

Introduction générale

I. Domaine et définition

Le droit commercial classique se définit comme étant l'ensemble des règles juridiques relatives aux commerçants, aux biens commerciaux et aux opérations commerciales.

Deux raisons principales ont présidé à l'apparition d'un droit commercial distinct du droit civil : la rapidité et le crédit.

Mais, à ce droit commercial classique, se sont ajoutés peu à peu des apports tout à fait nouveaux constitués par des éléments de droit public et notamment de droit public économique. C'est ainsi qu'est né le droit des affaires.

L'évolution du droit commercial classique vers un droit des affaires autonome, n'est pas seulement une question de terminologie. Celui-ci est apparu pour répondre aux nécessités de la pratique.

Le droit qui régit les activités industrielles et commerciales est devenu-eu égard aux multiples interventions de l'Etat dans le domaine industriel et commercial un mixte de droit privé et de droit public. Le changement de terminologie fait bien apparaître que toute question relative à l'entreprise trouve sa réponse dans des principes trouvant leur source dans des disciplines multiples relevant du domaine fiscal, pénal, comptable et social.

Il ressort de ce qui précède que le droit des affaires a un domaine plus vaste que le droit commercial, qui était entendu traditionnellement comme le droit des commerçants et des actes de commerce. Le droit des affaires englobe aussi des questions qui relèvent du droit public, du droit fiscal, ou du droit du travail.

Pour reprendre la formule de CHAMPAUD, nous dirons que « le droit des affaires opère la synthèse des approches publicistes et privatistes du droit ». Et qu'il va plus loin « parce qu'il fonde en un seul alliage les techniques de gestion qui concourent à la solution des problèmes d'organisation de la vie des affaires tels qu'ils se présentent quotidiennement à l'entreprise et dans l'entreprise ».

Face à l'absence d'une définition formalisée du droit des affaires, chaque auteur est donc réduit à un parti pris, à un choix de conception. Au-delà des divergences, le droit des affaires peut être défini comme étant l'ensemble des règles régissant l'activité commerciale en général, qu'elle soit exercée par des commerçants ou d'autres professionnels. Partant de cette définition le droit commercial peut apparaître comme un sous ensemble du droit des affaires, se résumant aux seules règles applicables aux commerçants.

II. Le particularisme du droit des affaires

Le particularisme du droit des affaires s'explique d'une part parce que celui-ci cherche à répondre aux nécessités de l'entreprise (A) et d'autre part parce qu'il cherche à répondre aux besoins des commerçants (B).

A. Le droit des affaires et les nécessités de l'entreprise.

Le droit des affaires s'est constitué pour répondre à certains besoins et certaines idées économiques et sociales en cours depuis le fin de la seconde guerre mondiale.

Au commerce des marchands des siècles passés, se sont substitués des formes modernes, caractérisées par un changement de dimension et de conception. Le développement de la grande industrie et du grand commerce et le développement de la force et de la puissance de la personnalité morale ont marqué la transformation du droit commercial dont le dépassement était inévitable.

En effet, le droit commercial classique avait été construit à partir des notions civilistes de propriété et de patrimoine, or :

- D'une part, des propriétés collectives se substituent aux propriétés individuelles.
- D'autre part, la production économique ne postule pas nécessairement la propriété des biens de production. Il en est ainsi avec le développement du bail commercial ou le crédit-bail portant sur les biens d'équipement ou les immeubles.
- Enfin, la notion nouvelle d'entreprise fait prévaloir les intérêts de l'entreprise sur les intérêts individuels.

Ce constat est la conséquence d'un certain nombre de facteurs notamment la dématérialisation des objets économiques, la dépersonnalisation des rapports juridiques et des concentrations économiques.

Pour faire face à ces différentes mutations il faut avoir recours à une pratique d'interdisciplinarité capable de permettre à l'entreprise d'avoir des éléments de prévision et de gestion. Le droit des affaires devenu le droit de l'entreprise commerciale est une réponse à ce besoin.

B. Le droit des affaires et les besoins de l'entreprise

Pour faire face aux besoins de l'entreprise, le droit des affaires a développé un certain nombre de règles totalement différents de celles édictées en droit civil.

Certaines sont venues pour répondre au besoin de rapidité, d'autres pour répondre au besoin de crédit.

La rapidité

Le droit des affaires a tendance à supprimer un certain nombre de formalités qui auraient eu pour conséquence de retarder la conclusion ou l'exécution des opérations commerciales. Plusieurs règles peuvent illustrer ce propos :

- En droit des affaires la preuve est libre (Art 334 du C.com).

Tel n'est pas le cas en matière civile qui exige la production d'un écrit ou d'un commencement de preuve par écrit pour des raisons de preuve (Art 443 du DOC).

- alors qu'en droit civil le délai de la prescription extinctive des obligations est de 15 ans, en droit commercial, en principe, le délai de prescription est de 5 ans, lorsque les obligations sont nées entre commerçants.

Toutefois, le besoins de rapidité en matière commerciale n'empêche pas le développement d'un formalisme nouveau en droit des affaires, ayant pour objet de faciliter les relations commerciales et de permettre aux parties de contracter en toute sécurité.

Exemple : le contrat de société ou le contrat de dépôt doivent faire l'objet d'un écrit.

Le crédit

Le droit des affaires assure et garantit le crédit en accordant aux commerçants un certain nombre de garanties particulières :

- la protection des créanciers contre les défaillances des débiteurs.
D'une part, le débiteur commerçant ne peut bénéficier de délai de grâce pour l'acquittement de sa dette. D'autre part, en matière commerciale, la solidarité est toujours présumée entre les débiteurs commerçants.
- Enfin, s'il est constaté que le débiteur commerçant se trouve en cessation de paiement, la procédure prend alors la forme d'un redressement ou liquidation judiciaire. Cette procédure

d'exécution collective sur tous les biens du débiteur a pour but de réaliser l'égalité entre tous les créanciers.

- Le développement et l'organisation de la publicité de certains actes juridiques a pour objectif d'assurer non seulement la sécurité juridique mais l'égalité des parties. C'est ainsi que le défaut de publicité est sanctionné avec une vigueur toute particulière.

Exemple : le commerçant non inscrit au registre du commerce ne peut se prévaloir de la qualité de commerçant, mais reste néanmoins tenu des obligations contractées par lui en cette qualité (Art 59 du C.Com).

- Enfin l'apparence joue un rôle important en droit des affaires. C'est ainsi que dans les rapports avec les tiers, les organes des sociétés engagent celle-ci indépendamment des pouvoirs réels qu'ils détiennent. De même, lorsqu'une société est annulée après avoir fonctionné un certain temps, donc crée une apparence en concluant des contrats avec les tiers, cette annulation ne rétroagit pas afin de protéger les associés et surtout les tiers qui ont contracté avec cette société.

Les sources du droit des affaires :

Nous distinguerons les sources internes (A) des sources internationales (B).

A. Les sources internes

Les sources internes du droit des affaires ne cessent de se diversifier. Il s'agit notamment de la loi, les usages commerciaux, la jurisprudence, et la doctrine.

- La loi :

La loi est la principale source du droit des affaires. Elle doit être entendue ici au sens très large que le droit des affaires se caractérise par une diversité de sources.

Elle comprend notamment :

- La constitution :

Elle fixe d'une part, le mode de désignation des organes essentiels de l'Etat ainsi que leurs rôles respectifs et détermine d'autre part, les droits et libertés des gouvernés. Elle détermine les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés qui transcendent le principe de la liberté du commerce.

Par ailleurs, et à la différence de la plupart des législations étrangères, la constitution marocaine de juillet 2011 dans son article 6 a érigé le principe de la sécurité dans le domaine des affaires et de l'entreprise.

- Le code de commerce :

Il s'agit notamment du Dahir du 1^{er} aout 1996 qui a abrogé celui du 12 aout 1912.

Cette nouvelle refonte du code de commerce s'est opérée à notre sens à droit

constant. Il s'agit donc d'une simple présentation ordonnée des textes existants, s'accompagnant d'une numérotation de l'ensemble des dispositions.

Dans le code actuel subsistent par conséquent les dispositions définissant le commerçant et les actes de commerce, quelques dispositions consacrées à des contrats purement commerciaux, les règles relatives aux effets de commerce et celles consacrées aux entreprises en difficulté qui constituent, à nos yeux, la plus grande innovation en instaurant le régime de la prévention des difficultés occultée par l'ancien code.

Malgré cela, la nouvelle recodification a pour avantage d'avoir rendu plus lisible et plus complet notre droit commercial.

- Dispositions non intégrées dans le code de commerce :

Nombre de textes intéressant la vie des affaires restent encore en dehors du code de commerce. C'est le cas notamment de la loi 49-16 sur les baux commerciaux.

La théorie générale des contrats et obligations est consignée dans les articles du code civil, le dahir formant code des obligations et contrats (D.O.C).

Les années 90 ont vu se multiplier des lois techniques. On peut citer à ce titre le dahir du 30 août 1996 relatif à la société anonyme, le dahir du 13 février 1997 relatif aux tribunaux de commerce.

D'autres textes essentiels sont directement inspirés de la politique économique du gouvernement en place. A titre d'exemple, on peut citer le dahir du 5 juin 2000

sur la concurrence et la liberté des prix, ou celui du 5 février 1999 relatif aux groupements d'intérêt économique.

- **Les usages commerciaux :**

Les usages sont des pratiques qu'un emploi constant transforme en une règle non écrite. Ils se développent généralement dans des domaines où la loi écrite n'a pas pu s'exprimer avec sa généralité et son abstraction.

La caractéristique essentielle des usages de fait réside en ce que ces usages sont nés généralement des accords de volonté et par conséquent leur force exécutoire est celle des conventions. Ils ont ainsi un domaine d'application plus limité. Le plus souvent ils vont concerner une région, une place, ou une bourse.

Il en résulte un certain nombre de conséquences :

- L'existence d'un usage de fait doit être établie par celui qui l'invoque (Article 476 du D.O.C).
- Les usages doivent être acceptés expressément ou tacitement par les parties. L'acceptation tacite résulte notamment de l'appartenance des parties à la profession concernée par les usages.
- Ils peuvent être écartés par une volonté contraire des parties ;
- Ils ne peuvent pas déroger à une loi impérative.

-Les usages de droit :

Les usages de droit sont de véritables lois, et de ce fait ils ont un domaine et une portée plus générale. Ils ont un caractère impératif. Sauf exceptions, ils ne peuvent toutefois s'opposer à une loi impérative de droit commercial. Mais de tels usages peuvent déroger à une règle impérative du droit civil dont les dispositions ne s'appliquent qu'à défaut des règles propres au droit commercial.

Les usages de droit font partie intégrante du droit commercial. Les plus importants de ces usages ont été consacrés par la jurisprudence.

- La jurisprudence :

La jurisprudence représente l'ensemble des décisions de justice. Son rôle est le même en droit des affaires qu'en droit civil : elle interprète la loi, la complète et parvient même à la faire évoluer au gré des besoins.

- La doctrine :

CAPITANT définit la doctrine comme étant : l'opinion communément professée par ceux qui enseignent le droit ou même ceux qui, sans enseigner, écrivent le droit.

La doctrine commerciale est généralement l'œuvre d'universitaires ou de praticiens. Son rôle consiste à critiquer, analyser, proposer. Selon la finalité de

l'auteur et du support, l'apport doctrinal peut être plus ou moins important, et peut aller jusqu'à influencer le législateur ou le juge.

En droit des affaires l'apport de la doctrine est évident. C'est elle qui a énoncé les principes dominant la discipline, qui a élaboré les théories importantes, et qui a favorisé l'émergence de matière nouvelles tels que le droit bancaire, le droit de la concurrence ou le droit de la distribution.

B – les sources internationales :

La tendance du commerce vers la mondialisation a poussé les commerçants et les Etats à rechercher des mécanismes permettant de limiter les contraintes résultant de droits nationaux. Plusieurs voies sont utilisées pour faciliter le commerce juridique et sont autant de sources pour le droit des affaires. Il s'agit des traités (a) et des usages internationaux (b).

a – Les traités internationaux :

Les traités internationaux sont des accords conclus entre l'Etat marocain et un ou plusieurs autres Etats. Ils ont une portée très variable mais leur régime juridique est le même.

1. Les traités bilatéraux :

Ces traités règlent un problème particulier entre deux Etats. Le Maroc est engagé par exemple avec des nombreux pays dans des traités de commerce, des

conventions douanières, des accords de change ou des conventions fiscales pour éviter les doubles impositions.

2. Les traités multilatéraux

Ces traités ont pour but de soumettre à un régime juridique identique certains aspects des affaires. Cette uniformisation comporte trois degrés :

- Les traités qui imposent la loi à appliquer dans un cas donné ; entre les différentes lois possibles ils en choisissent une, on les appelle traités réglant des conflits de lois. Par exemple, la convention de la Haye du 25 juillet 1955 relative au conflit de lois en matière de vente internationale d'objets mobiliers dispose que la loi applicable à toute vente entre ressortissants des Etats signataires de cette convention est la loi du lieu du domicile du vendeur.
- Les traités qui définissent entièrement le régime juridique d'une opération donnée dans les relations internationales. C'est le cas des conventions qui fixent les règles applicables aux transports internationaux tant par chemin de fer (Convention dite C.O.T.I.F du 9 mai 1980), que par mer ; (Les diverses conventions de Bruxelles et les règles de Hambourg, 31 mars 1987), par air (Convention de Varsovie du 12 octobre 1929) ou par route (Convention de Genève du 19 mai 1956 dite C.M.R). C'est le cas également de la convention de Vienne de 1980 relative à la vente internationale ;

- Les traités qui soumettent à un même régime une opération juridique donnée, tant dans ses applications nationales qu'internationales. Cette technique a été retenue pour les moyens des paiements (Convention de Genève du 7 juin 1930 et 13 mars 1931) pour la responsabilité du fait des produits ; pour les droits de propriété industrielle.

3 – Les traités d'organisation de la vie économique.

Ces traités ont pour but de faciliter les relations économiques entre Etats. Cela le conduit à édicter des règles de droit qui ne peuvent laisser indifférent le juriste des affaires. Certains d'entre eux revêtent une très grande importance :

-Les accords de Bretton Woods dans le New Hampshire aux Etats-Unis, signés en date du 22 juillet 1944 ont abouti à la création du Fonds Monétaire International et la Banque Internationale pour la Reconstruction et le Développement BIRD. L'objectif majeur du F.M.I est de favoriser la libéralisation des échanges et des paiements internationaux en vue de l'accroissement du commerce mondial.

- L'accord général sur les tarifs et le commerce (Général Agreement on Tariffs and Trade : G.A.T.T.).

Négocié en 1947 signé par 24 pays, ce traité est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1948. Le but du G.A.T.T est de réduire ou de supprimer les droits de douane et les contingents dans le domaine des échanges de marchandises, et d'assurer

le caractère non discriminatoire des restrictions qui subsistent. Une révision de cet accord a été réalisée grâce à la convention de Marrakech du 15 avril 1994. Cette convention a créé l'Organisation Mondiale du commerce (O.M.C.). Contrairement au G.A.T.T qui ne fut qu'un simple traité international sans aucune assise structurelle, l'OMC est une organisation à part entière, dotée d'une personnalité juridique d'un secrétariat, et d'une direction générale.

b. les usages internationaux

L'activité commerciale a donné naissance à un ordre juridique professionnel. On parle d'une *lex mercatoria*, c'est-à-dire l'ensemble des règles appliquées par les commerçants sur le plan international. Ces règles viennent compléter l'ordre juridique étatique. Elles s'inspirent des exigences spécifiques du commerce international, et s'expriment par quelque principes fondamentaux, tels que ceux de la bonne foi ou du respect de la force obligatoire des conventions.

Les usages internationaux prennent souvent la forme de codification privée ou de contrat-type tels que ceux de la *LONDON COMMERCIAL TRADE ASSOCIATION*, relatifs aux ventes maritimes de céréales, ou ceux du droit maritime sous le nom des règles de *YORK et d'Anvers* qui traitent des avaries communes.

Des organismes internationaux œuvrent activement à la recherche de solutions communes en matière de commerce international. Il faut citer la chambre de

Commerce international. Elle a le mérite d'avoir élaboré les règles et usages du crédit documentaire, les règles uniformes applicables aux garanties à première demande. Elle a aussi établi le lexique des Incoterms (International Commercial Terms), permettant ainsi l'usage d'un vocabulaire unique. On ne peut passer sous silence le travail d'Unidroit (Institut pour l'unification du droit privé) qui est une organisation intergouvernementale. Cet organisme a pour mission de préparer des projets de lois ou de conventions visant à établir un droit uniforme et à faciliter les rapports internationaux en matière de droit privé.

III. Délimitation de l'étude

L'étude du droit des affaires est si vaste qu'elle doit nécessairement être délimitée, même si le choix effectué n'exclut pas un certain arbitraire.

Pour l'étude de cette matière, nous ferons de l'entreprise notre point de départ.

La première partie sera consacrée à l'étude des activités juridiques de l'entreprise, et la seconde sera consacrée à l'étude des difficultés de l'entreprise.

A partir de ce plan, on va diviser notre étude sur deux axes :

Le premier sera consacré aux techniques juridiques d'engagements (**premier chapitre**), Le second sera consacré aux techniques juridiques des échanges (**deuxième chapitre**).

Premier Chapitre

Techniques Juridiques

D'Engagements

L'étude des techniques juridiques d'engagement de l'entreprise revient à étudier ce que les juristes privatistes appellent la théorie générale des obligations.

Celle-ci tient une place très importante en droit privé. C'est une pièce centrale, essentielle, elle est de tous temps et de tous les pays. En effet, l'obligation est l'outil de base de toute relation économique, de toute modification patrimoniale. La vie économique vue sous l'angle juridique est un immense puzzle d'obligation.

Dans le langage courant, l'obligation est souvent utilisée dans le sens de devoir.

Au sens juridique, l'obligation se définit comme étant un lien juridique entre deux personnes en vertu duquel une personne, le débiteur, est tenue d'exécuter une prestation au profit d'une autre, le créancier.

De cette définition, il découle que l'obligation est une relation entre deux personnes, le débiteur et le créancier.

Le créancier, sujet actif de droit est titulaire d'une prérogative. Il dispose du pouvoir d'exiger du débiteur une prestation.

Le débiteur, sujet passif de droit, est tenu d'une dette qu'il est astreint d'exécuter envers le créancier.

L'obligation ainsi définie revêt un caractère obligatoire. Le créancier dispose, en effet, d'un pouvoir de contrainte qui lui permet de recourir à la force publique pour obtenir l'exécution de la prestation.

La question qui se pose alors est de savoir comment naissent les obligations ? La question est d'importance puisqu'il s'agit de déterminer la source de l'obligation, c'est-à-dire l'acte ou le fait juridique auquel la loi s'attache pour considérer l'obligation comme née.

D'après le D.O.C (dahir formant code des obligations et contrats), la source essentielle est le contrat. Mais le code admet les obligations qui naissent sans convention. Ce sont d'une part les obligations nées des délits ou quasi-délits (Art.77 et s. du D.O.C), d'autre part, les obligations nées de quasi-contrats qui englobent notamment la gestion d'affaire (Art.943 et s. du D.O.C), l'enrichissement sans cause (Art.66 du D.O.C), et le paiement de l'indu (Art 68 et s. du D.O.C).

La doctrine moderne s'attache surtout au fait que toutes les obligations découlent soit d'un acte juridique soit d'un fait juridique.

L'acte juridique est une manifestation de volonté qui a pour objet et pour effet de créer, modifier, ou éteindre un droit. L'exemple type en est le contrat qui est un accord de deux ou plusieurs volontés en vue de faire naître des obligations, ou de transmettre des droits réels comme la propriété. Mais cette manifestation de volonté peut être unilatérale lorsqu'elle procède d'une seule volonté, par exemple, un testament.

Les fait juridique sont les évènements auxquels la loi attache des effets de droit, indépendamment de la volonté des personnes qui bénéficieront ou souffriront de ces effets ; on distingue :

- Les évènements matériels, indépendants de toute manifestation de volonté (exemple : le décès d'une personne entraîne l'ouverture de la succession) ;
- Les comportements impliquant une certaine volonté, mais non pas celle de produire les effets de droit qui en résultent.

De ce qui précède, il résulte que les sources des obligations sont nombreuses et variées. Nous étudierons tour à tour les deux sources fondamentales des obligations :

- Les engagements formés par contrat
- Les engagements formés sans contrat
- Enfin, l'étude des règles communes à toutes les obligations.

LES ENGAGEMENTS FORMES PAR CONTRAT

Le contrat est usuellement défini comme étant une convention génératrice d'obligations. Dans tous les cas de figure, le contrat suppose un accord de volontés entre deux personnes au moins. Ces personnes –les parties- sont seules liées par cet accord. Elles sont les seules à en recueillir le bénéfice ou en supporter la charge, alors que celles qui n'y ont pas participé ne peuvent en profiter ni en souffrir. Cette règle est l'émanation directe du principe dit *l'effet relatif des contrats*, principe aux termes duquel un tel acte est dépourvu d'effets, au moins directs à l'égard des tiers.

De là, découlent les éléments de spécificité du contrat par rapport aux autres actes juridiques.

Le contrat s'oppose ainsi à l'acte juridique unilatéral, qui n'est l'œuvre que d'une seule volonté (exemple : le testament).

Il s'oppose à l'acte juridique collectif qui est susceptible de s'imposer à des personnes qui n'y ont pas participé (ex : le vote majoritaire des actionnaires au sein d'une société anonyme).

Devant le foisonnement contractuel, un effort de classification des contrats s'impose (TITRE 1), avant que nous ne procédions à l'étude des règles qui

gouvernent leur formation (TITRE 2), et des effets qui leurs sont reconnus (TITRE 3).

TITRE 1 : LES CLASSIFICATIONS DES CONTRATS

A côté de la classification traditionnelle des contrats (section1) – remontant au droit romain- il est une classification plus récente qui est venue compléter la première par suite de l'apparition et de la diffusion de schémas contractuels nouveaux (section2).

Section 1 : classification traditionnelle des contrats

Paragraphe1 : contrats synallagmatiques et contrats unilatéraux

Contenu de la distinction

Le contrat synallagmatique est celui qui fait naître, à la charge des parties, des obligations réciproques.

Chacune d'elles y est créancière et débitrice (ex : le contrat de vente).

Le contrat unilatéral est celui qui ne fait naître d'obligation qu'à la charge de l'une des parties. Celle-ci n'est que débitrice. L'autre n'est que créancière (ex : la donation, la promesse de contracter).

Le contrat unilatéral ne doit pas être confondu avec l'acte juridique unilatéral. Ce dernier est unilatéral dans sa formation.

La volonté d'une seule personne produit un effet juridique. Au contraire, le contrat unilatéral suppose l'accord de volontés : il n'est unilatéral que dans son exécution.

Portée de la distinction

Particulièrement importante, elle se situe sur un double plan :

1. Quant à la preuve

L'acte sous-seing privé qui constate un contrat synallagmatique, doit être rédigé en autant d'exemplaire qu'il y a de parties.

Au contraire, un contrat unilatéral pourra n'être constaté que dans un acte unique.

2. Quant au fond

L'interdépendance des obligations, nées du contrat synallagmatique, est à l'origine de trois règles essentielles :

- **L'exception d'inexécution**

A supposer que l'une de parties à un contrat synallagmatique n'exécute pas les obligations dont elle est tenue, le co-contractant peut refuser d'exécuter les siennes. A l'action exercée par son partenaire pour le contraindre à exécuter, il opposera l'exception d'inexécution (exception non adimpleti contractus) voir Art.235 du D.O.C.

- **La résolution pour inexécution**

L'une des parties à un contrat synallagmatique n'exécutant pas ses obligations, le co-contractant peut ou bien tenter de l'y contraindre ou bien demander en justice la résolution du contrat, c'est-à-dire sa destruction rétroactive, (voir Art.259 D.O.C.).

- **La charge des risques**

Qu'un événement de force majeure empêche l'une des parties d'exécuter ses obligations, l'autre est par la même déchargé des siennes. Créances et dettes sont en effet indissociables, (voir Art.338 D.O.C.).

Paragraphe2 : contrats à titre onéreux et contrats à titre gratuit

Contenu de la distinction

Par contrat à titre gratuit, on entend l'accord par lequel l'une des parties entend procurer un avantage à l'autre sans rien recevoir en échange. Ceci suppose chez les parties la conscience que l'une d'elles procure un avantage sans contrepartie (ex : le contrat de donation).

Par contrat à titre onéreux, on entend l'accord par lequel chacune des parties reçoit ou recevra de l'autre un avantage considéré comme équivalent à la prestation qu'elle fournit à son partenaire.

Portée de la distinction

La considération de la personne du co-contractant, généralement indifférente dans le contrat à titre onéreux, est essentielle dans le contrat à titre gratuit : peu importe à qui l'on vend, on ne donne pas à n'importe qui, d'où une admission plus large dans le second cas de la nullité pour erreur sur la personne.

La responsabilité de celui qui a conclu un contrat à titre onéreux est appréciée plus sévèrement que s'il a fourni une prestation sans contrepartie. Ainsi, alors que le donateur ne doit pas de garantie pour les vices cachés qui pourraient affecter le bien donné, le vendeur est tenu d'en répondre à l'égard de l'acquéreur.

Paragraphe3 : contrats commutatifs et contrats aléatoires.**Contenue de la distinction**

Par contrat commutatif, on entend l'accord par lequel les prestations mises à la charge des parties peuvent être exactement mesurées dès le moment de sa conclusion.

Un contrat est dit aléatoire, lorsque la prestation à laquelle l'une des parties est obligée, dépend dans son existence ou son étendue d'un événement incertain (ex : contrat d'assurance).

Portée de la distinction

L'intérêt de cette distinction apparaît en matière de lésion. Le déséquilibre entre les prestations réciproques des parties devant s'apprécier au jour de la conclusion

du contrat. La lésion suppose que les avantages résultant de l'accord, pour chacune des parties, soient connues dès ce moment. La jurisprudence en conclue que la lésion ne saurait être invoquée dans les contrats aléatoires. L'aléa, dit-on, exclut la lésion.

Paragraphe4 : contrats nommes et contrats innommés

Contenu de la distinction

Par contrats nommés, on entend les contrats qui sont spécialement réglementés par la loi. C'est ainsi que le législateur a édicté des règles parfois supplétives, parfois impératives en ce qui concerne les contrats de vente, de louage, de mandat et de dépôt.

Par contrat innommés, on entend les contrats qui ne sont pas spécialement réglementés par la loi.

Cette catégorie comprend tous les contrats nés à l'époque contemporaine de la combinaison de schémas contractuels traditionnels.

Exemple : le contrat d'ingénierie, par lequel « l'ingénieur » est chargé de la construction d'une unité industrielle, rassemble des éléments du contrat d'entreprise, de la vente, du mandat, du louage...

Portée de la distinction

Alors que l'interprétation d'un contrat nommé ne suscite pas de difficultés insurmontables, il n'en va pas toujours de même en matière de contrats innommés.

A supposer que les parties à un contrat nommé, une vente par exemple, n'aient point défini avec précision leurs obligations réciproques, il suffira, en cas de litige, de recourir aux dispositions réciproques du droit civil relatives à ce contrat, (Art.478 et s, du D.O.C).

Cette solution se révèle impossible en présence d'un contrat innommé, faute de réglementation légale correspondante. Plusieurs voies s'offrent alors au juge :

- Privilégier certaines des pièces de l'accord empruntées à un tel type de contrat nommé, les qualifier de principales et rattacher l'intégralité de la convention par application de la règle « l'accessoire suit le principale », au régime du contrat ainsi désigné.
- Faire éclater le contrat innommé, refuser une qualification unitaire et considérer qu'entre les parties sont intervenues trois ou quatre conventions distinctes (vente, louages, mandat...), qui doivent être soumises chacune à leur régime propre ;
- Considérer ce contrat comme une construction unitaire soumise à un régime original qu'il s'efforcera de bâtir avec le permanent souci de ne pas trahir l'intention profonde des parties. Cette dernière solution constitue la seule attitude conforme à la volonté des contractants, les précédents la mutilent

Paragraphe 5 : contrats consensuels, réels, et solennels

Par contrat consensuels, on entend les contrats qui se forment par le seul accord des volontés.

Ils constituent la catégorie de principe. Peu importe la forme dans laquelle les parties ont manifesté leur accord, peu importe qu'il y ait eu ou non remise du bien sur lequel porte la convention.

Il est toutefois certaines hypothèses dans lesquelles le code civil exige exceptionnellement le respect des formalités.

Par contrats solennels, on entend les contrats dont la validité requiert, outre l'accord des parties, le respect des formalités.

Exemple :

- La vente ayant pour objet des immeubles (Art.489 D.O.C) ;
- Le contrat de sociétés ayant pour objet des immeubles (Art.987 D.O.C) ;
- Le contrat de mariage

Par contrats réels, on entend les contrats dont la validité requiert, outre l'accord des parties, la remise du bien qui en est l'objet.

Exemple :

- Le prêt à usage (Art.833 D.O.C) ;
- Le gage (Art.1188 D.O.C).

Section 2 : classifications plus récentes.

Paragraphe1 : contrat de gré à gré et contrats d'adhésion

Contenu de la distinction

Par contrat de gré à gré, on entend les contrats dont les dispositions ont été librement négociées par les parties.

Au contraire, le contrat d'adhésion est caractérisé par l'adoption par l'une des parties, sans qu'aucune discussion ne soit possible, des dispositions unilatéralement fixées par l'autre (ainsi le contrat de transport conclu avec l'*ONCF* par exemple, ou une compagnie de navigation se résume en l'adhésion donnée par le voyageur à des clauses entièrement rédigées à l'avance par son co-contractant).

Portée de la distinction

Les contrats d'adhésion trouvent fréquemment leur origine dans un déséquilibre de puissance économique qui suscite une intervention législative : par voie de réglementation impérative, le législateur se préoccupe d'assurer la protection de la partie placée en position d'infériorité.

Paragraphe 2 : contrats instantanés et contrats successifs

Contenu de la distinction

Un contrat est dit instantané dès lors que l'exécution des prestations incombant aux parties peut être exécutée en un seul trait de temps. Par exemple dans un contrat de vente : le transfert du droit de propriété et le paiement du prix s'effectuent immédiatement.

Un contrat dit successif dès lors que l'exécution des prestations incombant aux parties s'échelonne dans le temps (ex : contrat de bail, de travail...).

Portée de la distinction

En cas d'annulation ou de résolution du contrat, l'effacement rétroactif de celui-ci sera, en pratique souvent impossible, s'agissant d'une convention à exécution successive. Comment effacer l'occupation de l'appartement, le travail fourni ? L'annulation ou la résolution ne joueront en fait que pour l'avenir en mettant fin aux relations contractuelles à la manière d'une résiliation.

Paragraphe 3 : contrats individuels et contrats collectifs

Par contrat individuels, on entend les contrats qui n'engagent que les personnes qui y ont consenti.

Les contrats collectifs engagent également des personnes qui n'ont point participé à leur négociation et n'ont pas consenti personnellement à leur conclusion.

Exemple : la convention collective de travail.

Chapitre 2 : la formation des contrats

Quatre conditions sont requises pour que le contrat soit légalement formé (section1), l'absence de l'une d'entre elles pouvant entraîner la nullité (section2).

Section1 : conditions de formation des contrats

Aux conditions de fond, il faut ajouter les conditions de forme imposées par la loi pour la validité du contrat.

Sous-section 1 : les conditions de fond

Les conditions de formation du contrat sont dominées par le principe de l'autonomie de la volonté.

Ce qui compte avant toute autre chose, c'est la volonté des parties, laquelle est elle-même envisagée de divers points de vue ;

- Les parties sont-elles aptes à s'engager ? c'est le problème de la capacité ;
- Ont-elles voulu s'engager ? il faut vérifier leur consentement ;
- Qu'ont-elles voulu ? il faut un objet à leur engagement ;
- Pourquoi l'ont-elles voulu ? on doit s'interroger sur la cause de l'engagement.

Paragraphe 1 : la capacité de contracter

Lorsque l'on passe un contrat, il est important de vérifier si la personne du co-contractant est capable de s'obliger juridiquement. L'incapacité de l'une des

parties permettrait, en effet, à celle-ci d'exercer suivant les cas soit l'action en nullité (Art.4 du D.O.C.), soit l'action en rescision lésion (Art.56 du D.O.C).

A supposer réglé le problème de la capacité, une autre question se pose chaque fois que l'un des contractants traite non pas en son nom mais en sa qualité de représentant d'une autre personne. En pareil cas, il faudra encore s'assurer des pouvoirs des représentants ou organes de gestion.

1. La vérification de la capacité du co-contractant

La vérification de la capacité doit être faite à un double point de vue. Le contractant a-t-il la capacité :

- De conclure le contrat envisagé (capacité de jouissance ; aptitude à acquérir certains droits et à en devenir titulaire) ?
- De conclure lui-même et sans autorisation (capacité d'exercice : aptitude à exercer soi-même les droits dont on est titulaire) ?

D'une manière générale, la capacité est la règle, l'incapacité est l'exception.

Les incapacités de jouissance, étant fort peu nombreuses ne requièrent qu'un contrôle léger, du moins pour les personnes physiques. Il ne subsiste aujourd'hui que les incapacités de jouissance dites spéciales. C'est le cas notamment du failli à qui il est fait interdiction de diriger, de gérer ou d'administrer une entreprise commerciale ou des personnes morales à qui- en vertu de la règle de la spécialité

- Il est interdit de conclure des contrats qui ne seraient pas en rapport avec l'objet social tel que défini dans les statuts.

Concernant les incapacités d'exercice, il faut distinguer mineurs et majeurs ;

- Les mineurs sont les personnes de moins de 18 ans. Ils sont protégés tant dans leur personne (les règles de l'autorité parentale) que pour la gestion de leurs biens. Ils doivent être représentés par une autre personne (père, mère ou tuteur) qui agit en leur nom et pour leur compte.
- Les majeurs sont tous en principe capables, leur incapacité ne peut résulter que d'une décision judiciaire par laquelle le juge les met en régime de tutelle à raison de leurs déficiences mentales ou physiques. Leur incapacité, étant judiciairement déclarée, ils seront soumis comme le mineur à une représentation totale par les soins du tuteur.

Paragraphe 2 : le consentement des parties

C'est la manifestation de la volonté commune des parties de contracter.

En vertu du principe du consensualisme, le consentement peut être donné sous la forme verbale ou sous la forme écrite ou sous toute autre forme appropriée.

Néanmoins, en matière civile la rédaction d'un écrit, et sa signature par les parties sont rendues quasi obligatoires pour des motifs de preuve. L'article 443 du D.O.C exige la rédaction d'un acte écrit chaque fois que la valeur de la transaction est supérieure à 10.000 Dirhams.

On dit généralement que pour la validité du contrat, le consentement des parties doit exister et être exempt de vices.

1) L'expression du consentement

Nous nous interrogerons successivement sur la structure du consentement et le mécanisme de formation du consentement.

La structure du consentement

Pour être reçu, le consentement doit prendre la forme d'une manifestation de volonté, **une offre**, suivie d'une **acceptation**.

a) L'offre

Par offre, on entend toute manifestation sérieuse de volonté de conclure un contrat déterminé à des conditions déterminées. Elle peut être expresse, c'est-à-dire formulée par un écrit, par la parole. (Par exemple, les petites annonces des journaux, prospectus publicitaires,...). Dans le commerce, elle est le plus souvent tacite, et résulte notamment de l'étalage des marchandises. De façon générale, on peut noter que la plupart des commerçants sont en état d'offre permanente dans la limite de leur stock.

Pour être valable, l'offre doit être sérieuse et précise.

L'offre ainsi formulée, engage l'offrant à maintenir son offre ;

- Soit pendant la durée expressément stipulé (Art.29 du D.O.C).

- A défaut, pendant un délai raisonnable qu'il appartiendra aux juges d'apprécier en cas de contentieux, en fonction de la nature du contrat proposé, des usages et des circonstances particulières, (Art.30 du D.O.C).

L'offre peut être faite à une personne déterminée ou au public.

Dans tous les cas dès l'instant que l'acceptant répond à une offre faite sans réserve, l'offrant est lié non plus par une proposition mais par un contrat qui en est issu.

b) L'acceptation

C'est la manifestation de volonté du destinataire de l'offre. Comme l'offre elle peut être expresse ou tacite, elle peut résulter d'un geste usuel, (ex : livraison de marchandise commandée sans avoir répondu à la lettre de commande).

La question se pose de savoir si le silence vaut acceptation. En dépit de l'adage « qui ne dit mot, consent », le fait de ne pas répondre à une offre ne vaut pas en principe acceptation.

B. L'intégrité du consentement

Le consentement requis pour la validité des conventions doit être l'effet d'une détermination libre et réfléchie. Trois causes peuvent le vicier : « est annulable le consentement donné par erreur, surpris par dol ou extorqué par violence », (Art.39 du D.O.C).

Indépendamment de ces trois vices, on admet, dans certains contrats, une quatrième cause de rescision : la lésion.

- **L'erreur (Art40 et s. du D.O.C)**
- **Le Dol (Art 52 du D.O.C)**
- **La violence (Art. 47 à 51 du D.O.C)**
- **La lésion (Art 55 et 56 du D.O.C)**

Paragraphe 3 : l'objet

Tout contrat entraîne la création d'une ou plusieurs obligations lesquelles ont chacune un objet. Pour simplifier, nous parlerons de l'objet du contrat (Art.57 à 61 du D.O.C).

Aux termes de l'article 58 « la chose objet de l'obligation doit être déterminée au moins quant à son espèce ».

La quantité de la chose doit être d'espèce déterminée dès la conclusion du contrat, la quantité peut n'être que déterminable.

Paragraphe 4 : la cause

L'article 62 du D.O.C dispose que « l'obligation sans cause fondée sur une cause illicite est non avenue ».

La notion de cause doit être distinguée de celle de l'objet. Alors que l'objet est ce qui a été voulu, la cause est la raison pour elle le résultat précédent a été voulu.

Sous-section 2 : Conditions de forme

En vertu du principe dit du consensualisme, il est admis en droit marocain que le contrat est valablement formé par l'échange des consentements sans qu'il soit nécessaire de le constater par écrit.

Font exception au principe du consensualisme, les contrats réels (paragraphe 1) et les contrats dits solennels (Paragraphe 2), dont la validité requiert, outre les conditions posées par l'article 2 du D.O.C, le respect de certaines formalités.

Paragraphe 1 : les contrats réels

Leur formation suppose en sus des conditions ordinairement requise pour tout contrat, la remise de la chose, objet de l'opération. Tel est le cas des contrats :

- De dépôt (Art.781 du D.O.C) ;
- De gage (Art.1118 du D.O.C) ;
- De prêt de consommation (Art. 856 du D.O.C).

Dans tous ces contrats, l'accord des volontés n'assure pas à lui seul leur formation : la remise du bien déposé, remis en gage est, de surcroit, nécessaire.

Une certaine doctrine considère que la remise du bien ne constitue pas dans ces cas une condition de formation du contrat, et qu'elle en est le premier acte d'exécution. Le gage ou le prêt serait ainsi des contrats consensuels synallagmatiques. Cette thèse se heurte, toutefois, aux dispositions légales

relatives à ces différents contrats qui subordonnent leur formation à la remise du bien, objet de l'opération.

Ces textes expliquent et justifient la solution favorable à la notion de contrat réel.

Paragraphe 2 : Les contrats solennels

La validité de ces contrats est subordonnée à l'établissement d'un acte écrit.

Selon les cas, celui-ci peut être authentique ou sous-seing privé.

A. L'exigence d'un acte authentique

Les actes authentiques sont des écrits rédigés avec les solennités requises et dans les limites de leur compétence par des officiers publics ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé, (ART. 418 du D.O.C).

L'acte authentique fait foi d'une manière quasi-absolue de sa date attestée par l'officier public et de tout ce que ce dernier y déclare vu, entendu, constaté ou accompli (ART. 420 du D.O.C).

L'exigence d'un acte authentique s'explique par le souci de protéger les parties et les tiers qui ne peuvent être assurés que par la détermination des engagements réciproques des partenaires, contractuels.

B. L'exigence d'un simple écrit

Il s'agit en l'occurrence d'un sous-seing privé rédigé signé par les parties elles-mêmes sans l'intervention d'un officier public.

Il en est ainsi du contrat de société lorsque celui-ci a pour objet des immeubles ou autres biens susceptibles d'hypothèque, et qu'elle doit durer plus de trois ans (Art. 987 du D.O.C). Il en est de même pour les contrats de vente et d'échange lorsqu'ils ont pour objet des immeubles, des droits immobiliers ou autres choses susceptibles d'hypothèque (Art. 489 et 620 du D.O.C).

SECTION 2 : SANCTION DES CONDITIONS DE FORMATION DU CONTRAT

Le contrat qui ne satisfait pas toutes les conditions de formation imposées par la loi est frappé de nullité.

Cette notion mérite d'être précisée (paragraphe1), son régime sera analysé (paragraphe2).

PARAGRAPHE 1 : LA NOTION DE NULLITE

Il convient de distinguer la nullité des notions voisines avant de procéder à la distinction des divers types de nullité.

A. Distinction de la nullité des notions voisines

a. Distinction de la nullité et de la résolution

La nullité diffère de la résolution qui sanctionne, à la demande du créancier impayé, l'inexécution des contrats à obligations réciproques. Mais, elle s'en approche par son effet : l'anéantissement rétroactif du contrat.

b. Distinction de la nullité et de l'inopposabilité

Alors que la nullité sanctionne l'inobservation des conditions de formation du contrat, l'inopposabilité sanctionne au profit des tiers le défaut de publicité de certains actes ou renseignements.

Exemple :

- Le défaut de publicité de la vente d'immeuble à la conservation foncière ;
- Le défaut de publicité des procès-verbaux des délibérations au registre de commerce.

L'inopposabilité suffit en principe à assurer la protection des tiers sans qu'il soit nécessaire d'annuler l'acte entre les parties.

B. Distinction entre les deux types de nullité

a. La nullité dite absolue

La nullité absolue sanctionne la violation des conditions de validité du contrat édictées par le législateur dans un souci de protection de l'intérêt général (voir les articles 306 et 310 u D.O.C)

Donnent lieu à la nullité absolue :

- L'objet impossible, immoral ou illicite ;
- La cause immorale ou illicite ;
- La violation des règles de forme dans les contrats ou le Législateur les impose.

b. La nullité relative ou rescision

La nullité relative sanctionne la violation des conditions par le législateur dans un souci de protection des intérêts des contractants (voir Art. 300 à 318 du D.O.C).

Donnent lieu à la nullité relative :

- Les vices du consentement ;
- L'incapacité ;
- La lésion lorsqu'elle peut être retenue.

PARAGRAPHE 2 : LE REGIME DES NULLITES

Nous verrons successivement les conditions et les effets de la nullité.

A. Les conditions de la nullité**a. Les conditions d'exercice de l'action en nullité absolue**

La nullité absolue peut être invoquée par tout intéressé : les contractants, leurs ayants, leurs créanciers et même le ministère public.

La question se pose quant au délai de l'action en nullité. L'action en nullité absolue se prescrit par quinze ans, c'est-à-dire le délai de prescription de droit commun des actions en justice édictée par l'article 387 du D.O.C.

b. Les conditions d'exercice de l'action en nullité relative

L'action en nullité relative ne peut être invoquée que par les personnes que la loi a entendu protéger. Il s'agit notamment du contractant incapable, celui dont le consentement a été vicié, celui qui a subi la lésion.

L'action en nullité relative peut s'éteindre de deux façons :

- Par la confirmation de l'acte nul, (Art, 317 du D.O.C), C'est-à-dire par la renonciation à intenter l'action. Elle peut être .expresse ou tacite (Exemple : l'exécution volontaire du contrat nul en toute connaissance de cause), (Art. 318 du D.O.C). Le vice d'incapacité ne pourra être confirmé par le mineur qu'une fois parvenu à la majorité ;
- Par la prescription : le délai de prescription est d'un an (Art. 311 du D.O.C) il court du jour ou le vice a cessé (pour le dol et l'erreur), et du jour de leur majorité pour les incapables (Art.312 du D.O.C).

Dans tous les cas, l'action en rescision se prescrit par le laps de temps de quinze ans à partir de la date de l'acte, (Art.314 du D.O.C.).

Les effets de la nullité

Que la nullité soit absolue ou relative, les effets sont identiques. En principe, la nullité atteint l'ensemble du contrat, toutefois si une seule clause est nulle, et si elle n'est pas essentielle, les juges n'anéantiront que cette stipulation, (Art.307 du D.O.C).

