son auteur.

E- LES OBLIGATIONS COMPLEXES

Dans certains cas, les obligations sont affectées de modalités particulières ; elles peuvent :

- ❖ Comporter une condition³⁴ ou un terme³⁵ il s'agit **des obligations conditionnelles ou à terme** (ces deux notions vont être étudiées en détail dans la section qui porte sur la sphère du contrat dans le temps).
- ❖ Avoir des sujets multiples ou des objets multiples, c'est ce qu'on appelle **des obligations plures**.

Les obligations plures sont appelées ainsi parce qu'elles comportent soit plusieurs objets³⁶ (obligations alternatives, obligations facultatives) soit plusieurs sujets (obligations conjointes, obligations solidaires, obligations *in solidum*, obligations indivisibles).

³⁴ L'article 107 dispose que: « la condition est une déclaration de volonté qui fait dépendre d'un événement futur et incertain, soit l'existence de l'obligation, soit son extinction. L'événement passé ou présent, mais encore inconnu des parties, ne constitue pas condition ».

³⁵ Le terme diffère de la condition par ce qu'il ne suspend pas l'obligation, il retarde seulement son exécution. Le terme est l'événement futur dont la réalisation est certaine. Il ne met pas en cause l'existence de l'obligation, il affecte seulement son exigibilité ou sa durée.

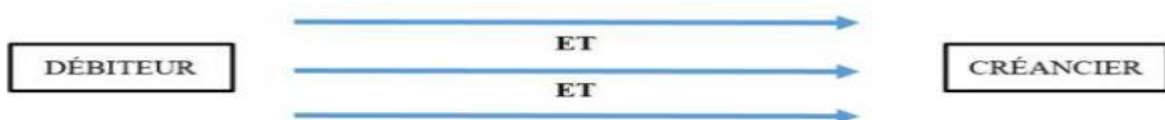
³⁶ Voir dans ce sens A. Hontebeyrie, « Pluralité d'objets: consécutions et rénovation », *Dr. et patr.* n° 249, juillet-août 2015, p. 41.

• LES OBLIGATIONS A OBJETS MULTIPLES

La plupart des contrats, notamment les contrats synallagmatiques, créent à la charge des parties des obligations multiples. Ces contrats sont donc constitués d'un ensemble d'obligations cumulatives, mais certains contrats peuvent contenir des obligations alternatives ou facultatives.

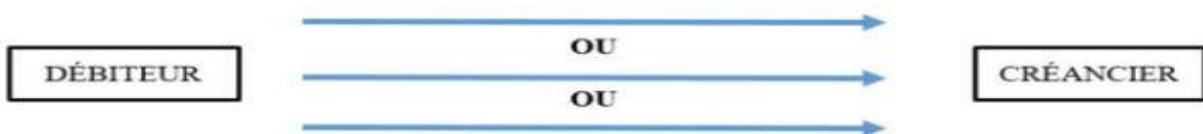
✚ **L'obligation cumulative** : est celle dont l'objet consiste en l'exécution de plusieurs prestations.

Exemple : le débiteur s'engage envers le créancier à acquérir plusieurs biens ou à accomplir plusieurs tâches. Le rapport d'obligation ne sera éteint qu'à la condition que toutes les prestations promises aient été réalisées.



✚ **L'obligation alternative** : est celle en vertu de laquelle le débiteur promet plusieurs prestations (au moins deux), mais dont il est libéré par l'exécution de seulement l'une d'entre elles.

Exemple : le débiteur s'engage à livrer une chose par avion ou par train. Le débiteur est libéré s'il livre la chose par avion, mais il est pareillement libéré s'il livre la chose par train. Il n'est en revanche pas libéré s'il la livre par camion. Autre exemple : le débiteur s'engage à réparer la machine à laver du créancier ou à en fournir une nouvelle du même modèle ; le débiteur est alors libéré en réparant la machine à laver du créancier ou en fournissant une nouvelle machine, mais il n'a pas à exécuter cumulativement les deux prestations.



✚ **L'obligation facultative** : l'obligation est facultative lorsqu'elle a pour objet une certaine prestation mais que le débiteur a la faculté, pour se libérer, d'en fournir une autre.

Le débiteur n'assume qu'une obligation, mais peut se libérer en offrant une autre prestation s'il ne peut exécuter la première

Exemples: Un homme lègue un immeuble à un ami cher, et demande à son enfant de livrer le bien à cette personne ou de lui en payer le prix. Si à la mort de cet homme, l'immeuble n'existe plus, son enfant n'aura pas à exécuter l'obligation, ni à payer son prix à l'ami de son père.

Le débiteur est tenu de payer 500dhs au créancier, mais il dispose de la faculté de payer, à la place en livrant deux bijoux de 250dhs. la prestation initiale est celle de payer une somme d'argent. la facultative est la livraison de bijoux. si la prestation initiale devait être annulée pour n'importe quelle raison, le débiteur serait libéré. si à l'inverse c'est la prestation facultative qui est annulée, le débiteur n'est pas libéré et devra payer 500dhs.



• LES OBLIGATION A SUJETS MULTIPLES³⁷ :

Il est fréquent que les rapports de droit unissent plusieurs débiteurs ou plusieurs créanciers. Les obligations engendrées par ces rapports sont alors conjointes, indivisibles ou solidaires³⁸.

✚ Les obligations conjointes³⁹

Elles sont désignées dans le DOC par l'expression : « obligations divisibles » (art.186 et s). On utilise aussi parfois l'expression « obligations disjointes ».

Les obligations conjointes sont des obligations qui ont pour sujets plusieurs débiteurs ou plusieurs créanciers, chacun d'eux ne pourra réclamer ou ne sera tenu qu'à une fraction de la dette.

Exemple: Lorsqu'elle est conjointe (par défaut) cela signifie qu'elle se divise entre les différents sujets.

S'il y a plusieurs débiteurs et une créance de 600 alors elle va se diviser entre chacun des débiteurs. Lorsqu'il y a un débiteur et plusieurs créanciers alors la créance va se diviser entre les créanciers. Cela signifie que le créancier pourra aller voir chacun des codébiteurs mais il ne pourra leur réclamer que leur part respective dans l'obligation divisée : pas plus de 200 à chacun.

S'il y a 3 créanciers pour un débiteur pour une créance de 600, chaque créancier ne peut demander au débiteur unique que la part de 200.

Exemple:

- D'après l'art.186 al. 3 les héritiers ne sont tenus de payer que leur part de la dette héréditaire.
- Deux personnes contractent ensemble un emprunt auprès du même prêteur ; sauf stipulation contraire dans le contrat, chaque emprunteur est tenu pour moitié de la dette. En conséquence, il y a division des poursuites.

✚ Les obligations indivisibles

Les obligations indivisibles sont celles dont l'objet n'est pas susceptible de division entre ses différents sujets actifs et passifs.

Exemple : un animal vivant, un tableau de maître selon l'article 182, l'obligation indivisible doit être exécutée dans son entier. L'intérêt de la notion L'indivisibilité se présente lorsqu'il y a pluralité de créanciers ou de débiteurs. L'indivisibilité de l'obligation permet :

³⁷A. Hontebeyrie, « Pluralité de sujets : altération et complications », Dr. et patr. n° 249, juillet-août 2015, p. 46.

³⁸Ph. Briand, « La cotitularité des obligations », Dr. et patr. n° 258, mai 2016, p. 80.

³⁹On est dans l'hypothèse où il n'y a qu'une obligation mais une pluralité de titulaires. Soit un créancier et plusieurs débiteurs. Soit un débiteur et plusieurs créanciers. Voire même plusieurs débiteurs et plusieurs créanciers pour une seule obligation.

À chaque créancier d'exiger la totalité de la dette du débiteur ou au créancier d'exiger le paiement intégral du débiteur source de l'indivisibilité. Elles sont au nombre de trois :

- ❖ Indivisibilité naturelle : lorsque l'obligation porte sur un objet qui ne peut être fraction
- ❖ Indivisibilité conventionnelle : lorsque les parties conviennent que l'objet de l'obligation, divisible par nature, est indivisible ; elles s'engagent solidairement et indivisiblement.
- ❖ Indivisibilité propre aux servitudes et aux hypothèques.

Obligation solidaire تضامني / **obligation in solidum** تضاممي

Les effets sont les mêmes, c'est l'origine qui change.

Une obligation solidaire a pour source un texte qui précise qu'il y'a solidarité.

Une obligation in solidum (dégagée par la jurisprudence française) c'est une création jurisprudentielle⁴⁰, lorsqu'à l'origine les codébiteurs d'une obligation n'ont pas contracté solidairement.

L'exemple type est celui des relations d'un assuré avec son assureur. Dans le cas d'un accident de la circulation la victime peut s'adresser à l'assuré, à l'assureur ou aux deux à la fois pour exiger le dédommagement auquel elle peut prétendre.

Il y'a solidarité en droit et in solidum en fait.

⁴⁰ Voir dans ce sens Bus (J-P.), Les voies de recours entre coobligés in solidum, Paris, publié par l'auteur, 1991. Malinvaud (Ph.), L'obligation in solidum suppose que les coconstructeurs ont indissociablement concouru à la création de l'entier dommage, Revue de droit immobilier - urbanisme - construction, n° 11, novembre 2009, Chroniques, p. 600-601, à propos de 3e Civ. - 23 septembre 2009. Raynaud (P.), Droit civil approfondi : L'obligation in solidum, Paris, Les Cours de droit, 1970/1971. Sauphanor (N.) et Boré (L.), Le recours entre coobligés in solidum, Paris, édité par les auteurs, 1991.

TITRE I

L'ACTE JURIDIQUE : LE CONTRAT

Le contrat est un accord de volonté destiné à créer des effets de droit⁴¹.

Il serait différent de la convention dans la mesure où il représente une catégorie de celle-ci.

Il est situé parmi les actes juridiques et parmi les conventions. Les questions qui entourent la détermination du contrat, sa formation et ses effets doivent être soulevées et explicitées.

CHAPITRE I : LA NOTION DE CONTRAT

Le contrat doit être défini et distingué de certains actes juridiques. Le contrat est différent de la convention dans la mesure où si le contrat donne naissance à des obligations précises, la convention, elle, non seulement elle crée des obligations mais encore permet de les transmettre, de les modifier ou de les éteindre. Le contrat est une variante de la convention.

SECTION 1 : DEFINITION DU CONTRAT : L'ACTE BILATERAL

Le DOC n'a pas donné une définition du contrat contrairement au droit français qui le définit, à travers l'article 1101 du code civil, comme étant « une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose ». ⁴² Cet article du code civil français semble utiliser indistinctement les termes contrat et convention alors qu'ils sont nettement différents⁴³ ; la convention est plus générale et englobe aussi le contrat.

En droit musulman, le mot contrat est déjà évoqué dans le Coran dans la sourate *al maiida*, le verset premier : « Ô les croyants! Remplissez fidèlement vos engagements (contrats) ». Moins formaliste, ce droit impose le respect des obligations contractées par les parties par des sanctions très sévères⁴⁴. D'autres versets du Saint Coran viennent confirmer la même règle impérative « Ô vous qui avez cru ! Pourquoi dites-vous ce que vous ne faites pas ? C'est une grande abomination pour Allah que de dire ce que vous ne faites pas »⁴⁵ ; « Et remplissez l'engagement, car on sera interrogé au sujet des engagements »⁴⁶.

L'évolution de la notion de contrat était très entravée par le formalisme très lourd imposé par les règles classiques du droit romain qui n'admet le consensualisme, en tant que source d'obligations, que pour quatre contrats : la vente, le mandat, le louage et la société ; dans les autres contrats, il y a lieu de

⁴¹ Définition donnée par Stéphanie Porchy-Simon, Droit civil, les obligations, Dalloz, 6^{ème} 2010, n° 27, p.20.

⁴² Cette définition a été empruntée à Pothier, juriste français né le 9 janvier 1699 et mort le 23 mars 1772 à Orléans.

⁴³ Rouhette, contribution à l'étude critique de la notion de contrat, thèse Paris, 1965 ; J. Ghestin, la notion de contrat, D. 1990.chr. 147 ; Savaux, la théorie générale du contrat, mythe ou réalité, LGDJ 1997.

⁴⁴ Mhamed SEGAME, Ethique et relations contractuelles dans le DOC (lecture de l'article 231 du DOC), Juridika, 04 mars 2014, n° 14.

⁴⁵ Sourate 61, verset 2-3.

⁴⁶ Sourate 17, verset 34.

Certains hadiths du prophète Sidna Muhammad viennent confirmer la nécessité de respecter les engagements donnés. « Les signes distinctifs de l'hypocrite sont au nombre de trois : lorsqu'il parle, il ment ; lorsqu'il promet il viole sa promesse et lorsqu'on lui confie un dépôt, il est déloyal » (hadith rapporté par Bukhari et Muslim).

remplir un formalisme précis pour faire naître une obligation selon des règles déterminées et imposées par la loi romaine ; aucune obligation provenant d'un contrat ne naît d'un acte nu (*ex nudopacto non nascitur actio*).

La notion de contrat subit aujourd'hui les mêmes entraves en droit anglo-américain tout à fait pour une autre raison ; certains actes même juridiques ne peuvent avoir la qualification de contrats car dénués de contrepartie ayant une valeur pécuniaire ; il en est ainsi de l'acte de donation. Un contrat dépourvu de *consideration* n'a pas d'existence juridique.

Un arrêt très ancien du 19^{ème} siècle définit la *consideration* de la manière suivante : « une *consideration* valable, au sens de la loi, peut consister en tout droit, intérêt, bénéfice ou avantage revenant à une partie ou en un abandon de droit, un désavantage, une perte ou une obligation donnée, subie, tolérée ou souscrite par l'autre partie »⁴⁷. Dans ces conditions, un contrat qui ne reflète aucun échange économique ne peut être qualifié de contrat valable et par conséquent n'entraîne aucun effet juridique.

La distinction entre convention et contrat a-t-elle un quelconque intérêt ? Le DOC utilise indistinctement les deux termes⁴⁸ sans qu'il fasse apparaître un intérêt juridique évident entre eux et certains auteurs remarquent qu'il n'y a aucun intérêt pratique derrière cette différence de terminologie⁴⁹ et qu'elle ne revêt aucune importance majeure⁵⁰.

Les professeurs Jacques Flour, Jean Luc Aubert et Eric Savaux remarquent que « convention et contrat ne s'opposent pas comme deux parties d'un même tout, mais comme le tout et la partie. Etant le genre, la première contient le second, qui est l'espèce : toute convention n'est pas un contrat, mais tout contrat est une convention. A strictement parler, il y aurait donc quelque impropriété à appeler contrat et convention non génératrice d'obligation (ainsi une remise de dette). Il n'y en a pas, en revanche, à dire convention pour un contrat (ainsi, une vente) »⁵¹.

L'acte juridique englobe d'autres catégories en dehors du contrat tels l'acte juridique unilatéral et l'acte juridique collectif.

⁴⁷ « A valuable consideration , in the sense of the law, may consist either in some right, interest, profit or benefit accruing to the one party, or some forbearance, detriment, loss or responsibility given, suffered or undertaken by the other” Currie v. Misa (1875) LR 10 Ex. 153 – Edward Errante, the Anglo-American law of contracts, p.62.

⁴⁸ Dans la rubrique des actes émanant de la déclaration de volonté, le DOC annonce le paragraphe deux sous l'appellation : des conventions ou contrats et dans l'article 19 du DOC, cet article utilise le terme convention pour désigner le contrat : «La convention n'est parfaite que par l'accord des parties sur les éléments essentiels de l'obligation, ainsi que sur toutes les autres clauses licites que les parties considèrent comme essentielles. Les modifications que les parties apportent d'un commun accord à la convention, aussitôt après sa conclusion, ne constituent pas un nouveau contrat, mais sont censés faire partie de la convention primitive, si le contraire n'est exprimé ».

⁴⁹ عبد الحق الصافي، القانون المدني، الجزء الأول: المصدر الإرادي للالتزامات، العقد، الكتاب الأول، تكوين العقد، الطبعة الأولى، ص.60.

⁵⁰ Jacques Flour, Jean Luc Aubert et Eric Savaux, op.cit., n° 80, p.68.

⁵¹ Ibid., n° 80, p.68.

SECTION 2 : LES AUTRES CATEGORIES D'ACTES JURIDIQUES

§ 1. L'acte juridique unilatéral

Il y a lieu de distinguer le contrat de l'acte juridique unilatéral ; le premier se forme par la volonté au moins de deux personnes tandis que le second se crée par la volonté d'une seule personne ; celle-ci, en plus qu'elle crée seule l'acte juridique, elle est seule à supporter les conséquences juridiques de son engagement. L'acte juridique unilatéral doit être distingué du contrat unilatéral qui se crée par la volonté de deux personnes mais n'entraîne d'obligations qu'à l'égard d'une seule personne. On peut retrouver des situations où l'acte juridique unilatéral engage plusieurs personnes, au lieu d'une seule, et qui font naître un engagement unilatéral ; l'acte unilatéral ne veut pas dire forcément qu'il est l'œuvre d'une seule personne.

En somme, l'acte juridique unilatéral est le fruit d'une seule volonté, individuelle ou collective et n'a besoin de concours de quiconque pour voir le jour⁵².

a) Les actes juridiques unilatéraux dans le DOC

Le DOC divise les actes ayant pour source la déclaration de volonté en des actes unilatéraux⁵³ et des actes sous forme de conventions ou contrats⁵⁴. L'exemple de la déclaration unilatérale dans le code civil marocain est **la promesse de récompense (*promise of reward*)** encore faut-il que la matérialité de l'acte soit établi et c'est la raison pour laquelle l'article 14 du DOC prévoit que la simple promesse ne crée point d'obligation.

En cas de contestation de la promesse, la preuve doit être rapportée dans les formes prévues par la loi⁵⁵ ; un certain *instrumentum*⁵⁶ est exigé par la loi. La Cour d'appel de Casablanca dans un arrêt du 11 juillet 2002 donne à l'article 14 du DOC une explication qui n'est pas conforme à son esprit en décidant

⁵² Sur la notion de l'acte juridique unilatéral voir notamment, Salama Mohamed, la conception de l'engagement unilatéral de volonté en droit civil comparé, thèse Paris, 1957 ; Martin de la Mouette, l'acte juridique unilatéral, Toulouse, 1951 ; Worms, de la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations, thèse Paris 1891 ; Izorche, l'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain, préface Mestre, 1995.

⁵³ Articles de 14 à 18 du DOC.

⁵⁴ Articles de 19 à 38 du DOC.

⁵⁵ Article 443 : (Modifié, D. 6 juillet 1954 - 5 kaada 1373, article 5 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) : « 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 ».

Article 444 : (1^{er}alinéa modifié, D. 6 juillet 1954 - 5 kaada 1373) : « Il n'est reçu entre les parties aucune preuve par témoins contre et outre le contenu des actes et encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur inférieure au quantum prévu à l'article 443. Cette règle reçoit exception au cas où il s'agit de prouver des faits de nature à établir le sens des clauses obscures ou, ambiguës d'un acte, à en déterminer la portée ou à en constater l'exécution ».

⁵⁶ L'*instrumentum* est le support matériel de la convention et qui sert de moyen de preuve, par opposition au *negotium* qui désigne le contenu de la convention.

que la promesse prévue dans l'article 14 est celle qui émane de la volonté unilatérale alors que cet article vise les promesses dénuées de toute preuve matérielle et qui sont sérieusement contestées⁵⁷.

La loi impose à celui qui fait une promesse de récompense, par affiche ou autre moyen de publicité, de respecter son engagement vis-à-vis de la personne à laquelle il a fait cette promesse si celle-ci accomplit le fait demandé même sans connaître l'avis⁵⁸. La promesse ne saurait être révoquée lorsque cette révocation intervient après l'exécution commencée⁵⁹ ou lorsque le promettant a fixé un délai pour l'exécution ; dans ce cas, la promesse reste valable jusqu'à l'expiration du délai⁶⁰.

Si plusieurs personnes accomplissent le fait prévu par la promesse de récompense, le DOC donne les solutions prévues par l'article 17⁶¹.

On retrouve dans la loi d'autres actes juridiques qui naissent par la volonté d'une seule personne tel par exemple **la création par une seule personne d'une société à responsabilité limitée à associé unique**⁶² ; cet associé ne supporte les pertes qu'à concurrence de ses apports (*asociates or shareholders are only liable for losses not exceeding their contributions*). Cette situation est contraire aux dispositions de l'article 982 du DOC qui définit le contrat de société comme étant « 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 »..

Les actes juridiques unilatéraux peuvent se manifester à travers des engagements tels que **la renonciation à un droit de servitude (easement) ou d'usufruit (usufruct) ou à une action de faire valoir la nullité (nullity)**...⁶³

L'article 340 du DOC prévoit une situation dans la quelle le créancier ne peut renoncer à sa créance qu'avec l'accord du débiteur dans la situation de la remise de la dette⁶⁴. On citera d'autres actes juridiques exprimés par une partie dans un contrat préexistant tels que **la démission (resignation) ou le licenciement du salarié ou la révocation d'un mandataire (revocation of a proxy)** qui avait cette qualité en vertu d'un contrat de mandat (*mandate agreement*).

⁵⁷ "المقصود بالوعد الوارد في الفصل 14 من ق ل ع ، الوعد المنشأ من طرف إرادة واحدة لا الوعد بالبيع المنشأ بإرادتين". قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالدار البيضاء بتاريخ 11 يوليوز 2002 ملف عدد 2001/9324 منشور بمجلة المحاكم المغربية عدد 95 ص 197.

⁵⁸ Article 15 du DOC.

⁵⁹ Article 16 du DOC.

⁶⁰ Alinéa 2 de l'article 16 du DOC.

⁶¹ Article 17 du DOC : « Si plusieurs personnes ont accompli en même temps le fait prévu par la promesse de récompense, le prix ou récompense promis est partagé entre elles. Si elles l'ont accompli en des temps divers, la récompense appartient à la première date ; si elles l'ont accompli chacune pour une part, cette récompense est partagée dans la même proportion ; si le prix ou la récompense ne peut se partager, mais peut se vendre, le prix en est partagé entre les ayants droit ; si ce prix ou récompense consiste en un objet qui n'a pas de valeur vénale ou ne peut être donné qu'à un seul, d'après les termes de la promesse, la décision est remise à la voie du sort ».

⁶² Dahir n° 1-97-49 du 5 chaoual 1417 (13 février 1997) portant promulgation de la loi n° 5-96 sur la société en nom collectif, la société en commandite simple, la société en commandite par actions, la société à responsabilité limitée et la société en participation, Bulletin officiel n° 4478 du 23 hija 1417 (1er mai 1997).

⁶³ V°. Raynaud, la renonciation à un droit, RTD civ. 1936.763 ; Breton, théorie générale de la renonciation aux droits réels, RTD civ. 1928.261.

⁶⁴ Article 340 : « L'obligation est éteinte par la remise volontaire qu'en fait le créancier capable de faire une libéralité. La remise de l'obligation a effet tant qu'elle n'a pas été refusée expressément par le débiteur ».

b) Les effets des actes juridiques unilatéraux

Les obligations unilatérales sont **obligatoires dès qu'elles parviennent à la connaissance de la partie qui en bénéficie**⁶⁵. Ce genre d'actes sont appelés réceptrices, c'est-à-dire des actes qui doivent être portés à la connaissance de la personne à laquelle ils sont dirigés pour produire leurs effets juridiques et ce par tout moyen de notification⁶⁶ (*means of notice or way of notification*). Une fois cette formalité accomplie, l'acte unilatéral produit les effets juridiques au même titre que l'engagement contractuel. La Cour de cassation entérine les dispositions de l'article 18 du DOC dans plusieurs de ses arrêts ; ainsi, elle décide que l'engagement unilatéral de renoncer à un immeuble produit tous ses effets juridiques vis-à-vis du bénéficiaire du moment qu'il est porté à sa connaissance⁶⁷, de même, est suffisamment motivé, l'arrêt de la cour d'appel condamnant le requérant qui s'est engagé à fermer les fenêtres donnant sur le terrain de son voisin⁶⁸.

Dans le même ordre de raisonnement, la Cour d'appel de Rabat avait considéré que « la clause portant engagement de vendre, que les juges du fond analysent souverainement en une obligation unilatérale prise en présence de son bénéficiaire, tombe sous l'application de l'article 18 du DOC qui décide que, dans les obligations unilatérales, les engagements sont obligatoires dès qu'ils sont parvenus à la connaissance de la partie envers laquelle ils sont pris »⁶⁹. Un jugement du tribunal de première instance de Marrakech assimile l'engagement, délivré dans les conditions de l'article 18 du DOC, au contrat et produit, par conséquent, tous ses effets juridiques⁷⁰.

La jurisprudence française, sur la base de l'engagement unilatéral, oblige l'employeur à respecter ses engagements vis-à-vis des salariés s'il prend la décision de faire bénéficier des préretraités de la prise en charge partielle de certaines cotisations sociales⁷¹ ou s'il s'engage à ne pas procéder à un certain nombre de licenciement (*dismissal or redundancy*) pendant un certain temps⁷².

§ 2. L'acte juridique collectif

Les actes juridiques collectifs peuvent être la source d'obligations liant tous les membres du groupement signataires alors que l'acte est signé uniquement par les organes représentatifs des intérêts en présence⁷³ ; **la convention collective de travail** est un exemple d'acte collectif⁷⁴ qui s'impose à toutes les

⁶⁵ Article 18 du DOC.

⁶⁶ V°. Jacques Flour, Jean Luc Aubert et Eric Savaux, op.cit., n° 494, p.488. Ces auteurs citent l'exemple de certains actes dits réceptices tels le congé en matière de bail, l'acte de licenciement d'un salarié, la mise en demeure adressée à un débiteur pour exécuter ses engagements contractuels...

⁶⁷ Arrêt rendu par deux chambres de la Cour de cassation, 6 fév. 2008 , n° 516 doss. 758/2006, rapport annuel de la cour de Cassation 2008, p. 182.

⁶⁸ Arrêt rendu par la Cour de cassation, 12 juin 1997, n° 3706 doss. 4146/1995, GTM n° 78 et 79, p. 68.

⁶⁹ C.A.R, 4 fév. 1957 , RAC, t. XIX, p. 167.

⁷⁰ Jugement du 26 avril 2004, n° 228 doss. 139/2004, rev. Al Mourafaa n° 14 et 15, p. 221.

⁷¹ Soc. 4 avr. 1990, Bull.civ. V. n° 161.

⁷² Soc. 25 nov. 2003, Bull.civ. V. n° 294.

⁷³ V°. sur ce sujet Roujou de Boubée, Essai sur l'acte juridique collectif, thèse Toulouse, LGDJ, 1961.

⁷⁴ Article 104 du code de travail : « La convention collective de travail est un contrat collectif régissant les relations de travail conclu entre d'une part, les représentants d'une ou plusieurs organisations syndicales des salariés les plus représentatives ou leurs unions et, d'autre part, soit un ou plusieurs employeurs contractant à titre personnel, soit les représentants d'une ou de plusieurs organisations professionnelles des employeurs ».

personnes représentées ou syndiquées même si elles n'ont pas signé individuellement l'acte ; *a contrario*, les non affiliées ou non syndiquées ne sont pas concernées par ses stipulations⁷⁵. La force obligatoire de l'acte collectif est justifiée par l'existence d'un mandat général découlant de l'adhésion au syndicat des signataires⁷⁶.

En droit des sociétés, **les porteurs de titres sous forme d'obligations sont regroupés dans une masse des obligataires pour assurer la défense de leurs droits patrimoniaux et leurs intérêts communs en tant que créanciers de la société anonyme**⁷⁷. Ce regroupement ainsi créé est doté de la personnalité morale et chaque obligataire est censé être membre affilié à ce groupement sans qu'il y ait un contrat individuel d'adhésion⁷⁸.

La représentation des obligataires est assurée par un ou plusieurs mandataires élus par l'assemblée générale ordinaires des obligataires⁷⁹ et ne peuvent agir individuellement à l'encontre de la société anonyme⁸⁰.

Dans le cadre de la propriété des immeubles bâtis divisés par appartements ou étages ou locaux et dont la propriété appartenant à plusieurs personnes est répartie par lots comprenant chacun une partie privative et une quote-part des parties communes⁸¹, tous les copropriétaires des immeubles se trouvent de plein droit groupés dans un **syndicat** doté de la personnalité morale et de l'autonomie financière, à compter de la date de l'inscription de la première cession concernant ces immeubles⁸². Les décisions prises par ce syndicat sont obligatoires, s'imposent à tous les copropriétaires et sont une manifestation de l'acte juridique collectif.

⁷⁵ Com. 29 juin 1993, Bull.civ. I. n° IV, n°274.

⁷⁶ Alain Benabent, Droit civil, les obligations, 11^{ème} édition, Montchrestien, 2007, n° 53, p. 43.

⁷⁷ Dahir n° 1-96-124 du 14 rabii II 1417 (30 août 1996) portant promulgation de la loi n° 17-95 relative aux sociétés anonymes.

⁷⁸ Article 299 du Dahir du 30 août 1996 sur les sociétés anonymes.

⁷⁹ Article 300 du Dahir du 30 août 1996 sur les sociétés anonymes.

⁸⁰ Article 311 du même texte : «Les obligataires ne sont pas admis individuellement à exercer un contrôle sur les opérations de la société ou à demander communication des documents sociaux. Toutefois, ils peuvent exiger de la société de leur fournir à tout moment les renseignements dont ils ont besoin en tant qu'obligataires ».

⁸¹ Article premier du Dahir n° 1-02-298 du 25 rejab 1423 (3 octobre 2002) portant promulgation de la loi n° 18-00 relative au statut de la copropriété des immeubles bâtis, Bulletin Officiel n° 5054 du 2 ramadan 1423 (7 novembre 2002), p. 1216. Le texte du 3 octobre 2002 est complété et modifié par le Dahir n° 1-16-49 du 19 rejab 1437 (27 avril 2016) portant promulgation de la loi n°106-12; Bulletin Officiel n° 1664 du 3 safar 1438 (3 novembre 2016), p. 1664.

⁸² Article 13 du Dahir du 3 octobre 2002 sur la copropriété.

CHAPITRE II : LES CLASSIFICATIONS DES CONTRATS

Il y a dans la pratique un grand nombre et une grande variété de contrats, d'où la nécessité d'élaborer une classification afin d'ordonner cette diversité.

Contrairement au code civil français qui contient une classification incomplète des contrats (articles 1102 à 1106), les rédacteurs du Dahir des obligations et contrats (DOC) au Maroc n'ont donné aucune classification des contrats, laissant cette mission à la doctrine.

En fonction de l'aspect pris en considération, on trouve une multitude de classifications :

- La classification des contrats selon **leur mode de formation**
- La classification des contrats selon **le rapport de force entre les contractants**
- La classification des contrats d'après **leurs effets**
- La classification des contrats d'après **les avantages retirés par les parties**
- La classification des contrats d'après **le rôle joué par le hasard**
- La classification des contrats selon **leur mode d'exécution**
- La classification des contrats d'après **la considération de la personne**
- La classification des contrats d'après **l'existence ou non d'une réglementation spéciale**
- La classification des contrats d'après **leur domaine**

SECTION 1 : CLASSIFICATION DES CONTRATS SELON LEUR MODE DE FORMATION

En prenant en compte le mode de formation du contrat, on peut distinguer entre les contrats consensuels et les contrats non consensuels.

- **Les contrats consensuels** sont ceux dont la conclusion se fait par le seul accord des volontés, c'est-à-dire par le simple échange des consentements. Aucune condition de forme n'est requise dans ce type de contrats. C'est le cas par exemple de la vente⁸³, du louage, du mandat...
- **Les contrats non consensuels ou formalistes** sont ceux dont la formation, nécessite, outre le consentement, l'accomplissement d'une formalité. Il existe deux types de contrats non consensuels : les contrats solennels et les contrats réels.
- **Le contrat est solennel** lorsque la formalité requise est la rédaction d'un écrit. Cet écrit peut être soit un acte authentique (acte dressé par un notaire ou par des adouls) soit un acte sous seing privé (acte rédigé par un particulier et comportant la signature manuscrite des parties). Parmi les contrats solennels⁸⁴, on peut citer : la vente d'immeuble.
- **Le contrat est réel** lorsque la formalité requise est la remise d'une chose. C'est le cas du prêt, du dépôt et du gage. Comme la remise de la chose est nécessaire dans un contrat réel, elle n'est pas considérée comme une obligation issue du contrat. Ainsi, dans le prêt, le prêteur n'a pas d'obligation puisque la remise de la somme d'argent a été nécessaire pour la formation du contrat.

⁸³L'article 488 du DOC prévoit que : « La vente est parfaite entre les parties dès qu'il y a consentement des contractants, l'un pour vendre, l'autre pour acheter, et qu'ils sont d'accord sur la chose, sur le prix et sur les autres clauses du contrat ».

⁸⁴Il en est ainsi de la vente lorsqu'elle a pour objet un immeuble, des droits immobiliers ou autres choses susceptibles d'hypothèques, dans ces cas, elle doit être faite par écriture ayant date certaine et elle n'a d'effet au regard des tiers que si elle est enregistrée et inscrite en la forme déterminée par la loi (art 489 du DOC).

La distinction entre contrats consensuels et non consensuels est importante, dans la mesure où les premiers peuvent être conclus facilement et sans aucun retard. Alors que la conclusion des seconds est alourdie de toutes les formalités qui s'ajoutent au consentement.

SECTION 2 : CLASSIFICATION DES CONTRATS SELON LE RAPPORT DE FORCE ENTRE LES CONTRACTANTS

Cette classification part du constat que les parties au contrat sont parfois dans une situation inégalitaire. On distingue ainsi entre les contrats de gré à gré (appelés également contrats négociés) et les contrats d'adhésion.

Dans le **contrat de gré à gré**, les clauses font l'objet d'une libre discussion entre les parties donnant lieu à un accord, en principe, équilibré. C'est le cas, par exemple, du contrat de vente d'un appartement. En revanche, dans le **contrat d'adhésion**, une partie s'impose à l'autre dans un rapport de force qui interdit toute véritable discussion⁸⁵. C'est le cas des contrats de transport, d'assurance, de fourniture d'eau et d'électricité ...

L'intervention du législateur, dans le cadre des contrats d'adhésion, s'avère nécessaire afin d'éviter les abus de la part du contractant économiquement fort et de protéger la partie la plus faible.

Il y a également une autre catégorie de contrat qui est celle des **contrats forcés**. Dans ce type de contrats, la conclusion en est imposée par la loi. C'est le cas, par exemple, de l'assurance automobile.

SECTION 3 : CLASSIFICATION DES CONTRATS D'APRES LEURS EFFETS

Si les effets du contrat sont réciproques, on parle de **contrats synallagmatiques ou bilatéraux**. Lorsqu'ils ne sont pas réciproques, on parle de **contrats unilatéraux**.

Ainsi, le **contrat est synallagmatique** est celui qui fait naître des obligations à la charge des deux parties. La caractéristique du contrat synallagmatique tient à la réciprocité des obligations qui en découlent, chacun des contractants étant à la fois, débiteur et créancier. La plupart des contrats usuels sont des contrats synallagmatiques⁸⁶.

Exemple : Le vendeur s'engage à livrer la marchandise, l'acquéreur s'oblige en contrepartie à en payer le prix.

Le contrat est unilatéral lorsque deux ou plusieurs personnes sont engagées dans un contrat, mais qu'une seule est débitrice envers l'autre. C'est le cas du contrat de prêt et de la donation.

➔ Les contrats synallagmatiques et unilatéraux ne relèvent pas toujours du même régime juridique. Le contrat synallagmatique se caractérise par l'interdépendance des obligations. L'obligation de l'un des contractants n'a de sens que par rapport à celle de l'autre. De cette interdépendance, de cette réciprocité des obligations découlent une série de conséquences juridiques spécifiques aux contrats

⁸⁵Il en est ainsi des contrats de fourniture de certaines matières ou services à consommation très large commercialisées par des sociétés disposant d'un monopole, tel le cas des contrats établis par les compagnies d'assurances ou par les banques...

⁸⁶Omar Azziman, le contrat volume I le droit civil des obligations, éditions Le Fennec, année 1995, p.70

synallagmatiques. Ainsi, et aux termes de l'article 235 du DOC, dans les contrats bilatéraux, l'une des parties peut refuser d'accomplir son obligation jusqu'à l'accomplissement de l'obligation corrélative de l'autre partie, C'est la règle de l'exception d'inexécution, spécifique aux contrats bilatéraux⁸⁷

Entre ces deux catégories, s'ajoute une troisième catégorie de contrats : celles **des contrats synallagmatiques imparfaits**. Il s'agit de contrats à la base unilatéraux, mais, au cours de leur exécution des obligations peuvent naître à la charge de la partie non débitrice. Ainsi, le contrat de mandat gratuit est en principe unilatéral : le mandataire est seul obligé envers le mandant. Mais, pour accomplir les actes dont il s'est chargé, il se peut que le mandataire effectue certaines dépenses. Il pourra alors en demander le remboursement au mandant. D'unilatéral, le contrat de mandat gratuit devient synallagmatique imparfait.

Au niveau de la forme, en droit français, le contrat synallagmatique doit être établi en autant d'exemplaires qu'il y a de parties, mais un seul exemplaire, remis au créancier, suffit pour le contrat unilatéral.

Au niveau du fond, si une partie n'exécute pas son obligation, l'autre peut refuser d'exécuter la sienne. Ceci n'est possible que dans les contrats synallagmatiques. Il en est de même pour la résolution pour inexécution.

SECTION 4 : CLASSIFICATION DES CONTRATS D'APRES LES AVANTAGES RETIRES PAR LES PARTIES.

Dans ce contexte, on peut distinguer **entre les contrats à titre onéreux et les contrats à titre gratuit (ou contrat de bienfaisance)**.

Le contrat à titre onéreux est celui par lequel chacune des parties recherche un avantage. Les actes usuels de la vie économique sont des contrats à titre onéreux. C'est le cas du contrat de vente, de bail, de travail... Au contraire, **le contrat à titre gratuit** est celui où une des parties procure volontairement un avantage à l'autre partie sans aucune contrepartie. L'exemple le plus typique en est donné par la donation où le donateur s'appauvrit volontairement pour que le donataire s'enrichisse.

L'importance de cette distinction apparaît dans la garantie et la responsabilité. Ainsi, la garantie des vices cachés ne joue pas pour les contrats à titre gratuit : le donateur ne garantit pas la chose donnée, contrairement au vendeur. De plus, la responsabilité du débiteur, dans le cadre des contrats à titre gratuit, est atténuée du fait de l'absence de contrepartie.

Aussi faut-il ajouter que les contrats à titre gratuit sont toujours conclus en considération de la personne. Toute erreur sur la personne sera cause de nullité.

⁸⁷ Art 235 du DOC

SECTION 5 : CLASSIFICATION DES CONTRATS D'APRES LE ROLE JOUE PAR LE HASARD

Cette classification distingue **les contrats commutatifs des contrats aléatoires**.

Le contrat commutatif est un « contrat à titre onéreux dont on connaît l'importance des prestations réciproques au moment où il est conclu ». Les avantages réciproques qu'échangent les parties sont immédiatement connus. C'est le cas de la vente par exemple.

Le contrat aléatoire est un « contrat à titre onéreux dans lequel l'existence ou la valeur d'une prestation dépend d'un événement futur incertain ». L'étendue d'une prestation est incertaine parce qu'elle dépend du hasard. Ainsi en est-il de l'assurance. Ni l'assuré, ni l'assureur ne savent si le sinistre se réalisera. L'assuré a une créance éventuelle contre l'assureur, en contrepartie d'une dette certaine de primes. Le contrat est donc marqué d'un élément d'incertitude qui ne permet pas de fixer, lors de sa conclusion, l'étendue des avantages qu'en tirera une partie. En islam, les contrats aléatoires sont prohibés.

SECTION 6 : CLASSIFICATION DES CONTRATS SELON LEUR MODE D'EXECUTION

On distingue, dans ce cadre, entre les contrats à exécution instantanée et les contrats à exécution successive.

Dans le contrat à exécution instantanée, les obligations sont réalisées de façon immédiate et exécutées en une seule fois. *C'est le cas de la vente au comptant, mandat portant sur une seule opération.*

En revanche, dans **les contrats à exécution successive**, la réalisation des obligations s'échelonne dans le temps : les contractants se lient pour une certaine durée, déterminée ou indéterminée. *C'est le cas du contrat de travail et du contrat de bail par exemple.*

Dans les contrats successifs, on ne peut, en cas de nullité, effacer les effets passés du contrat. Le contrat n'est anéanti que pour l'avenir et ce contrairement aux contrats à exécution instantanée où la résolution et l'annulation ont un effet rétroactif : le contrat est donc anéanti aussi bien pour le passé que pour l'avenir.

Lorsque le contrat à exécution successive est à durée indéterminée, les contractants peuvent mettre fin au contrat de façon unilatérale sous réserve d'un contrôle judiciaire.

Concernant la cession du contrat, elle n'est possible que dans le cadre des contrats à exécution successive et non dans les contrats à exécution instantanée.

SECTION 7 : CLASSIFICATION DES CONTRATS D'APRES LA CONSIDERATION DE LA PERSONNE

Il faut distinguer entre les contrats *intuitu personae* et les contrats *non intuitu personae*.

Dans les contrats *intuitu personae*, la formation et l'exécution du contrat est subordonnée à la personne du cocontractant. La personne du contractant est parfois primordiale tel *dans le cas du contrat de mandat ou de contrat de société de personnes ou de contrat de travail...*

Par contre, **les contrats *non intuitu personae*** sont ceux dont la qualité du cocontractant importe peu. *C'est le cas du contrat de vente.*

L'intérêt de distinction entre ces deux types de contrats se manifeste à travers trois éléments.

D'abord, l'erreur du contractant, au moment de la formation du contrat, sur la personne du cocontractant est source de rescision lorsque le contrat est *intuitu personae*. Ce qui n'est pas le cas dans les contrats *non intuitu personae*.

Ensuite, l'exécution du contrat doit impérativement être faite par le cocontractant dans les contrats *intuitu personae*. Il ne peut se faire remplacer par une autre personne. Ce qui n'est pas le cas, dans les contrats *non intuitu personae*, qui peuvent être exécutés aussi bien par le cocontractant que par un tiers. Ainsi, dans une vente, le prix peut être versé par l'acheteur ou par un tiers.

Enfin, les événements affectant l'état et la capacité du contractant comme le décès ou la démence sont sans incidence sur les contrats *non intuitu personae*. Alors qu'ils peuvent entraîner l'extinction du contrat lorsque celui-ci est *intuitu personae*.

SECTION 8 : CLASSIFICATION DES CONTRATS D'APRES L'EXISTENCE OU NON D'UNE REGLEMENTATION SPECIALE

On distingue ici entre les contrats nommés et les contrats innommés.

Les contrats nommés sont ceux définis et réglementés par la loi. Ils se distinguent des autres contrats par un nom et des dispositions spéciales.

Exemple : *la vente⁸⁸, le louage⁸⁹, le mandat⁹⁰, le contrat d'assurance, le contrat de société.....*

Les contrats innommés sont ceux qui ne font l'objet d'aucune réglementation particulière. Ils ne sont ni prévus ni organisés par le législateur. Ils sont ainsi laissés à la volonté des contractants qui peuvent leurs

⁸⁸ Article 491 et suiv du DOC

⁸⁹ Article 626 et suiv du DOC

⁹⁰ Article 829 et suiv du DOC

donner la qualification qu'ils désirent. Dans ce cas, seules les règles générales des obligations s'appliquent.⁹¹

Exemple : *contrat médical, contrat de leasing, contrat de franchise, contrat de gestion hôtelière, contrat de publicité*

L'interprétation d'un contrat nommé est plus simple que celle d'un contrat innomé. Si les parties à un contrat nommé n'ont pas précisé tous les aspects de leur engagement, il suffira de se référer à la réglementation existante qui d'ailleurs est supplétive de la volonté des parties.

Pour le contrat innomé, il faudra qualifier le contrat pour essayer de préciser à quelles règles le soumettre. Il faudrait essayer de chercher une solution au litige **par voie d'analogie** avec les autres contrats nommés qui lui rapprochent⁹². Il y a donc un risque d'insécurité juridique et de flottement quant au droit applicable. Pour éviter cela, le législateur réglemente de nombreux contrats jusque-là innomés : *ex vente d'immeuble en l'état futur d'achèvement*.

SECTION 9 : CLASSIFICATION DES CONTRATS D'APRES LEUR DOMAINE

En prenant en compte leur domaine ou leur champ d'application, les contrats peuvent être classés en :

- Contrats commerciaux et les contrats civils
- Contrats internes et les contrats internationaux
- Contrats individuels et les contrats collectifs
- Contrats administratifs et contrats de droit privé

A- Les contrats commerciaux et les contrats civils :

Le contrat est commercial lorsqu'il est conclu par des commerçants pour les besoins de leur commerce. Il est civil s'il est passé entre des non commerçants ou entre des commerçants mais pour leurs besoins non professionnels.

B- Les contrats internes et contrats internationaux :

Un contrat interne est un contrat dont tous les éléments (lieu de conclusion, lieu d'exécution, objet, nationalité et résidence des parties) sont localisés à l'intérieur des frontières du Maroc.

Un contrat international est un contrat qui présente un élément extranéité, c'est-à-dire qu'il a des liens avec au moins deux ordres juridiques.

⁹¹ Annette Rebord, l'essentiel du droit des obligations Fiches de cours et cas pratiques corrigés 2e édition ellipses, année 2009, p.13

⁹² Saad Moumi, droit civil droit des obligations en droit comparé français et marocain, éditions el badia, année 2000, p.37

C- Les contrats individuels et les contrats collectifs :

C'est l'effet relatif du contrat exprimé à l'**article 228** du DOC⁹³.

Le contrat individuel est le contrat conclu entre deux ou plusieurs personnes et dont les effets ne concernent que ces personnes. Il est collectif lorsqu'il engage un groupe de personnes plus large que les cocontractants⁹⁴.

Il peut arriver qu'un contrat lie des personnes qui n'y ont pas consenti. **C'est le cas des contrats collectifs**. La convention collective conclue entre les syndicats de travailleurs et employeurs lie ainsi tous les membres de la profession, même ceux engagés postérieurement à sa conclusion.

D- Les contrats administratifs et les contrats de droit privé

En principe, les contrats administratifs sont ceux dans lesquels l'une des parties contractantes est l'Etat ou une personne morale publique et les contrats de droit privé sont ceux conclus entre personnes privées. Toutefois, l'administration peut passer des contrats de droit privé régis par le DOC.

En dépit de leur extrême variété, les contrats s'inspirent et trouvent l'explication de leurs règles essentielles dans un même principe : **l'autonomie de la volonté**. سلطان الإرادة

CHAPITRE III : L'ÉVOLUTION DU CONTRAT : DE L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ AU DIRIGISME CONTRACTUEL

La théorie de l'autonomie de la volonté considère que les actes juridiques dépendent essentiellement de la volonté.

« L'acte juridique » est une manifestation de volonté de personnes qui se lient par ce qu'elles l'ont voulu indépendamment sous le principe de l'autonomie de la volonté => que signifie donc ce principe ?

Ce principe signifie que la volonté individuelle est souveraine pour fixer les termes d'une convention chacun est donc réputé habile à s'engager par contrat selon sa volonté d'après (ses vœux, sa vision des choses, ses propres intérêts).

Si la théorie de l'autonomie de la volonté a connu un succès sans précédent en droit traditionnel par les économistes et les philosophes car elle présentait un grand intérêt en permettant la protection de la liberté du contractant en particulier et de l'individu en général, elle n'a pas tardé à être remise en question et a connu son déclin dans le droit moderne mais cela n'empêche pas que cette théorie a occupé une place très importante dans [les règles et les codes internationaux] depuis le droit romain, canonique et droit musulman jusqu'aux nouveaux codes civils .

⁹³ Article 228 : Les obligations n'engagent que ceux qui ont été parties à l'acte : elles ne nuisent point aux tiers et elles ne leur profitent que dans les cas exprimés par la loi.

⁹⁴ Annette Rebord, l'essentiel du droit des obligations Fiches de cours et cas pratiques corrigés 2eme édition ellipses, année 2009, p.15

Alors dans quelle mesure peut-on considérer l'autonomie de la volonté comme un principe fondamental dans la conclusion d'un contrat ? Dans quels cas elle peut perdre son efficacité ? Et est qu'on peut parler actuellement d'un renouveau de l'autonomie de la volonté ?

Afin de répondre à ces questions on traitera dans une première section la souveraineté de la volonté pour marquer dans la seconde les limites de l'autonomie de la volonté.

SECTION 1 : LA SOUVERAINETÉ DE LA VOLONTÉ

Le principe de l'autonomie de la volonté exprime une doctrine de philosophie juridique qui part de l'idée que la volonté est la source et la mesure des droits et des obligations. Toute obligation doit être fondée sur la volonté. Il n'y a d'obligation que volontaire. Ce principe repose sur la croyance en la liberté et l'égalité naturelles de l'homme. Les hommes naissent libres et égaux⁹⁵. L'Etat doit respecter cette égalité et cette liberté naturelles. Le principe est également commandé par la doctrine du libéralisme économique affirmée au 18^{ème} siècle. L'Etat doit laisser contracter, il doit également « laisser faire laisser aller »

L'influence du christianisme a sans doute été déterminante, mais c'est chez Grotius (1583-1645) et ses successeurs qu'il faut trouver l'origine directe du principe de l'autonomie de la volonté, dans cette conception, l'homme est conçu comme un être entièrement autonome, aucune volonté autre que la sienne ne peut commander. Ainsi, la volonté individuelle est la seule source de toute obligation juridique et de justice, c'est ce que les philosophes du XVIII^{ème} siècle affirmaient, d'après eux les droits des individus doivent être sauvegardés, non seulement contre l'Etat mais aussi contre tout groupement susceptible de réduire la liberté individuelle. La société ne doit plus être constituée que d'individus entre lesquels les relations sociales peuvent être organisées sur un fondement volontaire, c'est-à-dire contractuel. C'est à la même inspiration que se rattache, sur le plan des institutions politiques, la fameuse théorie du contrat social de Hobbes (1588-1679) et Rousseau (1712-1778). Certes, après ce dernier, Kant soutient que la volonté individuelle est la source unique de toute obligation juridique. Il déclare en même temps qu'elle est seule source de justice. C'est l'origine de la célèbre formule de Fouillé (1838-1912) « **Qui dit contractuel dit juste** »

En droit musulman on trouve certaines idées qui reflètent l'importance accordée à la liberté contractuelle et à l'autonomie de la volonté déjà le Coran commence par inciter les croyants à respecter l'engagement concessionnel de façon impérative, dans le Hadith du Prophète Sidna Mohammed on retient la règle selon laquelle les croyants doivent respecter les engagements pris et doivent aussi respecter les conditions contractuelles sauf celles contraire à la chariâa

✓ "المؤمنون عند شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا"

Le droit canonique le droit religieux de l'église a donné aussi une place très importante à la volonté contractuelle qui oblige les parties en dehors de toute forme de pêché.

De nombreux textes du DOC sous entendent cette autonomie. Ledit principe de l'autonomie de la volonté représente le fondement de la force obligatoire du contrat dans la mesure où, à partir du moment

⁹⁵ J. Donat, Les lois civiles dans leur ordre naturel (1^{re} ed. 1689, réédité tout au long du XVIII^{ème} Siècle) et R.J Pothier, traité des obligations, 1761. Ad ; J-L Gazzaniga « Domat et Pothier, le contrat à la fin de l'ancien régime », Droits, n°12, p.37s.

où l'on considère que l'homme est libre, l'obligation qu'il assume à la suite d'un contrat ne peut venir que de lui-même.

La loi ne fait donc que garantir l'exécution de l'obligation contractuelle et en assure la sanction. Quand on dit que la volonté est autonome, cela signifie que l'on considère que la volonté humaine tire d'elle-même toute sa force créatrice d'obligations. Plusieurs corollaires juridiques découlent de la théorie de l'autonomie de la volonté :

- **Le principe de la liberté contractuelle** : les relations contractuelles entre individus doivent être abandonnées à leur libre volonté et le législateur ne doit intervenir que le moins possible. Une personne ne pourra être contrainte de s'engager si elle ne le souhaite pas ; une personne ne pourra se voir imposer un cocontractant ou une clause qu'elle ne souhaite pas ;
- **Le principe du consensualisme** : la volonté d'une personne suffit à l'engager. Le contrat est valable du seul échange des consentements sans qu'aucune condition de forme ne soit exigée ;
- **Le principe de force obligatoire du contrat** : un individu qui s'est librement engagé ne peut se délier de cet engagement.
- **Le principe d'effet relatif du contrat** : seul celui qui a manifesté sa volonté de s'engager dans un contrat est lié par ce contrat⁹⁶. Un contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties⁹⁷.

SECTION 2 : DÉCLIN DU PRINCIPE DE L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ DANS LES NOUVELLES RELATIONS CONTRACTUELLES

Les obligations contractuelles reposent essentiellement sur la volonté ; les parties se lient par le contrat et par la même occasion acceptent d'exécuter un engagement librement contracté.

Cette règle est rappelée par les dispositions de l'article 230 du DOC : « Les obligations contractuelles valablement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites, et ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel ou dans les cas prévus par la loi ».

La loi intervient déjà pour corroborer les termes de cet article du DOC quand elle prévoit des situations dans lesquelles il est mis fin au contrat en dehors de la volonté commune des parties. Certains contrats sont interdits par la loi même en la présence d'un consentement mutuel des parties cocontractantes, ainsi le contrat de mère porteuse est déclaré nul étant contraire à l'ordre public ; de même, la clause de célibat dans un contrat de bail ou dans un contrat de travail est considérée par la loi comme étant nulle et non avenue.

⁹⁶ Rémy Cabrillac, droit des obligations, cours Dalloz, 12ème édition, année 2016, p.22.

⁹⁷ L'article 228 du DOC dispose à cet égard que : Les obligations n'engagent que ceux qui ont été parties à l'acte : elles ne nuisent point aux tiers et elles ne leur profitent que dans les cas exprimés par la loi.

L'évolution du contrat s'est faite dans le sens du rétrécissement du champ du principe de l'autonomie de la volonté vers un droit contractuel contrôlé. Les lois protégeant le consommateur en sont une manifestation claire de l'interventionnisme de la loi ou du juge dans les relations contractuelles en principe gouverné par la volonté des parties ; en effet, le tribunal peut limiter ou même supprimer des clauses abusives insérées dans le contrat ; de même, le droit de la consommation établit des délais de réflexion, des obligations d'information...etc. Certains contrats de droit privé sont tout simplement réglementés par la loi ex : le contrat de travail ou le contrat d'assurance.

Des auteurs contestent depuis le début du XXe siècle cette doctrine qualifiée même de « mythe ». De fait elle connaît de nombreuses atteintes qui se manifestent à travers les éléments suivants :

- Existence de contrats imposés (assurances obligatoires)
- La standardisation du contrat se traduit de plus en plus par l'utilisation des contrats types⁹⁸ qui constituent souvent le contenu de contrats d'adhésion.
- Restriction de la liberté des contractants édictée par des lois impératives souvent assorties de sanctions pénales, soit dans le but de réguler l'économie, soit dans le but de protéger les plus faibles (locataires, emprunteurs, salariés, consommateurs ...)
- Evolution de la notion d'ordre public
- Le développement du formalisme même si le consensualisme demeure le principe
- L'émergence du droit de la consommation qui impose aux professionnels des obligations nouvelles (obligation d'information et de conseil, obligation de garantie et de sécurité), et qui protège les consommateurs contre les clauses abusives

Le droit moderne des contrats tente de ménager deux préoccupations majeures : la préservation du principe de l'autonomie de la volonté et la protection des intérêts de la partie la plus faible dans une relation contractuelle.

TITRE II

LA FORMATION DU CONTRAT

Pour qu'un contrat puisse produire valablement ses effets juridiques, des conditions de forme et de fond sont exigées sous peine, parfois, de sanctions très spécifiques.

CHAPITRE I : CONDITIONS DE VALIDITE DU CONTRAT

L'article 2 du DOC retient quatre conditions pour la validité d'un contrat :

- 1° La capacité de s'obliger ;
- 2° Une déclaration valable de volonté portant sur les éléments essentiels de l'obligation ;
- 3° Un objet certain pouvant former objet d'obligation ;
- 4° Une cause licite de s'obliger.

⁹⁸Le contrat type peut être défini comme un modèle de contrat faisant autorité. C'est un contrat sous forme d'un imprimé dont les parties ne font que remplir les blancs destinés à individualiser la convention.

SECTION 1 : LA CAPACITE

Les règles de la capacité en droit civil sont partagées entre le D.O.C et le code de la famille ; ce dernier reste largement la grande source en matière de capacité dans la mesure où c'est un droit imprégné par le droit musulman d'une part et d'autre part, c'est un code très récent donnant beaucoup de réponses aux questions posées à propos des personnes protégées en droit des contrats.

Certaines règles du DOC conservent toutefois leur importance quand il s'agit de la prééminence de ses règles sur la loi étrangère.

L'article 3 du DOC prévoit que la capacité civile de l'individu est régie par la loi qui régit son statut personnel. Cette règle reprenant largement la théorie dite de l'intérêt local⁹⁹ inspirée par les attendus de l'arrêt Lizardi rendu par la chambre des requêtes de la Cour de cassation française le 16 janvier 1861, vise la sécurité des transactions et la protection du cocontractant de bonne foi contre la fraude à la loi et spécialement celle régissant la capacité de l'étranger¹⁰⁰.

En vertu du DOC, toute personne est capable d'obliger et de s'obliger, si elle n'en est déclarée incapable par la loi¹⁰¹. Il convient de distinguer la capacité d'exercice de la capacité de jouissance.

A- La capacité d'exercice

Le code de la famille définit la capacité d'exercice comme étant la faculté qu'a une personne d'exercer ses droits personnels et patrimoniaux et qui rend ses actes valides. Le même code détermine les conditions d'acquisition ainsi que les motifs précisant la limitation de cette capacité ou sa perte¹⁰².

⁹⁹ Voir P. Decroux, *De l'application des lois nationales au Maroc*, L.G.D.J., 1955, not., p. 105. J. Deprez, *Jurisclasseur de droit compare - Maroc*, - Fasc. n° 1, p. 15, n°49. Pour des applications Jurisprudentielles de la théorie de l'intérêt local, voir C.A.R. 14 mai 1929, RACAR 1929, p.222 ; CAR, 7 décembre 1940. GTM 19 avril 1941.

¹⁰⁰ En raison de l'importance capital de l'arrêt Lizardi, il convient d'en rappeler les principaux attendus :

« 1. Attendu que si le statut personnel dont la loi civile française assure les effets aux Français résidant en pays étranger, peut, par réciprocité, être invoqué par les étrangers résidant en France, il convient d'apporter à l'application du statut étranger des restrictions et des tempéraments sans lesquels il y aurait danger incessant d'erreur ou de surprise au préjudice des Français ;
2. Que si, en principe, on doit connaître la capacité de celui avec qui l'on contracte, cette règle ne peut être aussi strictement et aussi rigoureusement appliquée à l'égard des étrangers contractants en France ;
3. Qu'en effet, la capacité civile peut être facilement vérifiée quand il s'agit de transactions entre Français, mais qu'il en est autrement quand elles ont lieu en France entre Français et étrangers ;
4. Que, dans ce cas, le Français ne peut être tenu de connaître les lois des diverses nations de leurs dispositions concernant notamment la minorité, la majorité et l'étendue des engagements qui peuvent être pris par les étrangers dans la mesure de leur capacité civile ; qu'il suffit alors, pour la validité du contrat, que le Français ait traité sans légèreté, sans imprudence et avec bonne foi ;
5. Attendu, en fait, qu'il n'est pas établi que les défenseurs éventuels aient connu la qualité d'étranger du demandeur quand ils ont traité avec lui ; qu'il résulte des déclarations de l'arrêt attaqué qu'en lui faisant diverses ventes d'objets mobiliers de leur commerce, ils ont agi avec une entière bonne foi ; que le prix de ces ventes, quoique assez élevé, n'était pourtant point hors de proportion avec la fortune de Lizardi ; que ces fournitures lui ont été faites en présence de sa famille et sans aucune opposition de la part de celle-ci ; que les objets vendus ont même profité en partie au demandeur, et que rien n'a pu faire pressentir aux défenseurs éventuels que Lizardi, quoique âgé alors de plus de 22 ans, était cependant encore mineur d'après les lois de son pays ;
6. Que ces faits constatés par l'arrêt expliquent suffisamment le maintien des engagements pris par Lizardi vis-à-vis des défenseurs éventuels, et qu'aucune loi n'a été violée ».

¹⁰¹ Alinéa 2 de l'article 3 du DOC.

¹⁰² Article 208 du code de la famille du 3 février 2004.

La personne qui fait l'objet d'une incapacité d'exercice est titulaire du droit mais ne peut l'exercer en raison d'un empêchement prévu par la loi. Elle doit être assistée ou représentée par une autre personne. Les incapacités d'exercice sont des mesures de protection édictées en faveur de la personne protégée.

La capacité d'exercice est limitée dans les cas suivants :

- 1- l'enfant qui, ayant atteint l'âge de discernement, n'a pas atteint celui de la majorité,
- 2- le prodigue,
- 3- le faible d'esprit¹⁰³.

- L'enfant mineur

L'âge de la majorité légale est fixé à **dix-huit années grégoriennes révolues**¹⁰⁴ ; avant cet âge, l'enfant est considéré comme étant un mineur et par conséquent ne peut accomplir des actes juridiques par lui-même. Tout acte qu'il entreprend est considéré comme nul et ne produit aucun effet juridique¹⁰⁵.

Le mineur qui n'a pas encore atteint l'âge de douze années grégoriennes révolues ne jouit pas de la capacité d'exercice¹⁰⁶.

Les actes juridiques accomplis par le mineur doué de discernement (mineur ayant atteint l'âge de 12 années grégoriennes révolues) sont soumis aux règles suivantes :

1. Ils sont valables, s'ils lui sont pleinement profitables,
2. Ils sont nuls, s'ils lui sont préjudiciables,
3. S'ils ne revêtent pas un caractère profitable ou préjudiciable évident, leur validité est subordonnée à l'approbation de son représentant légal, accordée compte tenu de l'intérêt prépondérant de l'interdit et dans les limites des compétences conférées à chaque représentant légal¹⁰⁷.

L'article 226 du code de la famille prévoit d'autres règles qui concernent le mineur ayant atteint de **douze années grégoriennes révolues** ; ainsi selon le même texte, « il peut prendre possession d'une partie de ses biens pour en assurer la gestion, à titre d'essai. Selon les dispositions du même article » l'autorisation, à cet effet, est accordée par le tuteur légal ou par décision du juge des tutelles, sur demande du tuteur testamentaire ou datif ou du mineur intéressé.

Le juge des tutelles peut annuler l'autorisation de remise des biens sur demande du tuteur testamentaire ou datif, du ministère public ou d'office, s'il est établi que la gestion des biens autorisés est mal exercée ».

Lorsque le mineur atteint l'âge de **seize ans**, les dispositions de l'article 218 du code de la famille sont applicables, ainsi, « il peut demander au tribunal de lui accorder l'émancipation. Le représentant légal

¹⁰³ Article 213 du code de la famille.

¹⁰⁴ Article 209 du code de la famille.

¹⁰⁵ Article 224 du code de la famille : « Les actes passés par l'incapable sont nuls et de nul effet ».

¹⁰⁶ Article 217 du code de la famille.

¹⁰⁷ Article 225 du code de la famille.

peut demander au tribunal d'émanciper le mineur qui a atteint l'âge susmentionné, lorsqu'il constate qu'il est doué de bon sens.

La personne émancipée entre en possession de ses biens et acquiert sa pleine capacité concernant la gestion et la disposition de ses biens. L'exercice des droits, autres que patrimoniaux, demeure soumis aux textes les régissant.

Dans tous les cas les personnes susmentionnées ne peuvent être émancipées que lorsqu'il est établi devant le tribunal, à l'issue des démarches légales nécessaires, qu'elles sont douées de bon sens ».

- **Le dément (فقد العقل)**

Le dément est celui qui a perdu la raison et par conséquent la faculté totale de mesurer les actes qu'il accomplit.

La personne qui perd la raison de manière discontinue a pleine capacité durant ses moments de lucidité précise l'article 217 du code de la famille. Ce texte ajoute que la perte volontaire de la raison ne dégage pas de la responsabilité.

- **Le prodigue (السفيه)**

Le code de la famille définit le prodigue comme étant « celui qui dilapide ses biens par des dépenses sans utilité ou considérées comme futiles par les personnes raisonnables, d'une manière qui porte préjudice à lui-même ou à sa famille »¹⁰⁸. Le juge peut prononcer l'état de prodigalité et interdire la personne concernée d'exercer ses droits liés à l'accomplissement des actes juridiques. Cette action est diligentée par les personnes ayant la qualité et l'intérêt pour le faire.

L'interdit pour prodigalité a le droit de demander au tribunal la levée de l'interdiction, lorsqu'il s'estime être doué de bon sens. Ce droit est également ouvert à son représentant légal¹⁰⁹.

- **Le faible d'esprit (المعتوه)**

Le faible d'esprit est la personne atteinte d'un handicap mental l'empêchant de maîtriser sa pensée et ses actes¹¹⁰. Il est interdit d'exercer pleinement ses droits par le juge, mais, comme pour le prodigue, cette interdiction peut être levée à sa demande ou à la demande de son représentant légal.

B- La capacité de jouissance

La capacité de jouissance est définie par la loi comme étant la faculté qu'a la personne d'acquérir des droits et d'assumer des devoirs tels que fixés par la loi. Cette capacité est attachée à la personne durant toute sa vie et ne peut lui être enlevée¹¹¹.

¹⁰⁸ Article 215 du code de la famille.

¹⁰⁹ Alinéa 2 de l'article 218 du code de la famille.

¹¹⁰ Article 216 du code de la famille.

¹¹¹ Article 207 du code de la famille.

Il y a incapacité de jouissance lorsque la personne est privée du droit d'accomplir tel ou tel acte juridique ; cela reviendrait à la priver de la personnalité elle même¹¹².

C- Nullité pour cause d'incapacité

Les actes accomplis par l'incapable sont nuls et de nul effet¹¹³. La nullité prononcée est une nullité relative dans la mesure où seul l'incapable ou son représentant légal est habilité à l'invoquer.

Le code de la famille prévoit un régime juridique spécial pour les actes accomplis par le mineur doué de discernement :

- 1- Ils sont valables, s'ils lui sont pleinement profitables,
- 2- Ils sont nuls, s'ils lui sont préjudiciables,
- 3- S'ils ne revêtent pas un caractère profitable ou préjudiciable évident, leur validité est subordonnée à l'approbation de son représentant légal, accordée compte tenu de l'intérêt prépondérant de l'interdit et dans les limites des compétences conférées à chaque représentant légal.

En vertu de l'article 226 du code de la famille, le mineur doué de discernement peut prendre possession d'une partie de ses biens pour en assurer la gestion à titre d'essai.

L'interdit autorisé à gérer une partie de ses biens, dans les conditions et procédures établies par la loi, est considéré comme ayant pleine capacité pour agir dans la limite de l'autorisation qu'il a reçue et pour ester en justice à ce titre. Les actes juridiques qu'il accomplit dans ces conditions sont parfaitement valables et produisent régulièrement les effets juridiques qui s'imposent.

Les règles établies par l'article 225 du code de la famille s'appliquent également aux prodigues et aux personnes faibles d'esprit.

D- La représentation légale

La représentation légale de l'incapable est assurée par des règles contenues dans le code de la famille qui détermine d'une part les compétences et responsabilités du représentant légal et qui d'autre part, organise la surveillance générale dans le but d'assurer la protection des intérêts des incapables et des personnes non pleinement capables.

- Les règles générales gouvernant la représentation légale

La représentation légale (النيابة الشرعية) est exercée au titre de trois voies :

- **la tutelle légale ; (ولاية)**
- **la tutelle testamentaire ; (وصاية)**
- **la tutelle dative.¹¹⁴ (تقديم)**

¹¹² Jacques Flour, Jean Luc Aubert et Eric Savaux, Droit civil, les obligations, 1. L'acte juridique, Ed. Sirey, 15^{ème} édition, n° 226, p.218.

¹¹³ Article 224 du code de la famille.

¹¹⁴ Article 229 du code de la famille.

Le code de la famille détermine le représentant légal comme étant :

- **le tuteur légal (الولي) : le père, la mère ou le juge,**
- **le tuteur testamentaire (الوصي) désigné par le père ou par la mère,**
- **le tuteur datif (المقدم) , désigné par la justice¹¹⁵.**

Les personnes habilitées à exercer la représentation légale sont les suivantes :

- le père majeur ;
- la mère majeure à défaut du père ou par suite de la perte de la capacité de ce dernier ;
- le tuteur testamentaire désigné par le père ;
- le tuteur testamentaire désigné par la mère ;
- le juge ;
- le tuteur datif désigné par le juge¹¹⁶.

Le représentant légal exerce sa tutelle non seulement sur les biens du mineur ou du dément mais également sur leur personne, mais pour celui qui a perdu la raison, cette tutelle sur la personne et sur les biens continue jusqu'à la levée de cette interdiction par le juge. Pour le prodigue et le faible d'esprit, la tutelle s'exerce uniquement sur les biens jusqu'à sa levée par le tribunal.

Celui-ci, même en l'existence d'un tuteur testamentaire, peut désigner un tuteur datif chargé de l'assister ou en vue d'assurer une gestion autonome de certains intérêts financiers du mineur¹¹⁷.

- Détermination de la compétence et de la responsabilité du représentant légal

Le rôle du représentant légal n'est pas seulement de protéger les biens de l'interdit, mais de le préparer à la vie en l'éduquant conformément aux principes religieux, en le formant et en se chargeant de la gestion courante de ses biens.

Tout bien ayant une valeur pécuniaire appartenant au mineur doit être déclaré au juge qui prend les dispositions nécessaires pour qu'il soit sauvegardé et préservé. Le représentant légal, dans l'exercice de sa mission, reste soumis à la surveillance judiciaire.

➤ Le père en tant que tuteur légal

Le code de la famille considère le père comme étant un tuteur légal de ses enfants tant qu'il n'est pas déchu de ce droit par une décision judiciaire. La mère exerce ce droit si le père est empêché, mais elle n'a le droit d'intervenir que pour préserver les intérêts urgents des enfants mineurs¹¹⁸.

Le père a le droit de désigner un tuteur testamentaire à son enfant interdit ou à naître ; il a aussi le droit de le révoquer à tout moment. Au décès du père, le tuteur testamentaire doit être confirmé dans sa mission par le juge des tutelles ; ce dernier s'il estime que le tuteur testamentaire n'est pas en mesure de

¹¹⁵ Article 230 du code de la famille.

¹¹⁶ Article 231 du code de la famille.

¹¹⁷ Article 234 du code de la famille.

¹¹⁸ Article 236 du code de la famille.

gérer le patrimoine de l'enfant mineur, a parfaitement le droit de le révoquer et de prendre les mesures adéquates pour préserver les intérêts de cet enfant.

➤ La mère en tant que tutrice légale

La mère exerce sa mission en sa qualité de tutrice légale si deux conditions sont réunies :

- Si elle est majeure ;
- Si le père, par suite de décès, d'absence, de perte de capacité, ou pour tout autre motif ne peut assumer la tutelle.

La mère dispose des mêmes droits que le père dans la désignation ou la révocation d'un tuteur testamentaire ; ce dernier est soumis aux mêmes règles vis-à-vis du juge si la mère vient à décéder.

Le dernier alinéa de l'article 239 du code de la famille traite de la situation dans laquelle le père de son vivant désigne un tuteur testamentaire ; cette disposition légale limite le pouvoir de ce dernier à suivre la gestion par la mère des affaires du mineur soumis à la tutelle et à saisir la justice, le cas échéant.

Le père ou la mère en tant que tuteurs légaux, doivent procéder à l'ouverture d'un dossier de tutelle légale (ملف النيابة الشرعية) si la valeur des biens de l'interdit dépasse deux cent mille dirhams (200.000dh)¹¹⁹.

Le tuteur légal, en fin de mission comme en cas de gestion courante et si un dossier de tutelle est ouvert, est tenu de dresser un rapport détaillé de la gestion des biens de l'interdit pour qu'il soit soumis au juge pour homologation. Ce dernier a le pouvoir de contrôler cette gestion et de prendre les mesures adéquates qui s'imposent.

➤ Le tuteur testamentaire et le tuteur datif

Le tribunal procède à la désignation d'un tuteur datif (المقدم) parmi les plus proches ou à défaut parmi les autres proches sinon parmi les tiers et ce en l'absence de la mère ou du tuteur testamentaire suivant la procédure indiquée dans l'article 245 du code de la famille¹²⁰.

Le tuteur testamentaire ou datif doivent jouir de la pleine capacité, être diligents, résolus et honnêtes. Cette tutelle ne doit pas être confiée aux personnes suivantes :

1. à la personne condamnée pour vol, abus de confiance, faux ou toute infraction portant atteinte à la moralité ;
2. au failli et au condamné à une liquidation judiciaire ;
3. à la personne qui a avec l'interdit un litige soumis à la justice ou un différend familial susceptible de porter atteinte aux intérêts de l'interdit¹²¹.

¹¹⁹ Article 240 du code de la famille.

¹²⁰ Article 245 du code de la famille : « Le tribunal transmet immédiatement le dossier au ministère public, pour avis, dans un délai n'excédant pas quinze jours. Le tribunal statue sur l'affaire dans un délai maximum quinze jours à compter de la date de réception de l'avis du ministère public ».

¹²¹ Article 247 du code de la famille.

Conformément aux dispositions de l'article 258 du code de la famille, la mission du tuteur testamentaire ou datif prend fin dans les cas suivants :

1. le décès de l'interdit, le décès ou l'absence du tuteur testamentaire ou datif ;
2. lorsque l'interdit a atteint la majorité, sauf s'il est maintenu sous interdiction, par décision judiciaire, pour d'autres motifs ;
3. l'achèvement de la mission pour laquelle le tuteur testamentaire ou datif a été désigné, ou l'expiration de la durée qui lui a été fixée ;
4. l'acceptation de l'excuse invoquée par le tuteur testamentaire ou datif qui se décharge de sa mission ;
5. la perte de sa capacité légale ou s'il est démis ou révoqué.

Le tuteur testamentaire ou datif est responsable des manquements à leur mission de représentation ; ainsi, ils assument toute responsabilité des dommages causés par tout retard injustifié dans la présentation des comptes ou la remise des biens¹²². La loi aggrave la responsabilité du tuteur testamentaire même s'il exerce sa mission à titre gratuit.

L'interdit conserve tous les recours possibles pour exercer toutes actions contre le tuteur testamentaire ou datif ou contre toute personne ayant été chargée à cet effet ; « lesdites actions se prescrivent par deux ans après que l'interdit ait atteint sa majorité ou après la levée de l'interdiction, sauf en cas de faux, dol ou recel de documents auquel cas lesdites actions se prescrivent par une année après qu'il en ait eu connaissance »¹²³.

- La surveillance judiciaire

La protection des biens et intérêts des personnes incapables et des personnes non pleinement capables moyennant des mesures ordonnées par le tribunal qui peut recourir à toutes les procédures possibles pour préserver les droits des personnes protégées ; ainsi, il peut même ordonner une saisie conservatoire sur les biens du tuteur ou les mettre sous séquestre ou lui imposer une astreinte ; de même, les actes suivants sont soumis à l'autorisation préalable du juge des tutelles :

1. « vendre un bien immeuble ou meuble de l'interdit dont la valeur excède dix mille dirhams (10.000 DH) ou créer un droit réel sur ce bien ;
2. apporter en participation une partie des biens de l'interdit à une société civile ou commerciale ou l'investir dans le commerce ou la spéculation ;
3. se désister d'un droit ou d'une action, ou transiger ou accepter l'arbitrage à leur sujet ;
4. conclure des contrats de bail dont l'effet peut s'étendre au-delà de la fin de l'interdiction ;
5. accepter ou refuser les libéralités grevées de droits ou de conditions ;
6. payer des créances qui n'ont pas fait l'objet d'un jugement exécutoire ;
7. prélever sur les biens de l'interdit, la pension alimentaire due par celui-ci aux personnes à sa charge, à moins que cette pension ne soit ordonnée par jugement exécutoire¹²⁴.

La loi n'exige pas l'autorisation du juge des tutelles lorsque la vente du bien meuble de l'interdit excède cinq mille dirhams (5000 dh) s'ils sont susceptibles de détérioration. Cette autorisation n'est pas

¹²² Article 260 du code de la famille.

¹²³ Alinéa 2 de l'article 263 du code de la famille.

¹²⁴ Article 271 du code de la famille.

non plus exigée si la vente porte sur biens immeubles ou meubles, dont la valeur n'excède pas cinq mille Dirhams (5.000 DH) à condition que cette vente ne constitue pas un moyen de se soustraire à la surveillance judiciaire. Si la vente est décidée, elle doit se faire conformément aux règles établies par le code de procédure civile.

Le juge des tutelles contrôle aussi les projets de partage d'un bien dont l'interdit est copropriétaire ; il, s'assure, moyennant une expertise, que ce projet ne porte aucun préjudice aux intérêts de l'interdit¹²⁵.

E- La capacité en droit marocain hébraïque

Pour les questions de capacité des juifs marocains, il y a lieu de faire référence au droit marocain hébraïque. C'est la règle qui est prévue par l'article 2 du code de la famille.

Le contentieux de la capacité des juifs marocains est soumis aux chambres hébraïques installées au niveau du tribunal de première instance de Casablanca. Les jugements doivent être rendus en langue arabe par des magistrats rabbins ayant la qualité de juges et qui appliquent les règles du droit hébraïque issu de la loi juive qu'est le Talmud et le code Karo¹²⁶.

F- Extension des règles de capacité contenues dans le code de la famille à d'autres catégories de personnes

L'article 2 du code de la famille étend les règles de capacité aux personnes suivantes :

- A tous les marocains, même ceux portant une autre nationalité ;
- Aux réfugiés, y compris les apatrides conformément à la convention de Genève du 28 juillet 1951 relative à la situation des réfugiés ;
- A toute relation entre deux personnes lorsque l'une des deux parties est marocaine ;
- A toute relation entre deux marocains lorsque l'un d'eux est musulman.

SECTION 2 : LE CONSENTEMENT

Le consentement est l'accord des parties contractantes sur tous les points du contrat. Il s'agit de la première condition de formation valable d'une obligation tel que le D.O.C en dispose dans l'art 19.

¹²⁵ Article 275 du code de la famille.

¹²⁶ Le Talmud (תלמוד *talmoud*, « étude ») est un texte fondamental du judaïsme rabbinique et de la Halakha (loi). Il est composé de la Mishna et de la Guemara.

La Mishna (en [hébreu](#) משנה, « répétition ») est un texte écrit sous forme de compilation des lois orales juives.

La Guemara (mot signifiant « achèvement ou perfection » en [hébreu](#)) est un commentaire de la Mishna.

La Halakha ([hébreu](#) : הלכה « Voie ») regroupe l'ensemble des règles juives composées de coutumes et traditions juives.

Ce texte regroupe les différentes règles juives issues de discussions rabbiniques et qui traitent des principales questions de la vie d'un juif à savoir le droit civil, le droit matrimonial, l'éthique, ... Il existe deux versions du Talmud, celui de Jérusalem et celui de Babylone.

Pour plus de précisions sur le droit hébraïque, voir l'ouvrage d'Abraham ZAGOURI, Précis de droit hébraïque, statut privé des israélites, 1969 ; Abraham ZAGOURI, de la tutelle, revue marocaine de Droit, 1961, n°1, p.3. ; Houcine Sefrioui, le statut personnel marocain israélite, 2000 ; André Chouraqui, la condition juridique de l'israélite marocain, préface de René Cassin, Presse du Livre français, Paris, 1950.

Art19 : La convention n'est parfaite que par l'accord des parties sur les éléments essentiels de l'obligation ainsi que sur toutes les autres clauses licites que les parties considèrent comme essentielles.

Le contrat est un accord de deux volontés (ou plusieurs). Le consentement matérialise cette volonté. «Contracter c'est d'abord vouloir ». Il n'y a pas de contrat sans volonté. Le consentement est à la base du contrat. On rappelle ici qu'en vertu du principe de la liberté contractuelle, chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant. Il s'agit là de l'une des applications directes du principe de l'autonomie de la volonté.

Ces applications connaissent aujourd'hui des dérogations et des atténuations car nombreuses sont les situations où une personne est tenue de contracter (assurance responsabilité pour les automobilistes). (obligation pour l'employeur de recruter des mutilés de guerre ou de travail, des salariés ayant la qualité de résistant ou d'ancien combattant, lorsque l'agent chargé de l'inspection du travail lui en fait la demande. (Article 509 du code du travail).

Le consentement est nécessaire. Il doit exister. Il convient alors de préciser le schéma de l'accord des volontés, de la formation du contrat. Mais ce n'est pas suffisant, il faut encore que le consentement présente certaines qualités.

Dans les contrats de «tous les jours», la réalisation de l'accord des volontés soulève rarement des difficultés parce qu'il s'agit le plus souvent de contrats instantanés qui se forment entre personnes présentes. Mais dans des contrats plus importants, la réalisation de l'accord peut soulever de nombreux problèmes du fait de l'étalement de la période de formation du contrat. L'accord est alors précédé d'une phase préalable. De durée variable, faite de négociations. De pourparlers d'accords de principe de promesses de contrat qui précèdent : le contrat définitif. De même lorsque le Contrat, est conclu par correspondance, la distance qui sépare les partenaires et les délais d'acheminement du courrier posent la question de la détermination du lieu et du moment de la réalisation de l'accord et donc de la conclusion du contrat.

S'ajoutent dans cette perspective en plus de l'hypothèse du contrat par correspondance ou du contrat entre absents, le contrat d'adhésion¹²⁷ ainsi que le contrat électronique¹²⁸.

A. L'ÉCHANGE DES CONSENTEMENTS

L'accord des volontés se décompose en deux éléments l'offre et l'acceptation Une partie prend l'initiative du contrat, elle exprime sa volonté de contracter par une déclaration en ce sens. Cette déclaration c'est l'offre ou pollicitation. Le destinataire de l'offre va exprimer son accord, soit sur le champ, soit après une période de réflexion, par une déclaration en ce sens. Cette déclaration c'est l'acceptation.

Le consentement est la rencontre de deux composantes qui sont l'offre et l'acceptation.

1. L'offre (ou pollicitation)

L'offre, encore appelée pollicitation, est une proposition ferme de conclure un contrat déterminé à

¹²⁷ Lorsque la formation du contrat n'est pas précédée d'une libre discussion et met en présence des parties d'inégale force économique et sociale

¹²⁸ Lorsque la rencontre des volontés se réalise par voie électronique.

des conditions déterminées.¹²⁹

a/ Notion, délimitation

Dans une première approximation, on peut définir l'offre comme l'acte unilatéral par lequel une personne fait connaître à autrui son intention de contracter. Le D.O.C traite des questions relatives à l'offre et à l'acceptation à l'art23 et S.

Il y'a lieu de rappeler l'existence de différentes propositions possibles, opérer des distinctions en fonction de leur degré de précision s'impose. On distinguera ci-après l'invitation à entrer en pourparlers, l'offre avec réserves de l'offre simple.

1- Invitation à entrer en pourparlers

Il s'agit d'une proposition qui correspond à un stade exploratoire où la perspective d'un contrat reste relativement lointaine voire incertaine. L'auteur de l'invitation n'entend pas prendre un quelconque engagement mais cherche à susciter des réactions, et à prospecter le terrain ; à s'informer sur l'état du marché pour se décider ultérieurement, en connaissance de cause. Il s'agit ; donc d'une volonté d'entrer en relation en vue d'un contrat qui se réalisera ou ne se réalisera pas certaines « petites annonces » sont de simples invitations à entrer en pourparlers Exemple : « *particulier vend a particulier un appartement de 220 m situé au quartier val d'Anfa, zone immeuble, prix et conditions à débattre* ». Cette proposition vague n'est pas de nature à lier son auteur. L'offre doit être précise et ferme.

L'offre, acceptée, est destinée normalement à donner naissance à un contrat et c'est pourquoi elle est doit être précise pour qu'une acceptation suffit à former le contrat. Ainsi et à propos de la vente, le DOC à l'article 488 précise que la vente est parfaite entre les parties, dès qu'il y a consentement des contractants, l'un pour vendre, l'autre pour acheter, et qu'ils sont d'accord sur la chose, sur le prix et sur les autres clauses du contrat....¹³⁰

De même, le louage de choses est parfait par le consentement des parties sur la chose, sur le prix et sur les autres clauses dont ils pourraient convenir dans le contrat.¹³¹

2/ L'offre assortie de réserves

Il arrive qu'une offre soit expressément assortie de réserves générales relatives des éléments essentiels du contrat. Exemples : l'auteur de l'offre se réserve la possibilité de renoncer à l'opération projetée en mentionnant qu'il s'agit d'une offre «sans engagement ou en précisant sur les documents adressés au destinataire que ceux-ci sont «sans valeur contractuelle». Ou encore l'auteur de l'offre se réserve la faculté de modifier sa proposition en précisant par exemple : que le prix est donné à titre provisoire ou simplement indicatif.

Dans ce cas, il est clair que l'auteur de l'offre n'entend nullement se lier et que son offre n'a pas de

¹²⁹ Annette Rebord, l'essentiel du droit des obligations, fiches de cours cas pratiques corrigés, année2009, p.19

¹³⁰ Article 488 édicte que : La vente est parfaite entre les parties dès qu'il y a consentement des contractants, l'un pour vendre, l'autre pour acheter, et qu'ils sont d'accord sur la chose, sur le prix et sur les autres clauses du contrat.

¹³¹ Article 628 du DOC

valeur juridique. Par contre, s'agissant de réserves précises qui n'affectent pas les éléments essentiels du contrat, celles-ci peuvent n'avoir aucun effet sur la valeur juridique de l'offre. Ainsi, si l'offrant indique que sa proposition se limite à une quantité déterminée de produits (volume des stocks) ou qu'elle ne joue que pour une période de temps déterminée (période des soldes), son offre sera pleinement efficace dans la limite des réserves exprimées.

3/ L'offre simple

C'est la proposition de conclure un contrat déterminé à des conditions elles mêmes déterminées. On parle alors d'offre simple ou d'offre tout court pour signifier qu'il s'agit de l'offre au sens technique. « Une proposition constitue une offre lorsqu'elle contient tous les Éléments qui peuvent permettre une acceptation pure et simple » il suffit alors d'un oui pour que le contrat soit conclu. L'offre peut être définie comme la proposition précise et ferme de contracter¹³².

Ainsi, l'offre de vente devra indiquer clairement la chose mise en vente et le prix ; l'offre d'un voyage organisé devra mentionner la durée, la période et la destination du voyage, les moyens de transport, les conditions d'hébergement et le prix... Le nombre des précisions à fournir pour que la proposition soit une offre au sens technique varie considérablement selon le contrat proposé¹³³.

b/ Les formes de l'offre

En général, l'offre est expresse, elle peut être faite à une personne présente ou absente. Elle peut être dans le premier cas verbale ou écrite, et dans le second cas être contenue dans toutes formes de correspondance. L'offre expresse n'est pas susceptible d'interprétation¹³⁴.

Cependant, l'offre peut être aussi tacite. Dans ce cas, l'offrant s'exprime par l'exposition du contenu et des conditions de l'offre (le commerçant qui expose les articles de son commerce).

On classe également dans le cadre de l'offre tacite celle résultant d'une attitude, tel est le cas du chauffeur de taxi en stationnement.

L'offre peut aussi être collective, faite au public (annonce dans un journal, vente aux enchères) : le premier venu pourra s'en saisir sauf si certaines conditions sont exigées.

L'offre peut être accompagnée ou non de réserves auquel cas elle est subordonnée à une acceptation qui tient compte de ces dites réserves.

c/ La valeur juridique de l'offre

L'offre a pour effet, si elle est acceptée, de déclencher la naissance du contrat, mais le problème réside dans le fait de savoir quelle est sa valeur une fois émise ?

¹³² J-L .Aubert, Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat, LGDJ, coll.Bibldr privé t109, 1970, préf. J.Flour.

¹³³ Omar Azziman, *Le contrat*. Volume i (droit civil, droit des obligations), le fennec, année 1996,p.96

¹³⁴ Christian Larroumet, les obligations Le contrat1ere partie conditions de formation, tome III economica delta, année 2007p .221

L'offre, une fois acceptée, parfait la formation du contrat. Mais Avant d'être acceptée, l'offre peut-elle être révoquée ? Le pollicitant est-il libre de révoquer son offre? C'est le problème de la valeur juridique de l'offre.

On peut penser que c'est l'accord des volontés et donc la rencontre de l'offre et de l'acceptation qui sont générateurs d'obligation Tant que l'offre n'a pas été acceptée, elle doit pouvoir être révoquée et n'aurait ainsi aucune valeur juridique.

Mais d'un autre côté, ôter toute valeur juridique à l'offre risque de perturber la sécurité des transactions. Celui qui a reçu une offre peut avoir engagé des frais, entamer des études de marché avant de répondre à l'offrant. Tenant compte de ces deux préoccupations, l'une théorique et l'autre pratique, le DOC établit la distinction suivante:

Ce problème est résolu par l'art 26 du DOC qui dispose que : La proposition est révocable, tant que le contrat n'est point parfait par l'acceptation ou le commencement d'exécution entrepris par l'autre partie.

Lorsque l'offrant décède ou tombe en incapacité, l'offre est révocable tant qu'elle n'a pas été acceptée par celui à qui elle a été destinée sauf si elle est accompagnée d'un délai, auquel cas elle ne peut être retirée avant l'expiration de celui-ci. Lorsque l'acceptant l'accepte en ignorant le décès ou l'incapacité de l'offrant, elle produit son entier effet.

Il faut également tenir compte des dispositions introduites par la **loi 53/05** du 30 novembre 2007 sur l'échange électronique de données juridiques qui a complété le DOC. L'article 65-4 précise ainsi «quiconque propose à titre professionnel par voie électronique la fourniture de biens, la prestation de service ou la cession de fonds de commerce ou l'un de leurs éléments reste engagé par son offre soit pendant la durée précisée dans la dite offre soit à défaut tant qu'elle est accessible par voie électronique de son fait ».

2. L'acceptation

a) Conformité de l'acceptation à l'offre

L'acceptation est l'agrément pur et simple de l'offre telle qu'elle est proposée. Il ne faut pas confondre acceptation et contre-offre ou contre-proposition.

Exemple : *Une personne se présente Comme intéressée suite à une annonce faite dans un journal mais pour un prix plus faible. Dans ce cas, l'acceptation n'est pas caractérisée. La personne fait à son tour une proposition de prix et donc une offre. C'est à l'autre d'accepter ou de refuser la contre-offre*¹³⁵.

L'acceptation est l'expression du destinataire de l'offre de conclure le contrat aux conditions prévues dans l'offre. Pour qu'il y ait acceptation, il faut donc qu'il y ait adéquation entre l'acceptation et l'offre qui a été faite, au moins quant aux éléments essentiels du contrat. Si le destinataire de l'offre exprime d'autres conditions, il n'y a pas acceptation mais offre nouvelle et le contrat n'est pas formé¹³⁶.

¹³⁵ Annette Rebord, l'essentiel du droit des obligations, fiches de cours cas pratiques corrigés, année2009, p20

¹³⁶ Rémy Cabrillac, Droit des obligations, cours Dalloz, 12eme édition, année 2016, p.58

b) Les formes de l'acceptation

L'acceptation doit être **expresse** car l'adage selon lequel QUI NE DIT MOT CONSENT¹³⁷ n'est pas applicable dans ce domaine. La règle vise à réagir contre des pratiques contractuelles agressives qui, du silence et de l'absence de volonté, veulent déduire ou provoquer des acceptations ou des abonnements forcés. Toutefois, l'acceptation peut résulter dans certains cas de **l'attitude** (le chauffeur de taxi qui, au lieu de répondre à l'offre du passager de l'emmener à une destination donnée, décide de prendre le chemin de celle-ci) ou bien (à la suite d'une offre d'un acheteur, le vendeur livre les marchandises) ou même du silence (c'est ainsi que l'art 25 considère que l'absence de réponse vaut consentement lorsque le contrat se rapporte à des relations d'affaires déjà entamées entre les parties).

Cela étant, il faut relever que le législateur n'exige aucune forme particulière, ni pour l'offre, ni pour l'acceptation, et que même lorsqu'elles sont écrites, l'acte qui les comporte peut avoir la forme d'un acte sous seing privé. C'est la consécration sur ce plan des règles du consensualisme

3. La rencontre des volontés dans les contrats par correspondance ou les contrats entre absents

Ce sont des contrats conclus entre deux ou plusieurs personnes ne se trouvant pas au même endroit.

a) Position du problème, enjeux

L'acceptation suffit-elle à former le contrat, ou faut-il que cette acceptation ait été portée à la connaissance de l'offrant ? C'est la délicate question des contrats entre absents : quand et où est formé un contrat lorsque l'acceptation résulte d'une lettre ? où est formé un contrat lorsque l'acceptation résulte d'un coup de téléphone ou d'un télex ?

L'enjeu du débat est loin d'être théorique : la détermination du lieu et de la date de formation du contrat présente de nombreux intérêts, dont on peut évoquer les principaux :

- La capacité des parties, le transfert de propriété et des risques pour les contrats translatifs de propriété, la loi applicable en cas de promulgation d'une loi nouvelle s'apprécie au moment de la formation du contrat. En outre, c'est jusqu'à ce moment que l'offrant peut en principe retirer son offre et l'acceptant son acceptation ;
- Le lieu de formation du contrat est un élément pouvant permettre de déterminer la loi applicable à un contrat international.

b) Théories proposées

Schématiquement, deux théories ont été proposées par la doctrine pour trancher la controverse.

Selon la première, le contrat est formé au moment et au lieu où intervient l'acceptation, cette théorie étant d'ailleurs susceptible de plusieurs variantes : le contrat peut être formé au moment et au lieu où naît la volonté d'accepter (théorie de la déclaration ; exemple : rédaction de la lettre d'acceptation) ou au moment et au lieu où se manifeste cette volonté (théorie de l'émission ; exemple : remise à la poste de cette lettre).

¹³⁷ Maxime latine du pape [Boniface VIII](#) (1235-1303) : [qui tacet consentire videtur](#) « qui se tait semble consentir »

On doit noter cependant que l'offrant est à ce stade dans l'ignorance de la réponse de son partenaire au contrat. On peut alors considérer que le contrat ne va naître que lorsque l'acceptation aura été reçue par l'offrant, C'est la solution consacrée par la théorie dite de la réception. En poussant le raisonnement à l'extrême, on peut dire que l'offrant ayant reçu l'acceptation ne l'a pas encore lu et donc se trouve toujours dans l'ignorance de la volonté de son partenaire au contrat.

Selon cette seconde théorie, le contrat se forme au moment et lieu où l'offrant connaît l'acceptation, théorie également susceptible de plusieurs variantes : le contrat peut être formé au moment et lieu où est reçue l'acceptation (théorie de la réception ; exemple la lettre d'acceptation est dans la boîte de l'offrant) ou au moment et lieu où l'offrant prend connaissance de l'acceptation (théorie de l'information ; exemple : il ouvre cette lettre)¹³⁸.

c) Solutions du droit positif

Contrairement au Code Civil français qui ne traite pas de la question (en France les règles sont jurisprudentielles¹³⁹), le D.O.C.édicte des règles précises, l'article 24 a opté pour la **théorie de la réception** à l'instar de l'art130 du B.G.B¹⁴⁰, et c'est ainsi que : le contrat par correspondance est parfait au moment et dans le lieu où celui qui a reçu l'offre répond en l'acceptant.

La même règle est d'ailleurs appliquée lorsqu'il s'agit d'une offre faite en moyen d'un messenger ou d'un intermédiaire, le contrat est parfait au moment et dans le lieu où celui qui a reçu l'offre répond à l'intermédiaire qu'il accepte.

Il faut par ailleurs noter que les offres peuvent être faites avec ou sans délai. En effet, L'acceptant peut émettre l'acceptation dans le délai, mais celle ci parvient à l'offrant après l'expiration du délai. Dans ce cas, l'art 30 précise que : le proposant n'est pas engagé sauf le recours de la partie en dommages et intérêts contre qui de droit.

Enfin lorsqu'il n'y a pas de délai, L'art 30 prévoit aussi que : Celui qui a fait une offre par correspondance, sans fixer un délai, est engagé jusqu'au moment où une réponse, expédiée dans un délai moral et raisonnable, devrait lui parvenir régulièrement. C'est la notion de délai moral raisonnable qui est problématique et peut être la cause de nombreux problèmes.

Il faut également tenir compte des modifications apportées au DOC par la loi 53/05 du 30 novembre 2007 sur l'échange électronique de données juridiques qui a accueilli le contrat électronique parmi les contrats entre absents

¹³⁸ L.Gryndbaum, Contrats entre absents : les charmes évanescents de la théorie de l'émission de l'acceptation 2003 ,1706.

¹³⁹ La détermination du moment et du lieu de formation du contrat est une question de fait qui relève du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond

¹⁴⁰ Le code de base du droit civil allemand

4. La rencontre des volontés dans les contrats d'adhésion

En principe le contrat est un accord de volontés libres et égales. Les parties, placées sur le même pied d'égalité, discutent les conditions de leur engagement et leur accord ne peut être que juste. C'est ce qu'Alfred Fouillée¹⁴¹ traduisait par la formule « Qui dit contractuel dit juste ». Ce schéma de formation du contrat se déduit du principe de l'autonomie de la volonté et répond à la définition du contrat de gré à gré.

Ces contrats existent toujours mais parallèlement se sont développés de nouveaux contrats qui répondent à un besoin réel de rationalisation et de standardisation de la production mais où la partie qui rédige le contrat, outre qu'elle bénéficie d'une supériorité économique et technique, agit au mieux de ses propres intérêts sans prendre en considération les intérêts de l'adhérent. Les parties sont d'inégale force économique et sociale, n'ont plus la possibilité de discuter les conditions de leur engagement¹⁴²; c'est la partie forte qui dicte ses conditions à la partie faible: c'est à prendre ou à laisser. L'adhérent (le contractant en situation de faiblesse) n'a souvent pas le choix il adhère aux conditions fixées par le stipulant (contractant en situation de force) sans réelle possibilité de discussion.

Ce schéma, correspond très largement à l'état des relations contractuelles modernes, et répond aussi aux caractères et à la définition du contrat d'adhésion¹⁴³. Les contractants en situation de force insèrent souvent dans le contrat qu'ils proposent au public des clauses qui les avantagent au détriment des adhérents et qui perturbent l'équilibre du contrat ce sont les clauses abusives (clauses d'irresponsabilité ou de limitation de responsabilité, clauses d'attribution de compétence en faveur de l'adhérent, clauses pénales excessives....).

Les dangers du contrat d'adhésion sont réels. Il ne s'agit pas de les interdire car ils répondent à un besoin réel de rationalisation de la gestion des entreprises, qui ne peuvent plus se permettre de discuter, un à un, les contrats proposés. (Phénomène de standardisation des relations contractuelles)¹⁴⁴. Mais il importe d'en limiter les dangers afin de préserver un minimum d'équilibre contractuel et empêcher que les contractants en situation de force n'abusent de leur situation au détriment des adhérents et des consommateurs.

A cet effet, certains auteurs sont allés jusqu'à nier la nature contractuelle des contrats d'adhésion et les assimiler à des actes réglementaires et conférer aux juges un droit de contrôle analogue à celui de l'annulation des actes administratifs pour excès de pouvoir.

Le droit marocain n'est pas allé jusque-là. Le législateur s'est contenté d'encadrer les contrats où les abus étaient les plus flagrants. (Contrat de travail) Il n'a pas conféré aux tribunaux un pouvoir général de contrôle et de révision des contrats d'adhésion et des clauses abusives qui pourraient y être insérées. Le contrat d'adhésion est donc soumis au droit commun et la marge de manœuvre du Juge, tenu au respect de

¹⁴¹ Voir dans ce sens A. Fouillée, « La science sociale contemporaine », Paris 1880.

¹⁴² Les contrats d'adhésion sont l'œuvre exclusive de l'une des parties et qui excluent toute possibilité de négociation ou de discussion, l'adhérent ne pourra plus qu'accepter en bloc ou rejeter en bloc le contrat préétabli.

¹⁴³ Ces contrats d'adhésion devenus extrêmement fréquents (transports terrestres, maritimes et aériens, nombreux contrats de travail, vente de certains produits, fourniture d'eau et d'électricité, abonnement de toutes sortes, voyages organisés, contrat d'hôtellerie, prêts bancaires,...).

¹⁴⁴ La standardisation du contrat se traduit de plus en plus par l'utilisation des contrats types qui constituent souvent le contenu de contrats d'adhésion. Le contrat type peut être défini comme un modèle de contrat faisant autorité. C'est un contrat sous forme d'un imprimé dont les parties ne font que remplir les blancs destinés à individualiser la convention.

la volonté des parties et à la force obligatoire des contrats, est singulièrement limitée. Dans de nombreux pays, le législateur a expressément conféré aux tribunaux un pouvoir d'annulation ou de révision des clauses abusives en ne se basant pas uniquement sur la volonté mais aussi sur l'équité et la Justice contractuelle. Une évolution est cependant perceptible en droit marocain lorsqu'il s'agit de clauses pénales excessives (ou dérisoires), le législateur a récemment permis aux magistrats de procéder à leur révision.

5. La rencontre des volontés dans les contrats électroniques

La loi 53/05 du 30 novembre 2007 sur l'échange électronique de données juridiques constitue une des toutes premières réponses au développement remarquable des transactions commerciales effectuées via Internet. L'objectif de ce nouveau dispositif est de fixer le régime applicable aux données juridiques échangées par voie électronique

Le contrat électronique est un contrat conclu à distance sous forme électronique par lequel un commerçant ou un prestataire de services propose à un destinataire identifié ou au public un bien ou un service déterminé moyennant un prix. Sans ce type de contrat, le commerce électronique serait inexistant.

Les obligations qui vont naître d'un acte conclu ou établi sous forme ou par voie électronique, sont soumises pour leur validité à l'ensemble des règles générales puisées du régime de droit commun des obligations et des contrats contenues dans le DOC celui-ci a toutefois été complété par d'autres règles spéciales prévues par la loi n° 53-05 relative à l'échange électronique de données juridiques.

Ces dispositions spéciales intégrées au DOC ont été édictées par le législateur marocain pour tenir compte des spécificités qui caractérisent le contrat électronique afin de sécuriser le commerce électronique.

Il demeure entendu que ces dites règles intéressent l'offre et l'acceptation qui président à la formation du contrat électronique:

a) L'offre électronique

Consiste pour un commerçant ou un prestataire de services à mettre à la disposition du public, sous forme électronique, des informations contractuelles ou autres sur des biens et services en vue de la conclusion du contrat électronique. Ces informations sont communiquées par courriers électroniques quand les particuliers ont donné leur consentement ou quand les professionnels ont transmis leurs coordonnées électroniques. Dans la perspective de conclure un contrat électronique, l'offre émanant du commerçant ou du prestataire de services doit comporter les mentions obligatoires suivantes sur le bien ou service proposé; sinon elle ne vaut que comme simple publicité

1. les principales caractéristiques du bien, du service proposé ou du fonds de commerce concerné ou l'un de ses éléments ;
2. les conditions de vente du bien ou du service ou celles de cession du fonds de commerce ou l'un de ses éléments ;
3. les différentes étapes à suivre pour conclure le contrat par voie électronique et notamment les modalités selon lesquelles les parties se libèrent de leurs obligations réciproques ;
4. les moyens techniques permettant au futur utilisateur, avant la conclusion du contrat, d'identifier les erreurs commises dans la saisie des données et de les corriger ;
5. les langues proposées pour la conclusion du contrat ;

6. les modalités d'archivage du contrat par l'auteur de l'offre et les conditions d'accès au contrat archivé, si la nature ou l'objet du contrat le justifie ;
7. les moyens de consulter, par voie électronique, les règles professionnelles et commerciales auxquelles l'auteur de l'offre entend, le cas échéant, se soumettre. L'auteur de l'offre est engagé par cette dernière pour la durée qu'elle prévoit ou en l'absence de cette durée, tant que ladite offre est accessible au public, par voie électronique.

b) L'acceptation électronique

Emane du destinataire de l'offre, après prise de connaissance, par celui-ci, de ladite offre et modifications éventuelles. Elle doit être confirmée et envoyée à l'auteur de l'offre qui doit en accuser réception « sans délai injustifié » par voie électronique. Il est à noter que la notion légale de « délai injustifié » est pour le moins floue. L'acceptant sera dès lors irrévocablement lié par l'offre qui lui a été faite, dès la réception de son acceptation par l'auteur de l'offre ; c'est-à-dire dès que l'acceptation est placée dans la boîte électronique de l'offrant.

Le titre premier du livre premier du D.O.C est ainsi complété par un chapitre premier bis qui précise les modalités de rencontre de l'offre et de l'acceptation et les conditions de validité du contrat électronique.

B. LES VICES DE CONSENTEMENT

L'existence du consentement au sens de la réalisation de l'accord des volontés est nécessaire à la formation du contrat mais le droit ne se satisfait pas de n'importe quel consentement au sens de l'expression de la volonté des contractants. Pour que le contrat soit formé le consentement doit présenter certaines qualités il doit émaner d'une volonté libre et éclairée, la qualité du consentement passe par une priorité. Il en résulte que celui ci doit être exempt de tout vice. En conséquence, le contrat sera annulable si tel n'est pas le cas.

L'art 39 du D.O.C énonce qu' : Est annulable le consentement donné par erreur, surpris par dol ou extorqué par violence. De son côté, l'article 54 précise que «les motifs de rescision fondés sur l'état de maladie et autres cas analogues, sont abandonnés à l'appréciation des juges».

Il résulte de ces deux textes que le D.O.C. prévoit quatre vices du consentement : l'erreur, le dol, la violence, l'état de maladie et les cas analogues.

Ces quatre hypothèses d'altération du consentement seront étudiées séparément pour rechercher dans quelle mesure et à quelles conditions elles provoquent l'annulation du contrat.

Même si le D.O.C traite de **la lésion** dans le cadre des vices du consentement, celle ci ne constitue guère un vice mais une inéquivalence des prestations d'un contrat commutatif qui fait que celui ci devient annulable à certaines conditions.

→ 1-L'ERREUR (art. 41 à 45 DOC)

Le DOC ne définit pas l'erreur. L'erreur peut être définie comme une représentation inexacte de la vérité. Le contractant croit vrai ce qui est faux ou inversement : (Ex: *achat d'un tableau que l'on croyait ancien et qui s'est révélé n'être qu'une copie*). On pourrait la présenter sous l'énoncé suivant : « **je me suis trompé** ».

Dans cette perspective, l'une des parties invoque sa propre erreur pour se dégager du contrat. Cette approche paraît surprenante car le réflexe logique en pareil cas est de laisser à la charge de celui qui s'est trompé la responsabilité et les conséquences de son acte.

Il demeure entendu qu'on ne peut permettre au contractant ayant commis l'erreur d'en tirer profit ainsi pensaient les romains, c'est ce qu'exprime le principe : (Nul ne peut invoquer son erreur pour en tirer avantage¹⁴⁵).

Cette règle correspond à ce souci de justice à l'égard de l'autre partie au contrat. Pourtant, le droit moderne a bien écarté l'application de cette règle et ce, au nom de la nécessaire liberté du consentement et de la garantie que celui ci doit avoir.

En matière contractuelle il existe une grande variété d'erreur classé selon leur gravité, ce qui permet de distinguer celles qui entraînent nullité et celles qui sont pas prise en compte

A-Les formes de l'erreur

L'erreur peut se traduire par plusieurs manifestations : elle peut porter sur la chose ou sur la personne. L'erreur peut être aussi de calcul ou être une erreur de droit par opposition à l'erreur de fait.

Généralement, on ramène à trois formes les erreurs selon leur intensité :

Toute erreur n'entraîne cependant pas les mêmes conséquences, nous envisagerons les principaux cas d'erreurs avant de voir quelles en sont leurs conséquences.

a/ L'erreur obstacle ou erreur destructrice du consentement :

c.à.d. celle dont la gravité est telle qu'aucun accord de volonté n'est envisageable. Ces erreurs détruisent le consentement ou plus précisément empêchent la formation du contrat en s'élevant en obstacle à la rencontre des volontés.

Il en est ainsi de l'erreur qui porte sur la nature de l'acte ou sur son objet.

- D'une part l'erreur sur la nature du contrat (*l'un croit vendre, l'autre croit signer un bail, une partie croit vendre alors que l'autre partie croit recevoir en donation*) ;
- D'autre part, l'erreur sur l'identité de la chose objet du contrat (*l'un croit vendre un Riad, l'autre croit acheter une simple maison*).

¹⁴⁵Nemo auditur propriam turpitudinem allegans : une locution latine qui veut dire que Nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude (erreur, faute, laideur morale).

IL ne s'agit pas à proprement parler d'une erreur mais d'**une absence d'accord**. Comme le disait Planiol au siècle dernier, « *ce n'est pas un contrat, c'est un malentendu* ».

C'est pourquoi la doctrine française discute de la question de savoir si l'erreur-obstacle doit conduire le juge à annuler le contrat ou plutôt à proclamer l'inexistence du contrat (cause de nullité ou cause d'inexistence ?).

En droit marocain, on peut trouver un début de réponse à la question dans l'article 41 D.O.C qui fait de l'erreur sur l'identité, de l'objet une **erreur cause de nullité**, mais la jurisprudence de l'époque coloniale n'a pas hésité à opter pour l'inexistence du contrat dans une espèce où l'erreur portait précisément sur l'identité de l'objet et plus précisément sur le terrain objet d'une vente.

b/ L'erreur indifférente :

Elle doit être simplement rectifiée et n'entraîne pas la nullité. Il en est ainsi de l'erreur de calcul l'erreur cette dernière n'est pas une cause de nullité mais elle donne droit à une action en rectification des calculs (article 43 D.O.C.) ou de l'erreur qui porte sur la qualité non substantielle de la chose.

Il peut s'agir d'erreurs de fait portant sur une qualité accessoire (voiture conforme aux spécificités contractuelles mais démunie de certaines accessoires, œuvre d'art authentique dont le cadre a été refait...). D'erreurs de droit n'ayant pas déterminé le consentement ou d'erreurs sur la personne du cocontractant ou sur ses qualités là où la considération de la personne n'est pas à conséquence (erreur sur l'identité d'un épicier, erreur sur les convictions religieuses ou politiques d'un locataire...)

c/ L'erreur vice du consentement ou l'erreur nullité :

c.à.d. celle qui est assez grave pour révéler l'absence d'un consentement saint et parfait, mais pas suffisamment grave pour empêcher le contrat de naître. Il en est ainsi de l'erreur sur la substance ou de l'erreur sur la personne dans les contrats conclus en fonction de la personne. C'est cette forme d'erreur qui constitue un vice de consentement. Dans ce cas le contrat est annulable.

- Erreur sur la substance (Art 41 DOC):

L'erreur vice du consentement proprement dite est celle qui porte sur la qualité déterminante de la chose objet du contrat c'est-à-dire sur la qualité déterminante qui a déterminé la victime de l'erreur à contracter (sans la croyance en l'existence de cette qualité, la victime de l'erreur n'aurait pas donné son consentement).

Il peut s'agir de la **substance¹⁴⁶ matérielle de la chose objet du contrat** ex : achat de bijoux en or qui se révèlent être des bijoux en métal doré, achat d'un meuble en bois noble qui se révèle être du bois ordinaire...

¹⁴⁶Le mot « substance» vise non seulement la matière dont la chose, objet du contrat, peut être faite, mais d'une façon plus générale, ses qualités substantielles, c'est-à-dire celles que le contractant lui-même a considéré comme essentielles

Il arrive aussi que la qualité déterminante réside dans **l'authenticité de la chose** ex : un tableau authentique, Un meuble d'époque, un tapis originaire de telle région, une poterie ancienne, un manuscrit écrit de la main de tel auteur, un ouvrage inédit etc...

Plus souvent, c'est **l'aptitude de la chose à remplir l'usage auquel on la destine** qui peut constituer la qualité déterminante ex : aptitude d'un terrain à recevoir un type de construction, aptitude d'un cheval à participer à des courses, aptitude d'une voiture à réaliser telles performances.

- Erreur sur la personne (Art 42 DOC):

Il est vrai que, dans la plupart des contrats courants, l'erreur sur la personne du cocontractant ne pourra pas affecter la validité du contrat... d'où la tournure négative de l'article 42 D.O.C: «L'erreur portant sur la personne de l'une des parties ou sur sa qualité ne donne pas ouverture à résolution...* mais dans les contrats où la prise en considération de la personne est déterminante (contrats conclus intuitu personae), l'erreur sur la personne peut justifier l'annulation.

C'est pourquoi l'article 42 ajoute : «sauf le cas où la personne ou sa qualité. Ont été l'une des causes déterminantes du consentement donné par l'autre partie». Il en sera ainsi de l'erreur sur l'identité physique du contractant lorsque celle-ci aura déterminé le consentement (erreur du donateur sur l'identité du bénéficiaire, erreur de l'éditeur sur l'identité de l'auteur...) et il en sera de même de l'erreur sur les qualités de la personne du cocontractant lorsqu'elle aura déterminé le consentement (erreur sur les qualités physiques d'un pilote, erreur sur la notoriété professionnelle d'un médecin, erreur sur la moralité d'un gérant...).

B : Régime juridique de l'erreur

L'erreur sera appréciée en fonction d'un certain nombre de circonstances ayant entouré le contrat, mais aussi en tenant compte de la personne qui a commis l'erreur¹⁴⁷.

L'art 44 du DOC dispose expressément dans ce sens que : Dans l'appréciation de l'erreur et de l'ignorance soit de droit, soit de fait, les juges devront toujours avoir égard à l'âge, au sexe, à la condition des personnes et aux circonstances de la cause.

D'autre part, et en raison du fait que l'on a admis par principe de ne retenir l'erreur que si elle a été d'une certaine gravité, on considère que cette gravité existe dès lors que l'erreur a été déterminante du consentement de celui qui l'a commise, c.à.d. qu'en son absence le consentement n'aurait pas été donné.

Par ailleurs, pour éviter qu'on prenne en considération l'erreur qui porte sur des éléments extérieurs au contrat, on a dû imposer que l'erreur, pour entraîner **la rescision**, doit porter sur le motif impulsif et déterminant intégré dans le champ contractuel. Et c'est ainsi que se définit l'erreur qui entraîne l'annulation du contrat.

¹⁴⁷ Il faut relever dans ce cadre la prédominance de la méthode subjective de raisonnement.

En matière d'erreur de droit, et nonobstant le principe selon lequel : Nul n'est censé ignorer la loi, l'art 40 dispose que : l'erreur de droit donne ouverture à la rescision de l'obligation :

1° :Lorsqu'elle est la cause unique ou principale

2° :Lorsqu'elle est excusable

Pour justifier l'annulation du contrat , l'erreur doit revêtir une certaine gravité mais aussi réunir des conditions tenant à l'équité .Ainsi même lorsqu'il est établi que l'erreur a déterminé le consentement , le juge hésitera à prononcer l'annulation dans deux hypothèses :

- lorsque la victime de l'erreur ne mérite pas d'être protégée (erreur inexcusable)
- lorsque le cocontractant de la victime de l'erreur mérite protection (erreur imprévisible)

Erreur inexcusable : lorsque l'erreur procède de la légèreté et de la négligence de celui qui s'en prévaut, on peut estimer que la victime de l'erreur est victime de sa propre faute et qu'elle ne mérite donc pas d'être déliée de ses engagements. Cette solution a été dégagée de la jurisprudence française. L'appréciation de ce caractère se fait in concreto, en fonction de l'aptitude professionnelle du demandeur : ont été par exemple déboutés de leur demande en nullité du contrat pour erreur : un architecte commet une erreur sur la constructibilité d'un terrain¹⁴⁸, un employeur qui ne vérifie pas le curriculum vitae d'un directeur qu'il embauche¹⁴⁹.

Erreur imprévisible : lorsque l'erreur porte sur une qualité qui a été déterminante pour la victime de l'erreur mais dont le cocontractant n'a rien su on peut estimer que l'annulation serait injustement préjudiciable au cocontractant *ex*: *un fonctionnaire qui achète un appartement dans la ville où il entend être nommé mais où il ne sera pas nommé Il est certain que le contrat n'aurait pas eu lieu s'il n'y avait pas croyance en une mutation. Mais il est tout aussi certain qu'il serait injuste d'opposer l'annulation du contrat à un vendeur qui n'a rien su des motivations de l'acheteur*

En matière d'erreur de fait, on retient également la règle du caractère déterminant de l'erreur.

En conclusion, il faut retenir que l'erreur a un aspect civil seulement qui provient du fait que le contractant s'est trompé lui-même, et qu'il n'a subi l'influence d'aucune intervention extérieure.

Dans l'erreur, le contractant s'est trompé, l'erreur est spontanée. Le cocontractant de la victime de l'erreur peut n'avoir rien à se reprocher et ne pas connaître les raisons pour lesquels la victime de l'erreur s'est décidée. Les tribunaux peuvent donc se montrer réticents à prononcer des nullités pour erreur Il en va autrement lorsque l'erreur a été provoquée : c'est le cas du dol. التدليس

➔ 2- LE DOL (art. 52 et 53 du DOC)

Le dol est une tromperie destinée à provoquer l'erreur du partenaire et à l'amener ainsi à conclure un acte auquel il n'a pas consenti. Pour reprendre l'analogie avec l'erreur, la formule serait « non plus je me suis trompé » mais « **on m'a trompé** ». ¹⁵⁰

¹⁴⁸ Civ.1ere, 2 mars 1964, Bull.civ.,n°122 ;RTD civ .1965.112 ,obs.J.Chevallier.

¹⁴⁹ Soc. 3 juillet, 1990, Bull.civ, 329 ; RTD civ.1991. 316, obs. J .Mestre (l'entreprise que l'embauché dirigeait venait d'être mise en liquidation judiciaire).

¹⁵⁰ Annette Rebord, l'essentiel du droit des obligations, fiches de cours cas pratiques corrigés, 2eme édition, année 2009, p.25

- Le dol constitue donc un vice du consentement mais aussi un délit civil dans la mesure où il suppose la déloyauté et la faute intentionnelle de l'autre partie. Malgré leurs caractères communs, le dol et l'erreur présentent des différences importantes.
- Le dol comme l'erreur est sanctionné par l'annulation du contrat. Toutefois, le dol à la différence de l'erreur justifie la condamnation à des Dommages Intérêts.
- Concernant la preuve, le dol est plus facile à prouver parce qu'il se manifeste souvent par des agissements matériels qui peuvent donner lieu à des poursuites pénales pour escroquerie alors que prouver l'erreur reste un fait essentiellement psychologique.

a) Les éléments constitutifs du dol

1) Élément psychologique

Le dol suppose d'abord la faute intentionnelle. Il n'y a pas de dol sans l'intention d'induire en erreur et de tromper. Il n'y a pas de dol sans malice.

2) Élément matériel :

L'élément psychologique ne suffit pas, il faut qu'il se concrétise. On peut ramener ces formes à trois principales : Les mensonges, les réticences, et les manœuvres proprement dites.

1. **Les manœuvres proprement dites** : c'est-à-dire dans des agissements matériels spécialement accomplis en vue de tromper. L'auteur du dol a recours à des machinations ou à des mises en scène pour dissimuler des aspects dévalorisants ou pour faire croire à des qualités qui n'existent pas¹⁵¹.

→ **Ex** : dans le commerce des automobiles d'occasion : le fait de modifier le numéro du moteur, de réduire le kilométrage.

2. **Le mensonge** : est l'acte par lequel on représente comme vrai une donnée fausse ou inversement. Cependant, pour être constitutif du dol, le mensonge doit atteindre un certain seuil de gravité car certains mensonges sont tolérés et jugés conformes aux usages du commerce. Ainsi, le fait pour un commerçant d'exagérer les qualités de ses produits et de vanter sa marchandise est considéré comme une pratique admise et tolérée largement utilisée par tous les précédés publicitaires. C'est là, la représentation du DOLUS MALUS, c'est-à-dire le dol qui donne lieu à la rescision, par opposition au DOLUS BONUS, c'est-à-dire le dol acceptable.

→ **Ex. 1** : déclarations mensongères sur le bon état et le confort d'une villa mise en location.

→ **Ex. 2** : Tromperies sur les qualités d'un matériel.

¹⁵¹ Comme par exemple le truquage des compteurs de véhicules automobiles d'occasion, afin de réduire le nombre de kilomètres parcourus réellement; ou bien la falsification de documents, la carte grise notamment, pour truquer la date réelle de mise en service du véhicule, et tenter de le rajeunir. Mais, pour être constitutif du dol, le mensonge ne doit pas dépasser un certain seuil, car les gros mensonges deviennent invraisemblables, et en tant que tels, ils ne peuvent influencer le consentement. Le mensonge constitutif du dol doit donc se situer entre le menu mensonge que la société tolère, et le gros mensonge qui parce qu'il est invraisemblable ne doit pas induire en erreur. (cf) Ch.Larroumet, op. cit. pp. 315 et s. O. Azziman, op. cit. pp. 126 et s. pp. 98 et s. R. Jambu-Merlin, pp.61etS

3. **La réticence** : La réticence est un fait négatif, une abstention, le fait de ne pas parler, de garder le silence, de ne pas informer son cocontractant sur certains éléments du contrat qu'il a intérêt de savoir¹⁵².

Pour certains contrats, la loi impose à l'une des parties l'obligation de renseigner son cocontractant.

➔ **Ex** : le contrat d'assurance

b) Les conditions de l'annulation pour dol

La victime d'un dol a le choix entre deux possibilités d'actions : elle peut recourir par voie civile, soit par voie pénale, mais pas les deux¹⁵³. L'annulation du contrat peut être prononcée, soit par le juge pénal, soit par le juge civil. En effet, le juge pénal ayant condamné l'auteur du dol à une sanction pénale, peut prononcer l'annulation du contrat, et sera même compétent pour accorder des dommages-intérêts à la victime.

Aux tenues de l'article 52 du D.O.C. «le dol donne ouverture de la rescision lorsque les manœuvres ou les réticences sont de telle nature que, sans ces manœuvres ou ces réticences, l'autre partie n'aurait pas contracté ». Pour entraîner la rescision, le dol doit être déterminant. Ce qui suppose que sans la tromperie, l'autre n'aurait pas contracté. A ce dol principal, il est traditionnel d'opposer le dol qualifié incident : c'est à dire celui sans lequel le contrat aurait quand même été conclu. Le dol incident ne motive pas une annulation. Il permet seulement au contractant trompé d'obtenir des dommages intérêts,

C'est la solution consacrée par l'article 53 D.O.C. « le dol qui porte sur les accessoires de l'obligation et qui ne l'a pas déterminée ne peut donner lieu qu'à des dommages intérêts ».

A côté de ces conditions, d'autres concernent l'auteur du dol.

L'article 52 D.O.C. assimile le dol commis par son représentant ou par son complice. Le représentant et le complice agissent à l'instigation du cocontractant ;

L'article 52 D.O.C. va même plus loin qui considère que le dol commis par un tiers peut justifier l'annulation lorsque la partie qui en profite en a connaissance.

Le dol du tiers donne lieu également à la rescision lorsque ce dernier a agi en complicité avec le contractant à qui le dol profite. S'il agit à l'insu de ce dernier, la victime du dol peut seulement lui réclamer des dommages et intérêts pour le préjudice causé.

➔ 3- LA VIOLENCE (Articles 46 à 51 du DOC)

Contrairement à l'erreur et au dol, la violence porte atteinte à la liberté du consentement. La victime de "la violence est parfaitement consciente des inconvénients du contrat qui lui est imposé mais elle donne son consentement pour échapper au danger qui la menace.

¹⁵² Art 52 du D.O.C.

¹⁵³ En respect de la règle **Una via electa** qui oblige à choisir entre l'instance civile ou pénale C'est aussi ce qu'on appelle le principe du non cumul: la victime qui a choisi d'agir au civil ne peut plus saisir la juridiction pénale.

L'article 46 du DOC définit la violence comme étant : la contrainte exercée sans l'autorité de la loi, et moyennant laquelle on amène une personne à conclure un acte qu'elle n'a pas consenti.

a) Les caractères de la violence

Les considérations psychologiques exigent que la violence soit déterminante (1) les considérations morales exigent que la violence soit illégitime (2).

1. Caractère déterminant de la violence

En vertu de l'article 47 D.O.C. « La violence ne donne ouverture à la rescision de l'obligation que lorsqu'elle en a été la cause déterminante.

Pour qu'il y ait annulation, il faut donc que la contrainte ait déterminé le consentement de sorte que sans la contrainte, le contrat n'aurait pas été conclu. La crainte qui trouble consentement peut être :

- **d'ordre physique** : enlèvement, menace de mort, de tortures, de coups
- **d'ordre moral** : chantage, diffamation, menace d'atteinte à la considération et la réputation, pression sur les sentiments.
- **d'ordre pécuniaire** : menace de faire perdre à un individu sa situation professionnelle, une promotion, une affaire importante.

La souffrance que la violence peut produire peut-être soit une souffrance physique, soit un trouble moral profond, soit la crainte d'exposer sa personne, son honneur ou ses biens à un préjudice notable. C'est une appréciation subjective que privilégie le DOC à l'article 47. Le juge devra avoir égard à l'âge, au sexe, à la condition des personnes et à leur degré d'impressionnabilité.

Le juge recherche si la violence a été assez grave pour déterminer le consentement. Peu importe que les menaces soient dirigées contre les contractants ou qu'elles soient exercées contre l'un de leurs proches. L'article 50 du DOC dispose que : « la violence donne ouverture à la rescision même lorsqu'elle a été exercée sur une personne avec laquelle la partie contractante est étroitement liée par le sang.¹⁵⁴

2. Caractère illégitime de la violence

Seule la violence illégitime exercée sans l'autorité de la loi» (art 46 du D.O.C.) peut justifier l'annulation. La violence n'entraîne pas de sanction lorsqu'elle est légitime. De cette règle générale, le D.O.C. tire deux conséquences :

➔ La légitimité de la crainte révérencielle الإكراه الأدبي

La crainte révérencielle ne donne pas ouverture à la rescision c'est ce que précise l'article 51 du DOC : « la crainte révérencielle ne donne pas ouverture à rescision à moins que des mesures graves ou des voies de fait se soient ajoutées à la crainte révérencielle ».

¹⁵⁴ Cette restriction ne paraît pas justifiée car on voit mal pourquoi la menace dirigée contre le conjoint ou même contre une personne de l'entourage immédiat de la partie contractante n'aurait pas le même effet que la menace dirigée contre des ascendants ou des descendants (menace dirigée contre l'époux ou l'épouse, le fiancé ou la fiancée, voire même contre un enfant adoptif ou un ami très proche et particulièrement cher).

L'expression désigne le mélange de crainte et de respect qu'inspirent les parents et autres ascendants. Cette crainte révérencielle peut avoir déterminé le consentement mais parce qu'elle résulte de l'exercice d'une autorité jugée légitime, elle ne peut justifier l'annulation.

Ex : celui qui sous la pression de ses parents accepte un emploi médiocre parce que ses parents ne veulent pas qu'il quitte la ville où ils se trouvent ne pourra pas invoquer l'altération de son consentement pour échapper au contrat.

C'est la crainte que peut sentir une personne de déplaire à ses parents. Sa volonté n'est pas libre. Encore faut-il que les parents n'aient pas dépassé les limites de leur autorité légitime - Ex. menace de coups.

L'autorité morale qui justifie la crainte révérencielle a donc des limites ; C'est pourquoi l'article 51 D.O.C. après avoir posé que « la crainte révérencielle ne donne pas ouverture à rescision » ajoute « à moins que des menaces graves ou des voies de fait se soient ajoutées à cette crainte révérencielle ».

➔ La légitimité de la menace d'exercer un droit (des poursuites ou d'autres voies de droit)

La crainte inspirée par la menace d'exercer des poursuites ou d'autres voies de droit ne peut donner ouverture à la rescision que si on a abusé de la position de la partie menacée pour lui extorquer des avantages excessifs ou indus. Article 48 D.O.C.

Ex: *menace d'intenter une action judiciaire pour contraindre un contractant à honorer ses engagements. Il ne faut pas cependant que le contractant abuse de la situation de la partie menacée «pour lui extorquer des avantages excessifs ou indus».*

➔ A ces-deux cas prévus par le D.O.C, la jurisprudence en a ajouté un troisième relative à la légitimité de la grève.

Ex: l'employeur qui accepte d'augmenter les salaires et d'améliorer les conditions de travail sous la menace d'une grève n'agit pas sous l'empire d'une violence viciant le consentement car le recours à la grève constitue l'exercice d'un droit constitutionnel légitime et ne peut être considéré comme une violence illégitime.

b) Origine de la violence

Sur l'origine de la violence, deux situations sont à préciser : la violence exercée par un tiers et l'état de nécessité.

L'article 49 du D.O.C règle le cas de la violence exercée par un tiers : « La violence donne ouverture à la rescision de l'obligation, même si elle n'a pas été exercée par celui des contractants au profit duquel la convention a été faite ».

Faut-il tenir compte comme cause de nullité du contrat, la contrainte qui en dehors de toute action humaine, résulte d'événements extérieurs. (*Contrat conclu sous un besoin pressant d'argent*). C'est l'état de nécessité. La Cour de cassation s'est très tôt montrée hostile à son admission. Il a ainsi été jugé que le besoin d'argent du vendeur, et notamment le fait pour un commerçant de vendre des blés durs au prix des blés tendres afin

d'encaisser immédiatement la somme dont il avait besoin ne constitue pas une violence susceptible de vicier son consentement à la vente¹⁵⁵

c) Sanctions de la violence

La violence développe des aspects contractuels et délictuels comme le dol, et c'est pour cela que la victime aura le choix entre l'action pénale et l'action civile.

- **Un aspect délictuel** = Les faits constitutifs de violence sont une infraction pénale (coups). La victime peut se constituer partie civile lors du procès pénal.
- **Un aspect contractuel** = qui permet à la victime de se prévaloir d'une action en annulation de l'obligation pour vice du consentement plus des dommages et intérêts à la charge de l'auteur de la violence.

d) La violence dans les autres lois

Dans certains droits spéciaux on parle de « **violence économique** »

En droit de la concurrence, l'article 7 de la loi 06 -99 retient que « est prohibée... l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprise... d'une situation de dépendance économique dans lequel se trouve un client ou fournisseur ne disposant pas d'aucune alternative ».

Ces abus peuvent consister en refus de vente... ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées.

En droit de la consommation, les abus de faiblesse sont sanctionnés par l'article 59 de loi 08 -31 portant mesures de protection du consommateur.

➔ 4 – L'ETAT DE MALADIE ET AUTRES CAS ANALOGUES

L'art 54 du D.O.C dispose que: « les motifs de rescision fondés sur l'état de maladie, et les autres cas analogues, sont abandonnés à l'appréciation du juge ».

La maladie peut en effet provoquer un affaiblissement de la volonté et des facultés intellectuelles. Les juristes musulmans se sont toujours préoccupés de la dernière maladie. Pour eux, cette maladie crée chez le patient un sentiment de peur qui le pousse à adopter un comportement préjudiciable à ses héritiers et à ses créanciers.

Le consentement donné dans de telles circonstances serait un consentement amoindri et altéré qui pourrait parfaitement justifier l'annulation du contrat. Contrairement aux autres vices du consentement pour lesquels le DOC a prévu une réglementation, **l'article 54** laisse toute latitude aux tribunaux tant en ce qui concerne la définition des notions de maladie et cas analogues que des conditions d'admission des maladies et cas analogues comme causes de nullité.

¹⁵⁵ CS Civ 14/4/1959 ,RACS, Civ T 1 p 70.

Cette latitude peut être source d'insécurité juridique mais elle permet aussi au juge d'exploiter l'article 54 toutes les fois que le recours aux vices du consentement traditionnels s'avèrerait insuffisant à protéger les contractants notamment ceux en situation de faiblesse (contrats d'adhésion).

Que faut-il entendre par maladie? Est-ce une maladie mentale qui n'aurait pas permis au contractant d'apprécier le sens et la portée de son engagement ?

- La maladie de l'article 54 n'est pas la maladie mentale et il n'est pas nécessaire à l'application de cet article que la maladie ait provoqué des troubles mentaux. L'article 54 possède son propre champ d'application distinct du champ des règles relatives à l'incapacité des malades mentaux et au sort des actes passés par ces incapables. Cet article ne fait pas double emploi avec les régies de protection du malade mental.

Dans la même perspective, on pourrait ajouter que la maladie de l'article 54 ne se confond pas non plus avec ce qu'il est convenu d'appeler la dernière maladie. En effet, l'article 54 fait partie d'un dispositif de protection du consentement alors que les règles de la dernière maladie visent à protéger la succession

- La maladie physique n'a en principe pas d'incidence sur la validité des engagements sauf si le contractant victime arrive à établir une influence de cette maladie sur l'intégrité de son consentement.

Concrètement cette exigence signifie que pour justifier la rescision, la maladie doit revêtir une certaine gravité : il faut que par sa durée ou par sa gravité, la maladie ait pu affaiblir le malade, Altérer ses capacités, troubler sa sérénité. Il faut que du fait de son état, le malade ne soit plus en mesure de veiller normalement à ses intérêts, de gérer normalement ses affaires.

Cas analogue à la maladie ? Il s'agirait d'une situation qui sans être une maladie, produirait le même effet qu'elle (altération de la volonté): moment de grande colère ou de grande détresse, une ivresse involontaire, une grande lassitude...

Le DOC a prévu des dispositions particulières pour la dernière maladie, c'est à dire celle dont une personne ne se relève jamais, qui entraîne la mort.

Article 479-

La vente faite par un malade, pendant sa dernière maladie, est régie par les dispositions de l'article 344, lorsqu'elle est faite à un de ses successibles-dans l'intention de la favoriser ; comme son frère par exemple, on lui vendait à un prix beaucoup inférieur à la valeur réelle de la chose, ou si on lui achetait à une valeur supérieure. La vente faite par le malade à un non successible est régie par les dispositions de **l'article 345** du DOC.

Article 344 -

La remise faite par un malade, pendant sa dernière maladie, à l'un de ses héritiers, de tout ou partie de ce qui est dû par ce dernier n'est valable que si les autres héritiers la ratifient.

Article 345 -

La remise accordée par un malade à un tiers pendant sa dernière maladie est valable jusqu'à concurrence du tiers de ce qui reste dans la succession après le paiement des dettes et des frais funéraires.

SECTION 3 : L'OBJET

Le mot objet peut avoir plusieurs significations différentes :

- Il peut désigner l'objet du contrat par exemple s'il s'agit d'un contrat de vente, de mandat ou de dépôt... Dans ce cas, l'objet du contrat permet de faciliter la classification des contrats ;
- Il peut désigner la chose, objet du contrat tel par exemple l'immeuble objet de la vente...
- Il peut se rapporter à l'objet même de l'obligation tel par exemple, délivrer la chose, payer le prix de la chose vendue dans le contrat de vente...

Le DOC parle à juste titre de l'objet des obligations¹⁵⁶ car celles-ci naissent après l'accord de volontés alors que l'objet de l'engagement concerne généralement les choses qui sont dans le commerce juridique. La notion d'objet du contrat, quant à elle, peut être équivoque et créer une confusion avec l'objet de l'obligation qui peut ne pas se limiter à la production d'obligations et comporter d'autres effets, extinctifs ou translatifs de droit¹⁵⁷.

Dans un contrat synallagmatique deux obligations différentes vont naître et ayant chacune un objet qui lui est propre, ainsi, dans le contrat de vente, l'objet de l'obligation du vendeur est de livrer la chose vendue tandis que l'objet de l'obligation de l'acheteur est de verser le prix de la vente¹⁵⁸.

A- Existence de l'objet

L'objet doit exister, en principe, au moment de la conclusion du contrat sous peine de nullité du contrat ; l'article 2 du DOC exige l'existence d'un objet certain pour former objet d'obligation¹⁵⁹. Dans certains cas, l'obligation peut porter sur un objet futur et incertain pourvu que cet objet et cette certitude soient réalisés¹⁶⁰.

L'économie moderne dans les domaines de l'industrie et les nouvelles technologies est largement basée sur l'exécution des contrats à la commande des services ou des marchandises. L'article 61 du DOC dans son second alinéa prévoit une exception à cette règle en disposant qu' : « on ne peut, à peine de nullité absolue, renoncer à une succession non encore ouverte, ni faire aucune stipulation sur une pareille succession, ou sur l'un des objets qui y sont compris, même avec le consentement de celui de la succession duquel il s'agit ».

B- Détermination de l'objet

La chose objet de l'obligation doit être déterminée au moins quant à son espèce sous peine de nullité du contrat¹⁶¹ ; à la conclusion du contrat, la quotité de la chose peut être incertaine mais elle peut être déterminée par la suite¹⁶².

¹⁵⁶ Article 57 du DOC.

¹⁵⁷ V°. Jacques Flour, Jean Luc Aubert et Eric Savaux, *op.cit.*, n° 234, p.225.

¹⁵⁸ A.S. Lucas-Puget, Essai sr la notion d'objet du contrat, thèse Nantes, 2005.

¹⁵⁹ On peut considérer un prix dérisoire dans un contrat de vente comme un prix inexistant rendant la vente nulle et de nul effet.

¹⁶⁰ Article 61 du DOC.

¹⁶¹ Article 58 du DOC.

¹⁶² Alinéa 2 de l'article 58 du DOC.

C- Possibilité de l'objet

L'obligation dont l'objet est impossible est nulle ; le DOC précise qu' « est nulle l'obligation qui a pour objet une chose ou un fait impossible, physiquement ou en vertu de la loi ».¹⁶³

La responsabilité du cocontractant qui savait ou devait savoir que la prestation était impossible est établie et par conséquent déclarée tenu de réparer les conséquences dommageables d'un tel agissement. Il est bien entendu que cette responsabilité n'est pas encourue si l'autre partie, elle-même, savait ou devait savoir, que l'objet de l'obligation était impossible.

L'article 60 du DOC précise que cette même règle est applicable dans les deux cas suivants :

- 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.

D- Licéité de l'objet

L'objet doit être conforme aux prescriptions légales ; le DOC avance une formulation générale sur la question de la licéité de l'objet qui concerne trois éléments : les choses, les faits et les droits incorporels qui constituent l'objet de l'obligation doivent ainsi être conforme à la loi. Ils doivent être dans le commerce¹⁶⁴ . Reprenant la règle établie dans l'article 57 du DOC, l'article 484 du DOC dispose expressément qu'est « nulle entre musulmans, la vente de choses déclarées impures par la loi religieuse, sauf les objets dont elle a autorisé le commerce, tels que les engrais minéraux pour les besoins de l'agriculture ».

Certaines conventions sont déclarées nulles telle la convention dite de « mère porteuse » ou de gestation pour autrui qui consiste pour cette mère porteuse à porter l'enfant d'un couple qui a fourni des embryons ; elle n'apporte aucune contribution génétique. Elle se contente de prendre en charge le développement in utero l'embryon jusqu'à la naissance de l'enfant qu'elle doit remettre aux parents intentionnels¹⁶⁵.

E- La valeur de l'objet : la lésion

« La lésion est le préjudice résultant, pour l'une des parties à un contrat, d'un défaut d'équivalence entre l'avantage qu'elle obtient et le sacrifice qu'elle consent »¹⁶⁶. Elle résulte d'un défaut d'équivalence entre les prestations formant l'objet de l'obligation.

L'article 56 du DOC précise qu' « Est réputée lésion toute différence au-delà du tiers entre le prix porté au contrat et la valeur effective de la chose ». Ainsi définie, la lésion n'est pas concevable dans les contrats à titre gratuit où, à la base, il n'y a pas de contreprestation ; de même, elle n'est pas envisageable dans les contrats aléatoires où l'aléa est prédominant comme dans le cas du contrat d'assurance. Il y a lieu de souligner que la lésion s'apprécie au moment de la conclusion du contrat et non pas durant l'exécution de celui-ci.

¹⁶³ Article 59 du DOC.

¹⁶⁴ Article 57 du DOC.

¹⁶⁵ Cass. ass. pl. 31 mai 1991, D. 1991, p. 417.

¹⁶⁶ Jacques Flour, Jean Luc Aubert et Eric Savaux, *op.cit.* n° 241, p. 233.

➤ **LE DOL LÉSIONNAIRE**

La lésion n'ouvre pas la voie de la rescision que si elle est causée par le dol de l'autre partie ou de celui qui la représente ou qui a traité pour elle¹⁶⁷. La règle de l'article 55 du DOC semble faire double emploi avec celle de l'article 52 du même code dans la mesure où si la preuve du dol est rapportée, celle-ci est seule suffisante pour donner ouverture à la rescision¹⁶⁸.

➤ **LA LÉSION DONT EST VICTIME UN INCAPABLE**

Si la victime de la lésion est un incapable, il est parfaitement possible de demander la rescision du contrat même si cet incapable aurait contracté avec l'assistance de son tuteur et bien qu'il n'y ait pas de dol de l'autre partie¹⁶⁹.

¹⁶⁷ Article 55 du DOC.

¹⁶⁸ Article 52 du DOC : « Le dol donne ouverture à la rescision, lorsque les manœuvres ou les réticences de l'une des parties, de celui qui la représente ou qui est de complicité avec elle, sont de telle nature que, sans ces manœuvres ou ces réticences, l'autre partie n'aurait pas contracté. Le dol pratiqué par un tiers a le même effet, lorsque la partie qui en profite en avait connaissance ».

¹⁶⁹ Article 56 du DOC.