

**Mohammed Msalha**

Professeur - Faculté de droit  
Mohammedia

# Eléments de droit Commercial

- Commerçant
- Fonds de commerce

D. Privé : deuxième semestre

## INTRODUCTION GENERALE

Branche du droit privé, le droit commercial est constitué de l'ensemble des règles juridiques applicables aux transactions commerciales. Il offre le cadre juridique à l'intérieur duquel se nouent, et évoluent, les rapports entre les professionnels du commerce. Les premiers destinataires de la matière sont les personnes qui accomplissent, en leur nom et pour leur compte, des actes de commerce.

Le droit commercial s'applique en ce sens à une catégorie de personnes que sont les commerçants. Il intervient avec comme objectif premier d'assurer un minimum d'ordre, de sécurité et d'honnêteté entre les professionnels du commerce. Ce qui peut se révéler d'une importance primordiale dans le monde des affaires. L'allègement des procédures et l'assouplissement des contraintes formelles qui entravaient la rapidité du commerce seraient néfastes pour le domaine s'ils ne sont pas relayés par des rapports basés sur la confiance et l'honnêteté. Les rapports personnels sont déterminants en la matière.

Le droit commercial s'applique au commerce, à l'industrie et une partie importante des services, en particulier ce qui concerne la finance. Son domaine d'intervention est donc assez large. Il régit la majeure partie de l'activité économique, même si de nombreuses activités non moins importantes demeurent en dehors de son champ d'application (agriculture, professions libérales, production littéraire et artistique et activités subordonnées, c'est-à-dire celles exercées par les salariés):

- Le commerce proprement dit: concerne la distribution et la circulation des biens qui se font à partir des opérations d'achat et de vente ou de louage.
- L'industrie: concerne la production et la transformation des biens.
- La finance: concerne les opérations des banques, de crédit, d'assurance et des transactions financières.

## I. APERÇU HISTORIQUE

Nul doute que le commerce est une activité qui a marqué l'histoire de l'humanité. Les échanges commerciaux ont jalonné les relations entre les peuples. Ils ont même constitué la trame autour de laquelle se nouaient des rapports particuliers entre les civilisations.

L'activité commerciale a fait l'objet d'un ensemble de règles qui concernaient plus particulièrement le transport maritime. Les océans ont en effet joué un rôle de grande importance dans l'évolution des échanges commerciaux entre les peuples. Les auteurs estiment que, de manière générale, l'évolution du commerce, ainsi que la construction du droit commercial, ont été marquées par des événements relatifs à trois grandes périodes :

### 1. L'antiquité

Egyptiens, Babyloniens, Phéniciens et Grecs sont les principales civilisations ayant participé à la construction et l'évolution du droit commercial. Chacune des civilisations a contribué avec des principes et règles qui traduisent les spécificités de chacune des sociétés, même si le commerce occupait la seconde place après l'agriculture.

Chez les Babyloniens, le code de Hammourabi nous renseigne sur la pratique du prêt à intérêt et la commission.

Les Phéniciens, qui étaient de grands navigateurs, sont à l'origine de certaines techniques qui ont constitué la base pour la construction du droit maritime (l'avarie commune).

Les Grecs ont également inventé certaines règles. Il s'agissait plus particulièrement de règles relatives aux opérations financières et aux opérations de prêt.

### 2. Moyen âge

Cette période s'est caractérisée par la rédaction des statuts qui devenaient de véritables codes de commerce<sup>(1)</sup>. Les cités Italiennes et des Flandres ont constitué les principaux centres commerciaux. Les litiges sont

réglés devant des tribunaux spécialisés qui appliquaient des règles spécifiques aux relations commerciales.

L'apport des Arabes et des Musulmans a été important pendant cette période, en particulier en ce qui concerne le régime des faillites et certaines formes des sociétés.

### 3. Les temps modernes

La découverte de l'Amérique et la décadence du commerce en Méditerranée ont eu une grande influence sur l'activité et les règles du droit commercial. Deux éléments ont marqué cette période<sup>(2)</sup> :

- Importance croissante des problèmes financiers
- Apparition d'un droit commercial propre à chaque Etat

On peut distinguer trois périodes dans les temps modernes :

- Le libéralisme : liberté du commerce et de l'industrie. C'est la période du "laissez aller, laissez faire".

- L'interventionnisme : période caractérisée par l'intervention de plus en plus marquée de l'Etat dans l'organisation de l'activité économique. Elle s'est ouverte avec la fin de la première guerre mondiale et la crise économique de 1929.

- Passage à l'économie moderne : période marquée par un retour au néolibéralisme avec l'adoption de mesures d'incitation (avantages fiscaux, primes...)<sup>(3)</sup>.

## II. EVOLUTION DU DROIT COMMERCIAL AU MAROC

Avec l'avènement de l'islam, les institutions du droit commercial sont tirées du droit musulman. La Charia a constitué la source principale pour régler les problèmes relatifs aux relations commerciales.

Le Maroc n'a jamais été considéré comme une grande nation de commerce. Les échanges des Marocains avec les autres peuples se faisaient

(2) Idem., p.15.

(3) M. Motik, Droit commercial marocain, al-maarif al jadida, Rabat, 2001, pp.20-21.

(1) Y. Guyon, Droit des affaires, t.1, 9<sup>ème</sup> éd., Economica/Delta, Paris, 1996, p.14.

à travers les ports de la méditerranée et de l'atlantique qui constituaient des comptoirs, à la fois escales et entrepôts, pour les navigateurs.

La période du protectorat a été marquée, aussi bien sur le plan économique qu'au niveau réglementaire, par des choix dont l'objectif principal est de servir les intérêts de l'Etat protecteur. Certaines caractéristiques sont à relever :

- Une politique économique qui a reposé sur le choix du capitalisme avec comme point d'ancrage des économies européennes et plus particulièrement française et espagnole.

- L'Etat protecteur a procédé à certaines réformes dans différents secteurs (économique, administratif, judiciaire, financier...).

- Codification de certaines lois : code de commerce (12 août 1913), dahir des obligations et contrats, code de commerce maritime (31 mars 1919), dahir du 24 mai 1955 concernant le fonds de commerce, dahir du 19 janvier 1939 sur la lettre de change (adoption de certaines règles contenues dans la convention de Genève du 7 juin 1930), dahir du 23 juin 1916 relatif à la propriété industrielle.

Après l'indépendance, l'Etat marocain a opté pour la politique des plans (1960-1964 ; 1965-1967 ; 1968-1972 ; 1973-1977 ; 1978-1980), et de marocanisation (dahir du 2 mars 1973 relatif à l'exercice de certaines activités). Ont toutefois échappé à cette marocanisation du commerce les étrangers bénéficiaires de conventions internationales.

### III. CARACTÈRES DU DROIT COMMERCIAL

D'une originalité certaine, le droit commercial s'est construit sur la base de caractéristiques qui lui sont propres. Celles-ci sont le résultat de la pratique du commerce et des spécificités de son cadre légal :

- Un droit complexe : il s'intéresse à des matières variées, à tel point que certaines ont acquis leur autonomie (droit maritime, des assurances...). Cette complexité explique le recours à des juridictions spécialisées<sup>(4)</sup> et le développement de l'arbitrage en la matière.

(4) Voir loi portant création des juridictions de commerce, Loi n°53-95 instituant des juridictions de commerce, B.O. du 15-05-97.

- Un droit en perpétuel construction avec un formalisme assoupli : le droit commercial est condamné à un mouvement permanent. Il doit suivre l'évolution de la société et de ses besoins pour l'organisation des activités économiques. Dans cette perspective, le droit commercial est appelé à se doter d'un formalisme adapté aux besoins du commerce. Loin de s'ériger en entrave à l'activité commerciale, ce formalisme, en assurant la rapidité et la sécurité, faciliterait plutôt la conclusion des actes. C'est le cas notamment des textes imprimés qui ont pris la forme des contrats-types<sup>(5)</sup>.

- Le droit commercial a un caractère international : les transactions internationales sont de plus en plus nombreuses. La mondialisation accentue ce phénomène en faisant subir à la matière différentes influences étrangères.

- Importance du crédit en droit commercial : à la différence du non commerçant qui emprunte pour consommer, le commerçant a recours au crédit pour investir. Son emprunt est souvent destiné au lancement d'un nouveau projet ou au développement de celui déjà existant. Il s'agit d'un crédit à la production qui va non seulement générer les fonds utiles pour le remboursement du prêt, mais également des revenus futurs qui peuvent servir pour initier d'autres investissements.

Le droit commercial évolue autour de trois tendances : contractuelle, statutaire et institutionnelle.

- Contractuelle : elle se reflète au niveau des opérations commerciales effectuées par accord des volontés. C'est le domaine des contrats. Les contrats les plus usités en la matière sont : la vente, le prêt, le transport et le mandat.

- Statutaire : elle constitue le cadre juridique du droit public dans lequel doivent se dérouler les opérations commerciales. Elle reflète l'intervention de l'Etat dans le domaine économique.

- Institutionnelle : elle se manifeste par l'existence de certains mécanismes juridiques nés de la pratique des affaires et qui se révèlent indispensables à l'exercice de l'activité commerciale. C'est le cas notamment des sociétés, du fonds de commerce, des effets de commerce...

(5) Rippert et Roblot, Traité élémentaire de droit commercial, t.2, L.G.D.J., Paris, 1975, p.38.

#### IV. RELATIONS ENTRE DROIT COMMERCIAL ET AUTRES DISCIPLINES

##### 1. Droit commercial et droit civil

Le droit commercial occupe certes une place importante parmi les différentes branches du droit privé. " Il intervient pour rétablir un minimum d'ordre, d'honnêteté et de sécurité dans les relations entre professionnels du commerce et de l'industrie ". Il s'agit d'un droit particulier, spécial avec des particularités qui le distingue des autres branches de droit.

Les relations avec les autres branches du droit privé étant certaines, en particulier le droit civil, le droit commercial se caractérise néanmoins par certaine originalité liée à la conception et aux méthodes utilisées en la matière. Des relations étroites existent entre le droit commercial et le droit civil puisque le premier se réfère à la plupart des techniques du second, et plus spécialement celles prévues dans la théorie générale des obligations. Mais, l'on ne peut toutefois ignorer les particularités qui caractérisent chacun. Celles-ci se situent aussi bien au niveau des solutions adoptées que des techniques utilisées :

##### Au niveau des solutions

Les solutions adoptées diffèrent selon que l'acte est civil ou commercial, ou selon que l'auteur est commerçant ou non commerçant. Deux règles peuvent donc s'appliquer, celle du droit civil en tant que droit commun et celle du droit commercial en tant que droit exceptionnel<sup>(6)</sup>. Deux exemples peuvent nous éclairer à ce niveau :

##### - Le régime des baux d'immeuble :

Pour la même situation, le rapport entre le bailleur et le locataire est différent selon que l'immeuble est loué à usage d'habitation ou à usage commercial. Le bail civil est consenti en considération de la personne du locataire. Celui-ci ne peut donc modifier la destination des lieux. Au contraire le locataire commerçant peut adjoindre à son activité principale des activités connexes ou complémentaires (boulangier et pâtissier, mécanicien et électricien...).

(6) D. Lefèvre, La spécificité du droit commercial, Rev. trim. dr. com., 1976, p.285 ;

Une autre différence, non moins importante, se situe à la fin du bail. Dans le régime des baux d'habitation, le bailleur peut à la fin du contrat refuser de le renouveler. Le droit du locataire est à ce niveau temporaire, en fonction de la durée du contrat. Au contraire, le locataire commerçant a droit soit au renouvellement du bail, soit à une indemnité d'éviction réparant le dommage subi (perte clientèle). Il a le droit de jouir de l'immeuble sans limite dans le temps.

##### - Le régime des incapacités :

Le droit civil est dominé par le principe de la protection des incapables, c'est-à-dire les mineurs et les majeurs dont les facultés mentales sont insuffisantes. Ces personnes sont protégées puisqu'ils ne peuvent mener seules leur vie juridique. Elles sont en principe représentées par des personnes capables.

En droit commercial, les incapables sont exclus de certaines opérations. Ils ne peuvent les accomplir même par l'intermédiaire de leur représentant légal. C'est le cas plus particulièrement des effets de commerce. Un incapable ne peut émettre un chèque, tirer ou accepter une lettre de change. Ces activités comportent trop de risques pour l'incapable en raison notamment de la rigueur des sanctions prévues par le droit cambiaire.

##### Au niveau des techniques

1. Faible importance de la personne du contractant en droit commercial : le droit commercial n'attache que peu d'importance à la personne. C'est un droit pragmatique. C'est le droit des marchands réputés ou présumés expérimentés.

2. Importance des apparences : la rapidité qui caractérise les opérations commerciales oblige les commerçants à se fier aux apparences. Des vérifications complexes et répétées risquent d'entraver la conclusion des actes.

3. Importance du formalisme adapté et du crédit dans la matière commerciale<sup>(7)</sup>.

(7) Voir supra.

Si ces différentes particularités procurent au droit commercial une marge d'autonomie, ceci ne se traduit toutefois nullement en une rupture avec le droit civil. Des relations étroites existent entre les deux matières en particulier, et entre les différentes matières du droit privé en général. Pour preuve de cette relation, les règles concernant la formation, l'interprétation, l'exécution et l'annulation ou la résolution des contrats s'appliquent également au contrat commercial. Il en est de même des règles sur la responsabilité civile. Dans ces différentes matières, le droit commercial se trouve en situation de dépendance par rapport au droit civil.

Ceci étant, le droit commercial se distingue néanmoins par une terminologie (langage utilisé par exemple en droit cambiaire...), des institutions (fonds de commerce, effets de commerce, registre de commerce...), des mécanismes et techniques qui lui sont propres.

## 2. Droit commercial et procédure civile

Les règles de procédure édictent les règles à suivre par les commerçants pour assurer leurs droits.

## 3. Droit commercial et droit international privé

Le droit international privé organise les relations privées entre personnes appartenant à des Etats différents. Le rapport entre les deux branches peut se manifester à l'occasion d'une relation commerciale internationale. C'est le cas notamment quand il est question d'un conflit de lois ou de juridictions.

## 4. Droit commercial et droit constitutionnel

La constitution assure la liberté pour chacun d'exercer une activité commerciale.

## 5. Droit commercial et droit pénal

La répression des infractions commises par les commerçants dans le cadre de leur activité est à l'origine des rapports entre les deux branches. On parle même aujourd'hui du droit pénal des affaires.

## 6. Droit commercial et droit fiscal

Le rapport se dégage plus particulièrement de l'imposition de certains impôts liés à l'exercice d'une activité commerciale ou la constitution d'une société.

## V. SOURCES DU DROIT COMMERCIAL

### 1. La loi

Elle demeure la source principale. Le terme est à considérer dans un sens large : textes votés par le parlement et dispositions réglementaires prises par le premier ministre. L'on peut faire la distinction entre les textes généraux et les textes spéciaux.

Quelques textes généraux : loi n°15-95 promulguée par dahir du 1 août 1996 formant code de commerce ; dahir du 12 août 1913 formant code des obligations et contrats (art. 84, 388, 448, 1241, 982 à 1091 concernant les sociétés) ; dahir du 12 août 1913 (code marocain de droit international privé) notamment l'article 13 ; dahir du 31 mars 1919 formant code de commerce maritime ; dahir du 10 juillet 1962 sur la navigation aérienne.

Quelques exemples de textes spéciaux : dahir du 23 juin 1916 relatif à la propriété industrielle ; dahir du 24 mai 1955 relatif au renouvellement des baux commerciaux ; dahir du 6 juillet 1993 relatif aux établissements de crédit ; dahir du 21 septembre 1993 sur les marchés financiers ; loi n°17-95 relative aux sociétés anonymes promulguée par dahir du 30 août 1996 ; loi n°5-96 promulguée par dahir du 13 février 1997 sur les sociétés autres que la société anonyme.

### 2. Règles de la charia

Le code de 1996 a essayé d'intégrer certaines règles de la charia. Il en est ainsi de la liberté pour la femme de disposer de son patrimoine, de la liberté de la preuve...<sup>(8)</sup>.

(8) Voir M. Mourabit, Cours de droit commercial, 3ème année de la licence en droit, 2003, Faculté de droit, Mohammedia.

### 3. Les usages commerciaux

Il s'agit des pratiques commerciales couramment suivies et considérées comme normales dans un milieu déterminé. Ces pratiques naissent de la répétition fréquente des mêmes actes et des mêmes opérations.

Le juge n'est toutefois pas censé connaître tous les usages. Celui qui s'en prévaut doit en fait rapporter la preuve de son existence. Ce qui peut se faire au moyen de parères : certificats délivrés par les chambres de commerce et d'industrie.

A côté des usages locaux, la pratique commerciale internationale a aussi été à l'origine d'usages qui sont applicables dans les contrats internationaux. Les contrats-types sont nés des usages dominants dans une branche déterminée. Seulement, les règles contenues dans les contrats-types doivent être adoptées volontairement par les parties (voir par exemple les règles d'York et d'Anvers sur les avaries communes, les Incoterms de la chambre de commerce internationale).

### 4. Les conventions internationales

Il peut s'agir d'une convention d'établissement (traités de commerce) ou d'une convention d'unification. Les conventions d'établissement confèrent aux ressortissants des Etats signataires le droit de s'établir sur le territoire d'un autre Etat et d'exercer le commerce. Les conventions d'unification ont pour objectif soit de mettre en place une loi nouvelle qui ne s'applique que dans les relations internationales (exemple : convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises ; convention de Varsovie du 12 octobre 1929 sur les transports aériens.), soit d'uniformiser le droit qu'on applique aussi bien dans les relations internes que dans les relations internationales (exemple : convention de Genève du 17 juin 1930 et 19 mars 1931 sur la lettre de change, le billet à ordre et le chèque.).

En plus de ces sources, il ne faut pas oublier l'apport de la jurisprudence et de la doctrine. La jurisprudence est l'ensemble des décisions rendues par les différentes juridictions du royaume, plus particulièrement la Cour suprême. La doctrine est constituée des opinions émises par les praticiens du droit.

### 5. Sources institutionnelles

- Institutions étatiques : il s'agit en particulier de l'intervention du Roi par dahirs, celle du parlement et du gouvernement, plus particulièrement le premier ministre. Le wali, le gouverneur et le président d'un conseil communal peuvent dans le cadre de leur pouvoir de police, intervenir en la matière dans le but d'assurer la sûreté, la sécurité et la salubrité publique.

- Institutions professionnelles : il s'agit en particulier des chambres et des groupements professionnels.

## VI. DOMAINE DU DROIT COMMERCIAL

Le droit commercial peut donc avoir une compétence assez large se rapportant aux actes de commerce, aux commerçants et aux sociétés commerciales<sup>(9)</sup>. Il peut s'étendre à différents domaines. La délimitation du domaine du droit commercial n'a pas été formulée de manière précise. En ce sens, on peut se placer à un double point de vue :

- D'un point de vue objectif : il concerne l'ensemble des règles qui s'appliquent aux actes de commerce. Peu importe donc la personne qui les accomplit. Seule la nature de l'acte est prise en considération. Ce qui a pour conséquence d'appliquer aux mêmes actes les mêmes règles. La conception aboutit à l'application du droit commercial même aux actes de commerce isolés.

- D'un point de vue subjectif : il s'agit de l'ensemble des règles auxquelles sont soumis ceux qui exercent une profession commerciale. C'est donc la qualité de commerçant qui implique l'application du droit commercial. Or, le commerçant ne fait pas que des actes de commerce. Les actes accomplis par le commerçant ne se rattachent pas tous à son activité. C'est le cas par exemple quand l'acte est en relation avec la vie privée du commerçant.

Le droit marocain consacre les deux conceptions. Le droit commercial est à la fois celui des actes de commerce et des professionnels du commerce. Autrement dit, pour l'acquisition de la qualité de commerçant et l'application par là-même du droit commercial, il faut non seulement

(9) Voir M. Choukri Soubai, *al wassit fi al' kanoun a-tijari al-maghribi wa al-moukaran*, t.1, 2ème éd., 1983.

accomplir des actes de commerce, mais aussi que l'exercice soit habituel ou professionnel. La conception permet en fait d'exclure les actes isolés. L'article 6 du code de commerce stipule que :

" Sous réserve des dispositions du chapitre II du titre IV ci-après, relatif à la publicité au registre du commerce, la qualité de commerçant s'acquiert par l'exercice habituel ou professionnel des activités suivantes :

1. l'achat de meubles corporels ou incorporels en vue de les revendre soit en nature soit après les avoir travaillés et mis en œuvre ou en vue de les louer ; 2. la location de meubles corporels ou incorporels en vue de leur sous-location ; 3. l'achat d'immeubles en vue de les revendre en l'état ou après transformation ; 4. la recherche et l'exploitation des mines et carrières ; 5. l'activité industrielle ou artisanale ; 6. le transport ; 7. la banque, le crédit et les transactions financières ; 8. les opérations d'assurances à primes fixes ; 9. le courtage, la commission et toutes autres opérations d'entremise ; 10. l'exploitation d'entrepôts et de magasins généraux ; 11. l'imprimerie et l'édition quels qu'en soient la forme et le support ; 12. le bâtiment et les travaux publics ; 13. les bureaux et agences d'affaires, de voyages, d'information et de publicité ; 14. la fourniture de produits et services ; 15. l'organisation des spectacles publics ; 16. la vente aux enchères publiques ; 17. la distribution d'eau, d'électricité et de gaz ; 18. les postes et télécommunications".

Les articles 7 et 8 ont également prévu un exercice habituel ou professionnel pour considérer que l'activité est commerciale.

## PARTIE I. THEORIE GENERALE DES ACTES DE COMMERCE

Le code de commerce ne présente pas de définition des actes de commerce. Il se contente d'énumérer les activités commerciales mais sans dégager le critère général de la commercialité. Ce qui pose la question de savoir comment opérer la distinction entre les actes de commerce et les autres activités.

Les articles 6 et 7 du code de commerce énumèrent les activités conférant la qualité de commerçant. Mais en raison de l'impossibilité de prévoir toutes les activités, et pour permettre l'intégration d'autres qui peuvent naître de la pratique du commerce, l'article 8 a également prévu les activités assimilées à celles énumérées aux articles 6 et 7. Il précise que " la qualité de

commerçant s'acquiert également par l'exercice habituel ou professionnel de toutes activités pouvant être assimilées aux activités énumérées aux articles 6 et 7 ci-dessus ". C'est au juge d'épingler les similitudes selon chaque cas. En ce sens, la doctrine et la jurisprudence ont mis en place des critères pour distinguer les activités commerciales des activités civiles. Ceux-ci reposent sur des considérations économiques et juridiques.

## Chapitre I. Critères de distinction entre acte de commerce et acte civil

### A. Critères reposant sur des considérations économiques

#### 1. Théorie de la spéculation

La distinction repose sur la spéculation qui permet de dégager des bénéfices. L'activité est commerciale si son objectif est la réalisation d'un profit. C'est l'intention de la personne qui compte. Le résultat de l'activité peut également aboutir à des pertes. Dans ce cas, c'est l'objectif initial qui est pris en considération, à savoir l'intention de réaliser des bénéfices<sup>(10)</sup>. Le problème peut toutefois se poser à propos de certaines activités qui permettent de réaliser un profit mais qu'on ne peut considérer comme commerciales. C'est le cas par exemple des professions libérales.

#### 2. Théorie de la circulation

C'est la circulation des biens et des richesses qui confère à l'activité son caractère commercial. La circulation concerne le parcours du bien depuis le producteur jusqu'au consommateur en passant par les différentes opérations de transformation. Le problème peut néanmoins se poser pour certains types d'activités comme par exemple le transport des personnes. Il s'agit d'une activité commerciale, mais les personnes ne peuvent être assimilées à des marchandises. La théorie ne peut donc apporter des réponses satisfaisantes à ce type d'acte.

(10) Article 982 dcc : " La société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes mettent en commun leurs biens ou leur travail, ou tous les deux à la fois, en vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter ". Pour une comparaison entre la société et l'association telle que définie par le dahir du 15 novembre 1958, modifié par dahir du 10 avril 1973, voir P. Decroux, Les sociétés en droit marocain, éd. La Porte, Rabat, 1985, p.50. Egalement, A. Bensti, Dirraṣat fi al-kanoun a-tijari al-maghribi , t.1, 2<sup>ème</sup> éd., A-najah al-jadida, 1998, pp. 19 et ss.

### 3. Théorie de l'entremise

C'est l'intervention d'un intermédiaire entre le producteur et le consommateur qui confère à l'activité son caractère commercial. Pour renforcer la théorie, l'entremise a été liée à la spéculation ayant pour objectif la réalisation d'un profit. A ce niveau aussi, la théorie ne peut expliquer le caractère commercial de certains actes même en l'absence d'intermédiaire. C'est le cas par exemple de la lettre de change. Il en est de même pour la conclusion du contrat de mariage. L'initiative de l'intermédiaire qui met en relation les futurs époux et leur famille se place dans le cadre d'un comportement social étranger aux pratiques commerciales. Le raisonnement serait toutefois différent si la pratique est organisée au sein par exemple d'une agence spécialisée.

Tous ces critères ne peuvent avoir qu'un intérêt relatif. Ils sont en mesure de justifier le caractère commercial de certaines activités, mais pas d'autres. Ensemble, ils sont néanmoins en mesure d'apporter des moyens susceptibles d'aider et d'éclairer le praticien pour opérer les distinctions.

#### B. Critères reposant sur des considérations juridiques

##### 1. Motif déterminant de l'obligation

Ce critère se réfère à l'objectif ou le but recherché de l'acte. Si l'objectif est la réalisation d'un profit, l'activité est considérée comme commerciale. C'est le cas par exemple quand on achète avec but de revendre. Des incertitudes peuvent néanmoins s'imposer à ce niveau puisqu'il n'est pas toujours possible de déceler avec exactitude l'objectif ou l'intention de la personne.

A ce propos, la doctrine considère qu'il appartient au juge de déceler la véritable intention de la personne. Si par exemple la personne se procure une quantité importante d'une marchandise, il y a une présomption que l'achat s'est effectué avec une intention de vendre. C'est une présomption simple qui peut néanmoins être combattue par la preuve contraire.

##### 2. Théorie de l'entreprise

L'activité doit se faire dans le cadre d'une entreprise. Ce qui exclut l'activité exercée par une personne de manière isolée même s'il y a spéculation ou entremise.

Cette présentation sommaire des différentes théories permet de constater qu'il est impossible de se fier de manière absolue à l'une ou l'autre. Une combinaison entre différentes théories peut probablement apporter des solutions plus appropriées. Ceci étant, la jurisprudence fait néanmoins souvent application de l'une des théories pour opérer les distinctions et décider si l'activité est commerciale ou non.

### Chapitre II. Classification des actes de commerce

La qualité de commerçant procède de la pratique réitérée d'actes de commerce. Les articles 6, 7 et 8 du code de commerce exigent tous un exercice habituel ou professionnel d'une des activités énumérées pour l'acquisition de la qualité de commerçant. Pour être commerçant, il faut donc non seulement effectuer des actes de commerce, mais également que l'exercice soit de manière habituelle ou professionnelle.

Il n'y a pas de classement juridique des actes de commerce. La loi se contente de présenter la liste des activités dont l'exercice habituel ou professionnel confère la qualité de commerçant.

Les actes de commerce peuvent être classés en différentes catégories :

A. Les actes qui sont par leur nature même des actes de commerce. Ce sont les actes de commerce par nature (domaine de la commercialité objective). Ils ont été prévus par les articles 6 et 7 du code.

B. Il existe des actes qui sont par leur nature civils, mais qui deviennent des actes de commerce parce qu'ils ont été effectués par un commerçant pour les besoins de son commerce. Ces actes sont appelés des actes de commerce par rattachement (domaine de la commercialité subjective). Ils trouvent leur origine dans l'article 10 du code.

C. Les actes de commerce pour lesquels seule la forme compte. Ce sont les actes de commerce par la forme. L'article 9 du code précise que :

" Indépendamment des dispositions des articles 6 et 7 ci-dessus, sont réputés actes de commerce :

- la lettre de change ;

- le billet à ordre signé même par un non-commerçant, lorsqu'il résulte d'une transaction commerciale. "

A ces deux instruments s'ajoutent les sociétés qui sont commerciales par la forme (voir la loi 17-95 sur la société anonyme et la loi 5-96 sur les autres types de sociétés).

D. Les actes mixtes qui ne présentent un caractère commercial que pour l'une des parties.

E. La gérance libre d'un fonds de commerce. Suivant l'article 153 du code de commerce, " le gérant libre a la qualité de commerçant et il est soumis à toutes les obligations qui en découlent... ".

#### A. Les actes de commerce par nature

Ces actes sont énumérés aux articles 6 et 7 du code de commerce. Ils sont au nombre de vingt. Le code se contente de présenter les activités dont l'exercice habituel ou professionnel permet d'acquérir la qualité de commerçant. En ce sens, le législateur s'est référé à des activités parce qu'il considère que le recours à des actes de commerce isolé est rare dans la pratique. Les actes de commerce sont en principe liés à des activités commerciales. Ceci est d'autant plus vrai que les articles 6, 7 et 8 lient l'acquisition de la qualité de commerçant à l'exercice habituel ou professionnel de l'activité commerciale. Ce qui suppose une répétition et une continuité.

En raison de la nature et des particularités des relations commerciales, le législateur a évité de présenter une liste limitative des activités dont l'exercice peut conférer la qualité de commerçant. Il a traduit son choix en insérant l'article 8 qui a été consacré aux activités assimilées. Ainsi a-t-il considéré que " la qualité de commerçant s'acquiert également par l'exercice habituel ou professionnel de toutes activités pouvant être assimilées aux activités énumérées aux articles 6 et 7 ci-dessus ". D'autres activités exercées de manière habituelle ou professionnelle, mais non prévues par le code, peuvent donc permettre l'acquisition de la qualité de commerçant. Il appartient à la jurisprudence de déterminer, en faisant appel aux critères économiques et juridiques, si l'activité concernée est une activité commerciale ou non.

Il est possible de répartir les activités énumérées aux articles 6 et 7 en trois catégories :

## 1. Les activités liées à l'extraction et à la transformation

### a. L'extraction

L'extraction constitue un point de départ dans le processus de circulation des richesses. L'article 6, alinéa 4, a limité ces activités à "la recherche et l'exploitation des mines et des carrières".

Pendant longtemps, l'extraction a été exclue par la doctrine et la jurisprudence du cadre des activités commerciales<sup>(11)</sup>. Différentes considérations ont justifié cette position :

- Absence d'une opération d'achat des produits concernés.
- Les produits concernés sont liés à la terre qui est considérée comme un immeuble, et les opérations portant sur des immeubles sont civiles<sup>(12)</sup>.

Ces considérations ont été abandonnées. L'extraction fait aujourd'hui appel à des moyens humains et matériels importants. Elle repose sur la spéculation, et s'organise dans le cadre d'une entreprise.

Avant le code de 1996, on distinguait entre les actes portant sur les mines et ceux liés aux carrières. Seuls les premiers étaient considérés comme actes de commerce. Cette distinction n'est plus retenue aujourd'hui puisque les deux types d'activités font appel à des moyens matériels et financiers intéressants.

Les mines concernent essentiellement le charbon, les métaux, le pétrole et le gaz. Les carrières servent à extraire des matériaux de construction : pierre, argile et marbre..

### b. La transformation

#### \* L'activité industrielle ou artisanale

Le code semble mettre les deux activités sur un pied d'égalité (art 6, al.5). Le caractère commercial de l'activité industrielle n'est pas remis en cause.

(11) M. Mourabit, op. cit., p.27.

(12) Idem.

Celle-ci est à entendre comme toutes activités portant sur des produits qui ont fait l'objet d'un achat avec intention de revendre après transformation. Peu importe d'ailleurs que les produits de base qui ont fait l'objet de transformation aient été achetés ou non.

L'activité industrielle comprend également la réparation. Celle-ci exige aussi des moyens financiers et humains importants. Même si le législateur n'a pas prévu explicitement l'activité, on peut déceler son caractère commercial en se référant au décret n°2-97-249 du 17 avril 1997 qui précise les activités économiques concernant les chambres de commerce, d'industrie et d'artisanat.

Peut-on considérer l'agriculteur comme commerçant ?

L'activité agricole a été considérée comme activité civile en raison des spécificités et des particularités de ce secteur. La doctrine a estimé que le défaut d'une opération d'achat en vue de la revente du produit en l'état ou après transformation permet d'exclure l'agriculture des activités commerciales<sup>(13)</sup>. Ces activités sont en fait traditionnellement considérées comme civiles.

Le code ne s'est pas intéressé à la question de savoir si la transformation portant sur la production agricole confère la qualité de commerçant. Il serait dans ce cas opportun d'envisager la situation en faisant appel aux différents critères permettant de faire la distinction entre les activités civiles et commerciales (critères reposant sur des considérations économiques et juridiques).

A envisager par référence à ces différents critères, il nous semble que la question doit être tranchée en prenant en considération les capacités et les moyens mis en œuvre par l'agriculteur. Si celui-ci opère dans le cadre d'un projet industriel, reposant sur la spéculation et utilisant des moyens humains et matériels importants, l'activité sera considérée comme commerciale. Par contre, si la production et la transformation se font dans un cadre restreint et avec des moyens traditionnels, il n'y a pas lieu de considérer que l'activité est commerciale.

(13) Certains ont néanmoins estimé que l'achat de la matière première utilisée dans l'agriculture est suffisant pour envisager la commercialité de l'activité, voir M. Mourabit, op. cit.

La définition de l'artisan est donnée par le dahir n°1-63-194 du 28 juin 1963 concernant l'organisation des chambres de l'artisanat. Selon l'article 3 du dahir, la notion d'artisan doit satisfaire à certaines conditions : l'artisan doit effectuer un travail manuel, être indépendant et exercer seul ou avec l'aide de sa famille ou de tiers dont le nombre ne doit pas dépasser dix personnes, utiliser des machines dont la force motrice est inférieure à dix chevaux-vapeurs, assurer personnellement la production et la commercialisation de ses produits<sup>(14)</sup>. Le législateur marocain, à la différence du français, n'exige pas la détention d'un " certificat de qualification professionnelle " pour se prévaloir du titre d'artisan.

L'alinéa 5 de l'article 6 du code de commerce cite parmi les activités pouvant conférer à la personne la qualité de commerçant l'activité industrielle ou artisanale. Par conséquent, l'exercice habituel ou professionnel d'une activité artisanale permet l'acquisition de la qualité de commerçant. L'artisan serait donc soumis à toutes les obligations afférentes à la qualité de commerçant<sup>(15)</sup>.

#### **\*\* les actes liés à l'imprimerie et à l'édition**

Aux termes de l'alinéa 11 de l'article 6 : " L'imprimerie et l'édition quels qu'en soient la forme et le support " sont des actes de commerce.

L'imprimerie se base sur la transformation de matières premières en produits de consommation ou pour utilisation. Il s'agit de l'imprimerie qui se fait dans les conditions de l'activité industrielle avec intention de réaliser un profit.

L'éditeur est considéré comme commerçant, mais pas l'auteur. L'objectif premier de celui-ci est la diffusion de ses idées. Le profit matériel que l'auteur peut réaliser est considéré comme insignifiant par rapport à la vertu morale liée à la publication.

#### **\*\*\* Les opérations portant sur les navires et les aéronefs et leurs accessoires**

Prévus par l'article 7, ces opérations sont à considérer de manière assez large : construction des navires et des avions et tous ce qui peut avoir une

(14) Le dahir de 1963 a été modifié et complété par le dahir n° 1-97-86 du 02 avril 1997 portant loi n° 5-97.

(15) Voir C.S. arrêt n°7217 du 23/12/1998, dossier commercial n°2334/91.

relation avec l'activité, y compris l'achat des navires et des avions pour les revendre. Il faut qu'il y ait volonté ou intention de réaliser un profit sur la base d'une vente ou d'un investissement commercial.

## 2. Les activités liées à la distribution

Cette catégorie est la plus importante dans le monde du négoce. Elle comprend des activités se rapportant à différents domaines. L'acquisition de la qualité de commerçant est souvent liée à l'exercice d'activités faisant partie de cette catégorie.

### a. Achat de meubles corporels ou incorporels en vue de les revendre ou de les louer

Le code de commerce de 1913 s'était déjà intéressé aux opérations d'achat de meubles en vue de les revendre ou de les louer. Il s'agissait d'actes de commerce par nature indépendamment de la qualité de la personne concernée<sup>(16)</sup>.

A la lecture de l'alinéa premier de l'article 6 du code de 1996, il ressort que trois conditions sont exigées pour dégager le caractère commercial de ces activités:

- Réalisation d'une opération d'achat : la location ou la vente doit être précédée d'une opération d'achat. L'acquisition d'un meuble par un autre procédé (héritage, don...) ne serait donc pas concernée par cette disposition.

- Achat de meubles : l'opération d'achat n'est considérée à ce niveau que si elle porte sur un meuble. Peu importe qu'il s'agisse d'un meuble corporel (voiture, machine...) ou incorporel (droit de la propriété artistique ou littéraire, droit de la propriété industrielle...). L'achat peut également porter sur un meuble en considération de sa destination (achat d'un arbre pour vendre son bois, achat des fruits sur l'arbre pour les vendre...)

- Achat en vue de revendre ou de louer : l'achat doit avoir comme objectif de revendre ou de louer. L'intention est primordiale à ce niveau. Elle est au centre de la distinction entre l'achat commercial et l'achat civil. Si l'achat a pour objectif l'utilisation ou la consommation personnelle, il s'agira alors

d'un acte civil. Le meuble peut faire l'objet d'une transformation avant de le revendre ou le louer, à condition toutefois que les modifications n'aient pas les caractères d'une industrie de transformation. Parce que dans ce cas, on sera plutôt dans le cadre d'une activité industrielle.

### b. Location de meubles en vue de leur sous-location

Le code marocain de 1913 n'a pas prévu ces opérations. C'est une innovation du code de 1996. L'alinéa 2 de l'article 6 a exigé trois conditions:

- Existence d'une location : l'opération doit être précédée d'une location. Il ne suffit pas par exemple d'avoir les machines ou les voitures et de les louer. Il faut d'abord une location de ces voitures ou machines. Ce qui exclut les meubles reçus suite à un héritage, un don ou un testament.

- Location portant sur un meuble corporel ou incorporel.

- Intention de sous-louer : l'intention de sous-louer est une condition indispensable. Elle est prise en considération au moment de la réalisation de la location. Peu importe si la personne décide de ne plus sous-louer. Par conséquent, si la personne décide d'une autre utilisation du meuble, sachant que l'intention au moment de la location était de le sous-louer, l'activité est néanmoins commerciale à condition qu'il s'agisse d'un exercice habituel ou professionnel.

### c. Achat d'immeubles en vue de les revendre en l'état ou après transformation

En raison de l'importance de l'immobilier en matière civile, l'activité n'a pas été prévue par le code de 1913. Le législateur l'a néanmoins consacré comme activité commerciale pour suivre les évolutions dans ce domaine. Suivant l'alinéa 3 de l'article 6, deux éléments sont indispensables :

- Achat de l'immeuble avec acquisition du droit de la propriété foncière : la vente d'immeuble qui n'a pas été acheté ne rentre dans ce cas. La vente d'un immeuble reçu suite à un héritage ne permet pas d'acquérir la qualité de commerçant. Il y a en fait absence de l'élément spéculation à ce niveau. L'immeuble peut par ailleurs être immatriculé ou non. Peu importe également qu'il soit construit ou non.

(16) M. Mourabit, op. cit.

- Vente de l'immeuble en l'état ou après transformation : en cas de transformation, la nature des travaux importe peu. L'intention de réaliser un profit est plus importante. Si on achète par exemple un immeuble pour l'offrir en tant que don, on n'est plus dans le cadre du cas prévu par le code.

#### d. Exploitation d'entrepôts et de magasins généraux

C'est une innovation du code de 1996. L'alinéa 10 de l'article 6 a intégré l'exploitation d'entrepôts et de magasins généraux parmi les activités commerciales par nature. Ce sont des lieux mis par les propriétaires à la disposition des personnes qui veulent déposer leur marchandise en contrepartie d'un prix à convenir. Ces dépôts sont constatés par des récépissés datés et signés, extraits d'un registre à souches et délivrés aux déposants.

A ce propos, l'article 342 du code de commerce précise que " les récépissés et les warrants peuvent être transférés par voie d'endossement, ensemble ou séparément... ". Le transfert des récépissés vaut donc transfert de propriété de la marchandise.

Le dépôt peut également être constaté par les warrants. Ceux-ci comportent le prix de la marchandise déposée. La personne qui possède le récépissé ne peut récupérer la marchandise qu'après paiement de la créance garantie par le warrant.

#### e. Fourniture de produits et services

L'activité a été prévue par l'article 2 du code de commerce de 1913. Seulement, elle a été conditionnée par un exercice dans le cadre d'une entreprise. L'article 6, alinéa 14, n'a pas exigé cette condition.

La fourniture consiste à fournir suivant un rythme convenu à l'avance soit des marchandises ou des produits (repas aux écoles, parier à l'imprimeur...), soit des prestations de services (réparation de machines, livraison de journaux...).

#### f. Vente aux enchères publics

L'activité a été prévue par l'article 2 du code de 1913. Il s'agit de toutes ventes ouvertes au public ou à une catégorie de personnes. L'objectif du

législateur est de protéger les personnes qui font des affaires avec les organisateurs de ce genre d'activité. Ce sont en général des entreprises qui exploitent des salles de vente.

Celui qui s'adjuge le bien à la fin de la vente n'est pas forcément un commerçant. Aussi bien le commerçant que le non commerçant peut participer à ce type de vente. Quand la personne participe de manière habituelle aux ventes avec l'intention de revendre les marchandises, l'activité est commerciale (art 6, al.16). Il s'agit en fait de l'acquisition d'un meuble en vue de le revendre.

Ne sont pas considérées comme activités commerciales les enchères organisées par exemple par l'administration des douanes ou les municipalités. Une condition n'est pas satisfaite, à savoir l'exercice habituel ou professionnel de l'activité.

### 3. Les activités liées aux services

Trois catégories ont été prévues : a. services financiers, b. services sociaux et de divertissement, c. opérations d'entremise.

#### a. Services financiers

##### \* Les opérations bancaires

Ces activités, prévues par l'alinéa 7 de l'article 6, exigent une autorisation de l'autorité compétente. Celle-ci délivre un agrément si le demandeur répond aux conditions juridiques, économiques et financières exigées par le dahir du 6 juillet 1993. L'article 29 du dahir précise que les sociétés de crédit qui ont leur siège social au Maroc doivent se constituer en société anonyme. Etant donné que la société anonyme est une société commerciale par la forme, toutes les opérations faites par la banque sont donc commerciales. Ces opérations sont d'ailleurs de deux ordres : opérations de dépôt et opérations de crédit.

##### \*\* Les opérations d'assurances

A la différence du code de 1913 qui a prévu uniquement l'assurance maritime, celui de 1996 n'a pas fait de distinction entre assurances maritime, terrestre et aérienne. L'article 6, alinéa 8, s'est contenté de prévoir les

opérations d'assurances à primes fixes sans aucune précision quant à la nature de l'assurance. Le législateur a à ce niveau essayé de répondre à des besoins immédiats en suivant l'évolution de l'activité commerciale. A la fin du 19ème siècle, le transport se faisait en grande partie par la voie maritime. Par conséquent, l'assurance maritime était la plus utilisée.

D'autre part, même si le code de 1913 n'avait pas prévu l'assurance terrestre, ceci ne posait pas de grands problèmes sur le plan juridique, car l'activité des sociétés d'assurances se faisait dans le cadre des sociétés anonymes qui sont commerciales par la forme.

Dans le même ordre d'idées, il faut aussi relever que les sociétés de banque, de crédit, d'assurance et d'investissement ne peuvent adopter la forme d'une société à responsabilité limitée. L'article 44 de la loi n°5-96 précise que "...les sociétés de banque, de crédit, d'investissement, d'assurances, de capitalisation et d'épargne ne peuvent adopter la forme de société à responsabilité limitée...".

Enfin, il faut également préciser qu'il s'agit à ce niveau des assurances à primes fixes, ce qui est différent des assurances mutuelles. Les deux n'ont pas les mêmes finalités et ne se réfèrent pas au même esprit. C'est la solidarité qui est au centre de l'institution de l'assurance mutuelle. Pour les assurances à primes fixes, c'est plutôt la spéculation et le profit. Les montants payés dans les assurances mutuelles peuvent être reportés sur des années. Dans l'assurance à primes fixes, il faut payer à l'expiration du délai du contrat même si le risque ne se réalise pas.

### \*\*\* Les opérations de bourse

Le code de commerce n'a pas prévu explicitement ces opérations. L'alinéa 7 de l'article 6 a évoqué les transactions financières. Ces opérations se font dans le cadre du marché financier.

Trois dahirs organisent ce marché (21 septembre 1993). A ce niveau aussi, les sociétés prennent la forme de société anonyme, ce qui revient à dire que leurs activités sont commerciales. Les conditions exigées par l'article 36 du dahir relative à la bourse des valeurs, ainsi que les garanties imposées, ne permettent à aucune forme de société autres que la société anonyme d'opérer dans ce secteur.

### \*\*\*\* Les opérations des sociétés de financement

La plupart des sociétés de financement au Maroc sont des filiales des banques. L'évolution de l'activité économique a été à l'origine de la diversification des activités de ce type de société : sociétés de crédit à la consommation, société de gestion des moyens de paiement, société de crédit immobilier, société de crédit-bail..

#### b. Services sociaux et de divertissement

##### \* Organisation des spectacles publics (art.6, al.15)

L'activité a été prévue par le code de 1913, mais devait se faire dans le cadre d'une entreprise. L'alinéa 15 de l'article 6 n'a pas exigé l'exercice dans le cadre d'une entreprise. L'organisation des spectacles publics concerne toutes les activités qui ont pour objectif de divertir le public moyennant un prix. Il est donc indispensable que le bénéfice du spectacle soit subordonné au paiement d'un ticket par exemple. L'on intègre dans ce cadre le cinéma, le théâtre, les salles de musique et de danse, les cirques.... Ce qui exclut certains spectacles organisés à l'occasion d'évènements spéciaux.

Ce type d'activités est souvent organisé par des intermédiaires entre l'artiste (acteur, musicien ou danseur...) et les spectateurs avec comme but la réalisation d'un profit. L'organisateur est un commerçant si son activité est exercée de manière habituelle ou professionnelle.

L'artiste n'est, quant à lui, pas commerçant. Même quand il présente lui-même créations directement aux spectateurs, son activité ne serait pas commerciale. L'artiste exploite sa création artistique ou intellectuelle.

##### \*\* Transport

L'activité concerne le déplacement des personnes ou des marchandises. Elle a également été prévue par le code de 1913, mais devait s'exercer dans le cadre d'une entreprise. Peu importe le type de transport: terrestre, aérien ou maritime. Peu importe également le moyen utilisé: voiture, avion, bus.... De même, qu'il s'agisse de transport de personnes ou de marchandises, l'activité sera toujours considérée comme commerciale. L'article 6, alinéa 6, n'a pas non plus fait de distinction entre les personnes physiques et morales, ou entre personnes de droit privé ou de droit public.

### \*\*\* Postes et télécommunications

L'article 6, alinéa 18, a prévu l'activité en raison de ses spécificités. L'évolution du secteur a imposé son intégration dans le cadre des activités commerciales. Il s'agit aujourd'hui d'un secteur qui repose sur des moyens matériels et humains importants.

### \*\*\*\* Bâtiment et travaux publics

L'activité n'était pas prévue dans le code de 1913. Il s'agit des travaux se rapportant à la construction d'immeubles, des routes, des barrages... L'activité englobe un secteur assez large.

### c. Opérations d'entremise

Les opérations d'entremise sont commerciales nonobstant l'objet, commercial ou civil.

### \* Le courtage

Le courtage a été prévu par les articles de 405 à 421 du code. L'article 405 définit le courtage : "le courtage est la convention par laquelle le courtier est chargé par une personne de rechercher une autre personne pour les mettre en relation, en vue de la conclusion d'un contrat". L'activité du courtier est commerciale sans prendre en considération la nature de l'opération qui a suscité son intervention, civile ou commerciale. Le courtier se contente de rapprocher les points de vue. Il met les commerçants en contact et essaye de les mettre d'accord en leur exposant avec exactitude, précision et bonne foi les différentes données liées à l'opération (art. 406 du c.com). Le courtier n'est pas affecté par le contrat. Il se charge de mettre les personnes en relation moyennant une rémunération après conclusion du contrat.

Le courtage doit néanmoins porter sur une opération licite et non contraire à l'ordre public. Si le courtier intervient pour la conclusion d'un contrat illicite, le contrat de courtage ainsi que le contrat principal sont nuls. Si le courtier emploie des moyens illégaux, le contrat de courtage est nul sans affecter le contrat principal. L'intervention d'un courtier est toutefois

interdite pour la conclusion de certains contrats. Il en va par exemple du courtage au profit d'un avocat qui est interdit par un texte spécial<sup>(17)</sup>.

En raison du rôle que peut jouer le courtage dans l'activité commerciale, le législateur a engagé la responsabilité du courtier dans différentes situations (art. 406 et 407 du c.com). Le courtage peut porter sur des relations commerciales (vente d'un meuble ou immeuble...), ou civile (conclusion des mariages...).

### \*\* La commission

Prévue par les articles de 422 à 430 du code de commerce, " la commission est le contrat par lequel le commissionnaire reçoit pouvoir pour agir en son propre nom pour le compte du commettant... ". Le commissionnaire se charge de conclure le contrat pour le compte d'une autre personne. Il prend la place d'un contractant puisqu'il signe le contrat en son nom. Le commissionnaire subit donc les conséquences de sa négociation et de la signature du contrat. Il demeure personnellement obligé envers ceux avec lesquels il a contracté. En cas de litige, les tiers vont donc s'opposer au commissionnaire. Ils n'ont aucune action directe contre le commettant.

La rémunération du commissionnaire n'est en principe due que si le contrat est conclu. L'article 424 précise que " la rémunération du commissionnaire est due dès que le contrat prévu a été conclu avec les tiers ". Si le contrat n'a pas été conclu, il est fait application de l'article 915 du dahir des obligations et contrats. L'article permet au juge d'apprécier si une indemnité ne serait pas due au mandataire. Les circonstances lui permettront de construire sa conviction, surtout lorsque l'affaire n'a pas été conclue pour un motif personnel au mandant ou pour cause de force majeure<sup>(18)</sup>.

(17) L'article 35 de la loi de 1993 défend à l'avocat de recourir à ces procédés pour attirer la clientèle. L'article 98 a prévu une peine d'emprisonnement de 2 à 4 ans, et une amende de 20 à 40 milles dirhams à l'encontre de la personne qui joue le rôle d'intermédiaire au profit d'un avocat.

(18) Article 915 du dahir des obligations et contrats: " le mandataire n'a pas droit à la rétribution convenue:

1. S'il a été empêché, par un cas de force majeure, d'entreprendre l'exécution de son mandat ;
2. Si l'affaire ou l'opération dont il a été chargé a pris fin avant qu'il ait pu l'entreprendre;
3. Si l'affaire ou l'opération en vue de laquelle le mandat avait été donné n'a pas été réalisée, sauf, dans ce dernier cas, l'usage commercial ou celui du lieu ;

Il appartient cependant au juge d'apprécier si une indemnité ne serait pas due au mandataire, d'après les circonstances, surtout lorsque l'affaire n'a pas été conclue pour un motif personnel au mandant ou pour cause de force majeure ".

### \*\*\* L'agence commerciale

L'agence commerciale n'était pas organisée avant le code de 1996. Elle a été organisée par le code de commerce dans les articles de 393 à 404. Il s'agit d'un mandat qui permet à la personne de négocier et de conclure, d'une façon habituelle, des contrats pour le compte d'un commerçant. L'agent commercial peut représenter plusieurs mandants sans avoir besoin de leur accord, à condition qu'il ne s'agisse pas d'entreprises concurrentes. Même si l'agence commerciale n'a pas été prévue explicitement par les articles 6 et 7 du code de commerce, la personne qui exerce ce type d'activité est néanmoins considérée comme commerçant dans la mesure où le fondement de son activité repose sur son intervention en tant qu'intermédiaire, à l'image du courtier et du commissionnaire.

### \*\*\*\* Les bureaux et agences d'affaires, de voyages, d'information et de publicité

Le code de 1913 s'est intéressé uniquement aux "bureaux et agences d'affaires". L'actuel code a élargi le champ couvert par les bureaux. L'alinéa 13 de l'article 6 a prévu les bureaux et agences d'affaires, de voyages, d'information et de publicité. L'activité peut s'exercer par une personne physique ou dans le cadre d'une société. Il s'agit de services rendus au public moyennant un prix (exemple: gestion des biens immobiliers, les transitaires, les sociétés de publicité...). L'exercice repose plutôt sur les connaissances ou les compétences personnelles que sur la circulation des biens.

## 4. La profession commerciale

L'exercice d'une des activités énumérées aux articles 6 et 7 est certes un préalable pour l'acquisition de la qualité de commerçant. Il n'est toutefois pas suffisant. Autrement dit, l'exercice doit satisfaire à deux conditions. Il doit, d'une part, se faire à titre professionnel, d'autre part, s'accomplir au nom et pour le compte de la personne.

### a. Exercice à titre de profession habituelle

L'accomplissement d'actes de commerce de manière occasionnelle ne confère pas à la personne la qualité de commerçant. Un élément fondamental dans la définition légale du commerçant dégagée des articles

6 et 7 fait défaut : à savoir la continuité et la répétition dans l'exercice. L'habitude en ce sens implique la répétition des actes et des opérations concernées. Une personne qui exerce une activité censée commerciale pendant une période déterminée n'acquiert pas la qualité de commerçant. L'habitude suppose un prolongement dans le temps avec l'intention de répéter la même opération ou les mêmes actes.

L'exercice professionnel suppose une occupation permanente et apparente qui peut générer des moyens d'existence<sup>(19)</sup>. Il repose d'autre part sur une organisation et des moyens matériels et humains susceptibles de réaliser un objectif déterminé.

### b. Exercice personnel de l'activité

N'est pas commerçant celui qui exerce des activités énumérées aux articles 6 et 7 pour le compte d'une autre personne. La qualité de commerçant suppose un exercice au nom et pour le compte de la personne qui la réclame. Il en va ainsi par exemple des représentants qui agissent au nom et pour le compte de leur employeur. De même, la personne qui se contente d'aider un parent dans son activité commerciale ne serait pas concernée par la qualité de commerçant.

## B. Les actes de commerce par la forme

L'article 9 du code précise que " ... sont réputés actes de commerce :

- la lettre de change
- le billet à ordre signé même par un non-commerçant, lorsqu'il résulte d'une transaction commerciale "

La lettre de change est donc commerciale nonobstant son objet, civil ou commercial, et sans distinguer selon que la personne qui la signe est elle-même commerçant ou non.

Le billet à ordre est également réputé acte de commerce, même souscrit par un non-commerçant, seulement il doit résulter d'une transaction commerciale.

(19) Y. Guyon, op. cit., p.65.

Sont également déclarées commerciales " à raison de leur forme " la société en nom collectif, la société en commandite simple, la société en commandite par actions, la société à responsabilité limitée<sup>(20)</sup> et la société anonyme<sup>(21)</sup>.

### C. Les actes de commerce par rattachement

L'article 10 du code de commerce stipule que " sont également réputés actes de commerce, les faits et actes accomplis par le commerçant à l'occasion de son commerce, sauf preuve contraire ". Il s'agit donc de tous les faits ou actes accomplis par le commerçant dans l'exercice de son activité. Le souci est d'assurer une certaine cohérence dans l'activité en soumettant l'ensemble des opérations accomplies par un commerçant, ou une société commerciale, pour les besoins de son activité aux mêmes règles. Un acte civil est alors considéré comme commercial par rattachement lorsqu'il a eu lieu pour les besoins du commerce.

### D. Les actes mixtes

Suivant l'article 4 du code, " Lorsque l'acte est commercial pour un contractant et civil pour l'autre, les règles de droit commercial s'appliquent à la partie pour qui l'acte est commercial ; elles ne peuvent être opposées à la partie pour qui l'acte est civil, sauf disposition spéciale contraire ". Il s'agit des actes civils pour une partie et commerciaux pour l'autre. Un régime spécial a été prévu pour ce type d'acte. Le non-commerçant peut se prévaloir contre le commerçant de la commercialité de l'acte. Le commerçant ne peut par contre imposer au commerçant les règles de droit commercial.

### E. La gérance libre d'un fonds de commerce

Le législateur a pris beaucoup de retard pour organiser ce genre d'activité, si on prend en considération son rôle et son importance dans la vie commerciale. D'après le premier paragraphe de l'article 153: " le gérant libre a la qualité de commerçant et il est soumis à toutes les obligations qui en découlent ".

(20) Voir l'article 2 de la loi n°5-96.

(21) L'article premier de la loi n°17-95 sur la société anonyme stipule que : "la société anonyme est une société commerciale à raison de sa forme et quel que soit son objet... ".

## Chapitre III. Intérêt de la distinction entre acte de commerce et acte civil

Le régime juridique des actes de commerce se réfère à un ensemble de règles qui lui sont particulières. Ces règles sont différentes de celles applicables aux actes civils. L'on relève ces différences particulièrement au niveau des règles de compétence et des règles de fond.

Ce régime ne joue toutefois pleinement que pour les actes de commerce conclu entre commerçants dans le cadre de leur activité commerciale. Autrement dit, il ne joue que de manière partielle quand il s'agit des actes de commerce mixtes. Le régime juridique de ces actes a la particularité d'emprunter à la fois aux règles du droit commercial et à celles du droit civil.

### A. Sur le plan des règles de compétence

Il s'agit des règles qui organisent la répartition du contentieux entre les différentes juridictions. On distingue la compétence d'attribution et la compétence territoriale.

#### 1. Compétence d'attribution

Elle se réfère à la détermination de la nature et du degré de la juridiction à saisir. En matière commerciale, la compétence revient aux tribunaux de commerce institués par la loi n°53/95 promulguée par le dahir du 12/02/97. Il s'agit d'une part des tribunaux de commerce et d'autre part des cours d'appel de commerce.

- Les tribunaux de commerce : ils sont compétents pour statuer à l'occasion des litiges portant sur les contrats commerciaux, les opérations relatives aux effets de commerce, les actions entre commerçants à l'occasion de leur activité commerciale, les litiges entre associés dans une société commerciale et les litiges en raison d'un fonds de commerce<sup>(22)</sup>. Pour les actes mixtes, c'est-à-dire ceux qui sont commerciaux pour l'une des parties et civils pour l'autre, le non-commerçant a le choix entre le tribunal de commerce et le tribunal civil (exception du cas où il s'agirait d'un acte de commerce par la forme). Le commerçant est quant à lui obligé de faire appel au tribunal civil.

(22) Voir article 5 de la loi n° 53-95.

Le tribunal de commerce statue en premier et dernier ressort lorsque le principal de la demande n'excède pas 9000 dirhams.

- Les Cours d'appel de commerce : elles statuent sur l'appel des jugements rendus par les tribunaux de commerce. Le délai d'appel est de 15 jours à compter de la date de notification du jugement.

## 2. Compétence territoriale

La règle générale est que la compétence appartient au tribunal du domicile du défendeur. La loi a néanmoins prévue des exceptions :

- Le tribunal compétent quand il s'agit d'une société est celui du lieu de son siège social ou celui de la succursale.

- En matière de difficulté de l'entreprise, le tribunal compétent est celui du principal établissement du commerçant ou du lieu du siège social de l'entreprise.

- En matière de mesures conservatoires, il s'agit du tribunal dans le ressort duquel se trouve le bien objet de la mesure.

Ceci étant, les parties peuvent toutefois se mettre d'accord pour désigner par écrit le tribunal territorialement compétent.

## B. Sur le plan des règles de fond

A ce niveau, une distinction est à faire entre les actes de commerce conclus entre commerçants pour les besoins ou à l'occasion de leur activité commerciale, et les actes mixtes, c'est-à-dire commerciaux pour l'une des parties et civils pour l'autre. Le régime juridique particulier aux actes de commerce ne joue pleinement que pour les premiers. Pour les seconds, il joue de manière partielle.

### 1. Régime des actes de commerce entre commerçants

On dégagera les particularités de ce régime à partir de l'application de certaines de ses règles :

- La preuve : la matière commerciale est dominée par le principe de la liberté de la preuve, à la différence du droit civil où l'on exige la preuve

écrite. Ce principe se justifie par le souci d'assurer la formation rapide des actes de commerce. La preuve d'un contrat entre commerçants n'est donc pas subordonnée à un écrit. Elle peut se faire par tous les moyens : facture, correspondances, livres et documents comptables...

Il faut toutefois noter qu'un certain formalisme est parfois exigé par la loi. Il s'agit de mesures protectrices pour les parties ou les tiers. On peut citer l'écrit exigé pour la vente d'un fonds de commerce, les formalités de publicité pour la location-gérance ou le nantissement du fonds de commerce<sup>(23)</sup>, pour la constitution de la société<sup>(24)</sup>.

De même, il ne faut pas oublier la disposition générale de l'article 334 du code de commerce qui a restreint la portée du principe de la liberté de la preuve en matière commerciale : " en matière commerciale la preuve est libre. Toutefois, elle doit être rapportée par écrit quand la loi ou la convention l'exige ".

- La solidarité : en vertu de l'article 164 du dahir des obligations et contrats, la solidarité ne se présume pas<sup>(25)</sup>. Elle doit résulter de l'acte constitutif de l'obligation ou de la loi. En matière commerciale, le principe se présente autrement. L'article 335 du code de commerce dispose : " en matière commerciale, la solidarité se présume ". Les codébiteurs d'une obligation commerciale doivent donc répondre solidairement de la dette, ou l'un d'entre eux répondre du tout vis-à-vis du créancier.

- L'anatocisme : il consiste à capitaliser l'intérêt. En matière civile, la stipulation qui viserait à capitaliser les intérêts pour qu'ils produisent eux-mêmes des intérêts est nulle. L'article 874 du dahir des obligations et contrats stipule à ce propos qu' : " Est nulle, entre toutes parties, la stipulation que les intérêts non payés seront, à la fin de chaque année, capitalisés avec la somme principale et seront eux-mêmes productifs d'intérêts ". En matière commerciale, l'anatocisme joue librement, et les intérêts deviennent eux-mêmes productifs d'intérêts à des intervalles inférieurs à un an, normalement chaque semestre<sup>(26)</sup>.

(23) Voir notamment les articles 81, 108, 155 du code de commerce.

(24) Voir les articles 982 doc et suivants.

(25) Article 164 doc : " La solidarité entre les débiteurs ne se présume point. Elle doit résulter expressément du titre constitutif de l'obligation, de la loi, ou être la conséquence nécessaire de la nature de l'affaire ".

(26) Alinéa 2 de l'article 873 doc : " Les intérêts ne peuvent être calculés que sur la base d'une année entière ".

- Le mandat : en matière civile, lorsque plusieurs personnes sont nommées mandataires, elles doivent agir ensemble, et aucun mandataire ne peut engager la mandant séparément. En matière commerciale, en cas de pluralité de mandataires, chacun peut agir séparément et engager donc valablement le mandant.

- Le délai de grâce : en matière civile, le juge peut accorder au débiteur un délai de grâce conformément à l'article 243 du dahir des obligations et contrats. La situation se présente autrement en matière commerciale. En matière commerciale, aucun jour de grâce ni légal, ni judiciaire n'est admis pour le paiement d'une lettre de change<sup>(27)</sup>. Il en est de même pour le billet à ordre<sup>(28)</sup>.

- La prescription extinctive : elle est de cinq ans en matière commerciale. L'article 5 du code de commerce précise à ce niveau que les obligations nées entre commerçants, ou entre commerçants et non-commerçants, se prescrivent par cinq ans, sauf si des dispositions spéciales ont prévu un autre délai. En matière civile, la prescription extinctive est de quinze ans<sup>(29)</sup>. Le délai de cinq ans en matière commerciale se justifie par le besoin de la rapidité qui caractérise les relations commerciales.

- La clause compromissoire : stipulation en vertu de laquelle les parties conviennent de recourir à l'arbitrage. La clause peut être insérée aussi bien dans un contrat commercial que civil. Seulement, dans le contrat commercial, les parties peuvent désigner à l'avance l'arbitre ou les arbitres qui seront appelés à trancher le litige. La clause doit dans ce cas être écrite à la main<sup>(30)</sup>. En matière civile, les arbitres ne sont pas désignés à l'avance.

## 2. Régime composite des actes mixtes :

La doctrine et la jurisprudence sont à l'origine du régime applicable aux actes mixtes. Le régime repose en fait sur ce que l'on appelle le principe

(27) L'article 231, al.2. du code de commerce précise qu'aucun jour de grâce ni légal, ni judiciaire n'est admis sauf dans certains cas prévus par les articles 196 et 207.

(28) Voir art. 234 du code de commerce.

(29) Article 387 doc : " Toutes les actions naissant d'une obligation sont prescrites par quinze ans, sauf les exceptions ci-après et celles qui sont déterminées par la loi dans les cas particuliers ".

(30) Voir l'article 309 du code de procédure civile

dualiste, c'est-à-dire qu'on applique les règles du droit commercial aux commerçants, et les règles du droit civil pour les non commerçants. Quand le morcellement n'est pas possible, on fait appel à des solutions tantôt puisées des règles de droit commercial, tantôt des règles de droit civil. Ce sont ce qu'on appelle les solutions unitaires.

- Solutions dualistes : on s'intéressera à la compétence et à la preuve

En ce qui concerne la compétence, le non commerçant a le choix entre le tribunal de commerce et le tribunal civil pour citer le commerçant, même si la compétence matérielle est en principe déterminée en considération de la qualité du défendeur à l'action. Le commerçant est toutefois obligé de citer le non commerçant devant le tribunal civil.

En matière de preuve, si c'est le non commerçant qui veut faire la preuve, il peut utiliser tous les modes de preuve du droit commerciale. Par contre, si la preuve est faite par le commerçant contre celui pour qui l'acte est civil, il doit respecter les dispositions de l'article 443 DOC, notamment l'exigence d'un écrit au-delà de 250 dirhams.

- Solutions unitaires : on s'intéressera à la clause compromissoire et à la prescription

La clause compromissoire n'est pas valable dans les contrats mixtes. Sa nullité peut être invoquée aussi bien par le commerçant que par le non commerçant.

La prescription quinquennale s'applique de la même manière aussi bien pour les obligations nées entre commerçants à l'occasion de leur commerce, que pour celles nées entre commerçants et non commerçants, c'est-à-dire les actes mixtes.

## Chapitre IV. Limitations à l'exercice d'une activité commerciale

L'exercice d'une activité commerciale est dominé par le principe de la liberté. C'est un principe qui a été reconnu par la constitution : liberté d'entreprendre. Il n'y a pas de sélection au départ. Seule la libre concurrence est en mesure d'éliminer ceux qui n'arrivent pas à s'imposer dans le secteur qu'ils ont choisi d'investir.

La loi a toutefois prévu quelques restrictions au principe. Ce sont des mesures destinées à protéger, d'une part, la personne intéressée par l'activité commerciale, d'autre part, les tiers concernés par une relation commerciale avec le commerçant. Certaines restrictions, légales et conventionnelles, ont pour objectif de protéger le commerçant et les tiers.

## A. Restrictions légales

### 1. Questions relatives à la capacité

#### a. Age de la majorité commerciale (capacité commerciale)

L'article 12 du Code de commerce renvoie la question de l'âge de la majorité commerciale au code de statut personnel. Il faut donc faire appel à l'article 137 du CSP. Celui-ci fixe l'âge de la majorité légale à dix huit années grégoriennes révolues<sup>(31)</sup>. Il y a donc coïncidence entre l'âge de la majorité légale et l'âge de la majorité commerciale. Tout marocain qui a atteint cet âge est par conséquent en mesure d'exercer une activité commerciale.

En ce qui concerne la capacité de l'étranger qui était déterminée par sa loi nationale en vertu des dispositions de l'article 3 DOC puisque le code de commerce de 1913 n'a rien prévu, l'article 15 du code de 1996 l'a quant à lui fixée à vingt ans même si sa loi nationale peut prévoir un autre âge. L'objectif de la modification est d'éviter que l'étranger n'invoque sa minorité en vertu des règles de sa loi nationale pour se soustraire de ses obligations (voir le célèbre arrêt Lizardi dans la jurisprudence française).

Il faut également préciser que l'article 6 du code de 1913 qui subordonnait l'exercice d'une activité commerciale par la femme à une autorisation du mari a été aboli. L'article 17 stipule que " la femme mariée peut exercer le commerce sans autorisation de son mari. Toute convention contraire est réputée nulle ".

Si l'âge de la majorité commerciale a été fixé à dix huit ans, quelques exceptions ont néanmoins été prévues, permettant ainsi au mineur d'exercer une activité commerciale dans des conditions particulières. Pour présenter ces exceptions, l'on peut dégager quatre étapes dans la condition juridique du mineur :

- Avant douze ans : incapacité totale puisque le mineur est considéré comme complètement dépourvu de discernement.

- De douze à quinze ans : possibilité pour le mineur d'accomplir certains actes onéreux mais dont la validité est subordonnée à l'accord du tuteur.

- De quinze à dix-sept ans : si le mineur présente des signes de maturité, on peut lui faire profiter d'une expérience de majorité (art. 140 du CSP). Il est possible de remettre au mineur une partie de ses biens pour qu'il en assure l'administration à titre d'expérience. L'autorisation peut être accordée par le juge si le tuteur refuse. L'administration se limitera aux seuls biens concernés par l'autorisation.

- Entre dix-sept et dix huit ans : le mineur peut bénéficier d'une déclaration de majorité anticipée. A l'âge de dix-sept ans, le mineur peut être émancipé si le tuteur constate sa maturité (art.165 du CSP)<sup>(32)</sup>. Il passe de la minorité à la pleine capacité, c'est-à-dire qu'aucune limite ne serait apportée à l'exercice d'une activité commerciale. L'article 13 du code de commerce a prévu l'inscription de l'autorisation et de la déclaration de majorité anticipée au registre du commerce.

L'âge de la majorité pour le marocain israélite est de vingt ans révolus. Mais, dès la puberté, le mineur peut obtenir l'autorisation de son tuteur pour exercer une activité commerciale.

#### b. Les incapables majeures

L'objectif est de protéger les personnes contre les risques et les dangers de l'exercice d'une activité commerciale. Elles concernent les personnes ne disposant pas du discernement suffisant soit en raison de leur âge, soit en raison de l'altération de leurs facultés mentales.

Le code de statut personnel considère comme incapables majeures le prodigue et le dément. Le dément est celui qui a perdu la raison, que sa démence soit continue ou intermittente, c'est-à-dire coupée de périodes de lucidité.

Le prodigue est celui qui dilapide son patrimoine par des dépenses sans utilité ou considérées comme futiles par les personnes raisonnables (art.144 du CSP).

(31) Dahir n°1.03.81 portant loi n°63-02, publié au Bulletin officiel du 24 mars 2003.

(32) L'article 165 a également fait l'objet d'une modification par la loi n°63-02.

" Le juge prononce l'interdiction du dément et du prodigue à partir du jour où il est établi qu'ils se sont trouvés dans cet état.

Il les affranchit de cette interdiction, conformément aux règles prévues au présent code, en tenant compte du moment où prend fin la démence ou la prodigalité. Le juge doit, à cet effet, se fonder sur l'avis d'experts et sur tous les moyens de preuve légaux " (art. 145 du CSP)

La sanction de l'incapacité est la nullité de tous les actes accomplis par le dément ou le prodigue.

## 2. Les interdictions

C'est une catégorie assez hétérogène. Elle englobe des interdictions pour des raisons objectives, et d'autres imposées par la loi pour des raisons liées à la nature de l'activité.

Des raisons politiques ont justifié certaines interdictions<sup>(33)</sup>. L'exercice de certaines activités a également été interdit par la loi. Deux raisons sont à l'origine de ces interdictions :

\* Monopole d'Etat : en raison de leur rentabilité ou caractère stratégique, l'Etat s'est réservé le monopole dans certains domaines (électricité, eau, postes...). Des procédures sont toutefois en cours pour mettre fin au monopole d'Etat dans différents secteurs.

\* Considérations de moralité : interdiction de faire du commerce portant sur certains produits (stupéfiants par exemple). Certaines professions sont soumises à autorisation (pharmacie, banque, assurance...)

## 3. Les incompatibilités

Le commerce a toujours été considéré comme inconciliable avec l'exercice de certaines activités. La profession de commerçant empêcherait la réalisation de l'autre. Il en est ainsi des professions libérales réglementées (notaire, avocat, médecin...), et de la fonction publique. L'article 16 du dahir du 24 février 1958 portant statut de la fonction publique pose le principe de

(33) Voir par exemple le dahir du 25 novembre relatif au transport maritime qui précise que les importations et exportations des phosphates, agrumes... doivent être assurées sous pavillon marocain, dahir du 15 novembre 1958 sur la presse..

l'incompatibilité de la profession commerciale avec la fonction publique. L'on estime que cette dissociation garantirait l'indépendance et la dignité des professions visées. Le fonctionnaire ne peut donc exercer à titre professionnel une activité privée lucrative.

Ceci étant, l'exercice de manière habituelle ou professionnelle d'une activité commerciale par une personne exerçant dans le cadre d'une profession libérale, ou par un fonctionnaire, permet néanmoins de la considérer comme commerçant. La personne intéressée peut apporter la preuve qu'elle est en relation avec un commerçant.

## 4. Les déchéances

Les déchéances ont un caractère sanctionnateur. Elles ont pour objectif d'évincer certaines personnes du circuit commercial. L'article 711 du code pose un principe général en stipulant que " la déchéance commerciale emporte interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler, directement ou indirectement, toute entreprise commerciale ou artisanale, et toute société commerciale, ayant une activité économique ".

La personne physique peut également être frappée d'une déchéance commerciale en raison de faits commis dans le cadre de son activité. L'article 712 a prévu trois situations pouvant aboutir à une déchéance :

\* L'omission de tenir une comptabilité régulière ou le fait de faire disparaître les documents comptables.

\* Le fait pour le dirigeant de détourner ou de dissimuler tout ou partie de l'actif ou de gonfler frauduleusement le passif.

\* Le fait pour le dirigeant de continuer l'exercice de l'activité sachant que ceci devait conduire de manière certaine à une cessation de paiement.

Certaines déchéances peuvent frapper toute personne condamnée pour crimes ou délits liés à l'exercice d'une activité commerciale (assureur, agent d'affaires, banquier...). Il en est de même des faillites. Deux situations peuvent se présenter à ce propos :

\* Interdire l'exercice d'une activité commerciale en tant que peine accessoire à une sanction pénale.

\* L'interdiction peut être prononcée pour crimes ou délits en relation avec l'exercice d'une activité commerciale. Elle est prononcée à titre de mesure de sûreté et peut aller jusqu'à dix ans<sup>(34)</sup>.

#### B. Restrictions conventionnelles

Elles sont le résultat d'une relation contractuelle. Une des parties peut s'engager, par le biais d'une clause insérée dans le contrat, à ne pas concurrencer l'autre partie en exerçant une activité déterminée.

Trois clauses peuvent être à l'origine de ces interdictions : non-rétablissement, non-concurrence et d'exclusivité. La clause trouve son origine dans un contrat.

\* Non-rétablissement : la clause est insérée dans le contrat de vente d'un fonds de commerce pour interdire au cédant de se rétablir à proximité des lieux où se trouve le fonds vendu. La clause doit être limitée dans le temps et l'espace

\* Non-concurrence : la clause est liée au contrat de travail entre le salarié et son employeur. Elle vise à interdire au salarié d'exercer une activité concurrente à celle de son ancien employeur en cas de rupture du contrat. Elle a également pour but d'interdire au salarié d'intégrer une entreprise concurrente. L'article 109 du dahir des obligations et contrats a prévu la possibilité d'intégrer dans le contrat une clause de non-concurrence qui limiterait l'exercice d'une activité commerciale. L'effet de la clause doit être limité dans le temps et dans l'espace<sup>(35)</sup>.

\* Clause d'exclusivité : elle impose au commerçant de ne vendre que certains produits et de ne se fournir qu'auprès d'un fournisseur déterminé (exemple : les pompistes de marque).

(34) Voir plus particulièrement les articles de 711 à 724 du code de commerce.

(35) Article 109 doc : " Est nulle et rend nulle l'obligation qui en dépend, toute condition ayant pour effet de restreindre ou d'interdire l'exercice des droits et facultés appartenant à toute personne humaine, telles que celles de se marier, d'exercer ses droits civils.

Cette disposition ne s'applique pas au cas où une partie s'interdirait d'exercer une certaine industrie, pendant un temps ou dans un rayon déterminé ". Voir C.S. déc. n°330 du 22 septembre 1980, Jurisprudence de la Cour suprême n°27, 1981, p.136; C.S., déc. n°699 du 17 novembre 1982, Jurisprudence de la Cour Suprême n°32, 1983, p.10. Egalement C.A. de Casablanca, déc. n°2401 du 5 août 1980, Jurisprudence de la Cour Suprême, n°32, 1982, p.9.

## Chapitre V. Conséquences de la qualité de commerçant

Dans l'exercice de son activité, le commerçant est soumis à certaines obligations qui lui sont particulières. La loi ne fait aucune distinction entre les commerçant à ce niveau. Peu importe la taille de l'exploitation ou la nature de l'activité. Le même régime est appliqué à tous. Ce sont des obligations liées à la qualité de commerçant. Elles sont la contrepartie des droits conférés à la personne en raison de son activité. Peu importe qu'il s'agisse à ce niveau d'une personne physique ou morale.

Certes, de nombreuses obligations sont prévues par différents textes juridiques. Le commerçant doit par exemple utiliser le chèque et la facture pour certaines opérations. Il doit également respecter les règles de la concurrence, payer les impôts, contracter une assurance.... En général, les obligations du commerçant sont multiples. Et chacune d'elles peut faire l'objet d'une étude particulière. Parmi ces obligations, deux vont néanmoins retenir notre intérêt. Ce sont celles qui ont été prévues par le Code de commerce : la publicité statutaire et les obligations comptables.

### A. La publicité commerciale

La première obligation qui pèse sur le commerçant est l'immatriculation au registre du commerce. Elle se situe au point de départ de l'activité commerciale. Au Maroc, le régime du registre du commerce a été adopté par le code de 1913, notamment les articles de 19 à 28. Dans la loi n°15-95, il a été organisé par les articles de 27 à 78.

#### 1. Organisation du registre du commerce

L'organisation du registre repose sur une architecture qui permet de couvrir tout le territoire marocain. Ses différentes fonctions, informative et juridique, ne seront que mieux accomplies avec sa généralisation. L'article 27 du code de commerce précise que " le registre du commerce est constitué par des registres locaux et un registre central ".

##### a. Le registre local :

Il est tenu auprès du secrétariat-greffe du tribunal compétent. Le registre local est placé sous la surveillance du président du tribunal ou un juge qu'il

désigne chaque année à cet effet. L'inscription au registre local doit donc " être requise au secrétariat-greffe du tribunal du lieu de situation de l'établissement principal du commerçant ou du siège de la société "(36).

Le libellé de l'article 30 peut prêter à confusion. Sachant que la compétence en matière commerciale revient au tribunal de commerce en vertu de la loi n°53-95, qu'en est-il alors des régions et villes dépourvues de ce type de tribunaux ?

En l'absence d'un nombre suffisant de tribunaux de commerce répartis et couvrant tout le territoire du royaume, la compétence des tribunaux de première instance a été maintenue en la matière dans les régions et provinces où un tribunal de commerce fait défaut. L'inscription sera donc requise auprès du secrétariat-greffe du tribunal de première instance du lieu d'établissement du commerçant ou du siège social de la société, au cas où il n'y aurait pas un tribunal de commerce pour recueillir ces inscriptions.

Le registre du commerce se divise, d'après l'article 7 du décret du 18 janvier 1997 pris en application des dispositions relatives à l'organisation du registre de commerce(37), en deux parties distinctes : le registre chronologique(38) et le registre analytique(39). L'article 11 du décret précise que les deux registres sont cotés, paraphés et vérifiés à la fin de chaque mois par le président du tribunal ou par le magistrat chargé de la surveillance du registre de commerce.

- Le registre chronologique : sur ce registre sont reportées les demandes et déclarations d'inscription faites par les commerçants. Elles sont enregistrées dans l'ordre où elles interviennent. On y inscrit différentes informations concernant le commerçant et l'établissement (nom, prénom, adresse de l'établissement ou du siège social, domicile des déclarants...)(40). La demande est constatée par un récépissé délivré au demandeur et qui précise notamment la date, l'heure et le numéro de dépôt.

- Le registre analytique : on fait appel à ce registre pendant la durée de l'exploitation. Il reprend les différents renseignements modificatifs et

(36) Article 30 du code de commerce.

(37) Le décret n°2-96-906 du 18 janvier 1997, est publié au Bulletin officiel du 20 janvier 1997.

(38) Voir modèle n°5.

(39) Voir modèle n°6.

(40) Article 8 du décret du 18 janvier 1997.

complémentaires qui interviennent en fonction de l'évolution de l'activité. Il mentionne également les radiations. Le registre analytique est constitué de deux recueils : l'un pour les personnes physiques, l'autre pour les personnes morales. Les numéros du premier recueil sont des nombres pairs, alors que ceux du second sont des nombres impairs(41).

## b. Le registre central :

L'article 31 du code de commerce précise que le registre central est tenu par les soins de l'administration. C'est un document public qu'on peut consulter en présence de la personne responsable de sa tenue. Le décret d'application en donne compétence au ministère du commerce(42). Le registre central se compose de deux registres distincts: un pour les personnes physiques, l'autre pour les personnes morales. Chaque mois, le secrétaire-greffier du tribunal de commerce ou de première instance, selon les cas, transmet au registre central un exemplaire des déclarations qu'il a enregistrées au cours du mois précédant, aux fins d'immatriculation ou de modification. Le registre central est destiné à :

- Centraliser pour l'ensemble du royaume les renseignements mentionnés dans les différents registres locaux.

- Délivrer les certificats relatifs aux inscriptions des noms des commerçants et des dénominations commerciales ainsi que les certificats et copies relatifs aux autres inscriptions qui y sont portées.

- Publier, au début de chaque année, un recueil qui reprend des renseignements sur les noms des commerçants et les dénominations commerciales qui lui sont transmises.

Le registre central a également pour mission de délivrer les certificats négatifs relatifs aux inscriptions des dénominations sociales.

## 2. Fonctionnement du registre du commerce

Les inscriptions au registre du commerce ont pour but de donner une idée précise sur la situation des assujetties. Elles comprennent, selon l'article

(41) Article 9, idem.

(42) Article 12, idem.

36 du code de commerce, les immatriculations, les inscriptions modificatives et les radiations.

#### a. L'immatriculation

L'immatriculation a un caractère personnel. Il est interdit de se faire immatriculer à titre principal soit dans le même registre local sous plusieurs numéros, soit dans plusieurs registres locaux. La loi ne fait pas de distinction selon la taille du commerce. L'exercice de l'activité commerciale sur le territoire du Royaume suffit pour requérir l'immatriculation.

De même, certaines personnes morales, bien qu'elles peuvent ne pas avoir la qualité de commerçant, par exemple le groupement d'intérêt économique sans activité commerciale, sont tenues de la même obligation. C'est une manifestation de l'extension du droit commercial<sup>(43)</sup>.

Les assujettis doivent requérir leur immatriculation dans les trois mois de l'ouverture de l'établissement commercial ou de l'acquisition du fonds de commerce (personnes physiques), de la création ou la constitution (personnes morales de droit public ou de droit privé), ou de l'ouverture (succursales ou agences, représentations commerciales)<sup>(44)</sup>.

#### \* Personnes assujetties

Les personnes assujetties à l'immatriculation sont énumérées à l'article 37 du code. L'immatriculation est obligatoire pour :

- Toutes personnes physiques ou morales, marocaines ou étrangères, exerçant une activité commerciale sur le territoire du Royaume.

- Toute succursale ou agence d'entreprise marocaine ou étrangère.

- Toute représentation commerciale ou agence commerciale des Etats, des collectivités ou établissements publics étrangers.

- Les établissements publics marocains à caractère industriel ou commercial, soumis par leurs lois à l'immatriculation au registre du commerce.

(43) Voir M. Motik, op. cit., p.81.

(44) Article 75 du code de commerce.

- Tout groupement d'intérêt économique.

#### \*\* Modalités d'immatriculation

Les inscriptions sont en principe faites sur déclaration volontaire des assujettis à l'immatriculation. Certaines mentions doivent figurer dans la déclaration d'immatriculation<sup>(45)</sup>. Elles contiennent des informations sur le commerçant et l'activité commerciale. C'est une disposition qui intervient dans le cadre de la fonction informative du registre du commerce. L'objectif principal est de permettre aux tiers de contracter avec le commerçant en connaissance de cause.

En vertu du premier article du décret du 18 janvier 1997 : " La déclaration d'inscription au registre du commerce doit être présentée par l'assujetti ou son mandataire au secrétariat-greffe du tribunal compétent, en triple exemplaire sur des formulaires définis par arrêté du ministre de la justice. Elle est accompagnée des actes et pièces justificatifs dont la liste est fixée dans le même arrêté. Elle est revêtue de la signature de l'assujetti ou de son mandataire dûment muni d'une procuration portant la signature légalisée du mandant ".

Pour les actes et pièces qui doivent accompagner la déclaration, ils ont été prévus par l'article 2 (Exemple : copie du diplôme pour personne physique quand la loi l'exige, régime matrimonial pour l'étranger, autorisation du président du tribunal pour l'étranger qui n'a pas encore atteint l'âge de la majorité commerciale au regard du droit marocain ... ).

#### \*\*\* Contrôle du tribunal

Le président du tribunal, ou le juge qu'il désigne à cet effet, est chargé de la surveillance de la tenue du registre du commerce. A la fin de chaque mois, il vérifie les registres chronologique et analytique. Il peut dénoncer au ministère public les indications qui seraient données de mauvaise foi.

De même le secrétaire-greffier qui reçoit la déclaration doit s'assurer de l'identité de l'assujetti ou de son mandataire, et vérifier que les énonciations

(45) Voir les articles 42 du code pour les personnes physiques, 45 pour les personnes morales, 47 pour les Etablissements publics à caractère industriel ou commercial et les représentations ou agences commerciales et 48 pour les groupements d'intérêt économique.

présentées sont conformes aux dispositions législatives et réglementaires et qu'elles correspondent aux pièces justificatives fournies à l'appui de la déclaration<sup>(46)</sup>.

Les vérifications du secrétaire-greffier ne porte toutefois pas sur la validité des actes et pièces fournis. Il exerce un contrôle préalable sur pièces, mais uniquement pour s'assurer que les mentions exigées et les actes et pièces justificatifs prévues par l'arrêté ministériel ont été présentés.

Le secrétaire-greffier peut néanmoins demander au président d'ordonner la radiation d'une inscription s'il estime qu'elle a été faite en violation d'un autre texte légal. C'est le cas par exemple si la personne ne peut en principe exercer une activité commerciale en raison d'une incompatibilité<sup>(47)</sup>.

#### b. Les inscriptions modificatives

Les changements et modifications intervenues dans les mentions qui figurent dans la déclaration d'immatriculation doivent faire l'objet d'une inscription modificative. Le secrétaire-greffier doit en vertu de l'article 44 du code de commerce procéder, d'office ou sur requête du greffier de la juridiction qui a rendu la décision, à des mentions modificatives portant :

- Les décisions prononçant l'interdiction du commerçant ainsi que celles ordonnant mainlevée.

- Les décisions judiciaires et les actes affectant le régime matrimonial du commerçant étranger.

- Tous les faits intéressant les commerçants n'ayant pas leur établissement principal au Maroc, mais y possédant une succursale ou une agence, ainsi que les décisions judiciaires rendues à l'étranger à l'encontre des mêmes commerçants et déclarées exécutoires par un tribunal marocain.

L'inscription modificative peut se faire à la demande du commerçant dans le cas d'un :

- Nantissement du fonds de commerce, le renouvellement et la radiation de l'inscription du privilège du créancier gagiste.

(46) Article 4 du décret du 18 janvier 1997.

(47) Voir l'ordonnance du Président du tribunal de commerce de Marrakech du 23/07/1998.

- Les brevets d'invention exploités et les marques de fabrique ou de commerce ou de service déposées par le commerçant.

Pour les sociétés commerciales, des modifications d'office interviennent quand il s'agit :

- Des décisions judiciaires prononçant la dissolution ou la nullité de la société.

- Des décisions judiciaires en matière de redressement ou de liquidation judiciaire<sup>(48)</sup>.

Les modifications se font à la demande des concernés quand il s'agit d'information concernant les gérants (nom, prénom, nationalité...), les membres des organes d'administration, de direction ou de gestion ou des directeurs nommés pendant la durée de la société, ainsi que les brevets d'invention exploités et les marques de fabrique, de commerce et de service déposées par la société.

L'immatriculation des personnes physiques et morales doit être requise dans les trois mois. " Toute inscription sur le registre du commerce pour laquelle un délai n'a pas été fixé doit être requise dans le mois à partir de la date de l'acte ou du fait à inscrire. Le délai court pour les décisions judiciaires du jour où elles ont été rendues ".

#### c. Les radiations

Les radiations sont faites soit à la demande de l'assujettie, soit d'office. Dans le premier cas, la radiation se fait en cas de cessation d'activité, de décès ou de dissolution de la société.

Dans le deuxième cas, la radiation est ordonnée par le président du tribunal. Il en est ainsi :

- Lorsqu'un commerçant est décédé depuis plus d'un an

- Lorsqu'il est frappé d'une interdiction d'exercer une activité commerciale en vertu d'une décision judiciaire passée en force de chose jugée

(48) Voir article 46 du code de commerce.

- S'il est établi que la personne immatriculée a cessé effectivement depuis plus de trois ans l'exercice de l'activité pour laquelle elle a été inscrite.

La radiation d'office effectuée en raison de renseignements erronés est rapportée par le greffier sur ordonnance du président du tribunal.

### 3. Sanctions liées aux inscriptions

#### a. Sanctions liées au défaut d'immatriculation

Le défaut d'immatriculation dans les délais prévus par la loi implique des sanctions. Celles-ci ont été prévues par l'article 62. Toute personne tenue de requérir, en vertu d'une mise en demeure adressée par le ministère du commerce, une immatriculation ou des inscriptions obligatoires au registre du commerce s'expose à une amende de 1000 à 5000 dirhams. La même sanction est encourue en cas de violation des dispositions de l'article 39 (immatriculation à titre principal dans plusieurs registres locaux ou dans un même registre local sous plusieurs numéros), et de l'article 49 (défaut de mentionner le numéro et le lieu de son immatriculation au registre analytique sur les factures, lettres bon de commande tarifs, prospectus et autres papiers de commerce).

Il revient au tribunal dans le ressort duquel se trouve l'intéressé de prononcer l'amende, en fixant un délai de deux mois pour que l'inscription omise soit faite. Si, dans ce délai, celle-ci n'a pas été opérée, une nouvelle amende peut être prononcée. Si le défaut d'immatriculation est en relation avec l'ouverture d'une succursale ou d'une agence d'un établissement situé en dehors du Maroc, le tribunal peut ordonner la fermeture de cette succursale ou agence jusqu'à l'accomplissement de la formalité<sup>(49)</sup>.

La première sanction n'est prononcée qu'après expiration du délai d'un mois après la mise en demeure de l'administration. A ce propos, on peut remarquer que l'article 62 n'a prévu que l'immatriculation. Il ne s'est pas intéressé aux inscriptions modificatives. La doctrine est néanmoins unanime pour dire que la sanction concerne également les inscriptions modificatives exigées par la loi. Enfin, il faut préciser que le tribunal ne peut lui-même procéder à l'immatriculation.

(49) Voir article 63, idem.

#### b. Sanctions liées à une déclaration frauduleuse

Le commerçant qui, de mauvaise foi, donne des indications inexactes en vue de l'immatriculation s'expose à certaines sanctions. L'article 64 du code précise que " toute indication inexacte donnée de mauvaise foi en vue de l'immatriculation ou de l'inscription au registre du commerce est puni d'un emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende de 1000 à 5000 dirhams, ou de l'une de ces deux peines seulement... Le jugement prononçant la condamnation ordonne que la mention inexacte sera rectifiée dans les termes qu'il détermine ". L'article 66 a prévu les mêmes sanctions pour ceux qui, de mauvaise foi, donnent des indications inexactes sur les papiers de commerce des commerçants et des sociétés commerciales.

A remarquer que l'article 68 du code de commerce précise que " les dispositions des articles 64 et 66 n'excluent pas l'application, le cas échéant, des dispositions du code pénal ". Ce qui revient à dire que la sanction peut être plus lourde si le fait a été accompagné d'agissements réprimés par la loi pénale. C'est le cas notamment si l'inexactitude des indications est le résultat d'une falsification de certains documents.

La déclaration est suffisante pour considérer qu'il y a intention frauduleuse de détourner les injonctions légales. Seulement il s'agit là d'une présomption qui peut être combattue par l'intéressé s'il apporte la preuve qu'au moment de la déclaration, l'information ou l'indication était exacte.

On peut finalement dire que les inscriptions au registre du commerce sont à l'origine d'une publicité directe. Elles permettent à chaque personne intéressée d'obtenir à ses frais les informations dont elles a besoin auprès du secrétaire-greffier ou des services du registre central.

Une publicité indirecte a également été prévue par la loi. Elle résulte de l'obligation imposée à tout commerçant ou société commerciale de faire mentionner sur ses factures, tarifs, bons de commande, prospectus et autres papiers de commerce destinés à des tiers, le numéro et le lieu de son immatriculation au registre analytique. L'alinéa 2 de l'article 49 du code de commerce précise également que les documents émanant des agences et des succursales doivent mentionner en sus de leur numéro, celui de l'établissement principal ou du siège social.

Ces différentes dispositions permettent d'affirmer que, par le biais de la publicité, le registre du commerce assure une fonction informative dans la

mesure où il offre aux tiers de la situation professionnelle du commerçant et de la société commerciale. Les inscriptions dans le registre ne sont pas secrètes. C'est un document public.

La possibilité de recevoir des copies ou des extraits du registre connaît toutefois quelques limites. Certaines indications ou informations ne peuvent être mentionnées sur les copies. Il s'agit selon l'article 77 du code :

- Des jugements déclaratifs de redressement ou de liquidation judiciaire quand il y a eu réhabilitation

- Des jugements prononçant une incapacité ou une interdiction lorsque l'intéressé en a été relevé.

- Des nantissements du fonds de commerce, quand l'inscription du privilège du créancier gagiste a été rayée ou est périmée par défaut de renouvellement dans un délai de cinq ans.

En plus de la fonction informative, le registre du commerce assure aussi une fonction économique. Il donne, de par la centralisation des données, une idée d'ensemble sur l'évolution de l'activité commerciale dans le royaume. Il permet de ce fait de prévoir des projets en connaissance de cause. Les inscriptions contenues dans le registre doivent donc être précises et justes.

Enfin, une troisième fonction assurée également par le registre du commerce est liée à son rôle en tant que document contenant des mentions qui peuvent avoir des conséquences sur l'exercice de l'activité commerciale et la qualité de commerçant. C'est ce qu'on va relever en s'intéressant aux effets des inscriptions.

#### 4. Les effets de l'immatriculation

##### a. Présomption de commercialité

L'intérêt est de dégager l'impact de l'immatriculation ou le défaut d'immatriculation sur la qualité de commerçant.

En droit allemand, l'immatriculation attribue automatiquement la qualité de commerçant. Celle-ci ne peut de ce fait être contestée.

Dans les droits égyptiens et libanais, l'immatriculation n'est qu'un élément pouvant concourir à prouver la qualité de commerçant.

Le droit marocain a adopté une position médiane en considérant que l'immatriculation n'est qu'une présomption juridique simple pour l'acquisition de la qualité de commerçant. L'article 58 du code de commerce précise à ce niveau que " toute personne physique ou morale immatriculée au registre du commerce est présumée, sauf preuve contraire, avoir la qualité de commerçant avec toutes les conséquences qui découlent de cette qualité ".

La personne immatriculée acquiert donc la qualité de commerçant et doit de ce fait se soumettre aux différentes obligations liées à son statut. Seulement, cette qualité peut être combattue par la preuve contraire<sup>(50)</sup>. Le tiers qui a un intérêt à repousser la qualité de commerçant doit par exemple apporter la preuve que la personne n'exerce pas une activité commerciale de manière habituelle ou professionnelle. Mais pour la loi, la personne immatriculée est un commerçant, et il ne peut lui-même repousser cette qualité.

En ce qui concerne les sociétés commerciales, elles ne jouissent de la personnalité morale qu'à compter de leur immatriculation au registre du commerce. Avant l'immatriculation, il y a bien un contrat entre les actionnaires, mais il n'y a pas de personne morale. L'article 7 de la loi n°17-95 sur la société anonyme stipule que " les sociétés anonymes jouissent de la personnalité morale à dater de leur immatriculation au registre du commerce... "<sup>(51)</sup>. Avant l'immatriculation, les rapports entre les actionnaires sont régis par le contrat de société. Les actes accomplis au nom de la société engagent leurs auteurs solidairement et indéfiniment<sup>(52)</sup>. De même, l'article 2 de la loi n°5-96 précise que la société en nom collectif, la société en commandite simple, la société en commandite par actions et la société à responsabilité limitée n'acquièrent la personnalité morale qu'à compter de leur immatriculation au registre du commerce<sup>(53)</sup>. L'immatriculation est également indispensable pour la naissance du groupement d'intérêt économique<sup>(54)</sup>. Toutefois, à la différence de la société, sa qualité se détermine plutôt par la nature de l'activité exercée, civile ou commerciale.

(50) Voir C.A. dossier civil n°87/1629, 06/05/1992, Revue Al-ichaà, n°8, p.90.

(51) Loi n°17-95 du 30 août 1996, B.O. n°4422 du 17 octobre 1996, p.661.

(52) Au moins jusqu'à la tenue de la première assemblée, ordinaire ou extraordinaire, qui peut les adopter.

(53) Loi n°5-96 du 13 février 1997.

(54) Article 4 de la loi n°13-97 du 5 février 1999, B.O. n°4678 du 1er avril 1999, p.165.

## b. La responsabilité solidaire

La responsabilité solidaire est une conséquence du défaut de radiation de la personne concernée. Tant que le commerçant, jadis exploitant d'un fonds de commerce, ne se fait pas radier du registre, un lien de solidarité le lie à son successeur ou locataire. L'article 60 du code de commerce dispose à ce propos qu'" en cas de cession ou de location d'un fonds de commerce, la personne immatriculée reste solidairement responsable des dettes de son successeur ou de son locataire tant qu'elle ne se fait pas radier du registre du commerce ou qu'elle n'a pas modifié son inscription avec la mention expresse de la vente ou la location ". Le même principe a été retenu par l'alinéa 4 de l'article 51 qui dispose que "... l'assujetti ne peut être rayé des rôles d'imposition à l'impôt des patentes afférents à l'activité pour laquelle il est immatriculé, qu'en justifiant au préalable de la radiation du registre du commerce.. ". La qualité de commerçant est donc maintenue tant que la personne immatriculée au registre du commerce n'a pas procédé à la radiation. C'est une mesure qui vise en premier à protéger les tiers en rendant le commerçant solidairement responsable à cause de son indifférence par rapport à la nouvelle situation juridique du fonds.

## c. Opposabilité des inscriptions

Le commerçant peut se prévaloir de toutes les informations et mentions contenues dans le registre du commerce. L'alinéa premier de l'article 61 du code de commerce précise que : " les faits et actes régulièrement inscrits au registre du commerce sont opposables aux tiers ".

Dans le sens inverse, le commerçant ne peut se prévaloir des actes qui n'ont pas été régulièrement inscrits sur le registre. Le deuxième alinéa de l'article 61 précise que : "les personnes assujetties à l'immatriculation au registre du commerce ne peuvent, dans l'exercice de leur activité commerciale, opposer aux tiers qui peuvent toutefois s'en prévaloir, les faits et actes sujets à mention modificative que si ces derniers ont été inscrits au registre du commerce ". Le commerçant ne peut donc se prévaloir d'un fait ou d'un acte que s'il a procédé à une inscription modificative. Ce qui n'est pas le cas pour les tiers. Ceux-ci peuvent au besoin invoquer les informations qui n'ont pas été inscrites au registre, c'est-à-dire qu'ils peuvent les invoquer ou non selon leur intérêt. Si le tiers estime que l'information peut renforcer sa position, il est en droit de l'utiliser. Dans le cas contraire, il est libre de ne pas l'invoquer.

Une limite a toutefois été apportée à ce propos. Les tiers ne peuvent se prévaloir des informations s'il est établi qu'au moment où ils ont traité, ils avaient connaissance des faits et actes dont il s'agit. L'alinéa 3 de l'article 61 stipule que : "l'alinéa précédent n'est pas applicable si les assujettis établissent qu'au moment où ils ont traité, les tiers en cause avaient connaissance des faits et actes dont il s'agit "(55). Dans ce cas, il incombe au commerçant de faire la preuve que les tiers ont contracté en connaissance de cause.

## B. La comptabilité commerciale

La deuxième obligation qui incombe aux commerçants est relative à la comptabilité commerciale. C'est une caractéristique de l'entreprise commerciale. L'obligation puise ses origines dans le code de commerce (art. 19 à 26), dans le dahir formant code des obligations et contrats (art. 433 à 439), et dans la loi n°9-88(56). L'article 19, alinéa premier du code de commerce dispose que : "le commerçant tient une comptabilité conformément aux dispositions de la loi n°9-88 relative aux obligations comptables des commerçants promulguées par le dahir du 25 décembre 1992 ". Celle-ci précise dans l'article 25 que " sont abrogés lors de l'entrée en vigueur de la présente loi les articles 10, 11, 12 et 13 du dahir du 9 ramadan 1331 (12 août 1913) formant code de commerce. Les renvois faits à ces articles dans les lois et règlements en vigueur s'appliquent de plein droit aux dispositions correspondantes de la présente loi ". Le code de commerce de 1996 a en effet maintenu l'application de la loi n°9-88 en adaptant quelques dispositions.

La comptabilité commerciale constitue cette partie des sciences économiques qui consiste à enregistrer les mouvements qui affectent constamment le patrimoine de l'entreprise, ainsi que la détermination des résultats globaux de son exploitation au cours d'une période déterminée.

La tenue d'une comptabilité présente un intérêt primordial pour l'Etat, pour l'entreprise et pour les tiers :

(55) L'alinéa 2 de l'article 61 stipule que " les personnes assujetties à l'immatriculation au registre du commerce ne peuvent, dans l'exercice de leur activité commerciale, opposer aux tiers qui peuvent toutefois s'en prévaloir, les faits et actes sujets à mention modificative que si ces derniers ont été inscrits au registre du commerce ".

(56) Loi n°9-88 du 30/12/1992, B.O., n°4183, p.1867.

- Pour l'Etat : elle permet de déterminer l'assiette des impôts calculés sur le chiffre d'affaires.

- Pour l'entreprise : elle permet de contrôler la situation de la caisse, à savoir l'évolution des dettes et des créances, les prix, la conjoncture du marché...

- Pour les tiers : elle procure l'information à toutes les personnes en relation avec l'entreprise (contractants, associés, salariés, fournisseurs...)<sup>(57)</sup>.

## 1. Organisation de la comptabilité commerciale

En vertu de l'article premier de la loi n° 9-88, les commerçants sont tenus d'enregistrer les mouvements affectant les actifs et les passifs de l'exploitation. Ces mouvements sont enregistrés chronologiquement, opération par opération et jour par jour. Les enregistrements comptables sont portés sur les livres. Les commerçants ont également l'obligation de conserver les correspondances.

### a. Les livres comptables

#### \* Le livre-journal

C'est un document d'importance majeure. Il a été prévu par l'alinéa premier de l'article 2 de la loi n° 9-88. Son importance procède du fait qu'il donne une image fidèle et précise de la situation financière de l'entreprise. Le livre reprend toutes les opérations effectuées au jour par jour. Peu importe le type ou la nature de l'opération (achat, vente, prêt, réception de marchandises...). Si l'activité du commerçant ne permet pas d'inscrire, de par sa diversité et son intensité, toutes les opérations dans le livre-journal, il a la possibilité de tenir des livres annexes, à condition de reporter leur contenu à la fin du mois sur le livre-journal et le grand livre<sup>(58)</sup>.

#### \*\* Le grand-livre

Le contenu du livre-journal est reporté dans le grand-livre. Celui-ci est constitué de deux tableaux : un créancier et un débiteur.

(57) Voir M. Motik, op. cit., p.90.

(58) Voir l'article 3 de la loi n° 9-88.

### \*\*\* Le livre d'inventaire

Les commerçants sont tenus d'établir un inventaire à la fin de chaque année. L'obligation comporte l'élaboration d'un inventaire des effets mobiliers et immobiliers d'une part, et un inventaire des dettes et créances d'autre part. L'article 6 stipule qu'<sup>quel</sup> il doit être tenu un livre d'inventaire sur lequel il est transcrit le bilan et le compte de produits et charges de chaque exercice". La durée de l'exercice, initialement fixée à douze mois, peut exceptionnellement être inférieure pour un exercice donné.

### \*\*\*\* Les états de synthèse annuels

A la fin de chaque exercice comptable, le commerçant procède à l'élaboration des états de synthèse annuels sur la base de ce qui est contenu dans les livres.

Les états de synthèse comporte le bilan, le compte de produits et charges, l'état des soldes de gestion, le tableau de financement et l'état des informations complémentaires. Ces informations ont pour but d'expliquer et de préciser le contenu des états de synthèse annuels. Les articles de 13 à 18 de la loi n° 9-88 ont précisé les modalités de tenue des états de synthèse.

En vertu de l'article 21<sup>de la loi</sup>, les entreprises dont le chiffre d'affaire annuel ne dépasse pas 7.500.000 dirhams ne sont pas tenues de reproduire dans les états de synthèse annuels l'état des soldes de gestion, le tableau de financement et l'état des informations complémentaires.

Les sociétés qui opèrent dans des secteurs <sup>exigeant</sup> qui exigent une autorisation des autorités compétentes (banques, assurances, sociétés de financement...) sont soumises, en plus des règles prévues par le code de commerce et la loi n° 9-88, à un régime plus rigoureux, avec plus de précision pour permettre aux services compétents de procéder au contrôle prévu par la loi.

### b. Tenue des livres comptables

Pour s'assurer de l'exactitude des informations contenues dans les livres, le législateur a prévu quelques règles dans la loi n° 9-88. L'article 8 a prévu un contrôle des livres par le tribunal. Au moment de l'ouverture de l'entreprise, le livre-journal et le livre d'inventaire doivent être présentés au tribunal. Le greffier va coter les feuilles en leur donnant des numéros allant de la première à la dernière. Ensuite, il les paraphe en y apposant le signe

qui va permettre de les identifier. Chaque livre reçoit un numéro répertorié par le greffier sur un registre spécial.

Le commerçant est tenu de reporter les opérations effectuées d'une manière chronologique et continue. Il ne doit y avoir ni altération, ni blanc. En cas d'erreur, le commerçant ne peut ni gratter, ni raturer. Pour les corrections, il doit les effectuer avec de inscriptions nouvelles.

Le législateur n'a pas précisé si les inscriptions dans les livres doivent être de manière manuscrite ou peuvent se faire avec une machine à écrire ou un ordinateur par exemple. Son silence permet de considérer que l'inscription peut se faire avec n'importe lequel de ces moyens, en prenant toutefois en considération les problèmes pouvant surgir à propos de la preuve.

Les documents comptables doivent se référer à la monnaie nationale<sup>(59)</sup>. Rien n'a été prévu pour la langue utilisée. Le commerçant est donc libre d'utiliser la langue arabe ou une autre. En cas d'utilisation d'une langue étrangère, le commerçant devra au besoin procéder à une traduction. Selon l'article 26 du code de commerce " les originaux des correspondances reçues et les copies des correspondances envoyées doivent être classées et conservées pendant dix ans à compter de leur date ".

## 2. Sanctions relatives au défaut de la tenue d'une comptabilité commerciale

La loi n°9-88 n'a rien prévu comme sanctions même si l'article premier a précisé que la tenue de la comptabilité est obligatoire. Ce qui ne veut pas dire qu'il n'y a de sanctions. Celles-ci sont contenues dans différentes lois.

### a. sanctions pénales

Les sanctions pénales ont été prévues par différents textes. L'article 357 du code pénal stipule que " toute personne de l'une des manières prévues à l'article 354 commet ou tente de commettre un faux en écriture de commerce ou de banque est punie de l'emprisonnement d'un cinq ans et d'une amende de 250 à 20.000 dirhams...". Toute écriture, reportée dans les livres comptables, qui peut avoir pour objet de constater une opération

(59) Voir l'article 22 de la loi n°9-88.

commerciale doit reproduire fidèlement la réalité des transactions commerciales. Le faux en écriture de commerce concerne la falsification des documents comptables en tant que référence de base pour avoir une idée sur la vie professionnelle du commerçant.

L'article 721, alinéa 4, du code de commerce a également prévu des sanctions pénales liées à la tenue de la comptabilité. D'après les dispositions de l'article, les dirigeants d'entreprises qui tiennent une comptabilité fictive ou font disparaître des documents comptables ou s'abstiennent de tenir une comptabilité lorsque la loi l'exige sont coupables de banqueroute. L'article 722 du code prévoit des peines de un an à cinq ans d'emprisonnement et d'une amende de 10.000 à 100.000 dirhams ou d'une de ces deux peines seulement en cas de banqueroute.

L'article 386 de la loi 17-95 sur la société anonyme a prévu une amende de 40.000 à 400.000 pour les membres des organes d'administration, de direction ou de gestion d'une société anonyme qui n'auront pas, pour chaque exercice, dressé l'inventaire, établi des états de synthèse et un rapport de gestion. La même peine est édictée si les états de synthèse annuels et le rapport des commissaires aux comptes n'ont pas été déposés au greffe du tribunal.

### b. Sanctions civiles

Aux termes de l'article 23 de la loi n°9-88 relative aux obligations comptables des commerçants, l'administration fiscale a la possibilité de rejeter les comptabilités qui n'ont pas été tenues suivant les formes exigées par la loi<sup>(60)</sup>.

L'article 706 du code de commerce permet au tribunal d'ouvrir une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire à l'égard de tout dirigeant qui aurait tenu une comptabilité fictive, ou fait disparaître des documents comptables de la société, ou s'est abstenu de tenir une comptabilité conforme aux règles légales.

Une autre sanction, en relation avec la comptabilité commerciale, a été prévue par l'article 712 du code. Celui-ci oblige le tribunal à se saisir en vue de prononcer la déchéance commerciale de toute personne physique

(60) Il s'agit des formes prévues par la loi n°9-88 et les tableaux annexes.

commerçante, ou de tout artisan, qui aurait omis de tenir une comptabilité conformément aux dispositions légales, ou fait disparaître tout ou partie des documents comptables.

### 3. La preuve comptable

La comptabilité commerciale peut servir de preuve en cas de litige. L'article 19, alinéa 2 du code de commerce précise que si la comptabilité commerciale est régulièrement tenue, elle est admise par le juge pour faire preuve entre commerçants à raison des faits de commerce. Le commerçant peut donc se prévaloir du contenu de sa comptabilité régulièrement tenue. Trois conditions sont néanmoins exigées pour prendre en considération cette comptabilité :

- La comptabilité doit être tenue de manière régulière pour faire preuve en faveur du commerçant contre les tiers. Les documents comptables ne doivent donc comporter ni altération, ni erreur, ni blanc entre les lignes.

- Les documents comptables peuvent faire preuve en faveur du commerçant qui les tient uniquement entre commerçants. Seules les relations entre commerçants sont concernées à ce niveau. Le commerçant ne peut donc se prévaloir de sa comptabilité, même régulièrement tenue, contre un non commerçant.

- Le litige entre le commerçant et le tiers doit porter sur une relation pour fait de commerce.

Si le commerçant produit une comptabilité régulière, et l'autre partie une autre irrégulière, le juge prend en considération celle tenue de manière régulière.

Si les deux comptabilités sont régulières mais ne contiennent pas les mêmes informations, le juge aura dans ce cas à construire sa conviction sur la base des autres moyens de preuve présentés.

La preuve construite sur la base des documents comptables n'est pas absolue. C'est notamment le cas quand la loi exige un écrit pour prouver l'existence d'un acte, comme le contrat de société. De même, le tribunal n'est pas obligé de prendre en considération la preuve apportée par les documents comptables en la présence d'un autre moyen de preuve plus fort.

Dans ce cas, le tribunal doit justifier sa position en précisant les raisons d'éviction de la preuve comptable.

L'article 20 du code de commerce précise que " les tiers peuvent opposer au commerçant le contenu de sa comptabilité même irrégulièrement tenue". Les tiers peuvent donc se prévaloir de la comptabilité du commerçant même si elle représente des irrégularités, et peu importe que le litige porte sur un fait de commerce ou sur une relation civile. Peu importe également que la relation soit entre commerçants ou entre un commerçant et un non commerçant.

La représentation des documents comptables consiste à extraire de la comptabilité les seules écritures qui intéressent le litige et qui seront consultées ou vérifiées par le juge ou un expert, mais pas la partie adverse<sup>(61)</sup>. Elle se fait soit à la requête de l'une des parties, soit ordonner d'office par le tribunal. Celui-ci peut refuser la demande si les circonstances du litige n'exigent pas la consultation des documents. Le tribunal civil peut également ordonner la représentation des documents comptables quand il s'agit d'un acte mixte.

La communication consiste, quant à elle, en la production intégrale des documents comptables<sup>(62)</sup>. Celle-ci a lieu de la manière établie par les parties. Si celles-ci n'arrivent pas à s'accorder, elle se fait par dépôt au secrétariat-greffe de la juridiction saisie.

La communication n'est possible que dans certains cas prévus par la loi<sup>(63)</sup>. Le premier est lié aux successions. A ce niveau, l'objectif est de permettre au juge d'avoir une idée sur la part de chacun des héritiers. Le créancier n'a toutefois pas la possibilité de consulter les documents comptables. Le second se présente en cas de partage. La situation concerne surtout les sociétés commerciales. Chacun des associés peut demander au tribunal d'ordonner la communication des documents comptables pour les consulter. A préciser que ce cas se présente pendant la durée de liquidation de la société. Pendant la vie sociale, l'associé est en droit de consulter les documents comptables si certaines conditions sont remplies. La troisième situation est relative au redressement ou liquidation judiciaire. L'article 562 du code de commerce impose au chef de l'entreprise qui dépose une

(61) Article 23 du code de commerce.

(62) Article 24, idem.

(63) Article 24, idem.

demande d'ouverture d'une procédure de traitement de l'accompagner de certains documents. Parmi ceux-ci les états de synthèse du dernier exercice comptable. Le syndic désigné en vertu de l'article 637 du code peut consulter les documents comptables pour évaluer la situation de l'entreprise et proposer les solutions adaptées. Le dernier cas concerne les documents qui sont communs aux parties.

## PARTIE II. LE FONDS DE COMMERCE

Le fonds de commerce se présente comme un bien meuble incorporel constitué par l'ensemble des biens mobiliers affectés à l'exercice d'une activité commerciale. L'article 79 du code de commerce stipule que: "le fonds de commerce est un bien meuble incorporel constitué par l'ensemble des biens mobiliers affectés à l'exercice d'une ou de plusieurs activités commerciales". Il s'agit donc du groupement d'éléments hétéroclites destinés à donner forme à l'activité et lui permettre de se développer.

Le fonds de commerce permet de retenir et de développer une clientèle. Nombreux sont les éléments le constituant : marchandise, clientèle, outillage, enseigne, mobilier commercial...

Chacun de ces éléments peut avoir un régime juridique, mais l'ensemble constitue le fonds. Celui-ci est représenté par l'ensemble des biens meubles corporels et incorporels qu'un commerçant regroupe et met en œuvre en vue de satisfaire aux besoins de sa clientèle.

Au Maroc, un dahir concernant la vente et le nantissement du fonds de commerce a vu le jour le 31 décembre 1914. Il a été puisé de la loi française du 17 mars 1909. Vont suivre les dahirs du 23 juin 1916 concernant la protection de la propriété industrielle, littéraire et artistique, et celui du 24 mai 1954 qui a organisé la location des lieux prévus pour une exploitation industrielle, commerciale ou artisanale. Le code de 1996 consacre le livre II au fonds de commerce.

### Chapitre I. Les éléments du fonds de commerce

Les éléments constituant le fonds de commerce ont été prévus par l'article 80 du code. Celui-ci énumère un ensemble d'éléments qui peuvent participer à la constitution d'un fonds. Ainsi a-t-il précisé que " Le fonds de commerce comprend obligatoirement la clientèle et l'achalandage.

Il comprend aussi, tous autres biens nécessaires à l'exploitation du fonds tels que le nom commercial, l'enseigne, le droit au bail, le mobilier commercial, les marchandises, le matériel et l'outillage, les brevets d'invention, les licences, les marques de fabrique, de commerce et de service, les dessins et modèles industriels et, généralement, tous droit de propriété industrielle, littéraire ou artistique qui y sont attachés".

L'énumération n'est certes pas limitative dans la mesure où la loi parle de "tous autres biens". D'autres éléments peuvent être adjoints à tout moment au fonds. Dans l'autre sens, certains éléments peuvent disparaître alors qu'ils faisaient partie du fonds au départ<sup>(64)</sup>. A la lecture de l'article 80, le fonds se compose d'éléments corporels et incorporels selon les besoins de l'activité.

#### A. Eléments corporels

##### 1. Les marchandises

Il s'agit de l'ensemble des biens destinés à la vente. Les marchandises peuvent être des produits finis, semi-finis ou matières premières. De même, elles peuvent être placées dans le local ou dans une réserve.

L'exercice de certaines activités ne repose pas forcément sur la présence de la marchandise dans le local. C'est le cas notamment des activités qui reposent plutôt sur les services rendus que sur des opérations d'achat et de vente.

La valeur de la marchandise varie selon l'importance du capital affecté à l'activité exercée. Sa composition se détermine en fonction par exemple de l'intensité de l'activité pendant une période déterminée. Ainsi, si le commerçant estime que la conjoncture lui est profitable en raison d'une hausse passagère des prix, il peut choisir de vendre tout son stock.

Le législateur a exclu les marchandises des éléments pouvant faire l'objet d'un nantissement. L'article 107 du code précise que "sont seuls susceptibles

(64) On peut citer l'exemple du contrat bail-mobilier.

d'être compris dans le nantissement les éléments énumérés à l'article 80 à l'exclusion des marchandises..<sup>(65)</sup>.

L'exclusion des marchandises du nantissement est liée aux particularités qui caractérisent les relations commerciales. Dans la pratique commerciale, le transfert de la propriété de la marchandise du fournisseur au commerçant ne se fait qu'après paiement intégral du prix. Mais, pendant une certaine période, le fournisseur met la marchandise à la disposition du commerçant qui payera le montant restant après la vente<sup>(66)</sup>. Dans cette situation, si le commerçant fait l'objet d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire, le fournisseur peut récupérer sa marchandise auprès du syndic. L'article 672 du code de commerce précise à ce niveau que : "... peuvent également être revendiquées, s'ils se retrouvent en nature au moment de l'ouverture de la procédure, les biens vendus avec une clause de réserve de propriété subordonnant le transfert au paiement intégral du prix. Cette clause, qui peut figurer dans un écrit régissant un ensemble d'opérations commerciales convenues entre les parties, doit avoir été convenue entre les parties dans un écrit établi, au plus tard, au moment de la livraison ". Une autre condition a été prévue par le code de commerce pour la récupération des biens : " la revendication des meubles ne peut être exercée que dans le délai de trois mois suivant la publication du jugement ouvrant la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire "<sup>(67)</sup>.

## 2. Le matériel et l'outillage

Il s'agit des biens corporels utilisés dans l'activité mais qui ne sont pas à vendre. Ces biens sont généralement utilisés comme matériel de production (ex. matériel pour la transformation d'un produit, voiture pour le transport du personnel ou la livraison de la marchandise...). Le matériel varie en fonction de la nature de l'activité. La distinction entre les marchandises et le matériel se base sur l'utilisation de chacun des éléments. Les marchandises sont destinées à la vente. Ce qui n'est pas le cas pour le matériel.

(65) Certains tribunaux ont néanmoins parfois décidé d'une saisie conservatoire sur le fonds avec ses différents éléments sans prendre en considération les dispositions de l'article 107 du code, voir Trib. com. Rabat, les dossiers n°1/8/277, 1/98/25, 1/98/293, 1/98/1337, 1/98/729, M. Lafrouji, Le commerçant..., op. cit., p.146.

(66) Il s'agit de la " clause de réserve de propriété ".

(67) Article 667 du code de commerce

L'intérêt de la distinction entre les marchandises et le matériel se situe au niveau de la possibilité de faire l'objet d'un nantissement. Si les marchandises ne peuvent être comprises dans le nantissement, il en est autrement pour le matériel et l'outillage qui peuvent faire l'objet d'un nantissement restreint.

Pour le matériel et l'outillage utilisés dans l'activité mais exclus des éléments du fonds, trois cas peuvent être relevés :

- Matériel faisant l'objet d'un crédit-bail mobilier<sup>(68)</sup> : ce matériel ne fait pas partie des éléments du fonds. Il n'est pas la propriété du commerçant. La question qui se pose à ce niveau est de savoir comment protéger l'acquéreur du fonds ou ses créanciers qui peuvent ignorer l'existence d'un matériel utilisé dans l'exploitation mais qui fait l'objet d'une crédit-bail mobilier. La réponse à la question est rapportée par l'article 436 du code de commerce : " les opérations de crédit-bail sont soumises à une publicité qui doit permettre l'identification des parties et celle des biens qui font l'objet de ces opérations. En matière de crédit-bail mobilier, cette publicité est faite à la requête de l'entreprise de crédit-bail, sur un registre ouvert à cet effet, au greffe qui tient le registre du commerce... ". Si l'entreprise n'a pas procédé aux formalités de publicité, elle ne peut opposer aux créanciers ou ayants cause ses droits dont elle a conservé la propriété, sauf si elle établit que les intéressés avaient eu connaissance de ces droits

- Clause de réserve de propriété : ce matériel est la propriété du fournisseur jusqu'au paiement intégral du prix. La clause n'est soumise à aucune forme de publicité. Ce qui peut poser un problème en cas de nantissement puisque le fournisseur n'a pas les moyens pour faire savoir que le matériel fait l'objet d'une clause de réserve de propriété. De même, le créancier n'est pas forcément au courant de la situation du matériel.

Pour éviter le problème, il est possible pour le fournisseur de procéder à un nantissement restreint au matériel et à l'outillage qui sera inscrit au registre du commerce si l'acquéreur exerce une activité industrielle ou commerciale<sup>(69)</sup>.

(68) L'article 431 a défini le crédit-bail mobilier comme étant "... toute opération de location de biens d'équipement, de matériel ou d'outillage qui, quelle que soit sa qualification, donne au locataire la possibilité d'acquérir, à une date fixée avec le propriétaire, tout ou partie des biens loués, moyennant un prix convenu tenant compte, au moins pour partie, des versements effectués à titre de loyers (crédit-bail mobilier)...". Les biens immobiliers peuvent également faire l'objet d'un crédit-bail.

(69) Article 357 du code de commerce.

- Immeubles par destination : ce sont des meubles utilisés dans l'activité commerciale ou industrielle, mais qui perdent cette qualité pour les considérer en tant qu'immeubles dans le cas où le commerçant exerce son activité dans un immeuble dont il est le propriétaire. Ce matériel ne fait donc plus partie du fonds. Son régime suit celui de l'immeuble par nature.

## B. Eléments incorporels

Il s'agit de l'ensemble des éléments non matériels du fonds de commerce. Prévus par l'article 80 du code, ils comprennent la clientèle et l'achalandage, le nom commercial, l'enseigne, le droit au bail, les brevets d'invention, les licences, les marques de fabrique, de commerce et de service, les dessins et modèles industriels et tous droits de propriété industrielle, littéraire ou artistique qui s'attachent à l'exploitation du fonds. La clientèle et l'achalandage sont des éléments obligatoires. La présence des autres éléments varient selon la nature du fonds.

### 1. Clientèle et achalandage

La clientèle est constituée de l'ensemble des personnes qui fréquentent de manière habituelle le commerce. La fréquentation continue et répétée constitue le fondement de l'existence de la clientèle. Ce qui lui procure par ailleurs une valeur inestimable par rapport aux autres éléments.

L'achalandage représente les personnes qui font appel aux services du commerce de manière occasionnelle. Il n'y a pas forcément répétition ou continuité dans la fréquentation. C'est la renommée ou la situation géographique du commerce qui sont généralement déterminantes à ce niveau. C'est le cas par exemple des commerces qui font partie d'une chaîne internationale (Makro, Bata, Piza hut ...), ou ceux qui bénéficient d'un emplacement stratégique pour l'activité commerciale (lieux touristiques, proximité des gares...).

La clientèle en tant qu'élément du fonds est une clientèle commerciale. Autrement dit, la relation entre la personne et le commerçant doit reposer sur l'échange d'un bien dans le cadre d'un rapport de commerce.

La clientèle commerciale doit également fréquenter le commerce en raison de la qualité de son produit ou des qualités personnelles du

commerçant. Ce qui n'est pas le cas quand il s'agit par exemple de vendre le produit d'une marque dans le cadre d'une chaîne de distribution<sup>(70)</sup>.

### 2. Nom commercial

C'est l'appellation sous laquelle le commerçant, personne physique ou morale, exerce son activité. Elle permet de distinguer et de spécifier le commerce. Généralement, il s'agit d'un nom créé qui permet d'attirer la clientèle.

L'article 42 du code de commerce cite parmi les mentions à inclure dans la déclaration d'immatriculation " ... le nom sous lequel il (le commerçant) exerce le commerce et, s'il y a lieu, son surnom ou son pseudonyme... ". L'inscription du nom commercial dans le registre du commerce vaut protection juridique contre toute usurpation ou concurrence déloyale. Celle-ci a par ailleurs été relevée même si les commerçants opèrent dans des secteurs différents. La Cour d'appel de Casablanca avait déjà en 1984 estimé qu'il y a concurrence déloyale du fait d'utiliser le même nom même si les activités exercées ne sont pas de la même nature<sup>(71)</sup>.

En raison de l'intérêt du nom commercial, l'article 71 du code de commerce a même prévu que: "celui qui acquiert ou exploite un fonds de commerce peut, s'il y est expressément autorisé, continuer à faire usage du même nom ou de la même raison de commerce mais il est tenu d'y ajouter une indication précisant le fait de la succession ou de la cession...".

Pour les personnes morales, l'utilisation d'une dénomination ou raison sociale est subordonnée à la délivrance d'un certificat négatif de la part des services du registre central.

L'utilisation d'un nom peut être à l'origine d'une action pour concurrence déloyale. Il est possible de contraindre le concurrent déloyal à opérer la modification de la mention, sans d'ailleurs préjudice de l'action en dommages-intérêts.

(70) L'on peut citer l'exemple du gérant d'une station-service. Celui-ci n'a pas une clientèle qui lui est propre. La clientèle fréquente la station en raison de la qualité du produit et de la renommée de la marque (autres exemples : commerce dans les clubs sportifs, commerce dans les gares ou aéroports...).

(71) C.A. Casablanca, déc. n°1732, dossier n°1605/83, 30 octobre 1984, in R.M.D., n°4, p.276, 1985.

A préciser que la non utilisation du nom de par son inscription au registre du commerce dans un délai d'un an à compter de la date de délivrance du certificat négatif fait perdre à la personne concernée le droit de son utilisation avant la production d'un deuxième certificat. Enfin, le tribunal peut prononcer la radiation du nom qui n'a pas été utilisé depuis plus de trois ans à compter de la date de son inscription au registre du commerce.

### 3. Enseigne

L'enseigne est souvent constituée d'une inscription, d'une forme ou d'une image apposée sur l'immeuble et se rapportant à l'activité. C'est en fait un moyen d'individualisation de l'établissement où le fonds est exploité. Généralement, elle prend la forme d'un emblème, ou d'une dénomination de fantaisie.

L'enseigne est différente de la marque. Celle-ci fait partie des droits de la propriété industrielle, ce qui lui procure une protection spéciale aussi bien au niveau national qu'international. L'enseigne permet de spécifier le commerce, alors que la marque concerne plutôt le produit. La marque permet de distinguer et de particulariser un produit. Il peut donc y avoir plusieurs marques dans le même commerce, alors que celui-ci n'aura en principe qu'une seule enseigne.

### 4. Droit au bail

Habituellement, le commerçant n'est pas propriétaire du local ou de l'immeuble où il exerce son activité ou exploite son fonds. Il occupe donc le fonds en exécution d'un contrat de bail. Les conditions pour considérer le droit au bail comme élément du fonds de commerce ont été prévues par l'article 5 du dahir du 24 mai 1955 relatif à la location des lieux prévus pour une exploitation industrielle, commerciale ou artisanale.

Le droit au bail est un des éléments les plus importants du fonds. Son importance se situe à deux niveaux :

- La possibilité de continuer à occuper le local : prolonger le contrat de bail et donc pouvoir maintenir la clientèle.

- La possibilité de céder son bail à l'acquéreur de son fonds de commerce, ou dans le cas où le propriétaire utilise son fonds pour une autre transaction (ex : utilisation du fonds comme apport dans une société).

Le dahir du 24 mai 1955 a institué en faveur des commerçants un véritable droit au renouvellement du bail, et à défaut une indemnité d'éviction, pour les protéger contre les prétentions du bailleur. Il s'applique aux baux des immeubles dans lesquels un fonds de commerce est exploité. Deux conditions sont exigées : existence d'un contrat de bail (a), et le locataire doit être propriétaire d'un fonds de commerce, d'industrie ou d'artisanat (b).

#### a. Existence d'un contrat de bail

L'article 5 du dahir de 1955 précise que " le droit à renouvellement ne peut être invoqué que par les locataires, leurs cessionnaires ou ayant-droits qui justifient, par eux-mêmes ou par leurs acteurs, soit d'une jouissance consécutive de deux années en vertu d'un ou plusieurs baux écrits successifs, soit d'une jouissance consécutive de quatre années en vertu, ou bien d'un ou plusieurs baux verbaux successifs, ou bien de baux écrits ou verbaux successif ". La jouissance de deux ou quatre années consécutives est donc indispensable pour acquérir un droit au renouvellement.

Les dispositions du dahir ne s'appliquent pas aux baux emphytéotiques (supérieur à 18 ans et pouvant atteindre 99 ans). Elles s'appliquent toutefois aux baux passés par l'emphytéote qui remplissent les conditions imposées par le dahir, et à condition que la durée de renouvellement consenti à leurs sous-locataires n'ait pas pour effet de prolonger l'occupation des lieux au-delà de la date d'expiration du bail emphytéotique<sup>(72)</sup>.

Le dahir s'applique aux baux d'immeubles, ou de locaux, au sens d'immeubles bâtis. Exclusion donc des terrains nus, des constructions mobiles ou démontables. Il s'applique toutefois à des locations de terrains nus si le preneur édifie des constructions à usage commercial, industriel ou artisanal, à la condition que ces constructions aient été élevées ou exploitées avec le consentement du propriétaire et dans la limite indispensable à cette exploitation.

Sont également exclus du champ d'application du dahir les:

- Baux d'immeubles constitués en Habous pour des considérations d'ordre social et religieux, donc nécessité de maintenir le statut traditionnel

(72) Article 3 du dahir du 24 mai 1955.

en application du dahir du 21 juillet 1913. Les immeubles ou locaux qui entreront dans le patrimoine habous postérieurement à la publication du dahir resteront toutefois grevés des baux commerciaux en cours ou ayant fait l'objet d'un renouvellement en application des dispositions du dahir de 1955.

- Baux d'immeubles domaniaux : l'article 40 précise les termes de l'exclusion. Il s'agit des baux consentis sur les immeubles ou les locaux appartenant au domaine privé de l'Etat ou des autres personnes ou collectivités publiques, à condition que ces locaux soient affectés à l'usage de service public ou assortis d'une clause excluant expressément l'application à usage commercial, industriel ou artisanal. Le dahir ne s'applique pas non plus aux baux consentis, antérieurement à la date de publication du dahir, sur des immeubles ou des locaux préalablement acquis par voie d'expropriation.

#### b. Exploitation d'un fonds de commerce

Le bénéfice de l'application du dahir de 1955 est subordonné à l'exploitation dans les biens loués d'un fonds de commerce. Le statut des baux commerciaux a été institué pour protéger en premier lieu le fonds de commerce, donc la clientèle.

Le statut des baux commerciaux a été étendu à certains baux d'immeubles même si aucun fonds de commerce n'est exploité. Les articles 1 et 2 du dahir ont prévu les situations suivantes :

- Les locaux accessoires indispensables à l'exploitation du fonds de commerce, à condition qu'ils soient indispensables à son exploitation. Si ces locaux appartiennent à un propriétaire différent, leur location doit avoir pour objectif une utilisation dans le cadre de l'activité. L'acceptation du bailleur est par ailleurs indispensable.

- Les baux d'immeubles ou de locaux à usage commercial ou industriel consentis à l'Etat, aux collectivités publiques ou aux établissements publics affectés à des services exploités avant la publication du dahir.

- Baux d'immeubles ou de locaux abritant des établissements d'enseignement, privé ou public, lucratif ou non lucratif.

- Baux d'immeubles occupés par les façonniers. Le façonnier n'a pas de fonds et travaille exclusivement pour le compte d'industriels ou de

commerçants qui lui fournissent la matière nécessaire. Il profite néanmoins de la protection du dahir de 1955.

#### c. Contenu du dahir de 1955

Le louage est un contrat synallagmatique qui fait naître des droits au profit du locataire en lui imposant certaines obligations. Sur les deux registres, certaines règles spéciales ont été prévues par le dahir du 24 mai 1955.

##### \* Les droits du locataire

- Droit de jouissance : le locataire commerçant a le droit de jouir des locaux qui font l'objet du bail. Il s'agit du principal droit que le bail confère au locataire<sup>(73)</sup>. Les parties s'accordent sur le contenu du droit de jouissance. Sous réserve de l'ordre public et des bonnes mœurs, la liberté contractuelle est certaine à ce niveau.

Certains problèmes peuvent surgir si le locataire ne respecte pas scrupuleusement la destination des lieux. Le bailleur a-t-il la possibilité de demander la résiliation du contrat de bail ?

A la différence de l'article 34 du décret français du 30 septembre 1953 concernant la déspecialisation partielle ou totale<sup>(74)</sup>, le dahir de 1955 est muet à ce propos. Le recours aux règles de droit commun s'impose. Aussi est-il que leur combinaison permet d'affirmer que le locataire est tenu de respecter les termes du contrat en utilisant le local pour l'activité prévue. Le propriétaire est avantagé en cas de contestation<sup>(75)</sup>.

(73) Article 643 du dahir des obligations et contrats (doc) : "La garantie que le locateur doit au preneur a deux objets :

1. La jouissance et la possession paisible de la chose louée ;
2. L'éviction et les défauts de la chose ;

Cette garantie est due de plein droit, quand même elle n'aurait pas été stipulée. La bonne foi du locateur n'empêche pas cette obligation. "

(74) Y. Guyon, Droit des affaires, t.1, 5ème éd., pp.673 et ss.

(75) Voir l'article 663 (doc) : "Le preneur est tenu de deux obligations principales :

- a. De payer le prix du louage ;
- b. de conserver la chose louée et d'en user sans excès, ni abus, suivant sa destination naturelle ou celle qui lui a été donnée par le contrat "

- Cession du bail : Il s'agit du contrat par lequel le teneur du bail transmet les droits et les obligations qui y sont attachés à un tiers. Le principe en droit commun est que le bail est conclu en considération de la personne du locataire. La cession du bail est donc subordonnée à l'accord du bailleur. La situation se présente autrement en droit commercial, puisque " la cession du fonds de commerce n'est possible qu'avec celle du bail qui lui sert de support ".

On peut relever la différence entre les règles du droit commun et celle du droit commercial en se référant à l'article 37 du dahir du 24 mai 1955. Celui-ci a en effet prévu que " sont également nulles, quelle qu'en soit la forme, les conventions tendant à interdire au locataire qui remplit les conditions prescrites par l'article 5 ci-dessus de céder son bail à l'acquéreur de son fonds de commerce ou de son entreprise ".

La cession du bail est liée à l'acquisition du fonds. Le bailleur peut s'opposer à la cession si le cessionnaire n'acquiert pas le fonds, le cas notamment où il exercerait une activité différente de celle du cédant<sup>(76)</sup>. La cession régulière du bail transfère au cessionnaire tous les droits et les obligations découlant du contrat de location<sup>(77)</sup>.

- Sous-location : c'est l'acte par lequel le titulaire d'un bail consent à un tiers un bail différent sur tout ou partie des lieux dont il est lui-même locataire. Il s'agit de la superposition d'un second bail au premier (la cession réalise un transfert de contrat).

En droit commun, le locataire a la possibilité de sous-louer<sup>(78)</sup>. Autre est la situation en droit commercial puisque l'article 22, alinéa 1 du dahir du 24 mai 1955 précise que " par dérogation à l'article 668 du dahir formant code

(76) Article 668 doc : " le preneur a le droit de sous-louer, et même de céder son bail à un autre, en tout ou en partie, à moins que la défense de sous-louer ou de céder n'ait été exprimée ou ne résulte de la nature de la chose. La défense de sous-louer doit être entendue d'une manière absolue, et entraîne celle de sous-louer en partie, ou de céder la jouissance, même à titre gratuit ". Article 669 doc : " le preneur ne peut céder ou sous-louer la chose pour un usage différent, ou plus onéreux, que celui déterminé par la convention ou par la nature de la chose ;

En cas de contestation et en l'absence de titres, on doit décider en faveur du locateur ".

(77) Article 673 doc : " La cession est régie par les dispositions établis au chapitre de la cession des créances et emporte la substitution du cessionnaire dans les droits et dans les obligations résultant du contrat de louage ".

(78) Article 668 doc

des obligations et contrats, toute sous-location totale ou partielle est interdite sauf stipulation contraire du bail ou accord du bailleur.

En cas de sous-location autorisée, le propriétaire est appelé à concourir à l'acte... ". Aussi ajoute-t-il que lorsque le bailleur autorise cette opération et au cas où le loyer de la sous-location serait supérieur au prix de la location principale, le propriétaire est en droit d'exiger une hausse correspondante du loyer de la location principale. Si après avoir accepté de concourir à l'acte, le bailleur n'est plus d'accord avec le locataire principal sur les conditions de la sous-location ou sur l'augmentation à appliquer au prix de la location principale, il revient au président du tribunal de statuer par ordonnance motivée, après avoir au besoin ordonné une expertise pour rechercher tous les éléments d'appréciation permettant de fixer de manière équitable les conditions du nouveau bail. L'ordonnance du président du tribunal est susceptible de faire l'objet d'un appel dans le délai de quinze jours à compter de sa notification. Les décisions en dernier ressort peuvent être déférées à la cour de cassation<sup>(79)</sup>.

- Droit au renouvellement du bail : apport essentiel de la législation sur les baux commerciaux. Le droit au renouvellement, aussi connu sous l'expression peu juridique de " propriété commerciale " se démarque profondément du droit commun du louage. A l'expiration du bail, le locataire a droit, soit au renouvellement de celui-ci, soit à une indemnité représentant le dommage qu'il a subi. Le commerçant a de ce fait la possibilité de monnayer son départ.

L'article 5 du dahir du 24 mai 1955 nous renseigne que le droit à renouvellement ne peut être invoqué que par les locataires, leurs cessionnaires ou ayant-droits qui justifient d'une exploitation personnelle ou par l'intermédiaire de leur préposé d'une jouissance consécutive de deux années en vertu d'un ou plusieurs baux écrits successifs, ou d'une jouissance de quatre années en vertu d'un ou plusieurs baux verbaux. La clause qui aurait pour effet de faire échec au droit de renouvellement est déclarée nulle. Ces nullités n'étant pas d'ordre public mais simplement impératives, seul le preneur ou ses ayant-droits peuvent donc s'en prévaloir, sauf en cas de renonciation ou prescription.

(79) Article 30 du dahir du 24 mai 1955.

En cas de renouvellement sans précision de la durée, la durée du bail est la même que celle prévue par le contrat du bail expiré, sans que cette durée soit supérieure à cinq ans<sup>(80)</sup>. Si le bail est d'une durée indéterminée, le nouveau sera égal à la durée effective de l'ancien sans que cette durée dépasse les trois ans.

Aussi bien le locataire que le bailleur peut prendre l'initiative de renouvellement. L'article 7 du dahir précise qu'" à défaut de congé, le locataire qui veut obtenir le renouvellement de son bail, doit en faire la demande dans les six mois qui en précèdent l'expiration, soit à tout moment, au cours de sa continuation par l'effet des dispositions de l'article 6 ci-dessus... ". La demande doit être signifiée au bailleur par acte extrajudiciaire<sup>(81)</sup>, ou par lettre recommandée avec accusé de réception. Le bailleur dispose d'un délai de trois mois pour faire connaître sa réponse. Le silence du bailleur sera considéré comme une acceptation du principe du renouvellement aux clauses et conditions du bail antérieur.

Si c'est le bailleur qui prend l'initiative du renouvellement, il doit donner congé au locataire pour éviter le renouvellement du bail en cours, et pour établir un nouveau bail assorti de nouvelles conditions. Si le locataire refuse les nouvelles conditions, il dispose de trente jours pour saisir le Président du tribunal de première instance de la situation de l'immeuble.

Le principe de la reconduction tacite du bail commercial, jadis accepté par la jurisprudence marocaine en application de l'article 689 du dahir des obligations et contrats<sup>(82)</sup>, n'est plus admis aujourd'hui. L'article 6 du dahir écarte expressément l'application de l'article 689 en disposant que " par dérogation aux articles 687, 688 et 689 du dahir du 12 août 1913 (9 ramadan 1331) formant code des obligations et contrats, les baux des locaux soumis aux dispositions du présent dahir ne cessent que par l'effet d'un congé donné au moins six mois à l'avance, nonobstant toute stipulation contractuelle contraire.

(80) Article 9, idem.

(81) Dans les formes prévues aux articles 55, 56 et 57 du dahir formant code de procédure civile.

(82) Article 689 : " Au cas où, à l'expiration du contrat, le preneur reste en possession, il est renouvelé dans les mêmes conditions, et pour la même période, s'il a été fait pour une période déterminée ; s'il est fait sans détermination d'époque, chacune des parties peut résilier le bail ; le preneur a cependant droit au délai fixé par l'usage local pour vider le lieu ".

En conséquence, à défaut du congé visé à l'alinéa précédent, le bail se poursuit au-delà du terme fixé par le contrat... "

Ceci étant, le bailleur est toujours en mesure de refuser le renouvellement du bail commercial venu à terme. Le refus peut être motivé ou sans motif légitime. Si le refus repose sur un motif légitime, le locataire n'a droit à aucune indemnité. C'est le cas quand le bailleur justifie d'un motif grave et légitime à son encontre<sup>(83)</sup>, ou si l'immeuble est insalubre ou menace ruine. Le locataire jouit alors d'un droit de réinstallation s'il y a reconstruction totale ou partielle des locaux<sup>(84)</sup>. Le juge de fond appréciera selon les circonstances. Si, par contre, le refus ne repose pas sur un motif légitime, le bailleur aura à verser une indemnité d'éviction au locataire. L'article 10 du dahir précise à ce propos que "...cette indemnité sera au moins égale à la valeur du fonds, sauf le cas où le bailleur fait la preuve que le préjudice est moindre ". Différents éléments peuvent être pris en considération pour fixer le montant de l'indemnité (droits de mutation, frais de déménagement, perte occasionnée du fait de l'arrêt temporaire de l'exploitation...). La décision judiciaire qui fixe l'indemnité ne rend pas le paiement immédiatement exigible. Le bailleur dispose d'un droit de repentir de trente jours, à compter du jour où le jugement est devenu définitif. Ce droit ne peut toutefois être exercé que si le locataire occupe encore les lieux et n'a pas déjà loué ou acheté un autre local<sup>(85)</sup>.

#### \*\* Les obligations du locataire

- Paiement des loyers : le loyer est librement fixé par les parties. Les dispositions du dahir du 5 janvier 1953 relatif à la révision périodique des prix de location des locaux à usage commercial, industriel ou artisanal s'appliquent à défaut de stipulations contractuelles.

Une révision légale du loyer n'est pas automatique, et doit être demandée par le locataire ou le bailleur. L'article 2 du dahir du 5 janvier 1953 dispose que " chaque partie pourra obtenir tous les trois ans une révision de loyer si la modification des conditions économiques a entraîné une variation de plus du quart de la valeur locative fixée amiablement ou

(83) Exemple: manquement à l'obligation de payer le loyer, dégradation des lieux, cession irrégulière....

(84) Article 11 du dahir de 24 mai 1955.

(85) Article 32, idem.

par décision judiciaire ". Il appartient au juge du fond d'apprécier ces conditions.

La révision conventionnelle est tributaire de l'accord des parties. Celles-ci peuvent s'accorder sur une révision en fonction de l'évolution des conditions économiques, ou convenir d'indexer le loyer sur le chiffre d'affaires du locataire.

Les parties ont également la possibilité d'insérer une clause résolutoire expresse en cas de non-paiement du loyer aux échéances convenues. Cette clause ne peut néanmoins avoir d'effet que quinze jours après une mise en demeure restée infructueuse<sup>(86)</sup>. Le juge peut accorder des délais supplémentaires pour le paiement, maximum d'un an, mais à condition que la résiliation n'ait été déjà constatée ou déclarée par une décision de justice ayant acquis l'autorité de la chose jugée.

- Le pas-de-porte : au moment de la conclusion du bail, le propriétaire exige souvent le paiement immédiat d'une somme, appelée " pas-de-porte ", considérée comme une compensation pour le renouvellement du bail. Quelle est la nature juridique du pas-de-porte ?

Les tribunaux le considèrent tantôt comme un supplément de loyer à des échéances successives, tantôt comme une indemnité forfaitaire.

### C. Eléments incorporels extraordinaires

Généralement, ces éléments permettent l'émergence d'un droit exclusif dans le cadre d'un monopole d'exploitation.

#### 1. Droit de propriété industrielle

Il s'agit des brevets d'invention, des marques de fabrique, des dessins et modèles, des marques de commerce et service.

#### 2. Droit de propriété littéraire et artistique

L'auteur d'une œuvre a un droit de propriété sur ce qu'il crée du simple fait de sa création. On distingue :

(86) Article 26, idem.

- Droit moral : possibilité de disposer de l'œuvre (ex. retrait)

- Droits pécuniaires : ils reviennent de droit à l'auteur et s'étendent aux héritiers pour une période de 50 ans avant de tomber dans le domaine public.

### D. Eléments exclus du fonds de commerce

#### 1. Les créances et les dettes

Elles ne deviennent pas nécessairement un élément du fonds. Elles obligent celui qui a contracté et non le fonds (entités juridiques distinctes).

#### 2. Les livres de commerce et autres documents comptables

Ils sont la propriété du vendeur qui doit les conserver pendant 10 ans, ainsi que les pièces justificatives. L'acquéreur du fonds peut néanmoins y avoir accès pour les informations des 3 dernières années.

#### 3. Les contrats et marchés

Il s'agit des contrats conclus avec les fournisseurs ou avec les clients. En principe, ils ne sont pas cédés avec le fonds, sauf si une convention ou une clause a prévu le contraire. L'acquéreur du fonds est néanmoins lié par les contrats de travail conclus par le cédant. C'est également le cas pour les contrats d'assurance qui suivent la chose assurée.

#### 4. Les immeubles

La spécificité du fonds de commerce en tant que bien meuble exclut l'immeuble. C'est le cas aussi bien pour les immeubles par nature que pour les immeubles par destination.

### Chapitre II. Opérations sur fonds de commerce

En dépit de sa consistance évanescence, comparé à d'autres éléments actifs du patrimoine, le fonds de commerce peut faire l'objet de nombreuses opérations. Deux opérations juridiques principales seront retenues : la vente et le nantissement.

## A. La vente du fonds de commerce

La vente du fonds de commerce n'est pas une opération évidente, comparée à celle portant sur une chose corporelle immobilière ou mobilière. La nature des éléments le composant, et plus particulièrement la clientèle, rend l'initiative assez complexe. Plus alambiquée serait par ailleurs l'opération quand on prend en considération les différents intérêts en jeu, ceux des parties contractantes et ceux des tiers en l'occurrence les créanciers du vendeur.

Le fonds de commerce peut, en principe être vendu librement. L'opération est néanmoins soumise à des conditions de fond, de forme et de publicité.

Les conditions de fond sont celles exigées pour la validité des contrats et aux exigences propres au contrat de vente :

- le consentement non vicié par la violence, le dol ou l'erreur
- la capacité commerciale des contractants
- la vente doit porter sur les éléments incorporels susceptibles d'attirer et de fidéliser une clientèle
- la cause doit exister et être licite

La vente d'un fonds de commerce constitue un acte de commerce par accessoire, et non par nature puisque l'opération n'a pas été prévue par l'article 6 du code de commerce. Il a fallu une certaine extension à la théorie de l'accessoire pour parvenir à cette qualification<sup>(87)</sup>.

Les conditions de forme ont été prévues par l'article 81 du Code de commerce. Celui-ci exige un acte écrit en la forme authentique ou sous seing privé. Le montant de la vente est déposé auprès d'une instance habilitée à conserver les dépôts. L'acte de vente doit en outre obligatoirement contenir certains renseignements aussi précis que possible sur le fonds<sup>(88)</sup>. L'omission

de l'une de ces mentions peut être sanctionnée par une nullité si l'absence a porté préjudice à l'acheteur. Si l'une des mentions est inexacte, l'acquéreur est en mesure de demander l'annulation du contrat ou la réduction du prix si l'inexactitude de la mention lui a porté préjudice. Dans les deux cas, l'action doit être intentée dans l'année de la vente à compter de la date de l'acte de vente<sup>(89)</sup>. La brièveté du délai s'explique dans la mesure où on essaye de protéger aussi bien l'acquéreur que le cédant. Celui-ci contre toute action qui ne serait qu'une échappatoire de la part du premier, et le premier contre toute manœuvre délibérée de la part du second qui chercherait à dissimuler certaines caractéristiques du fonds.

L'acte de vente doit être enregistré. Le droit d'enregistrement est de 5% calculé sur la valeur du fonds<sup>(90)</sup>.

Les conditions de publicité visent principalement à renseigner les créanciers du cédant. Après enregistrement, une expédition de l'acte doit être, dans les quinze jours de sa date, déposée au secrétariat-greffe du tribunal dans le ressort duquel est exploité le fonds ou le principal établissement si la vente comprend des succursales. L'acte est inscrit sous forme d'extrait au registre du commerce. Celui-ci doit contenir certains renseignements sur les contractants, le prix de la vente et la nature et le siège du fonds. Le secrétaire-greffier est tenu de publier l'extrait inscrit au registre de commerce -en entier, sans délai et aux frais des parties- au Bulletin officiel et dans un journal d'annonces légales. " Cette publication est renouvelée à la diligence de l'acquéreur entre le huitième et le quinzième jour après la première insertion "<sup>(91)</sup>.

La vente d'un fonds de commerce est à l'origine de différentes implications. En plus des implications générales pour lesquelles on se réfère au droit commun, dahir portant Code des obligations et contrats, d'autres spécifiques à la vente du fonds sont à prendre en considération

### 1. Les implications générales de la vente du fonds

Pour les implications générales, elles sont pour l'essentiel celles qui découlent de tout contrat de vente. Le vendeur a, d'une part, une obligation de délivrance et, d'autre part, une obligation de garantie.

(87) Voir Y. Guyon, Droit des affaires, t.1, 5ème éd., p.664.

(88) Il s'agit du nom du vendeur, la date et la nature de l'acte d'acquisition, du prix en spécifiant distinctement les prix des éléments incorporels, des marchandises et du matériel, de l'état des inscriptions des privilèges et nantissement pris sur le fonds, des renseignements à propos du bail et de l'origine de la propriété du fonds.

(89) Article 82 du code de commerce.

(90) Article 78 du Code de l'enregistrement.

(91) Article 83 du code de commerce.

S'agissant de la première obligation, il est tenu de mettre l'acheteur en possession de tous les éléments du fonds énumérés dans le contrat. D'évidence, les modalités de la délivrance vont varier en fonction des éléments du fonds.

La seconde obligation concerne la garantie contre les vices cachés et du fait personnel. Cette dernière obligation est source de plus de difficultés. Elle prend la forme d'une obligation d'assurer à l'acquéreur la jouissance et l'exploitation paisible du fonds. En ce sens, le vendeur est tenu d'une obligation de non-concurrence dans la mesure où la vente n'aurait aucun intérêt pour l'acquéreur si le cédant ouvre un nouveau fonds à proximité du premier et reprend sa clientèle. Généralement, l'acte de vente comprend une clause de non-concurrence ou de non-rétablissement en précisant son étendue. La clause est valable à condition qu'elle soit limitée dans le temps et l'espace pour ne pas enfreindre le principe de la liberté du commerce.

Pour l'acquéreur, l'obligation principale est de payer le prix et les frais accessoires (droit d'enregistrement, droit de timbre des actes, frais de publication légale). Il est également tenu de continuer les contrats de travail du personnel employé.

## 2. Implications spécifiques à la vente du fonds

Ces implications sont relatives à la nécessaire sauvegarde des intérêts en présence: ceux du vendeur, de l'acheteur et des créanciers du vendeur.

### a. Sauvegarde des intérêts du vendeur

Le dahir du 31 décembre 1914, modifié par le dahir du 4 mai 1932, avait déjà prévu pour le vendeur une double protection : un privilège et une action résolutoire.

#### \* Le privilège du vendeur

La première protection du vendeur est un privilège. Tant qu'il n'a pas été payé, le vendeur dispose d'un droit qui lui permettra de se faire payer par priorité sur le prix du fonds en cas de revente, le privilège suivant le fonds de mains en mains en cas de ventes successives. Le privilège garantit distinctement chacun des prix des éléments incorporels, du matériel et des

marchandises. L'article 91 du code a prévu deux conditions pour bénéficier de ce privilège :

- Le privilège doit être inscrit au registre du commerce.

- L'inscription du privilège au secrétariat-greffe du tribunal dans le ressort duquel est située une succursale du fonds comprise dans la vente est également exigée.

Par ailleurs, ce privilège ne concerne que les éléments du fonds de commerce énumérés dans la vente et dans l'inscription. A défaut de désignation des éléments, il portera sur le nom commercial, l'enseigne, le droit au bail et la clientèle et l'achalandage.

Le privilège du vendeur lui confère un droit de préférence et un droit de suite. Le droit de préférence lui permet d'être payé avant les autres créanciers de l'acheteur en cas de vente du fonds. Le droit de suite permet, quant à lui, au vendeur de se faire payer par le sous-acquéreur du fonds. Il s'agit d'une possibilité pour le vendeur de poursuivre le fonds en quelques mains qu'il se trouve.

#### \*\* L'action résolutoire

Pour produire effet, l'action résolutoire pour défaut de paiement doit être mentionnée dans l'inscription du privilège. Elle permet au vendeur de reprendre son fonds.

L'action résolutoire ne peut être exercée au préjudice des tiers après l'extinction du privilège. De même est-elle limitée, comme le privilège, aux seuls éléments qui font partie de la vente<sup>(92)</sup>.

En vertu de l'article 101 du code, le vendeur qui entend utiliser l'action résolutoire doit la notifier aux créanciers inscrits sur le fonds. Le jugement ne peut intervenir qu'un mois après cette notification.

### b. Protection de l'acheteur

Elle est réalisée sur la base des mentions inscrites dans l'acte. L'intérêt principal est de fournir à l'acheteur les différents renseignements sur la

(92) Article 99 du code de commerce.

valeur du fonds. L'inexactitude des mentions peut faire jouer le droit commun de la nullité relative pour dol (art.52 du D.O.C.). Les vices cachés peuvent également donner lieu soit à la résolution de l'acte, soit à la réduction du prix et l'attribution de dommages-intérêts.

### c. Protection des créanciers du vendeur

Les créanciers sont mis au courant de la vente par la publicité, ce qui leur permet de faire opposition à la remise du prix au vendeur.

Dans les quinze jours qui suivent la deuxième insertion, tout créancier, même si la créance n'est pas échue, peut faire opposition, par lettre recommandée, à la remise du prix au vendeur<sup>(93)</sup>. Le créancier dispose également d'un droit de surenchère s'il estime que le prix de la vente est insuffisant. Il peut donc demander que le fonds soit mis en vente aux enchères publiques, mais en se portant premier adjudicataire pour un prix supérieur du sixième à celui figurant dans l'acte<sup>(94)</sup>. La personne intéressée ne sera admise à enchérir que si elle dépose entre les mains du secrétaire-greffier, avec affectation spéciale au paiement du prix, une somme qui ne pourra être inférieure à la moitié du prix total de la première vente.

### 3. La publicité de la vente

Toute cession d'un fonds de commerce doit être constatée par écrit comportant des mentions essentielles pour sa validité. Elle doit en outre faire l'objet d'une inscription au registre du commerce et publiée au Bulletin Officiel ainsi que, à deux reprises, dans un journal d'annonces légales.

### B. Le nantissement du fonds de commerce

Le fonds de commerce a généralement une valeur considérable qui peut constituer un gage sérieux. Il s'agit d'une valeur propre en mesure de constituer un élément de crédit pour le commerçant.

Dans le cadre d'un nantissement du fonds de commerce, le commerçant demeure à la tête de son fonds. Il l'exploite librement. Le nantissement du

(93) Article 84, idem.

(94) Voir les articles de 93 à 98, idem.

fonds se présente comme une forme de gage sans dépossession dans la mesure où le propriétaire poursuit son activité avec comme objectif premier l'acquittement de la dette.

Le nantissement peut être conventionnel, c'est la forme la plus courante, comme il peut être judiciaire.

### 1. Le nantissement conventionnel

Il est le résultat d'un accord entre le prêteur et le commerçant emprunteur. Généralement, il constitue un dernier recours pour avoir un crédit. Ceci dit, certains éléments ne peuvent toutefois faire l'objet d'un nantissement.

#### a. Eléments susceptibles d'être compris dans le nantissement

En vertu de l'article 107 du code de commerce, les différents éléments énumérés à l'article 80 sont susceptibles de faire l'objet d'un nantissement, à l'exclusion des marchandises. Il s'agit du nom commercial, l'enseigne, la clientèle, l'achalandage, le droit au bail, le mobilier commercial, le matériel et l'outillage....

Si l'acte qui le constitue ne désigne pas expressément les éléments compris dans le nantissement, celui-ci comprendra alors le nom commercial, l'enseigne, le droit au bail, la clientèle et l'achalandage.

Le nantissement peut également comprendre les succursales du fonds de commerce. Dans ce cas, il est indispensable de les désigner par l'indication précise de leur siège.

#### b. Eléments exclus

##### \* Les marchandises

Elles sont expressément exclues par l'article 80. De par le fait que les marchandises sont en principe prévues pour la vente, les inclure dans le nantissement serait incompatible avec ce but. De même, les intégrer dans la garantie risque de mettre en péril les intérêts de l'entreprise dans la mesure où elles sont intimement liées à la vente.

Le législateur a également exclu les marchandises du nantissement pour éviter au débiteur de se voir refuser les crédits de la part de ses fournisseurs qui " constaterait que la totalité de son fonds est englobé par le privilège du créancier nanti sur le fonds ".

#### **\*\* Créances et contrats**

Ils peuvent toutefois faire partie du nantissement si les intéressés décident, par voie contractuelle, de les inclure. Ils seront alors régis par les règles de droit commun<sup>(95)</sup>.

#### **\*\*\* Les livres de commerce et la correspondance**

En principe, ils ne font pas partie du fonds. L'alinéa 2 de l'article 22 de la loi n°9-88 relative aux obligations comptables des commerçants stipule que " les documents comptables et les pièces justificatives sont conservés pendant dix ans ". Le premier alinéa de l'article 26 du code de commerce a également précisé que " les originaux des correspondances reçues et les copies des correspondances envoyées doivent être classés et conservés pendant dix ans à compter de leur date ".

#### **\*\*\*\* Le mobilier personnel de l'habitation du débiteur**

L'article 80 du Code de commerce cite parmi les éléments du fonds uniquement le mobilier commercial. Ce qui exclut le mobilier personnel.

#### **\*\*\*\*\* L'immeuble où le fonds de commerce est exploité**

Il est soumis au droit foncier. " Les droits qui le concernent doivent donc obligatoirement être inscrits sur le livre foncier pour qu'ils puissent produire valablement leurs effets ". Si l'exploitant du fonds est en même

(95) Article 194 doc : " La cession contractuelle d'une créance, ou d'un droit, ou d'une action est parfaite par le consentement des parties, et le cessionnaire est substitué de droit au cédant, à partir de ce moment ". Article 195 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, sauf le cas prévu à l'article 209 ci-dessous.

Pour être opposable aux tiers, la cession de droit sociaux doit être signifiée à la société ou acceptée par elle dans un acte authentique ou dans un acte sous seing privé, enregistré à l'intérieur du Royaume " (tel que modifié par le dahir du 26 janvier 1965).

temps le propriétaire de l'immeuble, deux sûretés réelles différentes doivent être prévues pour l'obtention d'un crédit : celle relative à l'immeuble qui est en réalité une hypothèque immobilière, et celle concernant le fonds de commerce qui est un nantissement soumis au code de commerce.

#### **c. Conditions de forme et de publicité**

Le contrat de nantissement est constaté par écrit authentique ou sous-seing privé. L'écrit est à considérer comme une condition de validité de l'acte, et non à titre de simple preuve.

Après enregistrement, l'acte doit être, dans les quinze jours, déposé au secrétariat-greffe du tribunal dans le ressort duquel est exploité le fonds ou le principal établissement du fonds si le nantissement comprend des succursales. Cette inscription n'est pas soumise à la publication dans les journaux<sup>(96)</sup>, à la différence de ce qui a été prévu par l'article 20 de l'ancien code de commerce.

Si le commerçant demeure, dans le cadre d'un nantissement conventionnel, à la tête de son fonds en conservant ses différentes prérogatives d'administration, le créancier nanti peut, de son côté, se prévaloir d'un droit de préférence et d'un droit de suite.

#### **\* Droit de préférence**

Il s'agit d'un droit au profit du créancier nanti inscrit sur le registre de commerce et qui lui permet de se faire payer sur le prix du fonds avant les créanciers bénéficiaires d'un nantissement postérieur. L'article 110 précise que " Le rang des créanciers gagistes entre eux est déterminé par la date de leur inscription au registre du commerce. Les créanciers inscrits le même jour viennent en concurrence " .

Pour que les droits des créanciers soient opposables, l'inscription doit être antérieure au jugement déclaratif de la faillite ou de la liquidation. Le privilège du revendeur, tout comme celui du trésor public, du bailleur d'immeuble et des frais de justice, priment néanmoins celui du créancier nanti.

(96) Article 108 du code de commerce.

Le droit de préférence est indivisible. La totalité du prix du fonds de commerce grevé garantit la totalité de la créance, contrairement à celui du revendeur du fonds de commerce qui exerce son privilège distinctement sur les prix respectifs du matériel, des marchandises et des éléments incorporels.

#### \*\* Droit de suite

C'est un droit qui permet au créancier nanti de suivre le fonds en quelques mains qu'il se trouve, peu importe qu'il soit entre les mains du débiteur, du propriétaire de l'immeuble, d'un acquéreur ou d'un sous-acquéreur du débiteur, et peu importe que l'actuel propriétaire l'ait reçu par achat, par donation ou par héritage.

Le tiers acquéreur est cependant en mesure de prendre les devants en s'acquittant du montant total de la créance principale garantie par l'inscription. Il est également en mesure de faire usage de la procédure de purge en payant les créanciers nantis et ne verser au vendeur que le reliquat du prix.

#### d. La surenchère du dixième

Si les créanciers nantis ne sont pas satisfaits par l'offre du prix, ils sont en mesure d'intervenir pour protéger leurs créances. L'article 123 du code de commerce précise que "tout créancier inscrit sur un fonds de commerce peut, lorsque l'article 121 n'est pas applicable, requérir la mise aux enchères publiques en offrant de porter le prix principal, non compris le matériel et les marchandises, à un dixième en sus et de donner caution pour le paiement des prix et charges ou de justifier d'une solvabilité suffisante"<sup>(97)</sup>. Le créancier qui se déclare surenchérisseur doit donc offrir un prix au moins égal à celui déjà proposé par un précédent acquéreur majoré de 10% sur la valeur des éléments incorporels.

#### 2. Le nantissement judiciaire

Il s'agit d'une mesure conservatoire demandée par un créancier qui cherche à assurer sa créance. Le nantissement judiciaire permet de garantir les créanciers contre l'insolvabilité du commerçant débiteur.

(97) Article 121 du code de commerce : "Aucune surenchère du sixième n'est admise lorsque la vente a eu lieu aux enchères publiques par voie judiciaire".

Par voie de requête, le créancier peut demander en justice un nantissement conservatoire, et c'est au juge d'apprécier les différents éléments de la situation.